

RV: Alegatos casacion Numero Interno 61523

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Mié 27/07/2022 9:02

Para: Lizeth Tatiana Tibaduiza Mogollon <lizethm@cortesuprema.gov.co>

Sustentación

Casación 61523

De: MAIRA ROCIO CORREA ROMERO <macorrea2004@gmail.com>

Enviado: martes, 26 de julio de 2022 5:17 p. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Alegatos casacion Numero Interno 61523

Señores

MAGISTRADOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

M. P. DR. GERSON CHAVERRA CASTRO

-sala de casación penal-

E. S. D.

REF: ALEGATOS de Sustentación recurso de CASACIÓN

Proceso adelantado contra JULIAN DAVID SANTOS LACHE.
DE ARMAS.

por el punible de PORTE ILEGAL

RAD: 68001600015920151414101

Casación Número Interno 61523

Previo un cordial saludo allegó alegatos de sustentación dentro del término concedido para ello, dentro de la actuación referenciada.

Con todo comedimiento,

MAIRA ROCIO CORREA ROMERO

DEFENSORA PÚBLICA

MAIRA ROCIO CORREA ROMERO
ABOGADA
Cra 13 No. 35 - 10 Ofc. 603
Cel. 3007900912
macorrea2004@gmail.com
Bucaramanga

Señores
MAGISTRADOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
M. P. DR. GERSON CHAVERRA CASTRO
-sala de casación penal-
E. S. D.

REF: ALEGATOS de Sustentación recurso de CASACION
Proceso adelantado contra JULIAN DAVID SANTOS LACHE.
por el punible de PORTE ILEGAL DE ARMAS.

RAD: 68001600015920151414101
Casación Número Interno 61523

Distinguidos magistrados:

En ejercicio de la defensa técnica del joven SANTOS LACHE, con todo respeto, acudo ante Ustedes una vez más, con el fin de presentar unos breves Alegatos de sustentación dentro de la presente acción extraordinaria, los cuales tienen como finalidad, reiterar la solicitud realizada en la demanda de CASAR la sentencia, y consecuentemente se reconozca la causa invocada de NULIDAD a partir **del allanamiento a cargos, llevada a cabo en la audiencia de imputación del 12-02-16**, pues es en este acto procesal donde recae la evidente vulneración de las garantías y derechos fundamentales del imputado, toda vez que es precisamente el allanamiento a cargos el que se debe invalidar, dado que el consentimiento del joven SANTOS LACHE se encontraba viciado, como fue debidamente acreditado y reconocido por el juez de conocimiento; en consecuencia, se profiera fallo de PRECLUSION DE LA INVESTIGACION, a favor del joven JULIAN DAVID SANTOS LACHE, dado que la acción se encuentra prescrita desde el 12-02-22, es decir dos días después de haberse proferido la sentencia de segunda instancia, y que es objeto del presente recurso extraordinario de casación.

Se debe precisar desde este momento, en aras de darle una contextualización a la decisión conveniente de la segunda instancia, proferida el 25-01-22 a puerta de prescribir la acción penal, por medio de la cual revocó la retractación de allanamiento reconocida y decretada por la primera instancia en decisión calendada del 04-18-20, decisión que fue impugnada por la fiscalía; es así como encontramos que la segunda instancia después de 17 meses 20 días y como se señaló a escasos 17 días para prescribir la acción penal, resuelve la alzada, revocando la retractación del allanamiento con una motivación, con todo respeto, superficial, contradictoria, con falsos juicios de identidad y de existencia, dándole valor probatorio a la posición parcializada y sin fundamento probatorio alguno de un sujeto procesal como es la fiscalía, desvalorando y omitiendo los medios suasorios objetivos y veraces presentados por la defensa que acreditaban sin dubitación alguna el vicio del consentimiento, y en los cuales debió edificar su decisión.

Se señala que la decisión de segunda instancia se califica de conveniente, toda vez que vulnerando el plazo razonable que se tiene para decidir un medio de impugnación – al despacho por más 17 meses 20 días- de y cuando evidencia que la acción penal esta para prescribir, se toma una decisión salomónica en contravía de lo probado como es la revocatoria de retractación, dado que si se confirmaba como probatoriamente está acreditado, la acción penal prescribía necesariamente, porque su confirmación significaba retrotrae el proceso a su etapa inicial de imputación, lógicamente en 17 días prescribía y era imposible adelantar todo un proceso penal.

Pero además de esta realidad procesal evidente, las irregularidades sustanciales dentro de la presente actuación son ostensibles, y la defensa y quien tenga conocimiento de la presente actuación, parecerá insólito que en una actuación haya sucedido tantos inconvenientes, y una actitud arraigada de la fiscalía, pues apelo todas las decisión, hasta la reconstrucción del audio de imputación que se perdió, ordenada por el juez de conocimiento, un tramiten necesario y que no requiere discusión alguna; toda su actitud estuvo orientada a que no se le garantizara los derechos fundamentales al joven SANTO LACHE, que como lo señaló la primera instancia es un sujeto de especial protección en atención a su adicción y estado de vulnerabilidad, un joven que desde muy temprana edad se le diagnóstico *ESQUIZOFRENIA PARANOIDE*, “... *sufre de una enfermedad mental crónica-definitiva-incapacitante-deterioro de sus funciones mentales superiores-es una enfermedad de mal pronóstico se descompensa al consumir tóxicos intensificando psicosis delirios- incoherencias en su relato, paciente con una incapacidad mental absoluta, requiere medicación permanente, plan de psicoeducación, terapia ocupacional y apoyo familiar.*

Como se dejó plasmado en la demanda de casación, toda la actuación procesal estuvo investida de irregularidades, se perdió el audio de la legalización de captura **05-12-15**, audiencia donde se decretó la ilegalidad de la captura, decisión que fue apelada por la fiscalía, y la segunda instancia sin audio pues en diferentes oportunidades la requirió para poder resolver la alzada, toda vez que en la audiencia se recibió el testimonio de la moradora del inmueble donde arbitrariamente habían entrado los policiales a capturar al joven SANTOS LACHE, motivo que generó la decisión de ilegalidad de la captura pues no existió permiso para ingresar a la residencia, y así lo declaro la testigo; sin embargo la segunda instancia revoca la ilegalidad de la captura mediante auto del **10-06-16** porque desvalora y no le da veracidad a la declaración de esta testigo, declaración que no tuvo oportunidad de escuchar por la inexistencia del audio, en verdad insólito.

Ante la ilegalidad de la captura decretada por el juez de garantías, y dejado en libertad el joven SANTOS LACHE, la fiscalía solicita audiencia de imputación la cual se llevó a cabo el **12-02-16**, fecha para la cual el joven SANTOS LACHE se encontraba internado en rehabilitación con tratamiento medicado, y desde allí un cuidador lo acompañó a la sala de audiencias, se le hizo la imputación y por manifestaciones de su madre el joven tuvo una actitud agresiva, sin embargo así se llevó a cabo la audiencia y el joven manifestó que se allanaba a cargos, como obra en el acta, pero se desconoce las circunstancias concretas en que se llevó a cabo dicho allanamiento toda vez que el audio de la audiencia también se perdió o no grabo, lo cierto es que no existe el audio de la audiencia de imputación.

Posteriormente se remite la actuación al juez de conocimiento, donde se empezó a cuestionar por la defensa el allanamiento a cargos, en relación con la libertad, voluntad, conocimiento informado y estado anímico del joven el día se llevó a cabo la imputación, pero el juez de conocimiento no tenía como constatar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevó a cabo el allanamiento, por la inexistencia del audio, ordenado reconstruirlo mediante auto del **13-12-18**, a lo cual férreamente la fiscalía se opuso e impugno la decisión, pues ella

era testigo de la legalidad del allanamiento, fue así que se remitió la actuación al tribunal para que resolviera el recurso, confirmando la decisión de la primera instancia el **06-03-19**, reconstrucción que se materializó el **10-05-19**, con una audiencia totalmente limitada en donde simplemente se plasmó lo que se había consagrado en el acta respectiva, pero en ningún momento se indago sobre las circunstancias reales de la audiencia del 12-02-16, a esa audiencia los únicos sujetos originarios fue la fiscalía y el procesado, dado que el defensor es otro profesional del derecho, lo mismo que la juez de garantías, audiencia en la cual la fiscal fue quien señaló que en relación con el hecho concreto el imputado si entendió los hechos que se investigaban, y que se constató la libertad y voluntad del imputado, lógicamente esa iba a ser su intervención porque es la postura que siempre ha tenido en su rol de fiscal y sujeto procesal adversa a la defensa, por ende la juez de garantías que no era la misma que realizo la audiencia el día 12-02-16, interrogó en forma cerrada al imputado, de tal forma que solo podía contestar si o no, más no se le dio la oportunidad de que el procesado expresara lo sucedido en aquella audiencia, pues se trataba de reconstruir las circunstancias concretas en que se realizó dicho allanamiento y que debieron quedar plasmadas en el audio desaparecido o que no se grabó, como lo señaló la segunda instancia “... *contando aún con las respuesta sobre lo sucedido en aquella oportunidad..*”, el procesado no tuvo la oportunidad de hacer la más mínima mención a lo sucedido en aquella oportunidad, solo se le pregunto lo que constaba en el acta, sobre si se allano o no, no existía duda, para eso estaba el acta, lo relevante era señalar las circunstancias concretas en que se encontraba el joven SANTOS LACHE en ese momento de la audiencia, y ello no fue objeto de verificación por parte de la señora juez de garantías, incluso cuando la defensa solicita la palabra para que se le indagara sobre dichos aspectos relevantes, el despacho señala la delimitación dada por el tribunal, interpretada de una forma restringida que llevaba al traste la reconstrucción de la audiencia.

Fue así como la defensa pública del señor SANTOS LACHE recauda elementos materiales probatorios y solicita la retratación del allanamiento por vicios en el consentimiento del joven SANTOS LACHE, ante el juez de conocimiento, solicitud que fue respaldada por el Ministerio Publico, ante la evidencia probatoria presentada, decretándose la retractación del allanamiento mediante auto del **04-08-20**, decisión que nuevamente es impugnada por la fiscalía, con una argumentación desprovista de medios suasorios que corroboraran su posición parcializada, sin hacer una refutación a los medios de prueba de la defensa, pues como siempre lo ha señalado es que a ella le consta que el allanamiento a cargos fue libre, voluntario e informado, es decir su apreciación subjetiva y personal, como si ella fuera un medio de prueba.

Desde agosto de 2020 se remitió la actuación al tribunal para que se resolviera el recurso de la alzada interpuesto por la fiscalía, estuvo allí al despacho por más de 17 meses, y solo se resolvió el **25-01-22** cuando estaba a puertas de prescribir, faltaban 17 días para prescribir, recovando la retractación y por ende, se remitió al juez de conocimiento para que adelantara inmediatamente la audiencia de verificación de allanamiento y sentencia, la cual se notificó y se llevó a cabo el **31-01-22**, la defensa lógicamente interpone recurso de apelación solicitando la nulidad de lo actuado, se sustentó dentro de los cinco días siguientes **07-02-22**, los demás sujetos procesales renunciaron al termino de los no recurrentes, se remitió el proceso al tribunal para resolver la alzada, decidiéndose el **10-02-22**, negándose la nulidad y confirmándose la sentencia condenatoria.

Como puede evidenciarse, la causal de nulidad invocada encuentra respaldo en la actuación, dado las irregularidades sustanciales que han afectado el DEBIDO PROCESO, derecho fundamental del joven SANTOS LACHE que debe permanecer incólume, lo que genera la procedencia de la solicitud de CASAR LA SENTENCIA, decretar la nulidad desde el

allanamiento a cargos, y consecuentemente proferir la PRECLUSION DE LA INVESTIGACION por prescripción de la acción penal.

Como se acredita en la demanda de casación se dan a cabalidad todos los principios que informan la NULIDAD solicitada.

Dejo así presentada los alegatos, reiterando lo solicitado en la demanda de casación, solicitudes que gozan de toda procedencia, en aras de una justicia social y material.

Con todo comedimiento,



MAIRA ROCIO CORREA ROMERO
DEFENSORA PÚBLICA

proferir el fallo de remplazo de contenido ABSOLUTORIO a favor de mi defendido, en aras de restablecer sus derechos fundamentales.

En el caso concreto, como se señaló, el objetivo primordial de este medio extraordinario de impugnación es materializar la efectividad de las garantías de los intervinientes y la reparación de los agravios inferidos a mi defendido DIDIER CADENA ARIAS en su calidad de condenado por el delito de ESTAFA AGRAVADA en concurso homogéneo, en la sentencia que es objeto del presente medio de impugnación, toda vez que tanto la primera instancia, como la segunda instancia yerran al momento de valorar y fijar valor al contenido de las pruebas practicadas, quebrantando así, el debido proceso probatorio, garantía o pilar del derecho fundamental del DEBIDO PROCESO.

SUSTENTACION DEL RECURSO

Como se acredita en la demanda de CASACION, el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual CONFIRMA la sentencia proferida en primera instancia, trasgreden la legalidad y la seguridad jurídica del proceso penal al dar por probados unos hechos indicadores, suponiendo pruebas que no fueron practicadas, ni incorporadas al juicio, y por el contrario, edifica su demostración al otorgarle valor probatorio al informe y declaración del investigador líder que no fue testigo presencial de los hechos, carente de soporte probatorio, constitutivo de un criterio orientador, pero que no tienen entidad probatoria alguna; así mismo darle a la prueba de referencia tratamiento de prueba indiciaria, omitiendo realizar en su motivación la correspondiente estructura lógica propia de este medio indirecto de prueba, en aras de determinar cuál es el hecho conocido plenamente probado y la inferencia racional para determinar y dar por probado el hecho desconocido, pues no se puede motivar una decisión fundada en prueba indiciaria con la olímpica afirmación, que no se trata de prueba de referencia sino de prueba indiciaria y no hace la estructura lógica crítica que ello implica, como lo señala la Corte Constitucional en cita que la segunda instancia hace en su decisión cuando señala:

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión.

“(…) si bien la sentencia se fundamenta de manera prevalente en prueba indirecta. Esta circunstancia por misma no tiene la potencialidad de soporte probatorio. En un sistema de pruebas fundado en la libertad probatoria, entendido su ejercicio dentro de los límites que desmarcan la Constitución y la ley, la prueba indiciaria constituye un medio de prueba autónoma y legítimo que aplicada técnicamente, de conformidad con su estructura lógica crítica, puede tener una eficacia demostrativa concluyente.” (negrilla fuera de texto)

En el caso del señor DIDIER CADENA ARIAS se trasgrede el derecho al recurso judicial efectivo, en la medida que el fallador de segunda instancia adicione a su criterio el alcance del valor probatorio de algunos medios de conocimiento, al darle a la prueba de referencia calidad de prueba indiciaria y omitir motivarla técnicamente, efectuando realizar la estructura lógica y crítica que ella implica.

De ahí que se haya plantado la siguiente:

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

Acuso la sentencia por ser violatoria de normas de derecho sustancial por vía indirecta con fundamento en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal, por ERROR DE HECHO, EN RAZON A UN JUICIO FALSO DE EXISTENCIA POR SUPOSICION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA NO PRACTICADOS E INCORPORADOS AL PROCESO, lo que conllevó a la aplicación indebida de los artículos 246, 267-1 del Código Penal que tipifica LA ESTAFA AGRAVADA, y correlativa falta de aplicación del artículo 7 de la Ley 906 de 2004 que consagra el principio constitucional del in dubio pro reo.

Veamos la materialización del error en que se incurrió por parte de la sentencia de segunda instancia:

Debemos partir de la realidad probatoria y es que al juicio oral la fiscalía solo trajo dos testigos, por ende, se hace necesario hacer un contexto de la prueba practicada para evidenciar la suposición de las pruebas, y dar por demostrado los hechos indicadores, de donde infiere la presunta responsabilidad del señor DIDIER CADENA ARIAS en el delito de ESTAFA AGRAVADA, en concurso homogéneo.

Veamos la prueba practicada:

-. Al señor OSCAR OLIVO AGUILLON FIGUEROA, reconocido comerciante quien señaló que nunca ha celebrado negocios con la empresa HEMINE LTDA de Medellín, persona ésta que supuestamente fue suplantada por la persona que solicitó a dicha empresa la compra de 1260 pares de calzado, señala este testigo que no conoce al señor DIDIER CADENA ARIAS,

ni a las demás personas por las cuales se le pregunta, que solo conoce al señor YESID FELIPE GARCIA que había trabajado para él como vendedor de mostrador durante 3 o 4 meses, y que se enteró de los hechos por una llamadas que había recibido cobrándole la factura por la compra de los 1260 zapatos, a lo cual él contestó negativamente dado que no había realizado ningún pedido, que hablo con representantes de la empresa quienes le mostraron los documentos de la supuesta compra y una fotocopia falsificada de su cedula de ciudadanía, motivo por el cual formula la respectiva denuncia penal.

-. Al subintendente EDWIN EDUARDO HUERFANO CABALLERO, de la SIJIN, quien indicó que para el año 2008 laboraba en la unidad de contra-atracos de la SIJIN en esta ciudad. Sobre el conocimiento del caso que nos ocupa refirió que llegó a su oficina una noticia criminal sobre posible hurto de un calzado, mediante engaño o estafa a una empresa de Medellín, por lo que procedió a establecer comunicación con los representantes de la empresa, quienes allegaron la documentación referente a la preventa o compra, la forma como se hizo entrega, soportes y documentos que la soportaban, los que daban cuenta que el calzado se había sido entregado y recibido en Bucaramanga.

Sin embargo, a través suyo como testigo de acreditación toda esta documentación brilla por su ausencia dentro del juicio oral, precisando que la única prueba documental incorporada fue la siguiente:

1.- Contrato de arrendamiento de vivienda urbana AA-85156 de fecha 15 de enero de 2008 donde aparece como arrendatario el señor HOLGUER GIONVANY MARTINEZ GONZALEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No.91.480.164, como arrendador el señor JAIME ALMEDRALES DUARTE, de un local ubicado en la calle 58 – 17c-29 del Barrio Ricaute, por seis (6) meses a partir del 15 de enero al 15 de julio de 2008, cuyo canon pactado es de \$ 400.000 mensuales.

2.- Un acta de incautación de elementos del 26 de julio de 2008 siendo las 11:50 horas en la calle 58-17c-29 del Barrio Ricaute, al señor JAIME ALMEDRALES DUARTE, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.421.367 de Bucaramanga, elementos incautados: primero, dos folios del contrato de arriendo AA-85156 –se trata de la misma prueba documental señalada en el anterior numeral- y fotocopia de la cedula de ciudadanía de HOLGUER GIOVANY GONZALEZ MARTINEZ, No. 91.480.164, y segundo, 04 pares de zapatos marca CARTEPILLAR referencias P 708610, 708468 y dos de referencia P708621, acta de incautación suscrita por JAIME ALMEDRALES DUARTE a quien se le incauta y quien incauta HUERFANO CABALLERO EDWIN EDUARDO.

En conclusión, se incorpora tres documentos: el contrato de arrendamiento, el acta de incautación y la fotocopia de la cédula del señor GONZALEZ MARTINEZ.

Se debe precisar, que ninguna otra prueba se practicó o se incorporó por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues desistió de los demás testigos ofrecidos con ocasión de la audiencia preparatoria, y a la defensa se le habían negado la prueba común solicitada en la preparatoria en aras de efectuar los interrogatorios directos, y ante el desistimiento de la prueba por parte de la fiscalía, no pudo materializar su derecho de contradicción o de refutación.

Es así como encontramos de la motivación de la sentencia impugnada, que el hecho indicado o desconocido, esto es la responsabilidad de DIDIER CADENA ARIAS como autor responsable de la conducta de ESTAFA AGRAVADA en concurso homogéneo que ocupa este proceso, el juzgador de segunda instancia la infiere sin lugar a dudas de la declaración del subintendente EDWIN EDUARDO HUERFANO CABALLERO, quien fuera el investigador líder y adelantara las investigaciones respectivas, ello cuando se señala textualmente en su decisión: “...*Ahora bien, en cuanto a las declaraciones traídas por el reiterado subintendente de la SIJIN, entendidas dentro de la probática como indicios y no como pruebas de referencia, por cuanto no fueron admitidas, incorporadas y auscultadas de tal manera por el fallador primogénito, sino que su capacidad de convicción deviene de su corroboración en sede del análisis conjunto del acervo probatorio aportado...*” Encontramos sin lugar a dudas,

que este testimonio constituye el soporte de los hechos indicadores, que como lo señala la segunda instancia “*deviene su de su corroboración en sede del análisis conjunto del acervo probatorio aportado*”; por ende se hace necesario, determinar si efectivamente los hechos narrados por el subintendente efectivamente constituye prueba indiciaria, o prueba de referencia al no encontrarse debidamente probado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el artículo 437 y siguientes del C.P.P., suponiendo las pruebas que supuestamente acreditan los hechos narrados por el subintendente, y que atendiendo el criterio particular de la segunda instancia le da el carácter de prueba indiciaria, sin que efectúe técnicamente la estructura lógica crítica, para determinar que tiene una eficacia demostrativa concluyente.

Lo anterior, atendiendo que el indicio es un proceso mental valorativo y no un medio de prueba, que permite el conocimiento indirecto de la realidad fáctica, y que supone la existencia de un hecho que debe encontrarse probado a través de cualquier medio probatorio regulado en el C.P.P. y que se ha denominado hecho indicador, y del cual se deriva otro hecho, al cual se le denomina hecho indicado, ello a través de un proceso de inferencia lógica razonable.

Antes de adentrarnos a determinar si los hechos señalados en el testimonio del subintendente HUERFANO CABALLERO está plenamente probado, debemos precisar en este momento que el informe de policía es un criterio orientador de la investigación, pero no es una prueba, sobre este aspecto la C.S.J ha señalado en **Sentencia 34152, oct. 2/13, M. P. Luis Guillermo Salazar**.

Veamos el caso concreto:

Como es claro en el presente caso no nos encontramos frente a una situación de flagrancia, por ende el agente de policía no tiene, ni tuvo ninguno conocimiento directo de los hechos que se investigan, sino que su conocimiento viene referido por otras personas que si les consta directamente los hechos, de ahí que todo lo señalado por él, y que no está debidamente soportado, carece de valor probatorio pues está fundado en entrevistas y exposiciones de terceras personas y no de su conocimiento directo, de ahí que el testimonio rendido por el agente HUERFANO CABALLERO, en el presente caso, carece de valor probatorio y todas sus pesquisas y labores investigativa, para que tengan valor probatorio, deben estar sustentadas en medios de prueba.

De ahí que se afirme con toda certeza, que este testimonio que narra una serie de hechos, y que la segunda instancia ha tomado como hechos indicadores, para inferir un hecho desconocido o hecho indicado –responsabilidad de Didier Cadena Arias- no se encuentran debidamente probados, y que el juez colegiado de segunda instancia, le dio el carácter de prueba indiciaria anti técnicamente, a un testimonio edificado en prueba de referencia, **suponiendo** pruebas que no se practicaron, ni se incorporaron al juicio oral, de ahí que se ataque esta sentencia por error de hecho por falso juicio de existencia al suponer las pruebas y dar por demostrado los hechos indicador, cuando efectivamente carece de esta calidad, es decir no están debidamente probados, y como tales no podría ser utilizado para efectuar inferencia o inferencias lógicas.

Veamos la SUPOSICION DE LAS PRUEBAS por parte del fallador de segunda instancia, para dar por probado los hechos indicadores:

Se motiva la sentencia de segunda instancia en los siguientes términos:

Se omite la declaración del señor OSCAR OLIVO AGUILLON FIGUEROA, pues no tiene la entidad para acreditar la presunta responsabilidad del señor CADENA ARIAS, en el delito de Estafa agravada, pues con su versión lo que se lograría acreditar sería a grandes rasgos la materialidad de la conducta, pero para nada la presunta responsabilidad del sentenciado.

Sobre la declaración del señor EDWIN EDUARDO HUERFANO CABALLERO, valorado por la segunda instancia, de la cual infiere una serie de hechos indicadores que no están debidamente acreditados o demostrados, los preciso y valoro en los siguientes términos:

“...Seguido declaró Edwin Eduardo Huérfano Caballero, subintendente de la unidad investigativa de delitos contra el patrimonio económico, adscrita al área de contra atracos de la SIJIN, quien narró que luego de conocer acerca de una posible estafa que permitió el hurto de calzado marca Caterpillar a una empresa llamada Hemine Ltda., con asiento en Medellín, se estableció comunicación con los representantes de la misma, quienes aportaron la documentación relacionada con la supuesta preventa o compra a través de la cual se efectuó la treta, la forma en que se ejecutó, así como la entrega de la mercancía y soportes de la misma...”

La segunda instancia con su versión dio por acreditado el negocio jurídico de la compra y venta de los supuestos zapatos, y los artificios –treta- como se ejecutó, la entrega de la mercancía y lo soportes de la misma. Este investigador NO incorporo la documentación relacionada con este negocio jurídico, ni las constancias de entrega y soportes de la misma; y de acuerdo con lo afirmado en su declaración, supuestamente le hicieron entrega de toda esa documentación, adquiriendo así la calidad de testigo de acreditación para incorporarla al juicio oral, incorporación que no lo hizo, ni siquiera se allego la demostración de la existencia y representación de la supuesta empresa HEMINE LTDA, ni la preexistencia del objeto material de la estafa esto es el calzado de marca supuestamente Caterpillar. Aquí está **SUPONIENDO** la existencia de toda esta documentación que brilla por su ausencia; la defensa se pregunta, si supuestamente le fue entregada, ¿en dónde obra dicha documentación? ¿Porque no fue incorporada?

Estos hechos no probados, constituyeron para la segunda instancia hechos indicadores, que al valorarlos en conjunto como prueba indiciaria, dio por demostrada la responsabilidad del señor CADENA ARIAS en la conducta delictual de ESTAFA AGRAVADA en concurso homogéneo y sucesivo; este último aspecto -concurso homogéneo y sucesivo- también se debe cuestionar, pues de acuerdo con los hechos narrados, encontramos que supuestamente se hizo un solo pedido, lo que significa que solo hubo una conducta, y el hecho que supuestamente se hayan enviado dicha cantidad de zapatos en diferentes fechas, no significa que se trate de un concurso de hechos punibles, pues el negocio jurídico al parecer fue uno solo.... Como puede verse todo es al parecer....

Sigue:

“Adujo igualmente que las víctimas en su momento intentaron cobrar la factura del pedido a un comerciante conocido en la venta de calzado en el sector de San Andresito, quien les señaló no tener ninguna deuda con ellos pues nunca solicitó zapatos de su compañía, menos aún, por una cantidad superior a los 1200 pares, por lo que decidieron presentar el denuncia ante la Fiscalía. La unidad de investigación dio inicio a las actividades tendientes a esclarecer lo sucedido, solicitándose para ello toda la documentación al respecto”.

Se insiste, brilla por su ausencia tal documentación, y ello es complementario de lo señalado anteriormente.

Sigue:

“..Así pues, se ubicó a la empresa de mensajería Saferbo, contratada para transportar la mercancía, y un empleado de ésta, el señor Rodríguez Niño, les informo que la entrega del calzado se efectuó en un parqueadero cercano al centro comercial San Andresito la Isla: al llegar al lugar, se estableció comunicación con el encargado de ese sitio señor Jaime Almendrales, quien les manifestó que efectivamente dicha mercancía fue entregada allí e incluso una de las personas que la recibió, firmó temporalmente con él un contrato de arrendamiento de local para su depósito y le pagó con unos pares de zapatos de la referida marca, los cuales fueron posteriormente incautados y dejados a disposición de la Fiscalía,

“como un elemento material probatorio de que efectivamente el calzado llego allá, se recibió allá y se quedó allá”.

El empleado de Saferbo también les manifestó que tan pronto llegó a la dirección indicada en la planilla, hizo entrega de la mercancía a dos personas, una de ellas haciéndose pasar por el comerciante que aparentemente había hecho el pedido, señor Oscar Aguillón; por tanto, al realizarse los reconocimientos con la imagen de la foto-cédula de éste, el testigo dijo que no lo conocía, es decir, que en el banco de imágenes exhibidas no se encontraban las personas que le habían recibido esa mercancía. No obstante, cuando se repitió la diligencia, pero con las fotos tanto del señor Silva Galvis como de Didier Cardena, efectivamente señaló sí conocerlos, pues fueron quienes estaban en el lugar y el procesado al cual se refiere como “Holguer Martínez”. Fue la persona que le recibió la mercancía y le firmó el recibido de la misma.

Relató que asimismo el mencionado Jaime Almendrales, en reconocimiento fotográfico identificó a estos sujetos como quienes se encontraban el día de la entrega de los elementos; y respecto al enjuiciado, hizo puntual claridad que fue la persona con quien refirió haber suscrito el contrato de arriendo, también haciéndose pasar por “Holguer Martínez...”.

SUPOSO la segunda instancia para dar por acreditados los hechos narrados por el subintendente HUERFANO CABALLERO, la declaración del empleado de SAFERBO señor RODRIGUEZ NIÑO, los soportes de la entrega de la mercancía y el recibido por parte del señor HOLGUER MARTINEZ, los reconocimientos fotográficos realizados por el empleado de SABERBO, y el reconocimiento fotográfico realizado por el señor JAIME ALMENDRALES, elementos probatorios estos que no fueron incorporados al juicio oral y que constituía el soporte de la declaración de este agente investigador de policía que no tuvo ningún conocimiento directo de los hechos; así mismo brilla por su ausencia las declaraciones de los señores RODRIGUEZ NIÑO y del señor JAIME ALMEDRALES, quienes nunca compareciendo al juicio oral.

Estos hechos no probados, constituyeron para la segunda instancia hechos indicadores, que, al valorarlos en conjunto como prueba indiciaria, dio por demostrada la responsabilidad del señor CADENA ARIAS en la conducta delictual de ESTAFA AGRAVADA en concurso homogéneo y sucesivo.

Sigue:

“...Añadió que posterior a ello se tuvo conocimiento por fuentes humanas que, posiblemente en el barrio Escoflor de Bucaramanga, se encontraba algunas cajas de calzado, y al acudir al sector tipo siete u ocho de la mañana, con el fin de verificar la información, efectivamente encontraron en una casa a personas departiendo y, cuando ingresaban en esos momentos salía el individuo Didier Cadena (lo señaló en la audiencia), quedando dos sujetos, Silva y Holguer quienes a su vez estaban acompañados de otro muchacho, que fue el empleado del comerciante de San Andresito, quien recolectó la información para poder suministrarla a la empresa de Medellín. En suma, se realizaron los respectivos registros y se incautaron 67 pares de los zapatos remitidos por la empresa estafada, los cuales se encontraban distribuidos en diferentes casas...”

SUPONE la segunda instancia la existencia de los registros a dichos inmuebles, porque fueron supuestamente en diferentes casas, el acta de incautación de los 67 pares de zapatos remitidos por la empresa estafada –empresa de la cual brilla por su ausencia la demostración de su existencia y representación, así como la acreditación de la marca de la mercancía –zapatos-presuntamente marca “carterpillar” y su preexistencia, toda vez que los diligencias de registros a las diferentes casas y el acta o actas de incautación no fueron incorporados al juicio oral, teniendo el investigador la calidad de testigo de acreditación, pues según su presunta afirmación fue quien realiza dichos registros e incautación del calzado. ¿En consecuencia, si este investigador realizo dichas diligencias, en donde obra la prueba documental que soporte dichas afirmaciones?

Estos hechos no probados, constituyeron para la segunda instancia hechos indicadores, que, al valorarlos en conjunto como prueba indiciaria, dio por demostrada la responsabilidad del señor CADENA ARIAS en la conducta delictual de ESTAFA AGRAVADA en concurso homogéneo y sucesivo.

Sigue:

“...Luego de lo anterior, relato que también en la residencia del acusado Didier Cadena, ubicada sobre la carrera 17 con 50 de esta localidad, se efectuó allanamiento y en efecto se encontraron entre 2 o 3 pares de zapatos marca Caterpillar de idénticas características y referencias a los hurtados a la empresa Hemine Ltda.; agregó que en ese momento no se encontraba presente aquel, pero si su esposa, y todos los elementos recaudados se entregaron a la Fiscalía, según la estructura del apoyo, con el fin de solicitar las capturas en contra de las personas referidas...”

SUPONE la segunda instancia la existencia del registro de allanamiento y de incautación de los 2 o 3 pares de zapatos marca Caterpillar, de la supuesta empresa Hemine Ltda, siendo este investigador, según su afirmación, testigo de acreditación para incorporar la prueba documental referida, sin embargo, dicho soporte probatorio no fue incorporado al juicio oral.

Estos hechos no probados, constituyeron para la segunda instancia hechos indicadores, que, al valorarlos en conjunto como prueba indiciaria, dio por demostrada la responsabilidad del señor CADENA ARIAS en la conducta delictual de ESTAFA AGRAVADA en concurso homogéneo y sucesivo.

Sigue:

“...De otro lado, expreso que fue la información suministrada por Yesid Felipe Garcia, ex empleado del comerciante OSCAR OLIVO AGUILLON, lo que permitió el envío de la mercancía por parte de la empresa de calzado, previa comunicación con otros almacenes o conocidos comerciantes del sector San Andresito, quienes habrían brindado referencias confiables de él y su local comercial; empero cuando la distribuidora procedió a hacer efectiva la factura del pedido a tal negociante, descubrió que se trataba de un engaño...”

SUPONE la segunda instancia la declaración del señor YESID FELIPE GARCIA, persona esta que nunca rindió declaración en el juicio oral, ni se incorporó como prueba de referencia su entrevista o sus afirmaciones.

Sin embargo esta declaración, constituyo para la segunda instancia un hecho indicador, que, al valorarlos en conjunto como prueba indiciaria, dio por demostrada la responsabilidad del señor CADENA ARIAS en la conducta delictual de ESTAFA AGRAVADA en concurso homogéneo y sucesivo.

Sigue,

Concluye la segunda instancia,

“...Tres.- Así pues. De las precitadas declaraciones, aunado a las pruebas documentales¹ legalmente adheridas al acervo probatorio, se puede concluir sin dubitación alguna que: (I) los hechos punibles acaecieron en el mes de julio del año 2018; (II) el acusado Didier Cadena Arias, mediante la ejecución de artificios y engaños de forma dolosa e indolente, logro inducir en error a la empresa Hemine Ltda., obteniendo provecho y/o utilidad, en detrimento del patrimonio económico de la misma.

Lo anterior se vislumbra del relato del comerciante OSCAR OLIVO AGUILLON, de donde, sin tener comprobada intención inicua o perniciosa contra el encartado (no lo conocía), se extrae una narración clara, coherente y consistente acerca de la materialidad del hecho de

¹ Folios 120, 121 y 122

marras: esto es, que en efecto la empresa Hemine Ltda., inducida en error mediante la suplantación de la identidad del mismo, incluso con documentos falsos, fue engañada extrayéndose de su patrimonio económico lo correspondiente a 1.260 pares de zapatos marca Caterpillar. Remitidos con la suposición de que se trataba de un negocio lícito: empero, cuando fue hecha efectiva la respectiva factura. Vislumbró que se trataba de una tramposa maniobra: porque luego de un acercamiento personal entre los representantes de la misma y el, acudieron ante la fiscalía a denunciar lo ocurrido con las documentaciones necesarias.

Por ello no es dable que, como lo pretende la recurrente, se ignore la existencia de la empresa perjudicada y los documentos que alaban el fraude, con toda vez que bien si no se allegó certificado de cámara de comercio respectivo y demás, la calidad y actividad mercantil de la misma, así como su infortunio empresarial. Se atisban de la anterior declaración; aunado a las pesquisas acreditadas por el investigador Edwin Huérfano, quien adujo que los representantes de ella le dieron a conocer los documentos de la supuesta compra venta, amen que pudo constatar que los pares de zapatos incautados efectivamente correspondían a las mismas referencias de los lotes de calzado enviados desde Medellín, y que fueron recibidos por el acusado....” ...

Respecto a la responsabilidad penal del enrostrado, concretamente se tiene que, por parte del investigador HUERFANO CABALLERO, fue observado en el inmueble ubicado en el barrio Escoflor de esta ciudad, en que se efectuaron diligencias de allanamientos y se incautaron 67 pares de zapatos; posteriormente en su residencia, en donde solo se encontraba su esposa al momento del registro, también se confiscaron zapatos, todos ellos pertenecientes a la misma mercancía hurtada a la empresa víctima.

Además, se incorporó al juicio el contrato de arrendamiento del local en que se depositó la mercancía al momento de su recibido, signado por el señor JAIME ALMENDRALES (arrendador) y DIDIER CADENA ARIAS (arrendatario), este último suplantando la identidad del señor HOLGUER MARTINEZ GONZALEZ, en aras de lograr su objetivo criminal, según la identificación hecha por el arrendador en diligencia de reconocimiento fotográfico; e igualmente se allegó el acta de incautación de fecha 26 de Julio de 2008, suscrita por este, respecto de los zapatos marca Caterpillar con que el acusado le pago cánones de arriendo. Valga hacer hincapié en que estos documentos en ningún momento fueron tachados de falsos no se impugno su autenticidad, así como tampoco se alegó su exclusión o rechazo.

Así entonces, a pesar de no haberse presentado al debate oral algunas de las personas designadas por el investigador del caso, existen: como se dijo, suficientes elementos de persuasión racional que permiten corroborar y atribuir valor probatorio a lo acreditado sobre ellos, mediante el análisis conjunto de los mismos, con base en las reglas de la sana crítica, la ciencia y la experiencia, que, por ende, de contera permiten establecer sin lugar a duda la responsabilidad penal del encartado...”

De lo transcrito textualmente es evidente, **la suposición** de toda la prueba relacionada relativa a prueba documental, reconocimiento fotográficos, actas de incautación, entrevistas de testigos, allanamientos, etc., como se demostró en los acápite anteriores, cuando se hizo un estudio de los hechos narrados por el subintendente, medios de prueba estos que no fueron incorporados ni practicados en juicio oral; sin embargo, como concluye la segunda instancia, fueron los hechos indicadores, de donde se edifica la responsabilidad del señor DIDIER CADENA ARIAS, como autor de la conducta de ESTAFA AGRAVADA, por parte del ad-quem, lo que nos lleva sin dubitación alguna, por el contrario plenamente acreditado, a señal que los hechos indicadores valorados en su conjunto por la segunda instancia (prueba indiciaria)n no están debidamente demostrados o probados, lo que impide con fundamento en ellos dar por demostrado un hecho desconocido o el indicado, en el caso concreto, la responsabilidad de DIDIER CADENA ARIAS en la conducta punible de ESTAFA AGRAVADA.

Trascendencia del ERROR, de modo que sin su influjo el fallo hubiese sido diferente.

Se hace necesario en las causales de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia (en sus modalidades de omisión o de suposición del medio probatorio) y por falso juicio de identidad, hacer mención a los demás medios de prueba, toda vez, que la sustentación de estas causales se encaminan a proveer la efectiva vigencia del principio de unidad de la prueba o de apreciación de las pruebas en conjunto, según el cual las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica, actividad que implica que el funcionario judicial debe exponer siempre el mérito que le asigne a cada prueba, tal como lo dispone el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 que establece que los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto.

Por otro lado, es conveniente también mencionar el principio de necesidad de la prueba, el cual indica que las providencias que resuelvan de fondo un asunto deben estar plenamente soportadas en las pruebas que le suministran al juez el conocimiento de los hechos del caso, que obran en el proceso y fueron aportadas al mismo de manera legal y oportuna, por lo que al juzgador le está vedado acudir a su conocimiento privado. El artículo 372 de la Ley 906 de 2004 consagra este principio que se quiebra con el falso juicio de existencia, y en cuyo tenor dice: “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe”.

El conjunto probatorio del proceso forma una unidad, y así debe ser examinado y apreciado por el juzgador, con el fin de confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia, y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme.

Como se señaló precedentemente, los hechos narrados por el subteniente sin soporte probatoria alguno, constituyeron los hechos de mayor relevancia para edificar la responsabilidad, pues la única prueba incorporada por este investigador se circunscribió a:

1- Contrato de arrendamiento de vivienda urbana AA-85156 de fecha 15 de enero de 2008 donde aparece como arrendatario el señor HOLGUER GIONVANY MARTINEZ GONZALEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No.91.480.164, como arrendador el señor JAIME ALMEDRALES DUARTE, de un local ubicado en la calle 58 – 17c-29 del Barrio Ricaute, por seis (6) meses a partir del 15 de enero al 15 de julio de 2008, cuyo canon pactado es de \$ 400.000 mensuales.

2.- Un acta de incautación de elementos del 26 de julio de 2008 siendo las 11:50 horas en la calle 58-17c-29 del Barrio Ricaute, al señor JAIME ALMEDRALES DUARTE, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.421.367 de Bucaramanga, elementos incautados: primero, dos folios del contrato de arriendo AA-85156 –se trata de la misma prueba documental señalada en el anterior numeral- y fotocopia de la cedula de ciudadanía de HOLGUER GIOVANY GONZALEZ MARTINEZ, No. 91.480.164, y segundo, 04 pares de zapatos marca CARTEPILLAR referencias P 708610, 708468 y dos de referencia P708621, acta de incautación suscrita por JAIME ALMEDRALES DUARTE a quien se le incauta y quien incauta HUERFANO CABALLERO EDWIN EDUARDO.

En conclusión, se incorpora tres documentos: el contrato de arrendamiento, el acta de incautación y la fotocopia de la cédula del señor GONZALEZ MARTINEZ.

Si valoramos estos medios de prueba en forma independiente de los hechos narrados por el investigador, hechos no acreditados, ni soportados, encontramos que no tiene la virtualidad, o idoneidad para con fundamento en ellos edificar la presunta responsabilidad del señor CADENA ARIAS en la conducta delictual de la ESTAFA AGRAVADA, más allá de toda duda razonable; pues ninguno de esos documentos por si solos, NO hacen mención al señor DIDIER CADENA ARIAS, **haciéndose ostensible** que fueron los hechos narrados por el

subintendente los que valoro en su conjunto la segunda instancia, y los tomo como hechos indicadores, los cuales como se demostró hasta la saciedad no están debidamente probados, y con fundamento en ellos, con UNA FALSA APRECIACION DE LA PRUEBA, edifico la responsabilidad del señor DIDIER CADENA ARIAS, más allá de toda duda razonable.

Fuerza así concluir, la trascendencia del ERROR en el fallo, pues si no se hubiese valorado los hechos narrados por el subintendente, los cuales carece de demostración, como se acreditó plenamente, difícilmente se podría edificar la responsabilidad del señor CADENA ARIAS como autor de la conducta de ESTAFA AGRAVADA, de modo tal que sin su influjo el fallo hubiese sido diferente, de ABSOLUCIÓN, pues la prueba practicada no tiene la idoneidad de mostrar dicha responsabilidad más allá de toda duda razonable.

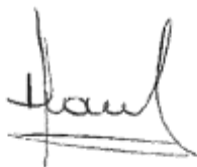
Es así, el H. Tribunal descoció lo preceptuado en el artículo 380, 381 de la Ley 906 de 2004, que exige la valoración en conjunto de los medios de prueba practicados e incorporados al juicio oral, la fijación de los elementos de prueba de acuerdo a su real contenido **sin suponer** lo que su conveniencia precise necesario para sustentar una condena; así mismo quebranto la prohibición imperativa regula en el inciso dos del artículo 381, cuando señala “*La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia*”, y ello fue lo que aconteció en el caso concreto, al tomar como hechos indicadores, hechos que no estaban debidamente probados por cualquiera de los medios de prueba autorizados por el código de procedimiento penal, tergiversándola a prueba indiciaria, que le exige al sentenciador técnicamente realizar la estructura lógica crítica, que evidencie una eficacia demostrativa concluyente, exigencia que no fue cumplida por el ad-quem, pues simplemente se limitó a decir: “...*Ahora bien, en cuanto a las declaraciones traídas por el reiterado subintendente de la SIJIN, entendidas dentro de la probática como indicios y no como pruebas de referencia, por cuanto no fueron admitidas, incorporadas y auscultadas de tal manera por el fallador primogénito, sino que su capacidad de convicción deviene de su corroboración en sede del análisis conjunto del acervo probatorio aportado...*”

Circunstancia está, que, de no haber pasado, habría arrojado un fallo de carácter ABSOLUTORIO, ante la imposibilidad de romper la presunción de inocencia o “duda”. Todo a la luz de lo preceptuado en el Art. 7 del C.P.P. donde se vincula el principio del In dubio pro reo en favor del inculpado, y precisamente por ello y en virtud de la LEGALIDAD de la sentencia, se hace procedente la petición de CASAR la sentencia y en su lugar proferir la que en derecho corresponde, y que no vulnere flagrantemente las garantías procesales y el debido proceso probatorio, como ocurrió en caso concreto a través de la sentencia que es objeto de impugnación por este medio extraordinario, devine así proferir por esta corporación de cierre la sentencia ABSOLUTORIA respectiva.

Dejo así a su sabio entender lo solicitado en este medio de impugnación, en aras de que se restablezca las garantías procesales y sustanciales, las cuales deben prevalecer en toda decisión jurisdiccional.

De los Honorables Magistrados.

Con todo comedimiento,



MAIRA ROCIO CORREA ROMERO

T.P. No. 58.246 del C. S. de la Judicatura

C.C. No. 63.319.882 de Bucaramanga