



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO
SALA DE DECISIÓN PENAL - SALA N.º 3 DE DESCONGESTIÓN

Magistrado Ponente: Félix Andrés Suárez Saavedra.
Radicación: 97001 61 05 310 2011 80120 01.
Delito: Uso de menores para la comisión de delitos y suministro a menor.
Procesado: Óscar Roberto Espinosa Calderón.
Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Mitú.
Decisión impugnada: Sentencia ordinaria.
Decisión de la Sala: Revoca y condena.
Aprobado: **Acta 014 del 31 de marzo de 2022.**
Lectura:

Villavicencio, Meta, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

I.- ASUNTO POR DECIDIR.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, en contra del fallo del 3 de diciembre de 2014 del Juzgado Promiscuo del Circuito de Mitú, en el que Óscar Roberto Espinosa Calderón fue absuelto de las conductas punibles de uso de menores para la comisión de delitos y suministro a menor de edad.

II.- HECHOS.

Acorde con la acusación¹ en el año 2011 Óscar Roberto Espinosa Calderón alojó en su vivienda ubicada en el municipio de

¹ Folios 4 al 8 del cuaderno principal.

Mitú, al menor N.S.E.C., a quien instrumentalizaba para comercializar estupefacientes y hurtar, cuando aquel contaba con 15 años.

Según la tesis de la Fiscalía, Óscar Espinosa Caicedo además, inducía a N.S.E.C. al consumo de sustancias estupefacientes.

III.- ANTECEDENTES PROCESALES.

Por los hechos antes descritos, el 6 de abril de 2013, Óscar Roberto Espinosa Calderón fue presentado ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mitú², donde se legalizó el procedimiento de aprehensión por orden judicial, se le imputaron al procesado los delitos de uso de menores para la comisión de delitos (art. 188D del Código Penal) y suministro a menor (art. 381 ibídem) y, además, le fue impuesta una medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente con detención carcelario, según el artículo 307, Lit. A, n.º 1 del Código de Procedimiento Penal.

El adelantamiento del Juicio, por competencia, le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Mitú, Vaupés, que mediante orden del 13 de junio de 2013 lo asumió³. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo en sesión del 15 de agosto de 2013⁴, donde la atribución jurídica de los cargos de la audiencia preliminar de imputación permaneció.

La audiencia preparatoria se adelantó el 25 de septiembre de 2013⁵ y el juicio oral público y concentrado en tres sesiones efectivas

² Cuaderno de garantías.

³ Folio 10 cuaderno principal.

⁴ Folios 46 y 46 ibídem.

⁵ Folios 54 al 56 ibídem.

llevadas a cabo los días 28 de octubre de 2013⁶, 14 de febrero⁷ y 21 de marzo de 2014⁸ en los que se escucharon los testimonios de Mónica Liliana Ebrath Caicedo, Hernando Villamizar Santacruz, el Pt. Mario Alberto Guerrero Tapasco, y el menor N.E.E.C., para la Fiscalía, y Jorge Enrique Vargas Hernández, Pedro Jesús Olivares Cadena, Edgar Alonso Santacruz Bailón, y Óscar Roberto Espinosa Calderón, para la defensa.

Tras escucharse las alegaciones conclusivas, en audiencia del 4 de agosto de 2014 el fallador de primer grado emitió sentido del fallo absolutorio⁹, que ratificó en la sentencia del 3 de diciembre del mismo año¹⁰, sobre la que se fundamenta la impugnación que corresponde resolver a esta Corporación. Por la absolución determinada, se dispuso la liberación del procesado.

IV.- DECISIÓN APELADA.

El a quo sostuvo que las pruebas aportadas por la Fiscalía (a excepción del testimonio del menor) son de referencia y no llevaron al conocimiento de la existencia de los delitos ni la responsabilidad del acusado.

Del testimonio de la progenitora del menor presunta víctima, Mónica Liliana Ebrath, resaltó que toda su versión se fundamentaba en lo que tuvo conocimiento por intermedio de su hijo. Indicó que a esta testigo no le constaba nada, sólo la adicción a los estupefacientes por parte del menor y que en su dicho se advertía

⁶ Folio 69 ibídem.

⁷ Folios 119 al 121 ibídem.

⁸ Folios 153 al 155 ibídem.

⁹ Folio 181 ibídem.

¹⁰ Folios 194 al 204 ibídem.

dolor por esa situación y afán por la búsqueda de un responsable de ello, sin embargo, no pudo precisar fechas, ni detalles de ningún tipo debido a que todo lo que sabía lo conoció por intermedio de su hijo.

Igual situación ocurría respecto de la versión de Hernando Villamizar Santacruz, pareja de Mónica Liliana, quien tampoco tenía conocimiento directo del tema de prueba, pues todo su saber sobre los hechos derivaba de la misma fuente de información: N.S.E.C. Sintetizó que la versión de este testigo era de creencias y pareceres.

Se argumentó que el testimonio del patrullero Mario Alberto Guerrero Tapasco poco valor probatorio tenía en tanto que era el encargado de realizar las averiguaciones propias para establecer la relación del acusado con la venta de estupefacientes e inducción al consumo de la presunta víctima, no obstante sus esfuerzos fueron infructuosos.

Aunque el referido patrullero estableció contacto con un ciudadano llamado Carlos Eduardo Valenzuela Casas, quien al parecer sí conocía de los hechos materia de investigación y de la participación de Óscar Roberto Espinosa Calderón en aquellos, cierto fue que Valenzuela Casas no fue solicitado como testigo del cargo, ni presentado en la audiencia de juicio oral, por lo que no sería útil la información que de aquel se pretendiese extraer.

Y descartó el valor demostrativo de la prueba testimonial del menor N.S.E.C., quien compareció al juicio oral y dio detalles sobre cómo conoció al acusado y llegó a vivir junto a él en el municipio de Mitú, Vaupés, pero, aunque E.C. fue cercano durante un tiempo a Óscar Roberto y lo acusaba del tráfico de estupefacientes e

instrumentalización de menores (él mismo inclusive) en la comisión de delitos, no era del todo preciso en la información que aportaba.

Ello por cuanto: (i) no era imparcial, pues de forma sesgada definía a quién hacer acusaciones y a quien no; (ii) su declaración reflejaba una intención de venganza y aparente interés en causarle daño Óscar Roberto; (iii) la presunta víctima no indicaba datos específicos que debían ser de fácil recordación, tales como identidades de personas con quienes vendían estupefacientes, a quienes les vendía, por cuánto precio, las cantidades, o el sector donde lo hacían; (iv) no existía constancia de denuncia alguna en contra del acusado por su participación en los presuntos delitos que cometía con ayuda de los menores de edad; y (v) tampoco existía prueba de la presunta venta de estupefacientes por cuenta propia o por intermedio de los niños y niñas de los que se le acusaba que se valía para la consumación del ilícito.

Lo anterior se contrastaba además con la versión de Hernando Villamizar Santacruz, quien como padrastro de N.S.E.C. informó que aquel siempre fue un joven problemático, desde su temprana infancia, que estaba entregado a la vida del consumo de estupefacientes y que incluso, por ese motivo se separó de su familia y se fue a vivir a Villavicencio, donde deambulaba en indigencia.

De hecho, resaltó el a quo que acorde con las pruebas practicadas se pudo establecer que existía un antecedente de hurto por parte de N.S.E.C. contra su propio padrastro.

Por su parte, el decisor de primer grado afirmó que la prueba del descargo servía para establecer que Óscar Roberto Espinosa era una persona de bien, dedicado a negocios lícitos propios del

comercio, quien pertenecía a una familia honorable y reconocida de la región a quien nunca se le vio en ejercicio de labores delictivas.

Resaltó que la Fiscalía pudo adelantar una mejor investigación para establecer en el juicio, más allá de duda razonable, los delitos que fueron objeto de acusación, no obstante, no logró su cometido.

Indicó también que una de las conductas punibles por las cuales se formuló la acusación (uso de menores en la comisión de delitos) existía desde el 24 de junio de 2011, y al no referirse nunca fechas por parte de los testigos a partir de las que podía haberse quebrantado el ordenamiento jurídico, era imposible la comprobación del momento de presunta comisión del ilícito.

Se argumentó en el fallo apelado que no se había probado en titularidad del acusado el acto de inducción al menor para la comisión de delitos, o que aquellos se hubiesen ejecutado en realidad como consecuencia del acto inductivo inicial. Así, tampoco se había demostrado la inducción por parte de Óscar Roberto Espinosa para que N.S.E.C. consumiera estupefacientes, pues, de hecho, estaba acreditado que el menor desde antes de relacionarse con el acusado estaba inmerso en la drogadicción como consecuencia de una descomposición familiar.

Ante tal escenario de duda, no era posible la emisión de una sentencia condenatoria, motivo por el cual el procesado fue absuelto de los delitos por los que fue llamado a juicio criminal.

V.- APELACIÓN.

La Fiscalía, como única apelante sostuvo que el juez erró al emitir una decisión absolutoria, pues no tuvo en cuenta el acopio probatorio en conjunto debido a que desechó de forma indebida, el testimonio de N.S.E.C. quien sufrió los hechos, y a partir de su versión se establecían todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Se permitió para ello resaltar los acápites de la versión de la víctima a partir de los que se establecía el tema de prueba, detalles y especificaciones que se echaban de menos en la sentencia apelada. Entonces, no aparecía justificado que se desechase el testimonio de la víctima cuando tenía suficiente vocación demostrativa para acreditar los cargos por los que la Fiscalía llamó a juicio a Óscar Roberto Espinosa.

Por último, criticó que se hubiesen argumentado deficiencias investigativas en el hecho de que el menor hubiese iniciado a consumir cigarrillo de forma independiente, o que el procedimiento de captura del procesado hubiese tomado un tiempo considerable para su judicialización, puesto que eran situaciones que no tenían incidencia en los hechos objeto de investigación y probanza.

En conclusión, al no ser valorada de forma adecuada la prueba por parte del a quo, llegó a la equivocada conclusión de la absolución, misma que por vía de la impugnación vertical debía revocarse.

5.1. La defensa técnica como no recurrente.

Consideró que la decisión del a quo estaba acertada, y gozaba de presunción de validez y legalidad. Las pruebas de la Fiscalía no permitían establecer el supuesto fáctico y jurídico de la acusación.

Afirmó que se estableció que la presunta víctima integraba una familia disfuncional, que él padecía la drogadicción y quien en apariencia ocultaba los detalles de los supuestos actos de inducción a delinquir.

Sostuvo que la declaración de la progenitora de la víctima y de su padrastro no tenían valor demostrativo al ser de referencia, pues no les contestaba de forma directa los hechos objeto de probanza, sin embargo, sí logró establecerse en el juicio que ellos denunciaron a N.S.E.C por un hurto.

Indicó que contrario a lo informado por la parte recurrente, el a quo sí valoró el testimonio del menor N.S.E.C., lo que ocurrió fue que no le dio credibilidad. Resaltó jurisprudencia sobre la valoración de la prueba del menor de edad, para indicar que el hecho de que el testigo fuera menor no implicaba credibilidad plena.

Concluyó que la versión del menor era producto de una mentira. Fantasiosa. Nada corroborable.

Por lo anterior, al no ser posible desde lo probatorio la demostración de la existencia del delito y la responsabilidad de su defendido, la absolución determinada en primera instancia debía mantenerse.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación presentado por la Fiscalía General de la Nación contra el fallo condenatorio del 3 de diciembre de 2014 del Juzgado Promiscuo del Circuito de Mitú, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34-1 y 42 del Código de Procedimiento Penal.

6.2. Problemas jurídicos.

Para dirimir la controversia propuesta en la impugnación y definir si fue acertado el fallo impugnado, corresponde establecer si la prueba legalmente acopiada en el juicio oral satisfacía el estándar de conocimiento para condenar previsto en los artículos 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal, tal como lo indicó la Fiscalía en el recurso.

Al anterior problema jurídico subyacen dos adicionales: (i) Si varias de las pruebas de cargo, carecían de potencial demostrativo al ser de referencia; y (ii) Si confrontadas todas las pruebas ofrecidas al debate del juicio oral, es posible afirmar la existencia de los delitos más allá de duda razonable y la responsabilidad del acusado.

Para resolver los problemas jurídicos formulado se desarrollarán varios ejes temáticos.

6.3. De las garantías fundamentales de la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Colombia, como nación, se funda en el respeto de la Dignidad humana, pilar fundamental del estado social y democrático de derecho que pregona el artículo 1° de la Constitución Política de 1991. La función punitiva estatal está sometida a similar principio, razón por la cual los artículos 1° de la Ley 599 de 2000 y 1° de la Ley 906 de 2004 establecen el respeto por la dignidad humana como el fundamento y límite de la acción sancionadora.

Los fines esenciales del Estado de servir a la comunidad, de permitir la participación de todos y todas en la toma de decisiones que les afectan y de asegurar la convivencia pacífica y el orden justo (art. 2° Superior), requiere, sin duda, de un plexo de garantías que informan la actividad pública y que son límite de los abusos de las autoridades.

En materia penal, esos principios son la fuente de interpretación, la esencia del sistema penal y prevalecen sobre las demás normas contenidas en los códigos penales¹¹.

Entre ellos la presunción de inocencia se erige como parte del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitucional), como norma rectora y como la mayor limitante al *ius puniendi*. Solo el conocimiento exento de duda, propio de la certeza probatoria respecto de las categorías del delito, permitirán derruir la presunción de inocencia y emitir la sentencia que contiene el condigno castigo por la acción criminal.

Al respecto indica la Corte Suprema de Justicia en SP12772-2015:

¹¹ Cfr. Artículos 13 C.P y 24 C.P.P.

«De esa manera, la presunción de inocencia, en la forma como lo establece expresamente el ordenamiento procesal penal y lo corroboran diversos tratados de derechos humanos, constituye regla básica en cuanto a la carga de la prueba, ya que le corresponde al Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, probar que *“una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori”*.¹²

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal, con claridad precisan que *“corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, y que “En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”*. Es decir, el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, pues es función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 8-2).»

Esa muy alta carga probatoria es la función designada a la Fiscalía General de la Nación por mandato del artículo 250 Superior y se explica a partir de la desigual relación que existe entre el Estado y el individuo quien sólo cuenta con los derechos y garantías establecidas en la Constitución y la Ley.

Si el ente acusador no logra probar con el conocimiento requerido de una o varias de las categorías dogmáticas de la conducta punible, la necesaria decisión será la de absolver en tanto que las dudas demostrativas impedirían ese conocimiento pleno y cierto.

¹² Cfr. Corte Constitucional sentencia C-205-03

6.4. El grado de conocimiento necesario para condenar, la prueba de referencia y los medios de corroboración periférica de una acusación.

Establecen los artículos 7, 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal, que para dictar sentencia condenatoria el juez debe arribar al conocimiento allende de duda razonable sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado.

Este conocimiento, según lo indica la última norma en cita debe llegar por medio de las pruebas debatidas en el juicio oral, en virtud del principio de inmediación (art. 16 ejusdem) que indica «que únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento»

El juicio se constituye en el escenario natural en donde se desarrolla el debate probatorio que tiene como destinatario final el juez. Es al funcionario judicial al que las partes deben convencer de una determinada teoría del caso, por eso, en términos del artículo 379 ídem, «El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia».

Le es prohibido, por tanto, la práctica oficiosa de la prueba o cualquier forma de conocimiento que no llegue por la vía de la legal controversia suscitada en el ejercicio dialéctico que supone el proceso penal y la práctica probatoria. El universo demostrativo y la argumentación de las partes son el insumo inicial del juez. Las partes en el proceso penal construyen argumentos con base en premisas normativas y fácticas, porque éstos (los argumentos) constituyen un proceso interactivo entre las partes (orador) y el juez

(el auditorio). La argumentación tendría por finalidad, persuadir o convencer al auditorio¹³ es decir, el deber de las partes es construir una verdad en la mente del juez, por eso el funcionario no puede acceder al conocimiento motu proprio.

En otras palabras, el deber de las partes, en especial de la Fiscalía General de la Nación es convencer al juez por medio de las pruebas practicadas en el juicio. La defensa puede procurar la construcción de determinado conocimiento en la mente del fallador o, sólo hacer uso de la presunción de inocencia y valerse de la carga de la prueba en cabeza de la fiscalía. El juez debe ser convencido.

A la regla general de que sólo es prueba la que se practica en el juicio se oponen 2 figuras excepcionales: la prueba anticipada y la prueba de referencia. Las dos se construyen por fuera del juicio oral, pero pueden ser introducidas a este cuando se demuestran las circunstancias que la ley establece para su decreto e incorporación al torrente probatorio.

Uno de dichos mecanismos, la utilización de declaraciones anteriores al juicio como prueba de referencia, ha sido analizada en SP4087-2020, en donde se fijaron las reglas de cómo debe incorporarse y valorarse un testimonio como tal:

«(...) como todo medio de conocimiento, **está sometida a las reglas de incorporación establecidas en la ley** en orden a su valoración conjunta con las restantes pruebas aducidas de manera legal, regular y oportuna a la actuación.

13

Cfr. Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1994). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.

Por consiguiente, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada **haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última)**, y expuesto los argumentos respectivos en el contexto de la causal que invoque, conforme lo preciso la Corte desde la decisión CSJ AP 30 Sep. 2015 Rad. 46153, en la cual consolidó el «procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de **descubrimiento** la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la **audiencia preparatoria** la parte debe **solicitar** que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) **se debe acreditar la circunstancia excepcional** de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración **anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte**. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente»

El procedimiento señalado para la incorporación de la prueba de referencia aplica cualquiera sea el proceso en que se pretenda aducir ese medio de conocimiento, sin reparar tampoco el motivo legal que justifique la solicitud, pues su cumplimiento contribuye a compensar la limitación a las facultades de confrontación y contradicción que sufre la parte contra la cual se aduce.

Ritualidad obligada incluso en los casos del literal e.) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, que acudió a normativizar la tendencia jurisprudencial orientada a garantizar el principio de prevalencia del interés superior de los niños dentro de las actuaciones penales (...), **por cuanto la prevalencia del interés superior de los**

niños no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios básicos de la actividad probatoria previstos en la ley, conforme precisa la jurisprudencia de la Corporación.

En síntesis, la valoración de declaraciones previas al juicio requiere que la parte interesada, de manera oportuna, **solicite su inclusión como prueba de referencia y que el juez decrete formalmente su incorporación**, habilitando la oportunidad a la parte contraria de controvertir tanto el fundamento de la solicitud como el contenido de la prueba.¹⁴

Negrillas no originales.

Como se advierte, es posible que la declaración realizada por fuera del juicio oral se encuentre depositada en: i) entrevistas, ii) anamnesis, iii) la memoria de quien se llama a declarar en el juicio.

15

La especial naturaleza de la prueba de referencia obliga a que, en todo caso, ésta sea solicitada, decretada y practicada como tal, es decir, con el cumplimiento claro de las previsiones legales para garantizar así el derecho de defensa y de contradicción.

Esta Posición es reiterada en la sentencia SP4813/2021, en la que la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria indicó:

«En ese sentido, en diversos pronunciamientos¹⁵ la Corte ha enseñado, para poder incorporar una declaración previa en condición de prueba de referencia, la parte interesada debe: (i) descubrirla, junto con los medios que pretenda utilizar en el juicio para acreditar su existencia y contenido; (ii) solicitar en la audiencia preparatoria sea decretada como

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá D.C., sentencia SP4087 del catorce (14) de octubre de dos mil veinte (2020), M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

¹⁵ CSJ AP, 30 sep. 2015, ad. 46153.

prueba de referencia y se disponga la práctica de los medios demostrativos sobre su existencia y contenido; (iii) demostrar alguna de las situaciones que de conformidad con el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 facultan la admisión excepcional de la prueba de referencia; e (iv) incorporar la referida declaración a través de los medios probatorios que para dicho objeto haya seleccionado la parte».

En resumen, de lo indicado por la jurisprudencia emerge que la prueba de referencia es un medio de conocimiento excepcional en el procedimiento penal en tanto que limita el derecho de contradicción del testimonio para la parte en contra de quien se aduce, por tal motivo, debe seguirse el debido proceso probatorio para que la prueba tenga garantía de legalidad.

Así, es preciso que el medio demostrativo haya sido **descubierto, solicitado** en la audiencia preparatoria o el juicio (*como sobreviniente por una situación especial que, en todo caso, debe justificarse*), acreditando la causal que a luces del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal habilita su excepcional incorporación, que se haya **decretado** como prueba de referencia y, finalmente, que se **incorpore** al juicio oral por intermedio de la prueba testimonial que se previó para tal efecto.

Deja claro la Corte que, tal procedimiento es obligatorio con independencia del tipo de proceso, y tratándose de los que versan sobre delitos contra víctimas menores de edad, aclaró que la prevalencia del interés superior del menor no podía socavar las garantías fundamentales del acusado y el debido proceso probatorio de la actuación.

Aun cuando la prueba de referencia ingresa al conocimiento del juez, lo hace con un valor demostrativo menguado dada la

imposibilidad de contradicción del testimonio incriminador porque no proviene de su fuente directa, y es por ello se hace necesario contar con medios de conocimiento adicionales para estructurar una determinación de responsabilidad.

Sobre ello ha informado la Sala de Casación Penal que:

«En todo caso, (...) la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.

Finalmente, debe insistirse en que una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia **y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso**¹⁶.» (Negrillas no originales)

Bajo tales presupuestos, es posible que el fundamento de la decisión de condena sea una prueba de referencia, no obstante, **no debe ser el único**; por ello la jurisprudencia ha referido la importancia de contar con medios que permitan hacer una corroboración periférica del contexto probatorio para constatar distintas fuentes de conocimiento que establezcan la existencia del delito y la responsabilidad.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá D.C., sentencia SP3332 del dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016) M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Así lo ha informado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia SP108/2019:

«Pero en los casos en los que no quedan huellas (...), la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la **corroboración periférica** de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso **que puedan hacer más creíble la versión de la víctima**¹⁷.»

Negrillas no originales.

Se verifica con lo anterior algunas de las premisas fácticas y probatorias a partir de las que puede establecerse la corroboración de una versión incriminadora.

6.5. Los hechos jurídicamente relevantes, la prueba debatida en juicio oral y la corroboración de la acusación.

La Fiscalía General de la Nación llamó a juicio criminal a Óscar Roberto Espinosa Calderón como presunto autor de las conductas punibles de uso de menores para la comisión de delitos y suministro a menor.

Tales conductas se encuentran dispuestas en los artículos 188D y 381 del Código Penal. Los presupuestos de la tipicidad de la primera conducta mencionada implican que se determine o se promueva la determinación para que un menor de 18 años incurra en conductas delictivas.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá D.C., sentencia SP108 del trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Esa determinación en la ejecución de delitos puede ser por actos de a. inducción; b. facilitación; c. utilización; d. constreñimiento y e. instrumentalización.

Con relación al tipo penal del artículo 381, se sanciona el comportamiento del que suministre, facilite o administre a un menor de edad, una droga que produzca dependencia.

Según los hechos jurídicamente relevantes, el tema de prueba era que Óscar Roberto Espinosa Calderón alojó en su vivienda ubicada en el municipio de Mitú, al menor N.S.E.C., a quien instrumentalizaba para comercializar estupefacientes y hurtar cuando contaba con 15 años.

Acorde con la acusación, Óscar Espinosa Caicedo además, inducía a N.S.E.C. al consumo de sustancias estupefacientes.

Según la Fiscalía General de la Nación, la inadecuada valoración de las pruebas de cargo, fue lo que llevó a la primera instancia a determinar la absolución del procesado, pues, en su sentir, los testimonios que ofreció al debate del juicio oral eran suficientes para acreditar, más allá de duda razonable, la existencia de los delitos y la responsabilidad.

Bajo ese presupuesto, la fuente de la información que resulta la base de la acusación en contra de Óscar Roberto Espinosa Calderón proviene de la versión de N.S.E.C. quien lo acusó ante su progenitora y padrastro de ser un distribuidor de estupefacientes que lo incitaba a consumirlos, así como a comercializarlos y también a perpetrar hurtos a los residentes del municipio de Mitú.

Para acreditar esa incriminación, fueron presentados en el juicio oral los testimonios de Mónica Liliana Ebrath Caicedo, Hernando Villamizar Santacruz, N.S.E.C. y el investigador Mario Alberto Guerrero Tapasco.

Sobre aquellos, debe precisar la Sala que el relato del menor N.S.E.C. que ingresó al juicio por boca de los ciudadanos Mónica Liliana Ebrath Caicedo y Hernando Villamizar Santacruz, contrario a lo manifestado por el a quo, no reúne los presupuestos de orden legal y jurisprudencial para ser considerados como pruebas de referencia.

Ninguna de las pruebas testimoniales de cargo que se mencionaron, fueron aducidas, solicitadas, decretadas, practicadas e incorporadas como tales.

Para la demostración incriminación se atenderán las afirmaciones que la misma víctima ofreció al debate público y que sí fueron objeto de contradicción y confrontación.

Ahora, ello no resta la credibilidad de lo que de forma directa percibieron los testigos al estar en contacto con la víctima y su entorno. Con ello, los testimonios de Mónica Liliana y Hernando tienen potencial demostrativo solo como medios de conocimiento para la corroboración de la acusación, y así, se da una respuesta negativa al primer sub problema jurídico, pues aunque no puedan tenerse en cuenta como pruebas de referencia, sí pueden ser útiles como medios de conocimiento del tema de prueba.

Las declaraciones de los testigos en mención sirvieron para dotar al juicio oral del contexto familiar y las problemáticas al interior

del hogar que llevaron a N.S.E.C. a relacionarse con el mundo de la drogadicción.

Mónica Liliana Ebrath Caicedo declaró que:¹⁸

«Mi hijo, vivió acá en Mitú y acá le dio la rebeldía e inducido por Óscar, él se salió de la casa y se fue a vivir a la casa de Óscar. Después de ahí yo lo acogí otra vez y lo mandé para Villavo (sic), de ahí él volvió con la misma amistad con Óscar. Y ahí fue cuando él decayó y lo metimos a un tratamiento de psiquiatría.

(...)

Él se fue a vivir con Óscar Roberto porque pues ya él señor ya lo había inducido a las drogas, ya le había echado el cuento de la marihuana, él por eso se ya, necesitaba plata para comprar marihuana para poderla consumir, puesto que yo a mi hijo no le daba plata ni dinero para eso. Lo único que yo le he dado como mamá es educación, comida, en lo que a mi alcance está.

21

En el momento que yo llego aquí a Mitú y se relacionó a fondo con Óscar Espinosa.

Mi hijo si tuvo problemas de salud, él decayó, yo tuve que acudir a los médicos a Bienestar Familiar, pa´ (sic) que me ayudara a un tratamiento de desintoxicación. En esos momentos a él se le brindó, a él lo remitieron a Bogotá, a un tratamiento psiquiátrico. Y tuvo charlas, ayudas de psicólogo, con la ayuda del Bienestar Familiar.

(...)

Cuando él decayó, estaba muy desesperado, sacó de la casa de mi mamá un alambre de púas, un bulto de cemento, que yo como mamá lo denuncié porque no estoy de acuerdo con esas cosas, ese fue el delito

¹⁸ Audiencia de juicio oral del 14 de febrero de 2014. Récord 12:34 al 34:30.

que cometió. Por el mismo desespero de consumir y la cual Óscar eso fue lo que le enseñó de que había que robar para poder obtener la marihuana.»

También declaró Hernando Villamizar Santacruz, quien, sobre su hijastro, N.S.E.C. se refirió así:

«Pues él se fue inclusive de la casa (N.S.E.C), se fue inclusive de la casa, se fue prácticamente mes y medio a vivir con él (refiriéndose al procesado), pues la verdad eso es porque, según Narem nos comentó o yo vengo es aquí es por el comentario del menor, no porque yo tenga en ningún momento que los haya visto, pero solo que yo hablo aquí por los comentarios del menor NSA (sic).»¹⁹

Sobre la problemática familiar, sostuvo:

«En su adolescencia, él tenía pues 15 años, él empezó con su rebeldía y todo ese tipo de cosas, pues como es de conocer uno ya prácticamente como padre no puede pues prohibir, prohibirle así cosas, pero hay muchas leyes que lo amparan a los menores en el cual él tomo pues la opción de irse a vivir donde el señor Óscar y pue fue allí donde empezó a que lo indujeran a vender sustancias y a trabajar en el mototaxismo y ese tipo de cosas.»²⁰

(...)

«En ningún momento nosotros como padres del menor en ningún momento lo sacamos de la casa de forma agresiva, sino que él voluntariamente se quiso ir, pero todo esto fue, todos estos hechos fueron puestos, comunicados al ICBF, entonces igual siempre se llevó ese acompañamiento por parte del Bienestar para que le informamos lo que estaba sucediendo con el menor.»²¹

¹⁹ Audiencia de juicio oral del 14 de febrero de 2014. Récord 1:41:00 ss.

²⁰ Audiencia de juicio oral del 14 de febrero de 2014. Récord 1:42:00 ss.

²¹ Audiencia de juicio oral del 14 de febrero de 2014. Récord 1:45:49 ss.

(...)

«Señor fiscal, él mismo nos confesó a nosotros llorando que él estaba cansado de esa vida, que por favor le colaboráramos, por eso tomamos y como digo todo esto fue informado al ICBF, y de otra forma esa fue la colaboración y por eso fue llevado a psiquiatría a la ciudad de Bogotá y las terapias que se le formularon a él.

Todo eso sucede después de que empieza, porque él empezó con la rebeldía, entonces él se fue para la casa del señor Oscar Espinosa, y ahí fue cuando empezó sus ilícitos (...)»²²

(...)

«El impacto familiar demasiado, bastante dolorosa, ya que en eso momento ya teníamos nuestros recursos ni somos empleados públicos, ni tenemos ningún tipo de empleo, claro que nos tocó, muy doloroso sin dinero desplazarnos a la ciudad de Bogotá a llevarlo o verle aún adolescente que prácticamente lo vimos crecer y que caiga en ese tipo, que caiga en la drogadicción, la madre sufrió mucho, para mis hijas, para mi hija menor ver que a su hermano está revolcándose por las ansias que tenía de consumir, de poder obtener su sustancia psicoactiva, eso nos marcó demasiado y fue muy doloroso para nosotros como familia.»²³

Las manifestaciones de los miembros de la familia describen una problemática de drogadicción del menor N.S.E.C. que, afirman fue promovida por el aquí procesado, quien lo dirigió al mundo del consumo de estupefacientes.

²² Audiencia de juicio oral del 14 de febrero de 2014. Récord 1:52:00 ss.

²³ Audiencia de juicio oral del 14 de febrero de 2014. Récord 2:04:08 ss.

En respuesta Jorge Enrique Vargas y Edgar Alonso Santacruz Bailón, testigos de la defensa, dieron luces de lo contrario.

El primero de ellos indicó que pudo saber por intermedio de un primo de N.S.E.C. que su problema de drogadicción se remontaba tiempo atrás, de cuando la familia vivía en la ciudad de Villavicencio²⁴; en igual sentido Edgar Alonso Santacruz Bailón, familiar del padrastro de N.S.E.C., quien en diversas oportunidades fue hospedado y recibido por la familia en su seno, sostuvo que fue el consumo de estupefacientes lo que motivó la salida del menor de su hogar²⁵.

No obstante, aunque la defensa procuró demostrar que la génesis de la adicción a los estupefacientes por parte del menor N.S.E.C. era previa a su relación y cercanía con Óscar Roberto Espinosa Calderón, tal situación resulta intrascendente de cara a los hechos jurídicamente relevantes, pues, que el menor iniciase a consumir ese tipo de sustancias antes de conocer al procesado, no desvirtúa la hipótesis de que le suministrara drogas, o que lo indujera a venderlas. De hecho, la versión del menor afirma que sí ocurrió.

Sobre este aspecto, N.S.E.C. declaró en el juicio oral²⁶, quien informó que conoció a Óscar Roberto más o menos en el año 2008 en Villavicencio por intermedio de un primo, pero luego, su relación se hizo más cercana en el municipio de Mitú, Vaupés, cuando tenía 15 años, y fue recibido por él y se fue de la casa en la vivía con su familia.

²⁴ Audiencia de juicio oral del 21 de marzo de 2014. Récord 01:05:00 ss.

²⁵ Audiencia de juicio oral del 21 de marzo de 2014. Récord 01:43:00 ss.

²⁶ Audiencia de juicio oral del 21 de marzo de 2014. Récord 12:50 y ss.

Con relación al quehacer de Óscar Roberto Espinosa, N.S.E.C. afirmó:

«Tengo conocimiento de que se dedicaba a vender estupefacientes, alucinógenos, también la traía, también usaba menores de edad, me incluyo, hacía sus negocios, de pronto compraba cosas, las revendía, de pronto esas cosas eran robadas, no se sabía, siempre fue muy curioso, muy extraño.

Acá en la ciudad de Mitú lo realizaba.

Durante el tiempo que viví con él unos 5 o 6 meses se realizó esta actividad que él hizo y que yo tuve conocimiento.»²⁷

De la manera en la que fue vinculado para la comisión de hurtos, el menor sostuvo:

«Fuera de eso, me invitó en varias ocasiones a realizar hurtos, se hicieron pocos de los que se hablaron.

En la casa vecina de él, esa casa estaba abandonada, se encontraba un tanque de agua de 500 litros, en esos momentos Óscar estaba sin plata, me dijo que sacáramos ese tanque y que lo vendiéramos y pues él me convidó a hacer eso, me dijo que ese día no tenía plata para la comida, prácticamente me obligó, entonces yo saqué el tanque, él me lo recibió, al otro día lo vendió y no recibí mi parte, ni nada.»²⁸

En el contexto de los hurtos que fraguaban contra personas en estado de embriaguez, indicó que se ofrecía un servicio de transporte en mototaxi y en los desplazamientos se producían los latrocinios. Al respecto indicó:

²⁷ Audiencia de juicio oral del 21 de marzo de 2014. Récord 17:46 y ss.

²⁸ Audiencia de juicio oral del 21 de marzo de 2014. Récord 17:46 y ss.

«De pronto se encontraba x persona en la calle ebria y abusábamos de su estado y el señor Óscar lo robaba, yo manejaba la moto, también una vez me convidó hacerle un hurto a la bomba de Bambaguey, nunca se hizo, pero sí se planeó y me convidó.

Yo manejaba y él se bajaba de la moto y me decía que fuera hasta la esquina y que volviera y él le revisaba a esta persona x quitándole sus pertenencias.»²⁹

Frente al suministro de estupefacientes, afirmó:

«Las vendía para su uso y de paso las usaba para él, y de paso yo también consumía porque él me lo daba.

En varias ocasiones yo los guardé para venderlos, él me los facilitaba, yo los guardaba porque era menor de edad y a mí no me iban a requisar, lo guardaba en mis partes íntimas y ya cuando se iba a entregar se sacaba de donde estaba.»³⁰

26

No obstante, las acusaciones y señalamientos de la víctima fueron contradichos por el procesado en su versión, rendida tras renunciar al derecho a guardar silencio.

Óscar Roberto Espinosa Calderón expuso³¹ que había conocido a N.S.E.C. en Villavicencio en el año 2008, por intermedio del ciudadano Omar Ebrath Caicedo, primo del menor, por boca de quien pudo saber que andaba en muy malos pasos con las drogas, y a causa de eso duraba días sin aparecer o reportarse en su casa.

²⁹ Audiencia de juicio oral del 21 de marzo de 2014. Récord 21:15 y ss.

³⁰ Audiencia de juicio oral del 21 de marzo de 2014. Récord 21:15 y ss.

³¹ Audiencia de juicio oral del 21 de marzo de 2014. Récord 2:15:52 a 2:51:26 ss.

Refirió en el año 2011 regresó a Mitú, de donde se había ido por una aparente persecución de la Policía Nacional que buscaba la forma de incriminarlo y relacionarlo con venta de estupefacientes. A su regreso al municipio, recibió a N.S.E.C. en su casa para que se hospedara luego de que una madrugada el menor llegase pidiéndole posada puesto que lo habían expulsado de su casa por problemas con los integrantes de su familia. Él asintió, y lo alojó en una de las habitaciones de la parte trasera de la vivienda, donde permaneció por cerca de 15 días, luego de que tuviesen un altercado por la pérdida de unas sillas que aseveró, N.S. le había hurtado.

De forma categórica, negó las acusaciones que N.S.E.C. le hacía, puesto que, se dedicaba a negocios lícitos y no tenía ningún tipo de relación con los estupefacientes, puesto que lo único que consumía era cigarrillo.

Declaró que los familiares del menor lo acusaban falsamente. De ello indicó:

«Yo soy una víctima de esa familia, ya que ellos me acusan de cosas, que no pueden comprobar y que no tienen pruebas y que afectan mi familia y que al guardar yo silencio esto es un cargo de conciencia muy grande».

Sobre los señalamientos que le hacían de que dirigía el comportamiento de N.S.E.C. para el consumo de estupefacientes, así como la venta de aquellos, afirmó:

«Lo que tengo que decir yo, es que eso es totalmente falso, ya que si fuera ya la policía tendría conocimiento de eso y él estaba dándole informaciones a ellos, entonces, porque la policía varias veces, que me requisó y allanaron mi casa nunca encontraron ni una pepa ni nada de esa vaina, ya que nunca ha existido eso en mi casa y que mis vecinos

y mi familia son muy respetados y muy honorables y no admiten eso, señor abogado».

Según expuso, todo el proceso penal derivaba de una persecución fraguada en su contra por parte de las autoridades. Frente a ello expresó:

«Yo tengo indicios, no estoy muy seguro, que a él lo motivaron para que él declarara en contra mía, pues ya que he tenido una persecución por parte de la policía nacional y, por lo cual, pues creo que él está buscando las pruebas de falso testimonio para poderme incriminar a mí, ya que todo esto es mentira como le digo como así que a un menor de edad la policía no las requisa y eso es mentira, la policía requisa a los menores de edad y le requisa los bolsos y le requisa todo, eso es una mentira tras de otra».

De hecho, afirmó que N.S.E.C. cometía delitos de forma independiente a él:

«Tengo certeza y tengo pruebas, que él antes de irse a vivir donde mí, cometió muchos ilícitos, hurtaba casas, las desocupaba, con el señor Alonso, robaron una casa, robaron la nevera, robaron el televisor, robaron una electrobomba, robaron muchas cosas, en la casa del tío de él, por lo tanto, yo supe de eso, y le comenté a mi hermano y entonces, el señor puso la denuncia y que el señor, le comentó a él que el que lo había robado había sido el sobrino, entonces él fue y le comentó, que él que lo había *sapiado* fui yo y, por lo tanto, yo creo que el menor y la familia se llenó de motivos y más la policía, que estaba detrás mío, entonces ellos optaron en montarme esta falsa denuncia (minuto 2:32:58)

Finalmente, se presentó a la audiencia como una persona que adecuaba su comportamiento por las sendas de la legalidad,

miembro de una familia honorable, inocente de la acusación que se le hacía por la Fiscalía:

«Soy bachiller del colegio combo latino, de la ciudad de Villavicencio, soy desplazado del municipio de Miraflores Guaviare por la violencia guerrillera, soy de una honorable familia, un hermano abogado, una hermana psicóloga, un hermano capitán de aviación ya terminando y yo que soy el cuarto y otro que falleció, que yo siempre, he trabajado con él prácticamente 10 años, siendo el asistente personal de él como diputado tres años y como representante a la cámara más o menos cuatro años, yo era el encargado de labores humanitarias, en la ciudad de Mitú, hasta que tuve en un allanamiento, en donde, me llegó la Fiscalía, por lo cual, me comunicaba que yo tenía en la casa doce arrobas de marihuana y que yo era un expendedor, y entonces, por lo tanto, me allanaron y nunca encontraron nada entonces, yo fui desplazado a la ciudad de Villavicencio más o menos, en el año 2008 al 2010, que mi hermano murió, al 2011 viaje a la ciudad de Mitú a arrendar la casa a ubicar al médico ese y a encerrar la casa de atrás.

De ahí, del 2008, contraté con la gobernación del Vaupés, secretaría de educación, en el 2000, contraté y ya mi hermano fue diputado, por lo cual, él me inhabilitó para yo seguir contratando y de ahí he sido asistente de él casi por 10 años en labores humanitarias, ayudándole a la gente, pues en vivienda en muchas cosas y hasta ahora aquí tengo la cámara de comercio, que certifica que yo tengo esos contratos, que es de la empresa mía, por los cuales, nos dedicamos yo creo que más de cien millones de pesos de contratos con la CDA, con la gobernación, con la alcaldía, con la secretaría de salud, y el Sena y otras entidades

(...)

Tengo una sociedad activa con mi hermano Pedro Espinoza, desde el 2011, contratando con la alcaldía empezamos, ya que mi hermano murió y volvimos y retomamos los contratos hasta la fecha de hoy contratando».

Como corroboración de las palabras, sirvieron los testimonios de Jorge Enrique Vargas Hernández, Jesús Olivares Cárdenas y Edgar Alonso Santacruz Bailón, vecinos de Mitú, quienes respaldaron el testimonio del acusado.

Jorge Enrique Vargas, empleado de la Gobernación del Vaupés, confirmó que Óscar Roberto era hermano de un diputado y representante a la cámara por el Departamento del Vaupés, quien en algunas oportunidades trabajó con la alcaldía del municipio como contratista, e incluso con él mismo, pues era una persona de la que no tenía queja alguna ni inconveniente.

Supo que Óscar hospedó en su casa en Mitú a N.S.E.C. por un corto tiempo, ubicándolo en la parte trasera de la vivienda. También dijo que una vez le hicieron un registro en su casa porque lo señalaban de vender estupefacientes, lo cual no pudieron confirmar las autoridades porque no le encontraron nada.

Por su parte, Jesús Olivares, vecino del municipio de Mitú, afirmó conocer también a Óscar Roberto desde hacía 20 años, quien se dedicaba a labores lícitas de construcción para el Estado.

Y se contó con la declaración de Edgar Alonso Santacruz Bailón, presidente de la Junta de Acción Comunal del barrio en el que quedaba la residencia de Óscar Roberto Espinosa, quien fuera prueba de descargo y, además, familiar del padrastro de N.S.E.C.

Este testigo sostuvo que conocía de la dinámica familiar de N.S.E.C. quien era un joven problemático, a quien, según le contó su primo (padrastro de menor) expulsaron de la casa por inconvenientes

derivados de su rebeldía, asociada al consumo de estupefacientes y el hurto hacia los miembros de su propia casa. Santacruz Bailón se hospedó en múltiples oportunidades en la vivienda de la familia Ebrath cuando vivían en la ciudad de Villavicencio, así que hablaba desde su conocimiento directo.

Con relación al acusado, informó era un contratista del Estado, que se dedicaba a negocios del comercio y del transporte, dentro del marco de la legalidad. Familiar de políticos de la región.

Sobre el lugar donde residía el acusado, el testigo explicó que el barrio en el que vivían era estigmatizado por ser el asentamiento de delincuentes y expendio de estupefacientes, imagen equivocada que se proyectaba hacia la comunidad. De hecho, sabía que a Óscar Roberto lo señalaban de vender sustancias, no obstante, era una situación irreal, producto de la envidia de las personas y, de hecho, no verificada porque aunque las autoridades le hicieron un registro a su vivienda, no le hallaron en su posesión estupefacientes.

En conclusión, estos testigos de descargo también corroboraron la versión del acusado en cuanto a la razón del alojamiento que Óscar Roberto Espinosa ofreció a N.S.E.C., así como la causa de su separación: la mala conducta del menor.

Informaron, además, cómo la fuente de los ingresos del acusado tenía un sustento lícito, y que, aunque vivía en un sector señalado por la comunidad como asentamiento de negocios ilegales, nunca se le pudo constatar participación alguna a Óscar Roberto en aquellos, a pesar, incluso, de que le realizaron registros a su vivienda en búsqueda de estupefacientes, y nunca le hallaron nada.

Ese fue el escenario de pruebas que tuvo a su consideración el decisor a quo.

El objeto principal del disenso, fue por una ausente valoración del testimonio de N.S.E.C. por parte del fallador de primer nivel, sin embargo, de la lectura de la sentencia de primera instancia, se advierte que ello no fue lo que ocurrió, pues, en el fallo atacado el testimonio sí se estudió, pero a la víctima no se le dio credibilidad, y comoquiera que las demás pruebas de la acusación se consideraron como una reafirmación del dicho del menor, de referencia, no se halló valor demostrativo en la tesis de la Fiscalía, como sí en la ofrecida por la defensa, por lo que se optó por la absolución.

En el fallo de primera instancia, se anuló el valor demostrativo de lo afirmado por N.S.E.C. porque:

- (i) No era imparcial, pues de forma sesgada definía a quién hacer acusaciones y a quien no;
- (ii) su declaración reflejaba una intención de venganza y aparente interés en causarle daño Óscar Roberto;
- (iii) la víctima no indicaba datos específicos que debían ser de fácil recordación, tales como identidades de personas con quienes vendían estupefacientes, a quienes les vendía, por cuánto precio, las cantidades, o el sector donde lo hacían;
- (iv) no existía constancia de denuncia alguna en contra del acusado por su participación en los presuntos delitos que cometía con ayuda de los menores de edad; y
- (v) tampoco existía prueba de la presunta venta de estupefacientes por cuenta propia o por intermedio de los niños y niñas de los que se le acusaba que se valía para la consumación del ilícito.

Considera la Sala que el a quo erró al haber anulado la credibilidad del testimonio de N.S.E.C., pues los motivos por los que restó valor a la prueba practicada son desacertados.

Analizado el testimonio ofrecido por la víctima en el juicio no se hallan motivos para desconfiar de su credibilidad.

No aparece ilógico que N.S.E.C. muestre desprecio hacia Óscar Roberto Espinosa en tanto que, bajo la lógica de su propio dicho, lo instrumentalizaba, lo usaba para cometer hurtos, vender estupefacientes, trabajar en su negocio de transporte de mototaxi, sin darle ningún pago.

Entonces, resulta consecuente que tales circunstancias hubiesen generado sentimientos de aversión en N.S.E.C. hacia Carlos Roberto Espinosa Calderón, pues recuérdese como la víctima, en varias oportunidades decía, refiriéndose al acusado: *no me dio mi parte, no me pagaba.*

Esa situación, para la Sala, explica de forma razonable por qué el sentimiento de antipatía que el a quo percibió en la víctima cuando se refería al procesado; emoción que por sí sola no tiene la entidad de desvirtuar la credibilidad del testigo. Lo puesto de presente por el menor con su actitud, puede corroborar su versión, en tanto que acompaña su dicho de expresiones de emotividad que estarían ausentes en alguien que solo viniera a mentir al juicio oral.

Por otro lado, el hecho de que se negase a contestar algunas de las preguntas relacionadas con la identidad de las personas con quienes se relacionaba para la venta de los estupefacientes, en nada compromete la credibilidad de su dicho. No implica falsedad en sus

acusaciones, puesto que, en lo relevante, para señalar al procesado, la narrativa de la víctima fue diáfana y lógica.

Son situaciones que, aunque salidas de lo usual en la práctica de una prueba testimonial, no las considera la Sala como motivos para sospechar de la fiabilidad en las palabras de N.S.E.C.

Tampoco es correcto que se le hubiera restado valor al testimonio de N.S.E.C. porque refería no recordar fechas, pues no es de ninguna manera una situación irregular debido a que la información que aportó permiten ubicar el tiempo en el que ocurrieron los hechos.

La víctima sostuvo que su relación con el procesado, cuando se fue a vivir con él, tuvo lugar cuando ya tenía 15 años y que su convivencia se prolongó durante 5 o 6 meses. Eso ubica el acontecer de los hechos objeto de probanza, en un lapso comprendido entre marzo y septiembre de 2011.

En ese orden de ideas, contrario a lo manifestado por el a quo, la versión del menor no debía perder crédito. En sentir de la Corporación el a quo descontextualizó el relato. No tuvo en cuenta que la persona que declaraba fue víctima -cuando era menor de edad- de actos de instrumentalización criminal y que desde antes de estar viviendo con el procesado presentado un cuadro de adicción a las sustancias psicoactivas.

Se trataba de un adolescente adicto a los estupefacientes que se vinculaba con la actividad criminal a quien, luego de varios años de ocurridos los hechos no se le puede exigir concreción y perfecta determinación en las fechas en que vendía estupefacientes o

participaba de actividades criminales y mucho menos que supiera siquiera los nombres de los consumidores de sustancias psicoactivas que él les proporcionaba.

La exigencia del fallador de primer grado resulta, en sumo, exagerada y se separa por completo de una visión acorde con el principio *pro infans* en tanto pone una carga enorme en los hombros del menor de edad a quien sólo habría de creerle si hubiese tenido el cuidado de anotar o recordar las fechas en que realizaba actividades ilícitas y de pedir los nombres de las personas que en el tráfico de estupefacientes participaban. Se itera, es una exigencia salida de toda lógica y consideración para con un menor de edad víctima de la instrumentalización y sumergido en el mundo de la drogadicción.

Que el menor no recuerde esos específicos factores, no niega su verosimilitud y de ninguna manera puede construirse como un indicio de animadversión al procesado que mengue su valor demostrativo, pues como ya se indicó aquella tiene como origen otros factores y no el interés de mentir en el proceso penal.

Entonces, encuentra la Sala que existen dos versiones contrapuestas y corroboradas. La de la N.S.E.C., que señala y acusa al procesado, repetida además en los testimonios de su progenitora y su padrastro; y por otro lado, la de Óscar Roberto Espinosa Calderón, que negaba de forma categórica las acusaciones del menor, soportada por las declaraciones de Jorge Enrique Vargas Hernández, Pedro Jesús Olivares Cadena, Edgar Alonso Santacruz Bailón.

Ante tal contexto, para hallar o no razón en los fundamentos de la apelación, debe verificarse la existencia del conocimiento allende de duda razonable necesario para la decisión de condena.

A propósito de un escenario probatorio de tesis contrapuestas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la decisión CSJSP, 4 dic 2019, Rad. 55651, sobre este tema afirmó:

«El procesado comparece al juicio oral amparado por la presunción de inocencia, la que debe ser desvirtuada más allá de duda razonable. Sin ningún ánimo reduccionista, la jurisprudencia ha establecido que existe duda razonable cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, sí debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogada como “verdaderamente plausible” (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175, entre otras)»

En una reciente decisión de la Sala de Casación Penal (SP3221/2021), se analizó un caso en el que se verificaron contrapuestas las hipótesis de los temas de prueba de la Fiscalía y la defensa, ambas con un fundamento probatorio y lógico. En tal decisión, se afirmó por la Corporación:

«Aisladamente consideradas, no existen razones para otorgarle mayor crédito a una de estas versiones, pues ambas son compatibles con la ocurrencia del suceso.

No sobra advertir que ambos declarantes tienen un marcado interés en este asunto, no solo en el ámbito de la responsabilidad penal, sino además, y principalmente, por las consecuencias patrimoniales que podrían derivarse del fallo (...)

Así, es necesario verificar si las otras pruebas aportadas al proceso permiten esclarecer los hechos.»

Según la Corte Suprema de Justicia, la decisión judicial debe orientarse sobre la verdad procesal más plausible con relación a los demás medios de prueba con los que se cuenta en el debate.

El panorama probatorio del caso es el siguiente:

- (i) N.S.E.C. acusó a Óscar Roberto Espinosa de ser un expendedor de estupefacientes, que lo utilizaba a él para ese comercio ilícito e inclusive lo invitaba a consumirlos. Hechos ocurridos en el año 2011 cuando vivieron juntos en el municipio de Mitú. También que lo instrumentalizaba para realizar hurtos a personas en estado de embriaguez a quienes recogían y les ofrecían el transporte hacia su casa en los vehículos mototaxi, propiedad del procesado.
- (ii) N.S.E.C. explicó que, a Óscar Roberto Espinosa, cuando lo registraban, nunca le hallaban estupefacientes, porque le pedía que ocultara en sus prendas las drogas, las cuales finalmente no eran descubiertas porque al ser menor de edad, no lo registraban.
- (iii) Mónica Liliana Ebrath y su esposo, Hernando Villamizar Santacruz, padraastro de N.S.E.C., tuvieron conocimiento de esa situación por intermedio de la víctima, y fueron testigos directos de la drogadicción que su familiar padecía y las dificultades que, al interior del seno del hogar, ello generó.
- (iv) Mónica Liliana Ebrath y Hernando Villamizar Santacruz fueron abordados por uno de los hermanos de Óscar Roberto Espinosa, quien les ofreció la suma de cuatro millones de

pesos (\$4 000 000) a cambio de que se retractaran de las acusaciones que se elevaban en contra del aquí acusado.³²

- (v) El procesado negó de forma categórica los señalamientos y acusaciones que le hacían. Indicó que era un hombre de bien, de familia de buen proceder y reconocimiento en la región, que ninguna relación tenía con el expendio de estupefacientes y delitos de los que lo acusaba N.S.E.C., pues se dedicaba a negocios lícitos, con los que se sustentaba.
- (vi) Óscar Roberto Espinosa confirmó que alojó en su vivienda a N.S.E.C., sin embargo, contrario a lo que la víctima afirmaba, lo que determinó el finiquito de su estancia en la morada fueron los malos procederes del aquel entonces menor de edad.
- (vii) Óscar Roberto Espinosa afirmaba que era perseguido por la policía del pueblo, que lo acusaba de ser expendedor de drogas, pero que, a pesar de que en múltiples oportunidades su morada fue objeto de registros y allanamientos, nunca le hallaron en posesión de los estupefacientes.
- (viii) Las pruebas de descargo corroboraron las afirmaciones de Óscar Roberto Espinosa con relación al proceder de su dinero, que era una persona señalada de expender drogas, pero, que a pesar de los registros y allanamientos a su morada, nunca le fue hallada sustancia estupefaciente alguna para verificar la sospecha que en él moraba, como supuesto expendedor.

³² Audiencia del 14 de febrero de 2014. Récord 00:37:52 ss y siguientes; y 01:59:58 ss y siguientes.

Bajo tal contexto probatorio, encuentra la Sala que la tesis de la acusación es más plausible que la coartada de la defensa. La versión inculpativa que ofreció el menor se encuentra corroborada con suficiencia en las demás pruebas de cargo: Mónica Liliana Ebrath Caicedo y su padrastro Hernando Villamizar Santacruz.

El valor de lo narrado por la víctima es por sí mismo suficiente para haber sustentado la petición de condena de la Fiscalía General de la Nación. N.S.E.C. narró de forma clara y puntual cómo era instrumentalizado por Óscar Roberto Espinosa para la comisión de delitos en el municipio de Mitú cuando, en el año 2011, fecha para la que la víctima contaba con 15 años, vivió con el acusado en su residencia.

No debe olvidarse que el procesado, además de suministrarle los estupefacientes, los hacía venderlos a los demás consumidores de la localidad, ante lo que no le cancelaba remuneración alguna. También sostuvo que participó en la comisión de hurtos, fraguados contra pasajeros de mototaxi que eran abordados al ser vistos en la calle estado de embriaguez, y aprovechándose de esa condición, en los trayectos, los despojaban de sus pertenencias.

Un acto innegable de instrumentalización de la persona en contravía de su dignidad humana y de su triple condición de vulnerabilidad: menor de edad, adicto a las drogas y en situación de pobreza.

Aunque la víctima había dejado su casa por los problemas de la drogadicción, regresó en busca de ayuda para curarse, y de ello dieron fe su progenitora y su padrastro, quienes supieron por boca del menor de todo el contexto de ilicitud acontecida cuando estuvo

separado del hogar, por lo que tuvo lugar la denuncia que dio paso a la judicialización de este caso.

Los familiares presenciaron el sufrimiento que la dependencia de las sustancias psicoactivas causaba en N.S.E.C., y por ello invirtieron recursos y esfuerzos para la mejoría de su condición y rehabilitación.

La versión de la víctima inclusive halla, de cierta forma, soporte en las declaraciones del procesado y los demás testigos de descargo ofrecidos por la defensa al debate, quienes ubicaron a N.S.E.C. como ocupante y cohabitante de la residencia de Óscar Roberto Espinosa Calderón.

Por otro lado, la versión del procesado no encuentra suficiente corroboración en las demás pruebas de descargo, en lo que tiene que ver con lo esencial de su relato: su total ajenidad frente a los hechos juzgados.

Los testigos confirman aspectos de su personalidad, que no desvirtúan, ni hacen menos posible o anulan los supuestos de los hechos jurídicamente relevantes por los que fue acusado.

Los testimonios de Jorge Enrique Vargas Hernández, Pedro Jesús Olivares Cadena, Edgar Alonso Santacruz Bailón dieron a conocer a la audiencia, cómo era que en apariencia se ganaba la vida el acusado, y cómo pese a que lo registraban y allanaban su vivienda, las autoridades de policía no podían establecer que tuviese vinculación alguna con el negocio del tráfico de estupefacientes.

El hecho de no haberse hallado, en el pasado, dichas sustancias, no aporta ni resta al objetivo de excluir al procesado de la actividad criminal endilgada. Él fue investigado y juzgado por la instrumentalización que hizo de N.S.E.C., no por haber sido señalado como potencial distribuidor o expendedor de sustancias ilegales. En un derecho penal de acto, las indebidas acciones del pasado resultan irrelevantes para determinar la responsabilidad.

Más allá de eso, las declaraciones de Vargas, Olivares y Santacruz, no desestiman la fortaleza de lo afirmado por la víctima. Ninguno de aquellos testigos estaba en condición de dar a conocer lo que en la intimidad de la casa de Óscar ocurría para saber si los señalamientos que N.S.E.C. hacía eran producto de una invención.

Por eso, debe recabarse en que nadie mejor que N.S.E.C. podía dar una versión de lo que ocurría con Óscar al interior de la vivienda y a qué se dedicaba. Vivían juntos, y precisamente fue aquel cohabitante de la morada del acusado, quien lo señaló de los comportamientos punibles objeto de estudio.

Es por tales motivos que la Sala da más valor a la tesis de la acusación, fundamentada en la declaración de N.S.E.C., corroborada de forma directa e indirecta, por todas las pruebas que se practicaron en el juicio, pues como se dijo, inclusive los testimonios de quienes declararon en favor de la defensa sirvieron para establecer la presencia y oportunidad del acusado para cometer las conductas por las que fue llamado a juicio criminal.

La hipótesis que pretendió estructurar la defensa se verificó en el escenario probatorio como una coartada en favor del acusado, para relevar de él los cuestionamientos que la víctima hacía, sin embargo,

las pruebas aportadas para soportar dicha hipótesis no tuvieron el suficiente valor demostrativo para acreditar su inocencia, como sí lo tuvieron las de la Fiscalía para verificar su compromiso penal.

La duda razonable que pretendió estructurarse con fundamento en la hipótesis postulada por la defensa con los testigos de descargo, fue derruida de un análisis contextual de todo el insumo probatorio.

Y como aspecto relevante, no puede dejarse de lado el hecho de que a la familia de la víctima, la del acusado le ofreció dinero para se retractara de la acusación que en contra de Óscar Roberto Espinosa se hacía.

Mónica Liliana Ebrath Caicedo, sostuvo:

El hermano de Oscar, que se llama Pedro, fue a ofrecernos plata para que retiráramos, para que yo retirara denuncia o yo me retractara, luego cierto día mi hijo salió de rumba, yo no sé si sería el primo o el tío, un señor que se llama Enrique, le dice a mi hijo, dígame a su mamá que retire la denuncia y yo mañana a las 7 de la mañana, le estoy dando 7 millones de pesos, y así Pedro fue muchas veces a la casa que retiráramos la denuncia y que nos ofrecía plata hasta 400, hasta me dijo que él sabía que nosotros habíamos gastado plata en el tratamiento psiquiátrico, que se le dio a Narem, entonces que él nos iba a reconocer una plata, entonces eso lo que ha venido pasando a mi marido también le han enviado razones, ese señor desde la cárcel, ha enviado amigos de él, a que por favor retire la denuncia que me retracte, entonces esas, eso lo que ha venido pasando, y lo otro que quiero decir es que este Oscar, dice que en el momento que él llegue a salir, quiero que quede claro que si algo le llega pasar a mi hijo o alguno de mi familia, quiero quedar en claro, él dice que él va a joder a mi hijo, quiero dejar en claro eso doctor.³³

³³ Audiencia del 14 de febrero de 2014. Récord 00:37:52 ss y siguientes.

En reafirmación de esos señalamientos, su compañero, Hernando Villamizar Santacruz sostuvo que los hermanos del procesado, César y Pedro Espinosa les habían ofrecido dinero. El testigo indicó:

«Pues siempre ha sido, pues la familia por este tipo, pues desde que comenzó el proceso pues la señora ha sido abordada por el señor Oscar, pues a que le han ofrecido a que desistamos de esta diligencia.

(...)

La cantidad de cuatro millones de pesos para que desistamos, de igual forma, pues de igual forma lo hacen saber pues por otras personas.

(...)

Como le digo, fue abordada mi señora, pues se me quedó por decirle que el menor lo abordó el señor Enrique Vargas ofrecerle al menor de edad en este caso a menor que estamos hablando, también se le ofrecieron a ofrecerle la suma de 5 millones, informado por el mismo menor hacía nosotros».³⁴

Este soborno, tendiente a direccionar los resultados del proceso penal, es un hecho indicador del compromiso penal, que solidifica y corrobora la versión de incriminación vertida por intermedio de la víctima.

Una tal forma de proceder es propia de quien, por intermedio de terceros, procura revertir los resultados de una inminente y seria acusación que se dirige hacia sí. De ninguna otra manera se explica

³⁴ Audiencia del 14 de febrero de 2014. 01:59:58 ss y siguientes.

el irregular interés en tergiversar y manipular el escenario probatorio por parte del círculo más cercano del acusado, que, valga resaltar, no sólo involucró a sus familiares, sino que también a uno de sus amigos, acorde con las manifestaciones de Hernando Villamizar Santacruz.

Y ese señalamiento que hicieron Mónica Ebrath y Hernando Villamizar Santacruz no fue contradicho o menguado su valor en el debate probatorio; por el contrario, fue expuesto en el juicio como parte de unas versiones hiladas y coherentes, merecedoras de credibilidad.

Por lo anterior, encuentra la Sala una respuesta afirmativa al segundo sub problema jurídico, puesto que las pruebas recopiladas en el juicio, analizadas en conjunto y confrontadas, permitieron establecer más allá de duda razonable la existencia de los delitos y la participación del acusado en aquellos.

La tipicidad subjetiva también se verifica probada en el entendido que se reúnen los presupuestos cognoscitivos y volitivos en las conductas de Óscar Roberto Espinosa Calderón, pues siendo un hombre consciente de los comportamientos que realizaba, decidió ejecutarlos, lo que establece su doloso proceder, a luces de lo previsto en el artículo 22 del Código Penal.

Ahora, aunque se señaló como una situación de duda la ejecución del punible previsto en el artículo 188D del Código Penal (uso de menores para la comisión de delitos), por razón de la vigencia de la norma que lo estableció (de junio de 2011), fue objeto de estipulación probatoria la fecha de nacimiento de la víctima en el mes de marzo de 1996, y éste indicó que realizó los comportamientos

punibles en asocio con el acusado, durante 5 o 6 meses luego de haber cumplido 15 años, lo que ubica la comisión de los delitos, al menos, en un margen temporal comprendido entre marzo y septiembre del año 2011, fecha para que la norma que estableció el delito ya tenía vigencia.

En ese orden de ideas, tras establecer que el conocimiento allende de duda razonable en sede de tipicidad sí logró probarse, la decisión de primera instancia deberá revocarse.

Pasan a abordarse, en consecuencia, las demás categorías del delito, según el artículo 9 del Código Penal en orden a verificar la procedencia de la sentencia condenatoria deprecada por la recurrente.

6.6. Antijuridicidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Código Penal, para que la conducta sea antijurídica requiere que, sin justa causa, lesione o ponga en efectivo y real riesgo el bien jurídico amparado por el legislador. Para el caso de los punibles de uso de menores para la comisión de delitos y suministro a menor, los bienes jurídicos objeto de tutela son *la autonomía personal y la salud pública*.

La antijuridicidad se acreditó tanto en la perspectiva formal como material.

La instrumentalización de un menor de edad para la comisión de delitos, involucrarlo en el mundo del expendio de los estupefacientes, así como suministrárselos para su consumo y

determinarlo a hurtar, son acciones desvaloradas. Solo en la libertad de acción se halla el germen de la dignidad humana que parte del reconocimiento del otro como un ser finito, imperfecto, limitado, igual a cada uno de, nosotros. En medio de esa limitación y falibilidad, puede el hombre tener autonomía frente a las decisiones vitales que le corresponde tomar y dentro de ese auto gobierno se convierte en un ser digno y responsable de lo que hace o deja de hacer. Por el contrario, cuando la libertad está sometida por la fuerza, el error, el miedo o las pasiones incontrolables y las decisiones son adoptadas por otros en desconocimiento de la autonomía, se generan los espacios de heteronomía y de instrumentalización del ser humano, inicio de toda sumisión, de toda subyugación, de toda esclavitud.

Usar a un adolescente para la ejecución de actividades ilegales es un acto digno de todo reproche que implica esa instrumentalización de la que se ve beneficiado el delincuente que utiliza al menor de edad para evadir la acción de la justicia, como el mismo afectado lo narró. Y, si a lo anterior se suma el hecho de que el adolescente era una persona que consumía de forma habitual sustancias psicoactivas que el mismo procesado le proporcionaba y que se hallaba en una triple condición de vulnerabilidad, el disvalor de acción es innegable y digno de todo el reproche.

Por otro lado, lo desvalorado no fue únicamente el comportamiento sino el resultado que éste causó. La conducta implicó un daño directo a la salud pública y a su autonomía personal que se reflejó en afectaciones a la salubridad pública de quienes consumían los estupefacientes, al patrimonio económico de quienes eran atracados por el procesado y el menor de edad, y en especial a la familia del procesado que, de forma concreta, ha soportado las

consecuencias de que la víctima sea una persona adicta a las sustancias que el acusado le proporcionaba.

No fue el procesado quien vinculó a N.S.E.C. al mundo de la drogadicción, pero aportó en la expansión de enfermedad de la víctima y se valió de esa condición para llevarlo al mundo del delito. Un joven adulto que resultó siendo el instrumento de la acción delictiva de quien se mostró como su amigo, pero lo usó para sus protervos fines criminales.

Por lo tanto, acreditada la afectación al bien jurídico y, en ausencia causales de justificación, se afirma la existencia del injusto típico.

6.7. De la culpabilidad.

El acusado, para la época de los hechos era una persona mayor de edad, respecto de quien no se probó ninguna circunstancia especial de trastorno mental, inmadurez psicológica o diversidad sociocultural que lo catalogase como inimputable y, por ende, sujeto a la imposición de medida de seguridad. Por el contrario, se trata de una persona sana, sin inconvenientes para entender el mundo que lo rodeaba y para guiarse de acuerdo con esa comprensión.

La imputabilidad del acusado se suma a la conciencia de la antijuridicidad con la que actuó, la que se prueba -al igual que el dolo del tipo subjetivo- mediante los procesos lógicos de inferencia. Hechos probados en este proceso hubo muchos, algunos de ellos relacionados con la forma como el procesado actuó. Quien se sabe ejecutor de una actividad lesiva de los intereses de los demás, que puede ser objeto de sanción, realiza esas actividades amparándose

en la clandestinidad, en el velo que sobre los ojos de los demás impide ver aquello que se quiere ocultar.

Así era como procedía el acusado cuando se valía de N.S.E.C. para la comisión de delitos y agravio de diversos bienes jurídicos. Instrumentalizaba al menor para que por intermedio suyo, su delictivo proceder pasase inadvertido.

El inciso 2° del numeral 11° del artículo 32 del Código Penal establece que para tener probada la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento, basta con que la persona haya podido actualizar, en términos razonables, el conocimiento de lo injusto de su proceder.

Nada obligaba al acusado a comportarse de la forma conocida. No existe razón alguna para haber procedido como lo hizo. La culpabilidad se probó más allá de duda razonable.

Así las cosas, en respuesta del problema jurídico, se tiene que la Fiscalía General de la Nación probó, con un conocimiento allende de la duda razonable la existencia de los delitos imputados y la responsabilidad del procesado como autor de dichas conductas, motivo por el cual resulta necesario revocar en su integridad la decisión adoptada, para en su lugar emitir una sentencia condenatoria y fijar la correspondiente pena.

VII. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Al tratarse de un concurso de conductas punibles, atendiendo a lo normado en el artículo 31 del Código Penal, se hará la

dosificación individual de cada uno de los comportamientos y luego será unificada la pena.

El tipo penal del artículo 188D se sanciona con una pena de prisión de 10 a 20 años. En la medida que concurre en el caso una circunstancia de menor punibilidad del artículo 55-1 del Código Penal, se impondrá dentro del cuarto mínimo que va de 10 a 12 años y 6 meses de prisión.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 61 ejusdem, se fijará la pena atendiendo la gravedad de la conducta. Todo atentado contra la dignidad humana de los niños y niñas debe ser objeto de sanción y aquellas conductas que afectan su autonomía personal, deben ser tratadas aun con mayor rigor. Por eso el legislador estableció penas muy altas que contienen en sí mismas el reflejo de la gravedad de la conducta.

Siendo múltiples eventos y diversos los delitos que el procesado indujo a N.S.E.C. a cometer, considera la Sala que una pena de 11 años puede representar el condigno castigo que, a partir de los principios de las sanciones (art. 3 Código Penal), se constituirá en la justa punición para el condenado.

Con relación al delito de suministro a menor, el artículo 381 del Código Penal prevé unas penas que van de 8 a 18 años. En la medida que se reconoció una circunstancia de menor punibilidad del artículo 55-1 del Código Penal, se impondrá dentro del cuarto mínimo que va de 8 a 10 años y 6 meses prisión.

Resultando igual que en el caso anterior, que se presentaron múltiples eventos y que el acusado aportó en la situación lamentable

de salud y en el daño que se produjo a su familia, se verifica justo castigo del comportamiento del acusado, una pena de 9 años.

Bajo las reglas del artículo 31 del Código Penal, corresponde concursar y unificar la sanción de prisión. En ese orden, comoquiera que la pena más alta impuesta (11 años) incrementada hasta otro tanto (22 años) arroja un guarismo superior al de la sumatoria aritmética de las penas individualmente dosificadas (20 años), será esta sumatoria el extremo final de punibilidad en la sanción que corresponde emitir de forma definitiva.

Así las cosas, atendiendo a los presupuestos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, considera la Sala justo, al delito base de la dosificación (11 años para el uso de menores) incrementar 1 año de prisión por la conducta de suministro a menor, asignando de forma definitiva, una sanción penal de 12 años de prisión.

De igual manera se impondrá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, según lo establecen los artículos 44 y 52 del Código de las Libertades Públicas.

VIII. LOS SUBROGADOS PENALES Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERAD.

Bajo los postulados del artículo 63 del Código Penal, tanto el que estaba vigente para la fecha de la comisión de los hechos, como la norma actual vigente, no se hace procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues la sanción privativa de la libertad asignada al procesado supera los 3 y los 5 años, respectivamente. Por lo anterior, no será reconocido este subrogado

penal. También porque el artículo 193-6 del Código de la Infancia y de la Adolescencia le indica al juez que «Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.»

Del mismo modo, tampoco se hace procedente el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38 (vigente para la fecha de los hechos) ni en el artículo 38B (actual) del Código Penal, puesto que los delitos objeto de sanción prevén unas penas mínimas que exceden los 5 y 8 años.

En ese orden de ideas, resultan improcedentes los subrogados y mecanismos sustitutivos, en aplicación de lo previsto en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, se dispone la emisión de la correspondiente orden de captura en contra del acusado para que empiece a purgar la pena impuesta.

IX. OTRAS DETERMINACIONES.

En vista de que por cuenta de este proceso el acusado se encuentra en libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, por intermedio de la Secretaría líbrese la correspondiente orden de captura para que empiece a purgar la pena aquí impuesta.

Del mismo modo, en la medida que de las versiones de Mónica Liliana Ebrath Caicedo y su esposo se desprende que fueron abordados por familiares y amigos del procesado para que cambiaran sus declaraciones e incidir en las resultas de este proceso, se dispone por intermedio de la secretaría la remisión de copias compulsadas de

este proceso ante la Fiscalía General de la Nación para que se investigue la probable existencia del delito de soborno en actuación penal, y se determinen sus responsables.

En atención de que, por primera vez se está emitiendo decisión de condena, en los términos del artículo 29 Superior, el Acto Legislativo 01 de 2018 y lo indicado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁵, se advierte que contra lo aquí decidido procede, para la defensa o el procesado, el recurso de impugnación especial, en los términos indicados para la casación.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior De Villavicencio, en Sala n.º 3 de Descongestión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

52

Primero. Revocar la sentencia emitida el 3 de diciembre de 2014 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mitú, Vaupés, por las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

Segundo. Condenar a Óscar Roberto Espinosa Calderón, como autor penalmente responsable de los punibles de uso de menores para la comisión de delitos y suministro a menor, a la pena principal de doce (12) años de prisión, por los motivos antes reseñados.

Tercero. Imponer a Óscar Roberto Espinosa Calderón la pena accesoria para la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal de

³⁵ Cfr. CSJ AP5177-2021. CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579.

Asunto: Sentencia de segunda instancia Ley 906.
Radicación: 97001 61 05 310 2011 80120 01.
Procesado: Óscar Roberto Espinosa Calderón.
Delito: Uso de menores para la comisión de delitos y suministro a menor.

prisión, de conformidad con lo previsto en los artículos 44 y 52 del Código Penal.

Cuarto. En cumplimiento de lo ordenado en el art. 450 del Código de Procedimiento Penal, líbrese la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la decisión aquí adoptada.

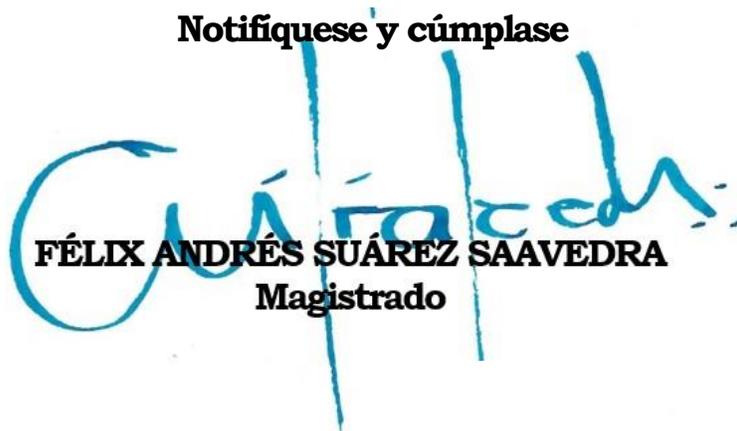
Quinto. Se ordena el envío de copias compulsadas a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación de Mitú, Vaupés, para que se investigue la probable existencia del delito de soborno en actuación penal, y se determinen sus responsables.

Sexto. En firme esta decisión, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **comuníquese** esta determinación a las autoridades que refiere el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.

53

Séptimo. Esta decisión se notifica en estrados y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2018, **procede** la impugnación especial, en los términos indicados para la casación.

Notifíquese y cúmplase


FÉLIX ANDRÉS SUÁREZ SAAVEDRA
Magistrado

AUSENCIA JUSTIFICADA
MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada.


PATRICIA RODRÍGUEZ TORRES
Magistrada