

Proceso: 050016000248-2016-13070
Delito: Favorecimiento y facilitación del contrabando
Indiciado: Alberto de Jesús Cárdenas González
Procedencia: Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Auto que decreta preclusión
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto: 020-2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintidós (22) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 097

Se decide el recurso de apelación interpuesto por apoderada de la DIAN en calidad de representante de víctimas, contra la decisión del 7 de julio de este año del Juez 11 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, mediante la cual precluyó la acción penal a favor del ciudadano **ALBERTO DE JESÚS CÁRDENAS GONZÁLEZ** en relación con el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando.

1. HECHOS

De la exposición realizada por la fiscalía al momento de solicitar la preclusión se concluye que, el 31 de agosto de 2016 en la calle 30 No. 53-16 de la ciudad de Medellín, específicamente al interior de la Empresa Transportadora Coordinadora Mercantil mediante diligencia de control e inspección aduanera,

funcionarios de la DIAN debidamente comisionados, encontraron mercancía consistente en calzado, la cual no contaba con documentos que ampararan su ingreso aduanero al territorio nacional por valor de \$118.021.193, la misma fue remitida por Jorge Giraldo portador de la CC No. 16.596.307, quien a su vez era el destinatario, desde el Centro Comercial Fortuna oficina 15 de la ciudad de Cali, hacia la calle 43 número 7351 apartamento 603 de Medellín.

Del mismo modo en el mes de septiembre de esa misma anualidad, funcionarios de la DIAN aprehendieron mercancía avaluada en \$205.844.222 nuevamente enviada por Jorge Giraldo, remitente y destinatario, por lo que esa entidad compulsó copias para que se investigara penalmente tanto al señor Alberto de Jesús González Cárdenas, representante legal de la Empresa Coordinadora Mercantil y al remitente de la mercancía Jorge Giraldo.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1 El 5 de junio de 2021 la Fiscalía 17 Seccional radicó solicitud de preclusión a favor de **Alberto de Jesús Cárdenas González** investigado por el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, misma que le correspondió por reparto al Juzgado 11 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad quien luego de varios aplazamientos instaló audiencia para esos fines el 7 de julio pasado.

En ese sentido la fiscalía solicitó que con fundamento en los art. 331 y 332 numerales 3° y 6° del C. de P.P, esto es, por inexistencia del hecho investigado e imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, se precluya la investigación a favor de Alberto de Jesús Cárdenas González, bajo los siguientes argumentos:

Destacó en primer lugar que el remitente de la mercancía encontrada en una sede de la Empresa Transportadora Coordinadora Mercantil de esta ciudad, fue remitida desde la ciudad de Cali por Jorge Giraldo quien a su vez figura como

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000248-2016-13070
Alberto de Jesús Cárdenas González

receptor en la calle 43 número 7351 apartamento 603 de esta ciudad. Enseguida hizo alusión a las normas que rigen el contrato de transporte, art. 1008 a 1035 del Código de Comercio y de las acciones administrativas adelantadas por los funcionarios de la DIAN quienes realizaron la aprehensión de la mercancía con fundamentos en las causales 1.6 y 1.28 del art. 502 del decreto 2685 de 1999.

Agregó que fue la DIAN quien, con fundamento en estos hechos y en las actas de aprehensión de las mercancías, solicitó la apertura de la investigación en contra de Jorge Giraldo y Alberto de Jesús Cárdenas González, como representante legal de la Empresa Transportadora Coordinadora Mercantil.

Explicó que se intentó identificar o individualizar Jorge Giraldo portador de la CC No. 16.596.307, sin embargo, se encontró que este cupo numérico pertenecía a Víctor Muñoz Cuartas, quien también fuera vinculado a la actuación. Respecto del señor Alberto de Jesús Cárdenas realizó diligencia de arraigo familiar en la que se da cuenta de sus condiciones personales y sociales.

Agregó que se intentó ubicar e identificar plenamente al ciudadano Jorge Giraldo, sin que se obtuviera un resultado positivo, así mismo se ordenó una inspección al lugar, con el fin de establecer quién o quiénes para la fecha de ocurrencia de las aprehensiones, ocupaban las direcciones antes referidas y qué tipo de inmuebles son, si se trataba o no de establecimientos comerciales y en caso de que así fuera, quién tenía la titularidad y el uso de los mismos, también hizo una solicitud a la Empresa Coordinadora Mercantil a efectos de obtener toda la información existente en las guías relacionadas en las actas de aprehensión y se ordenó realizar una entrevista a la persona encargada de ese tipo de procedimientos en la empresa, para que manifestara cómo era el procedimiento de recepción de la mercancía, si la misma debía ser revisada y/o verificada y en caso afirmativo, qué documentación soporte se solicitaba para su transporte, quién era el encargado de realizar la verificación y solicitud de la documentación, qué capacitación se le daba a los empleados sobre el tema mencionado y qué protocolos se debían llevar a cabo.

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000248-2016-13070
Alberto de Jesús Cárdenas González

Dijo que al verificar la dirección de envío esto es, Centro Comercial Fortuna, oficina 15 de Cali no dieron respuesta respecto de Jorge Giraldo, por esa razón se solicitó el contrato de arrendamiento para el año 2016 sin que se hubiese allegado respuesta alguna. Así mismo al realizar los actos de verificación por parte de la policía judicial, se encontró que la dirección de recepción o destino de la mercancía, esto es la calle 43, No. 7351 apartamento 603 de esta ciudad, se observó que se trataba del Edificio Torres del Laurel, pero al dirigirse a ese lugar fueron atendidos por Daniel Jiménez, portero, quien manifestó que el apartamento 603 no existía y que tampoco había llegado a escuchar el nombre de Jorge Giraldo.

Aclaró que por parte de la Empresa Coordinadora Mercantil se recibió respuesta frente a la guía terminada en 4700 que se recibió el 09/09/2016, en la oficina denominada Monserrate, ubicada en la dirección calle 14, número 7- 75, local 12, en la ciudad de Medellín y que el remitente era nuevamente Jorge Giraldo con lugar de ubicación el Centro Comercial Fortuna de la ciudad de Cali. En el mismo sentido, dio respuesta frente a las guías terminadas en 4700, 4701 y 4702, siendo el lugar de entrega de cada una de las mercancías la carrera 56 número 46 piso uno, para la primera, la segunda carrera 56 número 49, piso uno y en la tercera carrera 56 número 4649, piso uno.

Explicó que al no ubicar a través de los actos de investigación a Jorge Giraldo se emitió orden de búsqueda selectiva el 18 de enero del año 2022 con diferentes finalidades, una de ellas era solicitar a la empresa Coordinadora Mercantil que aportaran información que reposara en sus bases de datos como contrato de transportes, datos de notificación, funcionario, lugar y forma de recepción de las mercancías relacionados con las guías en cuestión, igualmente, para que informara cómo se hizo la entrega de la mercancía, el reporte de documentos, soportes que se adjuntaron, cuál fue el protocolo para recepción y entrega de la mercancía vigente para la fecha, datos biográficos del receptor y todo aquello que reposara a nombre de Jorge Giraldo en las instalaciones de la entidad, del mismo modo solicitó que en caso de haberse realizado algún tipo de pago, se

especificara de manera detallada cómo se realizó y si no lo hizo, a nombre de quién se efectuó la cuenta de cobro, entre otras.

Señaló que el 27 de febrero de este año recibió informe del investigador líder en este proceso en el que se absolvían de manera parcial las dudas planteadas por la fiscalía, enseguida a través de una amplia disertación analizó las diferencias que existen entre poseedor y tenedor desde la perspectiva de la legislación civil y las características, condiciones y salvedades a las cuales se somete el contrato de transporte, todo ello para sostener que Coordinadora Mercantil no era responsable del contenido de esas encomiendas y que de llegar a serlo no era atribuible al representante legal de la entidad.

Resaltó que la responsabilidad penal objetiva se encuentra proscrita en nuestro sistema de enjuiciamiento y agregó que frente a ese art. 320 del C.P existen otras circunstancias que ameritan análisis, como por ejemplo, aquellos requisitos subjetivos de la comisión de la conducta delictiva como el dolo, de ahí que en su sentir, no sea posible predicar responsabilidad penal respecto del representante legal de la Empresa Coordinadora Mercantil, máxime cuando la oficina principal de la empresa es en esta ciudad.

Aclaró que las funciones del representante legal son las de administrar la empresa y dar instrucciones y que no era posible para el señor Alberto de Jesús Cárdenas González prever o evitar la comisión de la conducta delictiva y en ese sentido, concluyó, no tuvo ninguna participación, es decir no intervino de ninguna forma en la ejecución de la conducta delictiva, de esa manera corrigió que la causal del art. 332 que se configuraba en este caso era la 5ª y no la 3ª, pues la primera refiere de manera taxativa a la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, sobre todo cuando en este caso ni siquiera se ha realizado formulación de imputación en contra de Cárdenas González.

Finalmente indicó que no encontrarse acreditada la causal 5ª del art. 332 del C. de P.P la fiscalía está ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, pues le sería imposible probar de manera clara en audiencia de juicio

oral algún tipo de intervención del representante legal de la empresa tantas veces mencionada, pues se han agotado casi todos los actos de investigación necesarios para identificar al probable responsable de la comisión de la conducta¹.

2.2 La defensa indicó que corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal, y que para el caso de su representado ha sido clara y concisa en las argumentaciones que fundamentan la petición de preclusión, en ese orden de ideas, coadyuvó en su totalidad los argumentos esgrimidos por la delegada fiscal y solicitó que se aprobara la preclusión de la acción penal en favor del señor Alberto de Jesús Cárdenas González².

2.3 La representante de la víctima, para el caso la DIAN, se opuso a la solicitud de la fiscalía y señaló que ésta inicialmente invocó las causales 3ª y 6ª del art. 332 del C. de P.P, para posteriormente alegar que se configuró la 5ª y la 6ª, sin embargo, frente a esta última consideró que no acreditó que se hubiese realizado una investigación exhaustiva y que, a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad de los investigados.

En este punto trajo a colación el Auto con radicado 42949 del 28 de octubre de 2015 de la Corte Suprema de Justicia y que fuera citado por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso radicado 2000140500 del 27 de marzo de 2019 en el que destacó que cuando se invoca la causal 6ª el ente acusador deberá acreditar que ha realizado una investigación íntegra, pues para que prospere la actividad probatoria debe ser prolija, en ese sentido, consideró que la petición de la fiscalía carece de respaldo probatorio.

Agregó que, en este caso, la fiscal hizo alusión a los antecedentes administrativos que culminó con la aprehensión de la mercancía y aportó unos elementos materiales probatorios, como el informe suscrito por Jesús Antonio Mejía

¹ Audiencia del 7 de julio de 2022. Minuto: 01:33

² Audiencia del 7 de julio de 2022. Minuto: 1:14:56

Arizmendi donde se señaló haber acudido al lugar donde se recibiría la mercancía, pero extrañó porque no se indagó con la administradora del edificio, quien era la persona que podía certificar si en efecto el apartamento 603 existía o no.

Recordó que desde la actuación administrativa se evidenció que el número de cédula aportado por Jorge Giraldo no correspondía y se preguntó, porqué en ese sentido, la fiscalía no realizó más labores de investigación.

Finalmente dijo que la actuación de la fiscalía *“se queda escueta y no demuestra una investigación prolija para encontrar a los responsables de este delito que ciertamente existió, como se puede evidenciar en los antecedentes administrativos”*, los cuales gozan de presunción de legalidad.

Luego de resaltar algunas funciones de la DIAN agregó que el ente persecutor no agotó todos los actos que necesarios para identificar a los responsables de esta mercancía, por eso no hay lugar a solicitar la preclusión por la imposibilidad desvirtuar la presunción de inocencia.

Por último, frente a la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado dijo que no podía prosperar, porque no se ha imputado dado que la fiscalía no ha agotado todos aquellos medios que tiene para identificar al verdadero responsable, por consiguiente, solicitó que la petición de la fiscalía no fuera acogida³.

3. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El Juez 11 Penal del Circuito de Medellín en primer lugar, dijo que la fiscalía había solicitado la preclusión con fundamento en las causales 3ª y 6ª del art. 332 del C. de P.P, no obstante, al finalizar su exposición cambió la 3ª por la 5ª, lo que considera tiene un sentido lógico, pues dichas causales son, en esencia

³ Audiencia del 7 de julio de 2022. Tercer audio. Minuto: 00:08

incompatibles, ya que no es posible hablar de ausencia de intervención en el hecho investigado si éste no existió, de esa manera al invocarse esa causal 5ª del art. 332 de la ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación está admitiendo que el hecho existió y ello con fundamento en que funcionarios administrativos de la DIAN en ejercicio de sus facultades y competencias acudieron a la Empresa de Transporte Coordinadora Mercantil y encontraron calzado y elementos textiles en condiciones irregulares, aspecto que no ha sido objeto de controversia.

En segundo término, destacó que la disertación de la fiscalía, aunque juiciosa, es excesiva porque se adentra en aspectos administrativos y hasta civiles, en lo que, sin duda alguna, se respeta la competencia de la DIAN en sus actos y aclaró que dicha entidad debe también respeto a la independencia que tiene el ente persecutor cuando se trata de definir o de establecer la responsabilidad penal, la cual tiene unas exigencias diferentes, entre ellas que es personalísima, lo cual es importante en este caso, pues queda claro que la intervención del señor Alberto de Jesús Cárdenas González, como representante legal de la Empresa Coordinadora Mercantil en la conducta típica es básicamente nula o inexistente, así lo concluyó de los elementos materiales probatorios que aportó la delegada de la fiscalía, los cuales llevan a un nivel de certidumbre tal, acerca de la ausencia de compromiso del señor Cárdenas González en los hechos materia de investigación.

Agregó que, en este evento, ni siquiera la DIAN se atrevió a señalar que desde las funciones de dirección o gerencia se estén dando instrucciones a los empleados para admitir mercancía que haya ingresado irregularmente al país, por tanto, no se puede afirmar que Alberto Cárdenas González, sea autor, coautor, cómplice, interviniente o determinador en el comportamiento objeto de investigación.

Indicó apartarse de las distinciones civiles entre tenedor y poseedor, realizadas por la fiscalía, porque para el derecho penal esos actos deben considerarse desde la estricta connotación material, es decir, no se utiliza como referente normativo la naturaleza administrativa o civil, así entonces señaló que lo importante en este

asunto era establecer que esa conducta estuviese en cabeza de Alberto de Jesús, sin embargo, la mercancía ni estaba en su oficina, ni fue transportada en su vehículo como para señalar que era él quien estaba realizando la descripción típica, de ahí que se atreva a sostener, sin tener que adentrarse en las características del contrato de transporte y la exclusión de responsabilidad, que Cárdenas González no intervino en el hecho, sobre todo cuando se acreditó que no estaba en la ciudad de Cali como para relacionarlos penalmente.

En ese sentido, dijo compartir las aristas de investigación desarrolladas por la fiscalía en aras de determinar si efectivamente esa mercancía se recogió a domicilio o si la recibieron en la empresa y si así fue, quién la recibió.

Finalmente dijo que sin entrar a desestructurar que ontológicamente se dio la conducta, considera que en ella no intervino el señor Alberto de Jesús Cárdenas, pues de acudir a la causal 6ª del art. 332 del C. de P.P se tendría que analizar si la fiscalía realizó todos los actos de investigación y que los mismos no arrojaron resultados respecto de esa de esa responsabilidad, sobre todo cuando es fácil concluir que la vinculación del representante legal a la investigación se hace porque es la “*cabeza de la empresa*” de ahí que eventualmente podría tener repercusiones administrativas, pero no penales.

En consecuencia, accedió a la solicitud de preclusión de la investigación a favor del ciudadano Alberto de Jesús Cárdenas González, por configurarse en la causal 5ª del artículo 332 del C. de P.P, esto es por ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, lo que conlleva a que el proceso penal termine con efectos de cosa juzgada en favor de este ciudadano, advirtiendo que se precluiría la conducta porque la fiscalía mientras perviva el ejercicio de la acción penal, tiene el deber de seguir investigando e intentando ubicar a Jorge Giraldo, asimos debe descartar las otras aristas investigativas que tienen que ver con quién recibió la mercancía, cómo se obtuvo, si fue a domicilio, si se llevó a la empresa, quién recibió la encomienda en esa empresa, si el tratamiento fue el reglamentario, etcétera, aclarando eso sí, que dicho pronunciamiento es con

respeto a la independencia que tiene la fiscalía en la estructuración de sus elementos subjetivos⁴.

La decisión fue recurrida representante de la víctima.

4. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La apoderada de la DIAN, indicó oponerse a la preclusión decretada por el *a quo* porque, “*la mercancía no fue encontrada en cualquier lado*”, sino que lo fue en las instalaciones o bodegas de la Empresa Transportadora, en ese sentido habría que determinarse si la empresa “*estuvo involucrada con el hecho investigado*”, sobre todo cuando uno de los verbos de la conducta descrita en el art. 320 del C.P es transportar y destacó que fue precisamente la empresa, quien no adelantó ninguna labor para identificar plenamente a la persona que estaba efectuando el contrato de transporte y por eso son responsables en calidad de tenedoras de las mercancías decomisadas, por lo cual deben ser vinculadas a los procesos penales.

Agregó que con la información que figura en la guía, la cual fue elaborada por la misma empresa de transportes, se determinó que la cédula del remitente, para el caso Jorge Giraldo, no le pertenecía a éste, por esa razón debió consultar en el RUT a quien pertenecía, pues era necesario que con la información aportada por Coordinadora Mercantil se lograra la identificación de los distintos sujetos que intervinieron la introducción de la mercancía al territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Dijo que adicionalmente la empresa tiene responsabilidad a la hora de identificar a las personas que suscriben los contratos de transporte para el pleno ejercicio de actividades inherentes a la economía y desarrollo de la sociedad, y principalmente para salvaguardar la seguridad jurídica de los usuarios y la comunidad⁵.

⁴ Audiencia del 7 de julio de 2022. Tercer audio. Minuto: 13:35

⁵ Audiencia del 7 de julio de 2022. Cuarto y quinto audio. Minutos 00:17 y 00:03 respectivamente.

5. DE LOS NO RECURRENTES

5.1 La delegada de la fiscalía solicitó en principio que se declarara desierto el recurso, porque no atacó la decisión de primera instancia, es decir no hizo referencia al análisis realizado por parte del despacho para precluir la acción penal a favor de Cárdenas González por la causal 5ª del art. 332 del C. de P.P.

De no proceder dicha solicitud, resaltó que ninguna de las circunstancias mencionadas por la representante de la víctima hizo referencia a la responsabilidad personal del señor Alberto de Jesús Cárdenas González, pues en efecto la mercancía se encontró en las bodegas de la empresa y esa situación nadie la niega, está claro que tuvo relación con los hechos pues allí se estaba almacenando la mercancía.

Respecto del verbo transportar recordó que es esa la actividad que desarrolla la empresa y sus actuaciones comerciales no se pueden regir por la mala fe, así mismo agregó que en efecto, con la información que estaba en las guías se determinó que la cedula de Jorge Giraldo correspondía a otra persona, sin embargo, no le era fácil a la empresa transportadora acceder al sistema y consultar el RUT, situación que ni siquiera lo es para el ente investigador, pues no se trata de bases de datos públicos.

Reprochó la afirmación que hace la censora de que la empresa transportadora está en la obligación de verificar la información del remitente y del destinatario, ya que ello sería como solicitar “*pruebas diabólicas*” para que sean tenidas en cuenta en un juicio oral, sobre todo porque cada contrato de transporte realizado con una empresa estaría precedido de la mala fe y sería una carga que no le corresponde al transportador.

Recordó que de ninguna manera la DIAN vinculó a la persona por la que se está precluyendo, pues siempre hizo alusión a la responsabilidad de la empresa,

además no dijo porque debe revocarse la decisión del juez de primera instancia y recordó que una cosa es la responsabilidad penal y otra la administrativa⁶.

5.2 El defensor del indiciado solicitó no se tuviera en cuenta la intervención de la apoderada de la DIAN en su recurso, porque además de repetir los argumentos dados al momento de oponerse a la solicitud, peticionó la responsabilidad penal de la empresa⁷.

6. CONSIDERACIONES

1. En primer lugar, le asiste competencia a esta Sala de decisión para abordar el tema sometido a estudio a voces del art. 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra los autos que en primera instancia profieran los jueces de circuito.

2. En segundo término, advierte esta Colegiatura que la argumentación que ofreció la censora para sustentar el recurso de apelación raya en la indebida argumentación, pues en efecto, tal y como lo advirtieron los sujetos procesales no recurrentes, no controvertió el análisis y los argumentos efectuados por el funcionario de primer grado, no obstante, en virtud del principio de caridad⁸ propio de la filosofía analítica, la Sala pasará a exponer las razones que la llevarán a desatender la argumentación que expuso la apoderada de la víctima de la siguiente manera:

3. Pues bien, se destaca entonces, que la Fiscal Delegada que presentó la petición de preclusión tiene competencia para investigar los hechos y eventualmente acusarlos, como se concluye de la interpretación sistemática de los artículos 250 de la Carta, y 34 de la ley 906 de 2004.

⁶ Audiencia del 7 de julio de 2022. Quinto audio. Minuto: 2:40

⁷ Ídem: Minuto: 13:45

⁸ El principio de caridad comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible (CSJ AP, 9 de septiembre de 2015, rad. 46235).

En efecto, el artículo 250 de la Constitución Nacional, prescribe que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. En ejercicio de dicha atribución deberá solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones o de las indagaciones, en los eventos previstos en la ley y cuando no hubiere mérito para acusar.

Este instituto, reglamentado en la ley 906 de 2004, en los artículos 331 al 335, permite que en cualquier etapa de la actuación -indagación, investigación y juzgamiento- pueda el fiscal pedir al juez de conocimiento la preclusión, de no existir mérito para acusar y comprobarse la existencia de cualquiera de las siguientes causas previstas en el art. 332:

- Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal;
- Existencia de un motivo que excluya la responsabilidad,
- inexistencia del hecho investigado;
- Atipicidad del hecho investigado;
- **Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;**
- **Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia;**
- Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.

También se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez establecida la concurrencia de cualquiera de las causales de extinción de la acción penal previstas en el artículo 77 del mismo Estatuto Procesal Penal.

Adicionalmente, la preclusión sólo podrá ser decretada por el juez de conocimiento a petición de la fiscalía de acreditarse como atrás se dijo, alguna de las causales que para el efecto están previstas, en el artículo 332 de la ley 906 de 2004, o cualquiera de las que originan la extinción de la acción penal,

previstas en el artículo 77 ibidem. Decisión que hace tránsito a cosa juzgada una vez cobre firmeza.

4. Ahora bien, respecto de la causal 5ª del art. 332 del C. de P.P invocada por la fiscalía, esto es, la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado ha indicado la jurisprudencia:

“[...] supone la presencia de evidencia física o elementos probatorios que transmitan la certidumbre sobre la total ausencia de compromiso del imputado en el hecho materia de investigación, esto es, que a partir de esos medios de cognición se pueda inferir con suficiente certeza que el indiciado no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, cómplice o interviniente en la conducta punible, vale decir, que es totalmente ajeno a ella”⁹.

Del caso concreto

6. Precisamente en ejercicio de esas facultades antes mencionadas y con fundamento en el resultado que arrojó la labor investigativa, la fiscalía solicitó la preclusión de la actuación seguida en contra de Alberto de Jesús Cárdenas González, al alegar ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, pues si bien es cierto, funcionarios de la DIAN en ejercicio de sus funciones encontraron en las instalaciones de la Empresa de Transporte Coordinadora Mercantil, mercancía presuntamente ingresada al país de manera irregular, y en ese sentido compulsaron copias para que el representante legal fuera investigado penalmente por el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, también lo es que, en su sentir este ciudadano nada tuvo que ver en esos hechos, pues sus funciones son las de administrar la empresa sin que le fuera posible prever o evitar la comisión de la conducta punible.

7. Para soportar su pretensión allegó los siguientes elementos materiales con vocación probatoria:

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 31537 del 17 de junio de 2009.

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado 050016000248-2016-13070
Alberto de Jesús Cárdenas González

- i) Denuncia penal del 31 de octubre de 2016 suscrita por un funcionario de División Jurídica de la DIAN.
- ii) Informe de aprehensión 2475 del 31 de agosto de 2016 suscrita por el jefe de Fiscalización aduanera de la DIAN.
- iii) Acta de hechos y control de la DIAN.
- iv) Guías No. 20031487244, 20031487245 de la Empresa Transportadora Coordinadora Mercantil donde figura como remitente y receptor de la mercancía Jorge Giraldo, quien envía desde la ciudad de Cali, centro comercial Fortuna oficina 15 hacia esta ciudad calle 43 No. 73-51 apto 603.
- v) Acta de aprehensión de la mercancía, informe de acto administrativo y cadena de custodia, suscritos por funcionarios de la DIAN.
- vi) Formulario de Registro Único Tributario en el que se observa que la cedula de ciudadanía No. 16.596.307 figura a nombre de Víctor Hugo Muñoz Cuartas.
- vii) Formulario de Registro Único Tributario a nombre de Alberto de Jesús Cárdenas González y de la Empresa Transportadora Coordinadora Mercantil.
- viii) Informe de investigador de campo del 7 de abril de 2021, uscrito por el funcionario de policía judicial Jesús Antonio Mejía Arismendi.
- ix) Resolución por medio de la cual se decomisó una mercancía aprehendida del 26 de octubre de 2016 suscrita por funcionarios de la DIAN.
- x) Guías de transporte de la empresa Inter Rapidísimo S.A a nombre de Coordinadora Mercantil y Jorge Giraldo.
- xi) Informe de investigador de campo del 28 de mayo de 2021, suscrito por el funcionario de policía judicial Jesús Antonio Mejía Arismendi en el que se verificó la dirección calle 43 No. 73-51 apto 603, la carrea 56 No. 46-46 piso 1 de esta ciudad y Centro Comercial Fortuna oficina 15 de la ciudad de Cali Anotación a nombre de Santiago Marín Noreña investigado por el delito de lesiones personales dolosas por hecho ocurridos el 5 de agosto de 20196 en la ciudad de Cali.
- xii) Informe de investigador de campo del 2 de marzo de 2021, suscrito por el funcionario de policía judicial Jesús Antonio Mejía Arismendi, en el que se obtiene consulta web de los números de identificación correspondientes a Jorge

Giraldo y Alberto de Jesús Cárdenas González, así como consulta en el sistema ADRES.

xiii) Constancia de arraigo familiar y social del señor Alberto de Jesús Cárdenas González.

xiv) Órdenes a policía judicial del 10 de febrero de 2021 e informe de la consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, relacionados con la plena identidad de Alberto de Jesús Cárdenas González; y.

xv) Carpeta que contiene actas de búsqueda selectiva en bases de datos, control previo y posterior suscritas por diferentes Jueces de Control de Garantías de esta ciudad en las que se ordena a la Empresa Coordinadora Mercantil que brinde toda la información relacionada con las guías de transporte que terminan en los números 244, 245,702,701 y 700, así como los datos biográficos del receptor de las mercancías que reposan a nombre del ciudadano Jorge Giraldo, así como la identificación del consignatario y destinatario, entre otros.

8. Dicha postura fue respaldada por la defensa, sin embargo, encontró oposición expresa por parte de la apoderada de la DIAN en su calidad de representante de víctimas, quien adujo que la fiscalía no agotó todas las labores investigativas tendientes a identificar el autor del delito, además consideró que la Empresa de Transporte Coordinadora Mercantil tiene responsabilidad en este asunto, por tanto, era su representante legal el llamado a responder penalmente. Es claro que a una conclusión diferente arribó el Juez de instancia, quien luego de un pormenorizado análisis de todos y cada uno de los medios de convicción allegados por la fiscalía, descartó la participación del señor Jesús Alberto Cárdenas González, representante legal de la Empresa Coordinadora Mercantil en la conducta, al deducir que no existe evidencia que permita inferir que está dando instrucciones a los empleados para admitir mercancía que haya ingresado irregularmente al país, es decir, que no era posible afirmar que el indicado Cárdenas González fuera autor, coautor, cómplice, interviniente o determinante en el comportamiento objeto de investigación y resaltó eso sí, que la mercancía hallada por los funcionarios de la DIAN no estaba en su oficina, tampoco fue transportada en su vehículo y mucho menos él estaba en la ciudad de Cali como para relacionarlo con la mercancía enviada.

De esa manera, aunque considera que la conducta en efecto existió, no así la participación de Alberto de Jesús Cárdenas González y de esa manera precluyó la acción penal a su favor por encontrar acreditada la causal 5ª del art. 332 del C. de P.P, aclarando eso sí que la conducta no hace parte de su decisión y que mientras perviva el ejercicio de la acción penal, la fiscalía debe seguir investigando a Jorge Giraldo o a otros presuntos responsables.

9. Inconforme con la decisión, la apoderada de la DIAN apeló y en ese sentido, sostuvo que era necesario determinar si la Empresa Transportadora Coordinadora Mercantil estuvo involucrada en el hecho investigado, sobre todo cuando uno de los verbos de la conducta descrita en el art. 320 del C.P es transportar, del mismo modo consideró que dicha empresa no realizó ningún esfuerzo para identificar a la persona que estaba efectuando el contrato de transporte y en ese sentido, es responsable en calidad de tenedora de las mercancías decomisada, de ahí que deba ser vinculada al proceso penal.

10. Como se dijo al inicio de esta decisión, la censura no está llamada a prosperar, pues la Sala comparte los argumentos realizados por el *a quo* para concluir que Alberto de Jesús Cárdenas González en su calidad de representante legal de la Empresa Transportadora Coordinadora Mercantil no tuvo ninguna injerencia en la conducta punible que se investiga. El envío desde la ciudad de Cali de una mercancía en condiciones irregulares hacia esta ciudad, la realizó un ciudadano que dijo llamarse Jorge Giraldo, a quien la fiscalía aún no ha identificado plenamente dado que el numero de la cédula y las direcciones por éste aportadas en las guías de transporte, al parecer fueron adulteradas o no se corresponden.

Nótese además, como la censora en su discurso ni siquiera hace alusión a la presunta responsabilidad del señor Alberto de Jesús en la conducta típica de favorecimiento y facilitación del contrabando, por el contrario, su señalamiento fue en contra de la Empresa Coordinadora Mercantil, afirmación que contiene varios desaciertos, pues de un lado, carece de cualquier sentido jurídico la discusión en torno al adelantamiento de un proceso en contra una persona jurídica cuando es bien sabido que la responsabilidad penal se halla consagrada

en nuestro ordenamiento como propia de las personas naturales, sin que sea posible equiparar la conducta típica de favorecimiento y facilitación del contrabando a la de omisión de agente retenedor en la que los representantes legales de las empresas son considerados responsables del manejo tributario de las sociedades ante la DIAN.

Y de otro, el art. 320 del C.P es muy claro en señalar que incurre en la conducta “*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...*”, es decir, que el sujeto activo a pesar de que no tiene una calidad determinada si debe estar ejecutando materialmente alguno de los verbos rectores descritos en la norma, circunstancia que en *sub judice* no es posible predicar de Alberto de Jesús Cárdenas González, pues ni siquiera de los hechos jurídicamente relevantes descrito por la fiscalía se deduce su participación en el ilícito.

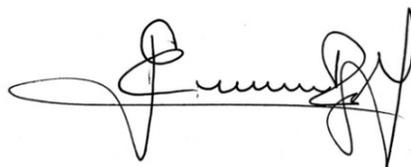
En síntesis, los enunciados elementos probatorios permiten concluir con sobrada certeza que, Alberto de Jesús Cárdenas González no participó en la conducta punible de favorecimiento y facilitación del contrabando, pues nada sugiere que fue él quien, a título personal, la ejecutó. Por último, de resaltarse, que lo decidido en modo alguno conduce a la impunidad como pareciera colegir la recurrente, pues cobija única y exclusivamente al indiciado **Alberto de Jesús Cárdenas González**, sin perjuicio de que la fiscalía continúe con la averiguación tal y como lo advirtió el funcionario de primer grado. En ese sentido, se confirmará la decisión objeto de recurso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **RESUELVE: CONFIRMAR** el auto proferido el 7 de julio pasado, por el Juzgado 11 Penal del Circuito de esta ciudad, que precluyó la acción penal a favor de **Alberto de**

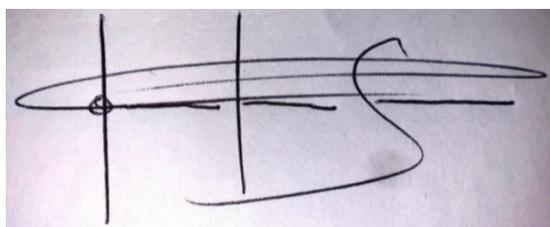
Jesús Cárdenas González, por el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BÓTERO
MAGISTRADO