Magistrado Ponente: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
Número de Radicación: 13-001-60-01128-2011-05026 RAD. INT. No: G 20 N° 0028 de 2019.
Tipo de decisión: Confirma por las razones expuestas el auto apelado.
Fecha de la decisión: 16 de diciembre de 2020.
Clase y/o subclase de proceso: CONTRABANDO

PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL/ Se entiende por preclusión aquel instituto procesal que posibilita la terminación del proceso penal sin que sea necesario el agotamiento de todas las etapas procesales, el artículo 332 prevé las circunstancias ante las cuales, por regla general, la fiscalía puede solicitar la preclusión de la investigación ante el Juez de Conocimiento, petición que de confirmarse reviste de fuerza vinculante y hace tránsito a cosa juzgada. Durante la etapa de indagación e investigación, solo la Fiscalía está facultada para efectuar la solicitud preclusiva, en tanto, en fase de juzgamiento esta facultad a la luz del Art. 332 de la ley 906 de 2004, se hace extensiva al Ministerio Público y a la Defensa, pero exclusivamente por las causales 1° y 3°.

DELITO DE CONTRABANDO Y DEFRAUDACIÓN DE RENTAS DE ADUANA/Comparten como eje común, el verbo rector de *omitir*, pero cada uno de ellos regula, de manera independiente una acción. Pues, el primero sanciona el ingreso al territorio aduanero nacional de mercancías por lugares no autorizados y el segundo, sanciona el mismo ingreso, pero por lugares autorizados, a través del otorgamiento de una información no verídica en la presentación de la declaración de los tributos aduaneros en sentido amplio.

FALTA DE MATERIALIZACIÓN DE UN JUICIO DE TIPICIDAD EN LA IMPUTACIÓN O ACUSACIÓN/ El funcionario judicial, cuando no se ha materializado un juicio de tipicidad en la imputación o acusación, se encuentra en la facultad, una vez escuchada la situación fáctica, de determinar si el juicio de adecuación típica propuesto, es adecuado o no, en caso de que lo considere inadecuado, debe abandonarlo y proceder a realizar el que en derecho corresponda

FUENTE FORMAL/ Artículo 321 de la ley 599 de 2000, modificado por la ley 890 de 2004, artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004, artículo 6° de la Ley 599 de 2.000 y artículo 29 de la Constitución Política, artículo 31 del Código Penal, artículo 3 del Decreto 2685 de 1999, art. 1° del Decreto 2585 de 1999

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ AP, 31 ene. 2018, rad. 51049. Igualmente, CSJ AP, 24 jun. 2008, rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604, CSJ SP, 25 may. 2005, rad. 22855, CSJ SP, 25 jul. 2018, rad. 53107

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C, dieciséis [16] de diciembre dos mil veinte [2020].

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE

RAD. No	:	13-001-60-01128-2011-05026
RAD. INT. No	:	G 20 N° 0028 de 2019.
PROCEDENCIA	:	JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS
PROCESADO	:	NÉSTOR AUGUSTO MESA AGUDELO
MOTIVO	:	APELACIÓN AUTO INTERLOCUTORIO – LEY 906 DE 2004
DELITO	:	CONTRABANDO
APROBADO ACTA Nº	:	221

1. ASUNTO

Corresponde a la Sala Pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto interlocutorio emitido el día 1° de noviembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, a través del cual se negó la solicitud de preclusión impetrada en favor de **NÉSTOR AUGUSTO MESA AGUDELO** por el delito de contrabando.

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

De los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la solicitud de preclusión, se logran extraer los siguientes:

2.1. El día 16 de marzo de 2011 funcionarios de Policía Fiscal y Aduanera –POFAL-, en diligencias de control sobre las mercancías ingresadas al país de origen extranjero, se trasladaron hasta las bodegas ALMAVIVA S.A., en donde hallaron en los contenedores N° TCLU 591599-7 y N° TCNU872145-7, unos CDS de distintas marcas y referencias, los cuales no estaban declarados en las actas de

importación con autoadhesivos números 07789260116282, 07789260116291 y 07789260116308, todas del 28/02/2011. La mercancía fue avaluada en la suma de noventa y ocho millones cuatrocientos veintiún mil novecientos pesos ($98.421.900).

2.2. En el desarrollo de los actos investigativos, se determinó que la mercancía estaba destinada para la empresa de razón social EVULUTION NED LTDA, representada legalmente por el señor **NÉSTOR AUGUSTO MESA AGUDELO**.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. La solicitud de preclusión fue radicada el día 5 de junio de 2019, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena.

3.2. En audiencia celebrada el día 1° de noviembre de 2019, el Juez de conocimiento, no accedió a la solicitud de preclusión presentada. Contra esa decisión, la petente interpuso el recurso de apelación.

3.3. Finalmente, por reparto correspondió a esta Sala desatar el recurso impetrado.

4. DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La **Fiscalía** solicita la preclusión de la investigación en favor del señor NÉSTOR AUGUSTO MESA AGUDELO por el delito de

contrabando, con fundamento en los artículos 331, 332 numeral 1° de la Ley 906 de 2004[1] y artículo 82 N° 4 del Código Punitivo[2].

Expone la delegada del ente acusador que, comoquiera que los hechos sucedieron el día **16 de marzo del 2011** y nos encontramos frente a un delito de contrabando simple cuya pena máxima de prisión es de 7 años 6 meses[3], en razón de la cuantía que no supera los 200 S.M.M.L.V., la acción prescribió el día **16 de septiembre del 2018**, razón por la cual procede la preclusión de la investigación por la causal objetiva descrita.

5. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez, luego de escuchar la solicitud de preclusión, advierte que dentro de la exposición fáctica y de los elementos de convicción allegados a la actuación, salta a la vista que el decomiso de la mercancía avaluada por el valor de noventa y ocho millones cuatrocientos veintiún mil novecientos pesos ($98.421.900), se generó por que la misma que no se encontraba declarada ante la DIAN.

Expone el *a quo*, que realizando un examen sobre los hechos y lo contemplado en el artículo 474 del Decreto 2685 del 1999, al funcionario judicial no solo le corresponde hacer el análisis del tipo penal de contrabando, sino que, además, debe determinar si esa conducta desplegada por el infractor se realiza en concurso con otros delitos que deban ser investigados por la Fiscalía.

---

1 Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal
2 La prescripción
3 Art. 319 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 788 de 2000 y penas aumentadas por la Ley 890 de 2004

Bajo esa interpretación, sostuvo que de las circunstancias fácticas y de los elementos materiales probatorios que reposan en la actuación, se puede evidenciar que la conducta del procesado no solo se ajusta a lo preceptuado en el artículo 319 del Código Penal, sino que también se presentó "*una conducta de falsedad*", al haberse exhibido un documento a los agentes de la DIAN, que contenía una información falsa sobre una mercancía no declarada.

Por lo dicho, concluyó, que, por haberse consignado una información falsa en la declaración de la mercancía, se actualizó el delito de fraude aduanero, el cual contempla una pena de **8 a 12 años**, circunstancia que señala que la acción penal no se encuentra prescrita.

Bajo el anterior discernimiento, se rechazó la solicitud de preclusión presentada por la fiscalía.

6. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La **representante de la fiscalía** argumentó que, dentro del caso en comento no se dan los presupuestos para tener por estructurado el delito de fraude aduanero, por cuanto el delito de contrabando, ostenta dentro de los múltiples verbos rectores alternativos, el de *ocultar*. Entonces, al presentarse un contrabando técnico en la modalidad de *ocultar*, se debe decretar la preclusión por ese punible.

Asimismo, resalta que no considera que se presente una falsedad por haberse consignado en la declaración de importación una cantidad diferente a la mercancía transportada, sino que la conducta se enmarca dentro de un concurso aparente de tipos, "*en el entendido en que lo que se consignó en la declaración de importación tenía como objetivo que se*

presentara el verbo rector, diferente es cuando se presenta información falsa para obtener un documento ante la Dian, por el ejemplo el RUT".

De igual forma, manifiesta que la finalidad del punible de fraude aduanero es evitar que a través de los procedimientos legalmente establecidos se omita consignar la verdad para prescindir del pago de tributos, razón por la cual la conducta de ocultar la mercancía, se adecúa de forma diáfana únicamente al delito de contrabando.

Por lo anterior, solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia.

7. **CONSIDERACIONES**

7.1. Competencia.

Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906/2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer de las apelaciones contra los autos interlocutorios proferidos por los Jueces Penales del Circuito de Cartagena.

La competencia de este Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.

La Sala, previo a resolver el objeto de discordia, debe reiterar lo que se ha establecido sobre el instituto de la preclusión para luego analizar el caso concreto.

7.1.1. Preclusión de la acción penal.

Se entiende por preclusión aquel instituto procesal que posibilita la terminación del proceso penal sin que sea necesario el agotamiento de todas las etapas procesales, el artículo 332 prevé las circunstancias ante las cuales, por regla general, la fiscalía puede solicitar la preclusión de la investigación ante el Juez de Conocimiento, petición que de confirmarse reviste de fuerza vinculante y hace tránsito a cosa juzgada.

La decisión por la cual se decreta la preclusión tiene efectos de cosa juzgada, de modo que un pronunciamiento favorable a la pretensión de poner fin anticipado a la actuación «*exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo*»[4].

Dicho en otros términos, «*la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal*»[5].

Según prescribe el artículo 331 de la Ley 906 de 2004, "*en cualquier momento el Fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar*", posibilidad que conforme con la sentencia de constitucionalidad C-591 de 2005 proferida por la Corte

---

4 CSJ AP, 31 ene. 2018, rad. 51049. Igualmente, CSJ AP, 24 jun. 2008, rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, rad. 41604.
5 CSJ SP, 25 may. 2005, rad. 22855.

Constitucional, comprende la fase de indagación, esto es, antes de la imputación.

En ese entendido, la preclusión sólo será viable cuando el peticionario – y en este caso la Fiscalía -, acredite argumentativa y probatoriamente que i) se han agotado plenamente las posibilidades investigativas, y ii) la causal invocada está configurada más allá de cualquier duda[6].

Adviértase que, durante la etapa de indagación e investigación, solo la Fiscalía está facultada para efectuar la solicitud preclusiva, en tanto, en fase de juzgamiento esta facultad a la luz del Art. 332 de la ley 906 de 2004, se hace extensiva al Ministerio Público y a la Defensa, pero exclusivamente por las causales 1° y 3° del canon en comento.

Siendo ello así, el legislador delimitó a dos los motivos que, a causa de hechos sobrevinientes, pueden ser invocados por la Fiscalía, Ministerio Público y Defensa para la solicitud preclusiva: *(i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; y (ii) la inexistencia del hecho investigado.*

Lo anterior en virtud de que puede acontecer que durante el juzgamiento surja un evento sobreviniente a la acusación *[…] Como la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal […]*

[6] CSJ SP, 25 jul. 2018, rad. 53107

Asimismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querella respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad. En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado[7].

7.2. Caso concreto

De manera preliminar, se debe señalar que, teniendo en cuenta el transito legislativo que se ha presentado desde que se realizó la incautación de la mercancía (11 de marzo de 2011), el cargo propuesto será analizado aplicando la normatividad vigente al momento de los hechos, ello para garantizar dentro de la actuación el principio de legalidad consagrado en el artículo 6° de la Ley 599 de 2.000 y artículo 29 de la Constitución Política.

Así las cosas, la Sala debe advertir previamente que dentro del caso *sub judice,* no se enarbola discusión alguna sobre las circunstancias en que acontecieron los hechos, mucho menos es confrontada la tesis sobre la información consignada en las declaraciones de importación que fueron presentadas ante la DIAN, por lo que el análisis a efectuar estará orientado únicamente a resolver el siguiente problema jurídico: *¿se adecúa la acción de ocultamiento de la mercancía al delito de contrabando simple o en el punible de fraude aduanero?.*

---

[7] Véase sentencia de constitucionalidad con radicado C-920/07

En ese orden de ideas, se tiene que la conducta punible de **contrabando**, se encuentra descrita en el artículo 319 del Código Penal, modificado por la Ley 788 de 2002[8] con el aumento de la pena consagrado en la Ley 890/04, en los siguientes términos:

> "El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, **o las oculte**, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de **cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses** y multa de cuatrocientos (400) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.
>
> (…)."

Para que se configure el delito de 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.

Sobre la conducta del tipo penal del contrabando, se identifican los verbos rectores de: (i) importar, (ii) exportar; (iii) ocultar; (iv) disimular; y, (v) sustraer.

En cuanto al objeto de la acción, el delito de contrabando se materializa en las mercancías que sean de cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales que se ingresen o extraigan del territorio aduanero colombiano sin el pago de los derechos de aduana correspondientes.

---

[8] Disposición vigente al momento de los hechos (11/03/2011)

Ahora, con relación al punible de Fraude Aduanero, se debe indicar que este reato, para la fecha de los hechos, se denominaba Defraudación de Rentas Aduaneras, y se encontraba consagrado en el artículo 321 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de la siguiente manera:

> "**DEFRAUDACIÓN DE RENTAS ADUANERAS.** El que declare tributos aduaneros por un valor inferior al que por ley le corresponde, en una cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de **ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses** y multa equivalente a veinte (20) veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este código.
>
> PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará cuando el menor valor de los tributos aduaneros declarados corresponda a controversias sobre valoración, error aritmético en la liquidación de tributos o clasificación arancelaria, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la ley."

7.2.1. De la confrontación de los tipos penales descritos con el problema jurídico planteado, se tiene que, dentro del caso de marras, los funcionarios de la Dian hallaron una mercancía en los contenedores N° TCLU 591599-7 y N° TCNU872145-7, consistente en 144.000 CD´s Marca Sankey, 15.000 CD´s Black Memorex y 194.400 CD´s Marca Princo. Las mercancías se encontraban avaluadas por el valor de **$98.421.900**.

Se indicó por parte de la fiscal, que la mercancía no se encontraba amparada en las Declaraciones de importación con autoadhesivos 07789260116282, 07789260116291 y 07789260116308.

Siendo ese el acontecer fáctico que rodea el asunto, procedente resulta realizar el proceso de adecuación típica para establecer si la conducta humana jurídicamente desaprobada encaja de manera directa o indirecta en una conducta delictiva específica, esto es, un solo delito.

Para lo anterior, se debe tener presente que, en ocasiones, un actor puede ejecutar un número plural de conductas jurídicamente desvaloradas, perfectamente escindibles o autónomas, respecto de las cuales *no* existe *unidad de acción*, entendida esta como la realización de una misma acción –una o varias conductas- u omisión dentro de igual contexto (espacio-temporal) e idéntico objetivo o finalidad voluntaria, dando lugar, en esas circunstancias, a un mismo tipo penal o a varios (concurso material o real –homogéneo o heterogéneo-), de tal suerte que será indispensable la aplicación del artículo 31 del Código Penal[9].

En otros eventos, el comportamiento penalmente relevante desplegado por el agente, en un contexto de unidad de acción, se identifica, al tiempo, con varios supuestos de hecho -múltiple desvaloración penal de la conducta- (concurso ideal); es decir, un mismo hecho da lugar a dos o más delitos[10].

Ahora, cuando se tiene la percepción equivocada de que se ha incurrido en un concurso ideal porque dos tipos penales parecen regir por igual un comportamiento criminal, en la medida que, bajo el presupuesto de unidad de acción, la conducta, en realidad, se ajusta, formal y materialmente al desvalor de un solo injusto, se desciende al ámbito del concurso aparente o impropio de tipos[11].

---

9 CSJ SP2339-2020 (51444)
10 Ídem
11 Ídem

En esa disyuntiva, se ofrece oportuno acudir a unos principios de solución, concretamente, a los de especialidad, consunción –o absorción- y subsidiaridad, ampliamente difundidos por la doctrina y la jurisprudencia, a efecto de seleccionar la norma que verdaderamente recoge el acontecer humano, para evitar que una persona sea sancionada varias veces por un solo comportamiento penalmente relevante (garantía del *non bis in idem*).

Con relación al postulado de *especialidad*, este se da cuando existen dos normas que describen la conducta jurídicamente reprochable -en relación de género a especie-, una general y otra que abarca idéntico contenido, pero la particulariza de forma más exhaustiva, por lo que es claro que la primera debe ser desplazada por la segunda.

El principio de *consunción*, implica verificar las normas jurídicas que parecen regular el asunto, a efecto de determinar si una de las acciones desvaloradas se encuentra comprendida dentro de la ejecución de la contemplada por la otra, de manera que deberá preferirse la que consume a las acciones menores.

El principio de consunción, posee unas subreglas relativas al "i) *hecho anterior impune o acompañante –copenado-*, es decir, la conducta que siendo previa o concomitante al delito es absorbida por el tipo porque es de una entidad menor a la del evento principal y ii) *hecho posterior impune o copenado*, esto es, cuando la conducta inmediatamente subsiguiente al comportamiento base o inicial tiene por fin alcanzar o afianzar el propósito logrado por el sujeto activo a través de la primera acción delictiva. En este escenario, aunque la segunda es

típica queda consumida dentro de la primera siempre que no lesione otro bien jurídico protegido y el daño causado no se incremente[12].

El principio de *subsidiariedad*, opera ante la existencia de normas que conciernen a diversos grados de afectación del interés jurídico, corresponde acudir al precepto auxiliar, cuestión que regula directamente el legislador a través de cláusulas en las que manifiesta, por ejemplo, que la disposición rige siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor (subsidiaridad expresa), o de manera tácita, si al examinar la ley se advierte tal carácter como en los casos de delitos de paso en los que las infracciones de menor entidad cometidas antes del de naturaleza principal ceden ante éste, *verbi gratia* si el punible *ab initio* se ejecuta en la modalidad tentada pero enseguida se consuma; si el reato se comete en varios grados de participación (autor y cómplice) o si el acto punido empieza en su fase culposa y termina siendo dolosa.

Decantado lo anterior, se tiene que, de acuerdo a la hipótesis de los hechos jurídicamente relevantes, con la presentación de las declaraciones de importación con autoadhesivos 07789260116282, 07789260116291 y 07789260116308, se **omitió**, por parte de la sociedad que representa el procesado, Néstor Augusto Mesa Agudelo, declarar ante la DIAN al momento que se ejercía el control aduanero, una mercancía que era transportada en uno contenedores que ingresaron al país.

Para los efectos que aquí interesan, recuérdese que la **declaración de importación**, es el documento mediante el cual se amparan las operaciones de importación al Territorio Aduanero Nacional desde zona

---

12 Ibidem

franca permanente y permanente especial, de productos terminados producidos, transformados o elaborados, por usuarios industriales de bienes o usuarios industriales de bienes y servicios, solo a partir de componente nacional exportado de manera definitiva o introducidos de manera definitiva, y/o con materia prima importada[13]. Con la declaración de importación se determina el valor en aduanas (Base de pago para tributos aduanero) de las mercancías objeto de importación y se especifica los datos causados en dicha operación.

Son responsables de las obligaciones aduaneras, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2685 de 1999, "*el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante, en los términos previstos en el presente Decreto. (…)*"

Dicho lo anterior, se tiene que incurre en la conducta de defraudación de las rentas aduana, quien, en una operación de comercio, por lugar habilitado, a pesar de presentarse ante la autoridad aduanera, esta determina que lo que se ésta declarando no tiene correspondencia con el valor de la mercancía, y por ende con el tributo que debe declarar. En otras palabras, el delito de defraudación de las rentas de aduana, consiste en ocultar información primordial que conlleva a inducir en error a la administración aduanera para la determinación de la cuantía a declarar como consecuencia de una obligación tributaria, traduciéndose así en el en perjuicio del erario[14], es

---

13 Consultado en la página web: https://www.dian.gov.co/aduanas/Paginas/Declaracion-Especial-de-Importacion.aspx el día 14/12/2020
14 Comentarios sobre el nuevo delito de fraude aduanero. CAROLINA SOLANO MEDINA y JOSÉ IGNACIO LOMBANA SIERRA. 23 de octubre de 2015

decir, éste punible solo sanciona el engaño en el momento y acto de la declaración de importación ante la autoridad aduanera.

Los tributos aduaneros, de acuerdo a la normatividad mercantil (Art. 1° del Decreto 2585 de 1999), están comprendidos por aquellos derechos de aduana y el impuesto sobre las ventas.

En ese orden, fulge nítido sostener que, dentro del presente caso la conducta realizada por el procesado no se adecúa al tipo penal de contrabando, ya que este reato, exige como elemento descriptivo del tipo, que la mercancía sea importada o exportada por lugares no habilitados, y en este caso, se tiene que el arribo de los contenedores en que se transportaba la mercancía se hizo por un lugar habilitado por la autoridad aduanera.

Entonces, al haberse ingresado mercancía al país por los lugares legalmente habilitados, y presentarse ante la DIAN, unos documentos de importación que no contenían la información completa y detallada de todos los artículos que eran ingresados al territorio nacional, con la finalidad de evadirse el pago de unos tributos aduaneros, dándole así apariencia de verdadero a las declaraciones de importación con autoadhesivos 07789260116282, 07789260116291 y 07789260116308, se actualizó, de manera objetiva, la conducta de defraudación de rentas de aduana.

En ese menester, para la Sala es claro, que el delito de contrabando y defraudación de rentas de aduana, pese a compartir como eje común, el verbo rector de *omitir*, cada uno de ellos regula, de manera independiente una acción. Pues, el primero sanciona el ingreso al territorio aduanero nacional de mercancías por lugares no autorizados,

en cambio, el segundo, sanciona el mismo ingreso, pero por lugares autorizados, a través del otorgamiento de una información no verídica en la presentación de la declaración de los tributos aduaneros en sentido amplio.

Indicado lo anterior, aunque la fiscalía quiera considerar que se ésta ante un contrabando técnico, para la Sala es claro, que tal afirmación parte de una errada interpretación de la norma sustantiva llamada a regular el caso (artículo 321 del Código Penal), el cual aún, con la modificación incorporada por el artículo 8° Ley 1762 de 2015, ofrece una amplia gama de elementos descriptivos del tipo, que hacen tener como típica la conducta humana desplegada por el procesado al *ocultar* información que le era obligatorio entregar a las autoridades aduaneras, con la finalidad de evadir *parcialmente* el pago de tributos.

En tal sentido, bajo la concepción original del artículo 321 de la ley 599 de 2000, e incluso con la modificación introducida por la ley 1762 de 2015, la conducta desplegada por el señor Néstor Augusto Mesa Agudelo, se adecúa, a la descripción del tipo objetivo de dicho reato (defraudación de rentas de aduanas/fraude aduanero), el cual, concibe como pena máxima de prisión, en ambas disposiciones, 144 meses o lo que es lo mismo 12 años.

Por todo lo dicho, del ejercicio interpretativo realizado a los artículos 319 con la modificación de la ley 788 de 2002 y 321 del Código Penal, es fácilmente deducible que al haberse: (i) ingresado mercancía por los lugares autorizados por la autoridad aduanera; y, (ii) declarado tributos aduaneros por valor inferior al que por ley corresponde, ocultándose la realidad de la mercancía transportada; se

incurrió, objetivamente en el punible de defraudación de las rentas de aduanas.

Huelga resaltar que el delito de Defraudación de rentas de aduanas, contempla una pena máxima de prisión de **144 meses**, o lo que es lo mismo 12 años, el cual contabilizado desde el día **16 de marzo de 2011**, nos permite afirmar que dicho reato prescribiría el día **16 de marzo de 2023**.

Como precisión final, para la Sala, resulta obligatorio indicar que, aunque la Fiscalía sea la titular de la acción penal y por ende, quien tiene la potestad de encuadrar la conducta fáctica en el (los) delito (s) que estime conveniente, el funcionario judicial, cuando se presenta un escenario, como el que aquí acontece, en donde no se ha materializado un juicio de tipicidad en la imputación o acusación, se encuentra en la facultad, una vez escuchada la situación fáctica, de determinar si el juicio de adecuación típica propuesto, es adecuado o no, en caso de que lo considere inadecuado, debe abandonarlo y proceder a realizar el que en derecho corresponda.

Lo anterior tiene su razón de ser, por cuanto la solicitud de preclusión no implica *per se* de forma automática la aceptación de la petición, toda vez que el juez no es un convidado de piedra, y le corresponde realizar un control judicial a la misma, pues la decisión a adoptar, en caso de admitirse, hará tránsito a cosa juzgada. Además, el artículo 250.5 de la Constitución Política fundamenta que la solicitud de preclusión solo procede cuando "*no hubiere mérito para acusar*". Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-881 del 23 de noviembre de 2013, indicó:

"Resulta esencial adelantar un control adecuado de las acciones y omisiones del fiscal, y controvertir de manera efectiva de sus decisiones. Por ello, el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías". El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas: (i) la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; (ii) la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; (iii) la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal; y (iv) que esté previsto que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación(…)."

En razón de lo dicho, sobre la petición realizada por la fiscalía para dar por prescrita la acción penal, no tiene vocación de prosperar, porque, como se ha venido reseñando, en este estado de la actuación, se ha constado que se configuran los presupuestos estructurales del comportamiento fijado en el artículo 321 de la ley 599 de 2000, modificado por la ley 890 de 2004.

7.3. En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Cartagena, en Sala de Decisión Penal,

8.RESUELVE.

PRIMERO. CONFIRMAR, por los términos aquí indicados, el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena el día 1° de noviembre de 2019, dentro de las presentes diligencias procesales.

SEGUNDO. REMITIR, por intermedio de la Secretaría, la actuación al Juzgado de origen.

TERCERO. REGISTRAR por intermedio de la Secretaría, de la Sala Penal de este Tribunal lo resuelto en la presente providencia en el sistema de Justicia XXI.

CUARTO. La presente decisión deberá ser notificada teniendo en cuenta las prescripciones contempladas en el artículo segundo del Acuerdo N° 015 del 4 de mayo de la corriente anualidad.

QUINTO. Contra esta decisión no procede recurso.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE.

FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO

PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
Secretario