SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
NÚMERO DE PROCESO	: 43007
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP4129-2016
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 06/04/2016
DECISIÓN	: CASA
DELITOS	: Contrabando / Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 29,33 / Ley 6 de 1971 / Ley 7 de 1991 / Ley 170 de 1994 / Ley 599 de 2000 art. 319 y 372 / Ley 906 de 2004 art. 8-A, 8-B, 8-C, 15, 16, 277, 356-3, 362, 374,377, 378, 379,381-1, 429, 438 / Ley 1220 de 2008 art. 5 / Ley 1453 de 2011 art. 63, 431 / Decreto 2685 de 1999 art. 104-E, 117, 121, 126, 192 a 203, 496-3-3 y 3-7 / Decreto 1470 de 2008 art. 9 / Decreto 1440 de 2008 art. 11 / Decreto 1232 de 2001 art. 43 / Resolucón 2201 de 2005 art. 6

TEMA: **CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO** - Elementos: elemento normativo, material profiláctico, lo son las cintillas para glucómetros / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por supresión: no se configura

«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 5° la Ley 1220 del 16 de julio de 2008.

[…]

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.

[…]

Ninguna razón le asiste al casacionista en su reparo.

[…]

Para determinar este aspecto de la tipicidad objetiva del comportamiento atribuido a ZM, el Tribunal acudió al testimonio de MCG, 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", le permite al paciente diabético vigilar la glucosa sanguínea, previniéndolo de la ocurrencia de un evento o incidente adverso y, por ende, ayudándole a preservar, conservar y mejorar la salud, como lo sostuvo en varios apartes de su declaración BEV.

Ahora, es cierto, como lo arguye el recurrente, que las tiras o cintas son clasificadas como reactivos de diagnóstico in vitro. Empero, ello no les quita su carácter de material profiláctico, en el entendido que constituyen un accesorio 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.

[…]

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

CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Elementos: verbos rectores, no está contemplado el de conservación

«Como verbos rectores, el inciso segundo del artículo 372 del Estatuto Punitivo menciona expresamente el suministrar, comercializar o distribuir los elementos citados.

Es decir, el legislador no consideró como conducta punible la conservación 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, per 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».

CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Elementos: elemento normativo, productos deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas, no está contemplado el que los productos no tengan registro sanitario

«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 deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad o eficacia. 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.

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 -INVIMA- 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 constitucional, en el sentido de que para establecer la idoneidad de un medicamento 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 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».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: incorporación por el testigo de acreditación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba documental: incorporación, trámite

«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.

[…]

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.

[…]

En el asunto examinado, en el numeral 7° 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 MCG, 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 MC y a SARR como testigos de acreditación. Dicho pedimento fue aceptado en la audiencia preparatoria del 13 de mayo de 2011.

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 MCG, como lo adujeron los jueces de instancia y lo sostiene la Fiscalía delegada.

[…]

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.

[…]

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.

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».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: incorporación, el acta o informe que da cuenta de documentos, debe incorporarse de forma independiente a estos últimos

«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 SAR 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.

[…]

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».

CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba documental: incorporación, el acta o informe que da cuenta de documentos, debe incorporarse de forma independiente a estos últimos / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por suposición: configuración

«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 MCG, el cual al ser interrogado por la defensa 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 CG 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 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 fábrica, si hubo testigos presenciales, si las autoridades identificaron e individualizaron a los autores, cómplices o partícipes, si en la ejecución del hurto participaron EZ, ÁR y/o AG y demás circunstancias que rodearon el hecho.

Así las cosas, con el testimonio de MCG 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 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 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 ZM 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 caducidad. 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 EZM 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 suasorio que así lo acredite.

En lo referente a la prueba de la comercialización de los glucómetros incautados, imputada a ZM 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:

"… 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».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: derecho a la no autoincriminación respecto de entrevistas o documentos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba documental: incorporación, relación con el derecho de contradicción

«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 8° 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 3°, 357, inciso 3°, 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". De 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».

CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Demostración / **SENTENCIA** - Grado de certeza: basado en la valoración probatoria /**TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: interés del testigo en el proceso

«Advierte la Corte, sin embargo, que el presunto manuscrito no fue el único medio suasorio 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 AMRM.

[…]

ÁR fue interrogado por la defensa sobre si "¿en algún momento usted, directamente o por intermedio del señor EZ, 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 RM, 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 delito, 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 Cali y menos aún aquella en la que EZ 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 RM 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.

[…]

Según la respuesta transcrita, que no mereció ningún análisis por el Tribunal, así fuere para desvirtuarla, cuando RM 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 procesado suministró a terceros habrían sido entregados antes de que vencieran las cintillas.

La Corte da credibilidad al dicho de ÁRM, 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.

[…]

Así las cosas, tanto el Tribunal como el juzgador de primer grado erraron al considerar que con el testimonio de ÁMR se probó, más allá de toda duda razonable, que ZM comercializó, distribuyó o suministró material profiláctico caducado o vencido».

RESPONSABILIDAD PENAL - Es personal e intransferible / **COAUTORIA** - Acuerdo: análisis probatorio de las circunstancias / **CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO** - Demostración

«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".

La Corte advierte que la defensa de ZM no alegó que los glucómetros serían destinados a actividades filantrópicas. De acuerdo con la prueba practicada, tal planteamiento fue esgrimido por ÁMR 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 RM 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 EZM, 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 (R M), 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 2008, esto es, más de tres meses antes de que venciera la vida útil de las tirillas, por lo cual no es descabellado pensar que RM 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 suasorio 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 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 ÁMR -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 RM), dotar clínicas clandestinas de la guerrilla o clínicas donde se practican actividades ilícitas, etc.

[…]

Por último, la Corte considera que aún en el evento en que, como lo sostuvo el Tribunal, el propósito de ÁR fuera el de comercializar los dispositivos en Colombia, tal conducta no puede ser trasladada al procesado para deducirle responsabilidad, 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.

[...]

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 futbolista y a la compraventa de propiedad raíz y enlucimiento de interiores, 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.

Para desvirtuar el argumento defensivo, consistente en que el procesado simplemente autorizó a RM a remitir a su casa los dispositivos y demás equipos médicos, sostuvo el juez colegiado: "Si la encomienda o favor solicitado por R 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 ZM 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 casa, 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 comerciante 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.

Afirma el ad quem que "a poco andar" ZP "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".

[…]

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 ZM conservara en su propia casa la mayor parte de los glucómetros que, según el Tribunal, importó al país para vender».

PETICIÓN DE PRINCIPIO - Configuración

«Aduce el Tribunal que ÁMR "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 EZ 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 ÁMRM, sin hacer alusión siquiera a la del aquí procesado, desconociendo nuevamente el principio de autorresponsabilidad».

INDICIO - Hecho indicador: debe estar probado

«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), RM 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 BSG, Jefe de Fiscalización aduanera: […]. 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 1° 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 diligenciadas 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 4° del artículo 196 del Decreto 2685 de 1999" (negrillas y subrayas fuera de texto)».

INDICIO - De mentira: no se configura

«Sostuvo el sentenciador de primer grado que en su declaración EZ 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 RM, 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».

INDICIO - Inferencia lógica: indebidamente construida / **CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO** - Demostración

«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 ZM "hizo una gran inversión".

[…]

La Corte le da credibilidad a RM 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 importan, 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 productos.

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

No habiéndose demostrado que la inversión efectuada por ÁRM 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».

INDICIO - Inferencia lógica: indebidamente construida / **CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO** - Demostración

«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 ARM envió 2.000 glucómetros a la residencia de EZ, 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».

CONTRABANDO - Tipo penal en blanco / **CONTRABANDO** - Elementos / **CONTRABANDO** - Delito de conducta alternativa

«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.

De acuerdo con el artículo 319, antes transcrito, 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 vigentes, 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».

CONTRABANDO - Clases: abierto y técnico, explicación

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

CONTRABANDO - Clases: abierto, no se configura

«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 aduanera y por un lugar habilitado, como lo es el Aeropuerto Bonilla Aragón.

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

(iii) Previo a su envío al país, ÁMRM presentó las respectivas declaraciones de importación ante el asociado de negocios de AB Cargo Express en los Estados Unidos, para que éste procediera a remitirlos a Colombia. Si no 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 legales e informar a la DIAN "los detalles 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 DIAN, para que, 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».

CONTRABANDO - Clases: técnico, se configura

«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, 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 Unidos, en cajas de 6 unidades cada una, y que por tratarse de dispositivos médicos, era imperioso que de manera previa a las operaciones de importación, el remitente adelantara todos los trámites legales para obtener los siguientes documentos:

Visto bueno sanitario del INVIMA (numeral 23 del artículo 4 del Decreto 1290 de 1994, en concordancia con los artículos 121, literal e), 1° y 1°, en su orden, de los Decretos 2685 de 1999, 3770 de 2004 y 4725 de 2005 y el artículo 457 de la Ley 9° de 1979), 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 1° del Decreto 2680 de 1999).

Ninguno de los documentos antes señalados fue obtenido por ARM 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 Social, el cual tampoco fue tramitado.

Para obviar el cumplimiento de tales requisitos legales, AMR 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 4° del Decreto 1470 de 2008).

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 correo

De acuerdo con el artículo 193 en cita, bajo la modalidad de tráfico postal.

[…]

"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."

[…]

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 apariencia de legalidad 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.

[…]

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».

CONTRABANDO - Obligación de cancelar los aranceles de importación

«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 RYL, 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 suasorio, 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 RM-, 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.

[…]

Las normas transcritas respaldan tanto el dicho de RM, 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 AL, 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».

CONTRABANDO - Elementos: cuantía superior a 50 s.m.l.m.v. / **CONTRABANDO** - Demostración / **IN DUBIO PRO REO** - Se debe aplicar si no hay certeza de la responsabilidad del procesado

«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 BSG, 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 SG 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 2010, fecha de la aprehensión -que, por mandato de la Resolución 2201 de 2005, proferida por la 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.

[…]

En el presente asunto no se estableció cuál de los procedimientos transcritos utilizó BSG 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 1° del precepto transcrito.

Tampoco precisó si acudió a alguno de los criterios descritos en el numeral 2° del artículo 6°, 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 S también olvidó mencionar los montos correspondientes a la depuración (valor comercial menos impuestos y margen de utilidad del importador autorizado), 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 SG en el oficio, y su ratificación en la audiencia de juzgamiento, son prueba suficiente para demostrar el valor, en aduanas de las mercancías.

[…]

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

CONTRABANDO - Elementos: dolo

«No hay, entonces, ningún elemento de juicio para sostener que ZM 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 RM 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 transporte, como lo dispone el artículo 201 del Código Aduanero, modificado por el artículo 9° del Decreto 1470 de 2008.

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».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:
Rad: T-344 | Fecha: 09-05-2002 | Tema: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Elementos: elemento normativo, productos deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas, no está contemplado el que los productos no tengan registro sanitario
Rad: T-113 | Fecha: 13/02/2003 | Tema: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Elementos: elemento normativo, productos deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas, no está contemplado el que los productos no tengan registro sanitario
Rad: T-1214 | Fecha: 03/06/2008 | Tema: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Elementos: elemento normativo, productos deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas, no está contemplado el que los productos no tengan registro sanitario
Rad: T- 042 | Fecha: 14/01/2013 | Tema: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Elementos: elemento normativo, productos deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas, no está contemplado el que los productos no tengan registro sanitario
Rad: T- 425 | Fecha: 10/07/2013 | Tema: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIAL PROFILÁCTICO - Elementos: elemento normativo, productos deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas, no está contemplado el que los productos no tengan registro sanitario