

Señores
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Bogotá D.C

CASACION INTERNO 58388
(CUI 08001600002720100005901)
IRWIN VARGAS ALVAREZ Y/OTROS

CARLOS ENRIQUE ELJAIK SALOME, defensor técnico del señor IRWIN VARGAS ALVAREZ, por medio de la presente misiva y dentro de la oportunidad procesal establecida me permito efectuar por escrito la sustentación y refutación de la demanda de casación interpuesta por el apoderado de víctima y la señora procuradora judicial Penal II No. 355 de Barranquilla, en los siguientes términos.

PRIMER CARGO – VIOLACIÓN INDIRECTA DE UNA LEY SUSTANCIAL DERIBADA DE UN ERROR DE DERECHO EN LA MODALIDAD FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

Arriba de forma errada las conclusiones del Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Penal, en este primer cargo la representante del Ministerio Público, dando a entender que el Tribunal, desconoce en la sentencia objeto de demanda de casación, que las víctimas pueden participar activamente dentro del proceso penal, preconstituir elementos materiales probatorios y aportar las evidencias para que sean tenidos como pruebas durante el juicio, en tanto manifiesta:

(...) “la Sala Penal, en el presente caso, pone en entredicho la posibilidad que tienen las víctimas de realizar actividades de recolección de elementos materiales probatorios, en un claro desconocimiento de los avances que del tema de intervención de las víctimas en el sistema acusatorio colombiano y por la misma Corte Suprema de Justicia”

Pues bien, a despecho de lo manifestado por la representante del Ministerio Público, La Sala Penal del Tribunal al respecto afirma lo siguiente:

(...) “En ese contexto es claro que los particulares que no cumplan esas funciones no ejercen funciones de policía judicial, ni siquiera en forma excepcional, pero deben darse eventos como la legítima defensa, donde el sujeto no alcanza a comunicarse con las autoridades y por lo tanto debe proceder o en las circunstancias en que la vivienda donde reside una familia existan cámaras, videos, teléfonos y se comience a ejecutar un ilícito donde quedan grabados esas imágenes y voces y en consecuencia como lo dijo la Corte Suprema de Justicia, las víctimas que proceden a custodiar los elementos materiales, se considera legítimo, tal y como lo expreso el ad quo en providencia de la Corte” (...)

En ese orden de ideas, reconoce el Tribunal que la víctima posee facultades para aportar los elementos y participar activamente dentro del proceso, y que tal prerrogativa no constituye ni siquiera de forma excepcional la atribución de desarrollar funciones de policía judicial, ahora bien, el Tribunal realiza un análisis del porque los precedentes citados y que reprocha el Ministerio Público desconoce *ad quem*, no le pueden ser aplicados al caso en concreto:

(...) Pero en el caso investigado no sucede igual a esas excepciones planteadas, en virtud de que los hechos comenzaron en el 2009 y en el 2010, febrero, abril y mayo del 2010 se dieron las interceptaciones telefónicas o llamadas y las reuniones que se hicieron en las oficinas de la empresa Triple A por lo tanto aquí hubo suficiente tiempo para que el secretario y el gerente de dicha empresa acudiera a la Fiscalía y a la policía judicial para que conjuntamente realizaran las interceptaciones y vigilaran las reuniones efectuadas, pero no hicieron así porque no les convenía y su único objetivo

era presentar ya hechos consumados, es decir, realizar de su cuenta la investigación, sin intromisión de autoridad competente alguna, lo que lleva a una situación que viola la cadena de custodia y la investigación en manos de la fiscalía” (...)

A caballo de desnivel de lo manifestado por la representante del Ministerio Público, el *Ad quem* debido a la formación, recolección y al manejo con el que se atribuyó la víctima la producción y edición de los elementos materiales probatorios, afectaron su eficacia demostrativa¹, debido a la existencia de poderosos motivos fundados en el análisis fáctico realizado en la sentencia que culminaron con la valoración de los elementos en su conjunto, restándole aptitud demostrativa y capacidad suasoria a la prueba reina aportada por la víctima - *las grabaciones de audio y video* - no pudiendo ser validada por otros medios confiables, en atención a la impugnación de la credibilidad de los testimonios incriminatorios, así las cosas, no es que el *Ad quem* desconozca, como manifiesta la representante del Ministerio Público, las facultades de las víctimas dentro del proceso penal, sino que, en este caso particular, las actividades irregulares y alejadas de toda lógica y experiencia desplegadas por la empresa triple A, llevaron al menoscabo de la idoneidad demostrativa de los elementos aportados.

Pues bien, analicemos por qué los elementos aportados por la víctima, aunque si bien fueron admitidos como pruebas, carecen de peso demostrativo según lo relatado en la sentencia del Tribunal en los siguientes aspectos:

*(...)Apenas la Contraloría de Barranquilla realizó las dos auditorías a la empresa Sociedad de Acueducto, Aseo y Alcantarillado S.A. Triple A, esto es el 30 de mayo y el 15 de diciembre del 2008 donde encontró unos hallazgos por valor de 8.000.000.000 millones de pesos aproximadamente y donde decretaron unas medidas cautelares de embargo de las cuentas de esa empresa, el 22 de enero del 2010, los señores el señor Secretario Galeano Franceschini y el Gerente Ramón Navarro **Pereira presentaron tres denuncias en la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Bogotá.***
(...)

La primera de ellas fue presentada por el Gerente General Ramón Navarro, en contra de tres funcionarios de la Contraloría Distrital, que actuaban supuestamente -como mensajeros del señor Contralor- dice el deponente Navarro, que los emisarios de la Contraloría se habían reunido con él en su despacho a solicitarle dineros para archivar los procesos y levantar las medidas cautelares decretadas. Respecto de este suceso, quedó registrado en el juicio oral, Navarro, manifestó no saber los nombres de los funcionarios y la denuncia fue presentada seis meses después de la ocurrencia de los hechos.

Posteriormente, Navarro y su secretario Galeno, realizan una ampliación de esta denuncia, empero ahora utilizan el nombre de una empleada de la Triple A, María Antonia Brochero, quien fuera testigo de una supuesta solicitud de dinero para archivar los procesos y levantar las medidas cautelares por parte de otra emisaria de la Contraloría, una funcionaria que - actuaba como mensajera del Contralor - de nombre Janeth Ali. La señora María Brochero, desmintió tales afirmaciones del Gerente General y su secretario cuando rindió entrevista ante los investigadores del CTI, dejando sin piso las denuncias de la supuesta víctima.

Adicionalmente el Gerente Ramón Navarro, radicó denuncia penal por prevaricato en contra de Sheyla Camargo y Arnold Archibold, funcionarios

¹ Corte Suprema de Justicia Sentencia rad. 38800

de la Contraloría Distrital encargados de los procesos de Responsabilidad Fiscal.

Para el Tribunal, los señores de la Triple A, venían adelantando una serie de falsas denuncias penales en contra de los funcionarios de la Contraloría con el fin de neutralizar el proceso de Responsabilidad Fiscal, todas ellas con la misma narrativa y común denominador, - *eran víctimas de solicitudes dinerarias para archivar los procesos que pesaban en su contra por detrimento patrimonial* - según se pudo probar en el juicio, estando las denuncias en curso y luego de que María Brochero, desmintiera sus afirmaciones, a través de un empleado de la Triple A, de nombre Fernan Vargas, consiguen el número de un hermano suyo, Auxiliar Administrativo de la Contraloría de nombre Irwin Vargas, a quien realizan varias llamadas con el propósito de hacerlo comparecer para buscar hacer una reunión con el Contralor en las instalaciones de la Triple A y de esta forma hacerles un entrampamiento.

En su sentencia el Tribunal reconoce probado que desde la Triple A, realizaron en total once llamadas a Irwin Vargas, algunas previas a las fechas de las reuniones presenciales, lo que ratifica, que hubo una iniciativa de la “víctima” en contactar al auxiliar Irwin Vargas, para hacerlo caer en una trampa malandra y posteriormente denunciarlo, de ahí la razón de la ausencia de la intervención de autoridad judicial alguna en estas diligencias pese a tal y como lo afirma el *ad quem* -*contaron con tiempo suficiente para que las autoridades judiciales realizaran una captura en flagrancia si los hechos eran ciertos* - , empero en su lugar procedieron a preconstituir los elementos, recaudarlos y editarlos, para luego entregarlos a las autoridades como hechos consumados. Consideró el Tribunal relevante recalcar en este aspecto que:

(...) “la investigación la realizó el secretario y el gerente de la empresa Triple A y para ello se valieron de los servicios del Director de Seguridad de la Triple A quien colocó las cámaras y los audios para que quedaran registradas todas las visitas del señor Irwin Alexander Vargas Alvarez y de quien de los otros funcionarios proviniera de la Contraloría Distrital.

*En ese contexto hicieron las grabaciones y videos y las transliteraciones tanto de las comunicaciones telefónicas como él de las reuniones, **con la aclaración de que las llamadas telefónicas no las aportan todas y lo mismo se hizo seis reuniones y solo aportan 3 grabaciones**” (...)*

Corolario lo anterior, consideramos acertada la apreciación del Tribunal en tanto las particularidades que rodearon la producción de estas pruebas, el cercenamiento de las mismas, para hacer valer solo las acomodadas a su conveniencia, afecta su aptitud demostrativa, de ahí que el Tribunal también resaltara:

(...)“En relación con la cadena de custodia, se perciben y diferencian dos momentos, uno referido a la admisibilidad y podría dar lugar a desestimar un elemento probatorio o evidencia cuando existan motivos para cuestionar su custodia y salvaguarda; otro, referido al peso de la prueba. En este último evento podría presentarse que hubo algunos errores en la cadena de custodia, incluso laguna e interrupciones que de pronto no llevarían al traste y que no conllevaría a inadmisibilidad, pero posteriormente puede afectar la confiabilidad del elemento probatorio y la prueba que de él se deriva”

De lo anterior se colige que no existe relación armónica entre la jurisprudencia citada por la señora procuradora y el caso concreto, de ahí que, el Tribunal al abordar el estudio del caso concluye que la Triple A, realizó toda la operación para entregar a la autoridad hechos consumados con apariencia de prueba pese a que las investigaciones estaban en curso en la Fiscalía, quienes tenía el deber constitucional, no intervinieron ni

siquiera para recaudar los elementos, si no que la víctima los entregó editados, cercenados a conveniencia, pues si bien fueron practicados como prueba en el juicio los mismos perdieron capacidad suasoria al tratarse de un evidente entrampamiento. Así lo expresó el tribunal:

*“La judicatura resalta que en ese laxo de febrero, a abril y mayo de 2010 las directivas de la triple A pudieron contactar a los miembros de la Fiscalía o su policía judicial para que les colaboraran en esos hechos presuntamente delictuosos **y no lo hicieron sino que todo fue calculadamente elaborado por ellos**”.*

En síntesis, que la víctima haya tomado la iniciativa del contacto telefónico con el joven Vargas, que se abstraiera de solicitar intervención de autoridad judicial en todo ese lapso de tiempo en el desarrollo de las reuniones, que al recaudar los elementos los presentará editados y cercenados tal y como afirma el Tribunal:

“sino que redujeron el número de comunicaciones vía telefónica a tres y el número de reuniones a tres, cuando el expediente demuestra que se hicieron seis reuniones y seis llamadas procedentes del asistente del secretario general Galeano Francescini Bernardo”(…)

Ello demuestra que en efecto existió un plan calculado y elaborado por los denunciados, aspecto que, ergo si tiene en cuenta la jurisprudencia de la Honorable Corte al reflexionar sobre la posibilidad de que la -víctima haya realizado un montaje para incriminar injustamente al procesado-². En este caso con mayor razón cuando es el mismo denunciado Francescini que se refiere sin pudor a que cito a Vargas con el propósito de dejar las constancias y los elementos para poder construir una denuncia que llegará a un exitoso final³, no obstante, estas reflexiones, relativas al interés de los denunciados y su plan elaborado no fueron objeto de reflexión por el Juez del circuito en tanto si por el Tribunal.

Adicionalmente reprocha el Tribunal que los mismos denunciados se valieran de una empleada suya para realizar las transliteraciones de las conversaciones, cuando debido a que los elementos se encontraban en el almacén de evidencia ya le correspondía tal actividad a la Fiscalía o a la Policía Judicial. La defensa advirtió siempre que mientras estos elementos aportados como prueba por la víctima aguardaban la espera de análisis de los peritos para hacer identificación de hablantes en el almacén de evidencia en la ciudad de Bogotá, el Secretario General y su subordinada Rosmery Flores, realizaban una transliteración de los audios en su despacho de la ciudad de Barranquilla, con unos elementos distintos a los asegurados en el almacén de evidencias, por consiguiente su intervención en la utilización de dicho elemento no quedó registrada en la cadena de custodia, de ahí el reproche del Tribunal - *al manifestar que esa diligencia debió ser realizada por la policía judicial al elemento asegurado en cadena de custodia*- . Esta transliteración irregular fue la utilizada por la delegada del Ministerio Público en demanda de casación para hacer referencia a las conversaciones, y avalada por el *ad quo* quien pese a las irregularidades presentadas dio crédito a las mismas en su sentencia pese a que en contrainterrogatorio le fue impugnada credibilidad a Rosmery Flores por mentir en el juicio, en el sentido que había afirmado que había realizado las transliteraciones ella sola y posteriormente confesó que estaba con su Jefe Galeano, quien le impartía las indicaciones -

De lo anterior se desprende que no se configura el – falso juicio de legalidad- postulado por la procuraduría, en tanto el Tribunal si valoró los elementos aportados por la víctima al juicio por intermedio de la fiscalía – prueba de audio y video - , empero le restó capacidad suasoria debido a la valoración

²Corte Suprema de Justicia Radicado 47633 de julio 24 del 2017

³ Juicio Oral audiencia del 30 de julio del 2015

en conjunto con los otros elementos y el análisis factico del cual se concluyó que el proceder contrario a la lógica y a la experiencia, por la forma como se produjeron y transcribieron, en lugar de reflejar el comportamiento de una verdadera victima demuestran es un plan calculado para hacer una cortina de humo en defensa de los hallazgos que por detrimento patrimonial le había imputado la Contraloría Distrital.

Corolario lo anterior, las diferencias significativas entre las sentencias del *a quo* y el *ad quem* radican fundamentalmente en que el Juez del circuito no reconoció el hilo conductor de los hechos, sino que los cercenó, tomando solo la denuncia de los señores de la Triple A contra Vargas, sin tener en cuenta que está ultima era una ampliación de las primeras que habían sido presentadas inicialmente en contra de tres funcionarios de la Contraloría sin identificar y en contra de Janet Ali, también funcionaria de la Contraloría –todos mensajeros del Contralor para hacer solicitudes dinerarias según las voces de la Triple A. y que los mismos denunciantes se refirieron a estos hechos en sus respectivas declaraciones en el juicio oral.

Tampoco le concedió el valor probatorio a la búsqueda selectiva en base de datos realizada por la defensa en las que se logró demostrar tres llamadas que fueron realizadas por la empresa Triple A al auxiliar Irwin Vargas, llamadas previas a las reuniones y que le fueran realizadas en una línea temporal luego de que fracasaran las denuncias presentadas por la Triple A, en contra de la funcionaria Janeth Ali, adicionalmente en sentencia de primera instancia el juez exigió a mi representado que debió grabar el contenido de esas llamadas o que como hipótesis las conversaciones que se llevaron a cabo en esas llamadas se referían a temas distintos a los denunciados, sin observar la relación de las mismas que coinciden con la fecha de los hechos denunciados. Una prueba demoledora que demostraba lo que realmente estaba sucediendo, que la iniciativa siempre fue de la víctima, la empresa Triple A, en contactar al Joven Vargas, y que colocaba al descubierto las mentiras expresada por los denunciantes a la hora de que relataron como se produjo el acercamiento.

Por otra parte, redujo el significado a las mínimas proporciones de la declaración de la testigo Maria Antonia Brochero, quien había desmentido en los señores Navarro y Francescini, en relación a los mismos hechos en donde se denunciaba también a la funcionaria de la Contraloría Janeth Ali, lo que demostraba el sistemático proceder falsario y mentiroso de la “victima”.

Adicionalmente, pese a las mentiras descubiertas en el juicio realizadas en los contrainterrogatorios de los denunciantes Navarro y Francescini, y que fueron reconocidas por el juez de primera instancia, les concedió crédito a lo que a su interés de condenar correspondía de sus dichos, mientras que para el Tribunal su desmedido interés y contradicciones fueron demoledoras a la hora de darles valor a sus afirmaciones.

SEGUNDO CARGO – VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL DERIABA DE UN ERROR DE HECHO EN LA MODALIDAD FALSO JUICIO DE IDENTIDAD –

Expresa la representante del ministerio público que el Tribunal distorsionó y tergiversó del contenido real del relato de la señora Brochero y a continuación transcribe los apartes de su declaración para concluir que se le atribuyen una contundencia que no le corresponde. Nuevamente, la representante del ministerio público yerra en sus apreciaciones, pues bien, es cierto que la testigo Brochero, se mostró evasiva, renuente y hostil para responder las preguntas de la defensa del joven Vargas, pese a que era una testigo de la defensa, asunto que es apenas lógico si se considera que estaba declarando en contra de su jefe directo y empleador en presencia de su apoderado, y que para lograr su comparecencia la defensa solicitó fuera

conducida, sin embargo, producto de la integración del testimonio con otras fuentes como es el caso de las declaraciones anteriores, la señora Brochero, leyó un aparte de lo manifestado por ella tal y como lo señala la representante del Ministerio Público, y en tal sentido se puede apreciar:

“contrario a su anterior afirmación los mencionados señores en su respectiva intervención dentro de esta investigación, esto es la denuncia, declaración jurada y ampliación para el primero y en interrogatorio y ampliación de interrogatorio del segundo, afirmaron que usted les comento a finales de febrero y principios de marzo del 2010, que la señora JANETH ESTHER ALI IBAÑEZ, le había manifestado a usted que los procesos que adelanta la Contraloría de Barranquilla contra la Triple A, no se arreglaban jurídicamente sino con dinero y que ella era solo una mensajera del Contralor, que tiene que decir al respecto, teniendo en cuenta que está bajo la gravedad de juramento . NO es cierto, esa es la respuesta.” (...)

Esta lectura que hace la deponente de sus declaraciones anteriores, las cuales reconoce como suyas, en tanto ratifica que esa era su firma y que ella la había rendido, si hacen parte de su declaración por integración, aunque la representante del Ministerio Público las quiera minimizar, son demoledoras tal y como lo expresa el *Tribunal*, - *contradicen directamente el dicho de los denunciantes en un hecho relacionado al señalamiento de un funcionario de la Contraloría respecto del cual también decían era mensajero del Contralor* - , lo que denota el sistemático proceder fraudulento y mentiroso de los denunciantes, quienes sin escrúpulos son capaces de inventar esos hechos y faltar a la verdad. La testigo Brochero, no tiene ninguna razón para mentir y por el contrario asumió un riesgo al decir la verdad, en tanto su futuro laboral estaba en riesgo al declarar en contra de su Jefe directo y su empleador, razón tendría la representante del ministerio Publico si la señora Brochero, no hubiera reconocido esa declaración como suya o hubiera tachado de falso la firma en ella impresa, o si no hubiera aceptado que acudió a rendir una declaración, pero ello no sucedió así, sino que a viva voz hizo lectura de su declaración en la cual todos pudimos escuchar que desmintió contundentemente las afirmaciones realizadas por los denunciantes, por lo que el Tribunal utiliza sus afirmaciones en múltiples oportunidades dando crédito a lo sostenido por la defensa.

La señora procuradora pretende aislar las afirmaciones acusatorias efectuadas por los denunciantes Navarro y Francescini, en las ampliaciones de las denuncias en donde previamente habían señalado a otras personas por estos mismos hechos y sus mentiras descubiertas, como que su comportamiento mentiroso no debiera tener trascendencia, habida cuenta ahora estaban afirmando los mismos señalamientos de forma idéntica, tal cual había sido realizado en dos oportunidades, pero ahora respecto de otras personas. Quizás no es un hecho relevante para la acusación como pretende imponer la Procuradora y es apenas lógico, porque no contribuye a su teoría del caso, empero si es un hecho relevante para la defensa que pone en evidencia el comportamiento tendiente a la mendacidad de los deponentes.

TERCER CARGO – VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL DERIBADA DE UN ERROR DE HECHO EN LA MODALIDAD FALSO JUICIO DE RACIOCINIO.

Intenta en este punto la señora Procuradora refutar la apreciación del testimonio realizado por el Tribunal respecto de los denunciantes Navarro y Francescini, y al respecto cita jurisprudencia de la H. Corte, quien ha proporcionado parámetros a tener en consideración para valorar la fiabilidad del testigo, tales como:

“la ausencia de interés para mentir, las condiciones subjetivas, físicas y mentales para recordar lo percibido, la posibilidad de haber percibido, la

*coherencia de su discurso, la correspondencia con datos objetivos comprobables, la verificación de asertos con otros elementos de prueba*⁴

El tribunal al respecto hizo mención del interés de los denunciantes al sostener

*“primero que todo se observa **el propósito nítido del señor Francescini y Navarro Pereira**, cuando a sabiendas que habían defraudado a la Triple A por casi trescientos mil millones de pesos (\$300.000.000.000) emprendieron una cortina de humo cuando la Contraloría Distrital de Barranquilla detectó, en las dos auditorías realizadas, un faltante de más de siete mil millones de pesos (\$7.000.000.000) (...)*

Huelga decir que el Tribunal a despecho de lo dicho por la Procuradora si efectuó un análisis del testimonio de los denunciantes y sus motivaciones tal y como la jurisprudencia señala, en este caso si existía, a juicio del Tribunal un marcado y nítido interés en mentir para obtener sentencia condenatoria, la razón que expresa el Tribunal fue el reconocido hecho notorio del desfalco más grande de la historia reportado a una empresa de servicios públicos por más de 200 mil millones, que se avizoraba en las investigaciones realizadas por la Contraloría y que como cortina de humo fue utilizado el aparato judicial, la fiscalía general y los jueces de la república, mediante sistemáticas falsas denuncias en zaga, presentadas por los señores Francescini y Navarro.

No son menores las contradicciones y falsedades que enrostra el *ad quem* a los señores Francescini y Navarro, ergo respecto del primero su falta de coherencia al manifestar el Tribunal:

“en cuanto al testimonio de Francescini al sostener que Irwin Vargas lo abordó en los pasillos de la Contraloría pidiéndole una cita para hablar de los procesos de responsabilidad fiscal, el defensor lo contrainterrogó en el sentido de las declaraciones previas no aparecía esa versión entonces contestó: que no lo había consignado por lo tanto el defensor le impugno credibilidad”

Para la señora Procuradora pudiera ser un detalle menor, una variación sutil del deponente, que falte a la verdad respecto del encuentro inicial que condujo al agendamiento de las reuniones con el joven Vargas, quien debido al descubrimiento de las llamadas aportadas por la defensa quisieron contrarrestar el suceso con una novedosa explicación, tal afirmación mentirosa del testigo procuraba demostrar que la iniciativa de las reuniones provenía de Vargas y no de la Triple A, no obstante, la existencia de llamadas descubiertas e introducidas como prueba por la defensa demostraban otra cosa, que la iniciativa siempre fue de la empresa Triple A, tal probanza ora en detrimento de su calidad de víctima. De ahí que acertadamente el Tribunal manifestara:

“(...) en el cual también se incluye la pregunta si había tenido contacto con Irwin antes del 12 de mayo de 2010 contestó “que no tuvo contacto personal ni telefónico con él, sino que fue por mutuo propio” cuando puede observarse la cantidad de comunicaciones vía telefónica antes de esa fecha” (...)

El Tribunal al confrontar la declaración de Francescini, con las llamadas realizadas demostró su carácter mendaz y su contradicción, siempre intentando ocultar que desde la Triple A, insistentemente convocaban al joven Vargas a hacer presencia en sus instalaciones como es el caso de la reunión del 12 de mayo respecto de la cual manifestó el denunciante Francescini no haber llamado a Vargas para que hiciera presencia en esa fecha, asuntó que discrepaba con la prueba documental. El Juez de primera instancia al valorar este aspecto confundió la persona de la Triple A, (víctima) con los (denunciante) Navarro y Francescini, de tal suerte que no le concedió crédito a las llamadas descubiertas por la defensa respecto de

⁴ SUI. De 23 de nov.2016 Rad. 44312; SP10192-2019 Rad. 51922

cuyo abonado telefónico claramente se dice - propietario Triple A-, al no corresponder a los abonados telefónicos asignados por la empresa al Secretario Francescini y Navarro, demandaba el juzgador del circuito que Vargas probará que ese abonado telefónico perteneciente a la Triple A, había sido asignado a Navarro y Francescini, un dislate de requerimiento, por lo que a su vez no dio crédito a la manifestación realizada por Vargas, en la que aseguró que las llamadas le fueron realizadas por la secretaria de Francescini, de nombre Viviana Barros, asunto que para el Tribunal si se presenta razonable y valido. Y es que, en tratándose de la iniciativa, si ella fuera tomada por la “víctima” no estaríamos en presencia de un delito de -concusión- sino de -cohecho-, por lo que cuidadosamente los señores de la Triple A, se encargaron de acomodar las grabaciones de todas las reuniones sustrayendo solo las convenientes y editando los elementos.

Adicionalmente considera el Tribunal que la declaración de Brochero como se ha manifestado en varias oportunidades impide que el denunciante pase incólume el examen de los requisitos de credibilidad expresado por la Corte en tanto devela sus mentiras en la ampliación de denuncias por estos hechos.

Por otra parte, respecto del señor Navarro, quien comparte los mismos intereses siniestros que el señor Francescini, la señora Procuradora pretende lavarle la cara, al indicar que al momento de efectuar su declaración era un hombre honorable y su condena se presenta como un hecho posterior y nuevo, lo cual es totalmente errado, atendiendo que el desfalco de la Triple A, reconocido en instancias judiciales y efectuado por Navarro, no fue un hecho nuevo sino que venia de tiempo atrás, mucho antes de la presencia de Vargas, en las instalaciones de la empresa, tanto así que la misma Procuraduría General al efectuar un calculo del robo hiciera referencia a más de doscientos mil millones de pesos, producto de la falsificación de documentos de contratos de obras efectuada por Navarro y de la administración desleal de los recursos que le fueron puestos a su cargo.

En ese orden de ideas, el Tribunal considera su declaración inverosímil al sostener:

“la declaración del testigo Ramon Navarro es inverosímil, cuando se refiere que no comulga con la corrupción y después acepto cargos por una millonaria defraudación a la empresa Triple A, donde era Gerente”

No es entonces como lo afirma la Procuradora que se pretenda afirmar que los antecedentes por si solos generen un menoscabo de la credibilidad de deponente sino que, el reconocimiento de Navarro de la defraudación de los recursos de la Triple A, como se ha sostenido, venia de antaño, mucho antes de que Vargas fuera citado a las instalaciones de la Triple A, adicionalmente la condena sobre navarro, terminó de ratificar la teoría del caso de la defensa y que la investigación realizada por la Contraloría, en la que detecto un conato de corrupción al interior de la empresa, eran ciertas, empero tal labor fue empañada por las falsas denuncias de Navarro, quien astutamente logró hacer una cortina de humo para continuar con sus labores delictivas dentro de la compañía hasta que afortunadamente fue descubierto.

Así las cosas, no se trata entonces de un deponente que adquiere antecedentes penales y que por ese solo hecho su credibilidad se ve mermada, sino que tal condena obró providencialmente para demostrar lo que siempre sostuvo la defensa durante todo el juicio.

Por lo anterior, no se trata de una apreciación del testimonio a espaldas de la sana critica ni en contra del principio de imparcialidad, mucho menos con argumentos desechados por la jurisprudencia, sino por el contrario, valorados en el contexto de los hechos y en contrastación de los otros

elementos, por lo que consideramos no pueden tener vocación de prosperar los planteamientos realizados.

ELEMENTO SUBJETIVO METUS PUBLICAE POTESTATIS

Para los recurrentes resulta contradictorio que la frase resaltada por el Tribunal del dicho de Navarro “No, yo sé que tú no tienes nada que ver hijo, recalca, yo sé que tú no tienes nada que ver” resulte de un significado demoledor, si las mismas se comparan con otras expresiones que se le atribuyen a mi representado para endilgar responsabilidad. Lo que no tuvieron en cuenta los recurrentes y si lo hizo el Tribunal es que, un elemento del tipo penal es el denominado – *metus publicae potestatis* – el cual ha sido desarrollado pacíficamente por la jurisprudencia respecto de la estructura del delito de concusión en lo siguiente:

(...) “En relación con el delito de concusión, que su estructuración requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) Sujeto activo calificado (servidor público); (ii) Abuso del cargo o de las atribuciones; (iii) Ejecución de cualquiera de los verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas; (iv) Nexo causal entre el acto del servidor público y la promesa de dar o entregar el dinero o la utilidad indebidos.

El sujeto activo debe ser un servidor público que abuse del cargo o de sus funciones. Lo anterior se presenta cuando al margen de los mandatos constitucionales y legales concernientes a la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública, constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer una cosa.

*Independientemente de la modalidad de conducta ejecutada por el autor, forzosa se torna la concurrencia del ingrediente subjetivo predicable de la víctima denominado “metus publicae potestatis” o comprensión de no tener alternativa distinta a ceder a la pretensión del agente o asumir los perjuicios derivados de su negativa. **En consecuencia, si el actor carece de esa capacidad de persuasión, el delito no alcanza su configuración**”.*⁵

Se ha dicho que la palabra “concusión” implica en su significado -*estremecer un árbol para hacer caer sus frutos*- asunto que no ocurre en este caso, por varias razones que quedaron probadas durante el largo del juicio. En primer lugar, eran los señores de la Triple A, quienes iniciaron los acercamientos con el joven Vargas, en tanto le efectuaron un total de once llamadas y ellos mismos reconocieron dentro del juicio -*llamarlo para hacerlo comparecer a sus instalaciones*-, asunto que contradice la lógica del punible si se considera que la víctima debe repudiar la presencia de su victimario por el malestar y el temor que le produce y tal iniciativa pudiera mutar en una conducta punible de quien se dice víctima. En segundo lugar en sus dichos y afirmaciones se evidencia que lejos de sentir temor de los perjuicios derivados de la capacidad de persuasión de Vargas, no le reconocían intervención y poder alguno y en ese contexto cobra relevancia la expresión utilizada por el Tribunal en tanto afirma que el actuar de Vargas carece de todo dolo si se tiene en cuenta lo expresado por Navarro “No, yo sé que tú no tienes nada que ver hijo, recalca, yo sé que tú no tienes nada que ver”. Aunque la representante del Ministerio Público pretenda restarle significado, manifestando que es una frase valorada por el Tribunal y desprovista de todo contexto, lo cual a todas luces no es cierto, en mayor razón si se tiene en cuenta que el Tribunal, reconoce que a Vargas no le era aplicable el elemento subjetivo del tipo penal, la misma es absolutamente relevante y demoledora debido a que demuestra que Navarro, lejos de sentir temor y malestar, por la presencia de Vargas, sentía -*cierta consideración*- por así decirlo, al tratarlo de “hijo” “yo sé que nada tienes que ver” de ahí se desprende que el elemento subjetivo no le era aplicado a Vargas, ahora, en su salvamento de voto, el magistrado del Tribunal se refiere a que ello fuera así, si Vargas fuera el -“aseador” de la Contraloría-, desconociendo que

⁵Rad. 51949 del 17 de octubre del 2018.

Vargas ocupaba un cargo asistencial de -Auxiliar Administrativo-, pese a que en ese cargo pudo superarse para graduarse de abogado, el mismo estaba catalogado en la planta como asistencial, al igual que el del personal de servicio y por lo tanto de los más bajos de la entidad.

Por otra parte, el Juez del circuito al intentar efectuar el cumplimiento de este requisito expresa lo siguiente:

“precisamente porque la exigencia dineraria se realiza a nombre del contralor Jorge iglesias, y en el momento en que se efectuó, la empresa de servicios públicos se encontraba afectada por un embargo de sus cuentas, con todos los traumatismos que ello aparece, por lo que como lo dijo Ramón Navarro en el juicio oral los tenían “contra las cuerdas”

Como se expresó este defensor en el recurso de apelación, tal argumento del señor Juez, al considerar que esa sola afirmación, expresada por Ramón Navarro, indicaba el miedo al poder público representado en Irwin Vargas, era deleznable, en tanto lo que verdaderamente expreso Navarro en el juicio oral fue: “me tienen contra la pared” pero no se estaba refiriendo a Vargas, sino a una pregunta efectuada por la fiscal en el sentido - del estado se encontraban los proceso de responsabilidad fiscal adelantados por la contraloría - a los que este último respondió “nada más y nada menos que nos tienen embargados” “nos tienen contra la pared” por lo tanto, la frase que le atribuye el Juez del circuito a Navarro, para dar por sentado el cumplimiento el elemento subjetivo de la conducta, no le era aplicable a Vargas, habida cuenta Navarro se refería a otro asunto, la aplicación de los embargos, distinto al miedo o repulsión que pudo haber sentido producto de la comparecencia de Vargas a su oficina y de sus supuestas solicitudes.

VIOLACIÓN DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES POR RECONSTRUCCIÓN DE LA PRUEBA

Finalmente, Otro yerro del sentenciador de primera instancia y que fue objeto en su oportunidad expresado en el recurso de apelación, no obstante, el Tribunal no se pronunció al respecto, constituye el hecho de la violación de las garantías fundamentales del debido proceso por la reconstrucción atípica de la prueba CD #1, el cual contenía las grabaciones de las supuestas conversaciones de mi representado con los denunciante y que había sido introducido por la fiscalía como evidencia #3 y 4 en audiencia del juicio oral.

Manifestó el señor juez de primera instancia en audiencia del 25 de junio del 2019:

“el mismo, tal vez por el prolongado paso del tiempo no funcionaba, es decir no se dejaba reproducir, por lo anterior nos vimos obligados a comunicarnos con la fiscal que lleva el caso, que labora en la ciudad de Bogotá (...) para que en caso de contar con una copia del CD pudiera traerlo”

Continúa diciendo el señor Juez,

“(...) situación similar, no idéntica, fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 27 de junio del 2018 radicado 45909, cuando evidencio el deterioro de los audios de un juicio oral por lo que solicitó a las partes intervinientes copia de estos para superar el impase lo que evidencia que la decisión adoptada por el despacho es razonable”

Al respecto la defensa en recurso de apelación puso de presente al Tribunal que la decisión adoptada por el señor Juez del circuito no era razonable, precisamente porque se apartaba de lo señalado en la referida sentencia en cuanto la misma sostiene también:

*“cabe recordar que la Corte ha dicho, que en los eventos en los que los registros técnicos de tramites del juicio oral no cuenten con un buen audio que permita conocer lo debatido o no se hayan podido recuperar por fallas en el sistema, estas actuaciones no son suficientes para desechar los medios de convicción que se recogieron en el acto, mucho más, **en los eventos en los que las partes e intervinientes no ponen en duda que el evento procesal y probatorio se verifico**, como aquí ocurre, donde la misma defensa en su condición de recurrente elabora la censura desde la incuestionable existencia del medio de prueba”*

Continúa expresando la Corte:

“(...) en este caso, no se puede perder de vista que el juzgador de primera instancia, en ejercicio de los principios de inmediación y concentración, intervino en su producción y aducción, dando fe de lo allí ocurrido (...)”

Corolario lo anterior, manifestamos al Tribunal que distanciaba abismalmente de la sentencia transcrita, a la actuación desplegada por el Juez 5 penal del circuito, respecto de la forma como dictatorialmente realizó una reconstrucción del medio de prueba, contrariando las garantías fundamentales del debido proceso, en tanto que en primer lugar, el señor juez 5 penal del circuito no cumplió con la garantía establecida por la Jurisprudencia, en tanto **él no participó haciendo la inmediación y concentración del juicio en esta etapa, ni participó personalmente en la producción y aducción del elemento material probatorio de las pruebas incriminatorias para que posteriormente pudiera dar fe de la mismidad de su contenido**, tal y como lo señala la sentencia mencionada, sino que llegó al juicio solo al momento de la práctica de las pruebas aportadas por la defensa, debido a que el proceso fue llevado por tres jueces del circuito distintos, huelga entonces decir que mal podría decir que lo escucho y determino su mismidad, en tanto que en el desarrollo del juicio, el elemento nunca fue reproducido dada su mala calidad de sonido y quienes tuvieron contacto con él solo se limitaron a describir su forma y no su contenido, de ahí que sorprendió a la defensa el señor juez del circuito, que cuando se refirió al sentido del fallo indico no tener en cuenta las transliteraciones efectuadas por la víctima, en tanto la defensa en sus alegatos había manifestado que estas habían sido realizadas con fundamentos en unos elementos que no eran los mismos que estaban en el almacén de evidencias de la fiscalía bajo cadena de custodia al momento en que la funcionaria Rosmery Flores, empleada de Triple A, efectuaba la transliteración, luego entonces, al verse desprovisto de un elemento de contrastación del CD que pretendió reconstruir como elemento de prueba, se arroja en que si dará crédito a las transliteraciones efectuadas por la víctima, en tanto “el que puede lo mucho puede lo poco”. En segundo lugar, tampoco se cumple con las garantías del debido proceso en tanto la propia fiscalía al traer la copia del elemento, después de una llamada privada efectuada por el Juez, cuestiona su mismidad al manifestar a vivía voz, la cual quedo en los registros de audio de la audiencia del 25 de junio del 2019, y con señal de duda, dando a entender que ella no fue la funcionaria que inicio como fiscal del caso, que: **“creo que este es el elemento”** por otra parte, el suscrito como defensor le indico al señor Juez, que no contaba con el CD para efectuar la comparación en el momento de la solicitud, no obstante, cuando se efectuó el traslado del CD en la audiencia preparatoria y lo revise y al recordar su contenido sabía que no correspondía al mismo trasladado en la actualidad y por eso le indique: **“esa no era el elemento, pero que al no contar con el referido para contrastarlo no podía afirmarlo con seguridad”**. lo mismo sucedió con las demás partes e intervinientes, no pudieron acreditar que correspondiera al mismo elemento. Así las cosas, debido a que no se cumplía con el presupuesto de la jurisprudencia transcrita en el entendido de que **“las partes no ponen en duda que el evento procesal y probatorio se verifico”** porque en este

caso las partes si ponen en duda la mismidad del elemento, incluyendo a la Fiscalía. Así las cosas, la reconstrucción del elemento que fue considerado como - mejor evidencia - para condenar por parte del Juez del circuito constituyen una vulneración de las garantías fundamentales de mi representado en tanto generan manto de duda respecto del elemento utilizado habida cuenta el Juez sentenciado no participó haciendo su mediación.

Estas apreciaciones fueron puestas de presente en recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla a fin de que se considerara una eventual violación de las garantías fundamentales del debido proceso, empero de este respecto, no hubo pronunciamiento alguno. Corolario lo anterior, y debido a que la violación de las garantías fundamentales se convierte en una razón de juicio de constitucionalidad y legalidad que, a la manera del recurso extraordinario, se formula contra la sentencia, y pese que la señora Procuradora ni el apoderado de victima advirtieron, me permito poner a consideración ante la Honorable Corte a fin de que actúe como medio protector de las garantías fundamentales por una eventual nulidad surgida respecto de las sentencias de primera y segunda instancia en este respecto.

PETICIÓN

Demostrado en estos términos que no se cumplen con suficiencia argumentativa los planteamientos de los recurrentes en sus cargos de censura de la sentencia del Tribunal, respetuosamente le solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia NO CASAR la sentencia de segunda Instancia y subsidiariamente en atención a la violación de las garantías fundamentales expresadas en la reconstrucción de la prueba efectuada por el Juez de primera instancia, respecto de la cual no se pronunció el Tribunal, declarar la Nulidad de las mismas respectivamente.

Atentamente,



CARLOS ENRIQUE ELJAIK SALOME
CC No. 7431909
T.P 9841 C. S. de la Judicatura