

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP4129-2016

Radicación N° 43007

(Aprobado acta N° 105)

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ**, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 15 de octubre de 2013 por el Tribunal Superior de Cali, confirmatoria de la dictada el 25 de enero del mismo año por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, en la cual condenó al mencionado a las penas principales de 9 años de prisión y multa de 2.050 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2010 y a las accesorias

inhabilitación para el ejercicio de la profesión de comerciante y de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal; como autor de los delitos de contrabando y corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico.

III. HECHOS

El 22 de octubre de 2008 el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía recibió información de fuente anónima, en el sentido de que en una casa del conjunto residencial Jockey Club, barrio Jardín, de Cali, de propiedad de **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ**, estaban almacenados aproximadamente 2.000 glucómetros marca Optium, cuyas tirillas se encontraban vencidas. También indicó que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, porque el único autorizado para importar dicho producto al país es Abbott Laboratorios de Colombia S.A., cuya planta principal opera en Estados Unidos, donde es elaborado.

En desarrollo de las actividades de verificación de la información, el CTI estableció la existencia del inmueble denunciado, en donde, el 23 de octubre de 2008, practicó allanamiento y registro, encontrando 66 cajas de cartón, una de ellas vacía. Dentro de las demás se hallaron unas más pequeñas con inscripción de la marca Optium, con instrucciones en inglés y la imagen de un glucómetro; al interior de cada una de estas cajas había cinco catálogos y una más

pequeña que albergaba un glucómetro marca Optium, diez cintas de la misma marca con la inscripción "EXP. DATE" 31 de agosto de 2008, una lanceta para la perforación de la piel y un estuche. Al hacer el conteo de los elementos hallados, se constató que se trataba de 1.942 glucómetros y 19.420 tirillas. Así mismo en el inmueble se incautaron tres equipos médicos y un endoscopio, también guardados en cajas.

Los elementos anteriormente citados, avaluados en Colombia en \$197.328.872, fueron enviados en junio de 2008 desde Estados Unidos por el médico Ángel María Rayo Martínez a la residencia de su cuñado, **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ**, por intermedio de la Empresa AB Cargo Express, quien los ingresó al país por vía aérea bajo la modalidad de tráfico postal, para lo cual la mercancía se remitió de manera fraccionada, en cajas de seis unidades cada una.

En fecha no determinada, **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** suministró unos glucómetros a terceros, atendiendo una petición de Ángel María Rayo.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 7 de octubre de 2009 se llevó a cabo audiencia preliminar, en la cual la Fiscalía imputó a **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** la comisión de las conductas punibles descritas en los artículos 319, modificado por el artículo 69 de la Ley 788 de 2002, y 372, modificado por el artículo 5º de la Ley 1.220 de

2008, ambos del Código Penal. En el curso de la misma le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria, la cual fue revocada por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Cali, imponiéndole medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

2. El 6 de noviembre siguiente la Fiscalía radicó escrito de acusación.

3. El 11 de marzo de 2010 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía formuló a **ZAPATA MARTÍNEZ** cargos como autor de las conductas punibles de contrabando y corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, en las modalidades de distribución y comercialización.

4. Luego de celebradas las audiencias preparatoria y de juicio oral, fueron proferidas las sentencias antes descritas.

IV. DEMANDA DE CASACIÓN

Los cargos admitidos fueron sustentados por el accionante de la siguiente manera:

Al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, postula las siguientes censuras:

Primer cargo. Violación de la garantía fundamental de la legalidad, por violación indirecta de la ley sustancial, fundada

en la aplicación indebida de los artículos 319 y 372 del Código Penal, proveniente del error de hecho por falso juicio de existencia, y falta de aplicación de los artículos 29, inciso primero, de la Constitución Política y 6º del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar el reproche el libelista arguye que el Tribunal concluyó en la comercialización de los glucómetros con base en la peligrosidad y en un manuscrito que no fue introducido al debate probatorio, el cual solo fue mencionado por una de las testigos y, por ende, solo podía ser tenido como prueba de referencia. Sin embargo, el juzgador le hizo producir efectos en contra del procesado.

Igualmente, los Magistrados supusieron la prueba de la existencia del hurto de las mercancías en Estados Unidos, pese a que este hecho solo fue referenciado por uno de los testigos, el cual no aportó la respectiva denuncia.

El ad quem acudió a la definición que de glucómetro trae Wikipedia, omitiendo valorar el testimonio de la señora Beatriz Eugenia Vives, la cual manifestó que dichos elementos no tienen la calidad de productos profilácticos, sino de reactivos de diagnóstico in vitro.

Concluye que de no haberse apoyado la sentencia en pruebas inexistentes la decisión habría sido diferente, porque al no demostrarse que los glucómetros fueron comercializados, la

conducta del procesado no encaja dentro de los verbos rectores descritos en el artículo 372 del Código Penal, derivando inobjetable su atipicidad, máxime cuando no obran otras pruebas que den certeza sobre la supuesta venta y cuando la prueba de referencia por sí misma no puede servir de fundamento para proferir sentencia de condena.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 319 y 372 del Código Penal, proveniente del error de hecho por falso juicio de identidad, y falta de aplicación de los artículos 29, inciso primero, de la Constitución Política y 6º del Código de Procedimiento Penal.

Al plantear este motivo de inconformidad el demandante sostiene que en el fallo impugnado el Tribunal distorsionó o tergiversó el contenido fáctico del testimonio de Meyer Cañón, haciéndole decir lo que en realidad no dice y, además, no tuvo en cuenta apartes relevantes del mismo. Es así como se afirma que este testigo aseveró que los glucómetros son un peligro y que éstos, con las tiras caducadas, producen un daño y generan un resultado de peligro, cuando lo que dijo fue que los dispositivos no causan daño, parte ésta que no fue valorada por el juzgador, pese a tratarse de un aspecto que debía tenerse en cuenta para verificar la antijuridicidad de la conducta atribuida a su representado.

Es insistente en decir que el juez colegiado omitió valorar muy bien el testimonio de la señora Beatriz Eugenia Vives,

cuando afirmó que los glucómetros no son material profiláctico, aspecto importantísimo para verificar la tipicidad de la conducta.

Estima que el Tribunal también distorsionó la prueba cuando afirmó que los glucómetros entraron sin los controles oficiales, siendo esto falso, puesto que Rocío Yamileth Aux Luna, Gerente General de AB Cargo Express, transportadora de los elementos incautados, testificó que toda la mercancía que la empresa ingresaba al territorio nacional pasaba por el control aduanero de la DIAN, no siendo este caso la excepción.

Por tanto, considera que si se tiene en cuenta la valoración real de la prueba, tendría que concluirse que nunca se pretermitieron los controles, que los glucómetros no entraron clandestinamente al país, que éstos jamás se distribuyeron, que no se probó la inversión que supuestamente se hizo y que el avalúo lo hizo la DIAN, pero no fue éste el valor en el que se compraron tales equipos.

Otro tanto sucede con el testimonio de Betty Saavedra, funcionaria de la DIAN, quien si bien manifestó que al momento de ser aprehendida la mercancía no tenía la documentación necesaria para su importación, al contestar el contrainterrogatorio insistió en que para determinar si la misma entró o no ilegalmente al país era menester conocer el resultado de la investigación administrativa que estaba adelantando la DIAN, el cual nunca fue presentado ante el juez de conocimiento, aunado a que la testigo manifestó que no sabía si

finalmente se demostró la ilicitud de la mercancía, por lo cual el sentenciador no podía concluir que entró ilegalmente al país.

Quedó demostrado, con el testimonio de "*Rocío Chaux*" (sic), que fue Ángel María Rayo quien declaró la mercancía y pagó su envío, declaración que fue ratificada por dicho testigo en el juicio oral, en el cual reconoció su propiedad sobre los elementos incautados y ratificó que el procesado no tenía nada que ver ni con la mercancía ni con el envío, e incluso reconoció que por su orden algunos glucómetros fueron repartidos, pero cuando ello ocurrió las tirillas aún no estaban vencidas.

Por lo anterior, estima que el sentenciador de segundo grado incurrió en un yerro manifiestamente grave, pues si hubiese valorado correctamente la prueba, el resultado habría sido una sentencia absolutoria.

Tercer cargo. Violación de la garantía fundamental de legalidad, por violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 319 y 372 del Código Penal, proveniente del error de derecho por falso juicio de convicción, y falta de aplicación de los artículos 29, inciso primero, de la Constitución Política y 6° del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar el cargo el censor reitera que la sentencia se basa en meras pruebas de referencia sobre el supuesto peligro, la supuesta venta, el supuesto robo y el supuesto contrabando. Empero, al desarrollarlo procede a afirmar que los glucómetros no son considerados como la única ni la mejor

alternativa para el control de la diabetes, pues el paciente debe mantener rutinariamente otras medidas y, en consecuencia, son uno entre muchos controles que debe tener, aunado a que hay varios síntomas y signos de alarma cuando la glicemia se está elevando, dando tiempo para corregirlos, ya que se trata de una enfermedad progresiva. Añade que ese riesgo disminuye o desaparece cuando el paciente está consciente de que las tiras están vencidas, porque si las usa lo hará con precaución, es decir, con ciertas restricciones o incluso cambiándolas por unas nuevas.

En este orden de ideas, concluye, no hay prueba de que se haya agotado la conducta prevista en el artículo 372 del Código Penal, pues lo único que hay es una presunta venta, escrita por una persona desconocida en un papel, en donde se menciona que el procesado vendió 20 glucómetros, pero en ningún momento habla del estado en que los vendió, es decir, no describe si éstos fueron entregados con las cintillas vencidas, ni tampoco si fue una venta real y no un simple depósito para que se estudiara el estado de los equipos, como tampoco se sabe si esa "venta" fue hecha o si simplemente alguien escribió este papelito, que no es plena prueba para inferir la conducta imputada, por lo cual debe absolverse al procesado, ya que existe en su favor la presunción de inocencia.

En cuanto al contrabando, insiste el casacionista en que no es cierto que la mercancía haya entrado evadiendo el control aduanero, por cuanto la importación se delegó a la empresa AB Cargo Express, a la cual se le cancelaron más de 5.000 dólares, suma ésta que sería muy alta para el simple transporte, de

donde se infiere que Ángel Rayo estaba contratando no solo el envío sino la nacionalización de la mercancía en Colombia. En consecuencia, era AB Cargo Express la responsable de realizar todos los trámites legales de importación, atendiendo las leyes colombianas, pues se trata de una empresa abierta al público, con sede en la Florida y en Colombia, por lo cual debe ser conocedora de las "*leyes internas de la DIAN*" (sic).

Así mismo, esa empresa prestaba un servicio que se llamaba puerta a puerta, en donde ella se hizo responsable de todo el trámite, con el conocimiento de la mercancía que transportaba. Por tanto, se asume que una empresa reconocida como seria y responsable en el mercado, especializada en traer mercancías a Colombia y, por tanto, la más apta para dicho manejo, cumpliría las leyes colombianas, aunado a que era su deber hacer saber situaciones especiales (lo que en ningún momento hizo). Igualmente, como consta en "*los recibos que reposan en su despacho*", los equipos fueron dejados en el domicilio de **ZAPATA MARTÍNEZ**, completándose así el servicio puerta a puerta, de modo que si se presentó irregularidad en el trámite no fue precisamente por acción o conocimiento del procesado, por cuanto las reglas internas de la compañía solo las conocen sus empleados, máxime cuando el acusado no se dedica a las importaciones, pues es comerciante de propiedad raíz.

En ningún momento los equipos se ocultaron, ni se escondió su origen o identificación, como puede deducirse de la forma como ingresaron al territorio nacional y como fueron encontrados por las autoridades. No se alteraron ni en su

contenido ni en los empaques originales; incluso la mayoría de las cajas incautadas estaban vírgenes, es decir, no se habían abierto, lo cual demuestra que no hubo conducta engañosa o de mala intención o de delito.

Concluye que éste es un caso en el que el desconocimiento de la ley sirve de excusa, pues el acusado desconocía la existencia de alguna irregularidad o delito, máxime cuando se trata de "*leyes reglamentarias*" que son de difícil conocimiento público. Precisamente, gracias a este tipo de situaciones es que para realizar actividades de importación o de comercio exterior se exigen personas conocedoras del oficio. Por tanto, si se hubiera tenido la intención de evadir la aduana se hubiesen buscado otras compañías con tarifas mucho más baratas y dedicadas a eludir el trámite aduanero, denominadas "*CORREOS DE BRUJAS*" (sic). Si se trataba de mercancías prohibidas, ello también lo ignoraba su defendido, quien tampoco conocía si se necesitaba licencia de importación de tales equipos.

ZAPATA MARTÍNEZ no tenía por qué evadir el trámite de importación, porque precisamente no intervino en este proceso, ni tenía conocimiento del mismo. La persona que envió los elementos tampoco tenía conocimiento de los trámites, porque hace más de 15 años vive en los Estados Unidos y no ha venido a Colombia, de modo que no podía saber que necesitaba licencia de importación especial por parte de la Aduana, o que la transportadora no cumpliría los requisitos aduaneros.

El procesado merece credibilidad, porque es una persona sin antecedentes penales, lo que lleva a deducir que es confiable y respetuoso de la ley y de las buenas costumbres, tiene una familia y ha sido un proveedor responsable para la misma y es la primera vez que se ve envuelto en un proceso de esta naturaleza, enfrentándolo sin evadir la justicia, pues estuvo atento al desarrollo normal del juicio.

Por las razones expuestas depreca a la Corte que case la sentencia impugnada y, en su lugar, absuelva a **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** de los cargos que se le imputan.

V. AUDIENCIA DE SUSTENACIÓN

1. El recurrente. Reiteró los planteamientos postulados en los cargos que fueron admitidos. En consecuencia, solicitó se case la sentencia y se absuelva al procesado, al no haberse demostrado, mediante pruebas legalmente aducidas al juicio, la tipicidad objetiva de los delitos de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico y contrabando, como tampoco la antijuridicidad del primero de los citados.

2. Los no recurrentes

2.1. Fiscalía General de la Nación. Solicitó se denieguen las súplicas de la demanda, señalando que en el primer cargo el recurrente incurrió en una contradicción que desnaturaliza el falso juicio de existencia por suposición alegado, porque, como

lo afirma, hay prueba de referencia, por lo cual debió plantear su controversia sobre un error de derecho por falso juicio de convicción o sobre un falso raciocinio. Ese error tiene un efecto sustancial directo, toda vez que debió demostrar que lo único que obra en el proceso para demostrar la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado es exclusivamente prueba de referencia o que esa inferencia a la que llegó el Tribunal resulta violatoria de la sana crítica. Como el demandante nunca demostró que se quebrantaron las reglas de la sana crítica, carece de sustento material el reclamo.

No obstante, la verificación de lo ocurrido en el juicio oral y los elementos que fueron incorporados como prueba, permiten advertir que no se cometió ninguno de los errores esbozados, porque además de la fuente que se dice indirecta, obran pruebas directas, entre las que se destaca: (i) el material ilícito decomisado; (2) la verificación acerca de su origen mediante el tracking o constatación del número del lote; (3) la inexistencia de permisos para la importación y comercialización en Colombia de esos productos y (4) la caducidad de los elementos para el momento de su aprehensión.

En lo que atañe a las conclusiones valorativas del Tribunal al confirmar la sentencia de primer grado, son lógicas y en todo apegadas a las pruebas presentadas por la Fiscalía frente a los aspectos que destaca el censor. La actividad de comercialización o venta de los glucómetros y las respectivas cintillas no se deduce de la valoración de un documento inexistente, esto es, el manuscrito referenciado por la investigadora Sadella Alicia

Rodríguez Rubio, ya que si bien ese documento no fue introducido físicamente al juicio oral por la citada servidora, ella en su testimonio dio fe de su existencia material. Expresamente señaló que se halló en una de las cajas incautadas durante la diligencia de registro y allanamiento practicada el 23 de octubre de 2008 (folio 15 de la sentencia de primera instancia).

Así mismo, mediante las evidencias dos y cuatro de la Fiscalía, correspondientes al acta de incautación de elementos y al informe de registro y allanamiento FPJ-19, del 23 de octubre de 2008, se corrobora la materialidad física del citado escrito, pues allí aparece relacionado expresamente como uno de los elementos incautados y su contenido literal se encuentra transscrito. Esas dos evidencias ingresaron al juicio oral y sobre su contenido no existió ninguna controversia por la defensa.

La conclusión del fallador se apoyó también en el testimonio de Ángel María Rayo Martínez, quien, entre otras cosas, dijo que la cantidad de glucómetros enviados a **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** era de dos mil, que en algún momento le había solicitado entregar varios a terceras personas, a título gratuito, así como en el hecho de que una de las cajas halladas durante el allanamiento y registro de la casa del procesado se encontraba vacía, tal como quedó consignado en el informe de esa diligencia,atrás enunciado.

Pretender, como lo hace el censor, estructurar un error por suposición de prueba en este caso resulta equivocado, toda vez

que otros medios suyasorios determinan la existencia física del texto que fue objeto de valoración y finalmente ese elemento, junto al análisis de otras pruebas de carácter documental y testimonial, también practicadas en el juicio, permitió edificar la certeza en punto de la existencia de la comercialización no autorizada de productos médicos o material profiláctico vencido o caducado.

Sucede igual con la alegada suposición de la prueba del hurto, en los Estados Unidos, de los productos incautados, porque es palpable el yerro sustancial en la postulación del cargo, ante la existencia de prueba indirecta testimonial. En efecto, Meyer Cañón Gómez, trabajador de la empresa Juritest, que presta asesoría jurídica y técnica a multinacionales farmacéuticas como Laboratorios Abbott de Colombia, narró cómo al verificar, a través del fabricante, el número de lote de los elementos incautados por la Fiscalía, recibió como respuesta que los mismos no fueron autorizados para ser comercializados en Colombia y que habían sido hurtados cuando eran transportados hacia la planta de destrucción, por ser defectuosos.

Respecto de la presunta omisión de valoración del testimonio de Beatriz Eugenia Vives, contrario a lo afirmado por el recurrente, el juez de primera instancia se refirió a éste, señalando que en su condición de funcionaria del INVIMA ofreció respuesta a varios interrogantes formulados por los investigadores del CTI, diciendo, entre otras cosas, que el único laboratorio autorizado para la comercialización,

almacenamiento y fabricación del producto incautado era Abbott y que el procesado no tenía permiso de la DIAN para importarlo a Colombia.

El Tribunal también apreció el testimonio aludido, específicamente en el punto cuestionado por el recurrente, cuando señaló que lo declarado por Meyer Cañón Gómez y lo dicho por Beatriz Eugenia Vives, frente a la calidad de los productos incautados, no resultaba contradictorio y consideró que esta última era una declaración complementaria de la primera, al referir que se trataba de elementos que brindaban ayuda o apoyo para el diabético. Cosa distinta es que la conclusión del ad quem resultara adversa a los intereses de la defensa, aspecto que por sí no indica un yerro en el raciocinio propio de la valoración conjunta de la prueba.

La conclusión del sentenciador frente a la calidad de los productos, a efectos de ubicar la tipicidad del comportamiento, a más de tener en cuenta los testimonios de Meyer Cañón Gómez, Sadella Alicia Rodríguez Rubio y Betty Saavedra García, se apoyó en la clasificación consagrada en la Ley 9^a de 1979 y en los Decretos Reglamentarios 4725 de 2005 y 3770 de 2004.

En cuanto al **segundo cargo**, como se trata de un error objetivo por tergiversación o supresión resultaba obligatoria la contrastación entre lo que expresamente dijo el testigo y lo que de su dicho citó el Tribunal en su decisión. Como ello no se presentó, no es posible verificar que efectivamente algún

apartado de los testimonios referenciados por el demandante haya sido tergiversado o dejado de considerar en un aspecto relevante. Es decir, el actor no identifica el yerro, ni mucho menos demuestra la manera como, de existir, resultaría idóneo para derribar la declaración de justicia contenida en la sentencia.

El cargo así planteado es un típico alegato de instancia, en el que se busca contraponer al análisis del Tribunal una particular visión de las pruebas, sin que le asista alguna razón, porque Meyer Cañón Gómez en su testimonio señaló expresamente que la utilización indebida del glucómetro y las tirillas tiene como consecuencia el no poder hacer el seguimiento de la patología clínica diabetes y esto puede tener efectos funestos, verbo y gracia, sufrir daño renal o coma diabético por no controlar, conforme a las prescripciones médicas, el nivel de glucosa.

Y en punto de la trascendencia, si se dijera que el testigo afirmó que la utilización de glucómetros con tirillas vencidas no causa daño efectivo, ello ninguna incidencia tiene frente al delito contra la salud pública, porque en conductas de esta naturaleza no se exige la concreción de un daño o la producción de un resultado lesivo, sino que basta la potencialidad de poner efectivamente en riesgo el bien jurídico tutelado, como lo sostuvo el Tribunal en su extensa argumentación.

Frente a la breve referencia que hace a lo declarado por Beatriz Eugenia Vives, debe señalarse que la discusión sobre la

calidad de material profiláctico que se atribuyó a los glucómetros y tirillas resulta inane, cuando está claro que el tipo penal contempla igualmente los productos farmacéuticos, calidad que les atribuyeron la citada testigo y Meyer Cañón, con sustento en la Ley 9° de 1979 y los Decretos 4725 de 2005 y 3770 de 2004.

Finalmente, en lo que atañe a la distorsión de las afirmaciones de Rocío Yamileth Aux Luna y de Betty Saavedra, frente a los controles oficiales, se debe anotar que el cargo no demuestra la existencia del falso juicio de identidad que propone. Basta verificar el contenido literal de lo consignado en la demanda, para advertir que el yerro no está basado en lo que dijo expresamente la testigo Aux Luna, sino en la evaluación que de ello hizo el fallador de primer grado, pues la cita que se hace corresponde a la trascipción de un aparte de la sentencia.

Está claro lo expresamente manifestado por la testigo, cuando dijo que ella nunca advirtió cubiertos a cabalidad los controles oficiales en el ingreso de los glucómetros. Se limitó a señalar el procedimiento adelantado respecto a las cajas introducidas al país por la modalidad de tráfico postal y que en ese caso particular no había tenido conocimiento de la existencia de inconvenientes para el ingreso de la mercancía al país, con lo cual no se puede demostrar la legalidad del envío o la comercialización en Colombia, cuando es evidente que la empresa ni siquiera conocía el contenido de las cajas y apenas alude a lo que sus rótulos externos detallan.

El que la DIAN no establezca controles efectivos e integrales sobre la totalidad de elementos que ingresan al territorio nacional, no conlleva la legalidad del envío en cuestión, mucho menos si con la prueba directa testimonial se puede demostrar sin discusión que su ingreso al país fue abiertamente irregular, porque el remitente y el destinatario carecían del permiso de registro sanitario para la importación del producto. La misma declarante Rocío Aux Luna resaltó que la empresa transportadora no tuvo información clara sobre el contenido de los paquetes recibidos por el procesado y solo lo conoció cuando la Fiscalía le solicitó los comprobantes o documentos del envío.

Surge evidente la adecuación del comportamiento al tipo penal de contrabando, en tanto la mercancía se sustrajo a la intervención y control aduanero, a partir de una información imprecisa reportada a la empresa transportadora, máxime cuando la modalidad de tráfico postal, según la testigo, tiene unas restricciones en cantidad de envío, y si se hubiera declarado el verdadero contenido, ese tipo de transporte resultaba inviable y lógicamente el control aduanero habría sido distinto. Al respecto también los funcionarios de la DIAN, Betty Saavedra y Germán Cadena, explicaron en el juicio el procedimiento y los documentos requeridos para importar esa clase de elementos o productos médicos.

Aduce la Fiscal delegada que en el **tercer cargo** el defensor plantea un error de derecho por falso juicio de convicción, pero inicia la postulación señalando que la sentencia se basa en prueba de referencia para la acreditación de cuatro aspectos

que se analizaron en el fallo: el peligro representado en la utilización de los productos incautados, su venta o comercialización, el hurto en los Estados Unidos y el contrabando de los bienes. Empero, no desarrolla el cargo ni demuestra que el material probatorio es efectivamente de referencia, dedicándose a introducir su particular examen de los elementos del delito y de lo que en su sentir demuestran los medios suasorios allegados. Es tan abstracto lo alegado por el demandante, que no es posible establecer la existencia de una crítica específica que determine la incursión en un error de los juzgadores de instancia y, por ello, muy poco pude contestarse a lo planteado.

No obstante, acerca de las afirmaciones referidas a la ausencia de demostración de daño, es de precisar que se soportan en simples especulaciones y desconoce que el delito que atenta contra la salud pública no reclama la concreción de un daño, como se dijo en la respuesta al cargo anterior.

En el proceso existe prueba inferencial que permite concluir la efectiva comercialización o distribución de los glucómetros, en particular el hallazgo de una caja vacía y el documento al cual alude el demandante, en el que de manera expresa se referencia el destino que se dio a varios de esos elementos.

Al margen de la discusión sobre si ese manuscrito es o no prueba de referencia, lo que realmente importa es la credibilidad que el juzgador otorgó al testimonio de Sadella

Alicia Rodríguez Rubio frente a la relación de objetos incautados, máxime cuando, como quedó expuesto, el manuscrito es apenas uno más de los elementos de juicio que revelan la venta o distribución no autorizada de los glucómetros y sus tirillas, en perjuicio de la salud pública. Tal precisión elimina de plano el alegado error por falso juicio de convicción en la sentencia atacada.

En cuanto al delito de contrabando, estima necesario hacer claridad en un aspecto fundamental relativo a la tipicidad, toda vez que en este caso la conducta se configuró cuando los productos médicos o material profiláctico ingresaron al país sin contar con los documentos legalmente exigidos y sin agotar los controles oficiales establecidos para este tipo de operación.

Tal como lo concluyó el Tribunal, los glucómetros y las tirillas marca OPTIUM se remitieron de manera subrepticia y fraccionada a **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ**, quien sin ninguna objeción los recibió, almacenó o conservó en su casa y además comercializó alguno de esos productos, también de manera parcial y clandestina.

Contrario a lo afirmado por el censor, en este caso sí existió una maniobra o acto doloso, encaminada a distraer los controles aduaneros específicos y omitir el cumplimiento de los requisitos exigidos por las autoridades colombianas para el tráfico en territorio nacional de esos elementos, como se puede inferir del ocultamiento de información a la compañía

transportadora, en cuanto a características, cantidad y valor real de los artículos enviados, datos necesarios para determinar la clase de transporte y exigencias legales de importación.

Además, es un hecho incontrovertible que el procesado no estaba autorizado para importar ni comercializar glucómetros y tirillas de la marca OPTIUM, ya que el único que posee el registro sanitario es Laboratorios Abbott de Colombia, según lo declararon la representante legal de la compañía farmacéutica y Meyer Cañón Gómez. Igualmente Rocío Aux Luna, Gerente General de AB Cargo Express, fue clara en manifestar que la declaración de importación y la legalización de la mercancía, correspondía realizarla a su propietario, de ninguna manera a la empresa transportadora, afirmación que no fue desvirtuada a través de otro medio de prueba y ni siquiera cuestionada por la defensa durante el juicio oral.

Así las cosas, la pretendida ajenidad del procesado con los procedimientos de nacionalización e importación o la alegada delegación de esa actividad, carece de todo sustento y hace inviable la censura propuesta.

Por último, aunque se esboza un supuesto error de tipo o de prohibición en relación con el tipo penal de contrabando, la disertación corresponde a un alegato de parte, que no concretiza ninguna equívocación en la valoración probatoria, por la edificación del juicio de convicción por parte del fallador y ni siquiera se refiere a la existencia de elementos probatorios que corroboren afirmaciones de esta naturaleza, por lo que el

cargo no amerita una respuesta o controversia de los nos recurrentes.

Por lo anterior solicita mantener incólume la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, que confirmó la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad.

2.2. El apoderado de las víctimas. Considera que está legalmente probado, vía testigo de la defensa, que el señor **ZAPATA MARTÍNEZ** entregó algunos glucómetros a un grupo determinado de personas, quedando descartada la discusión en el sentido de que no se dieron los verbos rectores del tipo penal consagrado en el artículo 372 del Código Penal.

Los glucómetros son dispositivos médicos que se consideran como materiales profilácticos, como lo señala la literatura jurídica.

También se probó otro verbo rector incluido en la norma, como lo es la alteración, pues en su criterio los dispositivos médicos fueron alterados porque su calibración era para el mercado norteamericano y no para el colombiano, por lo tanto, la lectura de los mismos iba a dar error.

Finalmente, en el auto admisorio de la demanda de casación la Corte dejó más que claro que la corrupción de alimentos, medicamentos o material profiláctico es un tipo de

peligro abstracto o de mera conducta y no de resultado concreto, como lo alega el casacionista.

Frente al contrabando, en primer término, precisa que la discusión en casación no puede girar en torno a elementos probatorios nuevos o discusiones sustanciales que no fueron discutidas o debidamente alegadas en etapas previas. Por tanto, debe tenerse en cuenta que quien definió que existía el contrabando, mediante dictamen, fue la DIAN a través de resolución administrativa acreditada en el juicio público por los testigos de cargo de la Fiscalía.

En segundo lugar, los planteamientos del censor se basan en una errada interpretación de la norma. Lo que está en discusión es el ingreso ilegal y disimulado de dos mil cajas de medicamentos (sic) de manera fragmentada en cajas de seis en seis, en lugar de hacer un solo envío, lo que devela el interés de evadir los controles administrativos que hacen la DIAN, cuando son mercancías de mayor volumen o tamaño, y el INVIMA cuando se trata de equipos médicos.

No se puede desplazar la responsabilidad a un intermediario aduanero, ya que éste simplemente, con base en la declaración del valor de la carga, realizó el pago de los respectivos impuestos aduaneros, y quien informaba sobre el valor de la carga era el remitente, de ahí que la hipótesis sobre una supuesta legalidad del envío se cae de su propio peso.

Tanto Rayo Martínez como **ZAPATA MARTÍNEZ** ocultaron el valor real de la carga, ya que en el remitente recaía la obligación de declarar dicho valor, así como la de legalizar la mercancía, atendiendo las disposiciones aduaneras y sanitarias de cargas compuestas de equipos médicos y reactivos de diagnóstico, ninguna de las cuales fue cumplida en este caso por quienes tenían la posición legal de hacerlo.

Los Decretos 4725 de 2005 y 3770 de 2004 establecen las pautas por las cuales un dispositivo médico o un reactivo de diagnóstico deben ser importados al país. Para ello se requiere de un registro sanitario, que debe ser solicitado ante el INVIMA, entidad que revisa la documentación técnica para verificar si se ajusta a las exigencias contenidas en dichos decretos, lo que no ocurre en este caso porque ni Ángel María Rayo Martínez ni **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** contaban con registro sanitario para importar los dispositivos médicos.

Como lo afirmó la testigo Beatriz Vives, los glucómetros y las tirillas de diagnóstico encontrados en poder del acusado no podían ser comercializados en Colombia, ya que su calibración y empaque eran para el mercado norteamericano y no para el nacional. De ahí que no contaran con el respectivo registro sanitario INVIMA, que es la entidad que define si los dispositivos cuentan con las condiciones y calidades técnicas relativas a su eficacia, composición o los fines para los cuales fueron diseñados.

Para obtener el registro sanitario es necesario seguir todos los procedimientos legalmente establecidos, como proporcionar

toda la información, una evaluación previa del INVIMA y, adicionalmente, tener el certificado de capacidad, almacenamiento y acondicionamiento, el cual al momento del allanamiento en la residencia de **ZAPATA MARTÍNEZ** no se encontró y no pudo ser certificado porque no tenía la capacidad legal para suministrar, distribuir o comercializar los dispositivos médicos.

En sentido contrario de lo afirmado por el casacionista, las tirillas o reactivos de diagnóstico se encontraban vencidas y eso fue probado en juicio. Al estar caducadas iban a dar una lectura errónea y aun así fueron distribuidas por parte de quien recibió el medicamento.

Solicita se confirme la sentencia impugnada, porque las normas administrativas, doctrinales y jurisprudenciales dejan determinar que la conducta del señor **ZAPATA MARTÍNEZ** era “ilegal”, porque no contaba con la autorización de las autoridades administrativas para la distribución o suministro de dichos productos médicos, los cuales fueron calibrados sin tener la experiencia para hacerlo, que tales equipos se encontraban vencidos y, por tanto, las lecturas que iban a arrojar eran erróneas, lo que podría llevar a la vulneración de otro tipo penal, como lesiones personales que se hubieran producido.

2.3. Ministerio Público. Las pruebas valoradas en la audiencia del juicio oral y tomadas en cuenta por las instancias para emitir sentencia fueron: los testimonios de Meyer Cañón Gómez, Sadella Alicia Rodríguez Rubio, Ángel María Rayo, Betty

Saavedra García, Rocío Yamileth Aux Luna, Gerente de AB Cargo Express, y la versión del procesado, que renunció a guardar silencio y se convirtió en testigo.

Como evidencia documental aparece la certificación expedida por la DIAN, el informe de la noticia criminal y la información de la diligencia de registro y allanamiento, en el sentido de que las tirillas tienen como fecha de vencimiento agosto de 2008 y que son reactivos de diagnóstico in vitro.

Con base en lo descrito anteriormente, considera que las providencias judiciales impugnadas no fueron basadas en testigos de referencia, como lo enuncia el libelista y, por lo tanto, no debe prosperar el cargo.

Respecto del contrabando, está debidamente asignada la conducta al procesado, debido a que quedó probado en las instancias que el producto incautado fue importado desde los Estados Unidos a Colombia y aunque pasó por lugares habilitados como las aduanas, fue disimulado, como lo dijo el a quo.

El comportamiento citado quedó comprobado con la declaración de la Gerente de AB Cargo Express y el dicho de Ángel Rayo en el juicio oral. Además, la cuantía requerida para la adecuación de este tipo tiene que superar los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual quedó acreditado mediante certificado de la DIAN, en el que se consignó que la mercancía cuestionada tiene un valor de \$197.328.872.

En cuanto al artículo 372 del Código Penal, es claro que la conducta desplegada por **EBERD ZAPATA** encaja en el inciso segundo de la norma, toda vez que el registro y allanamiento realizado en la vivienda del procesado arrojó que dichos elementos profilácticos estaban vencidos hacia tres meses, verificada esta información con las declaraciones de los agentes del CTI que estuvieron a cargo de la diligencia, Sadella Alicia Rodríguez y Germán Cadena.

Así mismo, en el acta de dicha diligencia se dejó constancia de la cantidad de elementos incautados, 1.942 glucómetros y 19.420 tirillas marca OPTIUM, que de haberse distribuido o suministrado a la totalidad de los interesados, en este caso los pacientes con diabetes, habrían puesto en peligro el bien jurídico de la salud pública. A ello se añade la existencia de un manuscrito donde se deja ver la distribución de los glucómetros y la declaración de Ángel Rayo, que acepta que le dijo al procesado que regalara algunos, lo que se ajusta al verbo rector suministrar.

En consecuencia, el cargo formulado por el defensor no tiene vocación de prosperidad y, por tanto, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De manera reiterada ha dicho esta Corporación que una vez admitida la demanda no hay lugar a desestimarla aduciendo razones relativas a la inobservancia de los presupuestos lógicos

y de debida argumentación de que adolezca, siendo lo procedente dar respuesta sustantiva a los problemas jurídicos planteados en el escrito.

Ahora, el examen de la demanda se hará en el orden en que la Corte estime más conveniente para la mejor comprensión de la decisión, esto es, a partir de los reproches a la valoración probatoria efectuada por el Tribunal respecto de cada uno de los delitos que le fueron atribuidos al acusado.

2. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico

La conducta citada en el epígrafe está tipificada en el artículo 372 del Código Penal, modificado por el artículo 5º la Ley 1220 del 16 de julio de 2008, que dispone:

“El que envenene, contamine, altere producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal, los comercialice, distribuya o suministre, incurrirá ...”

“En las mismas penas incurrirá quien suministre, comercialice o distribuya producto o sustancia o material de los mencionados en este artículo, encontrándose deteriorados, caducados o incumpliendo exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia”.

2.1. De acuerdo con el precepto transscrito, para que se configure el delito allí descrito es necesario que la conducta recaiga sobre una sustancia alimenticia, médica o material

profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo personal.

Por tanto, el primer aspecto a dilucidar es el planteado en el segundo de los cargos admitidos, es decir, si los glucómetros y las cintillas se encuentran dentro de alguna de tales clasificaciones, como lo consideraron los juzgadores de instancia.

Señala el censor que el Tribunal incurrió en un yerro al concluir que el glucómetro es material profiláctico, fundándose en la definición que de tal elemento trae Wikipedia, en lugar de valorar *“muy bien”* el testimonio de Beatriz Eugenia Vives, la cual, en su sentir, manifestó que los glucómetros no tienen esa calidad.

Ninguna razón le asiste al casacionista en su reparo, habida consideración que Beatriz Eugenia Vives -testigo de la Fiscalía-, no fue auscultada sobre la clasificación, o no, de los glucómetros y las tirillas como material profiláctico, a punto tal que cuando lo hizo la defensa en el contrainterrogatorio, la pregunta le fue objetada.

En efecto, tanto en el interrogatorio directo como en el redirecto la Fiscalía preguntó a la citada testigo si el glucómetro era considerado como un equipo farmacéutico, manifestando que no y precisando que las tirillas son un reactivo químico; también contestó negativamente cuando se le cuestionó sobre si era un medicamento, sin que, motu proprio, hiciera mención a

si se les podía clasificar o no como materiales profilácticos, por lo cual el argumento consistente en que el Tribunal omitió valorar este aparte del testimonio, deviene infundado.

Ahora bien, para determinar este aspecto de la tipicidad objetiva del comportamiento atribuido a **ZAPATA MARTÍNEZ**, el Tribunal acudió al testimonio de Meyer Cañón Gómez¹, cuando sostuvo: “*En este caso, o sea, como medicamento como tal, no se puede llamar como medicamento como tal (sic). El producto encaja en lo que tiene que ver con, es un material profiláctico, es un equipo médico-quirúrgico, pero lo que tiene que ver con productos con injerencia en salud pública es un material profiláctico, el cual se utiliza para determinar o hacer seguimiento a una patología clínica del ser humano*” (se resalta).

Esta declaración, que no fue desvirtuada en el debate público, encuentra asidero en la definición que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua trae del término profiláctico: “*Dícese del o de lo que puede preservar de la enfermedad*”, en el entendido de que al ser el glucómetro un “*Aparato para apreciar la cantidad de azúcar en un líquido*”², le permite al paciente diabético vigilar la glucosa sanguínea, previniéndolo de la ocurrencia de un evento o incidente adverso³ y, por ende, ayudándole a preservar, conservar y mejorar la salud, como lo sostuvo en varios apartes de su declaración Beatriz Eugenia Vives.

¹ Zoootecnista, con postgrados en medio ambiente, implementación de las buenas prácticas de manufactura, implementación del sistema Hassar para la industria de alimentos y en farmacéutica, vigilancia y control de alimentos y medicamentos, el cual prestó sus servicios al INVIMA durante diez años como subdirector y director encargado.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

³ Definido por el artículo 2º de la Resolución 4816 de 2008, expedida por el Ministerio de la Protección Social, como el “*Daño no intencionado al paciente, operador o medio ambiente que ocurre como consecuencia de la utilización de un dispositivo médico*” (negrillas fuera de texto).

Ahora, es cierto, como lo arguye el recurrente, que las tiras o cintas son clasificadas como reactivos de diagnóstico *in vitro*⁴. Empero, ello no les quita su carácter de material profiláctico, en el entendido que constituyen un accesorio⁵ del glucómetro, en la medida en que son destinadas por el fabricante para ser utilizadas en forma conjunta con dicho dispositivo médico, para que éste pueda emplearse de acuerdo con la finalidad prevista. En este sentido declararon Vives Hurtado y Cañón Gómez.

La Corte concluye que en este caso se estructura el ingrediente normativo, relativo a que la conducta imputada a **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** habría recaído sobre material profiláctico.

2.2. Como verbos rectores, el inciso segundo del artículo 372 del Estatuto Punitivo menciona expresamente el suministrar⁶, comercializar⁷ o distribuir⁸ los elementos citados.

⁴ Artículo 2º del decreto 3770 de 2004, que lo define como "... un producto reactivo, calibrador, elaborado en material de control, utilizado sólo o en asociación con otros, destinado por el fabricante a ser utilizado *in vitro* para el estudio de muestras procedentes del cuerpo humano, incluidas las donaciones de sangre, órganos y tejidos, principalmente con el fin de proporcionar información relacionada con:

1. Un *estado fisiológico o patológico*.
2. Una *anomalia congénita*.
3. La *determinación de la seguridad y compatibilidad con receptores potenciales*.
4. La *Supervisión de medidas terapéuticas*".

⁵ Artículo segundo del Decreto 4725 de 2005, que trae la definición de accesorio como "El destinado especialmente por el fabricante para ser utilizado en forma conjunta con un dispositivo médico, para que este último, pueda emplearse de conformidad con la finalidad prevista para el producto por el fabricante del mismo".

⁶ "Proveer a uno de algo que necesita" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua).

⁷ "Dar a un producto industrial, agrícola, etc., condiciones y organización comerciales para su venta". Comercial: "Dícese se aquello que tiene fácil aceptación en el mercado que le es propio" (ibidem).

⁸ "1. Dividir una cosa entre varios, designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia o regla de derecho. 2. Dar a cada cosa su oportuna colocación o el destino conveniente. 3. Entregar una mercancía a los vendedores y consumidores" (ejusdem).

Es decir, el legislador no consideró como conducta punible la conservación⁹ de esta clase de productos, luego el hecho de que para el 23 de octubre de 2008, fecha en que se llevó a cabo la diligencia de registro y allanamiento en la casa del acusado, se encontraran 1.942 glucómetros con las tirillas caducadas, por se no tiene incidencia penal, máxime si en este caso no se esclareció, más allá de toda duda razonable, el destino que se daría a las cintas una vez se produjo su caducidad.

2.3. El inciso segundo del artículo 372 del Código Penal exige que la sustancia alimenticia o médica, el material profiláctico, los medicamentos, los productos farmacéuticos, las bebidas alcohólicas o los productos de aseo personal sobre los que recaiga la conducta, estén deteriorados¹⁰, caducados¹¹ o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad¹² o eficacia¹³. Es decir, si la conducta no recae sobre elementos que estén en una cualquiera de esas condiciones, no se configura el tipo penal objetivo, así se hayan suministrado, distribuido o comercializado.

⁹ **Conservar:** "1. Mantener una cosa o cuidar de su permanencia. (...) 4. Guardar con cuidado una cosa" (ibídem).

¹⁰ **Deteriorar.** "1. Estropear, menoscabar, poner en inferior condición una cosa. 2. Empeorar, degenerar" (ibídem).

¹¹ " **Caducidad.** Fecha de expiración o caducidad. Es la que indica el tiempo máximo dentro del cual se garantizan las especificaciones de calidad de un producto establecidas para su utilización" (artículo 2º del Decreto 4725 de 2005).

¹² " **Estabilidad:** Aptitud de un principio activo o de un medicamento, de mantener en el tiempo sus propiedades originales dentro de las especificaciones establecidas, en relación a su identidad, concentración o potencia, calidad, pureza y apariencia física" (Decreto 677 de 1995).

¹³ " **Eficacia:** Aptitud de un medicamento para producir los efectos propuestos, determinada por métodos científicos" (ibídem).

El precepto legal no prevé como ingrediente normativo del tipo, el que los elementos sobre los que recae la conducta no tengan registro sanitario, entendido como la autorización que otorga la autoridad competente -INVIMA¹⁴- para que un producto de uso humano pueda ser fabricado, importado, exportado, envasado, o comercializado en el país, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de calidad y seguridad, como lo consideró sin fundamento alguno el Tribunal.

Es abundante la jurisprudencia del órgano de cierre de la justicia constitucional¹⁵, en el sentido de que para establecer la idoneidad de un medicamento¹⁶ para el tratamiento de una enfermedad no es criterio excluyente el registro sanitario, sino que depende, en gran medida, de criterios médico-científicos de los cuales es titular no solo el INVIMA sino principalmente los médicos y la comunidad científica, por lo cual en varios casos ha ordenado a las EPS suministrar los medicamentos prescritos por el galeno tratante, así éstos no tengan registro sanitario en Colombia, siempre y cuando se trate de productos reconocidos por la comunidad médica como seguros y eficaces. De ahí que el legislador de 2000 no haya considerado incluir dentro del tipo

¹⁴ Organismo de carácter científico y tecnológico, creado por el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva (Decreto 1290 de 1994).

¹⁵ Al efecto véanse sentencias T-344 de 2002, T-113 de 2003, T-1214 de 2008, T-042 de 2013 y T-425 de 2013.

¹⁶ "Medicamento. Es aquél preparado farmacéutico obtenido a partir de principios activos, con o sin sustancias auxiliares, presentado bajo forma farmacéutica que se utiliza para la prevención, alivio, diagnóstico, tratamiento, curación o rehabilitación de la enfermedad. Los envases, rótulos, etiquetas y empaques hacen parte integral del medicamento, por cuanto éstos garantizan su calidad, estabilidad y uso adecuado" (Decreto 677 ya citado).

de corrupción de alimentos, medicamentos o material profiláctico el que los mismos se importen o comercialicen sin el registro sanitario del INVIMA. Y si en Colombia se puede prescribir un medicamento que no tenga registro sanitario INVIMA, también se puede utilizar un dispositivo médico que no tenga tal registro, siempre y cuando haya sido elaborado por un laboratorio autorizado, cumpliendo todas las condiciones técnicas relativas a su composición, estabilidad o eficacia.

Lo anterior no significa que la Corte prohíje prácticas violatorias de las normas administrativas encaminadas a proteger la salud y, de contera, la vida, como la referente a la obligación que tiene toda persona de obtener, no solo el respectivo registro sanitario, sino también las licencias o permisos para importar, comercializar, distribuir o suministrar productos que tengan impacto en la salud de la comunidad. Tampoco considera que se ajuste al ordenamiento jurídico vigente que se pretermitan los controles que deben ejercer las autoridades competentes en relación con el ejercicio de tales actividades, casos para los cuales el ordenamiento jurídico prevé sanciones administrativas. El análisis se ciñe, de manera exclusiva, al tipo penal que se atribuyó al procesado, por lo cual no es de recibo el argumento del apoderado de la víctima, cuando depreca que se nieguen las súplicas de la demanda, porque en este caso quedó demostrado el desconocimiento de diversas normas administrativas.

2.4. La Corte pasa a examinar el **primer cargo**, en el cual el censor invoca la violación indirecta de la ley sustancial, aduciendo que el fallo de condena por el delito de corrupción de

alimentos, productos médicos o material profiláctico se funda en:

- La suposición de la prueba del hurto de las mercancías en los Estados Unidos, la cual si bien fue referenciada por uno de los testigos, no fue introducida al juicio oral y público. Pese a ello, el Tribunal dio por probado que la conducta recayó sobre material profiláctico que no cumplía las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia.

- Un “*papel escrito por una persona desconocida, en donde se menciona que el procesado vendió 20 glucómetros*”, el cual no fue introducido al debate público, pues si bien fue referenciado por una de las testigos, su inclusión al juicio y, sin embargo, se le hizo producir efectos contra el acusado, en la medida en que en él se fundaron los falladores para sostener que éste había comercializado material profiláctico caducado.

Para resolver, la Corte hará el análisis de los siguientes aspectos:

- ¿Los citados elementos probatorios fueron legalmente aducidos al debate público?

- ¿En dichos documentos se fundaron los juzgadores de instancia para edificar el fallo de condena contra **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ**, por el delito de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico?

De resultar negativa la primera premisa y afirmativa la segunda, se estaría ante un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición probatoria, que conllevaría a casar, así fuere parcialmente, la sentencia recurrida.

2.4.1. En cuanto al primer tópico, esto es, si los documentos mencionados por el recurrente fueron aducidos legalmente al debate público, *prima facie* es preciso reiterar lo sostenido por esta Corporación en el sentido de que la única vía idónea para introducir documentos a la audiencia del juicio oral es a través de un testigo de acreditación, para que así adquieran la condición de prueba (artículos 16, 377 de la Ley 906 de 2004), como se infiere del artículo 337, numeral 5°, ibídem, que prevé: “*El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...) d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación*” (resalta la Sala).

Con la modificación introducida al artículo 429 del Estatuto Penal Adjetivo por el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que regula la presentación en juicio de documentos, al disponer que éstos podrán ser ingresados “*por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física*”, no queda duda de la necesidad de que el documento que se pretende hacer valer en el juicio debe ser aportado a través de un testigo de acreditación.

Empero, para aducir un documento al debate público no basta con solicitarlo en la respectiva oportunidad y ofrecer el

testigo con el cual va a ser incorporado, sino que es necesario, además, que éste declare sobre dónde y cómo lo obtuvo, quién lo suscribió, si es original o copia, así como sobre los datos generales referentes a su contenido, debiendo absolver todas las inquietudes que sobre la materia le puedan surgir al oponente de la prueba, a fin de acreditar aspectos que permitan determinar su autenticidad y pertinencia, como se infiere del artículo 431 del ordenamiento en cita, titulado: "*Empleo de los documentos en juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que los intervenientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido*".

En el asunto examinado, en el numeral 7º del documento anexo al escrito de acusación, la Fiscalía anunció, como elemento probatorio que haría valer en el juicio, la "*copia en inglés y español de una denuncia entregada por el señor Meyer Cañón Gómez, donde se da a conocer que la mercancía incautada en Colombia (2000 glucómetros) es producto de un hurto en los E.E.U.U. (se resalta)*". Y, en el 16, la "*copia del documento escrito a mano, encontrado en casa del ahora imputado, que acredita la venta y distribución de algunos glucómetros*"; ofreciendo, en su orden, a Meyer Cañón y a Sadella Alicia Rodríguez Rubio como testigos de acreditación. Dicho pedimento fue aceptado en la audiencia preparatoria del 13 de mayo de 2011.

2.4.1.1. En lo que respecta a la copia de la presunta denuncia del hurto de los glucómetros, ocurrido en los Estados Unidos, no fue introducida -ni en inglés ni en español-, por Meyer Cañón Gómez, como lo adujeron los jueces de instancia y lo sostiene la Fiscalía delegada.

En efecto, es cierto que el tema del hurto se mencionó por el testigo Cañón Gómez, cuando al contestar una pregunta de la Fiscalía sobre si los números de lote de los glucómetros hallados en el inmueble de **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** “estaban autorizados para ser comercializados en Colombia ...”, señaló: “No, una vez se hizo la incautación en la ciudad de Cali se solicitó al Laboratorio nos informaran el tracking de esos productos, si habían sido importados, si com..., para comercializarse en Colombia y la respuesta del Laboratorio fue que esos productos que se incautaron en la ciudad de Cali, no fueron autorizados para comercializarse en Colombia. Aparte de eso también **se nos informó sobre un caso que con esos glucómetros de ese número de lote se nos informó que esos productos fueron hurtados en los Estados Unidos cuando estaban siendo transportados hacia la planta de destrucción, porque esos glucómetros salieron defectuosos de fábrica y en el momento de hacer tanto el tiempo de cuarentena como las revisiones técnicas, no fueron confiables y por tal motivo todo el lote de producción se llevaba hacia la destrucción**” (se resalta).

Sin embargo, ante la espontánea respuesta del testigo, la Fiscalía omitió profundizar sobre el presunto hurto. Es así como olvidó exhibirle las copias de la denuncia, las cuales no se introdujeron al debate ni por Meyer Cañón, ni por uno de los investigadores que participó en el caso, como lo exige el artículo 429 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011.

Tampoco lo interrogó sobre la forma del documento, si se trataba de una copia simple o de una auténtica, ni sobre la manera como lo obtuvo - si es que alguna vez estuvo en sus manos-, ni le pidió que leyera por lo menos alguno de sus apartes (para conocer su contenido, como lo exige el artículo

431 de la Ley 906), de modo que la defensa no tuvo la oportunidad de controvertirlo.

Significa lo anterior que la denuncia del hurto no fue introducida ni física ni jurídicamente al proceso, por lo cual, de existir, no tiene vocación probatoria.

2.4.1.2. En cuanto al manuscrito presuntamente hallado en la diligencia de registro y allanamiento, en el que se habrían consignado datos sobre la venta o distribución de algunos glucómetros, para la Corte es claro que tampoco fue introducido al debate público ni por la testigo de acreditación ofrecida por la Fiscalía, ni por otro testigo, como erróneamente lo consideró el Tribunal y lo afirman los representantes de la Fiscalía y el Ministerio Público.

A lo largo de su testimonio, Sadella Rodríguez Rubio solo hizo una alusión al hallazgo, en la caja número 5, de "**un documento**", sin que a iniciativa suya o por interrogatorio de la Fiscalía precisara de qué clase de documento se trataba (papel, grabación, fotografía, disco, película, grabación computacional, mensaje de datos, télex, telefax, radiografía, ecografía, tomografía, electroencefalograma, electrocardiograma, etc.).

Así mismo, la Fiscalía omitió preguntar a la testigo en qué estado estaba la caja número cinco, esto es, si abierta o cerrada, qué otros objetos se encontraban allí, qué persona hizo el hallazgo del "*documento*", teniendo en cuenta que manifestó que a la diligencia de registro y allanamiento también acudieron

Carlos Alberto Posso y Rodrigo Preciado. Es decir, nada se supo en concreto sobre la forma como fue encontrado.

Tampoco se tuvo conocimiento de sus características, habida cuenta que en parte alguna de su testimonio Rodríguez Rubio dijo que se trataba de un manuscrito, como tampoco hizo alusión al tipo de papel que lo contenía, cuál era su forma, qué se consignaba en el mismo, quién lo suscribió, si era original o una copia. Igualmente, pese a que se dijo por los juzgadores de instancia que se trataba de un manuscrito que contenía solo algunas líneas, no fue leído ni exhibido a la defensa en el debate público, como lo ordena el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, no asiste razón a la Fiscal delegada cuando aduce que si bien el documento bajo análisis no fue introducido físicamente, sí lo fue jurídicamente, porque fue "*transcrito*" por Sadella Alicia Rodríguez en su informe de registro y allanamiento FPJ-19 y se mencionó en el acta de incautación de elementos, los cuales fueron incorporados al juicio por la testigo ofrecida para acreditarlos.

Tal tesis carece de asidero jurídico, por cuanto es evidente que se trata de documentos completamente distintos: uno, el presuntamente hallado en el lugar de los hechos y, otro, el elaborado por la testigo, por lo cual debieron introducirse -no solo física sino jurídicamente- por separado al juicio oral, para que la defensa tuviera la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción que le asiste respecto de cada uno de ellos.

Ninguna norma legal habilita a los funcionarios de policía judicial a transcribir en sus informes el contenido de los documentos hallados en sus investigaciones, ni a las partes a omitir su presentación en la audiencia del juicio oral. Por el contrario, excepto en el caso de los macroelementos materiales probatorios que por su tamaño no puedan ser llevados al juicio oral, bastando para ello inspeccionarlos, filmarlos y fotografiarlos, registros éstos que sustituyen al objeto físico, en los demás casos, los elementos materiales probatorios y la evidencia física deben ser incorporados al debate público, para que adquieran validez jurídica y puedan ser valorados como prueba (artículos 15, 16, 362, 374, in fine, 377, 378, 379 y 381, inciso primero in fine, de la Ley 906 de 2004).

La transcripción unilateral de un documento, efectuada por una de las partes o por los investigadores que participaron en el caso, no garantiza el principio de mismidad, pues no habría certeza de que se haya hecho de manera fidedigna o literal. Es por ello que el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal dispone que los elementos materiales probatorios y la evidencia física deben ser auténticos y tienen esta calidad “*cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de la cadena de custodia*”, de modo que “*la demostración de autenticidad*” de aquellos que no fueron sometidos a dicha cadena “*está a cargo de la parte que los presente*”, lo que no ocurrió en este caso, en el que no hay ninguna evidencia de que el elemento material probatorio haya sido siquiera detectado, ni fijado, recogido o embalado, por lo cual no fue presentado a la audiencia pública.

Y si bien, como lo alega la Fiscalía, el acta de incautación de elementos y el informe de registro y allanamiento -FPJ-19- fueron introducidos al juicio oral, tal aducción lo fue solo respecto de los aspectos objeto de debate. Para el caso del acta de incautación, se introdujo lo concerniente al hallazgo de los elementos, entre ellos “*un documento*”, sin individualizarlo ni describirlo.

Respecto del informe de registro y allanamiento FPJ-19, se debatió lo relacionado con los motivos para emitir la orden, la fecha, hora, forma y lugar donde se practicó la diligencia, los funcionarios que intervinieron, la persona que la atendió, la distribución del inmueble, la descripción de las áreas registradas, los lugares donde fueron hallados los 1.942 glucómetros incautados, la fecha de caducidad de las tirillas¹⁷ (agosto de 2008) y el remitente de las cajas desde los Estados Unidos (Ángel Rayo).

Estos fueron los únicos aspectos referidos por la testigo de acreditación que introdujo el citado informe, la cual no hizo mención -ni fue interrogada- sobre la transcripción invocada tanto por los juzgadores de instancia como por la Fiscalía delegada, ni se le pidió siquiera que leyera dicho aparte del informe FPJ-19, de modo que este aspecto del acta no fue objeto de debate, ni pudo ser controvertido por la defensa.

¹⁷ Aspecto del que se pronunció a petición de la defensa y no de la Fiscalía, que debía probar su teoría del caso, incluyendo todos los elementos que estructuraban el delito por el cual acusó a Eberd Zapata.

En el marco precedente, el manuscrito ofrecido por la Fiscalía como elemento material probatorio para acreditar la venta, el suministro o la distribución de los glucómetros por parte del procesado, no fue incorporado al juicio oral y, por ende, la defensa no tuvo la oportunidad de controvertirlo, para poner en tela de juicio su procedencia, autenticidad, sometimiento a la cadena de custodia y, por su puesto, su contenido, por lo cual no puede ser estimado como prueba.

No debe olvidarse que el proceso penal de adversarios no contempla concesiones a favor de ninguna de las partes y, por ende, es factible cuestionar o poner en duda si en realidad los documentos y los objetos que aduce una parte son lo que esa parte dice que son; por ejemplo, que un documento privado fue el que confeccionó el implicado, de modo que si no se introducen al debate público no puede la parte contra quien se oponen formular algún cuestionamiento.

2.4.2. El segundo aspecto a dilucidar es el referente a si la denuncia del hurto y el manuscrito fueron apreciados por el Tribunal y si le sirvieron como único fundamento para proferir fallo impugnado.

2.4.2.1. En relación con la denuncia del ilícito, de manera reiterada el juez colegiado sostuvo que *“...el lote de glucómetros y tirillas incautados en la residencia del procesado corresponden, según se comprobó, a objetos materiales de un hurto que se realizó en los Estados Unidos cuando estaban siendo transportados a la planta de destrucción, por haber salido defectuosos de la fábrica”*, de lo cual concluyó que la conducta imputada a **ZAPATA MARTÍNEZ** encaja en la

descripción típica del inciso segundo, *in fine*, del artículo 372 del Código Penal, por considerar que con la denuncia se habría demostrado que los dispositivos médicos incautados no cumplían las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, por haber salido defectuosas de fábrica.

Al motivar su decisión el Tribunal tuvo en cuenta la denuncia del hurto presuntamente ocurrido en los Estados Unidos, arguyendo que ese hecho se demostró con la declaración de Meyer Cañón Gómez, el cual al ser interrogado por la defensa¹⁸ sobre si fue testigo presencial del ilícito, dijo: *"Cuando nosotros solicitamos el tracking del producto, es obligación del fabricante informar de todo lo que tiene que ver con el tracking del producto, en este caso se nos informó lo que había sucedido con esos productos, que habían salido defectuosos y en el transporte habían sido hurtados y eso ya le corresponde al número del lote que se encontró aquí en el país"* (resalta la Corte).

De las respuestas de Cañón Gómez emerge claro, de una parte, que no fue testigo presencial del ilícito, ni presentó la denuncia ante las autoridades competentes de los Estados Unidos, habida cuenta que en las dos oportunidades en las que hizo alusión al tema, fue claro en sostener que fue *"informado"* de ese hecho, de modo que no es un testigo directo.

Y de otra, que tuvo conocimiento por un tercero (anónimo), del cual no mencionó el nombre, ni precisó si se trató de un empleado de la filial en Colombia o de la casa matriz en los Estados Unidos, ni el cargo que ocupaba, ni hizo mención a la

¹⁸ Única parte que se ocupó de esclarecer el hecho

forma como dicha persona se enteró de la comisión del ilícito, ni al nombre de quien presentó la denuncia ante las autoridades norteamericanas.

Tampoco relató ninguna de las circunstancias modales y temporales en las que presuntamente se perpetró el delito, por ejemplo, fecha y lugar, cantidad de elementos hurtados, número y/o letras del lote que los identificaba (para determinar si se trataba de los **mismos** que fueron incautados), en dónde funcionaba el laboratorio que los fabricó, cuándo y quién dispuso su envío a la planta de destrucción, en dónde quedaba dicha planta, en qué consistían los defectos de fábrica¹⁹, si hubo testigos presenciales, si las autoridades identificaron e individualizaron a los autores, cómplices o partícipes, si en la ejecución del hurto participaron **EBERD ZAPATA**, Ángel Rayo y/o Antony García y demás circunstancias que rodearon el hecho.

Así las cosas, con el testimonio de Meyer Cañón Gómez no se demostró la ocurrencia, en los Estados Unidos, del hurto de los elementos incautados, ni de los presuntos defectos de fábrica, pues, se insiste, **no fue testigo directo del hecho, ni puede considerársele como testigo de oídas, dado que no dio ninguna información concreta al respecto.**

Como el informante desconocido no fue convocado al juicio oral, su dicho podría ser tenido como prueba de referencia, la

¹⁹ Dato que también habría servido para determinar si se trataba de los mismos objetos que fueron incautados.

cual no es admisible en este asunto, por cuanto no se demostró la ocurrencia de alguno de los presupuestos previstos en el artículo 438 del Catálogo Instrumental Penal.

El planteamiento del representante de las víctimas, según el cual los glucómetros incautados fueron alterados por haber sido calibrados en el país, no es atendible, toda vez que este tema no fue abordado en el debate público y menos aún fue objeto de prueba. El único aspecto que se mencionó sobre la calibración fue el referido por Beatriz Eugenia Vives, al sostener: *"Los equipos vienen calibrados desde la casa matriz, entonces ahí no hay problema, lo único era que en el dispositivo anterior, como ya cambiamos el nombre el año pasado, cada cajita de tiras traía un calibrador, entonces el paciente sí estaba obligado, por decirlo así, a calibrar primero su equipo, o sea fuera de la fecha y hora tiene que calibrar, calibrar es como darle al equipo toda la información de la tira, o sea, fecha de vencimiento, número del lote, todo queda registrado en el equipo"*. De dicha afirmación se colige que el usuario del glucómetro debe calibrarlo antes de usarlo, sin que ello constituya una alteración del dispositivo médico.

De otra parte, el hecho de que Abbott sea el único laboratorio autorizado en Colombia para comercializar glucómetros marca Optium, no conduce a afirmar, como lo hicieron los falladores de instancia y lo sostienen los no recurrentes, que los hallados en la casa de **ZAPATA MARTÍNEZ** estuvieran deteriorados, caducados, o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad o eficacia. Ninguno de los testigos de cargo declaró que los glucómetros incautados no fueron fabricados por Laboratorios Abbott en los Estados Unidos. Contrario sensu, siempre

afirmaron que éste fue el fabricante y que, por ende, la única autorizada para importarlos a Colombia era su filial en nuestro país.

Tampoco se practicó una experticia técnica para acreditar el mal estado de los aparatos (deterioro), ni el incumplimiento de las condiciones técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, como lo declaró el Tribunal en el fallo que se revisa, aunado a que el dispositivo per se no tiene una fecha de vencimiento o de caducidad²⁰. Las que expiran son las cintillas, por ser un reactivo químico, las cuales en este caso caducaron más de tres meses después de haber llegado al país.

En este orden de ideas, es evidente que el juez plural erró al considerar que los glucómetros encontrados en la residencia de **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** son defectuosos y, por ende, no aptos para el uso humano, por no cumplir las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, toda vez que no se introdujo al debate público ningún medio suvisorio que así lo acredite.

2.4.2.2. En lo referente a la prueba de la comercialización de los glucómetros incautados, imputada a **ZAPATA MARTÍNEZ** con base en un manuscrito que, se dice, fue hallado en su residencia, el Tribunal, acogiendo los argumentos del Juez de primer grado, señaló de manera insistente:

²⁰ Ninguno de los testigos que tuvo contacto con los glucómetros en sí hizo referencia a que tuvieran una fecha de vencimiento. Tampoco es cierto lo sostenido por Meyer Cañón, en el sentido de que el Decreto 4525 prevé que este tipo de dispositivos tiene una fecha de caducidad de dos años. Como todo aparato, tiene una vida útil, que depende de muchas variables, entre ellas el cuidado que tenga el usuario.

“... para redundar, las anotaciones en el manuscrito halladas con el alijo de los elementos dicen con claridad que el destino de tales elementos era la distribución gratuita u onerosa, pero de todas formas alejada de toda intención generosa y respecto de las cuales no aclaró el procesado cuando renunció al derecho y tampoco fue interrogado sobre ese aspecto por su defensor” (resalta la Corte).

Es decir que los falladores de instancia sí apoyaron la decisión en un elemento material probatorio que no fue introducido al debate público, incurriendo en error de hecho por falso juicio de existencia por suposición probatoria.

Por lo demás, resulta absurdo sostener, como lo hizo el juez plural, que era al procesado (a iniciativa propia o por interrogatorio de su defensor), a quien correspondía introducir al juicio oral y público el presunto manuscrito, con el cual la Fiscalía pretendía demostrar su teoría del caso. Tal planteamiento resulta abiertamente violatorio del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 Constitucional), del que hacen parte los principios de no autoincriminación (artículo 33 de la Constitución Política, en concordancia con literales a), b) y c) del artículo 8º de la Ley 906 de 2004), y formas propias de cada juicio, puesto que en el proceso penal acusatorio corresponde a las partes probar sus pretensiones (artículos 277, 356, numeral 3º, 357, inciso 3º, entre otros).

Cabe recordar, así mismo, que el derecho de contradicción se ejerce respecto de “*las pruebas que sean producidas o incorporadas en el juicio oral ..., como las que se practiquen en forma anticipada*”²¹. De

²¹ Artículo 15, Ley 906 de 2004.

modo que si el mencionado manuscrito no fue introducido por la parte que pretendía hacerlo valer (la Fiscalía), el procesado no estaba obligado a aclarar nada sobre su contenido y menos aún correspondía a su defensor interrogarlo sobre ese particular.

2.5. Advierte la Corte, sin embargo, que el presunto manuscrito no fue el único medio suyasorio tenido en cuenta para considerar demostrada la existencia de la conducta atribuida al procesado, toda vez que el Tribunal acudió a la prueba indiciaria, aunado a que en la sentencia de primer grado se invocó, como prueba directa, la declaración de Ángel María Rayo Martínez, la cual pasa a analizarse:

2.5.1. Ángel Rayo fue interrogado por la defensa sobre si “*¿en algún momento usted, directamente o por intermedio del señor EBERD ZAPATA, suministró un equipo glucómetro de estos a alguna persona?*”, ante lo cual contestó: “*Estando aquí, yo creo que le pedí alguna vez que me prestara algunos o que le diera algunos para algún amigo o algo, ¿no?, que lo mirara a ver, para una necesidad, sí pero solo estábamos también tratando de ver qué se podía hacer con ellos, ¿no?*”.

Empero, esta afirmación ambigua no resulta suficiente para cimentar un fallo de condena, como lo hizo el juez colegiado, si se tiene en cuenta que el testimonio no fue valorado en su totalidad ni de cara a los elementos que estructuran el delito de corrupción de alimentos, medicamentos o material profiláctico, para establecer si el mismo se configuró o no.

Es así como los falladores de instancia no tuvieron en cuenta que para determinar la tipicidad objetiva de la conducta endilgada al acusado era necesario establecer la fecha en que éste cumplió la petición de Rayo Martínez, esto es, si lo fue antes del 31 de agosto de 2008, día en que caducaban las tirillas, o si lo fue después de esa calenda, habida consideración de que si ello ocurrió antes del vencimiento no se habría materializado el delito²², en tanto que si ocurrió después, no habría ninguna duda de ello, en el evento de suministrarse los aparatos junto con las cintillas vencidas.

En su respuesta el testigo no precisó la fecha en que impartió la instrucción a su cuñado, ni la de su llegada al país o a Cali²³ y menos aún aquella en la que **EBERD ZAPATA** la atendió, para determinar si cuando ello ocurrió ya las tirillas estaban vencidas. Y a pesar de que la defensa dio la oportunidad a la parte acusadora para contrainterrogar a Rayo Martínez sobre tan importantes aspectos, no lo hizo. Es decir, no aprovechó este testimonio para demostrar, más allá de toda duda razonable, la materialidad del delito de corrupción de alimentos, medicamentos o material profiláctico.

En sentido contrario, fue el mismo Rayo Martínez quien al ser interrogado por la defensa sobre si los glucómetros fueron comercializados, contestó: *"No, no, es más, ellos no se pueden comercializar, ellos tienen un sticker ahí que dice que son solo para uso*

²² Ya se precisó que el legislador no exigió, para la configuración del delito, que la conducta recaiga sobre elementos que no tengan registro INVIMA.

²³ Al inicio de su declaración dijo que vivía entre Bogotá y Estados Unidos y posteriormente afirmó que era en Cali donde iba a utilizar los glucómetros, razón por la cual los había remitido desde el exterior a dicha ciudad.

hospitalario". Se le preguntó, así mismo, si los llegaron a distribuir y contestó: "Tampoco". También se le interrogó sobre lo que pasó con los glucómetros luego de su llegada al país, ante lo cual contestó: "Bueno, después de que llegaron, yo tenía pensado viajar muy pronto, para el uso de los equipos, porque habíamos preparado unas brigadas médicas y más o menos, pues yo no alcancé a llegar a tiempo, ya cuando en agosto 30 que le pedí el favor a EBERD que me mirara cuando vencían las tirillas, más o menos en agosto 30 que vencían las tirillas, pues ya desistimos de usarlos temporalmente. En ese tiempo llamé a Abbott aquí a Colombia y me dijeron que ellos me podían vender las tirillas, pero el precio que me vendían valía mucho más, pero mucho más que los equipos, por cierto que yo le hacía esa broma a la señorita y me dijo que entonces que me regalaban los equipos a cambio de comprar las tirillas, pero era, es, es asombroso no, porque las tirillas en EU valen casi la décima parte de lo que vale aquí en Colombia, entonces no entendía yo por qué unos equipos que son para un mismo propósito aquí en Colombia no los venden, o sea ese modelo no lo venden, tenía que usar otro modelo aquí, entonces se dejó eso como en stand by, como en, en, pues no hicimos nada, esperando qué hacer finalmente" (se resalta).

Según la respuesta transcrita, que no mereció ningún análisis por el Tribunal, así fuere para desvirtuarla, cuando Rayo Martínez²⁴ se enteró de que las tirillas estaban vencidas (31 de agosto de 2008), tomó la decisión de reemplazarlas acudiendo al Laboratorio Abbott, por ser el único autorizado para comercializarlas en Colombia; pero al no poderlo hacer, tras constatar que su precio era muy superior al que había pagado por los glucómetros, desistió de usarlos "temporalmente", lo que permite inferir que los equipos que el

²⁴ De profesión médico.

procesado suministró a terceros habrían sido entregados antes de que vencieran las cintillas.

La Corte da credibilidad al dicho de Ángel Rayo Martínez, pues pese a ser un testigo interesado en los resultados de la investigación, lo cierto es que quedó demostrado que a casi dos meses del vencimiento, aún se conservaban 1.942 glucómetros, de 2000 que ingresaron al país.

Llama la atención de la Corte el que la parte acusadora no se ocupara de precisar la afirmación del testigo, consistente en que “*no alcanzó a llegar a tiempo*”, pues no dijo a qué lugar llegó, esto es, si a Colombia, a Bogotá o a Cali, lugar donde, según su manifestación (no desvirtuada en el juicio oral y público), iba a utilizar los equipos por él enviados desde el extranjero. El esclarecimiento de este aspecto habría servido para trazar la línea de tiempo del suministro de algunos glucómetros por parte del procesado.

Así las cosas, tanto el Tribunal como el juzgador de primer grado erraron al considerar que con el testimonio de Ángel María Rayo se probó, más allá de toda duda razonable, que **ZAPATA MARTÍNEZ** comercializó, distribuyó o suministró material profiláctico caducado o vencido.

2.5.2. En cuanto a la prueba indiciaria, si bien los planteamientos que se analizan a continuación fueron expuestos por el ad quem para desvirtuar la tipicidad subjetiva

alegada por la defensa, dada su ambigüedad serán considerados para dilucidar el tema objeto de debate.

2.5.2.1. Se sostiene en el fallo impugnado que los glucómetros fueron importados con el propósito de comercializarlos, toda vez que “*el planteamiento defensivo, relacionado con la finalidad altruista para ingresar los elementos al país deviene absurdo, por dos razones: no es admisible donar elementos caducados y de producción imperfecta, destinados a la destrucción y además, el producto de un delito en el extranjero y, segunda, tampoco resulta razonable que para efectos de donación se hayan pretermitido todos los controles exigidos administrativamente para el ingreso al país de tales elementos*”.

En primer término, la Corte advierte que la defensa de **ZAPATA MARTÍNEZ** no alegó que los glucómetros serían destinados a actividades filantrópicas. De acuerdo con la prueba practicada, tal planteamiento fue esgrimido por Ángel María Rayo al señalar que es miembro de la organización denominada “*El Reino de Dios*”, a través de la cual presta servicios a las comunidades de bajos recursos, por lo cual pensaba utilizar los equipos en unas brigadas médicas que pretendía realizar en el sur del país. Es decir, en ningún momento se alegó por el testigo y, menos aún, por el enjuiciado, que los dispositivos iban a ser donados (que sería, indudablemente, una manera de suministrarlos).

Por tanto, el que se le dé o no credibilidad a Rayo Martínez sobre la finalidad altruista que tuvo para importar los dispositivos al país, no tiene ninguna incidencia en este caso, porque aquí no se está juzgando la conducta de dicho testigo

sino la de **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ**, quien fue reiterativo en sostener que su conducta se contrajo a permitir que su cuñado los mandara a su casa.

Así pues, advierte la Corte que para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que ampara al procesado, el Tribunal le deriva responsabilidad con base en el comportamiento de un tercero no vinculado a este proceso (Rayo Martínez), desconociendo el principio de autorresponsabilidad, en virtud del cual cada individuo debe responder por sus propias acciones y no por la conducta de los demás.

En segundo lugar, el juez colegiado no tuvo en cuenta que los dispositivos médicos fueron adquiridos el 8 de mayo de 2008²⁵, esto es, más de tres meses antes de que venciera la vida útil de las tirillas, por lo cual no es descabellado pensar que Rayo Martínez los pudo haber utilizado en las brigadas médicas a las que alude. Por tanto, el argumento traído para sustentar el fallo impugnado no tiene la fuerza suficiente para infirmar las manifestaciones del deponente.

En tercer lugar, ya quedó visto que, contrario a lo sostenido por el ad quem, no hay ningún elemento suyasorio que permita sostener que los dispositivos fueran “*de producción imperfecta, destinados a la destrucción y además, el producto de un delito en el extranjero*”, habida consideración que no se demostró, con elementos materiales probatorios o evidencia física legalmente

²⁵ Según declaración no desvirtuada de Rayo Martínez.

aducidos al juicio, ni el presunto hurto, ni la presunta intención de destruirlos por haber sido producidos de manera imperfecta.

En cuarto lugar, lo referente a que el único destino que se les iba a dar a los glucómetros era su comercialización, porque se pretermitieron los controles para su ingreso al país, no pasa de ser una simple conjetura. Muchos pueden ser los motivos que tuvo Ángel María Rayo -y no el procesado- para actuar de esa manera: venderlos clandestinamente (como lo supusieron los falladores de instancia al acoger la pretensión de la Fiscalía), utilizarlos en la práctica de brigadas médicas (como lo alegó Rayo Martínez), dotar clínicas clandestinas de la guerrilla o clínicas donde se practican actividades ilícitas, etc.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los dispositivos incautados no eran para uso personal (de los pacientes en sus casas), sino para uso institucional u hospitalario²⁶, de modo que en el evento en que Rayo Martínez (cuya conducta no se ventiló en este proceso), los tuviera destinados a la venta, habría tenido que ofrecerlos a clínicas, hospitales y en general a profesionales de la salud, que difícilmente los habrían comprado al advertir que no tenían el respectivo registro sanitario y que las cintillas estaban próximas a caducar, o, peor aún, que ya estaban vencidas (según el caso).

En consecuencia, si el único propósito de quien los envió al país era venderlos, para lograr este objetivo le habría convenido más la obtención de los permisos de las autoridades

²⁶ Declaración de Ángel Rayo Martínez, no desvirtuada en el proceso.

sanitarias y, en todo caso, la venta de los elementos antes del vencimiento de las tirillas²⁷.

Por último, la Corte considera que aún en el evento en que, como lo sostuvo el Tribunal, el propósito de Ángel Rayo fuera el de comercializar los dispositivos en Colombia, tal conducta no puede ser trasladada al procesado para deducirle responsabilidad²⁸, habida consideración que no se demostró, por ningún medio de conocimiento, la existencia de un acuerdo entre ellos para hacer la importación de los dispositivos y demás equipos médicos y, menos aún, sobre el destino que se les daría, sin que pueda la judicatura presumirlo, máxime cuando hay prueba en contrario.

Es así como Rayo Martínez (a quien, valga precisar, los jueces de instancia dieron credibilidad única y exclusivamente en los aspectos que resultaban desfavorables al procesado²⁹, pese a que la mayoría de sus afirmaciones fueron corroboradas por los testigos de cargo, en tanto que las otras no encontraron prueba de refutación), fue enfático en señalar que **ZAPATA MARTÍNEZ** no participó en la idea de adquirir los glucómetros y demás equipos médicos incautados, que no hizo ningún aporte económico para ese fin, ni para traerlos al país (no pagó los

²⁷ La testigo Beatriz Eugenia Vives manifestó que los glucómetros para uso hospitalario generalmente son entregados en comodato, lo que obedece a que para los laboratorios el negocio está es en la venta de las cintillas o tirillas.

²⁸ La Corte advierte que para desvirtuar los planteamientos defensivos el Tribunal centró sus análisis en la conducta de Ángel María Rayo y no en la de Eberd Zapata.

²⁹ Como se sostuvo en el fallo de primera instancia, acogido por el Tribunal "Y ello es así, porque los dichos de este no tienen ningún sustento probatorio que permita indicar que está diciendo la verdad".

fletes, ni los aranceles y demás gastos de envío), como tampoco dispuso de los mismos a su antojo.

Adujo el testigo de visu que el único acuerdo entre ellos fue para que el procesado recibiera los equipos y se los guardara en la casa mientras viajaba a Cali, donde pensaba utilizarlos en actividades filantrópicas, precisando que lo escogió porque es su cuñado (esposo de su hermana) y porque vive en Cali, lugar donde pretendía ejercer actividades filantrópicas.

Debe tenerse en cuenta, así mismo, que la prueba documental allegada en legal forma al proceso es demostrativa de que el enjuiciado no se ha dedicado a la comercialización de glucómetros ni de dispositivos médicos, ni de productos para la salud, lo que permite inferir que no tenía ningún interés en prestar su concurso y voluntad para importar los dispositivos y comercializarlos. Tales documentos demuestran que se ha dedicado a actividades deportivas como futbolista³⁰ y a la compraventa de propiedad raíz y enlucimiento de interiores³¹, labores que nada tienen que ver con la importación, distribución o comercialización de dispositivos médicos, por lo cual la Corte da credibilidad a sus afirmaciones.

2.5.2.2. Para desvirtuar el argumento defensivo, consistente en que el procesado simplemente autorizó a Rayo Martínez a remitir a su casa los dispositivos y demás equipos

³⁰ Certificación suscrita por Álvaro Guerrero Yangi, Presidente de la Corporación Deportiva América.

³¹ Certificados de existencia y representación legal de la sociedad Comercializadora Zapata-Rayó S. en C. y de ingresos y retenciones expedido por Túlio Tovar Narváez, contador público.

médicos, sostuvo el juez colegiado: “Si la encomienda o favor solicitado por Rayo no era más que guardarlos entre tanto llegara él de los Estados Unidos, no resulta suficientemente explicado que el procesado haya tomado los glucómetros y los hubiera puesto en venta”.

Tal aserto, además de no tener respaldo probatorio, porque no hay ninguna prueba que acredite que **ZAPATA MARTÍNEZ** puso en venta los glucómetros, riñe con las reglas de la lógica y el sentido común.

Considera la Corte que si la intención del enjuiciado era la de comercializar los glucómetros, no existe razón atendible para que durante cuatro meses hubiera guardado, en el estudio de su casa³², el 97% de tales elementos, sin hacer ninguna gestión encaminada a lograr el objetivo que se le atribuye. Menos aún resulta lógico que esperara a que vencieran las tirillas para poner los equipos en venta, poniendo en riesgo la presunta empresa criminal en la que presuntamente, según el ad quem, se había embarcado. Si ello fuere así, lo más razonable es que se apresurara a hacer la venta antes del 31 de agosto de 2008.

La lógica no permite entender que un comerciante³³ invierta su dinero en comprar un stock de inventarios para tenerlo quieto, máxime cuando los bienes están sujetos a una fecha de vencimiento, corriendo el riesgo innecesario de perder su inversión o, por lo menos, de disminuir ostensiblemente sus ganancias.

³² Los recibió entre el 19 de junio y el 3 de julio y le fueron incautados el 23 de octubre.

³³ Calidad que ostenta el procesado, aunque su ramo de actividad es la propiedad raíz.

Así mismo, Ángel Rayo manifestó que fue él, como propietario de los equipos, el que le pidió -en fecha no determinada- a **ZAPATA MARTÍNEZ** que le prestara algunos y que diera otros a algún amigo que se lo requiriera, lo que devela, sin lugar a dudas, que no había entre ellos unidad de designio sobre el destino que se daría a los elementos y, sobre todo, que no eran condueños de los mismos.

De lo contrario, el acusado no habría esperado la solicitud de aquél para “*entregar algunos glucómetros a algún amigo*”, sino que, motu proprio, los había ofrecido a los potenciales compradores, cosa que no hizo, o por lo menos no se demostró. Precisamente, el que solo dispusiera de algunos glucómetros a petición de Rayo, es indicativo de que **ZAPATA MARTÍNEZ** simplemente los conservaba en su casa, en espera de que su dueño tomara las decisiones sobre el destino que habría de dárseles.

2.5.2.3. Afirma el ad quem que “*a poco andar*” **ZAPATA MARTÍNEZ** “*se destinó a la comercialización y distribución del producto*”, planteamiento que no tiene asiento en las pruebas legalmente recaudadas en el debate público, si se tiene en cuenta que se probó de manera fehaciente que cuatro meses después de haber recibido los dispositivos, fueron hallados 1.942 glucómetros con sus cintillas, de 2000 que le fueron enviados, lo que significa que no había realizado ninguna actividad para “*destinarse a la comercialización y distribución*” y menos aún que tales labores las hubiera realizado “*a poco andar*”, expresión que significa “*con celeridad, con presteza*”.

Ahora, si se aceptara en gracia a discusión que “*a poco andar*”, o con presteza o celeridad, el enjuiciado atendió la solicitud de Rayo Martínez, consistente en entregar algunos aparatos a alguien que los necesitara, ello confirmaría la hipótesis atrás expuesta, según la cual el suministro habría ocurrido antes de que caducaran las tirillas. Recuérdese que recibió la mercancía entre el 19 de junio y el 3 de julio de 2008 y que las cintas caducaban el 31 de agosto del mismo año, luego, de ser su propósito el de comercializarlos, tuvo tiempo más que suficiente para hacerlo.

2.5.2.4. Para reforzar la tesis de la comercialización de los elementos incautados, sostuvo el Tribunal:

“... el material que fuera hallado en la casa del procesado estaba oculto, guardado clandestinamente, su venta no se hizo pública, en sitios de atención abierta a la comunidad que requiere de tal material profiláctico, tampoco se demostró que fuera ofrecido en almacenes de cadena, droguerías, farmacias, hospitales de manera limpida y a la luz del sol, lo que permite inferir razonablemente que se conocía por parte del procesado de que su actuación era prohibida por la ley, contraria a la ley, es decir, antijurídica”.

El planteamiento transcrita es completamente infundado, aunado a que desvirtúa la conclusión a la que el fallador pretendía llegar. En el primer caso, no hay ninguna evidencia de que el material incautado estuviera “*oculto, guardado clandestinamente*”. Tanto Sadella Rodríguez Rubio -testigo de cargo- como el procesado fueron contestes en señalar que los glucómetros fueron hallados en el estudio de la casa, a la vista de toda persona que hasta allí llegara, a tal punto que las autoridades de policía judicial los encontraron sin dificultad,

esto es, sin necesidad de buscar en armarios, baúles, debajo de las camas o de las escaleras, detrás de los muebles, en la bodega o cuarto de san alejo, etc., no estaban bajo llave y tampoco tuvieron que derribar la puerta de la habitación para ingresar a ella.

Y es contradictorio, porque si los bienes no fueron ofrecidos en farmacias, droguerías, hospitales, etc., fue precisamente porque **ZAPATA MARTÍNEZ** no los puso a la venta, lo que revela aún más que su intención no era otra que la de guardarlos hasta que llegara su cuñado para que dispusiera de ellos. De lo contrario, esto es, si como se sostiene en el fallo recurrido, el procesado los tenía en su poder con el propósito de comercializados, lo más lógico es que los hubiera ofrecido a las entidades interesadas en adquirirlos (hospitales, centros de salud, pequeñas clínicas), o incluso, a farmacias o droguerías de barrio y lo habría hecho antes de que las tirillas vencieran, para asegurar la venta y la consecuente ganancia.

Insiste la Corte en que el 23 de octubre de 2008, fecha de la diligencia de registro y allanamiento, esto es, cuatro meses después de haber ingresado el material al país (entre el 19 de junio y el 3 de julio del mismo año), fueron hallados 1.942 glucómetros, que corresponden al 97% del total recibido, lo que riñe con las presuntas actividades de comercialización “clandestina” por parte del enjuiciado.

La experiencia enseña que todos los comerciantes, de productos lícitos o ilícitos, hacen estudios de mercado antes de

embarcarse en una empresa fallida, máxime si son inescrupulosos delincuentes, a quienes solo les interesa obtener lucro en la ejecución de actividades ilícitas. En esta medida, no resulta lógico que tanto tiempo después **ZAPATA MARTÍNEZ** conservara en su propia casa la mayor parte de los glucómetros que, según el Tribunal, importó al país para vender.

2.5.2.5. Aduce el Tribunal que Ángel María Rayo “*conocía el origen ilícito de la mercancía*” y la introdujo “*al territorio nacional violando las normas que regulan la importación de los elementos, como también, claro está, que eran para el comercio clandestino y obtener con eso beneficios económicos, los remitió a su cuñado pues era la persona que tenía que comercializar los glucómetros y así lo hizo, según se conoció en el proceso probatorio*”.

Como se advierte, el juez colegiado incurre en una petición de principio, al pretender demostrar la venta clandestina de los dispositivos fundado en que **EBERD ZAPATA** era la persona que iba a comercializados, sin hacer mención a los argumentos probatorios que soportan dicha afirmación.

Así mismo, al igual que en el caso anterior, para sustentar su postura, parte del análisis de la conducta de Ángel María Rayo Martínez, sin hacer alusión siquiera a la del aquí procesado, desconociendo nuevamente el principio de autorresponsabilidad.

En sus elucubraciones el fallador de segundo grado acudió a hechos no probados en el proceso, como el referente al presunto origen ilícito de los elementos y al conocimiento que

Rayo Martínez tenía de este hecho, cuando no se demostró ni el presunto hurto, ni que el testigo hubiera participado en la comisión del mismo, como tampoco que tuviera conocimiento de ello.

Lo anterior porque la afirmación del testigo, en el sentido de que compró los elementos a Antoni García, que es un distribuidor autorizado en los Estados Unidos, no fue infirmada por ningún medio suvisor legalmente aducido. Lo único que se debatió en el juicio es que García no tenía registro del INVIMA para comercializar glucómetros marca Optium en Colombia, pero no se demostró que éste no hubiera fungido como vendedor, como tampoco que no tuviera autorización para comercializarlos en el país del norte, donde se llevó a cabo el negocio jurídico.

Finalmente, el que no se haya introducido al debate público la factura de compra de los dispositivos médicos y demás equipos no significa que su procedencia sea ilícita, habida consideración, por una parte, que al presentarse ante la intermediaria de la modalidad de tráfico postal en los Estados Unidos (asociado de negocios de AB Cargo Express), Rayo Martínez debió exhibirla, para que ésta pudiera elaborar los respectivos manifiestos de carga y, en todo caso, la factura hace parte de los documentos que exige la aduana en Colombia para el ingreso de mercancías, como lo declaró Betty Saavedra García, Jefe de Fiscalización aduanera: *"En términos generales una mercancía que ingresa al territorio nacional para considerarse debidamente importada debe tener una declaración de importación, adicionalmente esta declaración de importación se diligencia con base en documentos soporte"*

que deben ser propios de las mercancías, como son: la factura, el documento de transporte, la declaración andina del valor ..." (se subraya). Y si bien en este caso los elementos incautados ingresaron al territorio nacional incumpliendo requisitos referentes al registro sanitario y la licencia de importación, no se demostró que no estuvieran acompañados de los documentos soporte, como la factura, tanto así que la autoridad aduanera permitió que fueran enviados a su destinatario.

No sobra recordar que por expreso mandato del parágrafo 1º del artículo 119 de la Resolución 4240 de 2000, proferida por la DIAN, "Las guías emitidas por las empresas de mensajería especializada, que hacen las veces de documento de transporte de cada paquete o envío, **deben venir completamente diligenciatas desde el lugar de origen, con inclusión del valor de la mercancía conforme a la factura que exhiba el remitente, o de acuerdo con el valor que él mismo declare en el lugar de despacho** en concordancia con los previsto en el inciso 4º del artículo 196 del Decreto 2685 de 1999" (negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior significa que al momento de diligenciar las guías en los Estados Unidos, la empresa de mensajería especializada, escogida por Ángel Rayo Martínez, hubo de solicitarle la respectiva factura, para establecer el valor de los elementos enviados, oportunidad en la que, además, el asociado de negocios tuvo que constatar que se trataba de un solo documento, lo que le permitía detectar que estaba siendo utilizada para hacer un envío fraccionado, aspecto al que se volverá cuando se examine el delito de contrabando.

2.5.2.6. Cita el Tribunal como indicio “*el conocimiento que tenía Eberd Zapata sobre el contenido de las cajas*”, sin que precise cuál es el hecho indicado y cuál la regla de la experiencia, la ciencia, la lógica o el sentido común que le permitió hacer alguna inferencia. Sin embargo, estima la Corte que de este hecho no se colige que el acusado conservara en su casa el material profiláctico con el propósito de encargarse de su comercialización, como tampoco que hubiera materializado tal conducta.

Aún en el evento en que **ZAPATA MARTÍNEZ** tuviera conocimiento del contenido de las cajas desde el momento en que fue llamado por su pariente para pedirle que las recibiera, ello no conduce a pensar que tenía un propósito distinto que el de hacerle el favor de guardarlas mientras éste llegaba.

Ahora, sostuvo el sentenciador de primer grado que en su declaración **EBERD ZAPATA** manifestó que no conocía el contenido de las cajas, pero después admitió tal hecho. Este aserto no tiene soporte en el acervo probatorio, si se tiene en cuenta que cuando la Fiscalía le preguntó si sabía que se trataba de glucómetros, contestó: “... *sabía que era una mercancía, pero no exactamente que eran glucómetros, no sabía, cuando me llegaron me di cuenta que eran glucómetros*”. Es decir, el procesado admite que su cuñado le manifestó que enviaría a Colombia una mercancía, pero solo cuando recibió las cajas observó que se trataba de glucómetros, no evidenciándose, entonces, contradicción en sus afirmaciones.

Su dicho fue corroborado con el de Rayo Martínez, al señalar que hacia el 5 de junio de 2008 llamó a su cuñado y le pidió el favor de guardar unos equipos, es decir, no le precisó de qué clase de elementos se trataba y, es obvio, que al ver las cajas se enterara de que se trataba de glucómetros, porque cada una de ellas tenía “*el logo de un glucómetro*”. Por tanto, no puede predicarse en este caso el indicio de mentira deducido por el juzgador de primer grado.

2.5.2.7. Estimó el juez colegiado como indicio “... *la gran inversión que se hizo para adquirirlos, pues se tasó aproximadamente en 190 millones de pesos el valor de la mercancía*”. Este planteamiento tampoco constituye prueba de cargo contra el acusado, porque no se demostró que éste contribuyó aportando dinero para la compra de los equipos, ni para sufragar los gastos de envío al país (fletes, aranceles, etc.). Tampoco se demostró la existencia de un acuerdo entre éste y el remitente de los aparatos, que pueda llevar a concluir que **ZAPATA MARTÍNEZ** “*hizo una gran inversión*”.

Ángel María Rayo se atribuyó de manera exclusiva la compra de los elementos, señalando que lo hizo con recursos propios, en tanto que **EBERD ZAPATA** no hizo ningún aporte para adquirirlos, ni para traerlos al país. Su dicho en tal sentido no fue desvirtuado y a pesar del parentesco existente entre ambos (cuñados), no se advierte algún interés para que el testigo asumiera de manera exclusiva toda la responsabilidad y, en cambio, favoreciera a su pariente, por lo cual se da credibilidad a su dicho.

Así mismo, la Corte le da credibilidad a Rayo Martínez cuando aduce que la inversión por él realizada para la compra de los glucómetros en los Estados Unidos ascendió a \$4.000.000 y no a \$197.328.872 -monto en el que los tasó la DIAN-, y que en Colombia las cintillas tienen un precio mayor que el de los mismos dispositivos.

Es un hecho notorio que Colombia es uno de los países del mundo donde los medicamentos y dispositivos médicos tienen un altísimo costo, hecho que los economistas atribuyen, entre otros motivos, al régimen de libertad de precios existente desde 2006 y al monopolio de los laboratorios que los producen o los importan³⁴, por la baja o inexistente competencia, lo que en los dos últimos años llevó a las autoridades gubernamentales del orden nacional a intervenir este sector, para reducir el costo de tales productos³⁵.

Por tanto, no sería extraño que el precio de los dispositivos en los Estados sea muy inferior a su valor en Colombia e incluso, como lo indicó Rayo Martínez, que el precio de las cintas aquí sea muy superior al del aparato en el país productor, lo que explica que los laboratorios los entreguen a

³⁴ Se demostró en este proceso que el único laboratorio autorizado para importar glucómetros marca Optium fabricados por Abbott en Estados Unidos, es su filial en Colombia.

³⁵ Al respecto pueden consultarse los siguientes titulares periodísticos: www.Caracol.com.co: "Los medicamentos en Colombia son los más caros del mundo, asegura Fundación Ifarma" (10 de marzo de 2010); www.saludyequidad.org. "Los medicamentos en Colombia son los más caros del mundo" (10 de marzo de 2010); www.finanzaspersonales.com.co "Colombia es el país con los medicamentos más caros del mundo"; www.elespectador.com.co. "Pagamos medicamentos hasta 240% más costosos que en otros países" (15 de junio de 2012); Periódico El Tiempo: "Emplezan a bajar medicamentos en Colombia" (6 de agosto de 2014); www.cmi.com.co "Comienza el control de los dispositivos médicos (19 de febrero de 2015) y, Revista Semana, entre otros: "¿Por qué aquí se pagan los medicamentos más caros de América Latina?

los hospitales en comodato (como lo señaló Beatriz Eugenia Vives), a cambio de que les compren de manera permanente las tirillas.

No habiéndose demostrado que la inversión efectuada por Ángel Rayo Martínez para la adquisición de los glucómetros en los Estados Unidos superara los \$190.000.000, como tampoco que el enjuiciado hubiera hecho aportes con tal finalidad, el indicio invocado por el Tribunal para endilgarle responsabilidad no tiene ningún sustento.

2.5.2.8 Invocaron los falladores de instancia como indicio contra el procesado el hallazgo de una caja vacía (hecho indicante), pero omitieron citar la máxima de la ciencia, la experiencia, la lógica o el sentido común que les permitía concluir la venta o comercialización del producto y que además la misma se realizó después del 31 de agosto de 2008, fecha en que, se recuerda, caducaron las cintillas.

Es cierto que Ángel Rayo Martínez envió 2.000 glucómetros a la residencia de **EBERD ZAPATA**, como lo admitió dicho testigo de descargo. Así mismo, se verificó que el día del allanamiento y registro se encontraron 1.942 aparatos, con diez tirillas cada uno y una caja vacía.

Empero, de este hecho no puede colegirse que el procesado comercializó los 58 glucómetros faltantes y menos aún que lo hubiere hecho después del 31 de agosto de 2008. Como se viene diciendo, Rayo Martínez reconoció que en alguna oportunidad el

acusado le entregó, a petición suya, algunos dispositivos, sin que las partes se ocuparan de determinar cuántos recibió. También sostuvo el testigo que autorizó a **ZAPATA MARTÍNEZ** para que entregara algunos aparatos a personas que los necesitaran, lo que explica que al menos una de las cajas estuviera vacía.

Sin embargo, no por ello puede afirmarse que se configuró el delito de corrupción de material profiláctico, si se tiene en cuenta que no se demostró que la entrega se hizo luego de la expiración de las cintillas y, aún en este último caso, tampoco se verificó que los equipos se suministraron con las tiras.

Un hecho a favor del procesado, que no fue tenido en cuenta en las decisiones de instancia, es que la diligencia de registro y allanamiento se practicó el 23 de octubre de 2008, es decir, cuando ya las tirillas habían vencido. No obstante, los investigadores no encontraron actividades encaminadas a adulterar la fecha de caducidad, lo que demuestra la carencia de interés en comercializarlos.

Expresado de otra manera, si se considera que el procesado es un avezado delincuente, que contrariando la ley importó y estaba comercializando un producto caducado que, por ende, no tendría ninguna salida en el mercado (porque nadie va a pagar por un objeto que no le sirve), lo más lógico es que se hubiera ocupado de falsear la fecha de vencimiento de las tirillas (para postergarla), pues solo así podría lograr su torticero cometido. Sin embargo, según la descripción que se

hace en el acta de elementos incautados, los dispositivos y demás equipos hallados en su casa estaban guardados en sus cajas, esto es, en el estado en que los recibió, lo que corrobora su alegato defensivo.

Se concluye que en esta actuación no se demostró, más allá de toda duda razonable, que **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** infringió el inciso segundo del artículo 372 del Código Penal, modificado por el artículo 5º de la Ley 1220 de 2008, por lo cual prospera el cargo.

3. Contrabando

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 319 del Código Penal, modificado por el artículo 8º de la Ley 788 de 2002, en los siguientes términos:

“El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte de él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero ...”.

Como se trata de un tipo en blanco, para desentrañar su alcance es necesario acudir al Decreto 2685 de 1999, reglamentario de las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991, considerado como el Estatuto Aduanero Colombiano, así como a la Ley 170 de 1994, al Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 -GATT 94-, a las Resoluciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, entre ellas la 4240 de 2000.

3.1. De acuerdo con el artículo 319, antes transrito, para que se configure el contrabando se requiere que el sujeto activo (indeterminado) exporte o importe mercancías desde o hacia el territorio colombiano, cuyo valor supere los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes³⁶, y que para ello acuda a una cualquiera de las siguientes modalidades:

(i) Ingrese o saque del país mercancías por lugares no habilitados; (ii) las oculte; (iii) las disimule o (iv) las sustraiga de la intervención y el control aduanero. Es decir, no es necesario que se ejecuten todas las conductas previstas en la norma, para que se configure el contrabando, como lo plantea el demandante.

A partir de la descripción de la figura del contrabando, la doctrina nacional ha distinguido dos clases:

Contrabando abierto: "Consiste en el ingreso de mercancías al territorio aduanero nacional sin ser presentadas o declaradas ante la autoridad aduanera (a través de playas, trochas, pasos de frontera, aeropuertos, puertos, depósitos" (Documento conjunto Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Administración Nacional de Impuestos y Aduanas -DIAN- y Unidad de Información y Análisis Financiero -UIAF- denominado "Tipologías de lavado de activos relacionadas con el delito de contrabando").

Contrabando técnico: "Se da a través del ingreso al territorio aduanero nacional de mercancías presentadas y declaradas ante la autoridad aduanera, sin embargo, por una serie de maniobras fraudulentas se altera la información que se le presenta a la Aduana, con el fin de subfacturar, sobrefacturar, evadir el cumplimiento de requisitos legales, cambiar la posición arancelaria, obtener beneficios (triangulación

³⁶ Para 2008 era de \$461.500, es decir que la cuantía debía superar los \$23.075.500.

de mercancías con certificados de origen), así como la falsificación de documentos, entre otros" (ibídem, resalta la Sala).

3.1.1. Es indudable que en el presente asunto no se configuró un contrabando abierto, habida cuenta que:

(i) Los elementos incautados no ingresaron al país por una playa, trocha, puerto o aeropuerto clandestinos. Como lo ha pregonado la defensa, se probó que fueron importados a través de AB Cargo Express, que es una empresa de mensajería especializada y como tal auxiliar de la función aduanera³⁷ y por un lugar habilitado, como lo es el Aeropuerto Bonilla Aragón³⁸.

(ii) No estaban ocultos en maletas de doble fondo, ni camuflados entre otras mercancías, etc., sino empacados, sin embalaje alguno, en cajas de cartón³⁹, remitidas una a una desde los Estados Unidos a través de un intermediario aduanero⁴⁰.

(iii) Previo a su envío al país, Ángel María Rayo Martínez presentó las respectivas declaraciones de importación⁴¹ ante el asociado de negocios de AB Cargo Express en los Estados Unidos, para que éste procediera a remitirlos a Colombia. Si no

³⁷ Según Rocío Aux Luna, AB Cargo Express es una empresa de Mensajería Especializada legalmente establecida en el país, inscrita ante la DIAN, con licencia del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones para prestar el servicio de mensajería especializada, es decir, para actuar como intermediaria en la modalidad de importación y exportación de tráfico postal.

³⁸ Artículos 41 y 42 del Decreto 2685 de 1999, en concordancia con el artículo 40 de la Resolución 4240 de 2000, expedida por la DIAN.

³⁹ Declaración de Sadella Alicia Rodríguez Rubio

⁴⁰ Declaraciones de Rocío Aux Luna y Ángel María Rayo

⁴¹ Ibídem

se hubieran presentado tales declaraciones, no había sido posible la exportación de las mercancías al país.

(iv) Atendiendo lo previsto en el inciso segundo del literal e) del artículo 104 del Código Aduanero, según el cual el transportador debe “*[p]oner a disposición de las autoridades aduaneras las mercancías objeto de importación al territorio nacional*”, la empresa transportadora puso a disposición de la DIAN cada una de las cajas, para que adelantara las labores de verificación que le correspondían, para lo cual tuvo 333.33 oportunidades.

(v) Al momento de recibir la carga, en el área de inspección señalada por la autoridad aduanera, AB Cargo Express hubo de verificar el cumplimiento de los requisitos legales⁴² e informar a la DIAN “*los detalles⁴³ de la carga efectivamente recibida (...), diligenciando para ello la planilla de recepción a través de los servicios informáticos electrónicos*”, siendo evidente que no le informó sobre la existencia de “*inconsistencias frente al manifiesto expreso*” (artículo 196, incisos segundo y tercero), como las relacionadas con la clase de artículos que se estaban importando por esa modalidad que no estaba autorizada.

(v) También en cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 195 y 200 a 203 del Decreto 2685 de 1999, AB Cargo Express, como intermediaria, recaudó los aranceles y presentó la documentación pertinente ante la DIAN⁴⁴, para que,

⁴² Así lo afirmó Aux Luna

⁴³ Se resalta.

⁴⁴ Declaración de Aux Luna.

con base en los manifiestos de carga y las numerosas guías, ésta hiciera los controles pertinentes.

Corolario de lo expuesto, el ingreso de los glucómetros al territorio aduanero nacional se hizo por los canales legalmente habilitados y fueron presentados y declarados ante la autoridad aduanera, por lo cual asistió razón a los falladores de instancia cuando consideraron que en este caso no puede hablarse de contrabando abierto.

3.1.2. No obstante, sostuvo el juzgador de primer grado -en posición acogida por el Tribunal-, que en el asunto examinado se presentó un contrabando técnico, habida consideración que se demostró que los glucómetros y demás equipos médicos ingresaron al país de manera **disimulada**⁴⁵, con el propósito de evadir el cumplimiento de requisitos legales para importar esta clase de productos a Colombia.

Tal aserto tiene respaldo tanto en el acervo probatorio, como en las normas que regulan el ingreso al país de productos con incidencia en la salud, pues es un hecho cierto que entre el 19 de junio y el 3 de julio de 2008 se introdujeron a Colombia 2.000 glucómetros y otros equipos médicos que fueron exportados desde los Estados Unidos⁴⁶, en cajas de 6 unidades cada una, y que por tratarse de dispositivos médicos, era imperioso que de manera previa a las operaciones de

⁴⁵ Verbo rector contenido en el artículo 319 del Código Penal, que significa: "1. *Encubrir con astucia la intención.* (...) 5. *Disfrazar u ocultar una cosa, para que parezca distinta de lo que es*" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua, negrillas extratextuales).

⁴⁶ Declaraciones de Ángel María Rayo y Eberd Zapata Martínez.

importación, el remitente adelantara todos los trámites legales para obtener los siguientes documentos:

- Visto bueno⁴⁷ sanitario del INVIMA (numeral 23 del artículo 4 del Decreto 1290 de 1994⁴⁸, en concordancia con los artículos 121, literal e)⁴⁹, 1º⁵⁰ y 1º⁵¹, en su orden, de los Decretos 2685 de 1999, 3770 de 2004 y 4725 de 2005 y el artículo 457 de la Ley 9º de 1979⁵²), para cuyo otorgamiento dicho Instituto está facultado para solicitar información y documentos adicionales, tales como catálogos, instrucciones, etc., que garanticen la idoneidad del producto a importar.
- Registro o licencia de importación otorgado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (artículo 1º del Decreto 2680 de 1999).

⁴⁷ Artículo 2º del Decreto 2680 de 1999 "Se entiende por visto bueno los trámites previos a la importación para aquellos productos sometidos a: Registro sanitario o autorización previa de carácter sanitario (...)".

⁴⁸ Son funciones del INVIMA: "Otorgar visto bueno sanitario a la importación y exportación de los productos de su competencia, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas vigentes". "Los productos (...) son los siguientes: medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico quirúrgicos, odontológicos, productos naturales, homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, (...)" (artículo 2º del citado decreto, se resalta).

⁴⁹ Documentos soporte de la declaración de importación: "e) Certificado de sanidad y aquellos otros documentos exigidos por normas especiales, cuando a ello hubiere lugar",

⁵⁰ "Las disposiciones contenidas en el presente decreto, regulan el régimen de registros sanitarios y la vigilancia sanitaria de los reactivos de diagnóstico *In vitro*, en relación con su producción, almacenamiento, distribución, importación, exportación, comercialización y uso".

⁵¹ "El presente decreto tiene por objeto regular el régimen de registros sanitarios, permiso de comercialización y vigilancia sanitaria en lo relacionado con la producción, procesamiento, envase, empaque, almacenamiento, expendio, uso, importación, exportación, comercialización y mantenimiento de los dispositivos médicos para uso humano, los cuales serán de obligatorio cumplimiento por parte de todas las personas naturales o jurídicas que se dediquen a dichas actividades en el territorio nacional".

⁵² Dispone que "Todos los productos que incidan en la salud individual o colectiva necesitan registro para su importación, exportación, fabricación y venta".

Ninguno de los documentos antes señalados fue obtenido por Ángel Rayo Martínez antes de enviar los glucómetros al país, a punto tal que ni siquiera se ocupó de adelantar su trámite, con el pretexto de que con ellos pretendía hacer una obra de beneficencia, sin tener en cuenta que aún en este caso se requería un concepto previo del entonces Ministerio de la Protección Social⁵³, el cual tampoco fue tramitado.

Para obviar el cumplimiento de tales requisitos legales, Ángel María Rayo hizo el envío de los dispositivos acudiendo a la modalidad de tráfico postal, prevista para la importación de “los envíos de correspondencia, los envíos que lleguen al territorio nacional por la red oficial de correos y los envíos urgentes, siempre que su valor no exceda de dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 2.000) y requieran ágil entrega a su destinatario” (artículo 192 del Decreto 2685, modificado por el artículo 4º del Decreto 1470 de 2008⁵⁴).

El tráfico postal comprende todos los envíos que cumplen con las condiciones del artículo 193 del Decreto 2685 de 1999 y las señaladas en el Convenio de la Unión Postal Universal y sus reglamentos de ejecución, que llegan al territorio aduanero nacional o salen de él por la red oficial de correos⁵⁵.

De acuerdo con el artículo 193 en cita, bajo la modalidad de tráfico postal “sólo se podrán importar al territorio aduanero nacional, además de los envíos de correspondencia, los paquetes postales y los envíos urgentes que cumplan **simultáneamente** los siguientes requisitos:

⁵³ Artículo 2º, literal b) del Decreto 1659 de 1964.

⁵⁴ Expedido el 6 de mayo de 2008

⁵⁵ Artículo 1º del Decreto 2685 de 1999 (definiciones para la aplicación del decreto).

1. *Modificado por el artículo 5 del Decreto 1470 de 2008. Que su valor no exceda de dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$2.000).*

2. *Modificado por el artículo 5 del Decreto 1470 de 2008. Que su peso no exceda de cincuenta (50) kilogramos.*

3. *Que no incluyan mercancías sobre las cuales existan restricciones legales o administrativas para su importación, salvo cuando se trate de envíos que no constituyan expedición comercial. Se entenderá que se trata de envíos que no constituyen expediciones de carácter comercial, aquellos que no superen seis (6) unidades de la misma clase.*

4. *Que no incluyan los bienes contemplados en el artículo 19 de la Ley 19 de 1978, aprobatoria del Acuerdo de la Unión Postal Universal (esto es, ropa usada, maquinaria usada, animales vivos o muertos, juguetes bélicos (excepto modelos para armar), alimentos, semillas, productos vegetales, plantas, cosméticos (excepto cantidades pequeñas), armas, prendas de uso militar, material peligroso (dangerous good), loterías, joyas, valores, efectivo, cheques de viajero, productos químicos líquidos o peligrosos, equipos médicos para uso humano, perfumes, baterías que contengan productos químicos o sean dangerous good, extintores, radiactivos, textiles (excepto muestras), pieles o artículos en pieles, oro, plata, platino, alcohol, licor, tabaco y cigarrillos, sangre, abonos y fertilizantes, venenos, drogas no recetadas, productos alucinógenos, pólvora y explosivos, elementos de seguridad perimetral (cámaras de vigilancia, circuitos cerrados tv).*

(...)" (resalta la Corte).

En el marco precedente, es indiscutible que en este caso no se cumplían los presupuestos legales para ingresar al país los glucómetros y demás equipos médicos, bajo la modalidad de tráfico postal, atendiendo las siguientes razones:

En primer término, se trataba de dos mil elementos, cuando lo autorizado para importar al país por esta modalidad eran seis unidades. Empero, para eludir el cumplimiento de la norma, los dispositivos médicos fueron enviados de manera

fraccionada, en cajas de seis unidades (lo que requirió multiplicidad de envíos), dando a entender que se trataba de envíos que, en términos del artículo 193-3, no constituían expediciones de carácter comercial y, por ende, dándoles a las 333.333 operaciones de importación.

En segundo lugar, en Colombia existen restricciones legales y administrativas para la importación de dispositivos médicos, en la medida en que el ordenamiento jurídico exige la obtención del visto bueno del INVIMA y licencia de importación.

En tercer término, por tratarse de equipos médicos para el uso humano, de conformidad con el Acuerdo de la Unión Postal Universal, no era procedente acudir a esta modalidad de importación.

Por el contrario, teniendo en cuenta la cantidad de objetos ingresados al país y la naturaleza de los mismos, debió acudirse al procedimiento ordinario previsto en los artículos 117 y siguientes del Estatuto Aduanero, desarrollados en los artículos 80 y siguientes de la Resolución 4240 de 2000 de la DIAN, el cual comporta mayores controles por parte de dicha autoridad aduanera, así como la intervención previa del INVIMA y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

(i) De haberse hecho el envío por el procedimiento ordinario, Ángel María Rayo habría tenido que acudir a una

agencia de aduanas⁵⁶, como lo dispone el parágrafo 1° del artículo 11 de dicho ordenamiento: “cuando se trate de **envíos fraccionados o múltiples** que sumados superen los **mil dólares** de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 1.000) o los diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD10.000) según el caso, **las importaciones y exportaciones deberán tramitarse a través de una agencia de aduanas**” (se resalta).

(ii) De haberse utilizado esta modalidad, la agencia de aduanas habría estado obligada a verificar si los productos enviados a Colombia por Angel María Rayo se ajustaban o no a la legislación legal, teniendo en cuenta que dichas entidades “... **tienen como fin esencial** colaborar con las autoridades aduaneras en la estricta aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior para el adecuado manejo de los regímenes aduaneros y demás actividades y procedimientos derivados de los mismos” (inciso segundo del artículo 12 del Decreto 2685 de 1999, negrillas y subrayas fuera de texto).

(iii) Así mismo, atendiendo lo normado en el artículo 121, literal a), del Decreto en comento, antes de la presentación de la declaración de importación, Rayo Martínez habría tenido que obtener -y presentar ante la DIAN, en el caso en que ésta lo requiriera-, la licencia de importación y el registro sanitario de los glucómetros, requisitos que no se exigen cuando se trata de importación por la modalidad de tráfico postal y envíos

⁵⁶ “Son personas jurídicas autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercer el agenciamiento aduanero, actividad auxiliar de la función pública aduanera de naturaleza mercantil y de servicio, orientada a garantizar que los usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios cumplan con las normas legales existentes en materia de importación, exportación y tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades” (inciso primero del artículo 12 del Decreto 2685, modificado por el artículo 2883 de 2008, artículo 1°, negrillas fuera de texto).

urgentes, en el entendido de que esta clase de productos no pueden ser ingresados al país bajo dicha modalidad.

(iv) Por disposición del artículo 126 del Código Aduanero, en el régimen de importación ordinario se practica una inspección aduanera por parte de la DIAN, “*con fundamento en criterios basados en técnicas de análisis de riesgo o aleatoriamente*”, la cual puede ser “*documental o física*”, esta última puede “*incluir la toma de muestras de las mercancías, para su análisis físico o químico ...*”⁵⁷. A dicha inspección debe asistir el declarante⁵⁸, quien está obligado a prestar la colaboración necesaria, poner a disposición los originales de los documentos de que trata el artículo 121 y suscribir el acta respectiva, conjuntamente con el inspector. Cuando en la inspección documental se determine la existencia de errores u omisiones parciales en la descripción de las mercancías, entre otros, el inspector puede suspenderla para efectuar el reconocimiento físico de las mercancías y así verificar la exactitud de la información declarada⁵⁹.

(v) En el procedimiento especial establecido para la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, la verificación debe ser realizada previamente por el intermediario aduanero en esta modalidad -en este caso por AB Cargo Express-, lo cual no obsta para que la DIAN practique una inspección no intrusiva -por medio de escáner- como se infiere de los artículos 196,

⁵⁷ Inciso 4º del artículo 83 de la Resolución 4240 de 2000

⁵⁸ Según el Decreto 2685, “*Declarante. Es la persona que suscribe y presenta una declaración de mercancías a nombre propio o por encargo de terceros. El declarante debe realizar los trámites inherentes a su despacho*” (artículo 1º). Bajo este marco, el declarante en este caso es Ángel María Rayo Martínez.

⁵⁹ 4º inciso del artículo 84 de la citada Resolución.

inciso tercero, 197, inciso segundo, y 203, literal l), del Código de Aduanas. Así mismo, el literal e) del último de los preceptos citados dispone, entre las obligaciones de los intermediarios en esta modalidad, la de "*[p]oner a disposición de la autoridad aduanera las mercancías objeto de la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes*", pero en este caso la norma solo lo exige cuando "*vencido su término de almacenamiento no hayan sido entregadas a su destinatario*".

(vi) Por último, en la modalidad de tráfico postal, una vez efectuada por el intermediario la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 193 del Decreto 2685 de 1999 y de cumplir las obligaciones descritas en los literales b), c), d), del artículo 203 antes citado, la empresa de mensajería especializada debe remitir al consignatario⁶⁰ las mercancías ingresadas al país, previa expedición de la planilla de envío, a menos que la DIAN detecte mercancías que incumplen los citados requisitos, caso en el cual debe cambiarse de modalidad de importación y, por ende, no se hace el envío al destinatario, sino el traslado al depósito habilitado para proceder a su proceso de legalización.

Así, pues, se demostró en este asunto que con el fin de evadir el cumplimiento de imperativos requisitos legales, se ingresaron al país disimuladamente 2000 dispositivos médicos, acudiendo para ello a una modalidad de importación que no estaba legalmente autorizada.

⁶⁰ "Personas naturales o jurídicas a quienes el remitente o embarcador en el exterior envía una mercancía, o a quienes se le haya endosado el documento de transporte" (artículo 1º Estatuto Aduanero).

No obstante lo anterior, la afirmación del a quo, acogida por el Tribunal y por los no recurrentes, en el sentido de que en este caso se configuró el punible de contrabando porque no se pagaron los aranceles correspondientes, no tiene asidero en el acervo probatorio ni en la legislación aduanera.

La única prueba recaudada sobre este aspecto es el testimonio de Rocío Yamileth Aux Luna, la cual afirmó que su representada canceló los impuestos a la DIAN, sin precisar cuál fue el valor declarado, ni cuánto se pagó por ese concepto. Este aparte del testimonio de la Gerente de AB Cargo Express no fue desvirtuado por algún otro medio suvisorio, ni es contrario a las normas legales que rigen la materia.

En efecto, si bien la obligación de cancelar los impuestos está a cargo del remitente -en este caso Rayo Martínez-, cuando se acude a la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes corresponde a la empresa de mensajería liquidarlos y cancelarlos a la DIAN, como lo disponen los artículos 201 y 202 del Estatuto Aduanero, en concordancia con el artículo 123 de la Resolución 4240, del siguiente tenor:

"ARTICULO 201. DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN SIMPLIFICADA.
Modificado por el artículo 9 del Decreto 1470 de 2008. El intermediario de la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes deberá liquidar en el mismo documento de transporte el valor de los tributos aduaneros correspondientes a las mercancías que entregue a cada destinatario, indicando la subpartida arancelaria y la tasa de cambio aplicadas. En caso de legalización en este mismo documento deberá liquidarse además el valor del rescate.

(...)" (negrillas fuera de texto).

“Artículo 202. “**Los intermediarios** (...) serán responsables ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por el pago de los tributos aduaneros, así como de los valores por concepto de rescate por abandono, que se recauden ...”. Es decir, en este caso la obligación de pago de la declaración consolidada de pagos correspondía a AB Cargo Express y no a **ZAPATA MARTÍNEZ** como destinatario de las mercancías, como erradamente lo asumió el Tribunal.

“ARTÍCULO 123. LIQUIDACIÓN Y RECAUDO DE TRIBUTOS ADUANEROS. Modificado por el artículo 9º de la Resolución 9990 de 2008. **La entrega de mercancías importadas bajo la modalidad de tráfico postal y de envíos urgentes, con excepción de los envíos de correspondencia, causa la obligación de cancelar: el gravamen arancelario correspondiente a la subpartida arancelaria específica de la mercancía, o a la subpartida arancelaria 98.03.00.00.00 del Arancel de Aduanas cuando el remitente no haya indicado expresamente la subpartida específica; y el impuesto a las ventas liquidado de acuerdo a la descripción de la mercancía.**

En el mismo documento de transporte o guía, la empresa de mensajería especializada deberá liquidar los tributos aduaneros causados, al momento de la entrega de la mercancía a cada destinatario.

Para efectos de la liquidación de los tributos aduaneros, los intermediarios tomarán como base gravable el valor declarado por el remitente al momento del envío, incrementado con los costos de transporte, y el valor de los seguros a la tasa de cambio vigente que corresponda al último día hábil de la semana anterior a la entrega de la mercancía al destinatario.

(...)" (negrillas extratextuales).

Las normas transcritas respaldan tanto el dicho de Rayo Martínez, en el sentido de que canceló al intermediario aduanero, en los Estados Unidos, el valor de los impuestos correspondientes para que su pariente en Colombia no tuviera que asumir ningún costo; como el de Aux Luna, la cual dijo que su representada liquidó y canceló a la DIAN los aranceles, atendiendo la ley. Ello explica el por qué esta autoridad permitió

que AB Cargo Express hiciera la entrega de los 333.33 envíos en la casa del enjuiciado.

Ahora, si la conclusión del fallador se funda en que Ángel María Rayo manifestó que estando en los Estados Unidos compró los dispositivos médicos en dos mil dólares y que éste fue el valor declarado (fraccionado por cada uno de los 333.333 envíos), que es inferior al precio en el mercado colombiano, presumiendo que los aranceles deben cancelarse sobre este último, cabe precisar que dicha premisa parte de un supuesto jurídico errado.

El artículo 247 del Estatuto Aduanero (que acoge el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 –GATT 94-, que hace parte del Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marruecos el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la carne de bovino, aprobado por Colombia mediante la Ley 170 de 1994, ambos declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-137 de 1995) señala los métodos a tener en cuenta para establecer el valor **en aduanas** de las mercancías importadas, ninguno de los cuales se invocó por el juzgador de instancia para concluir que en el presente caso no se cancelaron los aranceles correspondientes al producto introducido al país.

De acuerdo con dicha norma, son seis los métodos para establecer el “*valor de las mercancías en aduana*”, los cuales deben

aplicarse de manera sucesiva⁶¹ en el siguiente orden: Primero: valor de transacción, el cual se regirá por lo dispuesto en los artículos 1° y 8° del GATT 94 y sus notas interpretativas. Segundo: valor de transacción de mercancías idénticas, se regirá por el artículo 2° ejusdem y su nota interpretativa. Tercero: valor de transacción de mercancías similares, se regirá por el artículo 3° ibidem y su nota interpretativa. Cuarto: método del valor deductivo, se regirá por el artículo 5° y su nota interpretativa. Quinto: método del valor reconstruido, se regirá por el artículo 6° y su nota interpretativa. Sexto: método del “último recurso”, el cual se regirá por el artículo 7° y su nota interpretativa.

Por su parte, el artículo 1° del GATT 94 dispone que el valor de transacción de las mercancías importadas o precio realmente pagado o por pagar⁶², es la primera base para la determinación del valor en aduana⁶³, siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias:

“a) que no existan restricciones a la cesión o utilización de las mercancías por el comprador, con excepción de las que:

⁶¹ Artículo 248. “Cuando el valor en aduana no se pueda determinar según las reglas del Método del valor de Transacción, se determinará recurriendo sucesivamente a cada uno de los siguientes métodos previstos en el Acuerdo, hasta hallar el primero que permita establecerlo, excepto cuando el importador solicite y obtenga de la autoridad aduanera, autorización para la inversión del orden de aplicación de los métodos de valoración “Deductivo” y del “Valor Reconstruido”.

⁶² Según la nota interpretativa 1 del GATT 94 “El precio realmente pagado o por pagar es el pago total que por las mercancías importadas haya hecho o vaya a hacer el comprador al vendedor o en beneficio de éste. Dicho pago no tiene que tomar necesariamente la forma de una transferencia de dinero. El pago puede efectuarse por medio de cartas de crédito o instrumentos negociables. El pago puede hacerse de manera directa o indirecta. Un ejemplo de pago indirecto sería la cancelación por el comprador, ya sea en su totalidad o en parte, de una deuda a cargo del vendedor” (negrillas fuera de texto).

⁶³ Privilegiando la aplicación de este método, pues solo puede acudirse a los demás allí regulados cuando no pueda hacerse la valoración de aduana teniendo en cuenta el precio de la mercancía en el país de origen.

- i) impongan o exijan la ley o las autoridades del país de importación;⁶⁴
 - ii) ii) limiten el territorio geográfico donde puedan revenderse las mercancías; o
 - iii) no afecten sustancialmente al valor de las mercancías;
- b) que la venta o el precio no dependan de ninguna condición o contraprestación cuyo valor no pueda determinarse con relación a las mercancías a valorar;
- c) que no revierta directa ni indirectamente al vendedor parte alguna del producto de la reventa o de cualquier cesión o utilización ulteriores de las mercancías por el comprador, a menos que pueda efectuarse el debido ajuste de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8; y
- d) que no exista una vinculación entre el comprador y el vendedor o que, en caso de existir, el valor de transacción sea aceptable a efectos aduaneros en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2.

(...)".

Teniendo en cuenta que a partir del testimonio no desvirtuado de Rayo Martínez se conoce el valor cancelado por los glucómetros en los Estados Unidos, éste sería el precio de la transacción y, en esta medida, el método de valoración en aduanas sería el primero, es decir, el valor de la mercancía, no siendo entonces procedente acudir a ningún otro método. En consecuencia, los tributos debieron tasarse sobre dicho valor y

⁶⁴ Según la nota interpretativa de este inciso: "Entre las restricciones que no hacen que sea inaceptable un precio realmente pagado o por pagar figuran las que no afecten sustancialmente al valor de las mercancías. Un ejemplo de restricciones de esta clase es el caso de un vendedor de automóviles que exige al comprador que no los venda ni exponga antes de cierta fecha, que marca el comienzo del año para el modelo".

no sobre el precio en el mercado interno colombiano, como lo sostuvieron los juzgadores.

Finalmente, el artículo 8º del Acuerdo en comento, al cual remite el artículo 247 antes citado, dispone:

"Para determinar el valor en aduana de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º, se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas:

a) los siguientes elementos, **en la medida en que corran a cargo del comprador** y no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar de las mercancías:

- i) las comisiones y los gastos de corretaje, salvo las comisiones de compra;
- ii) el costo de los envases o embalajes que, a efectos aduaneros, se consideren como formando un todo con las mercancías de que se trate;
- iii) los gastos de embalaje, tanto por concepto de mano de obra como de materiales;

b) (...)

c) los cánones y derechos de licencia relacionados con las mercancías objeto de valoración que el comprador tenga que pagar directa o indirectamente como condición de venta de dichas mercancías en la medida en que los mencionados cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar" (artículo 8º).

Como quiera que no hay ningún elemento de juicio para determinar si en el precio de compra de los bienes que adquirió Ángel María Rayo se incluyeron los valores señalados en los literales a) y c) antes transcritos, como tampoco se determinó

cuál fue el valor declarado por éste al momento de hacer cada uno de los envíos, no puede afirmarse que el mismo fue inferior al que correspondía, según las citadas reglas.

Se concluye, entonces, que si los glucómetros fueron adquiridos en dos mil dólares, como lo sostuvo Rayo Martínez, los aranceles debían cancelarse atendiendo dicho valor y no el consignado en el oficio suscrito por la funcionaria Betty Saavedra, quien -en todo caso-, no fue interrogada sobre la forma como debía hacerse la tasación del arancel en este caso.

Igual suerte corre el planteamiento de la Fiscalía, consistente en que se configuró el delito de contrabando porque Ángel María Rayo ocultó a la compañía transportadora información en cuanto a características, cantidad y valor real de las mercancías remitidas al país, toda vez que el mismo carece de respaldo probatorio.

Respecto de las características de la mercancía, quedó fehacientemente demostrado que:

(i) Rocío Yamileth Aux Luna fue insistente en aceptar que en las guías de tráfico postal⁶⁵ se indicaba que se trataba de "accesorios médicos o para el cuidado de la salud", característica de la

⁶⁵ "Documento que da cuenta del contrato entre el expedidor y la empresa prestadora del servicio postal, haciendo las veces de documento de transporte por cada envío. En este documento se debe especificar detalladamente el contenido de cada uno de los bultos que ampara y los demás datos que se exijan de conformidad con el presente Decreto" (Decreto 2685 de 1999, se resalta).

que gozan los glucómetros, dado que se trata de dispositivos médicos de diagnóstico, lo que devela que no se ocultó la naturaleza de los productos enviados al país.

(ii) La referida testigo solo afirmó que ella, como Gerente de AB Cargo Express, no sabía que las cajas contenían glucómetros, pero no hizo mención a que los demás empleados de la empresa tampoco tuvieran conocimiento de ello y, menos aún, que su asociado de negocios en Miami, que inicialmente recibió las cajas de manos de Ángel Rayo, no tuviera a su disposición dicha información. No puede olvidarse que tanto las declaraciones de importación como las guías venían diligenciadas desde el lugar de origen de las mercancías, en donde el remitente estaba obligado a declarar el contenido de cada uno de los envíos, aunado a que todos los intermediarios están obligados a cumplir las normas aduaneras de cada país, sin que pueda aducirse, con fundamento, que el asociado de negocios de AB Cargo Express sea la excepción.

(iii) En Colombia el intermediario por la modalidad de tráfico postal está obligado a constatar el cumplimiento de los requisitos previstos en la normatividad vigente para esta modalidad de importación. Por ello está obligado a *"Contar con los equipos de escáner o de revisión no intrusiva necesarios para la verificación del contenido de los envíos ingresados al país y para la determinación del cumplimiento de los requisitos previstos para esta modalidad de importación"* (literal k) del artículo 203 del Código de Aduanas), de modo que si advierte que el envío no se ajusta a los presupuestos del

artículo 193 del Estatuto Aduanero, está obligado a informarlo a la DIAN, para que ordene el cambio de modalidad⁶⁶.

En el marco normativo en cita, es indiscutible que AB Cargo Express hubo de tener conocimiento de que se trataba de glucómetros, porque cada una de las 333 cajas por ella recibidas, remitidas a través de su asociado de negocios, tuvo que ser sometida a escáner, única manera de verificar el cumplimiento de los presupuestos previstos en el artículo 193 del Estatuto Aduanero.

En consecuencia, no es creíble que la Gerente de la intermediaria de aduanas y sus empleados ignoraran el contenido de las 333.33 cajas enviadas por Rayo Martínez, como lo sostiene la Fiscalía Delegada, y, menos aún, que al momento de hacer el embarque se haya ocultado al “asociado de negocios” de dicha empresa, en los Estados Unidos, la clase de productos que iban a ser enviados por su intermedio a Colombia.

En lo que concierne a la cantidad de elementos declarados, la testigo Aux Luna no fue interrogada sobre el particular, pero al preguntársele sobre la forma como se hicieron los envíos, contestó:

“Pues (...), eran muchos envíos, son, yo creo que más de diez guías, porque cuando nos pidieron documentos, era un listado de varios

⁶⁶ Artículo 197 del Decreto 2685 de 1999, modificado por artículo 20 del Decreto 1232 de 2001, reglamentado mediante el artículo 120 de la Resolución DIAN 4240 de 2000, modificado mediante Resolución 7002 de 4 de 2001, vigente para el momento de los hechos.

días, de varias guías, es decir, que se hicieron diferentes envíos y estaban, yo me acuerdo que venían accesorios para artículos médicos o para el cuidado de la salud ..." (se resalta).

De lo afirmado por la testigo se infiere que AB Cargo Express tenía conocimiento de que Ángel María Rayo envió a Colombia muchas cajas con "accesorios médicos o para el cuidado de la salud", de modo que no resulta acertado sostener que se le ocultara, ora al asociado de negocios en los Estados Unidos, ora a la citada intermediaria, la cantidad y la naturaleza de elementos que ingresaron a Colombia por su intermedio. En consecuencia, no es éste el fundamento para concluir la comisión del delito de contrabando.

Tampoco resulta acertado sostener, como lo hace el apoderado de las víctimas, que en el presente caso se configuró el delito de contrabando porque el remitente y el procesado "ocultaron el valor real de la carga", atendiendo las siguientes razones fácticas y jurídicas:

(i) Ningún medio suvisor acredita cuál fue "el valor real de la carga". Por tanto, no puede sostenerse fundadamente que el precio de compra de los dispositivos en los Estados Unidos fue superior a los dos mil dólares, como lo sostuvo Rayo Martínez.

(ii) No se probó la existencia de un acuerdo entre remitente y destinatario para establecer el valor a declarar, habida consideración que ni siquiera se demostró la existencia de un convenio para importar los dispositivos al país, aspecto al que se volverá más adelante.

(iii) No se demostró que el acusado estaba en los Estados Unidos cuando Ángel María Rayo se presentó en las oficinas del intermediario aduanero y elaboró las 333.33 declaraciones de importación, que debían estar completamente diligenciadas desde el lugar de origen.

Es decir, no hay ninguna evidencia de que **ZAPATA MARTÍNEZ** tuvo participación o al menos injerencia en la declaración del "*valor de la carga*".

(iv). Tal premisa se funda en un supuesto erróneo, como lo es considerar que el "*valor real*" de un dispositivo médico en Colombia es igual al valor real del mismo en el país productor. Ya se precisó que el valor de los glucómetros en los Estados Unidos, en donde se fabricaron los incautados, es muy inferior al valor comercial de esos mismos aparatos en Colombia, en la medida en que en su precio en nuestro país se incluye el valor de los fletes, aranceles, seguros, bodegaje, intermediación aduanera y, por supuesto, las utilidades tanto del fabricante como del importador (en este caso solo había un único autorizado para importarlos y venderlos en un ámbito de libertad de precios), lo que aumenta considerablemente su "*valor real*" o comercial en nuestro país.

(v) Igualmente, es claro que uno es el valor comercial de la mercancía en Colombia y otro muy diferente el valor en aduana, el cual debe ser establecido teniendo en cuenta las reglas previstas en la Resolución 2201 de 2005, proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Por tanto,

ninguna incidencia tiene el hecho de que la DIAN haya certificado que en Colombia los glucómetros valían \$197.328.872, máxime si, como se verá más adelante, esa tasación no se hizo con el lleno de los requisitos legales

3.2. Para que se tipifique el contrabando no basta que el autor recorra una cualquiera de las conductas descritas en el artículo 319 del Estatuto Punitivo, sino que, además, es necesario que el valor de las mercancías supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, aspecto que no quedó suficientemente esclarecido en el proceso.

Es cierto que según oficio N° 1-88-238-518, introducido por la testigo de acreditación Betty Saavedra García, el valor de las mercancías en nuestro país ascendía a \$197.328.872 y que dicho documento no fue objeto de cuestionamiento por la defensa, por lo cual los juzgadores de instancia dieron plena credibilidad a su contenido.

Empero, por una parte, en el oficio en cita la señora Saavedra García no precisó si la suma que mencionó corresponde al valor comercial de los glucómetros en Colombia, o si refiere a su valor en aduanas, los que, como se vio, son muy diferentes. Tampoco señaló si tuvo en cuenta los precios vigentes el 8 de febrero de 2010⁶⁷, fecha de la aprehensión -que, por mandato de la Resolución 2201 de 2005⁶⁸, proferida por la

⁶⁷ Acta de hechos aduaneros, introducida al juicio oral por Germán Cadena.

⁶⁸ "Por la cual se adopta la base de precios para fijar el avalúo e ingreso a depósitos de mercancías aprehendidas y abandonadas a favor de la Nación y se deroga la Resolución 10766 de noviembre 24 de 2004".

DIAN, es la que interesa a esa entidad para sus procedimientos administrativos-, o si, por el contrario, se tuvieron en cuenta los valores vigentes entre el 19 de junio y el 3 de julio de 2008 (fecha de los hechos, que es la que interesa al derecho penal, en virtud del principio de legalidad).

Se observa que entre los dos sucesos (la aprehensión y el ingreso de las mercancías al país), transcurrió más de un año y medio, interregno en el que los precios pudieron variar sustancialmente por diversos factores, entre ellos la volatilidad de la divisa norteamericana.

Por la otra parte, dicho documento fue expedido sin el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 6° de la Resolución 2201 de 2005 para fijar el avalúo de las mercancías nuevas aprehendidas, que dispone:

"Procedimientos aplicables para fijar el avalúo de mercancías nuevas, aprehendidas.

1. *El funcionario aprehensor deberá verificar en primera instancia si se encuentran registradas en la base de precios, mercancías idénticas o similares a la aprehendida, en cuyo caso, podrá tomar el precio registrado en esta, dejando la constancia respectiva en el acta de aprehensión, reconocimiento, avalúo y decomiso directo y/o en el Documento de Ingreso Inventario y Avalúo de Mercancías, DIIAM, indicando el número del ítem consultado y la fecha en que se realizó la consulta en la base de precios.*

2. *Cuando en la base de precios no existan registradas mercancías idénticas o similares a la aprehendida, el funcionario aprehensor, podrá fijar el precio de avalúo de la mercancía aprehendida, con base en los siguientes criterios:*

- El precio establecido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en las resoluciones de precios de referencia, precios indicativos, precios estimados y resoluciones de franjas de precios, vigentes al momento de la aprehensión. En los dos últimos casos, podrá tomar como avalúo el precio correspondiente al margen inferior de la franja.

- El valor de la mercancía determinado con ocasión de los estudios de valor en aduana que hayan realizado las Administraciones y sobre los cuales existan resoluciones de Liquidación Oficial de Revisión del Valor en Aduana, en firme.

- El precio de la mercancía en el mercado nacional (valor comercial - moneda nacional), depurado con los factores de margen de utilidad, y el factor de tributos aduaneros promedio que le corresponda al capítulo del arancel de aduanas en el cual es susceptible de clasificarse la mercancía aprehendida. El precio de mercado en este evento, podrá ser obtenido a través de cotizaciones, consultas en revistas o folletos especializados y en Internet - páginas web nacionales o internacionales, o con base en el precio de venta informado y soportado con facturas de venta, por el usuario a quien se le practica la aprehensión. Cuando la consulta de Internet se realice en páginas web internacionales, se practicarán los ajustes necesarios sobre el precio, con el fin de hacer una aproximación lo más cercana posible al valor CIF de la mercancía en Colombia.

De estos hechos, igualmente debe dejarse constancia y como soporte debe obrar dentro del expediente el número de las resoluciones, la cotización, factura de venta, impresión de la revista, folleto o página de Internet consultada, o de la información suministrada por el usuario.

Parágrafo. En el evento que la información para el avalúo sea tomada de la base de precios, podrá indicarse en el acta, la fuente de información con indicación del número del ítem consultado, y la fecha en que se realizó la consulta, sin necesidad de anexar copia de la impresión que suministre el sistema.

3. *En caso de que el avaluo se haya obtenido a través de cotización en el mercado nacional, el Administrador de la base podrá requerir por cualquier medio esta información, con el fin de ser analizada e incorporada en la misma. Cuando existan cotizaciones de una misma mercancía con precios diferentes, se podrá incluir en la base el menor precio cotizado”* (resaltado fuera de texto).

En el presente asunto no se estableció cuál de los procedimientos transcritos utilizó Betty Saavedra García para determinar el valor de los glucómetros que ingresaron al país, entre el 19 de junio y el 3 de julio de 2008, toda vez que ni en el oficio introducido al debate público, ni al rendir testimonio precisó si acudió a la base de precios, mercancías idénticas o similares a la aprehendida, pues en el documento examinado no dejó la constancia respectiva, como lo ordena el numeral 1º del precepto transrito.

Tampoco precisó si acudió a alguno de los criterios descritos en el numeral 2º del artículo 6º, por cuanto no hizo mención a la Resolución de la DIAN en la cual se fijaron los precios de referencia, los precios estimados y las Resoluciones de franjas de precios dados (para la fecha de los hechos), a dispositivos médicos como los incautados.

No remitió a las Resoluciones de liquidación oficial de revisión del valor de aduanas, en firme, en las que se hubiere determinado el valor vigente, entre junio y julio de 2008, de los dispositivos médicos incautados, con base en los estudios de valor en aduana. Es decir, no se tiene conocimiento de si fue éste el método por ella seleccionado.

No se supo si se fundó en los precios del mercado la fecha en que ocurrieron los hechos, pues aunado a que omitió mencionarlos, no aportó las cotizaciones, facturas de venta impresiones de revistas, folletos o páginas de internet consultados, con las solemnidades exigidas en el quinto inciso del numeral segundo del artículo sexto en cita, en los que se observen dichos los precios.

Si fue este el método escogido, la señora Saavedra también olvidó mencionar los montos correspondientes a la depuración (valor comercial menos impuestos y margen de utilidad del importador autorizado⁶⁹), para poder determinar cuál era el valor de los bienes en aduana, que es el que debe ser tenido en cuenta para establecer si éstos superaban los 5º salarios mínimos legales vigentes de 2008.

Pese a las evidentes falencias del oficio, ninguna de las partes interrogó a la testigo sobre los aspectos antes señalados, ni ella manifestó, por iniciativa propia, la manera como estableció el monto de las mercancías, de modo que no se determinó en el proceso, de manera técnico-jurídica, el valor en aduanas de las mismas.

En consecuencia, erró el ad quem al considerar que lo consignado por la señora Saavedra García en el oficio, y su ratificación en la audiencia de juzgamiento, son prueba

⁶⁹ Laboratorio Abbott.

suficiente para demostrar el valor, en aduanas de las mercancías.

Al parecer sus apreciaciones se fundaron en el simple hecho de ser la señora Saavedra García funcionaria de la DIAN, sin reparar en que para hacer una tasación de esta naturaleza existen claras normas que en este caso no fueron satisfechas.

En contraposición al oficio antes analizado se encuentra la declaración de Ángel María Rayo Martínez, según el cual compró los glucómetros en dos mil dólares de los Estados Unidos.

Tal afirmación no fue desvirtuada por ningún medio de conocimiento, como por ejemplo con los testimonios de Beatriz Eugenia Vives, Gerente Comercial de la División Diabetes en Colombia del Laboratorio Abbott, y Meyer Cañón Gómez, empleado de Juritest⁷⁰, y por tanto conocedores de los precios a los que se negocian tales aparatos tanto en los Estados Unidos como en Colombia, así como sobre el valor de los tributos, los fletes, la intermediación aduanera, el bodegaje, los seguros y las utilidades del productor y el comercializador y, sin embargo, no se les interrogó por la Fiscalía para corroborar la teoría del caso.

No quedó, entonces, demostrado, más allá de toda duda razonable, que los 2000 glucómetros ingresados de manera disimulada al país, entre el 19 de junio y el 3 de julio de 2008,

⁷⁰ Empresa que prestó sus servicios al referido laboratorio.

tuvieran un valor, en aduanas, superior a los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, aflorando duda sobre la tipicidad objetiva del delito de contrabando.

3.3. Otro tanto ocurre respecto del ingrediente subjetivo, pues como lo pregonó la defensa, al deducir el dolo en el proceder de **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** los juzgadores de instancia incurrieron en varios yerros en la valoración probatoria.

3.3.1. Para sustentar su postura, el Tribunal afirma: "Por otra parte, con la prevención en este caso en particular del delito de corrupción de alimentos está concatenado inescindiblemente con el de contrabando, pues según los hechos tienen una relación antecedente consecuente, de allí que además de explicar el comportamiento propio de contrabando, sirve el siguiente análisis para valorar la puesta en peligro del bien jurídico, pues introducir al país sin los controles oficiales y la autorización propia del Registro Sanitario que le permitiría comercializar el producto, suficiente cantidad de glucómetros y tirillas es un comportamiento que pone en peligro el bien jurídico, pues la garantía de idoneidad del producto está radicada en los controles oficiales de material médico que se decomisó, mismos que hacen parte de la posición de garante que regenta el Estado con relación a los aspectos relacionados con la salud pública de acuerdo con la Carta Política (arts. 44-49-50-54-64-78-92.2-300.10-336-356-366)".

Teniendo en cuenta que al hacer el análisis del delito de corrupción de alimentos, medicamentos y material profiláctico se desvirtuaron los argumentos expuestos por el Tribunal, la Corte se remite a lo señalado en el numeral 2.5.2. de este fallo.

3.3.2. Para atribuir al enjuiciado el contrabando, los juzgadores de instancia dedujeron la existencia de un acuerdo previo entre éste y Rayo Martínez para importar las mercancías, cuando la única prueba sobre este aspecto desvirtúa dicho convenio. Es así como Rayo Martínez declaró lo siguiente:

(i) La iniciativa para adquirir los glucómetros y demás equipos médicos fue, de manera exclusiva, suya. En ella no intervino, de ningún modo, el acusado.

(ii) **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** no participó en la decisión de traerlos a Colombia. Ello obedeció a su voluntad y la de la organización a la que dice pertenecer, *"El Reino de Dios"*.

(iii) El enjuiciado no aportó dinero para la compra de los equipos, ni para el pago de los fletes ni de los impuestos y demás gastos de envío. Todo el dinero utilizado para ello provino del peculio de Rayo Martínez.

(iv) Acudió a **ZAPATA MARTÍNEZ** para pedirle que recibiera los equipos y se los guardara en su casa, en Cali, porque es su cuñado y porque en dicha ciudad pensaba utilizarlos en actividades filantrópicas.

(v). El acusado no tenía ningún interés en la importación de los glucómetros, pues cuando dispuso de algunos de ellos no lo hizo motu proprio, sino atendiendo una petición del deponente.

No hay, entonces, ningún elemento de juicio para sostener que **ZAPATA MARTÍNEZ** prestó su concurso y voluntad para adquirir los glucómetros y demás equipos en los Estados Unidos y para traerlos a Colombia, como tampoco lo hay para considerar que Rayo Martínez faltó a la verdad al señalar la ajenidad del procesado con los elementos incautados, asistiendo razón al casacionista.

Ahora bien, es cierto que en su calidad de destinatario de los equipos el procesado puede ser considerado como importador, mediante declaración simplificada, en el evento de haber sido él quien firmó el documento de transporte⁷¹, como lo dispone el artículo 201 del Código Aduanero, modificado por el artículo 9º del Decreto 1470 de 2008⁷².

No obstante, ello no permite concluir que él tomó o participó, de alguna forma, en la decisión de importar los dispositivos, pues los medios de convicción demuestran que su única actividad consistió en prestar su residencia para recibir unos elementos que, en su sentir, le habían sido enviados cumpliendo todas las formalidades legales, porque le llegaron a través de una empresa autorizada para operar en Colombia y porque estuvieron a disposición de la autoridad aduanera, quien no intervino para aprehenderlos y, por el contrario, permitió el envío de la mercancía a su casa, develándose la carencia de dolo en su actuar.

⁷¹ Lo que ni siquiera se demostró en este caso, ya que la Fiscalía no incorporó al proceso los 333.33 documentos de transporte, en los que aparezca que fueron firmados por Rayo Martínez.

⁷² "El documento de transporte firmado por el destinatario será considerado declaración de importación simplificada. A partir de ese momento se entenderá que la mercancía ha sido sometida a la modalidad de importación".

3.3.3. Aduce el Tribunal que **ZAPATA MARTÍNEZ** incurrió en contrabando, porque no adelantó los trámites pertinentes para la legalización y la nacionalización de los dispositivos. Tal planteamiento dista de las normas que gobiernan el derecho aduanero, en especial, las que rigen la modalidad utilizada por Rayo Martínez para traer los equipos a Colombia.

En efecto, de la desprevenida lectura de los artículos 192 a 203 del Decreto 2685 de 1999, que regulan la modalidad de importación por tráfico postal, se infiere, sin dificultad alguna, que el consignatario de las mercancías no está obligado a acudir ante la autoridad aduanera a realizar ningún trámite de importación.

Por el contrario, *“De conformidad con lo previsto en el artículo 195 del Decreto 2685 de 1999, todos los trámites de importación bajo la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, deberán realizarse por el puerto o aeropuerto de la aduana de ingreso de las mercancías al territorio aduanero nacional. Se exceptúa de lo anterior, la obligación de pago de la declaración consolidada de pagos prevista en el artículo 202 del Decreto 2685 de 1999.”*

(...)⁷³ (negrillas fuera de texto).

Ya se vio que por mandato del artículo 202 del Decreto 2685, correspondía a la intermediaria en la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, el pago de los tributos aduaneros.

⁷³ Artículo 118 de la Resolución 4240 de 2000.

Por su parte, el artículo 203 ibídem prevé las obligaciones de los intermediarios en la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes, entre las que se destaca la señalada en el literal a), modificado por el artículo 11 del Decreto 1440 de 2008, consistente en “*[r]ecibir, almacenar y entregar los envíos de correspondencia, los envíos que lleguen al territorio nacional por la red oficial de correos y los envíos urgentes, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas aduaneras*”⁷⁴”, lo cual implica que “*al momento de recibir la carga en el área de inspección señalada por la autoridad*”, deben “... *verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 193 del presente decreto*” (artículo 196, modificado por el artículo 19 del Decreto 1232 de 2001, a su vez modificado por el artículo 23 del Decreto 2101 de 2008).

De modo que “*[s]i con ocasión de la revisión efectuada por los intermediarios de la modalidad, según lo dispuesto en el artículo anterior, se advierten paquetes postales o envíos urgentes que no cumplen los requisitos establecidos en el artículo 193 del presente decreto, los intermediarios informarán a la autoridad aduanera para que disponga el traslado de las mercancías a un depósito habilitado, para efectos de que las mismas se sometan al cambio de modalidad de importación. Bajo ninguna circunstancia podrá darse a estas mercancías el tratamiento establecido para los paquetes postales y los envíos urgentes.*

(...)” (artículo 197, inciso primero, ejusdem, negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior no obsta para que la DIAN, en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las de examinar la documentación que le sea presentada por el intermediario de la modalidad de tráfico postal y la de hacer una revisión no

⁷⁴ Negrillas fuera de texto.

intrusiva -vía escáner- de las mercancías, verifique también el cumplimiento de los requisitos legales, de modo que si constata que ello no ocurre, ordene el cambio de modalidad al procedimiento ordinario (inciso tercero del artículo 197), lo que, de haber ocurrido en este caso, habría impedido que las mercancías llegaran a la casa del acusado.

Tanto Rocío Aux Luna como los testigos de descargo coincidieron en señalar que AB Cargo Express hizo llegar los numerosos envíos (más de 333) a la vivienda de **ZAPATA MARTÍNEZ**, lo que significa que para la empresa intermediaria -y como tal experta en el conocimiento de la legislación aduanera-, se cumplían a cabalidad los requisitos previstos en el artículo 193 del Estatuto Aduanero para la importación de los glucómetros por la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, conclusión a la que también llegó la DIAN, pues lo cierto es que no ejerció la potestad prevista en el inciso segundo del artículo 197 ibídem, en el sentido de disponer el traslado de todas o alguna de las 333.33 cajas de glucómetros al depósito habilitado, para someterlas al cambio de modalidad (al régimen ordinario).

Tampoco correspondía al procesado “legalizar” las mercancías, como lo consideró sin fundamento jurídico el ad quem y lo señalan los no recurrentes, habida consideración que la *legalización es la “Declaración de las mercancías que habiendo sido presentadas a la Aduana al momento de su introducción al territorio aduanero nacional, no han acreditado el cumplimiento de los requisitos para su legal importación, permanencia o libre disposición. También procederá la legalización de las mercancías que se encuentren en abandono legal ...”* (artículo 1º del Decreto 2685 de 1999).

De acuerdo con la norma en cita, para legalizar las mercancías primero se necesitaba que la DIAN declarara el incumplimiento de los requisitos legales para la importación de los glucómetros, lo que en este caso no ocurrió respecto de ninguno de los envíos, lo que significa que para la autoridad aduanera cada uno de los paquetes importados cumplía los requisitos legales.

En efecto, ni al momento en que el transportador puso a disposición de la DIAN cada una de las 333.333 cajas con los elementos importados⁷⁵, ni cuando AB Cargo Express le puso a disposición los manifiestos de carga, el manifiesto expreso y las numerosas guías⁷⁶ (también más de 333), documentos en los que figuraban el mismo remitente, el mismo consignatario, la misma descripción de la mercancía (accesorios médicos o para el cuidado de la salud⁷⁷), la autoridad aduanera advirtió alguna irregularidad que la llevara a verificar las mercancías que ingresaban al país y a cambiar la modalidad de importación, por lo cual no fue necesario que el “*propietario*” de los objetos ingresados -Rayo Martínez- se presentara a legalizar la carga, mucho menos tenía que hacerlo el procesado.

Otro tanto ocurrió con AB Cargo Express, la cual, según su representante legal, en cumplimiento de lo dispuesto en los

⁷⁵ Atendiendo lo dispuesto en el inciso segundo del literal e) del artículo 104, del Decreto 2685.

⁷⁶ Artículo 119 de la Resolución 4240 de 2000, modificado por el artículo 35 de la Resolución 7002, de la DIAN, que dispone que el manifiesto expreso comprende la relación total de las guías de mensajería especializada, así como la información de cada una de las guías: número y fecha de expedición, nombre del remitente y del consignatario, peso en kilogramos, número de bultos, descripción de la mercancía, valor FOB en dólares, conforme a la factura que exhiba el remitente o de acuerdo al valor que el mismo declare en el lugar de despacho.

⁷⁷ Declaración de Aux Luna.

artículos 196 y 203, literal k), del Decreto 2685, verificó el contenido de todas y cada una de las cajas, constatando que se trataba de glucómetros y, pese a ello, no puso en conocimiento de la DIAN la irregularidad advertida, sino que, en su lugar, entregó las cajas a **ZAPATA MARTÍNEZ**.

Solo en la audiencia pública se manifestó sorprendida y adujo que el único requisito a verificar era el relativo a la cantidad de elementos ingresados en cada envío, olvidando que las citadas normas imponen a la intermediaria aduanera el deber de constatar el cumplimiento de **todos** los requisitos previstos en el artículo 193. Pese a ello, los jueces de instancia (y ahora los no recurrentes), dieron plena credibilidad a todo lo afirmado por Rocío Yamileth Aux Luna.

Es decir, para el Tribunal es aceptable que la gerente de una empresa intermediaria de la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes y, por tanto, experta en materia aduanera, no conociera el procedimiento previsto en el Estatuto Aduanero para importar mercancía por esa modalidad. Empero, al procesado, futbolista, vendedor de propiedad raíz y enlucimiento de interiores, al cual no se le demostró la realización de al menos una operación de importación que permita suponer que era conocedor de la legislación aduanera, no se le puede admitir su explicación en el sentido de que atendió el pedimento de Ángel Rayo Martínez, consistente en recibirla y guardarle las cajas, porque *“en ningún momento vi ningún impedimento, que fuera algo, que fuera a causar algún problema”*.

Tampoco tuvo en cuenta el juez colegiado que Aux Luna podía ser una testigo interesada, habida cuenta que su representada podía verse avocada a una sanción administrativa por parte de la DIAN (numerales 3.3. y 3.7 del artículo 496 del Estatuto Aduanero, modificado por el Decreto 1232 de 2001, artículo 43), por lo cual le era más conveniente señalar que AB Cargo Express verificó que en cada envío iban seis unidades, sin explicar cómo obtuvo dicho dato, pues para ello era necesario hacer una revisión de cada una de las cajas, en la cual necesariamente tenía que constatar el contenido de cada una de ellas.

Así mismo, al acoger el planteamiento del juez de primer grado el Tribunal olvidó que no correspondía a **ZAPATA MARTÍNEZ** “nacionalizar” los dispositivos y demás equipos, si se tiene en cuenta que mercancía nacionalizada “*es la mercancía de origen extranjero que se encuentra en libre disposición por haberse cumplido todos los trámites y formalidades exigidos por las normas aduaneras*”⁷⁸; y tiene esa condición (libre disposición) la mercancía importada mediante la modalidad de tráfico postal (artículo 192 del Código de Aduanas) que ha sido entregada por el intermediario al destinatario (artículo 202 ibidem), precisamente porque en estos casos se parte del presupuesto de que si la mercancía entró al país por esa modalidad y fue entregada al consignatario, es porque se cumplieron todos los requisitos legales.

Lo anterior significa que cuando los elementos fueron entregados por AB Cargo Express en la residencia de **ZAPATA**

⁷⁸ Artículo 1º del Decreto 2685, definiciones.

MARTÍNEZ ya estaban nacionalizados, por lo cual no le correspondía adelantar algún trámite con dicha finalidad.

En este orden de ideas, la Corte acoge el planteamiento del actor, según el cual si la empresa intermediaria en la modalidad de tráfico postal, ni la autoridad aduanera se pronunciaron sobre el incumplimiento de los requisitos legales para la importación de los glucómetros, lo lógico es que el enjuiciado, neófito en la importación de mercancías al país⁷⁸, considerara que cada uno de los envíos se hizo al amparo del ordenamiento jurídico, pues de otra forma no le habían llegado a su casa y, en su lugar, habrían sido aprehendidos por la DIAN en el aeropuerto. Por ello, no se negó a recibirlos, como le reclamaron los juzgadores de instancia y ahora los no recurrentes.

3.3.4. Al acoger las consideraciones del a quo, concluyó el Tribunal que **ZAPATA MARTÍNEZ** incurrió en contrabando porque no pagó los aranceles correspondientes, pese a que ningún medio de convicción demuestra tal hecho.

(i) Como se señaló anteriormente, no se demostró que Ángel María Rayo no hubiera pagado los aranceles correspondientes, según el valor en aduanas de las mercancías.

(ii) La normatividad que rige la modalidad de importación por tráfico postal no impone al destinatario de las mercancías pagar los aranceles.

⁷⁸ Declaración no desvirtuada de Zapata Martínez

Como antes se dijera, en esta modalidad importación compete al intermediario liquidar el valor de los tributos y cancelarlos ante la DIAN, es decir que AB Cargo Express hizo la liquidación y el pago de los tributos, cuyo importe fue asumido por Rayo Martínez y no por el procesado, a quien no se le puede atribuir tal omisión.

La referida afirmación tiene soporte en el parágrafo del artículo 123 de la Resolución 4240 de 2000, proferida por la DIAN, que dispone:

*“Los intermediarios de la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes podrán efectuar la liquidación de tributos **con anterioridad a la entrega de la mercancía** siempre que la misma se ajuste a las disposiciones previstas en el inciso tercero de este artículo”.*

Como en el asunto examinado la empresa de intermediación partió del cumplimiento de todos los requisitos legales, bien pudo liquidar y cancelar los impuestos antes de que los dispositivos y demás equipos fueran entregados en la residencia de **ZAPATA MARTÍNEZ**, el cual no tuvo que asumir dicho pago.

Así pues, queda huérfano de respaldo probatorio el planteamiento consistente en que **ZAPATA MARTÍNEZ** omitió hacer el pago de los aranceles correspondientes, de acuerdo al valor en aduanas de las mercancías.

3.3.5. Estimó el juez plural que otra prueba de la responsabilidad de **ZAPATA MARTÍNEZ** es que ni él ni Rayo

Martínez tenían registro sanitario y por ello no podían importar legalmente glucómetros a Colombia, acudiendo a una modalidad de importación que les permitía eludir esos controles legales.

Sobre el particular la Corte reitera que está debidamente acreditado que (i) Rayo Martínez fue el único interesado en ingresar los dispositivos al país, por lo cual los adquirió en Estados Unidos –donde residía en el primer semestre de 2008. (ii) Fue él el que escogió al asociado de negocios de AB Cargo Express en Estados Unidos y se acercó personalmente hasta su sede en Miami con el fin de ordenar las múltiples remisiones. (iii) Fue el que escogió la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes. Y, (iv) fue el que asumió todos los gastos de envío, luego era él el obligado a cumplir todos los requisitos de ley, entre ellos obtener el registro sanitario.

Nótese cómo el juzgador de segundo grado señala que *"RAYO, por su profesión médica y el nivel de estudio especializado tuvo suficiente conocimiento de los controles y trámites que tenía que agotar para el ingreso al país de tales elementos, como para su distribución al interior del país"*, olvidando que el procesado en este caso no es Rayo Martínez sino **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ**, del cual no pueden predicarse las mismas calidades y conocimientos de aquél.

Así las cosas, no se puede derivar responsabilidad al enjuiciado con base en la conducta de un tercero (Rayo Martínez), porque ello entraña la vulneración de elementales principios que gobiernan el derecho penal.

En lo referente a que el acusado no había obtenido el registro sanitario expedido por el INVIMA, debe tenerse en cuenta que desde su perspectiva no lo necesitaba, porque no estaba importando los dispositivos al país, ni era su intención comercializarlos, distribuirlos o suministrarlos, actividades éstas para las cuales se requiere, sin duda alguna, el trámite y obtención previa del registro.

De acuerdo con las pruebas legalmente recaudadas, su actividad se contrajo a recibir los numerosos correos que le llegaron y a guardar, en el estudio de su casa, cada uno de los paquetes, en donde, el 23 de octubre de 2008, fueron hallados 1.942 glucómetros, en el mismo estado en que los recibió (empacados en sus cajas).

3.3.6. Señaló el juez colegiado que como Ángel Rayo manifestó que antes de enviar los dispositivos a Colombia hizo averiguaciones sobre aspectos legales, entonces el procesado era conocedor de la existencia de *"los problemas de legalidad de ingreso que tenían, al punto que reconoce la demora en el envío de la mercancía"*, sin que tal afirmación tenga algún respaldo probatorio.

En lo que concierne al conocimiento de los problemas de legalidad para el ingreso de las mercancías al país, si bien se demostró, con el testimonio de Rayo Martínez, que éste hizo averiguaciones sobre la forma como haría el envío, la compañía que iba a utilizar, cuánto le iban a cobrar y *"también aspectos legales"*, no se verificó cuáles fueron los aspectos consultados,

como tampoco que de tales diligencias enteró, por algún medio, a **ZAPATA MARTÍNEZ**.

Es decir, no hay ninguna evidencia de que el enjuiciado tuvo conocimiento de la existencia de "*problemas de legalidad*" para el envío de las mercancías a Colombia. Tanto es así que varios meses después aún conservaba, en el inmueble donde vivía con su familia, la mayor parte de los dispositivos.

Así mismo, cuando el Tribunal sostiene que se aceptó una demora en el envío de las mercancías, no tuvo en cuenta que el acusado jamás se pronunció sobre ese hecho, es decir, nunca admitió tal demora. El que hizo esa aceptación fue Rayo Martínez, cuando sostuvo que adquirió los aparatos en mayo de 2008 y que los envió entre junio y julio de ese año y, como se ha dicho, no puede deducirse responsabilidad al acusado por las actuaciones de un tercero, así sea su pariente.

De lo expuesto se concluye que no hay prueba que demuestre, más allá de toda duda razonable, que el procesado infringió el ordenamiento jurídico punitivo, por lo cual la duda debe serle resuelta de manera favorable, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Basten las anteriores razones para casar la sentencia objeto de reproche y, por sustracción de materia, se torna innecesario un pronunciamiento frente a los demás argumentos postulados.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

CASAR la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a **EBERD ZAPATA MARTÍNEZ** de los cargos de corrupción de alimentos, medicamentos y material profiláctico y contrabando, que le fueron atribuidos.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

6