

Sentencia T-590/02

VIA DE HECHO-Alcance/VIA DE HECHO EN PROCESO ADMINISTRATIVO-Aplicación

Pueden presentarse situaciones en las cuales los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente de los mandatos de dicho ordenamiento, en abierta o abultada contradicción con él, en forma tal que en vez de cumplirse la voluntad objetiva del mismo se aplica la voluntad subjetiva de aquellos y como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad, denominada vía de hecho, con la cual se vulneran o amenazan derechos fundamentales de las personas y que da lugar al otorgamiento de la acción de tutela. En consonancia con lo anterior, tal institución ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, pero es aplicable también en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativos.

ACCION DE TUTELA-Procedencia

JEFATURA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE LA POLICIA NACIONAL-No tiene funciones de policía judicial/JEFATURA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE LA POLICIA NACIONAL-Aprehensión de mercancías

La aprehensión de las mercancías en la residencia de la actora fue realizada por una unidad de la Jefatura de Servicios Especializados del Departamento de Policía Magdalena de la Policía Nacional no tiene la función de prestar el servicio de policía judicial.

JEFATURA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE LA POLICIA NACIONAL-No levantó el acta exigida

La Policía Nacional no levantó el acta que se exige. Como consecuencia de esta omisión, no se consignaron en el documento legal idóneo los datos señalados en ellas, en particular el nombre y la dirección de la presunta responsable de la infracción penal o tributaria, que permitieran el ejercicio de su derecho de defensa ante el funcionario a cuya disposición debían ponerse las mercancías aprehendidas. Así mismo, por la inexistencia del acta, aquella no tuvo la posibilidad de dejar las constancias que ordinariamente se pueden dejar en las diligencias oficiales y que expresamente contempla la segunda de dichas normas en el caso particular del allanamiento y registro, como uno de los medios de expresión de las razones

que la persona interesada o afectada busca hacer valer a su favor en el procedimiento respectivo.

DECOMISO DE BIENES APREHENDIDOS-Trámite se adelantó contra personas indeterminadas

La mencionada omisión condujo a que el trámite para ordenar el decomiso de los bienes aprehendidos se adelantara contra personas indeterminadas, en vez de hacerlo contra la presunta responsable de la infracción por falta de pago del impuesto al consumo, con desconocimiento total de su derecho de defensa y con el resultado final de que en un tiempo muy breve, que fue el transcurrido entre el 4 de Diciembre de 2001 y el 26 de Diciembre del mismo año, fuera privada, junto con otras dos personas, de la invocada propiedad de las mercancías.

DEBIDO PROCESO-Vulneración en el procedimiento de aprehensión de mercancías

Referencia: expediente T-581591

Acción de tutela instaurada por Leyla María Said Hamid contra Policía Nacional – División Magdalena y Resguardo de Rentas del Departamento del Magdalena

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

Bogotá D. C., primero (1º) de agosto de dos mil dos (2002).

La Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados JAIME ARAUJO RENTERIA, ALFREDO BELTRAN SIERRA Y MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta, Magdalena, y el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, al resolver sobre la acción de tutela formulada por Leyla María Said Hamid contra Policía Nacional – División Magdalena y Resguardo de Rentas del Departamento del

Magdalena.

I. ANTECEDENTES.

1. Solicitud

La señora Leyla María Said Hamid, obrando en nombre propio, presentó escrito el 11 de Enero de 2002 (Fls. 1-12) mediante el cual solicita la tutela como mecanismo transitorio de los derechos al debido proceso, la propiedad y el trabajo, supuestamente vulnerados por la Policía Nacional - División Magdalena y el Resguardo de Rentas del Departamento del Magdalena. En consecuencia, pide que se ordene la devolución de unas mercancías o el pago del valor de las mismas.

La accionante sustenta la solicitud en los siguientes hechos:

El día 2 de Diciembre de 2001 se presentó a su residencia en la ciudad de Santa Marta, Magdalena, una patrulla de la Policía Nacional comandada por el capitán Jaime Santiago Zuleta Suárez y aprehendió una serie de cajas de licores de diversas marcas, "la mayor parte estampilladas", cajas de cerveza y cartones de cigarrillo, todas mercancías de procedencia extranjera, que relaciona, de propiedad de la accionante y de los señores Edwin Barreto y Luis Morales, cuyo valor comercial aproximado es de \$125.000.000 M/L., las cuales fueron compradas a personas naturales que se dedican a la venta y compra a los distribuidores que los rematan en el Resguardo de Rentas del Departamento del Magdalena y están amparados por las facturas correspondientes.

Afirma que dicha diligencia se realizó sin una orden de allanamiento impartida por la autoridad competente, el acta correspondiente no se extendió en el momento y el lugar de la misma, sino el día 3 de Diciembre de 2001 en otro lugar, en ella no se indica la hora ni la dirección del inmueble de la aprehensión, la misma no fue firmada por un morador de aquel o un testigo, como lo exige el Art. 147 del C.P.P., y no se incluyó una parte de las mercancías aprehendidas.

Expresa que la mencionada mercancía fue puesta a disposición de las autoridades de Rentas Departamentales y no de la Fiscalía como lo dispone el Art. 319 del nuevo Código Penal.

Anota que con dicha actuación le causaron perjuicios económicos y le impidieron desarrollar

su actividad como comerciante, con la cual atiende las necesidades propias y de su familia.

Al escrito adjunta unos documentos, solicita la orden de librar unos oficios para que se envíen otros documentos y pide que se reciba un testimonio.

2. Contestaciones

2.1. Contestación del Comandante Departamento de Policía Magdalena

Mediante escrito radicado el 18 de Enero de 2002 (Fls. 37-38), el Comandante Departamento de Policía Magdalena, obrando directamente, contestó la solicitud de tutela en la siguiente forma:

La unidad policial que atendió el procedimiento no violó el derecho al debido proceso porque actuó conforme a lo dispuesto en el Art. 294 del C.P.P., en virtud del cual en casos de flagrancia cuando se esté cometiendo un delito en lugar no abierto al público, la Policía Judicial podrá ingresar sin orden escrita del funcionario judicial, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando la conducta, norma que conforme a la legislación es aplicable por analogía en los procesos administrativos.

Manifiesta que no se infringió el derecho a la propiedad, porque la accionante no lo acreditó al llevarse a cabo el procedimiento o posteriormente y además el mismo no es susceptible de protección mediante la acción de tutela.

Sostiene que tampoco se vulneró el derecho al trabajo, porque la legislación lo protege si es lícito y no cuando es contrario a los preceptos constitucionales y legales.

Concluye que debe negarse la tutela solicitada.

2.2. Contestación de la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento del Magdalena

Por medio de escrito recibido el 18 de Enero de 2002 (Fls. 39-40), la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento del Magdalena, por medio de apoderado (Fl. 56) respondió la petición de tutela así:

Con fundamento en oficio de 3 de Diciembre de 2001 la Administración del Departamento del

Magdalena abrió proceso formal, se realizó visita de inspección a la bodega departamental, en la cual se recibieron formal y materialmente las mercancías que son objeto del proceso. Aclara que la accionante no demostró derecho de propiedad sobre las mismas. Posteriormente se formuló pliego de cargos por la presunta infracción de defraudación a las rentas departamentales, contra personas indeterminadas, se efectuó emplazamiento y mediante la Resolución No. 2001 - 0042 de 26 de Diciembre de 2001 se declararon las mercancías en abandono o de propiedad del Departamento del Magdalena.

Afirma que la Administración Departamental ha cumplido los preceptos legales y ha permitido el uso del derecho de defensa; añade que la accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria para obtener la protección de sus derechos y que no existe perjuicio irremediable.

Concluye que la acción de tutela es improcedente y acompaña al escrito unos documentos.

3. Pruebas

Obran en el expediente las siguientes pruebas:

3.1. Documentos aportados por la accionante

1. Copia del oficio de 3 de Diciembre de 2001 dirigido al Director del Resguardo de Rentas Departamentales por el Jefe de Servicios Especializados del Departamento de Policía Magdalena de la Policía Nacional (Fls. 15-16)

1. Ejemplar de Hoy Diario Magdalena correspondiente al 6 de Diciembre de 2001 (Fl. 14)

1. Ejemplar de El Informador correspondiente al 3 de Diciembre de 2001 (Fl. 13)

1. Copia de facturas de compraventa de cerveza y cigarrillos (Fls. 18-26)

- Copia de Acta de Hechos extendida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN el 30 de Octubre de 2001 (Fl. 27)
- Copia de certificación expedida por Proimport y Cia. Ltda. el 19 de Octubre de 2001, con sus anexos.

3.2. Documentos aportados por la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento del Magdalena

Esta dependencia aportó copia de la actuación surtida ante la misma en relación con los hechos de que trata la solicitud de tutela (Fls. 41- 49)

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

Sentencia de primera instancia

Por medio de sentencia proferida el 24 de Enero de 2002 (Fls. 50-53), el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta negó la tutela, con fundamento en las siguientes razones:

De acuerdo con el contenido del expediente, la accionante no reclamó las mercancías ante la Policía Nacional o la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento del Magdalena, por lo cual esta última dependencia se vio en la necesidad de emplazar por edicto a personas indeterminadas y, al culminar el trámite, declarar aquellas de propiedad de dicho departamento.

Señala que con la solicitud de tutela se quiere revivir términos en el proceso administrativo adelantado y ello no es aceptable.

Agrega que el hecho de abrir o adelantar una investigación administrativa no constituye violación de los derechos constitucionales fundamentales, conforme a lo dispuesto en el Art. 3º del Decreto 306 de 1992.

Impugnación

En escrito presentado el 28 de Enero de 2002 (Fls. 57-60), la accionante impugnó la anterior decisión con los siguientes fundamentos:

Considera que en la actuación objeto de la acción de tutela se violó el debido proceso por:

i) Falta de competencia, pues teniendo en cuenta la cuantía de las mercancías aprehendidas por la Policía Nacional, las mismas debieron ser puestas a disposición de la Fiscalía General de la Nación, por ser esta entidad la competente en forma exclusiva para investigar los hechos, conforme a lo preceptuado en el Art. 319 del C. P. (Ley 599 de 2000), y no ser puestas a disposición del Resguardo de Rentas Departamentales.

Añade que las autoridades de policía que practicaron el allanamiento tuvieron conocimiento de que la accionante era la propietaria de las mercancías y a pesar de ello no proporcionaron dicha información al Resguardo de Rentas Departamentales al poner aquellas a su disposición, lo cual determinó que la actuación por parte de esa dependencia se adelantara sin su intervención.

ii) Indebida notificación, porque la realizada por el Resguardo de Aduanas y Rentas Departamentales era improcedente e impertinente en la medida en que los actos arbitrarios no son susceptibles de notificación, teniendo en cuenta que la mercancía incautada no era de contrabando, como lo demuestra, según su afirmación, en el proceso de tutela, con las facturas de compra correspondientes.

iii) Atipicidad de la conducta, pues las mercancías fueron debidamente aforadas, los impuestos fueron pagados y las facturas de compra fueron aportadas al proceso de tutela, por lo cual se configuró un abuso de autoridad y se presenta una amenaza inminente a los derechos de propiedad y trabajo, que justifica el otorgamiento de la tutela como mecanismo transitorio.

En virtud de sentencia dictada el 7 de Marzo de 2002 (Fls. 68-72), el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta confirmó la decisión impugnada, con base en las siguientes consideraciones:

La accionante no puede argumentar a su favor violación del derecho de defensa, por cuanto tuvo conocimiento de la aprehensión de las mercancías por una patrulla policial al mando del capitán Jaime Zuleta Suárez, quien al día siguiente las puso a disposición del Resguardo de Rentas Departamentales, de suerte que a partir de esa fecha y hasta la declaración de abandono de aquellas, 23 días después, la accionante no se hizo parte en la actuación, como

era su deber, con el fin de demostrar la titularidad del derecho de propiedad.

Expresa que la acción de tutela no es un medio para devolver derechos a las personas cuando éstas no los ejercen en los términos y oportunidades que la ley les brinda y los dejan precluir.

Indica que no es admisible la afirmación de la accionante respecto de la violación del Art. 319 del C. P., porque la cuantía señalada en ella para la conducta punible de contrabando es sustancialmente superior a la de \$11.281.000 M/L fijada para las mercancías incautadas, en la diligencia de avalúo que efectuó un funcionario de la Secretaría de Gestión Financiera Integral de la Gobernación del Departamento del Magdalena, el cual quedó en firme dentro del procedimiento respectivo.

Expone que aunque la peticionaria alega que en el acta de aprehensión de las mercancías no se incluyó una parte de éstas, dicha afirmación no fue probada en el proceso administrativo mencionado, por lo cual la cuantía resulta inferior a la prevista en la citada disposición penal.

Agrega que la solicitante debe acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ampare sus derechos.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso 2°, y 241- 9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar las decisiones judiciales mencionadas y proferir la sentencia correspondiente.

2. Vía de hecho administrativa

Uno de los principios del Estado de Derecho es la supremacía o preeminencia del ordenamiento jurídico y, en primer lugar, la Constitución Política, a los cuales están sometidos tanto los servidores públicos como lo particulares.

Dicho principio está plasmado en el Art. 6º superior, en virtud del cual “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

En relación con los servidores públicos, el Art. 121 de la Constitución reitera que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Por regla general el ordenamiento jurídico mismo prevé las consecuencias aplicables en los casos de quebrantamiento de sus normas, tanto sustantivas como procedimentales.

No obstante, la Corte Constitucional ha considerado que pueden presentarse situaciones en las cuales los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente de los mandatos de dicho ordenamiento, en abierta o abultada contradicción con él, en forma tal que en vez de cumplirse la voluntad objetiva del mismo se aplica la voluntad subjetiva de aquellos y como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad, denominada vía de hecho, con la cual se vulneran o amenazan derechos fundamentales de las personas y que da lugar al otorgamiento de la acción de tutela.

En consonancia con lo anterior, tal institución ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, pero es aplicable también en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativos. Al respecto, esta corporación ha manifestado:

“La vía de hecho, tal como la ha descrito la doctrina de la Corte, corresponde a una determinación arbitraria adoptada por el juez, o a una omisión del mismo carácter, en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se desconocen garantías constitucionales o se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley.

“Desde luego, también se ha destacado que únicamente se configura la vía de hecho cuando pueda establecerse sin género de dudas una transgresión evidente y grave del ordenamiento jurídico, de tal entidad que rompa por completo el esquema de equilibrio procesal instaurado en las normas aplicables.

“Por supuesto, las garantías que integran el debido proceso (art. 29 C.P.) deben preservarse íntegramente, de lo cual se infiere que la falta de cualquiera de ellas repercute en la pérdida de validez de lo actuado, y puede constituir -depende de su gravedad- una vía de hecho susceptible de la acción de tutela.” 1)

3. Caso concreto

3.1. Procedencia de la acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 6º, Num. 1, del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

Interpretando en sentido contrario esta disposición, puede afirmarse que la acción de tutela procederá cuando no existan otros recursos o medios de defensa judiciales que sean eficaces o idóneos, en forma concreta, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del peticionario.

A este respecto la Corte Constitucional ha expresado:

“A la luz de la Constitución, salvo el caso de un perjuicio irremediable objetivamente previsto en el marco de las circunstancias específicas del solicitante, evento en el cual procede la tutela transitoria, la presencia de un medio judicial alternativo incide en la improcedencia de la tutela.

“Pero ese medio que desplaza la viabilidad del amparo tiene que ser materialmente apto para lograr que los derechos fundamentales en juego sean eficientemente protegidos.

“En consecuencia, no tienen tal virtualidad los medios judiciales apenas teóricos o formales, pues según el artículo 228 de la Carta, en la administración de justicia debe prevalecer el Derecho sustancial.

“Así las cosas, para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así

como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales.

“(…)

“En todos los casos mencionados la jurisprudencia ha entendido que se desvirtuaría la Carta Política, en cuanto se quebrantaría la prevalencia del derecho sustancial, el acceso efectivo a la justicia y el principio de economía procesal, en detrimento de los derechos fundamentales en juego, si se forzara el uso del medio judicial ordinario, a sabiendas de su ineptitud en el caso concreto, cerrando de manera absoluta la vía contemplada en el artículo 86 de la Constitución”.²

En el presente caso el juez de segunda instancia consideró que no es procedente la acción de tutela instaurada, por disponer la solicitante de la acción ordinaria ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante, se puede establecer que el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sometería a la accionante, por causa de la actuación arbitraria de funcionarios administrativos, como se analizará a continuación, a una espera prolongada para definir su situación no sólo en relación con la titularidad del derecho de propiedad sobre las mercancías aprehendidas, sino también respecto del cumplimiento de las normas penales y tributarias, lo cual es contrario al principio de la prevalencia del derecho sustancial y el derecho de acceso a la administración de justicia en forma efectiva, contemplados en los Arts. 228 y 229 de la Constitución Política, y también al principio de la prevalencia del interés general, previsto en el Art. 1º ibídem.

En tales condiciones, la protección del derecho vulnerado al debido proceso sería solamente formal, y no material o efectiva, como lo consagra el Art. 86 de la Constitución Política, por lo cual resulta forzoso admitir la procedencia de la acción de tutela.

3.2. Vulneración del derecho fundamental al debido proceso

3.2.1. La Ley 223 de 1995, en sus capítulos VII a XI regula el impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos, licores, vinos, aperitivos y similares, cigarrillos y tabaco elaborado.

Según el Art. 185 de dicha ley, el impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos es de propiedad de la Nación y su producto se encuentra cedido a los Departamentos y al Distrito Capital de Bogotá, en proporción al consumo de los productos gravados en sus jurisdicciones. Así mismo, el Art. 106 de la Ley 488 de 1998 establece que corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la fiscalización, la liquidación oficial y la discusión oficial de dicho impuesto.

Por su parte, el Art. 221 de la primera ley dispone que la fiscalización, liquidación oficial, discusión, cobro y recaudo de los impuestos al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, cigarrillos y tabaco elaborado es de competencia de los departamentos y del Distrito Capital de Bogotá, la cual se ejercerá a través de los órganos encargados de la administración fiscal.

Igualmente, los Arts. 187, 203 y 208 de la misma ley contemplan que son sujetos pasivos o responsables de dicho impuesto los productores, los importadores y, solidariamente con ellos, los distribuidores. Además, son responsables directos del impuesto los transportadores y los expendedores al detal, cuando no puedan justificar debidamente la procedencia de los productos que transportan o expenden.

A su turno, los Arts. 200 y 222 de la citada ley prescriben que los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá podrán aprehender y decomisar en sus respectivas jurisdicciones, a través de las autoridades competentes, los productos sometidos al impuesto al consumo que no acrediten el pago de éste, o cuando se incumplan las obligaciones establecidas a los sujetos responsables.

En desarrollo de estas últimas disposiciones, el Art. 25 del Decreto 2141 de 1996, reglamentario de la Ley 223 de 1995, prevé que “sin perjuicio de las facultades que tienen los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los funcionarios departamentales y del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá que tengan la competencia funcional para ejercer el control operativo de rentas podrán aprehender en sus respectivas jurisdicciones los productos nacionales y extranjeros, en los siguientes casos:

“(…)

“7. Cuando no se demuestre el ingreso legal de las mercancías a la respectiva entidad territorial.

“Del procedimiento de aprehensión se levantará un acta en original y dos (2) copias, la cual será suscrita por el funcionario o los funcionarios competentes participantes en la aprehensión y el presunto infractor, cuando acceda a ello. En el acta se hará constar la fecha y lugar de la aprehensión, causa o motivo de la misma, clase, cantidad y descripción del producto o productos aprehendidos, identificación y dirección del presunto infractor y del responsable de los productos, cuando sea del caso.

“Copia del acta debidamente firmada se entregará al presunto infractor. En caso de que éste se negare a firmar, así se hará constar en el acta”.

Así mismo, el Art. 26 del mencionado decreto consagra el procedimiento administrativo para el decomiso de los productos aprehendidos.

3.2.2. El Art. 319 del Código Penal vigente contempla el delito de contrabando en los siguientes términos:

“El que en cuantía entre cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados.

“Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de cinco (5) a ocho (8) años de prisión y multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa

establecido en este código.

“Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente”.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 212 del Código de Procedimiento Penal, la Policía Nacional realiza funciones permanentes de policía judicial, es decir, como órgano que colabora con la administración de justicia en la investigación de los delitos y la captura de sus autores o partícipes.

En ejercicio de dichas funciones, sus miembros tienen la facultad de realizar allanamientos y registros de bienes inmuebles, naves o aeronaves, con sujeción a lo establecido en el Art. 294 del C.P.P, en virtud del cual:

“Cuando hubiere serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentre alguna persona contra quien obra orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con los que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución, el funcionario judicial ordenará en providencia motivada el allanamiento y registro.

“En casos de flagrancia cuando se esté cometiendo un delito en lugar no abierto al público, la policía judicial podrá ingresar sin orden escrita del funcionario judicial, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando la conducta”.

La flagrancia está contemplada en el Art. 345 del mismo estatuto, conforme al cual:

“Se entiende que hay flagrancia cuando:

“1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible.

“2. La persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.

“3. Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca

fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella”.

El Art. 296 señala los requisitos del acta de la diligencia de allanamiento y registro así:

“En el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y dejar las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan. Los propietarios, poseedores o tenedores tendrán derecho a que se les expida copia del acta si la solicitan”.

Con Oficio de 3 de Diciembre de 2001 (Fls. 15-16, 48-49), el mencionado oficial de la Policía Nacional puso las mercancías a disposición del Director del Resguardo de Rentas Departamentales del Departamento del Magdalena.

El 4 de Diciembre de 2001 el Grupo de Fiscalización de la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento del Magdalena avocó la investigación administrativa y ordenó practicar unas diligencias (Fl. 46).

En la misma fecha, se practicó visita de inspección a la bodega departamental, con el fin de determinar la existencia, clase, cantidad, valor y estado de las mercancías y en ella se señaló su valor en la suma de \$11.281.000 M/L (Fl. 47).

El 5 de Diciembre de 2001 se formuló pliego de cargos por la presunta violación de las disposiciones contenidas en el Art. 25 del Decreto 2141 de 1996, reglamentario de la Ley 223 de 1995, y el Estatuto de Rentas Departamental, Decreto 3071 de 1997, en relación con el pago del impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos, licores, vinos, aperitivos y similares, y cigarrillos y tabaco elaborado (Fls. 44-45).

El 7 de Diciembre de 2001 se fijó edicto de emplazamiento a las personas que se consideraran con derechos sobre las mercancías aprehendidas (Fl. 43).

Finalmente, mediante la Resolución No. 2001- 0042 proferida el 26 de Diciembre de 2001 “se concluyó que se violaron las normas legales vigentes ley 223 de 1995 capítulo VIII, X y XI reglamentado por el decreto 2141 del 25 de Noviembre de 1996, art. 25 inciso 1 y 7” y se declararon de propiedad del Departamento del Magdalena o en abandono las mercancías objeto del proceso (Fls. 41-42)

3.2.4. Se observa que en el procedimiento anterior se presentaron las siguientes irregularidades:

i) La aprehensión de las mercancías en la residencia de la señora Leyla María Said Hamid fue realizada por una unidad de la Jefatura de Servicios Especializados del Departamento de Policía Magdalena de la Policía Nacional (Fls. 15-16, 48-49) que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 41 del Decreto 1512 de 2000, por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones, tiene la función de prestar un servicio especializado en protección a dignatarios, los menores, el medio ambiente y la ecología, el turismo, la seguridad a la infraestructura económica y el servicio de guías caninos, que satisfagan los requerimientos de la comunidad, creando una cultura de seguridad, y no tiene la función de prestar el servicio de policía judicial contemplado en el Art. 38 del mismo decreto y el Art. 312 del Código de Procedimiento Penal.

A este respecto el Art. 313 del mismo código establece que el director de la entidad que cumpla funciones de policía judicial, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinará cuáles de los servidores públicos de su dependencia integrarán las unidades correspondientes.

Cabe señalar que aunque el párrafo del citado Art. 312 prescribe que “en los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de policía judicial de la Policía Nacional las funciones de policía judicial las podrá ejercer la Policía Nacional”, se puede suponer que en una capital de departamento como es la ciudad de Santa Marta sí existe un cuerpo de policía judicial dentro del personal de la Policía Nacional asignado a ella.

En todo caso, no existe prueba en el expediente, de que la mencionada unidad policiva ejerciera dichas funciones de colaboración con las autoridades judiciales en la investigación de los delitos y la captura de los delincuentes, a pesar de que en su respuesta a la solicitud de tutela el Comandante del Departamento de Policía Magdalena invoca la aplicación del Art. 294 del C.P.P., que trata de la procedencia y los requisitos del allanamiento y el registro judiciales en materia penal.

ii) Así mismo, la citada unidad de la Policía Nacional no levantó el acta que exigen las disposiciones transcritas contenidas en el Art. 25, Num. 7, del Decreto 2141 de 1996 y el Art. 296 del C. P. P.

Como consecuencia de esta omisión, no se consignaron en el documento legal idóneo los datos señalados en ellas, en particular el nombre y la dirección de la presunta responsable de la infracción penal o tributaria, que permitieran el ejercicio de su derecho de defensa ante el funcionario a cuya disposición debían ponerse las mercancías aprehendidas. Así mismo, por la inexistencia del acta, aquella no tuvo la posibilidad de dejar las constancias que ordinariamente se pueden dejar en las diligencias oficiales y que expresamente contempla la segunda de dichas normas en el caso particular del allanamiento y registro, como uno de los medios de expresión de las razones que la persona interesada o afectada busca hacer valer a su favor en el procedimiento respectivo.

iii) La mencionada omisión condujo a que el trámite previsto en el Art. 26 del Decreto 2141 de 1996 para ordenar el decomiso de los bienes aprehendidos se adelantara contra personas indeterminadas, en vez de hacerlo contra la presunta responsable de la infracción por falta de pago del impuesto al consumo, con desconocimiento total de su derecho de defensa y con el resultado final de que en un tiempo muy breve, que fue el transcurrido entre el 4 de Diciembre de 2001 y el 26 de Diciembre del mismo año, fuera privada, junto con otras dos personas, de la invocada propiedad de las mercancías.

En lo concerniente a este aspecto no es aceptable el argumento del juez de segunda instancia, en el sentido de que la accionante tuvo la posibilidad de obtener la información en las dependencias de la Policía Nacional y con base en ella acudir ante las autoridades de rentas del Departamento del Magdalena a hacer valer sus derechos, porque aunque los particulares tienen la carga de atender y defender sus intereses, no es exigible, con un criterio de razonabilidad, que en virtud de dicha carga suplan omisiones o corrijan errores singularmente graves de las autoridades oficiales al adelantar los procesos y actuaciones, y de otro lado estas últimas deben garantizar a aquellos en un grado mínimo, al menos, el ejercicio de su derecho de defensa.

iv) Adicionalmente, no se cumplió la disposición contenida en el citado Art. 26, en virtud del cual “dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de notificación del pliego de cargos, el presunto infractor podrá dar respuesta escrita al pliego, aportando y solicitando las pruebas que pretenda hacer valer”, la cual debía cumplirse aunque el presunto infractor fuera persona indeterminada.

En efecto, el pliego de cargos se notificó por edicto (Fl. 43), fijado el 7 de Diciembre de 2001 por un término de 10 días, conforme a lo dispuesto en el Art. 45 del C.C.A., o sea, hasta el 20 de Diciembre del mismo año, lo que significa que la notificación se surtió en esta última fecha, según el Art. 323 del C.P.C., y que el término indicado de los 20 días debía correr a partir del día siguiente, 21 de Diciembre, de acuerdo con lo establecido en el Art. 120 del mismo C.P.C., con lo cual es evidente que no había expirado dicho término cuando se adoptó la decisión final el 26 de Diciembre siguiente.

Con base en lo anterior, puede concluirse que en el presente caso el Departamento de Policía Magdalena de la Policía Nacional y la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento del Magdalena vulneraron el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el Art. 29 de la Constitución Política, en relación con la accionante, señora Leyla María Said Hamid, al haber incurrido en vía de hecho en el procedimiento del que trata la solicitud de tutela.

Por otra parte, en relación con la acusación consistente en que las autoridades de la Policía Nacional debieron poner las mercancías incautadas a disposición de la Fiscalía General de la Nación, por tratarse de la presunta comisión de la conducta punible de contrabando, debe señalarse que con un criterio lógico y en virtud del principio de economía procesal ello sólo es exigible cuando existe certeza de que la cuantía de aquellas es igual o superior a la prevista en el Art. 319 del Código Penal, o cuando existe una duda fundada sobre el punto, caso éste último en el cual la segunda entidad debe ordenar la práctica del avalúo correspondiente.

En caso contrario, es decir, cuando existe la certeza o la probabilidad razonable de que la cuantía de las mercancías es inferior a la prevista en la citada disposición, las autoridades policivas deben hacer directamente la remisión del asunto a la autoridad administrativa correspondiente, que en este caso es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, respecto de la contravención administrativa de contrabando, o la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento del Magdalena, respecto de la contravención administrativa por la falta de pago del impuesto al consumo.

En consecuencia, por haberse determinado dentro del mencionado proceso administrativo el 4 de Diciembre de 2001 que la cuantía de las mercancías aprehendidas es la suma de

\$11.281.000 M/L (Fl. 47) y equivaler en esa fecha los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes que señala el Art. 319 del Código Penal a la suma de \$ 28.600.000 M/L, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2579 de 2000, no puede afirmarse que por este aspecto se violó el debido proceso.

Por lo expuesto, se revocará la sentencia de segunda instancia y en su lugar se concederá la tutela solicitada y se proferirá la orden pertinente.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia dictada el 7 de Marzo de 2002 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta y en su lugar CONCEDER la tutela solicitada, por violación del derecho fundamental al debido proceso.

Segundo: En consecuencia, ORDENAR a la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento del Magdalena dejar sin efectos el proceso administrativo adelantado y en consecuencia REHACER EL PROCESO con la observancia de las disposiciones legales correspondientes y, en particular, con la citación de la accionante, señora Leyla María Said Hamid, como presunta infractora y propietaria de las mercancías aprehendidas, en la siguiente dirección: Avenida El Libertador No. 13-59, Barrio Manzanares, Santa Marta, Departamento del Magdalena.

Tercero: Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia SU - 960 de 1999

2 Sentencia T-001/97