

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001 6001250 2016-02296

Acusado: Katherine Montoya García, Juan David Montoya García y Juan Alberto Montoya Zuluaga

Delito: Favorecimiento y facilitación del contrabando

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Acta N° 64

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Décima de Decisión Penal

Medellín, siete (7) de junio de dos mil veintitrés (2023)

1.- VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor, contra la decisión proferida por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, el 9 de marzo de 2023, mediante la cual negó la preclusión por prescripción de la acción penal.

2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se reseñará solo lo más relevante al objeto de apelación así:

2.1.- El día 21 de septiembre 2022, se llevaron a cabo ante Juez de Control de Garantías las audiencias preliminares dentro del proceso penal de la referencia, allí los procesados Katherine Montoya García, Juan David Montoya García y Juan Alberto Montoya Zuluaga fueron declarados contumaces y se les imputó en calidad de coautores la comisión del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando -artículo 320 inc. 1. de la Ley 599 de 2000-, verbos rectores tener y poseer.

2.2. El fiscal radicó escrito de acusación por los mismos cargos, señalándose los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

“...El día 21 de septiembre de 2016, se realiza diligencia de registro y allanamiento en la dirección calle 32 N. 71-3 de Medellín, inmueble en donde se encontraba la señora Katherine Montoya García [...] quien manifestó ser la administradora del inmueble, donde se hallan los siguientes elementos:

DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	AVALÚO
<i>calzado tipo tenis marca Converse, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	12	58.733
<i>calzado tipo tenis marca Adidas, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	91	78.541
<i>calzado tipo tenis marca Diesel, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	64	73.125
<i>calzado tipo tenis marca Nike, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	162	73.070
<i>calzado tipo tenis marca Lacoste, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	113	59.583
<i>calzado tipo tenis marca Polo Ralph Lauren, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	60	59.583
<i>calzado tipo tenis marca Reebok, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	05	64.458
<i>calzado tipo tenis marca New Balance, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	239	68.250
<i>calzado tipo tenis marca Oakley, sin referencia, ni composición, diferentes tallas, de procedencia extranjera</i>	250	59.583

La mercancía relacionada fue aprehendida por la Dian al no contar con los documentos soportes que dieran cuenta de su legal introducción al territorio Nacional Aduanero, de conformidad con las normas aduaneras que así lo regulan, esto es, el artículo 502 numeral 1.6 del Decreto 2685 de 1999, además de no contar con el reglamento técnico de etiquetado art 1.28 de la misma normatividad.

Posteriormente, la Dian ordena el decomiso formal de la mercancía aprehendida, dándole completa validez al procedimiento adelantado a la fecha. El avalúo de la mercancía se estableció en la suma de sesenta y seis millones doscientos siete mil dieciséis pesos (\$66.207.016), avalúo que fue realizado de acuerdo con la disposición establecida en la resolución 2204 de 10-agos-2016 y con los lineamientos establecidos en el memorando 000026 de 18-ene-2012 para la valoración de mercancías, en tal sentido, se evidencia que dicho valor supera los 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, toda vez que el salario mínimo para la fecha de los hechos correspondía a seiscientos ochenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos M.L. (\$689.455).

Durante la diligencia se acercan al lugar los señores Juan Alberto Montoya Zuluaga [...], quien manifestó ser el propietario de la mercancía, y Juan David Montoya García [...] quien informó ser empleado del señor Juan Alberto Montoya Zuluaga por lo cual junto con la señora Ketherine Montoya García, se vinculan en calidad de propietarios y/o tenedores de la mercancía.”

2.3. La actuación correspondió por reparto al Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, y el 28 de febrero de 2023, una vez abierto el trámite para la audiencia de formulación de acusación, el defensor, conforme al artículo 457 de la Ley 906 de 2004, solicitó la nulidad de lo actuado por violación de garantías fundamentales, ello debido a que la acción penal se encontraba prescrita.

Lo anterior por cuanto, sus prohijados fueron convocados para audiencia de formulación de imputación los días 17 y 20 de septiembre de 2022, pero no se hizo, indicando los jueces que la acción penal prescribía el 20 de septiembre de 2022, realizándose finalmente el 21 de ese mes y año.

Explicó que debe verificarse en este caso el momento de consumación del delito, que a su juicio inició cuando empezaron los actos de investigación, pues se entiende ejecutado en el lugar y tiempo donde el agente posea, tenga, transporte, almacene o distribuya la mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, y en este caso, si los verbos rectores fueron tener y poseer, entonces la acción penal inicio el 19 de septiembre de 2016 cuando “una fuente humana” comunicó a la fiscalía que en un inmueble del barrio Belén había mercancía de contrabando, disponiendo que la Policía Nacional hiciese un seguimiento o verificación, en consecuencia, cuando se hizo la declaratoria de contumacia y la imputación, ya se había superado el lapso de 6 años de la pena máxima del delito endilgado –CSJ. Rad. 56013 de 2020-.

Manifestó que si en gracia de discusión se considera que ello no es así, al argumentarse que la acción penal inició el 21 de septiembre de 2016 fecha en la que se realizó el allanamiento y registro, igualmente opera la prescripción, por cuanto, el artículo 118 del Código General del Proceso indica: “... Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año...”, lo cual significa que para el día 21 de septiembre de 2022, venció el lapso.

Solicitó se declare que la acción penal para el momento de la imputación se encontraba prescrita, y, por tanto, se decrete la preclusión –artículo 332 numeral 1 CPP-.

2.4. La fiscal se pronunció indicando, respecto a la fecha de consumación del delito, que si bien se recibió información acerca de su comisión el 19 de septiembre de 2016, lo cierto es que solo se configuró cuando los procesados fueron sorprendidos teniendo y poseyendo la mercancía de origen extranjero sin los documentos que acreditasen su legal ingreso al territorio nacional; ello por cuanto, se trata de una conducta de ejecución instantánea y no de aquellas que se prolongan en el tiempo.

Expresó frente a lo establecido en el artículo 118 del Código General del Proceso, que el término para iniciarse la acción penal era inclusive hasta el 21 de septiembre de 2022, cuando se logró formular imputación, en consecuencia, la petición de la defensa no debe prosperar.

2.5. La delegada del Ministerio Público, afirmó que la ocurrencia de los hechos fue el 21 de septiembre de 2016, fecha en la que se sorprendió a los procesados en situación de flagrancia, y a su juicio, para el día 20 de septiembre de 2022 vencía el término para imputar, por lo cual, deja a consideración del juez el criterio del término para efectos de la prescripción.

2.6. El apoderado de la DIAN, en su calidad de víctima, refirió que el suceso acaeció el 21 de septiembre de 2016, cuando se realizó el acta de aprehensión y comiso de la mercancía de origen extranjero sin documentación legal de ingreso y permanencia en el territorio nacional; y de acuerdo al artículo 320 CP, la formulación de imputación se hizo dentro del término establecido en el artículo 83 del CP, por ende, no operó el fenómeno de prescripción de la acción penal.

3.- DECISIÓN APELADA

La Juez inició indicando que el defensor no planteó ningún argumento para soportar la nulidad, por lo que, se pronunciaría frente a la preclusión por prescripción de la acción penal.

Advirtió que la conducta punible se consumó el 21 de septiembre de 2016, día en el que se llevó a cabo la diligencia de allanamiento y registro e incautación de la mercancía de contrabando, y la posición asumida por la defensa se desestima con la misma decisión que puso en conocimiento al momento de argumentar su petición –CSJ. Rad. 54699 de 21 de julio de 2021-, pues se trata de una conducta de ejecución instantánea, el verbo rector se materializó cuando fueron sorprendidos con la mercancía, y en los actos investigativos no era posible adjudicarles compromiso alguno.

Explicó que conforme a los artículos 83 y 320 del CP, la conducta prescribiría el 21 de septiembre de 2022, inclusive, día en que precisamente se llevó a cabo la imputación, y si bien, el estatuto procesal penal no establece cómo se inicia el conteo del término, por principio de integración se debe acudir al artículo 118 del Código General del Proceso, pudiéndose establecer que al momento de formularse imputación la acción penal no se hallaba prescrita.

En esos términos, negó la petición.

4.- MOTIVOS DE DISENSO

4.1.- El defensor insistió en que de acuerdo con el artículo 83 del CP el delito prescribe según el máximo de la pena previsto en la ley, y en este caso, sería 6 años contados a partir de la consumación de la conducta prevista en el artículo 320 del CP, esto es, desde el momento en que iniciaron los actos de investigación -19 y 20 de septiembre de 2016- al 21 de septiembre de 2022, fecha en que se imputó, por lo que ya había transcurrido ese lapso.

Solicitó se revoque la decisión y en su lugar se decrete la prescripción de la acción penal.

4.2.- No recurrentes.

4.2.1. La Fiscal manifestó que, de acogerse el criterio propuesto por el defensor, una conducta de ejecución instantánea se tornaría en permanente, esto a partir del 19 de septiembre de 2016, cuando iniciaron los actos investigativos hasta el 21 de ese mes y año en que se encontró la mercancía, no obstante, en uno u otro sentido el término prescriptivo no sería diferente al 21 de septiembre de 2022.

4.2.2.- La delegada del Ministerio Público reiteró que los hechos se consumaron al momento de la incautación de material proveniente del contrabando, pues si se entiende que fue antes, los elementos podrían ser diferentes a los que “la fuente humana” (anónimo) entregó, entonces, si el suceso fue el 21 de septiembre de 2016 la fiscalía tenía hasta el 20 de septiembre de 2022 para formular imputación, por tanto, para la fecha en que se llevó a cabo ya estaba prescrita.

5.- CONSIDERACIONES

Es competente la Sala para resolver el asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el Art. 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, y, comoquiera que el límite del recurso lo impone la pretensión misma del impugnante, se atenderá estrictamente esa argumentación para dar respuesta a la censura.

El problema jurídico se centra en determinar si erró el juez de instancia al negar la preclusión por prescripción de la acción penal, veamos:

El artículo 83 de la Ley 599 de 2000 dispone el plazo con que cuenta el Estado para el ejercicio de la potestad punitiva, esto es, el término máximo de la pena prevista en la ley para cada punible, no pudiendo ser inferior a 5 años ni superior a 20, lapso que se interrumpe con la formulación de imputación –artículo 86 CP- comenzándose a contar de nuevo por un periodo igual a la mitad del señalado en la citada norma sin que sea inferior a 3 años.

Ahora bien, según el artículo 84 del CP el tiempo empieza a contabilizarse desde el día en que se consumó el hecho en las conductas de ejecución instantánea, o desde el último acto en las permanentes y tentadas; y, el artículo 26 de la misma obra, preceptúa que el comportamiento se entiende realizado en el momento en que se lleve a cabo la acción u omisión.

Respecto al cómputo de términos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado:

“Debido a que la Ley 906 de 2004, dentro del capítulo IV del título VI, artículos 156 y siguientes, no ofrece la respuesta del día exacto en que inicia el conteo y la culminación de los términos en general, y tampoco lo hace el Código Penal, para resolver esa disyuntiva debe acudir a los criterios de interpretación sistemático y a

la interpretación más benigna al procesado establecida en nuestro ordenamiento jurídico desde la consagración del artículo 45 de la Ley 153 de 1887.

Lo anterior, sin olvidar que en virtud al principio rector de integración (artículo 25 del C.P.P.), en los asuntos no regulados expresamente en la Ley 906 de 2004 son aplicables las normas del Código General del Proceso y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

(...)

Es por ello que todas las disposiciones que puedan servir para resolver el caso deben interpretarse siempre en favor del procesado. Y en ese sentido el Código General del Proceso se ocupó de establecer un régimen de cómputo de términos mucho más completo que el establecido en la Ley 906 de 2004, estableciendo en el artículo 118 que:

“ARTÍCULO 118. CÓMPUTO DE TÉRMINOS.

[...]

Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. *Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.”...¹*

Y, frente al día exacto en el que prescribe la acción penal, dicha Corporación ha ilustrado:

“... en providencia del seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019) radicado 49445, expuso:

*“Por manera que, si el 4 de octubre de 2003 se interrumpió la prescripción con la formulación de la imputación, a partir de tal día comenzaba el nuevo lapso para que operara el fenómeno que extingüía la acción penal, el cual evidentemente era de tres años, dada la pena estipulada para el delito de perturbación de la posesión sobre inmueble, en el artículo 264 del Código Penal, de modo que se **extendía hasta el 4 de octubre de 2016, inclusive**, tal como se concluyó en la discusión del asunto y fue la postura acogida mayoritariamente.*

Esa postura fue reiterada en los radicados 50420 del veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019) y más recientemente, en providencia del quince (15) de abril de dos mil veinte (2020), en radicado 49672.”²

En este caso, lo primero que ha de indicarse es que el 21 de septiembre de 2016, en diligencia de allanamiento y registro, Katherine Montoya García, Juan

¹ CSJ. Sala Penal. Rad. 56013 de 2020

² Ídem

David Montoya García y Juan Alberto Montoya Zuluaga fueron sorprendidos con mercancía introducida al país ilegalmente, lo cual significa que la acción calificada como favorecimiento de contrabando se consumó en esa fecha, pues se trata de un delito instantáneo, esto es, se efectúa en el instante en que se produce el resultado.

Entonces, desacertado resulta el argumento del censor tendiente a plantear que el término prescriptivo se debe contar desde los actos investigativos cuando la fuente humana puso en conocimiento de las autoridades los presuntos sucesos, pues en ese momento no se había materializado la acción, en tanto solo se inició la averiguación acerca de la posible existencia de un hecho con apariencia de delito, que se confirmó con lo incautado en la diligencia de allanamiento y registro.

Ahora, lo segundo que debe aclararse y de acuerdo a la jurisprudencia en cita, es que el día exacto en que culmina el plazo con el que cuenta la fiscalía para formular la imputación, corresponde al mismo día en que empezó a correr el término, esto es, el cómputo inicia el día de la ocurrencia del hecho y finaliza el mismo día, inclusive, del respectivo mes y año, según el máximo de pena fijado en la ley,

Y en este asunto, se tiene que, en relación con la conducta punible de favorecimiento y facilitación de contrabando, el artículo 320 inciso 1 del Código Penal prevé una pena máxima de 6 años de prisión, y por sucesos acaecidos el 21 de septiembre de 2016 se formuló imputación el 21 de septiembre de 2022, lo que significa que a ese momento no había fenecido el lapso de 6 años con que contaba el ente acusador para iniciar el ejercicio de la acción penal.

En esa medida, no hay lugar a decretar la prescripción como lo sostiene el defensor, y, en consecuencia, sin mayores lucubraciones, la decisión recurrida será confirmada.

En mérito de lo expuesto, **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-**,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión objeto de apelación.

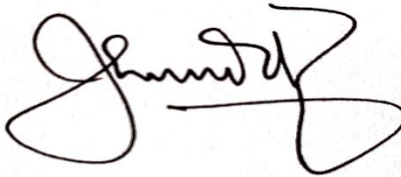
SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno porque agota la instancia.

TERCERO: Devuélvase al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO**