

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

AP1667-2014

Radicación N° 43007

(Aprobado acta N° 093)

Bogotá, D.C., dos (02) de abril de dos mil catorce (2014).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Eberd Zapata Martínez, contra la sentencia de segunda instancia proferida, el 15 de octubre de 2013, por el Tribunal Superior de Cali, mediante la cual confirmó la dictada, el 25 de enero del mismo año, por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, que condenó al mencionado a las penas principales de 9 años de prisión y multa 2050 salarios mínimos legales vigentes en 2010 y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de comerciante y de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal, como autor de los delitos de contrabando y corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico.

I. ANTECEDENTES

Los hechos legalmente probados son los siguientes:

El 22 de octubre de 2008 el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía recibió información de una fuente no formal, en el sentido de que en la carrera 106 N° 12A- 150, casa 10, conjunto residencial Jockey Club, barrio Jardín, de Cali, estaban almacenados aproximadamente 2.000 glucómetros marca Optium, cuyas tirillas se encontraban vencidas, por lo cual la lectura de la prueba arrojaría resultados inciertos, poniendo por ende en riesgo la salud de las personas. Informó también el ciudadano anónimo que la mercancía había sido ingresada al país de manera ilegal, teniendo en cuenta que el único autorizado para importar dicho producto a Colombia era ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A., cuya planta principal opera en Estados Unidos, donde se elabora el producto.

En desarrollo de las actividades de verificación de la información se estableció por el CTI la existencia del inmueble denunciado, en donde, el 23 de octubre de 2008, se llevó a cabo diligencia de allanamiento y registro, que fue atendida por Humberto Zapata Martínez (hermano de Eberd Zapata Martínez, propietario del mismo), en el cual se hallaron 66 cajas de cartón, una de ellas vacía. Dentro de las demás cajas se encontraron unas más pequeñas de color azul, con inscripción de la marca Optium en letra de color blanco, con instrucciones en idioma inglés y el logo de un glucómetro en su parte externa; al interior de cada una de estas cajas se hallaban cinco catálogos y una caja más pequeña de color azul, que a su vez albergaba diez tirillas de la misma marca, con la inscripción “EXP. DATE” 31 de agosto de 2008, un glucómetro azul oscuro marca Optium, una lanceta para la perforación de la piel y un estuche negro. Al hacer el conteo de los elementos hallados, se constató que se trataba de 1942 glucómetros y 19420 tirillas. Así mismo en el inmueble se incautaron un equipo endometrial y uno de endoscopia.

Los elementos anteriormente citados, valuados en Colombia en \$197.328.872, fueron enviados en junio de 2008 desde Estados Unidos por el señor Ángel Rayo, a la casa de su cuñado Eberd Zapata Martínez (en donde fueron incautados), por intermedio de la Empresa ABE CARGO EXPRESS, quien los ingresó al país por vía aérea, sin que las autoridades aduaneras pusieran objeción a la importación, toda vez que llegaron de manera fraccionada, en cajas de seis unidades cada una.

Por petición de Ángel Rayo, Eberd Zapata entregó algunos glucómetros a algunos amigos y conocidos, para que los miraran o para satisfacer alguna necesidad.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 7 de octubre de 2009 se llevó a cabo audiencia preliminar, en la cual la Fiscalía imputó a Eberd Zapata Martínez la comisión de las conductas punibles descritas en los artículos 319, modificado por el artículo 69 de la Ley 788 de 2002, y 372, modificado por el artículo 5º de la Ley 1220 de 2008, ambos del Código Penal. En el curso de la misma se impuso a Zapata Martínez medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio, la cual fue revocada por el Juzgado 14 Penal del Circuito, quien le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

2. El 06 de noviembre siguiente la Fiscalía radicó escrito de acusación.

3. El 11 de marzo de 2010 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía formuló a Zapata Martínez cargos como autor de las conductas de contrabando y corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, en las modalidades de distribución y comercialización.

4. Luego de celebradas las audiencias preparatoria y de juicio oral, fueron proferidas las sentencias antes descritas.

5. Inconforme con la sentencia del Tribunal, por intermedio de su abogado, Eberd Zapata Martínez presentó demanda de casación.

I. DEMANDA DE CASACIÓN

Con base en causales primera y tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante postula las siguientes censuras:

A. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

En el ámbito de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el casacionista postula dos cargos, así:

Primer Cargo – Violación de la garantía fundamental in dubio pro reo, vulneración de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 319 y 372 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 7º del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar el cargo aduce el libelista que la condena de Zapata Martínez constituye una violación a la garantía fundamental de la libertad y dignidad humanas, pues el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 11 del Código Penal cuando habló de un supuesto peligro, por lo cual también aplicó indebidamente los artículos 319 y 372 ibídem, al enrostrarle los delitos allí tipificados sin que su conducta se adecuara a los verbos rectores establecidos en tales normas.

En cuanto al delito descrito en el artículo 319 del Código Penal, sostiene el censor que el Tribunal admite que se trata de un contrabando técnico, consistente en importar

productos sometidos a la vigilancia del INVIMA sin el respectivo permiso de dicha entidad para ingresarlos a Colombia, conclusión a la que arribó con base en los testimonios de los representantes de la DIAN, de ABBOTT y de INVIMA, en el sentido de que los productos ingresaron ilegalmente al país.

Sin embargo, aduce, en su valoración probatoria el juzgador desconoció que con el testimonio de la señora Rocío Yamiltey Aux Luna, Gerente de ABE Cargo Express, quedó probado en el proceso que toda mercancía que esa empresa importaba a Colombia pasaba por el control aduanero y que, en consecuencia, la DIAN hacía la revisión en el aeropuerto respectivo y verificaba el cumplimiento de los requisitos legales, luego de lo cual daba el aval para que la firma transportadora procediera a hacer las nacionalizaciones y las entregas, lo que ocurrió también en este caso, en el que los glucómetros enviados por Ángel Rayo fueron puestos a disposición de la DIAN, sin que pusiera inconveniente por el ingreso de tales equipos al país.

De lo anterior infiere el memorialista que su prohijado no fue importador, ya que es claro que los bienes incautados pertenecen a su cuñado Ángel María Rayo, persona que los negoció, exportó y envió desde los Estados Unidos, pero además estos cumplieron con todos los controles por parte de la DIAN.

En cuanto al delito de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, sostiene el recurrente que lo único cierto es que para el momento del allanamiento los elementos incautados tenían una vigencia o caducidad, pero no se le puede imputar a su representado el delito en mención con base en un documento que nunca fue introducido al juicio oral, único medio de prueba al cual se le dio plena credibilidad por parte de los juzgadores, máxime cuando no hay prueba sumaria documental ni testimonial de entrega o recibo del producto por un tercero, aunado a que no se demostró que alguno de los glucómetros se hubiere suministrado a algún paciente o persona natural que haya resultado afectada por la compra o utilización del

mismo, para demostrar su peligrosidad penal.

Por lo expuesto considera que el camino a seguir en este caso es aplicar el principio in dubio pro reo, consagrado como principio rector en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Segundo Cargo- Vulneración directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 11 y 372 del Código Penal, y falta de aplicación de los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 5º y 7º del Código de Procedimiento Penal.

Arguye el demandante que cuando el Tribunal realiza el estudio sobre la ocurrencia de la conducta, aplica erróneamente el artículo 11 del Código Penal al darle un alcance que no tiene, desconociendo de este modo la literalidad del mismo, su espíritu y la jurisprudencia, a punto que de haber sido aplicado de manera correcta, se hubiere concluido en la “atipicidad” (sic) del comportamiento.

Lo anterior, por cuanto no se demostró que una persona con nombre propio que hubiera usado un glucómetro haya sufrido un quebrantamiento que hubiese puesto en riesgo su salud por utilizar las tirillas vencidas, porque el delito es de resultado, es decir, para que se configure es necesario que se presente un peligro real, efectivo, de suerte que la mera tenencia de las “sustancias alimenticias adulteradas” (sic) no constituye delito, si no están destinadas a ser consumidas por personas indeterminadas, pues bien pueden ser destinadas para otros fines.

En respaldo de lo expuesto aduce que las tirillas vencidas no ponen en riesgo la salud de las personas porque: (i) no contienen ninguna sustancia que al ser administrada produzca algún daño; (ii) la fecha de vencimiento (sin adulteración ni cambios) cumple con el objetivo de dar información precisa al usuario para que tome una decisión con conocimiento (por ejemplo, de no usarlas), cumpliendo la finalidad para la cual fue creada la norma; (iii) es obligación del consumidor buscar y leer la fecha de vencimiento, amén de

que en este caso dicho rótulo desvirtúa la mala fe o el actuar doloso; (iv) no hay pruebas de que estuvieran corruptas; (v) los glucómetros no son considerados ni la única ni la mejor medida para el control de la diabetes, y, (vi) según los testigos Beatriz Vives y Meyer Cañón, aún estando las cintillas caducas, el glucómetro puede dar una lectura correcta.

De otra parte, sostiene que al tratarse de un tipo penal en blanco, el sentenciador debía acudir al ordenamiento jurídico que regula los productos, que en este caso es el Decreto 3770 de 2004, artículo 2º, que define los glucómetros y las tirillas, de donde infiere que éstas no clasifican en ninguna de las categorías mencionadas en el artículo 372 del Código Penal, esto es, no se les puede catalogar como material profiláctico, como lo hizo erróneamente el Tribunal.

Lo anterior, por cuanto los reactivos (como lo son las cintillas de medición de glucosa), no son suministrados o administrados, ni se ponen en contacto con la persona para producir un efecto preventivo o curativo, ni entran a formar parte del metabolismo de la persona, sino que son utilizados para usar fuera del organismo, por lo cual la legislación sobre reactivos es diferente a la de alimentos, medicamentos y profilácticos mencionados en el artículo 372 del Código Penal. Otro tanto ocurre con los glucómetros, los cuales no pueden ser considerados como material profiláctico, por cuanto ellos no tienen ninguna sustancia que tenga la particularidad de preservar o proteger de alguna enfermedad, en la medida en que ellos no sirven para prevenir la diabetes, ni tampoco constituyen un tratamiento para la misma, sirviendo solamente para hacer el diagnóstico.

A partir de la premisa anterior, estima que la gravedad del yerro planteado radica en que al dársele a los glucómetros y a las tirillas el carácter de material profiláctico, siendo ello contrario a su definición legal, se arribó por el Tribunal a una conclusión de condena que afecta gravemente los derechos fundamentales del procesado, como son la libertad y el

debido proceso, pues no obran pruebas de su responsabilidad.

A. VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

Al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el censor formula tres cargos:

Primer cargo. Violación de la garantía fundamental de la legalidad, por violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 319 y 372 del Código Penal, proveniente por error de hecho por falso juicio de existencia y por falta de aplicación de los artículos 29, inciso primero, de la [Constitución Política](#), y 6 del Código de Procedimiento Penal.

El censor sustenta el cargo señalando que la sentencia atacada se basa en la peligrosidad, así como en la comercialización de los glucómetros, en una supuesta y aparente venta de los mismos realizada por el señor Eberd Zapata Martínez, apreciando un manuscrito que no fue introducido en el debate probatorio, prueba documental que solo fue de referencia por una de las testigos pero que jamás fue parte del juicio y sin embargo se le hizo producir efectos en contra del procesado, apoyando la sentencia en la misma.

En este sentido añade que los Magistrados suponen la prueba de la existencia del hurto de las mercancías en Estados Unidos, pese a que ésta también solo fue referenciada por uno de los testigos, pero al juicio oral no fue aportada denuncia penal alguna.

De otra parte, sostiene que el Tribunal acudió a la definición que de glucómetro trae Wikipendia, omitiendo valorar el testimonio de la señora Beatriz Eugenia Vivas sobre la no calidad de productos profilácticos, quien los catalogó como reactivos de diagnóstico in

vitro.

Así, pues, considera que de no haberse apoyado la sentencia en una prueba inexistente, la decisión habría sido diferente, porque al no haberse demostrado que los glucómetros fueron comercializados, la conducta del procesado no encaja dentro de los verbos rectores que establece la misma, derivando inobjetablemente su atipicidad, máxime cuando no obran otras pruebas que den certeza sobre la supuesta comercialización y cuando la prueba de referencia por sí misma no puede servir de fundamento para proferir sentencia de condena.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 319 y 372 del Código Penal, proveniente del error de hecho por falso juicio de identidad y por falta de aplicación de los artículos 29, inciso primero, de la [Constitución Política](#), y 6 del Código de Procedimiento Penal.

Al plantear este motivo de inconformidad, arguye el libelista que en el fallo impugnado el Tribunal distorsionó o tergiversó el contenido fáctico del testimonio del señor Meyer Cañón, haciéndole decir lo que en realidad no dice y, además, al no tener en cuenta apartes relevantes del mismo. Es así como el Tribunal afirmó que el referido testigo sostuvo que los glucómetros son un peligro y que éstos con las tirillas caducadas producen un daño y generan un resultado de peligro, cuando en su testimonio el señor Cañón dijo que los dispositivos no causan daños, parte ésta que no fue valorada por el juzgador pese a tratarse de un aspecto que debía tenerse en cuenta para verificar la antijuridicidad.

Insiste en este cargo el memorialista en sostener que el Tribunal omitió valorar el testimonio de la señora Beatriz Eugenia Vivas, en el sentido de que los glucómetros no son material profiláctico, aspecto importantísimo para verificar la tipicidad de la conducta.

Aduce que el Tribunal también distorsionó la prueba cuando afirmó que los glucómetros entraron sin los controles oficiales, siendo esto falso, puesto que la señora Rocío Yamileth Aux Luna, Gerente General de ABE Cargo Express, transportadora de los elementos incautados, testificó que toda la mercancía que la empresa ingresaba al territorio nacional pasaba por el control aduanero de la DIAN, reiterando para el efecto lo argüido en el cargo anterior.

Por lo expuesto, considera que ateniéndose a la valoración real de la prueba, tendría que concluirse que nunca se pretermitieron los controles, que los glucómetros no entraron clandestinamente al país, que éstos jamás se distribuyeron, que no se probó la inversión que supuestamente se hizo y que el avalúo lo hizo la DIAN pero no fue éste el valor en el que se compraron tales equipos.

Advera que lo mismo sucede con el testimonio de la señora Betty Saavedra, funcionaria de la DIAN, quien si bien manifestó que al momento de ser aprehendida la mercancía no tenía la documentación necesaria para su importación, al contestar el contrainterrogatorio insistió en que para determinar si finalmente la mercancía entró o no ilegalmente al país, era necesario conocer el resultado de la investigación administrativa que estaba adelantando la DIAN, la cual nunca fue presentada ante el juez de conocimiento, aunado a que la testigo manifestó que no sabía si finalmente se había demostrado la ilicitud de la mercancía, por lo cual el sentenciador no podía concluir que la misma entró ilegalmente al país.

Señala que quedó demostrado con el testimonio de la señora “Rocío Chaux” (sic), que fue el señor Ángel María Rayo quien declaró la mercancía y pagó su envío, declaración que fue ratificada en testimonio vertido en el juicio oral, en el cual reconoció su propiedad sobre los elementos incautados y ratificó que el procesado no tenía nada que ver ni con la mercancía ni con el envío, e incluso reconoció que por su orden algunos glucómetros fueron repartidos, pero cuando lo hizo, las tirillas aún no estaban vencidas.

Por lo anterior estima que el sentenciador de segundo grado incurrió en un yerro manifiestamente grave, pues si hubiese valorado correctamente la prueba, el resultado habría sido una sentencia absolutoria.

Tercer cargo. Violación de la garantía fundamental de legalidad, por violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 319 y 372 del Código Penal, proveniente del error de derecho por falso juicio de convicción y por falta de aplicación de los artículos 29, inciso primero, de la Constitución Política, y 6 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar el cargo el censor reitera que la sentencia se basa en meras pruebas de referencia sobre el supuesto peligro, la supuesta venta, el supuesto robo y el supuesto contrabando. Empero, al desarrollarlo procede a afirmar que los glucómetros no son considerados como la única ni la mejor medida para el control de la diabetes, pues el paciente debe mantener rutinariamente otras medidas, y, en consecuencia, son uno entre muchos controles que debe tener, aunado a que hay muchos síntomas y signos de alarma cuando la glicemia se está elevando, dando tiempo para corregirlos, ya que se trata de una enfermedad progresiva. Añade que ese riesgo disminuye o desaparece cuando el paciente está consciente de que las tirillas están vencidas, porque las usará con precaución en el caso de decidir usarlas, haciéndolo con ciertas restricciones o incluso intercambiándolas con tirillas nuevas.

En este orden de ideas, concluye, no hay prueba de que se haya agotado la conducta prevista en el artículo 372 del Código Penal, pues lo único que hay es una presunta venta escrita por una persona desconocida en un papel en donde se menciona que el procesado vendió 20 glucómetros, pero en ningún momento habla del estado en que los vendió, es decir, no describe que éstos fueron entregados sin las cintillas, ni tampoco se describe si fue una venta real y no un simple depósito para que se estudiara el estado de los equipos, como tampoco se sabe si esa “venta” fue hecha o si simplemente alguien

escribió este papelito, que no es plena prueba para inferir conducta imputada, por lo cual debe absolverse al procesado, ya que existe en su favor la presunción de inocencia.

Reitera en este acápite que el tercer elemento para condenar es la antijuridicidad, pues para ello se requiere que se lesione o ponga en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, es decir, que el peligro sea real y efectivo, pues el riesgo mínimo no contiene antijuridicidad.

En cuanto al contrabando, en este aparte de la demanda insiste el casacionista en que no es cierto que la mercancía haya entrado evadiendo el control aduanero, por cuanto la importación se delegó a la empresa ABE CARGO EXPRESS, a quien se le cancelaron más de 500.000 dólares, lo cual es una suma muy alta para el simple transporte y, por el contrario, se puede inferir claramente que Ángel Rayo estaba contratando no sólo éste sino la nacionalización de la mercancía. En consecuencia, era a ABE CARGO EXPRESS a quien correspondía realizar todos los trámites legales de importación, atendiendo las leyes colombianas, pues se trata de una empresa abierta al público, con sede en la Florida y en Colombia, por lo cual debe ser conocedora de las “leyes internas de la DIAN” (sic).

Así mismo, aduce, esa empresa presta un servicio que se llama puerta a puerta, en donde ella se hace responsable de todo el trámite, con el conocimiento de la mercancía que transporta. Por tanto, se asume que una empresa reconocida como seria y responsable en el mercado, especializada en traer mercancías a Colombia, y por ende la más apta para dicho manejo, cumpliría las leyes colombianas, aunado a que era su deber hacer saber situaciones especiales (que en ningún momento hizo). Igualmente, como consta en “los recibos que reposan en su despacho”, los equipos fueron dejados en el domicilio del señor Eberd, completándose así el servicio puerta a puerta, de modo que si se presentó irregularidad en el trámite, no fue precisamente por acción o conocimiento del procesado, por cuanto las reglas internas de la Compañía solo las conocen sus empleados, máxime cuando Zapata Martínez no se dedica a las importaciones,

ya que es comerciante de propiedad raíz.

Aduce que en ningún momento los equipos fueron ocultados, ni se escondió el origen o identificación, como puede deducirse de la forma como fueron ingresados al territorio nacional y como fueron encontrados por las autoridades. No fueron alterados ni en su contenido ni en los empaques originales; incluso la mayoría de las cajas incautadas estaban vírgenes, es decir, no se habían abierto, lo cual demuestra que no había conducta engañosa o de mala intención o de delito.

Con base en lo expuesto, afirma que éste es un caso en el que el desconocimiento de la ley sirve de excusa, pues su procurado desconocía que existiera alguna irregularidad o delito, máxime cuando se trata de “leyes reglamentarias” (sic), que son de difícil conocimiento público. Añade que, precisamente, gracias a este tipo de situaciones es que se exigen personas conocedoras del oficio para realizar actividades de importación o de comercio exterior. Por tanto considera que si se hubiera tenido la intención de evadir la aduana se hubieran buscado otras compañías con tarifas mucho más baratas y dedicadas a evadir el trámite aduanero, denominadas “CORREOS DE BRUJAS”. Añade que si se trataba de mercancías prohibidas, ello también lo ignoraba su defendido, quien tampoco conocía si se necesitaba licencia de importación de tales equipos.

Arguye que Zapata Martínez no tenía por qué evadir el trámite de importación, porque precisamente no intervino en este proceso, ni tenía conocimiento del mismo. La persona que envió los elementos tampoco tenía conocimiento de los trámites, porque hace más de 15 años vive en Estados Unidos y no ha venido a Colombia, de modo que no podía saber que necesitaba licencia de importación especial por parte de la Aduana, o que la transportadora no cumpliría con los requisitos aduaneros.

Aduce que el procesado merece credibilidad, porque es una persona sin antecedentes penales, lo que lleva a deducir que es confiable y respetuoso de la ley y las buenas

costumbres, tiene una familia y ha sido un proveedor responsable para la misma, es la primera vez que se ve envuelto en un proceso de esta naturaleza, enfrentándolo sin evadir la justicia, pues estuvo atento al desarrollo normal del juicio.

Por las razones expuestas, el memorialista deprecia a la Corte que case la sentencia impugnada y, en su lugar, absuelva a Eberd Zapata Martínez de los cargos por los cuales se le condenó.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. SOBRE LA INADMISIÓN DE LOS CARGOS FORMULADOS AL AMPARO DE LA PRIMERA CAUSAL DE CASACIÓN

La Sala inadmitirá los cargos primero y segundo de la causal primera de la demanda presentada por el defensor de Eberd Zapata Martínez, por cuanto no reúnen los requisitos de lógica y debida argumentación previstos en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, atendiendo las siguientes razones:

Con el recurso extraordinario de casación el impugnante busca que la Corte invalide, revoque o infirme total o parcialmente la sentencia del Tribunal, razón por la cual está en el deber de desvirtuar las presunciones de acierto y de legalidad que la amparan, a través de la presentación de una demanda en la que de manera clara y expresa consigne la pretensión a la cual aspira, precisando las determinaciones que deben ser invalidadas o revocadas, para lo cual debe señalar la causal o causales escogidas para denunciar el agravio y desarrollar de manera adecuada cada uno de los cargos, con la demostración de algún error grave o esencial por parte del fallador de segunda instancia y la consecuente trascendencia del mismo. Ello, por cuanto el recurso extraordinario de casación no constituye una sede adicional para la continuación del debate jurídico, fáctico o

probatorio cumplido en las instancias, como si se tratase de una tercera instancia, de modo que la demanda no debe ser un escrito libre, en el que el recurrente reitere (como ocurre en este caso) o amplíe los argumentos debatidos ante los jueces de instancia, como ha ocurrido en este caso.

Lo anterior no significa que se esté otorgando preponderancia a las exigencias de “debida técnica” antes exigidas por el legislador, porque ello entrañaría el desconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial¹. Obedece a que “{e}n este espacio de control constitucional y legal a efecto de la prosperidad de los cargos, antes que exigencias formales de debida técnica lo que se demandan son requerimientos lógicos, jurídicos y contundentes en la finalidad de demostrar con efectiva trascendencia que la declaración de justicia objeto de impugnación, la cual llega a esta sede extraordinaria amparada por el principio de la doble presunción de acierto y legalidad, se fundó en vicios in iudicando o se profirió al interior de un juicio viciado por irregularidades sustanciales que afectaron la estructura básica del proceso o con vulneración de garantías fundamentales de las partes, falencias claramente diferenciadas en sus alcances que reclaman el correspondiente control legal o constitucional y los necesarios correctivos.

Por tanto, cuando en la demanda de casación se omiten las exigencias relacionadas con una adecuada formulación del cargo y se deja de señalar con claridad y precisión debida sus fundamentos o cuando lo acusado se queda en el plano de los enunciados escasos como aquí ha ocurrido sin demostración alguna, la consecuencia procesal no puede ser otra que la inadmisión según así lo estatuye el artículo 213 de la Ley 600 de 2000” (CSJ, SP, sentencia del 19 de enero de 2011, Rad. 35357).

Bajo la óptica expuesta, la Sala procede a efectuar el análisis de cada uno de los cargos presentados al amparo de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial, por violación del principio de presunción de inocencia y de los artículos 319 y 372 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 29 de la Constitución Política y 7º del Código de Procedimiento Penal.

Este cargo habrá de ser inadmitido, pues pese a que el demandante invoca la violación directa de la ley sustancial, al presentar los motivos de inconformidad con el fallo atacado atribuye al Tribunal yerros en la apreciación de la prueba, que darían lugar a la configuración de la causal tercera (violación indirecta de la ley), desconociendo por completo los fundamentos de la hipótesis invocada, a la cual sólo puede acudir cuando existe una controversia jurídica en la que se busca demostrar cómo la norma escogida por el sentenciador, o la interpretación de la misma, no se avienen con lo que la ley regula.

En efecto, en primer término, omite por completo el casacionista efectuar el respectivo análisis dogmático jurídico para demostrar la razón por la cual estima que en la sentencia impugnada se dejaron de aplicar los artículos 29 Superior y 7º del Código de Procedimiento Penal, que garantizan el principio de presunción de inocencia a todo procesado, y la aplicación indebida de los artículos 319 y 372 del Código Penal, para lo cual era necesario que partiera y aceptara el análisis de los hechos efectuado por los jueces de instancia, así como su valoración probatoria, pues precisamente sobre tales premisas debe versar la crítica cuando se alega violación directa de la ley sustancial.

En segundo término, en este cargo el recurrente se limita a reiterar los mismos argumentos que fueron expuestos ante los jueces de primer y segundo grado, con la esperanza de que sean acogidos en sede de Casación, como si se encontrase ante una tercera instancia en la que puede contraponer sus propios juicios de valor a la argumentación planteada por el Tribunal, a través de un discurso libre en el que no se obligue a demostrar los graves yerros que atribuye a la sentencia impugnada.

Ya se dijo que al tratarse de un mecanismo extraordinario, al interponer el recurso de casación el demandante tiene la carga procesal de desvirtuar las presunciones de acierto y de legalidad que amparan a la sentencia atacada, demostrando que la misma comporta un yerro de tal magnitud que obliga a la revocatoria de lo allí decidido, o por lo menos a su modificación trascendente. No se trata de que la parte vencida en ambas instancias vuelva a proponer a la Corte el estudio de todos los planteamientos que presentó en las instancias, a manera de escrito libre, como ha ocurrido en este caso, en el que el demandante se limitó a enmarcar lo argüido en el recurso de apelación, pero bajo la mampara de las causales para recurrir en casación, las cuales apenas sí enuncia pero en la praxis no desarrolla.

De otra parte, pese a que invoca la vulneración directa del principio de presunción de inocencia, inicia el cargo aludiendo a la falta de antijuridicidad material de las conductas enrostradas a Eberd Zapata Martínez, tema que fue ampliamente abordado en las instancias, en particular por el ad quem. Al mismo tiempo aduce que tales conductas no se adecuan a los verbos rectores descritos en los artículos 319 y 372 del Código Penal, pero omite demostrar en qué funda tal planteamiento.

No sobra señalar que la aplicación del principio de presunción de inocencia, en virtud del cual la duda debe resolverse a favor del procesado, puede reclamarse por vía de la causal directa, o por la indirecta. En el primer caso (violación directa del postulado), es imperioso demostrar que el Tribunal expresamente reconoció materializada la duda y sin embargo profirió fallo de condena, en desconocimiento del artículo 29 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, entre otros.

Acorde con lo expuesto, como en el asunto examinado se plantea la vulneración por vía directa del principio de presunción de inocencia (artículos 29 Constitucional y 7º del Código de Procedimiento Penal), sin que se haga por la censura alusión, y menos aún se

haya demostrado, que el Tribunal admitió que en este caso no existía conocimiento, más allá de toda duda razonable, para condenar, y sin embargo profirió sentencia adversa a los intereses de Zapata Martínez, el cargo no ha sido debidamente sustentado y, por ende, no está llamado a prosperar.

Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 11 y 372 del Código Penal y por falta de aplicación de los artículo 29 Superior y 5 y 7 del Código de Procedimiento Penal.

Al finalizar la sustentación de esta censura el libelista plantea una nulidad por violación de los derechos fundamentales del acusado, entre los cuales está el debido proceso, por cuanto no obran en el mismo pruebas de la responsabilidad del señor Zapata Martínez en la comisión de los delitos por los cuales se le ha procesado.

La presentación de este cargo falta a los principios de coherencia y no contradicción, al invocar el recurrente de manera simultánea distintas causales que se excluyen entre sí, desconociendo que si bien el Código de Procedimiento Penal permite la formulación de cargos excluyentes, los mismos deben ser presentados por separado y de manera subsidiaria el uno del otro.

En consecuencia, si lo que se pretende a través de la demanda de casación es que se declare la nulidad de la actuación por violación del derecho fundamental al debido proceso, el actor debió acudir a la causal segunda de casación (desconocimiento del proceso como es debido, por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera las partes), y, además, tenía la carga procesal de demostrar de qué forma los juzgadores de instancia desatendieron de manera grave la estructura del proceso que se adelantó en disfavor del señor Zapata Martínez, exposición de motivos que omitió por completo.

No sobra señalar que si bien puede alegarse por el recurrente la vulneración del debido

proceso, atendiendo a que en casación se impone el principio de prevalencia de las causales, este cargo debe proponerse por separado y como principal, toda vez que la declaratoria de nulidad de la totalidad del proceso o de parte de éste, retrotraería la actuación a una fase anterior, a menos que los reparos formulados al amparo de la causal primera permitieran el proferimiento de fallo absolutorio, caso en el cual el cargo debe proponerse como subsidiario, presupuesto que en este caso no se cumple, razón por la cual el cargo no tiene vocación de prosperidad.

De otra parte, el recurrente recaba en los planteamientos expuestos tanto en cada una de las instancias como en el cargo anterior, al señalar que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 11 del Código Penal al darle un alcance que no tiene, precisando que de haberlo aplicado debidamente hubiera concluido en la atipicidad de la conducta, planteamiento que carece por completo de sindéresis, habida consideración que para que el operador jurídico pueda efectuar el juicio de desvalor de una determinada conducta, es necesario que la misma se encuentre descrita en el ordenamiento jurídico punitivo (tipicidad), de otro modo no podría abordar el estudio de la antijuridicidad material.

A lo anterior se añade que en modo alguno controvierte el impugnante las razones expuestas por el sentenciador de segundo grado para apartarse de los planteamientos defensivos, omitiendo hacer referencia al amplio discernimiento que hizo el Tribunal sobre la forma en que opera el principio de antijuridicidad material en los delitos de peligro abstracto (como lo es la corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico), olvidando el demandante una vez más que el recurso de casación no es una tercera instancia a la cual puede acudir para reiterar los alegatos presentados ante los jueces, esto es, sin atender los fundamentos de los sentenciadores y sin ocuparse de demostrar los presuntos yerros por ellos supuestamente cometidos.

Por las razones expuestas, los anteriores cargos serán inadmitidos.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, conforme con los lineamientos precisados en la providencia del 12 de diciembre de 2005, rad. 24322.

B. SOBRE LA ADMISIÓN DE LOS CARGOS POSTULADOS AL AMPARO DE LA TERCERA CAUSAL

Pese a que los cargos propuestos al amparo de la causal tercera postulada en la demanda de casación no reúnen los requisitos de claridad, lógica y debida argumentación que exige el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, la Sala considera necesario superar los defectos de los mismos y, en consecuencia, los ADMITIRÁ.

No se señalará en este proveído fecha para llevar a cabo la audiencia de sustentación prevista en la norma, hasta tanto quede en firme lo resuelto respecto de la inadmisión de los cargos primero y segundo de la causal primera, traídos en la demanda de casación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1. INADMITIR los cargos primero y segundo fundados en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, postulados en la demanda de casación presentada a nombre de Eberd Zapata Martínez.
2. Contra la anterior determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos precisados en la parte motiva.
3. ADMITIR los cargos formulados al amparo de la tercera causal de casación, por las razones expuestas en el esta decisión.

4. Agotado el trámite de la insistencia, vuelva la actuación al despacho para fijar fecha y hora, a fin de llevar a cabo la audiencia de sustentación prevista en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, exclusivamente en relación con los cargos admitidos.

Notifíquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CALIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Artículo 209 de la Constitución