



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP349-2023

Radicado N° 56154.

Acta 159.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, contra el fallo de segundo grado proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de mayo de 2019, mediante el cual revocó la sentencia absolutoria emitida el 17 de abril de 2018 por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa misma ciudad, para en su lugar condenarlo como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, a

72 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa del 200% del valor aduanero de la mercancía objeto del ilícito.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

La Policía Fiscal y Aduanera, el 4 de septiembre de 2015, en inmediaciones de la carrera 20 con calle 14 de la ciudad de Bogotá, procedió, en compañía de otros funcionarios, a verificar una mercancía que se encontraba en el interior del vehículo tipo camión de placas TMZ-136, conducido por *José Elmer Aristizábal Montoya*, diligencia que concluyó con la aprehensión de (i) 2.640 pares de tenis deportivos, marca Converse, (ii) 1.360 juguetes tipo muñeco para niño con la marca bebecitos, (iii) 1.205 unidades de pijama para bebé, marca kids Land, (iv) 1.730 unidades de pijama para niño tipo mameluco, marca Carters, (v) 570 unidades de pijama para niño, marca Kids Land, (vi) 144 unidades de conjunto para bebé por 6 piezas, marca Kids Land, y (vii) 72 unidades de conjunto para bebé por 3 piezas, marca Kids Land, porque no se aportó la declaración de importación; mercancía que fue evaluada en 369 s.m.l.m.v. para el año 2015.

WISNER GIOVANNY OSPINA REYES se hizo responsable, en calidad de tenedor, de dicha mercancía extranjera, firmando para el efecto el acta de aprehensión respectiva.

2. Procesales

Previa solicitud¹ del Fiscal 309 Seccional de Bogotá, el 2 de mayo de 2017 se celebró ante el Juzgado Veinte Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esa ciudad, la audiencia de declaratoria de contumacia² y formulación de imputación contra **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, a quien se le imputó la comisión del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, en calidad de autor (artículo 320 inciso 2º de la Ley 599 de 2000).³

El 24 de julio de 2017, el Fiscal presentó escrito de acusación,⁴ cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, ante el cual se llevó a cabo la audiencia para tal fin el 4 de septiembre de 2017, oportunidad en la que la Fiscalía acusó a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** por el mismo delito que le fue imputado.⁵ Se reconoció la calidad de víctima de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia –en adelante DIAN-.⁶

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 18 de octubre de 2017. El juicio oral se llevó a cabo el 6 de marzo y 17 de abril

¹ A folios 30 a 32, carpeta del juzgado.

² A partir del récord 8:06.

³ A partir del récord 13:17.

⁴ A folios 59 a 64, carpeta del juzgado.

⁵ A partir del récord 9:53.

⁶ A partir del récord 2:31.

de 2018, y culminó con el anuncio del sentido del fallo de carácter absolutorio⁷ y la lectura de la sentencia⁸ en tal sentido.

Recurrida la decisión por el delegado de la Fiscalía y el apoderado de la víctima, mediante sentencia del 23 de mayo de 2019,⁹ la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá revocó el fallo impugnado, y en su lugar, condenó a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, a 72 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa del 200% del valor aduanero de la mercancía objeto del ilícito. Se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se concedió la prisión domiciliaria.

Por lo anterior, el defensor del procesado **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** interpuso el recurso extraordinario de casación, demanda que fue admitida el 16 de septiembre de 2019,¹⁰ para garantizar el derecho a la doble conformidad.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez, después de valorar los testimonios rendidos por los servidores de la policía fiscal y aduanera Hernán Alonso

⁷ A partir del récord 1:33:01.

⁸ A folios 147 a 155, carpeta del juzgado.

⁹ A folios 14 a 26, carpeta del Tribunal.

¹⁰ A folios 6 y 7, carpeta de la Corte.

Herrera, Consuelo Bonilla y Julio Andrés Torres, concluyó que, efectivamente, la mercancía aprehendida y decomisada ingresó al país de manera ilegal, en tanto, no se aportó la declaración de importación correspondiente.

Asimismo, a partir de los referidos testimonios, se indicó que **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** arribó hasta el lugar donde se estaba llevando a cabo la diligencia de verificación e inventario, sin embargo, ese solo hecho, por sí mismo, es insuficiente para encontrar acreditado más allá de toda duda razonable que el procesado llevó a cabo una acción dolosa dirigida a favorecer o facilitar el contrabando.

Por esa senda, se manifestó que la Fiscalía no logró acreditar su teoría del caso, más allá de toda duda razonable, por las siguientes razones: *(i)* no probó que el procesado era el tenedor o poseedor de la mercancía; *(ii)* no demostró que el implicado tuviera conocimiento sobre el origen ilícito de las mercancías aprehendidas; y, *(iii)* no adelantó ninguna labor dirigida a identificar al verdadero responsable de la mercancía, pese a que dicha labor no revestía mayor complejidad, simplemente, procesó a quien suscribió los documentos, como si de responsabilidad objetiva se tratara.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal revocó la sentencia absolutoria y, en su lugar, condenó a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** en calidad de

autor penalmente responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, luego de considerar que no existe discusión en torno a que la mercancía ingresó al país de manera ilegal y que el procesado se identificó como poseedor o tenedor de la carga, y que tal calidad suscribió varios documentos relacionados con el proceso administrativo, «fenómeno cuyo contenido incriminatorio deviene ostensible, en la medida en que asumir aquella calidad semeja prácticamente una confesión extrajudicial, o por lo menos un asentimiento de hecho...».

Refirió que la teoría de la defensa consistió en acreditar la existencia de irregularidades en el procedimiento de incautación y decomiso, sin embargo, tales críticas debieron ser planteadas en aquel trámite sin embargo nada de eso se hizo, por lo que «esa actitud y sus efectos de asunción de responsabilidad se extienden a estas diligencias al punto de, como se indicó, constituir elementos de convicción para su vinculación penal».

De otra parte, el procesado trato de exculpar su comportamiento aduciendo que suscribió los documentos porque los policiales le retuvieron su cédula, sin embargo, nunca denunció tales hechos, de modo que «esa omisión en publicitarlo enerva su contundencia probatoria en esta sede y por ende no supera la concepción de una simple postura exculpatoria sin ningún agregado convictivo (sic)».

Más adelante, adujo que de la valoración probatoria emerge sin ninguna duda la responsabilidad del procesado, pues, no solo suscribió el auto comisorio, el acta de hechos y de

aprehensión en calidad de poseedor o tenedor del contrabando, sino que, además, allegó la declaración de importación pretendiendo justificar la legalidad de carga, «comportamiento revelador este que de ordinario solo asumen las personas que ostentan algún grado de dominio y no las de un simple “ayudante de verificación de entrega” como lo dedujo la primera instancia».

Finalmente, concluyó que se encontraba acreditada la responsabilidad de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** en los hechos investigados, por lo que se revocó la sentencia absolutoria de primera instancia, para en su lugar, condenarlo como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, a 72 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa del 200% del valor aduanero de la mercancía objeto del ilícito. Se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se concedió la prisión domiciliaria.

EL RECURSO

Luego de identificar a los sujetos procesales, la sentencia impugnada, los hechos juzgados, la actuación procesal y la finalidad del recurso, el recurrente de manera preliminar asegura que la fiscalía no logró acreditar más allá de toda duda razonable la condición de poseedor o tenedor de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, respecto de la mercancía decomisada por la autoridad competente; seguidamente,

formula cinco cargos de casación, los cuales a continuación se pasan a sintetizar.

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia

El censor manifiesta que el Tribunal omitió valorar los testimonios de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, *José Elmer Aristizábal Montoya*, *Wilmer Eduardo Lobo Guerrero* y *Luis Guillermo Mayorga Vivas*, con quienes se acreditó que la única actuación que desplegó el implicado fue la de indagar ante la DIAN respecto de la mercancía aprehendida, por solicitud expresa del último de los mencionados, tal y como él mismo lo reconoció.

Dice, además, que el *Ad-quem* no tuvo en cuenta que la razón por la que suscribió unos documentos fue porque los funcionarios de la autoridad aduanera se lo solicitaron, pero nunca le explicaron las implicaciones jurídicas de estampar su rúbrica en los mismos.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia «en relación a la prueba relativa a la sustracción y/o disimulación efectiva de las mercancías al control y/o verificación aduaneros».

Indica el recurrente que dentro del presente asunto no se acreditó que la mercancía decomisada fue sustraída del control e intervención aduaneros, aspecto que era de imprescindible acreditación, pues, «una cosa es no aportar los correspondientes documentos soporte y otra muy diferente es que aquellos productos efectivamente hubieran sido sustraídos del control e intervención aduaneros, no pudiendo entrar a acreditarse lo segundo con lo primero»; además, la falta de presentación de los referidos documentos se explica, precisamente, porque el procesado no tenía ninguna relación con los artículos decomisados. No se probó, así, la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad

El impugnante manifiesta que el Tribunal valoró de manera indebida la resolución N° 0007027 del 5 de octubre de 2015, emitida al interior del proceso administrativo aduanero radicado N° PF201520156321, mediante la cual se decomisaron en favor de la nación las mercancías, pues, el que no se hubiera aportado al proceso la declaración de importación, no significa, indefectiblemente, que la mercancía haya sido introducida al territorio nacional de manera indebida.¹¹

¹¹ A folio 50, carpeta del Tribunal.

Insiste en que «una cosa es no presentar unos documentos soporte que demuestren la legal introducción de una mercancía a territorio aduanero nacional y otra muy diferente que una mercancía realmente se haya sustraído de los controles e intervención que materia (sic) aduanera ejercen las autoridades competentes»,¹² aspecto este último, que la fiscalía no probó.

Cuarto cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia «en relación a la prueba relativa al elemento de la culpabilidad en relación a la conducta desplegada por el acusado».

Dice el censor que dentro del presente asunto no se adelantó ninguna actividad probatoria «en lo que al elemento subjetivo del tipo se refiere, esto es en relación a la culpabilidad del agente en la presunta comisión del tipo penal»;¹³ acreditación que era indispensable para emitir una sentencia de carácter condenatorio.

Indica que la fiscalía solo probó que el procesado acudió a la DIAN a indagar y atender la diligencia de verificación e inventario de una mercancía, pero jamás demostró que el procesado sabía que los artículos eran de contrabando; pese a ello, se emitió una sentencia de condena en su contra.

¹² A folio 51, carpeta del Tribunal.

¹³ A folio 52, carpeta del Tribunal.

Quinto cargo: Violación directa de la ley sustancial

El libelista solicita que, en caso de no prosperar alguno de los cargos propuestos con fundamento en la causal tercera de casación, se reconozca que dentro del presente asunto el Tribunal no aplicó los artículos 29 de la Constitución Nacional –debido proceso- y 7º del C. P. P. – *in dubio pro reo*-, porque aunque no se probó más allá de toda duda la responsabilidad del procesado en la comisión del delito, el Tribunal emitió una sentencia de condena, dejando de aplicar las normas que estaban llamadas a regular el caso.

En conclusión, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y que, en su lugar, se mantenga la sentencia absolutoria emitida en primera instancia.

3. Audiencia de sustentación

3.1 El Recurrente¹⁴

El impugnante solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y que en su lugar se absuelva a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, exponiendo similares razones a las exhibidas en la demanda de casación.

¹⁴ A partir del récord 2:42.

3.2. La delegada de la Fiscalía¹⁵

Solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, porque la valoración probatoria que adelantó el Tribunal obedeció las reglas de la sana crítica.

Refiere que *(i)* el implicado realizó actos positivos de gestión que evidenciaban que no era un mero mensajero, sino que tenía una relación jurídica con la mercancía finalmente aprehendida, avaluada en suma superior a doscientos millones de pesos (\$200.000.000); *(ii)* se demostró que la mercancía ingresó al país de manera ilegal, toda vez que no se aportó la declaración de importación; y *(iii)* lo que pretende el impugnante es imponer su teoría defensiva frente a la argumentación del Tribunal, que considera acertada, sin atacar de fondo dicha valoración.

3.3. El apoderado de la víctima¹⁶

Solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, porque el Tribunal no incurrió en los yerros demandados.

3.4. El delegado del Ministerio Público¹⁷

Solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, puesto que los cargos propuestos por el demandante no

¹⁵ A partir del récord 13:38.

¹⁶ A partir del récord 22:29.

¹⁷ A partir del récord 34:09.

están llamados a prosperar, porque se demostró más allá de toda duda razonable que el procesado tenía mercancía que había sido introducida de manera ilegal al país, que superaba los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CONSIDERACIONES

4. Cuestión preliminar

El 23 de mayo de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dio lectura a la sentencia de segunda instancia, mediante la cual revocó la sentencia absolutoria proferida a favor de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** para, en su lugar, condenarlo como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando; se indicó que contra la referida decisión procedía el recurso de impugnación especial, en favor del defensor y el implicado.

Dentro del término de ley, el defensor manifestó que «de manera atenta y respetuosa interpongo recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia»; no obstante, en la sustentación del recurso manifestó «presento demanda de impugnación especial y/o casación».

Ante esta disyuntiva, como quiera que el procesado fue condenado por primera vez por un Tribunal, la Sala, en aras de garantizar el derecho a la doble conformidad judicial, hará

caso omiso a cuestiones de técnica propias del recurso extraordinario y resolverá de fondo las propuestas planteadas por el defensor, en procura de lo cual se examinarán y valorarán las pruebas practicadas, con el fin de determinar si el Tribunal erró al emitir sentencia condenatoria en contra de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando.

5. Reflexiones sobre el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando

El artículo 320 del Código Penal, modificado por el artículo 6° de la Ley 1762 del 6 de julio de 2015 – vigente para la época de los hechos-, dispone lo siguiente:

«El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario».

El delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, se erige en tipo penal con sujeto activo indeterminado, de conducta alternativa –poseer, tener, transportar, embarcar, desembarcar, almacenar, ocultar, distribuir y enajenar-, y cuyo objeto material es real, como que se concreta en mercancías.

Se trata de un tipo penal en blanco, en la medida en que remite a disposiciones normativas extrapenales que no se encuentran contenidas en la descripción del tipo, al exigir que el verbo rector se cometa sobre mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera.

En el inciso segundo de la norma que se analiza, se incluye una circunstancia específica de agravación de la conducta, que se relaciona con el valor de la mercancía objeto del delito; y en el tercero, un elemento eximente de responsabilidad, de carácter igualmente específico, para el consumidor final que adquiera mercancía en un monto superior a 50 s.m.l.m.v., siempre y cuando la operación esté

soportada en una factura o documento equivalente con el lleno de los requisitos legales.

Con su comisión se vulnera el bien jurídico del orden económico y social, en tanto, se despoja al Estado de parte de los recursos necesarios para materializar los derechos individuales y sociales como fin del mismo, sobre el que la Corte Constitucional señaló lo siguiente (CC C-191/16):

«29. El bien jurídico protegido por los delitos de contrabando favorecimiento al contrabando y lavado de activos es el orden público económico y social que consiste en una serie de condiciones de interés general necesarias para el correcto ejercicio de las libertades, en concreto, de las libertades económicas, a través de la *“organización y planificación general de la economía instituida en un país”*. Se trata de descripciones típicas que imponen límites a la libertad económica en pro de la legalidad del tráfico de bienes y servicios, las condiciones de competencia leal, la protección de la empresa y del trabajo legales. Estos delitos también buscan proteger el patrimonio público que se ve mermado por estas actividades que evaden el pago de aranceles y tributos. De esta manera, se concluye que estos delitos cumplen con el componente de exclusiva protección de bienes jurídicos, del principio de necesidad de las penas».

Con este comportamiento se sanciona la participación en el circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías, consistente en el aporte a la puesta en el mercado o en el comercio de mercancías que no han cumplido con los requisitos administrativos en materia aduanera. Es decir, se sanciona a quien *posee, tiene, transporta, embarca, desembarca, almacena, oculta, distribuye o enajena* mercancías que han sido objeto de contrabando, en los términos de ese delito.

Sin embargo, para la configuración del delito, no basta con que la fiscalía demuestre la existencia objetiva de alguno de los verbos rectores definidos en la norma, pues, en todo caso, se deberá acreditar, más allá de toda duda razonable, que el sujeto activo tiene conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y que, con su comportamiento, está participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías, consistente en el aporte a la puesta en el mercado o en el comercio de mercancías que no han cumplido con los requisitos administrativos en materia aduanera, pues, como se sabe, **en nuestro país está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.**

Sobre este tema, la Corte Constitucional, en la sentencia C-191/16, que declaró exequible el artículo 320 del Código Penal, que tipifica el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, estableció lo siguiente:

«El delito castiga solamente una actividad dolosa que, por lo tanto, no puede configurar confianza legítima ya que, como lo precisó esta Corte, *“sólo se protegen aquellas circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles”*¹⁸. Por el contrario, si no se logra demostrar el dolo del investigado por favorecimiento y facilitación del contrabando, con el respeto del debido proceso, no será posible imputarle responsabilidad¹⁹. Por

¹⁸ “Corte Constitucional, sentencia T-437/12”.

¹⁹ “Frente a la acusación de desconocimiento del principio de buena fe, esta Corte precisó que *“(…) estima la Corte que no se desconoce la presunción constitucional de la buena fe de los comerciantes minoristas, por cuanto se trata de conductas que no son susceptibles de encausarse a título de culpa o preterintención; es necesario que el sujeto activo consciente de la actividad ilícita quiera su realización. Los comportamientos sancionados en los preceptos atacados son inequívocos y los comerciantes conocen los límites dentro de los cuales su actuación es permitida.*

consiguiente, frente a este cargo, la norma será declarada exequible».

6. Valoración probatoria

En el presente caso, los dos extremos procesales -fiscalía y defensa- plantearon sus teorías del caso, así: la Fiscalía aseveró que, el 4 de septiembre de 2015, **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** tenía en su poder mercancías que fueron introducidas al país ilegalmente, por un valor que superaba los 200 s.m.l.m.v. Entretanto, la defensa argumentó que el implicado no tenía ninguna relación con los referidos artículos, sumado a que no se acreditó que se tratara de mercancía de contrabando.

La primera instancia señaló que la fiscalía no logró demostrar, más allá de toda duda razonable, la existencia del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando y la responsabilidad de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** en su comisión. Por el contrario, el Tribunal afirmó que tales extremos sí estaban acreditados en el grado de conocimiento exigido en la ley.

Por lo tanto, el problema jurídico que se debe resolver consiste en determinar si en este asunto se encuentra probado, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad

Y la ley no está presumiendo la mala fe de estos, pues existen los medios y se dan las circunstancias para aplicar las sanciones previstas en las disposiciones sub-examine, previo las garantías propias del debido proceso y del derecho de defensa”: Corte Constitucional, sentencia C-194/98”.

de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** en el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando.

I) Pues bien, en el juicio oral se escuchó el testimonio de *Hernán Alonso Herrera Camacho*²⁰ -integrante del grupo operativo de la Policía Fiscal y Aduanera-, quien manifestó que mediante auto del 31 de agosto de 2015, fue comisionado, junto con otros miembros del mismo grupo, para «practicar patrullajes, puesto de control y verificación a parqueaderos con el objeto de realizar verificación de las obligaciones aduaneras y sus documentos soportes, durante los días 01 al 08 de septiembre del año 2015, en la zona urbana de la ciudad de Bogotá y los ejes viales del departamento de Cundinamarca».²¹

Que, en cumplimiento de las labores encomendadas, el 4 de septiembre de 2015, en inmediaciones de la carrera 20 con calle 14 de la ciudad de Bogotá, procedió, en compañía de otros funcionarios, a verificar una mercancía que se encontraba en el vehículo tipo camión de placas TMZ-136, conducido por *José Elmer Aristizábal Montoya*; diligencia que, conforme al acta de aprehensión, de fecha 4 de septiembre de 2015²², introducida con el testigo N° 03-02578, concluyó con la retención de los siguientes artículos: *(i)* 2.640 pares de tenis deportivos marca Converse, *(ii)* 1.360 juguetes tipo muñeco para niño, con la marca bebecitos, *(iii)* 1.205 unidades de pijama para bebé, marca kids Land, *(iv)*

²⁰ A partir del récord 17:17, sesión del juicio oral del 6 de marzo de 2018.

²¹ A folio 141, documento incorporado con la declaración del testigo.

²² A folios 134 a 138, carpeta del juzgado.

1.730 unidades de pijama para niño, tipo mameluco, marca Carters, (v) 570 unidades de pijama para niño, marca Kids Land, (vi) 144 unidades de conjunto para bebé, por 6 piezas, marca Kids Land, y (vii) 72 unidades de conjunto para bebé, por 3 piezas, marca Kids Land.

Dijo que durante el procedimiento se acercó **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, quien manifestó ser el tenedor/poseedor responsable de la mercancía y presentó una “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN”, con fecha de presentación 27 de agosto de 2015, identificada con autoadhesivo 07842281495161²³; sin embargo, ese documento SÓLO amparaba la mercancía identificada como ítem número 2, es decir, los 1.360 juguetes tipo muñeco para niño, con la marca bebecitos, aunque estos artículos no cumplían con los requisitos de etiquetado establecidos en el artículo 10° de la Resolución N° 3388 de 2008 -Por la cual se expide el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios de los juguetes, sus componentes y accesorios, que se comercialicen en el Territorio Nacional, y se dictan otras disposiciones-.²⁴

²³ A folio 139, carpeta del juzgado.

²⁴ «Artículo 10°. Etiquetado. Los juguetes deberán ir acompañados en el empaque o en el mismo juguete, de las indicaciones en caracteres legibles y visibles que permitan conocer en todo momento los riesgos que pueda ocasionar su uso a fin de reducirlos y evitarlos, debiendo proporcionar como mínimo, la siguiente información al consumidor: a) Identificación del fabricante; b) Identificación del Importador o distribuidor autorizado; c) Advertencias e indicaciones de uso en idioma español; d) Precauciones de empleo (para el caso de juguetes que así lo requieran), en idioma español; e) Identificación del lote de producción; f) La edad mínima del usuario de los juguetes y/o la necesidad de que se usen solamente bajo la vigilancia de un adulto; g) En la etiqueta, embalaje o inserto de los juguetes, se deben dar las instrucciones a los usuarios y/o cuidadores, en forma eficaz y completa de los cuidados y los riesgos que puedan ocasionar su uso, así como la forma de evitarlos; h) Los juguetes funcionales deberán llevar la leyenda "Atención utilizar bajo la vigilancia de un adulto"; i) Los patines de ruedas para niños, deberán llevar la leyenda "Atención usar con equipo de protección"; j) En el caso de juguetes muy pequeños, debe advertirse que no son adecuados para menores de 3 años; k)

En cuanto a los otros ítems, indicó que no se presentó ningún documento que acreditara que la mercancía estuviera amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación, y, además, que tampoco cumplían con los requisitos de etiquetado descritos en los artículos 5° de la Resolución 1950 de 2009 –Por la cual se expide el Reglamento Técnico sobre etiquetado de confecciones-²⁵, y 6° de la Resolución 933 del 2008 –Por la cual se expide el Reglamento Técnico sobre etiquetado de Calzado y algunos artículos de

Las cometas y juguetes voladores deben advertir que no pueden ser utilizados cerca de las líneas eléctricas».

²⁵ **«Artículo 5°. Requisitos del Etiquetado de los productos confeccionados...5.2 Requisitos Generales...** 1. La Etiqueta que contenga los datos requeridos en este reglamento deberá ser permanente. 2. Las letras escritas en la Etiqueta permanente deben ser durables. 3. La etiqueta deberá ser legible a simple vista, estar colocada en un sitio visible del producto, o en un lugar de fácil acceso. 4. Cuando las prendas de vestir se comercialicen como pares confeccionados del mismo material y diseño, como por ejemplo pares de calcetines o guantes, la etiqueta debe presentarse en al menos una de las piezas. 5. Cuando las prendas de vestir se elaboren en los llamados "conjuntos", compuestos por dos (2) o más piezas o partes, la etiqueta tendrá que ir en cada una de tales piezas. 6. Los artículos confeccionados, que, por su naturaleza, delicadeza o tamaño, al adherirles directamente el etiquetado, se les perjudique en su uso, estética, o se les ocasione pérdida de valor, y los que se comercialicen en empaque cerrado que no permita ver el contenido, deberán llevar pegada en su empaque la etiqueta con la información requerida en este reglamento técnico...7. La información de la etiqueta o de las instrucciones, deberá estar como mínimo en idioma español, excepto aquella que no sea posible su traducción al español...8. La Etiqueta deberá contener al menos los siguientes datos e información: a) País de Origen. b) Nombre del Fabricante y/o Importador en Colombia. c) Instrucciones de cuidado y conservación del producto...d) Materiales textiles utilizados en la fabricación del producto y participación porcentual de los mismos en dicho producto... e) Cuando el producto tenga forro: La información puede presentarse en la misma etiqueta o en otra, siempre que se indique expresamente que es la información correspondiente al forro, mediante la indicación "forro" u otra equivalente. f) Cuando el producto sea imperfecto deberá llevar en la misma etiqueta o en otra la información que así lo anuncie al consumidor. 5.3 Requisitos Específicos. 5.3.1 Además de la información requerida en los requisitos generales, los siguientes productos deberán llevar en la misma etiqueta o en otra, como mínimo la siguiente información adicional: a) Talla... b) Dimensiones, tamaños y formas, de acuerdo con su diseño...5.3.2 Para confecciones Importadas: a) El código del importador de materias textiles y sus manufacturas autorizado por la DIAN, si está obligado a hacerlo, de conformidad con el Decreto 1299 de 2006 y demás normas que lo substituyan, modifiquen o complementen. b) El NIT para los demás importadores o el número de Registro ante la SIC».

marroquinería, y se derogan las Resoluciones 0510 de 2004 y 1011 de 2005.²⁶

El declarante explicó que la aprehensión es una medida cautelar, de carácter provisional, que consiste en la retención de las mercancías que no cumplen con todos los requerimientos aduaneros²⁷, y que, en este caso, se impuso con fundamento en los numerales 1.6 y 1.28 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999,²⁸ con las modificaciones introducidas en los artículos 4° y 10° de los Decretos 3273 de 2008 y 993 de 2015 -Por medio del cual se modifica la Legislación Aduanera-, que rezan:

²⁶ «Artículo 6°. Requisitos del etiquetado del calzado. 6.1. Requisitos específicos del etiquetado del calzado. El etiquetado deberá contener la siguiente información. 6.1.1. El número de registro SIC: correspondiente al Registro de Productores e Importadores de Productos (Bienes o Servicios) sujetos al cumplimiento de reglamentos técnicos vigilaos por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).6.1.2. País de origen: correspondiente al país donde fue elaborado o producido el producto. 6.1.3. Información sobre materiales. 6.1.3.1. Para el calzado. En la etiqueta se indicará la información sobre la composición del calzado, tal como se establece en el numeral v. del presente Reglamento Técnico, y con arreglo a las siguientes prescripciones: i) La etiqueta llevará información sobre la composición de las tres partes principales del calzado según se ilustra en la figura número 1 del anexo número 1, que hace parte integrante del presente reglamento a saber: a) Capellada ;b) Forro; c) Suela; ii) La composición del calzado deberá indicarse con arreglo a las disposiciones del numeral v, mediante indicaciones textuales o el símbolo que designen de manera genérica o específica los materiales utilizados en la elaboración del calzado...siempre y cuando la forma de designación del material no se preste para inducir en error o engañar al consumidor; iii) En el caso de la capellada la determinación de los materiales, teniendo en cuenta las disposiciones consignadas en el numeral v, se hará sin tener en cuenta los accesorios o refuerzos tales como ribetes, protectores de tobillos, adornos, hebillas, orejas, anillos para ojetes o dispositivos análogos; iv) En el caso de la suela la información se basará en el volumen, medido en términos de porcentaje de los materiales que contenga; de conformidad con lo dispuesto en el numeral v. v) En la etiqueta se facilitará la información sobre el material de la capellada y del forro del calzado que sea mayoritario al menor en el 80 por ciento medido en superficie, y sobre el material de la suela que sea mayoritario al menos en el 80 por ciento medido en volumen. Si ningún material representa como mínimo el 80 por ciento, se facilitará la información sobre los dos materiales principales que componen las partes descritas del calzado, colocando en la etiqueta, siempre de primero, el material predominante entre los dos descritos. Para los tipos de calzado que no presentan forro, deberá indicarse en le etiqueta “Sin forro”».

²⁷ A partir del récord 36:47.

²⁸ A récord 36:47.

«ARTÍCULO 502. CAUSALES DE APREHENSIÓN Y DECOMISO DE MERCANCÍAS. Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

1. En el régimen de Importación:
(...)

1.6. Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación o se encuentre una cantidad superior a la declarada o se trate de mercancía diferente.
(...)

1.28.
Cuando en desarrollo del control posterior se encuentre que la mercancía no cuenta con las etiquetas requeridas en los reglamentos técnicos, o con los rotulados, estampillas, leyendas o sellos determinados en las disposiciones legales vigentes, o cuando tales etiquetas, rotulados, estampillas, leyendas o sellos no cumplan con los requisitos exigidos en las normas vigentes, o los mismos presenten evidencia de adulteración o falsificación».

II) De otro lado, la testigo *Consuelo Astrid Bonilla Perdomo*²⁹ -Funcionaria del Grupo de Definición de Situación Jurídica de la DIAN- manifestó que elaboró el proyecto de acto administrativo N° 0007027 del 5 de octubre de 2015, mediante el cual se dispuso el decomiso de la mercancía aprehendida, pues, luego de analizar y valorar las pruebas aportadas al trámite, pudo concluir que la mercancía se encontraba ilegalmente en el país, porque no estaba amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación.

²⁹ A partir del récord 1:23:42, sesión del juicio oral del 6 de marzo de 2018.

Agregó, además, que: *(i)* toda la mercancía de procedencia extranjera que ingrese al país, debe tener un respaldo documental que acredite su legalidad, *(ii)* los miembros de la Policía Fiscal y Aduanera que realizaron el procedimiento, determinaron que la mercancía aprehendida no tenía respaldo documental que acreditara la legalización en el territorio colombiano, ni cumplía con los requisitos de etiquetado, *(iii)* conforme al artículo 3° del Decreto 2685 de 1999, son responsables de las obligaciones aduaneras, entre otros, el poseedor o el tenedor, *(iv)* la carga de la prueba recae en los investigados, a quienes les corresponde desvirtuar las causales que generaron la aprehensión de la mercancía, *(v)* **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** aparece como poseedor/tenedor de los bienes, en la documentación remitida por los policiales a la DIAN, *(vi)* el procesado fue notificado del acta de aprehensión y no formuló escrito de objeción a la misma, ni presentó ni solicitó pruebas al interior del procedimiento administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 505-1 del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el artículo 14 del Decreto 4431 de 2004, y *(vii)* el procesado fue notificado de la Resolución N° 0007027 del 5 de octubre de 2015, y no interpuso recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 515 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 50 del Decreto 1232 de 2001.

Con su testimonio se incorporó la Resolución N° 0007027 del 5 de octubre de 2015, mediante la cual, la

División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá resolvió decomisar la mercancía aprehendida con acta N° 03-02578 del 04 de septiembre de 2015, relacionada en el «DOCUMENTO DE INGRESO, INVENTARIO Y AVALÚO DE MERCANCÍAS APREHENDIDAS» N° 39032135608 del 7 de septiembre de 2015 de la DIAN,³⁰ con base en las causales ya referidas.

Hasta aquí, ha de indicarse que, con los testimonios de *Hernán Alonso Herrera Camacho* y *Consuelo Astrid Bonilla Perdomo*, así como la prueba documental introducida con sus declaraciones, se probó, más allá de toda duda razonable, que las mercancías de origen extranjero aprehendidas e incautadas mediante el operativo que se llevó a cabo el 4 de septiembre de 2015, fueron introducidas al país de manera ilegal.

Ahora bien, el impugnante refiere que el hecho de no haberse aportado al proceso administrativo la declaración de importación, no significa, indefectiblemente, que la mercancía haya sido introducida al territorio nacional de manera indebida.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 2685 de 1999, la obligación aduanera, de la cual es responsable el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía –artículo

³⁰ A folios 125 y 126, carpeta del juzgado.

3 *idem*-, nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional y comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación y de presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras.

La declaración de importación debe presentarse, ante la Administración de Aduana con jurisdicción en el lugar donde se encuentra la mercancía –artículo 121-, en el término de un mes, contado a partir del momento en que llega al territorio aduanero nacional o, de manera anticipada, hasta 15 días antes de su arribo –artículos 115 y 119-; a ella se deben adjuntar los documentos soporte relacionados en el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999.

Una vez presentada y aceptada la declaración, se deberá proceder a pagar los tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar –artículos 123 y 124-; luego, se procederá de manera inmediata a determinar si hay lugar a (i) autorizar el levante automático de la mercancía, (ii) la inspección documental o (iii) la inspección física de la mercancía –artículo 125-, y autorizado el levante –acto mediante el cual la autoridad aduanera permite el retiro y disposición de las mercancías importadas, el sistema informático aduanero permitirá la impresión de la declaración de importación, documento con el que se procederá a retirar la mercancía –artículo 130-.

Ahora bien, el artículo 232-1 del decreto en cita señala que se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando, entre otros eventos, no se encuentre amparada por una declaración de importación, en cuyo caso procede la aprehensión y el decomiso de las mercancías, dado que el ingreso al territorio aduanero nacional fue ilegal.

El anterior análisis deja en evidencia que al libelista no le asiste la razón, pues, conforme la normatividad vigente, la ausencia de la declaración de importación implica que la mercancía ingresó al país de manera ilegal, en la medida en que el referido documento sólo se obtiene siempre y cuando se hayan cumplido todas y cada una de las exigencias descritas en la ley aduanera.

Por otra parte, se tiene que la mercancía aprehendida fue evaluada en la suma de doscientos cuarenta y cuatro millones ciento noventa y ocho mil ochocientos veinte pesos (\$244.198.820), mismo valor por el que fue evaluado en el «DOCUMENTO DE INGRESO, INVENTARIO Y AVALÚO DE MERCANCÍAS APREHENDIDAS» N° 39032135608, del 7 de septiembre de 2015 de la DIAN;³¹ suma que para el año 2015 –fecha en la que ocurrieron los hechos- equivale a **369 s.m.l.m.v.**

³¹ A folios 125 y 126, carpeta del juzgado.

Hasta aquí, se encuentran acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos jurídicamente relevantes: (i) las mercancías aprehendidas y decomisadas en virtud del operativo que se realizó el 4 de septiembre de 2015, en la ciudad de Bogotá, en la carrera 20 con calle 14 esquina, fueron introducidas al país ilegalmente y (ii) el valor de las mercancías ascendía a 369 s.m.l.m.v.

Desvirtuado así el primer punto de disenso del defensor, a continuación se analizará si **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** ejecutó el verbo rector enrostrado -tener-, con conocimiento y voluntad de que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, y que, con su comportamiento, estaba participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías.

Pues bien, en el juicio oral se recibió el testimonio de *José Elmer Aristizábal Montoya*³², quien manifestó que para el mes de septiembre del año 2015, trabajaba como conductor del vehículo tipo camión de placas TMZ-136; que el día de los hechos lo llamó don Luis -*Luis Guillermo Mayorga Vivas*- a quien conocía, porque «es un señor que nos ha buscado viajes a los compañeros cuando estamos aquí, nos busca urbanos»³³ y le preguntó si estaba disponible para hacer un transporte urbano que consistía en cargar una mercancía en un sitio denominado “La Transportadora” –sin más datos- y llevarla

³² A partir del récord 1:54:25.

³³ A partir del récord 1:57:14.

hasta una dirección específica –no dijo cuál- donde debía descargarla, a lo que él respondió que sí.

Cuando llegó al sitio de recogida, unas personas -que dijo no conocer- movilizaron una mercancía desde un contenedor hasta el vehículo y cuando terminaron esta labor le entregaron unos papeles de la DIAN, a más de suministrarle la dirección del lugar de entrega. Que, al arribar a este último sitio, lo estaba esperando una persona –que tampoco conocía- quien le indicó dónde debía parquear el camión y, seguidamente, este ciudadano, en compañía de otros, procedió a descargar los artículos.

Dijo que, mientras esperaba, aproximadamente a las 10:00 a.m., se le acercó uno de quienes estaba descargando la mercancía y le pidió que le entregara los documentos de la DIAN, porque la Policía Fiscal y Aduanera los estaba solicitando. Minutos más tarde, y luego de que los policiales adelantaran una revisión preliminar de los artículos, un funcionario le pidió que encendiera el automotor y lo siguiera, porque debían realizar una verificación más profunda de la mercancía.

El testigo manifestó que condujo por espacio de 15 a 20 minutos, hasta un lugar que dijo no conocer. Estando allí, arribó el procesado **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, quien se encargó de atender la diligencia de inventario y revisión de

documentos que estaban llevando a cabo los policiales³⁴; que más o menos a las 8:00 p.m., se terminó el procedimiento y les entregaron unas cajas que sí cumplían con los requisitos aduaneros, por lo que salió de ese lugar en compañía del implicado, llegaron a un sitio a donde descargaron esa mercancía –no dijo dónde-, le pagaron el servicio de transporte que había prestado –no dijo quién- y se fue para su casa.³⁵

De manera coincidente, *Wilmer Eduardo Lobo Guerrero*³⁶ declaró que conoce a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, pero que no son amigos cercanos, y que a *Luis Guillermo Mayorga Vivas* lo conoce desde hace aproximadamente 15 años, ya que «trabaja con la carga, es el encargado de repartirla acá en Bogotá».³⁷

Dijo que, para el año 2015, no tenía un trabajo fijo, por lo que le colaboraba a “Don Luis” y a otras personas dedicadas al comercio, a entregar y descargar mercancía; que el día de los hechos lo llamó *Mayorga Vivas* y lo contrató para que se encargara de descargar y entregar una mercancía en la ciudad de Bogotá, a 4 clientes diferentes, labor que aceptó, pero le informó que tenía que desocuparse temprano, porque su esposa había acabado de dar a luz y tenía que transportarla³⁸.

³⁴ A partir del récord 2:02:07.

³⁵ A partir del récord 2:03:02.

³⁶ A partir del récord 2:20, sesión del 17 de abril de 2018.

³⁷ A partir del récord 6:54.

³⁸ A partir del récord 9:03.

Manifestó que, como a las 7:00 o 7:30 a.m., llegó al sitio del primer descargue, lugar a donde arribó el camión con la mercancía, por lo que procedieron a entregar al primer cliente; que estando en esa labor, a eso de las 9:00 o 9:30 a.m., llegaron varios miembros de la Policía Fiscal y Aduanera, quienes solicitaron la documentación y empezaron a revisar la mercancía, pero como los comerciantes del sector exacerbaron los ánimos, los policiales decidieron trasladar el camión, con la mercancía, a la sede de la DIAN.

En este instante llamó a *Luis Guillermo Mayorga Vivas* y le comentó lo que estaba sucediendo, le explicó que él no podía ir hasta la DIAN, porque, tal y como se lo había anunciado, tenía que ir por su esposa, por lo que aquel le dijo que se fuera, ya que iba a enviar a alguien para que se apersonara de la situación, aunque no le dijo a quién.

Finalmente, dijo que él no era el responsable de la mercancía, que no sabía quién contrató a *Luis Guillermo Mayorga Vivas* y que, cuando son varios clientes, la entrega se demora hasta medio día³⁹.

Por su parte, *Luis Guillermo Mayorga Vivas*⁴⁰ -a quien algunos testigos conocen como Don Luis- manifestó que lleva «aproximadamente 10 años en el comercio, prestando servicio de

³⁹ A partir del récord 23:07.

⁴⁰ A partir del récord 2:19:31.

transporte o entrega de mercancías»,⁴¹ y que conoce al procesado desde hace aproximadamente 15 años, porque han trabajado juntos; cuando el defensor le preguntó «¿en cuestiones de trabajo, qué los relaciona laboralmente –con el procesado-?»,⁴² contestó «**a nosotros nos busca mucha gente en el comercio para prestarles servicios de descargue y entrega de mercancías**».⁴³

Declaró que el día de los hechos lo contactó una persona del comercio –el testigo no suministró ningún dato de este ciudadano- quien le pidió ayuda «siguiéndole un camión y consiguiéndole o colaborarle con la entrega de la mercancía, **yo le comenté que yo no estaba en el comercio pero que habían unas personas ahí que nos podían colaborar**».⁴⁴

Por tal motivo, llamó a *José Élmer Aristizábal Montoya*, para que se encargara del transporte, y le suministró la dirección del lugar donde debía recoger la mercancía; y a *Wilmer Eduardo Lobo Guerrero*, para que se encargara del proceso de entrega de ésta a 4 clientes diferentes⁴⁵.

Adujo que le comentaron que, cuando estaban terminando de hacer la primer entrega, llegó la Policía Fiscal y Aduanera a verificar la mercancía, pero los comerciantes del sector se exaltaron, por lo que los policiales decidieron llevarse el camión para la DIAN⁴⁶; en este instante, *Wilmer*

⁴¹ A partir del récord 2:21:06.

⁴² A partir del récord 2:21:48.

⁴³ A partir del récord 2:21:51.

⁴⁴ A partir del récord 2:22:51.

⁴⁵ A partir del récord 2:25:30.

⁴⁶ A partir del récord 2:23:27.

Eduardo Lobo Guerrero lo llamó y le dijo que no podía ir hasta ese lugar, porque su esposa estaba dando a luz; por lo tanto, llamó a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, quien aceptó reemplazar a *Lobo Guerrero* en tal labor, por lo que se dirigió a la DIAN, se hizo cargo del inventario de la mercancía y suscribió varios documentos.⁴⁷

Dijo que (i) no sabía de quién era la mercancía, porque cuando lo contactaron sólo le dieron las direcciones de los lugares en donde tenía que recogerla y entregarla⁴⁸, (ii) sabía que los artículos eran de procedencia extranjera, porque el “*trasbordo*” se hizo desde un contenedor, (iii) no se apersonó de la situación, porque estaba en su casa, la cual queda ubicada en un lugar muy distante a aquel donde ocurrieron los hechos,⁴⁹ y (iv) sólo había visto al conductor una vez, porque él tiene «muchos contactos de señores conductores y esa vez a mí me lo, me llegó el comentario que él estaba aquí en Bogotá, entonces yo lo llamé y él dijo que estaba disponible para hacer el urbano»⁵⁰.

La valoración intrínseca y extrínseca de los testimonios rendidos por *José Élmer Aristizábal Montoya*, *Luis Guillermo Mayorga Vivas* y *Wilmer Eduardo Lobo Guerrero*, conforme a las reglas de la sana crítica, deja en evidencia algunas contradicciones en las que incurrieron, con la única finalidad

⁴⁷ A partir del récord 2:23:53.

⁴⁸ A partir del récord 2:24:39.

⁴⁹ A partir del récord 2:25:06.

⁵⁰ A partir del récord 2:26:51.

de mostrarse ajenos a la operación de favorecimiento y facilitación del contrabando que, en este caso, consistió en transportar la mercancía desde el puerto nacional al cual arribó y tratar de entregarla al destinatario final, para este caso, los comerciantes del sector.

Sin embargo, en lo que sí son consistentes los testigos es en señalar que **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** no tuvo ninguna participación en la referida actividad y que sólo apareció en el escenario cuando la mercancía ya había sido aprehendida por la autoridad aduanera; manifestaciones que coinciden con la del policial *Hernán Alonso Herrera Camacho* quien declaró en el mismo sentido.

De manera que, en el *iter* o sistema de contrabando, **OSPINA REYES** no aparece desarrollando ninguna actividad anterior al momento en que la mercancía fue aprehendida por la autoridad aduanera; por el contrario, lo que aparece probado es que *Luis Guillermo Mayorga Vivas* era la persona encargada de coordinar el operativo; *José Élmor Aristizábal Montoya* se ocupaba de transportar la mercancía, del lugar de desembarque, hasta los sitios donde se harían las entregas, y *Wilmer Eduardo Lobo Guerrero* coordinaba la entrega efectiva a los clientes.

Su presencia en el escenario del delito se presentó con posterioridad, cuando la mercancía ya había sido aprehendida por la autoridad aduanera y trasladada hasta el

lugar donde se realizó la diligencia de verificación e inventario, de modo que no es posible conocer, más allá de toda duda razonable, si **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** conocía o no del origen ilícito de los productos.

Además, de los testimonios rendidos por *Wílmer Eduardo Lobo Guerrero* y *Luis Guillermo Mayorga Vivas*, se extrae que la presencia del procesado en el lugar donde se realizó la diligencia de inventario y verificación de la mercancía, fue meramente circunstancial, sin que la fiscalía hubiese adelantado alguna actividad probatoria que despejara la duda en torno a la vinculación de **OSPINA REYES** con la operación de favorecimiento o facilitación del contrabando.

En efecto, *Wílmer Eduardo Lobo Guerrero* manifestó que cuando los policiales decidieron trasladar el camión con la mercancía a otro lugar, llamó a *Luis Guillermo Mayorga Vivas* y le comentó lo que estaba sucediendo, le explicó que él no podía ir hasta la DIAN porque, tal y como se lo había anunciado, tenía que ir por su esposa, por lo que aquel le dijo que se fuera y que enviaría a alguien para que se apersonara de la situación.

Por su parte, *Luis Guillermo Mayorga Vivas*, quien sí era la persona a cargo de la mercancía y de su distribución, pese a que, a toda costa, intentó mostrarse ajeno a la actividad ilícita, dijo que no se apersonó de la situación, porque estaba en su casa, la cual queda ubicada en un lugar muy distante

a aquel donde ocurrieron los hechos, por lo que llamó a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, a quien le pidió el favor de que se dirigiera hasta el lugar donde se estaba llevando a cabo la diligencia de inventario y verificación.

En realidad, la razón por la que *Luis Guillermo Mayorga Vivas* y *Wilmer Eduardo Lobo Guerrero* no acudieron al lugar donde la autoridad aduanera estaba llevando a cabo el proceso administrativo, no es otra distinta a que ambos conocían que se trataba de mercancía extranjera que había sido introducida al país de manera ilegal, en tanto, no contaban con la declaración de importación que exige la ley, por lo que simplemente intentaron eludir su responsabilidad.

Comportamiento elusivo que podría explicar el que *Luis Guillermo Mayorga Vivas* hubiese dirigido sus esfuerzos en solicitarle a una persona extraña, que hiciera la labor de atender la diligencia administrativa; lo que se acompañaría con la tesis de la defensa según la cual **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** se dirigió hasta aquel lugar porque un amigo se lo pidió, sin que supiera que con ello estaba realizando una actividad dirigida a favorecer o facilitar el contrabando; teoría que la fiscalía no logró desvirtuar, más allá de toda duda razonable.

En efecto, **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**⁵¹, al momento de rendir su declaración, manifestó que el día de los hechos

⁵¹ A partir del récord 2:50:33.

se encontraba en el sector del barrio Ricaurte, porque allí hay muchas ferreterías petroleras y él trabaja en esa área. Que, aproximadamente a las 10:30 a.m., *Luis Guillermo Mayorga Vivas*, quien «es el que nos contrata para hacer el descargue o la entrega»,⁵² lo llamó y le pidió el favor de que lo ayudara con la verificación y control de una mercancía, porque *Wilmer Eduardo Lobo Guerrero* tenía que irse a su casa.

Que se dirigió hasta la calle 14 con carrera 20, en la ciudad de Bogotá, pero allí no había nadie; entonces, tomó un taxi hasta una bodega de la DIAN, ubicada en la calle 68 con esquina, porque *Luis Mayorga* le dijo que allá se encontraba el vehículo con la mercancía⁵³.

Cuando llegó a este sitio observó que los funcionarios estaban verificando la mercancía, un policía le pidió su cédula y le indagó por su presencia en ese sitio, respondiendo que «iba a verificar que iba a pasar con la mercancía, porque me habían pedido el favor»⁵⁴; al lugar comenzó a llegar mucha gente, «una coronel, llegó no sé qué, videos, pancartas “contrabando”, no sé qué, hicieron una cantidad de cosas ahí, pero a mí nunca me dijeron nada. Yo no tenía ni idea porque yo de eso no conozco»,⁵⁵

Qué, aproximadamente a las 8:00 p.m., los policiales le hicieron firmar unos documentos –a él y al conductor-, pero

⁵² A partir del récord 2:58:46.

⁵³ A partir del récord 2:53:33.

⁵⁴ A partir del récord 2:56:12.

⁵⁵ A partir del récord 2:54:13.

nunca le explicaron el contenido ni las implicaciones, sumado a que le advirtieron que si no los firmaba no le devolverían su cédula, por lo que así procedió⁵⁶. Luego, le entregaron unas cajas y partió, en compañía del conductor, a entregarlas, porque este último se lo pidió, ya que no conocía la ciudad; luego se fue para su casa.

Finalmente, señaló que decidió ir a la DIAN, porque *Mayorga Vivas* le pidió ese favor⁵⁷; cuando el fiscal le preguntó por qué firmó los documentos si observó que el operativo había sido catalogado como una operación de contrabando, contestó que no le explicaron que se trataba de un acta.

Como se ve, entonces, es el mismo procesado quien refiere que, efectivamente, acudió al lugar donde se estaba realizando la diligencia de verificación e inventario de la mercancía; sin embargo, dicho comportamiento no implica, de manera indefectible, que conociera que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, pues se presentó con una “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN”, con fecha de presentación 27 de agosto de 2015, identificada con autoadhesivo 07842281495161;⁵⁸ documento que, en principio, lo respaldaba.

⁵⁶ A partir del récord 3:02:55.

⁵⁷ A partir del récord 2:59:43.

⁵⁸ A folio 139, carpeta del juzgado.

Ahora, es cierto que la “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN” sólo amparaba una parte de la mercancía, de ahí que, el resto, fue efectivamente decomisada por la autoridad aduanera, sin embargo, esta información no era conocida por el procesado o, al menos, la fiscalía no lo probó, pues sólo tuvo contacto con los productos, cuando llegó al lugar donde se estaba haciendo la diligencia administrativa.

Por otro lado, contrario a lo referido por el Tribunal, el que el procesado haya acudido al lugar donde se estaba realizando la diligencia no implica, indefectiblemente, que conociera que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, ya que el objeto de ésta consistía, precisamente, en verificar esa circunstancia.

Y es que, la razón por la que la mercancía fue trasladada desde el sitio donde se halló el camión hasta el lugar que dispusieron los agentes de la policía aduanera, no fue porque se hubiese determinado que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, sino ante la imposibilidad de realizar la diligencia de verificación en el sitio del hallazgo, por razones de seguridad, dado que los comerciantes del sector exacerbaban los ánimos.

El Tribunal refirió que en el proceso administrativo el procesado no presentó ninguna disconformidad, por lo que «esa actitud y sus efectos de asunción de responsabilidad se extienden a estas

diligencias al punto de, como se indicó, constituir elementos de convicción para su vinculación penal».

No le asiste razón al *Ad-quem*, pues la Corte, de manera reiterada, ha establecido que la acción penal es autónoma e independiente frente a cualquier otra, en tanto, difiere en su objeto, naturaleza, procedimiento y en las normas y principios que la gobiernan; ello es tan así que la testigo *Consuelo Astrid Bonilla Perdomo*⁵⁹ -funcionaria del Grupo de Definición de Situación Jurídica de la DIAN- manifestó que, en los procedimientos relacionados con las obligaciones aduaneras, la carga de la prueba recae en los investigados, a quienes les corresponde desvirtuar las causales que generaron la aprehensión de la mercancía, principio que, como sabemos, difiere del proceso penal, en tanto, es a la Fiscalía General de la Nación a quien le corresponde demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, más allá de toda duda razonable.

En conclusión, no cabe duda de que, en efecto, **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** se dirigió hasta el sitio donde se estaba llevando a cabo la diligencia administrativa de verificación e inventario de una mercancía y firmó los documentos “AUTO COMISORIO”, “ACTA DE HECHOS” y el “ACTA DE APREHENSIÓN”, en calidad de “Declarante/Transportador/Consignatario/Depositario/Tenedor”; sin embargo, ese solo hecho, por sí mismo, resulta a todas luces

⁵⁹ A partir del récord 1:23:42, sesión del juicio oral del 6 de marzo de 2018.

insuficiente para concluir, más allá de toda duda razonable, que el procesado tenía una relación jurídica con la mercancía aprehendida y luego decomisada.

Como se dijo líneas arriba, para la configuración del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando no basta con que la fiscalía demuestre la existencia objetiva de alguno de los verbos rectores definidos en la norma, pues, en todo caso, se deberá acreditar, más allá de toda duda, que el sujeto activo tiene conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y que con su comportamiento está participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías; componentes que, en este caso, la Fiscalía no logró demostrar, tal y como lo consideró el *A-quo*.

Condenar al procesado sólo porque se presentó como el tenedor de la mercancía, sin que aparezca probado, más allá de toda duda, que conocía de su ilegalidad y que con su actuar estaba participando en una actividad criminal dirigida a facilitar y favorecer al contrabando, implicaría emitir una sentencia con base en la responsabilidad objetiva, lo que está proscrito en nuestro sistema procesal penal.

Por lo tanto, en este asunto se presentan dos hipótesis alternativas y contradictorias con respaldo razonable en las pruebas que las convierten en tesis verdaderamente plausibles, las cuales conducen a declarar que existe una

duda insuperable que debe ser resuelta a favor del procesado.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala, en situaciones similares:

“El procesado comparece al juicio oral amparado por la presunción de inocencia, la que debe ser desvirtuada más allá de duda razonable. Sin ningún ánimo reduccionista, la jurisprudencia ha establecido que existe duda razonable cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, sí debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogada como “verdaderamente plausible” (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175, SP3221-2021 del 28 de julio de 2021, Rad. 58687).

Por lo tanto, ante la existencia de dos tesis respaldadas en medios de prueba con análoga capacidad demostrativa, pero en sentidos opuestos, subsiste una duda insalvable sobre el dolo en el actuar de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES** y su consecuente responsabilidad en el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, por el cual se le acusó. Por lo tanto, la presunción de inocencia que cobija al procesado no pudo ser desvirtuada.

En consecuencia, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Sala casará la sentencia impugnada y, en su lugar, mantendrá la absolución decretada por la juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, **la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia a nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: CASAR la sentencia condenatoria de segunda instancia, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de mayo de 2019, mediante la cual condenó a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, en garantía de la doble conformidad, **CONFIRMAR** el fallo de primer grado, dictado por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 17 de abril de 2018, que **ABSOLVIÓ** a **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando.

Tercero: Ordenar al juez de primera instancia, la cancelación de los registros y anotaciones que existan a nombre de **WISNER GIOVANNY OSPINA REYES**, por razón exclusiva de este diligenciamiento.

Cuarto: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



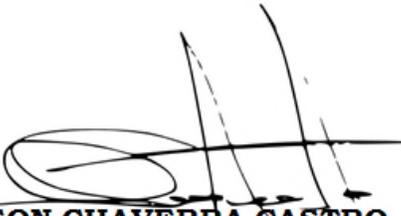
HUGO QUINTERO BERNATE



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



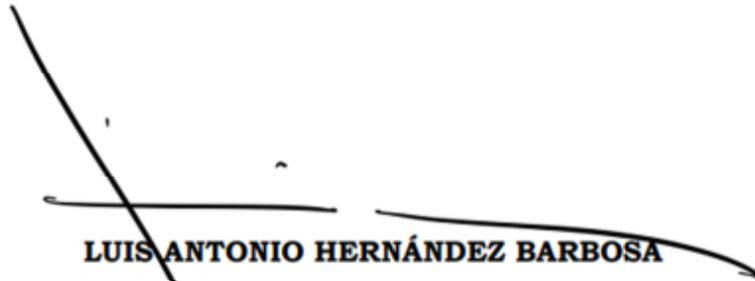
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria