El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 26 de mayo de 2017

Proceso: Penal – Revoca sentencia absolutoria y declara responsabilidad penal del procesado

Radicación Nro. : 6600160000362012054689-01

Procesado: SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: UTILIZACIÓN ILÍCITA DE REDES DE COMUNICACIONES Y PRESTACIÓN, ACCESO O USO ILEGALES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.** “[P]ara la Sala el comportamiento endilgado por la Fiscalía en contra del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, solamente se adecuaría típicamente en el delito de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, debido a que como consecuencia de la realidad probatoria, el delito tipificado en el artículo 257 C.P. además de ser considerado como especial, de igual forma en su descripción típica tendría inmersa la conducta consagrada en el artículo 197 C.P. En resumidas cuentas, al encontrar la Sala acertado los reproches formulados por los recurrentes, se procederá a revocar el fallo opugnado, y en consecuencia se declarara la responsabilidad penal endilgada en contra del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, pero solamente por incurrir en la comisión del delito de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, tipificado en el artículo 257 C.P.”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 471 del 25 de mayo de 2017. H: 11:45 a.m.

Pereira, veintiséis (26) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:17 a.m.

Procesado: SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ

Radicado # 6600160000362012054689-01

Delitos: Utilización ilícita de redes de comunicaciones y Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones.

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Decisión: Revoca fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver los sendos recursos de alzadas interpuestos tanto por la Fiscalía General de la Nación como por la representación de las víctimas en contra de la sentencia absolutoria proferida en las calendas del 11 de Mayo del 2.015 por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, dentro del proceso que se adelanta en contra del ciudadano **SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ**, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión de los delitos de Utilización ilícita de redes de comunicaciones y de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el libelo acusatorio, se tiene establecido que en el local # 15B del Centro Comercial *“Los Puntos”,* ubicado en la avenida 30 de agosto de esta municipalidad, funcionaba un establecimiento de comercio, administrado por el Sr. SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, el cual, durante el periodo comprendido entre los meses de mayo a septiembre del año 2.012, mediante el empleo de la línea telefónica # 351-5000, era utilizado para realizarle unos fraudes a las empresas que legalmente estaban autorizadas para prestar los servicios de comunicaciones de larga distancia.

Según la Fiscalía, la forma en la cual se llevaba a cabo el fraude era mediante el método del *“by pass”,* o desvió de llamadas, el cual consistía en que desde el exterior se hacían llamadas internacionales por medio de tarjetas prepagos. A su vez dichas llamadas telefónicas accedían a una plataforma en la internet, en la que se conectaban a un enrutador que hacia la conversión de los datos *IP* a llamadas análogas, las que luego eran redireccionadas o reoriginadas hacia líneas locales, de las cuales las llamadas eran remarcadas y de esa forma salían hacia su destino final.

De igual forma, la Fiscalía adujo que en las calendas del 29 de julio del 2.013, se llevó a cabo una diligencia de allanamiento y registro en el local 15B del Centro Comercial *“Los Puntos”,* en el que se encontraron equipos de cómputo y de comunicaciones, los cuales, según los expertos de la policía judicial, eran utilizados para el reoriginamiento de llamadas internacionales como si fueran locales.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el día 30 de julio del 2013 ante el Juzgado 5º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, en las cuales se le impartió legalidad a la orden de allanamiento y registro y los elementos materiales probatorios incautados durante ese procedimiento. De igual forma se legalizó la captura del entonces indiciado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, a quien se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de Utilización ilícita de redes de comunicaciones y de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, tipificados en los artículos 197 y 257 C.P. Por último al Procesado de marras no se le impuso medida de aseguramiento, en atención que el Juez de Control de Garantías se abstuvo de tomar una decisión en tal sentido.
2. El 25 de noviembre del 2.013, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el 6 de marzo del 2.014 se llevó a cabo la audiencia de acusación. Posteriormente el 25 de abril del 2.014 se celebró la audiencia preparatoria. El juicio oral se efectuó en sesiones celebrada los días 23 y 24 de febrero de 2.015, mientras que la sentencia se profirió el 11 de mayo del 2.015, en contra de la cual se alzaron de manera oportuna tanto la Fiscalía como por la representación de las víctimas.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 11 de Mayo del 2.015, en la cual se absolvió al Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ de los cargos por los que fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión de los delitos de Utilización ilícita de redes de comunicaciones y de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones.

Los argumentos aducido por el Juez de primer nivel para proferir el fallo absolutorio, se fundamentaron en establecer que la Fiscalía, con los medios de conocimiento aducidos al juicio, no logró desvirtuar la presunción de inocencia del acusado debido a que no acreditó la materialidad de las conductas punibles enrostradas al Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, las que estaban relacionadas con operaciones ilícitas llevadas a cabo por medio del empleo de líneas telefónicas, mediante las cuales se hacían llamadas internacionales o de larga distancia o el reorigimaniento de las mismas por intermedio de líneas locales.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juez *A quo* expuso que las pruebas utilizadas por la Fiscalía para demostrar la conducta punible contrariaban el principio de la inmediación porque las mismas en momento alguno llegaron a ser exhibidas en el juicio por lo siguiente:

* Para demostrar la materialidad de los reatos, la Fiscalía llevó al juicio una información que extrajo de los discos duros de unos computadores que fueron incautados en la diligencia de allanamiento y registro.
* Los computadores incautados fueron analizados por el perito JAIRO SANTANA, quien expuso que uno de esos computadores funcionaba con el sistema operativo “*DEBÍAN GNU/Linux 6.0”* y que su disco duro funcionaba con el *software* *“ASTERISK”*, del cual se extrajo como información la consistente en la existencia de un registro de 774.747 llamadas.
* Según el perito, dicho registro de llamadas se consignó en un disco compacto, el que a pesar de haber sido incorporado al juicio en un contenedor sellado, su contenido en momento alguno fue exhibido ni puesto de presente, por lo que se desconoce cuáles eran los archivos o registros que figuraban en los computadores que fueron incautados durante la diligencia de allanamiento y registro.

**LAS ALZADAS:**

Los apelantes en sus sendas alzadas, las cuales son similares en su argumentación, propusieron como tesis de su discrepancia la consistente en que el Juez de primer nivel incurrió en errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, en especial del testimonio absuelto por el perito JAIRO SANTANA, los cuales le impidieron darse cuenta que al proceso se adujeron con suficiencia pruebas que comprometían la responsabilidad criminal endilgada al Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ de conformidad con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, los apelantes argumentaron lo siguiente:

* La evidencia física cuestionada por el Juez de primer nivel fue válidamente aducida al proceso debido a que la misma hacia parte de un informe pericial rendido por el perito JAIRO SANTANA CARDONA, cuyo testimonio fue descubierto y ordenado en las oportunidades procesales pertinentes; siendo lo único que el testigo hizo fue el introducir, acorde con lo reglado en los artículos 405 y 423 C.P.P. un informe pericial y un disco compacto que contenía los archivos del estudio que le permitió al perito elaborar el informe pericial, los cuales habían sido descubiertos tanto en la audiencia de formulación de la acusación como en la preparatoria.
* Al estar en presencia de una prueba pericial debidamente descubierta, ordenada y practicada en las fases procesales pertinentes, el Juez de primer nivel desconoció que en materia procesal lo que importa es el testimonio del perito y no el dictamen base de su opinión pericial, por lo que con lo acontecido el *A quo* le dio más valor al contenido de los anexos del informe pericial que al testimonio del perito.
* En momento alguno se le causó agravio a la Defensa, porque al cumplir la Fiscalía con sus deberes de descubrimiento, dicho sujeto procesal conocía en qué consistía el informe base de la opinión pericial y el contenido del disco compacto anexo. De igual forma el perito fue debidamente interrogado y contrainterrogado sobre el contenido y la autenticidad de la información habida en el disco compacto.
* Las exigencias del *A quo* de pretender que se debía exhibir el contenido integral de los 774.474 archivos consignados en el disco compacto es un despropósito y una mera ritualidad que no se compadece de lo reglado en el artículo 434 C.P.P. el cual por economía procesal aconseja que en caso de documentos voluminosos, solo basta con la exhibición de la parte de aquellos que sean relevantes; siendo eso lo que hizo el perito cuando en su declaración adujo que de las 774.474 llamadas consignadas en esa base de datos, solo eran relevantes las que se hicieron en el periodo comprendido entre 27 de febrero al 11 de mayo del 2.013.
* La exhibición del contenido del disco compacto era algo innecesario, porque si el *A quo* hubiera apreciado en debida forma el testimonio del perito, se habría dado cuenta que en ese disco compacto se consignaban el resultado de los procedimientos explicados por el perito, los cuales estaban relacionados con el hallazgo de una base de datos encontradas en uno de los discos duros de los computadores incautados, las cuales para poder ser leídas debieron ser convertidas en formato *Excel,* lo que arrojo la existencia de 774.474 registros de llamadas realizadas en el periodo comprendido entre 27 de febrero al 11 de mayo del 2.013.
* El *A quo* al momento de la apreciación del acervo probatorio solo centró su atención en la prueba pericial rendida por el experto JAIRO SANTANA CARDONA, desconociendo que en el proceso existían otras pruebas testimoniales y técnicas que demostraban que el procesado fungía como arrendatario de un local comercial, el cual tenía todos los equipos técnicos necesarios para prestar de manera ilegal servicios no autorizados de telefonía de larga distancia mediante el reoriginamiento de llamadas internacionales como si fueran locales.
* Con lo acontecido el *A quo* se contradice así mismo, ya que en el devenir del juicio cuando la Fiscalía pretendió exhibir el contenido del disco compacto, consideró que no era pertinente la necesidad de que el Ente Acusador procediera en tal sentido.

Con base en los anteriores argumentos, solicitan los apelantes que se revoque la sentencia opugnada y que en consecuencia sea declarada la responsabilidad criminal del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ acorde con los cargos por los cuales fue acusado.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora macula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancia que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el Juez de primer en errores en la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que las pruebas aducidas al juicios por parte del Ente Acusador cumplían con todos los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ de conformidad con los cargos por los cuales fue llamado a juicio?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que la esencia del eje central de la controversia planteada por los apelantes en las sendas alzadas gira en torno con lo acontecido con el testimonio rendido por el perito JAIRO SANTANA CARDONA, en especial con la aducción que dicho experto hizo de un disco compacto que contenía la información extraída de unos de los computadores incautados al procesado, la cual, en sentir del Juez *A quo,* contrariaba los postulados del principio de la inmediación por no haber sido exhibida en el juicio, lo que repercutía negativamente en la acreditación de las conductas punibles presuntamente endilgadas en la acusación al SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ; lo que a su vez ha sido refutado por los apelantes, quienes al unísono aseveran que el *A quo* incurrió en un yerro de apreciación probatoria que le impidió darse cuenta que la información consignada en el disco compacto que supuestamente no fue exhibido en el juicio, hacia parte de un informe base de la opinión pericial que había sido descubierto en las oportunidades procesales pertinentes, el cual perdía relevancia en el proceso a partir del momento en el que perito rendía testimonio en el juicio, por lo que el Juzgador de instancia en vez apreciar el informe base de la opinión experta del perito debió atenerse a lo atestado por el perito en el juicio, que era lo que tenía valor probatorio.

Ante tal situación, a fin de determinar si le asiste la razón a la tesis de la inconformidad expresada por los recurrentes en las sendas alzadas, o si por el contrario el *A quo* estuvo atinado en la decisión objeto de opugnación, la Sala llevará a cabo un análisis de lo acontecido en el juicio a partir del momento en el que en el mismo rindió testimonio el perito JAIRO SANTANA CARDONA, lo cual será confrontado con los lineamientos que rigen el principio de la inmediación, en especial en lo que corresponde con la aducción de evidencias físicas al proceso, y la forma como el actual estatuto de procedimiento penal ha regulado todo lo relacionado con la prueba pericial.

Como punto de partida, se tendrá como hecho cierto e indiscutible, lo cual fue objeto de estipulación probatoria, el consistente en que efectivos de la policía judicial, durante el desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo en las calendas del 29 de julio del 2.013 en un local del Centro Comercial *“Los Puntos”*, incautaron una serie de evidencias físicas, entre ellas un par de equipos de cómputo, los cuales posteriormente fueron objeto de unas experticias forenses llevadas a cabo por parte del perito JAIRO SANTANA CARDONA, a quien se le encargó la misión de verificar si en efecto esas computadoras fueron utilizadas como instrumentos para el redireccionamiento o el reoriginamiento de llamadas telefónicas internacionales para hacerles parecer como si fueran efectuadas como llamadas locales.

Al testificar en el juicio el perito JAIRO SANTANA CARDONA sobre el análisis forense que le efectuó a esos equipos de cómputo, y cuál era su opinión experta, expuso lo siguiente:

* En una de las computadoras no encontró ningún tipo de información relevante, porque a ese equipo le hacía falta el sistema operativo.
* La otra computadora tenía un disco duro de capacidad 500 Gb, al cual le instalaron el sistema operativo “Debian GNU / Linux 6.0”. Asimismo también tenía instalado el programa *“Asterisk”*, en el que se encontraron unos archivos.
* El programa *“Asterisk”* es un *software* de comunicaciones que simula las funciones de un *PBX*, y permite la recepción, la interconexión, el enrutamiento y la salida de llamadas telefónicas.
* Se encontraron unos archivos generados por el uso de las llamadas que se llevaron a cabo mediante el empleo del *software “Asterisk”*, las cuales correspondían a 774.474 registros de llamadas efectuadas durante el periodo comprendido entre el 27 de febrero de 2.013 al 11 de mayo de 2.013, las que se encontraban en una base de datos consignadas en un archivo llamado *“Master.csv”.*
* El archivo *“Master.csv”.* es una base de datos en la que la información está separada por comas, lo que se le conoce como archivos planos que están conformado por textos. Una copia de dicho archivo se guardó en un disco compacto, el cual a su vez se consignó en cadena de custodia, y la otra se puso a disposición del Fiscal Delegado.
* A fin de procurar una mejor visualización de la información consignada en la base de datos del archivo *“Master.csv”.* se hizo una conversión de dichos archivos al formato *Excel*, bajo el nombre *“master.xlsx”,* lo que a su vez se grabó en un disco compacto, que vendría siendo el mismo en el cual también se copió la base de datos consignada en el archivo *“Master.csv”.*
* Al convertir la información al formato *Excel,* se estableció que se estaba en presencia de 774.474 registros de llamadas efectuadas durante el periodo comprendido entre el 27 de febrero del 2.013 al 11 de mayo de esa anualidad, conformado por 16 campos, en los cuales se establecían los siguientes datos: la información del programador; el origen de la fuente; el destino; el canal; la hora en la que se hacían las llamadas; su duración; si las mismas eran contestadas y si se presentaron fallas en la comunicación.
* A pesar que en el informe base de la opinión pericial no aparecía consignada la línea telefónica # 351-5000, según el perito, se dio cuenta que la misma si figuraba en la base de datos en la que se consignan los registros de las llamadas telefónicas que aparecen en el archivo *“Master.csv”.* el cual luego fue transformado en formato *Excel* por parte del perito con el nombre de *“master.xlsx.*
* Una vez finalizado el interrogatorio directo, la Fiscalía le solicitó al Juez Cognoscente que tuviera como prueba el informe base de la opinión pericial y un disco compacto adjunto al mismo, el cual contenía las bases de datos de los archivos *“master.csv”* y *“master.xlsx[[1]](#footnote-1)*, lo que es aceptado como prueba por parte del Juzgador de 1ª instancia. Posteriormente, cuando la Fiscalía hizo uso del interrogatorio redirecto, procedió a solicitarle al Juez de la Causa que se abrieran y exhibieran mediante un *video beam* los archivos consignados en el disco compacto, lo cual no fue permitido por el director del proceso, quien adujo que esa petición se tornaba improcedente porque en ese momento se estaba en la fase del interrogatorio redirecto. Bien vale la pena anotar que en contra de dicha determinación la Fiscalía guardó mutismo, porque no interpuso ningún tipo de recursos[[2]](#footnote-2).

De lo antes expuesto, la Sala en un principio válidamente puede concluir que los objetos y demás enseres incautados por la Policía Judicial durante el desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro practicada en el local # 15B del Centro Comercial *“Los Puntos”,* por ser instrumentos que eventualmente estaban siendo utilizados para la comisión de un delito, acorde con las voces de los ordinales a y h del articulo 275 C.P.P. deben ser considerados como *evidencia física,* las cuales, bien vale la pena anotar, que si bien es cierto *per se* carecen de la capacidad autónoma para ser consideradas como pruebas, también es cierto que tienen vocación probatoria, o sea la posibilidad de convertirse en pruebas, en los eventos en los que acorde con lo reglado en el artículo 358 C.P.P. hayan sido aducidos al juicio en consonancia con los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

Frente a lo anterior, de vieja data, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

*“De tal forma que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso -indagación e investigación-, si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, se reitera, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación inserto en el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, que señala que el “juez deberá tener en cuenta como pruebas* ***únicamente*** *las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional” (se ha destacado).*

*Pero los elementos materiales probatorios obtenidos de los actos de investigación, que de acuerdo con el desarrollo traído en el libro II, títulos I y II del código en cuestión pueden ser armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas, etc. (artículo 275), así como entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio, tienen la potencialidad de convertirse en prueba si son presentados ante el juez de conocimiento en el curso del juicio oral, siempre y cuando en desarrollo del citado principio de inmediación, el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez (testigo de acreditación) o los testigos o peritos se sometan al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes…”.*

Por lo tanto, en consonancia con lo antes expuesto, a fin de que válidamente pudiera convertirse en prueba la información hallada por el perito JAIRO SANTANA CARDONA en el disco duro de capacidad 500 Gb de uno de los computadores incautados, la cual tenía que ver con la base de datos del registro de las 774.474 llamadas que fueron procesadas mediante el software *“Asterisk”*, las que se encontraban en un archivo llamado *“master.csv”,* dicha evidencia digital[[3]](#footnote-3), debía ser aducida al proceso acorde con lo reglado en el inciso 2º del articulo 431 C.P.P. y acatando los principios de inmediación, publicidad y contradicción, mediante la previa exhibición o proyección de los denominados archivos planos de textos *“master.csv”* consignados en el disco duro de la computadora incautada, a los cuales se le debía dar el tratamiento de documentos, por encontrarse esos archivos digitales dentro de las hipótesis consignadas en los # 3º y 6º del articulo 424 C.P.P.

Pero lo antes enunciado, respecto de lo que se debe hacer para que una evidencia física documental puede ser allegada al proceso y de esa forma tornarse en prueba documental, no aconteció en el presente asunto por lo siguiente:

* La Fiscalía en ningún momento allegó al proceso la evidencia física digital primigenia en la cual se encontraba consignada la base de datos en la que aparecían registradas las 774.474 llamadas que fueron procesadas mediante el software *“Asterisk”*, puesto que no se adujo el disco duro del computador incautado en el que aparecía guardada o grabada dicha información, sino que lo que hizo fue aportar un disco compacto en el cual el perito había grabado la información de marras, o sea la que estaba registrada en el disco duro.

Dicho proceder antitécnico de la Fiscalía contrariaba los postulados de la regla de la mejor evidencia consignados en el artículo 433 C.P.P. los cuales nos enseñan que en materia de prueba documental se deben aportar al proceso los documentos originales y no sus copias, lo que es una consecuencia del principio de la *originalidad de la prueba*, el cual aconseja que la información de los hechos debe obtenerse directamente de la fuente de donde proviene y no por intermedio de otros conductos que puedan deformarla o tergiversarla, tales como testigos de oídas, copias de documentos o pruebas de referencia, etc...

Frente al anterior principio, la doctrina se ha expresado de la siguiente forma:

*“Este principio significa que la prueba en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, para que sea prueba de este, pues si apenas se refiere a hechos que a su vez se relacionan con aquel, se tratara de pruebas de otras pruebas; ejemplos de las primeras son las inspecciones judiciales sobre el bien objeto del litigio, los testimonios de quienes presenciaron el hecho por probar, el documento contentivo del contrato discutido; ejemplos de las segundas, son las declaraciones de testigos de oídas, es decir, que oyeron referir el hecho de quienes lo presenciaron. Por consiguiente, si existen los testigos presenciales, debe oírseles directamente, en vez de llamar a quienes se limitan a declarar sobre lo que a aquellos les informaron; si existe el documento original del contrato, debe allegársele en vez de reconstruirlo con testimonios, y así en casos análogos.* ***De otra manera no se obtiene la debida convicción y se corre el riesgo de desvirtuar los hechos y de llegar a conclusiones erradas****…”[[4]](#footnote-4).*

La consecuencia procesal de aportar al proceso copias y no originales de las pruebas documentales, es que ante las serias dudas que se generaría respecto de la autenticidad de dichos medios de conocimiento, ello repercutiría de manera negativa en su poder suasorio o de convicción, debido a que por sentido común, y por simple y mera lógica, tendría más valor suasorio el documento original que una copia del mismo; es más dicho valor persuasivo se reduciría aún más en las hipótesis en las que se esté en presencia de una copia de una copia.

* Durante el devenir del juicio el Ente Acusador no cumplió con la obligación que le asistía de exhibir o proyectar los documentos que hacían parte de la base de datos del archivo llamado *“master.csv”* que fueron copiados por el perito en un disco compacto que fue aducido al proceso, puesto que en el momento en el que la Fiscal Delegada le solicitó al Juez Cognoscente la introducción de dicho disco compacto, se le olvidó que previamente debía cumplir con la carga procesal consagrada en el inciso 2º del articulo 431 C.P.P. o sea la de su exhibición, y cuando la Fiscalía cayó en la cuenta de tal omisión fue demasiado tarde, porque ya no podía proceder en consecuencia debido a que se habían superado las fases del interrogatorio directo y del contrainterrogatorio del testigo JAIRO SANTANA CARDONA, quien en el instante en el que la Fiscalía deprecó su petición estaba siendo sometido al interrogatorio redirecto, lo que implicaba que el radio de acción de la Fiscalía estaba reducido solo a los temas del contrainterrogatorio, los cuales en momento alguno giraron en torno de la exhibición del contenido de la evidencia física aducida por la Fiscalía al juicio.

Lo antes expuesto dejaría sin piso una de las censuras que los apelantes han formulado en contra de la decisión del *A quo,* quienes mendazmente adujeron que el Juez de primer nivel consideró que no era pertinente la necesidad de que el Ente Acusador proyectara mediante un *video beam* el contenido de los archivos grabados en el disco compacto, lo cual es una falacia que para nada se conduele de la realidad procesal, la que meridianamente nos indica que el *A quo* no accedió a la pretensión de la Fiscalía por considerarla extemporánea, o sea por haber sido formulada por fuera de las oportunidades procesales del caso. Es más, esa misma realidad probatoria nos enseña que tanto la representación de las víctimas como la Fiscalía se quedaron de brazos cruzados ante la decisión del Juez de primer nivel, porque a pesar de tener la oportunidad de interponer los recursos de ley, guardaron un sepulcral mutismo al no hicieron nada al respecto.

En síntesis, avizora la Colegiatura que al proceso no se adujo la evidencia física / digital original, sino una copia de la misma que fue grabada por el perito en un disco compacto, del cual, de contera, se desconocía su contenido por parte del rector del proceso, porque la Fiscalía incumplió con la carga procesal que le asistía de exhibir o de proyectar lo que aparecía consignado en el susodicho disco compacto. Tal panorama, dentro del escenario de la apreciación del acervo probatorio, podía ser percibido de la forma como lo hizo el Juez de primer nivel, o sea como una vulneración del principio de la inmediación, consagrado en el artículo 16 C.P.P. el cual en su concepción más radical y extrema *“supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio…..”*[[5]](#footnote-5);lo que se reitera nunca tuvo ocurrencia en el *subexamine* como consecuencia del aciago descuido en el que incurrió la Fiscalía, cuya representante dejó precluir las oportunidades procesales que tenía a su favor para exhibirle al Juez Cognoscente el contenido de la evidencia física documental que pensaba introducir por intermedio del disco compacto grabado por el perito.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que el perito JAIRO SANTANA CARDONA, además de guardar en un disco compacto la información que extrajo del disco duro de uno de las computadores incautadas, también procedió a manipular esa *“evidencia digital”,* puesto que la información consignada en la base de datos del archivo *“Master.csv”*, a fin de procurar una mejor comprensión, la convirtió en un archivo de una hoja de cálculo bajo el formato *Excel*, el cual lo denominó como *“master.xlsx”,* el que también grabó en el mismo disco compacto objeto de la polémica surgida como consecuencia de la decisión adopta por el Juez de primer nivel.

Lo antes expuesto, nos estaría indicando que como consecuencia de los estudios, análisis, exámenes, manipulaciones y demás cotejos que el perito le efectuó a la evidencia física / digital original, de la cual, con base en sus conocimientos, sacó una información científica, que posteriormente fue consignada en un disco compacto que se adujo al proceso, se creó una nueva evidencia, la que ha sido denominada por la doctrina como *“evidencia forense”*, la cual, se reitera, es el producto de los exámenes y análisis que el perito hace sobre una evidencia física que le ha sido puesta a su consideración y que se independiza de la evidencia matriz.

Para una mejor compresión de lo que se debe entender como *evidencia forense,* bien vale la pena traer a colación lo que la doctrina nacional ha dicho en los siguientes términos:

*“Se trata de un experto que domina una serie de conocimientos formales, estructurados y válidos, quien aplica un principio de la ciencia para someter la evidencia a un procedimiento de examen, de análisis o de cotejo, aceptado por la comunidad científica y obtiene de esa manera un resultado, el cual, por supuesto está fundamentado y basado en los principios admitidos como científicos. Estos resultados son verificables, cuantificables y repetibles.*

*Por ejemplo, si la evidencia encontrada en la escena del crimen es una mancha de sangre, se hace necesario que un profesional certificado en el análisis de ADN, sea quien la estudie para extraer de ella la información sobre el perfil genético de su fuente y así proseguir la investigación criminal sobre los posibles sospechosos.*

*A esta clase de evidencia se le denomina internacionalmente,* ***Evidencia Forense****, y las ciencias forenses se ocupan de su estudio y desarrollo.*

*(::::)*

*Así pues, la evidencia obtenida luego de aplicar los conocimientos de la Antropología, Odontología, Medicina, Biología, Psicología, Psiquiatría, Química, Física, Ingeniería, Entomología, Dactiloscopia, Documentología y Balística, entre otros, se considera evidencia forense…”[[6]](#footnote-6).*

Para la Sala, la evidencia forense que fue objeto de los análisis y estudios que el perito JAIRO SANTANA CARDONA le efectuó a la evidencia física que le fue puesta a su consideración, o sea la información consignada en el disco duro de uno de los computadores incautados, como ya se dijo, consistió en la conversión a formato *Excel,* mediante la elaboración de una hoja de cálculo[[7]](#footnote-7), de unos datos consignados en un archivo denominado *“Master.csv”*. En dicha hoja de cálculo, según el decir del perito, se consignaron la base de datos que tenían que ver con los registros de las 774.474 de llamadas que fueron hechas mediante el software *“Asterisk”*. De igual forma el perito expuso que esos registros de llamadas fueron efectuadas durante el periodo comprendido entre el 27 de febrero del 2.013 al 11 de mayo de esa anualidad, el cual estaba conformado por 16 campos, en los que se establecían los siguientes datos: la información del programador; el origen de la fuente; el destino; el canal; la hora en la que se hacían las llamadas; su duración; si las mismas eran contestadas y si se presentaron fallas en la comunicación. Finalmente el perito manifestó que la línea telefónica # 351-5000 figuraba en la base de datos en la que se consignaron los registros de las llamadas telefónicas que aparecían en el archivo *“Master.csv”.* el cual luego fue transformado en formato *Excel.*

Acorde con lo anterior, la Colegiatura es de la opinión que la evidencia forense presentada en tales términos en el juicio por parte del perito JAIRO SANTANA CARDONA, cumplía con todos los requisitos para convertirse y ser apreciada de manera autónoma como prueba pericial, por lo siguiente: a) Fue descubierta y solicitada en las oportunidades procesales pertinentes; b) Se cumplió con el requisito de la previa presentación del informe base de la opinión pericial; c) Al momento de su práctica se respetaron los postulados de los principios de publicidad, inmediación y contradicción; d) El perito ofreció una explicación razonable y plausible de los análisis y estudios que le hizo a la evidencia física que fue puesta a su consideración.

Pese a lo antes expuesto, la Sala no puede desconocer que la Fiscalía no exhibió el disco compacto en el cual se consignaba la evidencia forense efectuada por el perito JAIRO SANTANA CARDONA, pero tal torpeza de la Fiscalía no quiere decir que en el presente asunto se haya presentado una vulneración del principio de la inmediación, debido a que el Juez Cognoscente si fue enterado e informado de todo lo que estaba consignado en ese disco compacto gracias a lo que atestó en el juicio el experto JAIRO SANTANA CARDONA, quien de manera clara, didáctica, concisa y precisa, expuso que tipos de archivos había grabado en el disco compacto, en que consistían los mismos y cuál era su contenido.

Por lo tanto, para la Colegiatura, el Juez *A quo* si pudo percibir y por ende tener conocimiento del contenido de la información consignada en el disco compacto aducido al juicio por parte del Ente Acusador, lo cual sucedió gracias al testimonio vertido en el juicio por parte del perito JAIRO SANTANA CARDONA.

Con base en todo lo antes expuesto, la Colegiatura puede llegar a las siguientes conclusiones:

* Con el disco compacto que fue allegado al juicio por parte de la Fiscalía se pretendía introducir al proceso dos tipos de evidencias completamente diferentes: una evidencia física y una evidencia forense.
* No se pudo concretar la vocación probatoria que dinamizaba de la evidencia física que la Fiscalía adujo al proceso, por contrariarse los postulados que orientan los principios de la inmediación y de la originalidad de la prueba.
* La evidencia forense presentada por la Fiscalía al juicio mediante el testimonio del perito JAIRO SANTANA CARDONA, cumplía con todos los requisitos para convertirse en prueba pericial, la cual fue respetuosa de los postulados que orientan los principios de inmediación, publicidad y contradicción.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión consistente en que a pesar que el *A quo* estuvo atinado en la decisión confutada, bien vale la pena resaltar que tal aserto solo estaría circunscrito a las evidencias físicas que no alcanzaron a convertirse en prueba, debido a que su poder suasorio se encontraba en tela de juicio por contrariar los ya aludidos principios del derecho probatorio; pero en lo que atañe con las evidencias forenses, es claro que también le asiste la razón a los reproches y demás reparos formulados por los apelantes, debido a que esa evidencia si fue aducida correctamente al proceso y en consecuencia se tornó en prueba pericial, de carácter autónomo e independiente a los informes que sirvieron de base de la opinión del perito.

Con dicha prueba pericial, o sea con lo atestado por el experto JAIRO SANTANA CARDONA, fue posible demostrar que los equipos de cómputo incautados por la policía judicial fueron utilizados, durante el periodo comprendido entre el 27 de febrero del 2.013 al 11 de mayo de esa anualidad, para realizar un total de 774.474 llamadas, las cuales estaban asociadas con la línea telefónica # 351-5000. De igual forma se acreditó que dichas llamadas fueron realizadas mediante el empleo del software *“Asterisk”*, el cual fungía como una especie de *PBX*.

Pero lo anterior, como bien lo alegan los recurrentes por sí solo no era suficiente para pregonar la responsabilidad criminal del procesado respecto de uno de los delitos presuntamente endilgados en su contra[[8]](#footnote-8), ya que en el proceso existían otras pruebas, que fueron preteridas por el A quo al momento de la apreciación del acervo probatorio, las cuales de una u otra forma conducían hacia esa meta.

Entre dichas pruebas preteridas se encontraban las siguientes:

* El testimonio experto rendido por el ingeniero FREDDY HERNÁN SANTA, quien se desempeña como ingeniero de la empresa “*UNE E.P.M”,* el cual en su declaración fue claro en aseverar que pudo verificar, después de varias pruebas periódicas que realizaron, que la línea telefónica # 351-5000 era utilizada para redireccionar llamadas internacionales para hacerlas parecer como si fueran locales. Entre esas pruebas periódicas, el testigo adujo que se encuentra una que hicieron el 22 de marzo de 2.013, en la que se dieron cuenta que la línea telefónica de marras tuvo un tráfico de 31 llamadas, de las cuales 3 eran ilegales.

Para poder llevar a cabo esas pruebas, el testigo expuso que hicieron uso de una tarjeta prepago de llamadas internacionales y marcaron al número que aparecía en esa tarjeta y ahí pudieron verificar que esas llamadas internacionales eran desviadas hacia la línea telefónica # 351-5000, de la cual la llamada era redireccionada hacia su destino, para de esa forma hacerla parecer como si fuera una llamada local.

Según el testigo, el método utilizado para cometer el fraude es conocido como *“by pass”,* el cual consiste en que mediante el empleo de tarjetas prepagos, alguien desde el extranjero hace una llamada, la que llega hacia un determinado sitio en la *internet*, en donde convierten los protocolos *IP* de las llamadas en señales de voz, las cuales a su vez son dirigidas hacia determinado sitio, en donde existen unos servidores que mediante el empleo de un *software* y de unas líneas telefónicas redireccionan esa llamada internacional para hacerle parecer como si fuera local.

Igualmente adveró el testigo que el comportamiento fraudulento endilgado al procesado, era algo muy lucrativo porque evadía una serie de impuestos y tasas que se le tenían que pagar a las empresas autorizadas para prestar los servicios de larga distancia. En opinión del testigo, lo acontecido le generó a *“UNE E.P.M.”* un detrimento patrimonial estimado en $122.575.114,oo.

Para la Sala lo atestado por el testigo es creíble, en atención que se trata de una persona experta en esos tópicos, quien de manera razonada y plausible expuso como obtuvo la información de los fraudes, lo que hicieron para verificarlos y la forma como dichos comportamientos ilícitos son perpetrados por quienes ilegalmente prestan esos servicios.

* El testimonio rendido por el investigador WILLIAM RÍOS HENAO, quien además de participar en la investigación, fungió como testigo de acreditación de una serie de documentos aportados al proceso, expedidos por el Ministerio de Comunicaciones y la Comisión Reguladora de Comunicaciones, con los cuales se pudo verificar que los Sres. JOHNNIER y SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, así como el establecimiento de comercio denominado como *“Green Call Center”,* carecían de permisos o de licencias para poder prestar los servicios de telecomunicaciones de larga distancia.
* El indicio de actividades ilícitas, el que tiene como sus hechos indicadores las estipulaciones probatorias que dieron como hecho cierta la incautación de una serie de equipos de cómputo y de telecomunicaciones encontrados en un local comercial del cual el procesado SAMIR ALEXIS CADAVID fungía como arrendatario, como bien se acreditó con las pruebas documentales del caso aportadas al proceso por la Fiscalía; aunado con los testimonios absueltos por los Sres. JAIRO SANTANA CARDONA y FREDDY HERNÁN SANTA HERNÁNDEZ, quienes respectivamente hicieron una exposición sobre las características del *software* y el *hardware* encontrado en los computadores, y los fines de los equipos de telecomunicaciones o sea para que se utilizaban, lo cual permite inferir, como hecho oculto o desconocido, que dichos elementos eran utilizados como herramientas o instrumentos para el desvió o el redireccionamiento de llamadas telefónicas internacionales para hacerlas parecer como si fueran llamadas locales.

Para la Sala, las anteriores pruebas, al ser apreciadas de manera conjunta y en consonancia con lo atestado por el perito JAIRO SANTANA CARDONA, demostraban de manera indubitable el compromiso penal endilgado por la Fiscalía al Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, quien sin tener las respectivas licencias del caso y con fines de lucro, en un local comercial que había arrendado, utilizaba una serie de equipos de cómputo y de telecomunicaciones, para redireccionar, mediante el empleo de una línea telefónica, llamadas telefónicas internacionales, las cuales hacia figurar como si fueran locales, para de esa forma generarle un detrimento patrimonial a las empresas de telecomunicaciones, tales como “*UNE E.P.M*.”, que legalmente estaban autorizadas para prestar los servicios de llamadas de larga distancia nacional e internacional.

Pese a lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que la Defensa como estrategia defensiva propuso la tesis de la ajenidad, consistente en que el Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ no estaba cometiendo ningún tipo de comportamiento ilícito, porque en ese sitio funcionaba una especie de *call center* virtual. Y como prueba para acreditar su teoría del caso, llevó al juicio el testimonio del Sr. JOHNNIER CADAVID RAMÍREZ, quien expuso que para la época de los hechos era el propietario de un *call center* virtual llamado *“Green call center”*, el cual le prestaba servicio de comunicaciones a particulares y empresas, ya sean estas nacionales o extranjeras. Para el ejercicio de tales actividades, el testigo expuso que se valía de una troncal telefónica de 30 canales, de un servidor, de un enrutador y de un modem. Dicho *call center* fungía como una especie de intermediario entre las personas que laboraban para Él y los destinatarios de las llamadas telefónicas.

Asimismo el testigo adujo que cuando hicieron el allanamiento, en ese momento dicho *call center* no trabaja con personas radicadas en Colombia, sino con empresas con sede en los Estados Unidos de Norteamérica. Igualmente expuso que el único rol que ejercía su hermano, era el de fungir como arrendatario del local comercial.

Para la Sala, los dichos del testigo JOHNNIER CADAVID RAMÍREZ, no pueden ser de recibo por existir potísimas razones que inciden para poner en duda y desconfiar de la credibilidad de sus dichos, por lo siguiente:

* Se trata de una persona que tiene un claro y notorio interés en los resultados del proceso porque de una u otra forma posiblemente se encuentre implicado en la comisión del reato, por lo que es claro que pretenderá dar explicaciones en las cuales se exima él y su hermano de estar comprometidos en la presunta comisión de los comportamientos delictivos por los cuales su fraterno fue llamado a juicio.

Lo antes expuesto, se refuerza aún más con la información suministrada por la Fiscalía, en cuya virtud se tiene que en contra del testigo de marras cursa una investigación por presuntas delincuencias similares a las enrostradas a su hermano, las cuales se encuentran radicadas en el SPOA bajo el NUNC # 660016000036201203792.

* Sus dichos son desvirtuados por el testimonio del ingeniero FREDDY HERNÁN SANTA HERNÁNDEZ, porque del contenido de la declaración del aludido testigo, se tiene que los equipos de cómputo y de telecomunicaciones incautados en el local comercial que fue objeto de una diligencia de allanamiento y registro, no son los propios para el funcionamiento de un *call center*, sino para ser utilizados como herramientas para el redireccionamiento de llamadas telefónicas. Además, de lo dicho por ese testigo, se desprende que por la robotización de los equipos, estos funcionan prácticamente casi solos, por lo que solo se necesita de la presencia de una persona que los revise periódicamente.
* En el proceso no existe prueba alguna que demuestre que abone lo atestado por el declarante respecto a que el local comercial en el cual se practicó la diligencia de allanamiento y registro era utilizado para prestar los servicios propios de un *call center* virtual, ni de los contratos que los Sres. SAMIR y JOHNNIER CADAVID RAMÍREZ, hayan suscrito con empresas extranjeras o nacionales para la prestación de los servicios de *call center.*

En síntesis, acorde con todo lo expuesto con antelación, la Colegiatura es de la opinión que le asiste la razón a los reproches que los recurrente han formulado en contra del fallo opugnado, porque en efecto en el proceso existían pruebas que no fueron apreciadas en debida forma por el *A quo,* como ocurrió con el testimonio rendido por el perito JAIRO SANTANA CARDONA, y otras que fueron preteridas, tales como los testimonios de FREDDY HERNÁN SANTA y WILLIAM RÍOS HENAO, y el indicio de actividades ilícitas, las cuales al ser apreciadas de manera conjunta cumplían con todos los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para pregonar la responsabilidad criminal del encausado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ.

Ahora bien, no desconoce la Colegiatura que el Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ fue acusado por la Fiscalía de incurrir en la presunta comisión de los delitos de Utilización ilícita de redes de comunicaciones y de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, tipificados en los artículos 197 y 257 C.P. pero para la Sala entre ambos delitos existe un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto acorde con los postulados de los principios de la especialidad y de la subsunción, por lo siguiente:

* Ambos reatos describen y proscriben una conducta que tienen que ver con el uso ilícito o ilegal de redes o de los servicios de telecomunicaciones.
* El delito tipificado en el artículo 197 C.P. es un delito que ampara el interés jurídico de la libertad individual, en la modalidad de la preservación del derecho a la intimidad y la reserva que ameritan la privacidad de las comunicaciones, por lo que se podría decir que esa clase de reatos tienen un ingrediente subjetivo que realza la intención del sujeto agente, cuyo propósito sería la utilización ilícita de redes de comunicaciones con el propósito de vulnerar el derecho a la intimidad y la privacidad de terceras personas.
* El delito tipificado en el artículo 257 C.P. hace parte del capítulo de las defraudaciones que tiene que ver con los reatos que amparan el patrimonio económico, siendo este último el interés jurídicamente protegido.
* En el devenir del proceso se demostró que el comportamiento ilícito endilgado al procesado no consistió en utilizar de manera ilícita redes de telecomunicaciones, mediante la interceptación, con el propósito de violar el derecho a la intimidad o a la privacidad de terceras personas, sino el de ocasionarle una defraudación patrimonial a las empresas de telecomunicaciones que tenían licencia para prestar los servicios de llamadas de larga distancia, al usar las redes telefónicas para de esa forma hacer figurar una llamada internacional como si fuera local.

Por lo tanto, para la Sala el comportamiento endilgado por la Fiscalía en contra del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, solamente se adecuaría típicamente en el delito de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, debido a que como consecuencia de la realidad probatoria, el delito tipificado en el artículo 257 C.P. además de ser considerado como especial, de igual forma en su descripción típica tendría inmersa la conducta consagrada en el artículo 197 C.P.

En resumidas cuentas, al encontrar la Sala acertado los reproches formulados por los recurrentes, se procederá a revocar el fallo opugnado, y en consecuencia se declarara la responsabilidad penal endilgada en contra del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, pero solamente por incurrir en la comisión del delito de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, tipificado en el artículo 257 C.P.

Como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad criminal pregonada en contra del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, le corresponde ahora a la Colegiatura realizar las correspondientes operaciones de dosimetría punitivas, a fin de determinar las penas a imponer, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

* El delito de prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, tipificado en el artículo 257 C.P. es sancionado con las siguientes penas principales: Una pena de prisión que oscila entre 4 a 10 años, y una pena de multa de 500 hasta 1.000 *s.m.m.l.v.*
* Al aplicar el sistema de cuartos, teniendo en cuenta que en contra del declarado penalmente responsable no se le endilgaron circunstancias genéricas de mayor punibilidad y aunado a que en su favor tiene la circunstancia de menor punibilidad de la no existencia antecedentes penales, acorde con lo establecido en el inciso 2º del articulo 61 C.P. se debe acudir a los cuartos mínimos de punibilidad, los cuales oscilarían: de 4 hasta 5,5 años de prisión, y de 500 hasta 625 *s.m.m.l.v.*
* Para individualizar las penas, se tendrá en cuenta factores tales como el daño patrimonial que este tipo de comportamiento le ocasiona a las empresas que legalmente prestan los servicios de telecomunicaciones[[9]](#footnote-9), lo que en ultimo repercute de manera negativa en la economía nacional; la forma tan soterrada y elaborada como se perpetra esta clase de delincuencias; el eventual engaño al que se someten las personas que compran las tarjetas de llamadas internacionales, quienes en la gran mayoría de los casos son instrumentalizados puesto que desconocen que son usados para la perpetración de un ilícito. Tales circunstancias, acorde con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de necesidad, inciden para que no se pueda partir de las penas mínimas, las cuales han de ser incrementadas en un 30%[[10]](#footnote-10), arrojando de esa forma el siguiente resultado: 4.45 años de prisión, que sería lo mismo que 4 años, 5 meses y 12 días de prisión, y una multa de 537,5 s.m.m.l.v.[[11]](#footnote-11).

En lo que tiene que ver con el tema relacionado con la dosificación de las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, acorde con lo consignado en el inciso 1º del articulo 46 52 C.P. e inciso 3º del artículo ibídem, las mismas corresponderán a la de un tiempo igual al de la pena de prisión, que este caso fue tasada en 4 años, 5 meses y 12 días.

Razón por la que una vez estando en firme el presente fallo de 2ª instancia, se procederá a comunicarle tanto a la Registraduría del Estado Civil, como a la Cámara de Comercio, sobre el contenido de las aludidas penas accesorias impuestas al Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, para que procedan a registrarlas en su base de datos.

De igual forma, acorde con lo consignado en los artículos 100 C.P. y 82 C.P.P. se ordenara el comiso, con destino a la Fiscalía General de la Nación, de los equipos de cómputo y de telecomunicaciones que fueron incautados durante la diligencia de allanamiento y registro realizada el 29 de julio del 2.013 en el local 15B del Centro Comercial *“Los Puntos”,* en atención a que se está en presencia de instrumentos utilizados para la comisión del delito por el cual se declaró la responsabilidad penal endilgada al procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ.

En lo que tiene que ver con el reconocimiento de los subrogados penales, considera la Sala que el procesado de marras no se puede hacer merecedor del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por no cumplirse con el requisito objetivo requerido por el # 1º del articulo 63 C.P. en atención a que la pena impuesta al reo exceden los 4 años de prisión.

Ahora, en lo que corresponde con la concesión de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, la Sala es de la opinión que a pesar que el delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado es sancionado con una pena mínima que no excede de los 8 años de prisión, por lo que se cumpliría con el requisito objetivo consagrado en el # 1º del articulo 38B C.P. ni que el delito endilgado al acriminado hace parte del listado de reatos consagrados en el artículo 68A C.P. para los cuales está prohibida la concesión del aludido sustituto, también es cierto que en el presente asunto se carecen de elementos de juicio que permitan de una u otra forma acreditar el arraigo familiar, social y laboral del encausado, lo cual también se erige como uno de los requisitos, que debe confluir con los antes enunciados, para poder determinar si una persona puede o no hacerse acreedora de la pena sustituta de marras.

Siendo así las cosas, la Sala se inhibirá de tomar una decisión en tal sentido, la cual le será diferida al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al que se le encargue de la vigilancia de la pena, el cual en su debida oportunidad podrá hacer uso de las herramientas probatorias que tenga a su alcance a fin de poder verificar si el procesado cumple o no con el requisito consagrado en el # 3º del articulo 38B C.P. para poder ser beneficiario de la pena de prisión domiciliaria.

Como quiera que al procesado no se le reconoció el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la consecuencia lógica es que en su contra de manera inmediata deba ser librada una orden de captura a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en el presente proveído. A pesar de tal situación, la Colegiatura no pude desconocer que el Procesado se encuentra en libertad en atención a que en el momento de la definición de la situación jurídica en su contra no se impuso ningún tipo de medida de aseguramiento, por lo que en un principio se podría decir que acorde con lo consagrado en el artículo 188 de la Ley 600 de 2.000[[12]](#footnote-12), lo que es un corolario del principio de la afirmación de la libertad, debería permanecer en libertad hasta tanto no estuviese en firme lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia.

Ante tal panorama, la Sala es de la opinión que en el *subexamine* para determinar si son procedente las disposiciones del aludido artículo 188 de la Ley 600 de 2.000, se torna necesario conjugarla con los postulados que rigen el principio de la proporcionalidad, para así poder saber si ordenar la inmediata privación de la libertad del procesado se torna en una medida idónea y necesaria.

Frente a los aludidos subprincipios de la necesidad y la idoneidad, bien vale la pena tener en cuenta que acorde con lo dicho al momento de la dosificación de la pena, en donde se adujo que el delito, por el cual se pregonó la responsabilidad criminal del procesado, debe ser catalogado como un reato grave como consecuencia del daño patrimonial que esa clase de comportamientos ilícitos le genera a la economía nacional, aunado a la forma soterrada y subrepticia como se perpetra esas delincuencias, La Sala es de la opinión consistente en que prolongar el *status libertatis* del procesado hasta tanto se encuentre en firme el presente fallo de 2ª instancia, seria enviarle un errado mensaje a la Sociedad, que no se condolería con el principio de Prevención, puesto que los integrante de la comunidad pensarían que ante tales condescendencias los delincuentes más avezados se estaría saliendo con las suyas. Por lo tanto, la Colegiatura concluye que se torna en idónea y necesaria la inmediata privación de la libertad del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, razón por la que en su contra se procederá a librar las correspondientes ordenes de captura, a fin que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los recursos que se deben interponer en contra del presente fallo de 2ª instancia, la Sala mayoritaria de la Corporación es de la opinión que en su contra solamente procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 11 de Mayo del 2.015, en la cual se absolvió al Procesado **SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ** de los cargos por los que fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión de los delitos de Utilización ilícita de redes de comunicaciones y de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones.

**SEGUNDO: DECLARAR** la responsabilidad penal del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ por incurrir en la comisión del delito de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones tipificado en el artículo 257 C.P. quien en consecuencia será condenado a purgar una pena de 4 años, 5 meses y 12 días de prisión, y el pago de una multa de 537,5 s.m.m.l.v.

**TERCERO: CONDENAR** al Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el término de 4 años, 5 meses y 12 días.

**CUARTO: NO RECONOCERLE** al Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**QUINTO: INHIBIRNOS** de pronunciarnos sobre la procedencia de la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria en favor del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, lo cual quedara diferido para el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que se encargue de la vigilancia de las penas impuestas al procesado de marras.

**SEXTO: LIBRAR** las correspondientes órdenes de captura en contra del Procesado SAMIR ALEXIS CADAVID RAMÍREZ, a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en este proveído.

**SÉPTIMO: ORDENAR EL COMISO**, con destino a la Fiscalía General de la Nación, de los equipos de cómputo y de telecomunicaciones que fueron incautados durante la diligencia de allanamiento y registro realizada el 29 de julio del 2.013 en el local 15B del Centro Comercial *“Los Puntos”*.

**OCTAVO: DECLARAR** por Sala mayoritaria que en contra del presente fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

*CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO*

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Registros # 19:41 al # 21:28. [↑](#footnote-ref-1)
2. Registros # 37:21 al # 38:16. [↑](#footnote-ref-2)
3. La cual también debe ser considerada como una evidencia física documental, puesto que se trata de un archivo de textos que se encuentra incorporado en una base de datos que se encuentra grabada en un disco, lo que a las luces de los # 3º y 6º del articulo 424 C.P.P. debe ser entendido como documento. [↑](#footnote-ref-3)
4. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Páginas # 122 y 123. Reimpresión de la 6ª Edición. 2.015. Editorial Temis. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-4)
5. PARRA QUIJANO, JAIRO: Manual de derecho probatorio. Página # 67. 17ª Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2.009. [↑](#footnote-ref-5)
6. MORA IZQUIERDO, RICARDO / SÁNCHEZ PRADA, MARÍA DOLORES: La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio. Paginas # 99 y 100. Editores Gráficos Colombia Ltda. 2.007. [↑](#footnote-ref-6)
7. Lo cual es básicamente lo que se hace cuando se utiliza el software *Excel:* crear una hoja de cálculo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Nos referimos de tal manera, porque la Colegiatura es de la opinión que entre los delitos de Utilización ilícita de redes de comunicaciones y de Prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, existe un concurso aparente de tipos. Pero bien vale la pena resaltar que dicho tópico será tratado en otro acápite de este proveído. [↑](#footnote-ref-8)
9. El cual fue estimado en la suma de $122.575.114,oo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Que en el caso de la pena de prisión equivaldría al 0.45% y en la de multa al 35.7%. [↑](#footnote-ref-10)
11. Los cuales corresponderían a los del año 2.013, debido a que en ese año fue que se practicó la diligencia de allanamiento y registro, en la cual el procesado fue sorprendido en flagrancia. [↑](#footnote-ref-11)
12. Aplicable al presente asunto según los principios de coexistencia y de integración. [↑](#footnote-ref-12)