**UTILIZACIÓN DE MENORES DE EDAD EN LA COMISIÓN DE DELITOS / HECHO INDICADOR DEL INDICIO GRAVE DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL / VALORACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD DEL TESTIMONIO DEL MENOR, HIJO DE LA PROCESADA /**

“Por lo tanto, del contenido del acervo probatorio aducido al juicio, se tiene que el mismo está compuesto por:

Unas pruebas indiciarias que de una u otra forma abonan la credibilidad de lo dicho por los testigos JOHN JAIDER BRITO y SANDRA MILENA ROMERO, sobre las razones que motivaron la captura de la encausada CLARIBEL OJEDA CARDONA, las que tuvieron su fuente en una llamada telefónica en la cual se alertaba sobre la presencia de una mujer, entre la calle 11 con carreras 10 y 11, quien en compañía de unos menores de edad, entre los cuales se encontraban niños menores de catorce años, estaba vendiendo alucinógenos.

Un testimonio de dudosa credibilidad e imparcialidad, como lo es el testimonio absuelto por el menor “F.S.M.O”, con quien en vano se pretendió demostrar la ajenidad de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA respecto de la tenencia por parte de su hijo menor de edad de las sustancias estupefacientes que le fueron incautadas por efectivos de la Policía Nacional.

Luego, si dichas pruebas son apreciadas en conjunto y acorde con las reglas de la sana critica, las mismas acreditarían de manera indubitable el compromiso penal que le asiste a la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA como la persona que se valió e instrumentalizó a unos menores de edad para expender sustancias estupefacientes.

Siendo así las cosas, la Sala considera que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente en contra del fallo confutado, porque en efecto la Jueza de primer nivel si incurrió en una serie de errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, entre los que descollan el desconocer la existencia de indicios que gravitaban en contra de la acriminada y el concederle total y absoluta credibilidad a lo atestado por el menor “F.S.M.O”, los cuales le impidieron darse cuenta que las pruebas aducidas al juicio si cumplían a cabalidad con cada uno de los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir en contra de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA una sentencia condenatoria por incurrir en la comisión del reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos agravado según las circunstancias del inciso 3º del articulo 188D 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**

Aprobado mediante acta #830 del 15 de septiembre de 2016

Pereira, dieciséis (16) de Septiembre de Dos mil Dieciséis (2.016).

Hora: 8:40 a.m.

Procesada: CLARIBEL OJEDA CARDONA

Delito: Utilización de menores de edad en la comisión de delitos

Radicación # 66594 60 00063 2012 00392 01

Procede: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de sentencia absolutoria.

Decisión: Revoca fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria proferida en las calendas del diez (10) de julio del 2.013 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía dentro del proceso que se le siguió a la ciudadana CLARIBEL OJEDA CARDONA, quien fue llamada a juicio por incurrir en la presunta comisión del reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en el municipio de Quinchía a eso de las 17:55 horas del 17 de noviembre del 2.012, y están relacionados con la captura, a la altura de la carrera 10ª con calle 11, de la ciudadana CLARIBEL OJEDA CARDONA por parte de efectivos de la Policía Nacional.

Acorde con lo consignado en los medios de conocimiento aducidos por el Ente Acusador, se tiene que la captura de la Sra. CLARIBEL OJEDA CARDONA se suscitó debido a que ante la Policía un ciudadano reportó, mediante una queja telefónica, lo que acontecía con una mujer, la cual, en compañía de unos menores de edad, se encontraban expendiendo sustancias psicotrópicas en inmediaciones del parqueadero *“Los Cardonas”.*

Tal situación motivó para que varios agentes de la Fuerza Pública procedieran a desplazarse hacia dicho sector a fin de verificar lo denunciando, encontrando en el sitio aludido a una mujer, quien resultó ser la ahora Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA, la cual se encontraba en compañía de 3 infantes y de una adolescente. Como quiera que la Sra. CLARIBEL OJEDA asumió una actitud sospechosa y nerviosa, los Policiales le solicitaron que los acompañará al Comando de la Policía Nacional para someterla tanto a Ella como a sus acompañantes a una requisa, y así fue como en efecto en poder de uno de los menores que acompañaba a la sospechosa, el cual para ese entonces tenía unos 12 años de edad y que respondía por el nombre de ***“F.S.M.O”***, de quien se dijo ser hijo de la Sra. OJEDA CARDONA, se encontró oculta en sus genitales 14 envolturas de una sustancia pulverulenta que al ser sometida a la prueba de *P.I.P.H.* resultó ser cocaína y sus derivados, arrojando la misma un peso neto de cuatro gramos.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 18 de noviembre del 2.012 ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Marsella, el cual se encontraba en turno de disponibilidad, en las que además de legalizarse la captura de la Sra. CLARIBEL OJEDA CARDONA, a la misma se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los reato de tráfico de estupefacientes y utilización de menores de edad en la comisión de delitos. De igual forma a la Procesada se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 16 de enero del 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, ante el cual el 4 de febrero de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación en la que la Fiscalía decidió declinar de los cargos endilgados en contra de la encausada relacionados con la comisión del delito de tráfico de estupefacientes por lo que radicó una petición de preclusión, que fue accedida por el Juzgado Cognoscente mediante providencia del 19 de marzo de 2.013. De igual forma el Ente Fiscal acusó a CLARIBEL OJEDA CARDONA de la presunta comisión del reato de utilización de menores de edad en la comisión de delitos agravado, tipificado en el inciso 3º del articulo 188D C.P.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 19 de marzo del 2.013, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró el 7 de mayo del 2.013, en la cual, una vez agotado las fases probatoria y de alegaciones se emitió el sentido del fallo el cual resultó ser de carácter absolutorio.
4. La sentencia absolutoria se profirió el 10 de julio del 2.013, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la representante del Ente Acusador.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 10 de julio del 2.013 en la cual se absolvió a la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA de los cargos por los cuales fue llamada a juicio, los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del reato de utilización de menores de edad en la comisión de delitos.

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para proferir el fallo absolutorio, se basaron en argüir que del contenido de las pruebas aducidas al juicio surgían dudas probatorias que no desvirtuaban la presunción de inocencia de la procesada, en atención a que de lo acreditado en el juicio no se infería que la acusada haya sido sorprendida vendiendo estupefacientes o que los tuviera en su poder, máxime cuando los policiales que participaron en el procedimiento de captura al unisonó aseveraron que no les constaba que la Procesada o sus hijos estuvieren vendiendo estupefacientes, ni mucho menos que Ella le entregó a su menor hijo los narcóticos incautados por los miembros de la Policía Nacional.

En lo que atañe con el hallazgo de la sustancia estupefaciente, la *A quo* fue de la opinión que se le debía conceder credibilidad a la versión rendida por el menor ***“F.S.M.O”*** respecto de la forma como encontró los narcóticos sin que su madre supiera de ello, en atención a que la narración del menor debía ser considerada como coherente, hilada y desprevenida.

De igual forma en el fallo confutado se dijo que no se le podía conceder credibilidad a los testigos de cargo, como consecuencia de las contradicciones en las que ellos incurrieron respecto del relato de los hechos de los cuales no fueron precisos y claros.

Con base en lo anterior, en el fallo de primera instancia se concluyó que en el proceso no existían pruebas que demostraran que la procesada haya coaccionado u obligado a su hijo a portar sustancias estupefacientes, por lo que en sentir de la Jueza de primer nivel no tuvo ocurrencia una vulneración del interés jurídicamente protegido con el delito de utilización de menores de edad.

Por lo tanto, ante la existencia de dudas insalvables, se procedió a absolver a la acusada CLARIBEL OJEDA CARDONA de los cargos endilgados en su contra según los postulados del principio del *in dubio pro reo.*

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada se fundamentó en proponer la tesis consistente en que en el juicio la Fiscalía si logró acreditar probatoriamente el compromiso penal de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA, por lo que la *A quo* se equivocó al considerar que del acervo probatorio surgían dudas razonables, cuando ello no es así.

Para demostrar la tesis de su inconformidad la Fiscal apelante expuso los siguientes argumentos:

* Se le debe conceder credibilidad a los testimonios absueltos por los funcionarios de la Policía Nacional, en atención a que el hallazgo de las sustancias estupefacientes no fue producto del azar debido a que el mismo tuvo su fuente en una información suministrada por la ciudadanía en la cual se alertaba de la presencia de una mujer la cual expendía estupefacientes por intermedio de unos menores de edad. Lo que catalizó el correspondiente operativo policial que culminó con el hallazgo de los narcóticos en poder de uno de los menores que acompañaban a la Sra. CLARIBEL OJEDA CARDONA.
* No se le debe conceder credibilidad al testimonio del menor ***“F.S.M.O”*** en atención a que no explicó de manera satisfactoria el hallazgo de parte suya del estupefaciente. De igual forma del relato absuelto por el menor se infería que fue preparado para testificar porque dudaba para responder, se tornaba nervioso e indeciso. Además se debe tener en cuenta que por los afectos que le prodigaba a su madre, adujo que él hacia lo que su madre le dijera.
* Los testigos de la Fiscalía no fueron contradictorios, puesto que expusieron todas las circunstancias en las cuales se dio el hallazgo de los estupefacientes.

Con base en los anteriores argumentos, la recurrente solicita la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia se declare la responsabilidad criminal de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Se cumplían con todos los presupuestos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir en contra de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA un fallo de condena, o si por el contrario del acervo probatorio solo afloraban dudas que deben ser capitalizadas en favor de la Procesada de marras?

**- Solución:**

Para poder resolver el anterior problema jurídico que nos ha sido formulado, la Sala tendrá en cuenta que el tema que ha suscitado la controversia radica tanto en la credibilidad como en el poder suasorio que se le deben dar a las pruebas aducidas al juicio, porque mientras que en sentir de la Jueza de primer nivel, las pruebas de cargo no lograron desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía a la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA, ya que no fue posible demostrar que la encausada, de manera directa o por intermedio de sus hijos, estuviera traficando estupefacientes, lo que a su vez generaba un manto de dudas que debían ser capitalizadas en favor de la acriminada. A su vez todo ello es rechazado por la apelante, quien arguye como tesis de su discrepancia la consistente en que las pruebas de cargo no fueron apreciadas en debida forma por la *A quo*, las cuales si lograban demostrar indubitablemente el compromiso penal endilgado a la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA.

Como punto de partida que nos permita establecer a quien le asiste la razón en la anterior controversia, acorde con lo acreditado por los medios de conocimientos aducidos al juicio, la Sala tendrá como hechos ciertos e indiscutibles los siguientes:

* Del contenido del certificado de registro civil de nacimiento # 29659346, expedido por la Registraduría del Estado Civil, se logró demostrar que el menor ***“F.S.M.O”***, quien para la época de los hechos tenía unos 12 años de edad, es hijo de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA.
* Según los testimonios rendidos por los Policiales JOHN JAIDER BRITO y SANDRA MILENA ROMERO, las razones que motivaron la captura de la encausada CLARIBEL OJEDA CARDONA tuvieron su fuente en una llamada telefónica efectuada por la ciudadanía en la cual se alertaba de la presencia de una mujer entre la calle 11 con carreras 10 y 11, quien en compañía de unos menores de edad estaba vendiendo alucinógenos.
* De igual forma, de lo atestado por los aludidos Policiales JOHN JAIDER BRITO y SANDRA MILENA ROMERO, se tiene que Ellos al dirigirse hacia el sitio señalado por la fuente anónima, encontraron a una mujer, quien resultó ser la ahora Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA, la cual se encontraba en compañía de unos menores de edad y de una adolescente. Como quiera que la Sra. CLARIBEL OJEDA asumió una aptitud nerviosa y un comportamiento sospechoso, con su anuencia fue conducida hacia la Estación de Policía a fin de someterla a ella y a sus acompañantes a una requisa.
* Con los testimonios absueltos por los Sres. LINA MARCELA VINAZCO; JAIME FERNANDO PAZ; JOHN JAIDER BRITO y SANDRA MILENA ROMERO se acreditó el hallazgo en poder del menor ***“F.S.M.O”*** de 14 envolturas de una sustancia pulverulenta que al ser sometida a la prueba de *P.I.P.H.* resultó ser cocaína y sus derivados, la que arrojó un peso neto de cuatro gramos. Asimismo del contenido de dichas pruebas testimoniales se desprende que a la adolescente que acompañaba a la Sra. CLARIBEL OJEDA CARDONA, la cual respondía por el nombre de *AIDA,* se le halló en su poder 25 envolturas de marihuana, razón por la que fue puesta a disposición de las autoridades de infancia y adolescencia.

Es de anotar que estos testigos aseveraron que el menor de marras tenía oculta dicha sustancia estupefaciente en sus genitales y que el procedimiento de incautación de los narcóticos tuvo ocurrencia en las instalaciones del Comando de la Policía Nacional.

Las anteriores premisas fácticas que gravitan en el proceso como hechos ciertos e indiscutibles, las cuales en su gran mayoría tendría como su fuente lo dicho por los testigos LINA MARCELA VINAZCO; JAIME FERNANDO PAZ; JOHN JAIDER BRITO y SANDRA MILENA ROMERO, dejarían sin piso uno de los principales argumentos esgrimidos por la *A quo* en el fallo confutado, quien puso en tela de juicio el grado de credibilidad que merecía lo dicho por los aludidos testigos quienes en sentir de la Jueza de primer nivel incurrieron en una serie de contradicciones en sus dichos respecto de las circunstancias en las que ocurrieron los hechos. Pero para la Sala dichas contradicciones nunca tuvieron ocurrencia, tanto es así que para la Colegiatura lo atestado por esos testigos sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que ocurrieron los hechos, al ser apreciado de manera conjunta, por las razones ya aludidas, lo hemos considerado como hechos ciertos e indubitables.

Al partir de la base consistente en que las pruebas habidas en el proceso demostraban plenamente que la captura de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA se debió a que uno de los menores de edad que la acompañaban, el cual resultó ser su hijo, tenía oculto en sus genitales varias envolturas de una sustancia estupefaciente que resultó ser cocaína, aunado a lo dicho por los Policiales JOHN JAIDER BRITO y SANDRA MILENA ROMERO, respecto de los motivos que suscitaron la captura de la encausada, los que tuvieron su fuente en una denuncia anónima de la ciudadanía en la cual se reportaba la presencia de una mujer, quien en compañía de unos menores de edad estaban expendiendo estupefacientes. Por lo tanto, si apreciamos esas pruebas en conjunto, las mismas se erigirían como pruebas del hecho indicador *del indicio grave de responsabilidad criminal*, en cual nos enseñaría que: a) Como consecuencia del poder de tutela que los padres ejercen sobre sus hijos; b) El hallazgo de los estupefacientes encontrados en poder de uno de los vástagos de la encausada; c) Que la Procesada al momento de su captura se encontraba acompañando a los menores, en especial aquellos quienes portaban los narcóticos; y c) Los dichos de la denuncia ciudadana respecto de una persona que expendía estupefacientes por intermedio de menores de edad, con tales premisas válidamente se puede inferir como hecho oculto o desconocido la posibilidad consistente en que la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA sea esa persona que se valía de unos menores de edad, al utilizarlos como una especie de *“tapadera”,* para dedicarse al expendio de sustancias psicotrópicas.

Asimismo, si se tiene en cuenta la forma como estaba embalada la sustancia estupefaciente: 14 papeletas envueltas en papel de cuaderno, aunado a que la misma arrojó un peso neto de cuatro gramos, el cual excedía el triple de los limites tolerados para la dosis de uso personal[[1]](#footnote-1), tales elementos de juicio le permiten a la Sala inferir que el probable destino de dichos psicotrópicos no era otro diferente que su expendio, si partimos de la base que las reglas de la experiencia nos indican que quienes se dedican a expender al menudeo esa clase de estupefacientes lo hacen en papeletas o envolturas que contienen pequeñas dosis del narcótico.

Dejando a un lado las anteriores pruebas indiciarias, observa la Sala que uno de los temas que más ha suscitado polémica es el valor probatorio que se le debe dar al testimonio absuelto por el menor ***“F.S.M.O”***, quien atestó sobre las circunstancias en virtud de las cuales llevaba consigo los narcóticos que posteriormente le fueron incautados por parte de los agentes de la Fuerza Pública, a cuya versión, la cual fue determinante para el fallo absolutorio, se le dio credibilidad por parte de la Jueza de primer nivel, quien la consideró coherente, hilada y desprevenida.

Una análisis del testimonio absuelto por el menor ***“F.S.M.O”***, nos indica cómo llegaron a sus manos las sustancias estupefacientes incautadas por la Policía Nacional, las cuales según su decir fueron producto de un hallazgo fortuito, del que su madre desconocía. Sobre ese hallazgo, expone el testigo que ese día ellos iban para un centro recreativo, pero como la mamá se fue para comprar una dulces, ellos se quedaron esperándola cerca de un taller, y ahí se dio cuenta cuando un Señor escondió una bolsa negra debajo de una piedra, lo cual le dio curiosidad por lo que decidió recogerla y esconderla en sus genitales debido a que pensaba que la misma contenía dinero. De igual forma el testigo asevera que su madre no sabía nada y que solo le vino a comentar, cuando todos Ellos se encontraban en la estación de policía, que llevaba consigo la bolsa negra que había hallado, la cual le encontraron en su poder cuando fue sometido a una requisa.

Para la Sala, acompañando los reproches formulados por la recurrente, la *A quo* se equivocó en la apreciación del testimonio rendido por el menor ***“F.S.M.O”***, y más por el contrario existían plausibles razones que incidían para dudar de la credibilidad de sus dichos, si nos atenemos a lo siguiente:

* El testigo es hijo de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA, y en su testimonio, como consecuencia del contrainterrogatorio al cual fue sometido por parte de la Fiscalía, es claro en admitir los sentimientos que le profesa a su señora madre, a quien quiere mucho y le hace caso, y la falta que Ella le ha hecho tanto a él como a sus hermanos como consecuencia de su encarcelamiento[[2]](#footnote-2).

Tales circunstancias incidían para que se pusiera en tela de juicio la imparcialidad del testimonio del menor de marras, o en su defecto para que sus dichos fueran apreciados con mayor rigor y con beneficio de inventario, en atención a que al testigo le asiste un interés en los resultados del proceso, el cual no es otro que declarar en favor de los intereses de su señora madre, para de esa forma procurar su liberación, como en efecto acaeció.

* Es cierto que el menor ***“F.S.M.O”*** ofreció un relato que de buenas a primera lucia como coherente, hilado y desprevenido, pero si a ellos le aunamos que la declaración rendida por el menor de marras estuvo precedida de un previo pliego de preguntas que la Defensa hizo llegar sobre los temas que serían objeto del interrogatorio directo, en los cuales se pretendía ofrecer una explicación razonable sobre la forma como los narcóticos incautados fortuitamente llegaron en poder del testigo, tales circunstancias inciden para considerar que tal relato coherente, hilvanado y desprevenido posiblemente bien sea producto de un libreto al cual fue preparado el menor para que lo recitará durante su intervención en el juicio oral.
* De lo dicho por parte del testimonio rendido por el menor ***“F.S.M.O”*** se pretende ofrecer una explicación razonable sobre la manera como los narcóticos incautados llegaron fortuitamente a su poder con el desconocimiento de su señora madre. Pero extrañamente no se ofrece ninguna explicación respecto de cómo también llegaron en poder de la adolescente *AIDA,* quien también los acompañaba, las 25 envolturas de marihuana que ella portaba. Por ello es que la Sala de pregunta: ¿Sera que acaso esa joven también encontró esos narcóticos ocultos debajo de un piedra?

Para la Sala es mucha coincidencia que la adolescente que los acompañaba también estuviera portando sustancias estupefacientes, coincidencia esta que solo obtiene una explicación plausible dentro del escenario relacionado con el expendio de sustancias psicotrópicas, si nos atenemos a lo dicho por los Policiales JOHN JAIDER BRITO y SANDRA MILENA ROMERO, quienes al unísono aseveran que fueron alertados por una llamada anónima en la cual se denunciaba la presencia de una mujer, quien en compañía de unos menores de edad, estaba expendiendo estupefacientes.

* El menor ***“F.S.M.O”*** expone que estando en la estación de policía fue sometido a una requisa, en la cual le encontraron oculto en sus genitales la bolsa que contenía las 14 papeletas de la sustancia que resultó ser cocaína. Pero al cotejar sus dichos con el resto del acervo probatorio, se tiene que del contenido de los testimonios rendidos por los Policiales JAIME FERNANDO PAZ DE LA CRUZ y SANDRA MILENA ROMERO, y por la comisaria de familia LINA MARCELA VINAZCO, se desprende que el menor de marras no fue sometido a ningún tipo de requisa o de cacheo, sino que por el contrario de manera espontánea hizo entrega de los narcóticos cuando fue confrontado respecto de lo que su señora Madre le había dicho a su vez a la Policial SANDRA MILENA ROMERO, ante quien, en el momento en el que la requisaban, admitió que ella no traía nada consigo ya que quien llevaba el *“narco-alijo”*, era su menor hijo ***“F.S.M.O”***.

Para la Sala lo dicho por los antes enunciados testigos es creíble, puesto que no existe razón ni macula alguna que nos haga pensar que todos ellos, en especial quien fungía como Comisaria de Familia, se hayan puesto de acuerdo para decir lo que dijeron respecto de las razones por las cuales el menor ***“F.S.M.O”*** de manera voluntaria procedió a hacer entrega de los estupefacientes que tenía ocultos en sus genitales. Incluso hasta se podría decir que se podría tomar con reserva la versión de SANDRA MILENA ROMERO, quien expuso que la sustancia estupefaciente incautada al menor ***“F.S.M.O”*** era marihuana, cuando ello no era así puesto que la misma correspondía a cocaína, lo cual para la Sala bien puede ser producto de una confusión en la que incurrió la testigo, si partimos de la base que Ella también fue la encargada de cachear a la adolescente que respondía por el nombre de *AIDA,* a quien se le halló en su poder 25 envolturas de marihuana.

Por lo tanto, del contenido del acervo probatorio aducido al juicio, se tiene que el mismo está compuesto por:

* Unas pruebas indiciarias que de una u otra forma abonan la credibilidad de lo dicho por los testigos JOHN JAIDER BRITO y SANDRA MILENA ROMERO, sobre las razones que motivaron la captura de la encausada CLARIBEL OJEDA CARDONA, las que tuvieron su fuente en una llamada telefónica en la cual se alertaba sobre la presencia de una mujer, entre la calle 11 con carreras 10 y 11, quien en compañía de unos menores de edad, entre los cuales se encontraban niños menores de catorce años, estaba vendiendo alucinógenos.
* Un testimonio de dudosa credibilidad e imparcialidad, como lo es el testimonio absuelto por el menor ***“F.S.M.O”***, con quien en vano se pretendió demostrar la ajenidad de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA respecto de la tenencia por parte de su hijo menor de edad de las sustancias estupefacientes que le fueron incautadas por efectivos de la Policía Nacional.

Luego, si dichas pruebas son apreciadas en conjunto y acorde con las reglas de la sana critica, las mismas acreditarían de manera indubitable el compromiso penal que le asiste a la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA como la persona que se valió e instrumentalizó a unos menores de edad para expender sustancias estupefacientes.

Siendo así las cosas, la Sala considera que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente en contra del fallo confutado, porque en efecto la Jueza de primer nivel si incurrió en una serie de errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, entre los que descollan el desconocer la existencia de indicios que gravitaban en contra de la acriminada y el concederle total y absoluta credibilidad a lo atestado por el menor ***“F.S.M.O”***, los cuales le impidieron darse cuenta que las pruebas aducidas al juicio si cumplían a cabalidad con cada uno de los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir en contra de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA una sentencia condenatoria por incurrir en la comisión del reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos agravado según las circunstancias del inciso 3º del articulo 188D C.P.[[3]](#footnote-3).

Por lo tanto, como conclusión de todo lo antes expuesto el fallo confutado ha de ser revocado y en consecuencia se declarará la responsabilidad criminal de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA acorde con los cargos por los cuales fue llamada a juicio por parte del Ente Acusador.

**LA PUNIBILIDAD:**

Desvirtuada la presunción de inocencia que le asistía a la enjuiciada, puesto que en el proceso se demostró, más allá de toda duda razonable, el compromiso penal que les asistía respecto de los cargos que le fueron enrostrados por incurrir en la comisión del delito de uso de menores de edad en la comisión de delitos agravado según las circunstancias del inciso 3º del articulo 188D C.P. le corresponde ahora a la Sala, acorde con lo decidido y resuelto en el presente proveído, dosificar la correspondiente pena a imponer, la cual deberá respetar los principios de necesidad; proporcionalidad y razonabilidad, consagrados en el artículo 3º C.P. y estar acorde con las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, establecidas en el artículo 4º del Código Penal.

El delito por el cuales se declaró la responsabilidad criminal del encausado corresponde al reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos agravado según las circunstancias del inciso 3º del articulo 188D C.P. que se encuentra tipificado en el artículo 188D ibídem, siendo sancionados con una pena de 160 a 360 meses de prisión.

Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que la Fiscalía en contra de la Procesada no les endilgó circunstancias genéricas de mayor punibilidad, y aunado a que al parecer en favor de la acriminada existe una circunstancia de menor punibilidad como es la carencia de antecedentes penales, por lo que en atención a lo consignado en el inciso 2º del artículo 61 ibídem, se partirá del primer cuarto mínimo, el cual oscilaría dentro del siguiente ámbito de punibilidad: de 160 hasta 210 meses de prisión.

Al ingresar en la fase de individualización de la pena, se tiene que acorde con lo acreditado en el proceso, la Sala es de la opinión que una pena justa y proporcional debería ser la correspondiente a la pena mínima, o sea la de 160 meses de prisión, que equivaldría a 13 años y 4 meses de prisión.

En el tema relacionado con la dosificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, acorde con lo consignado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. la misma debe corresponder a la de un tiempo igual al de la pena de prisión, que este caso fue tasada en un término de 13 años y 4 meses.

Asimismo como quiera que la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA se valió de sus hijos menores de edad para cometer el delito por el cual se le halló penalmente responsable, la Sala considera que también debe hacerse merecedora de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, consagrada en el # 4º del articulo 43 C.P. la que acorde con lo reglado en el artículo 47 ibídem oscilaría entre un mínimo de 6 meses y un máximo de 10 años.

Ahora bien, al momento de individualizar el monto de la pena accesoria a imponer, al aplicar el sistema de cuartos, acorde con los mismos criterios aducidos para dosificar la pena principal, se partirá del primer cuarto de punibilidad, el que oscila entre 6 a 34,5 meses, y teniendo en cuenta las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos, las que reflejan la insensibilidad de la Procesada al utilizar a sus menores hijos como tapadera para asegurar el éxito del ejercicio de una actividad criminal tan reprochable como lo es el expendio de estupefacientes, la Sala es de la opinión que una pena de esta naturaleza justa, racional y proporcional seria la del límite superior de ese primer cuarto, o sea la de 34,5 meses, que equivaldrían a 2 años, 10 meses y 15 días de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

**SUBROGADOS PENALES:**

Respecto del tema de los subrogados y demás sustitutos penales, considera la Sala que la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA no pueden hacerse merecedor del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, consignado en el artículo 63 C.P. puesto que brillan por su ausencia los elementos que deben concurrir para la concesión de tal derecho, entre ellos el elemento objetivo, el cual exige que la pena impuesta no deba rebasar los 4 años de prisión, lo que no ocurre en el *subexamine*, en atención que la acriminado ha sido condenados a purgar una pena 13 años y 4 meses de prisión, la cual excede con creces esos límites punitivos.

Lo antes aludido también se aplicaría en todo aquello que tiene que ver con el pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, de la cual también brillaría por su ausencia el aludido factor objetivo que es requerido por el articulo 38B C.P.

Ahora bien al tener en cuenta que el monto de las penas impuestas a la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad criminal, aunado a que en la actualidad se encuentra en libertad y como quiera que no se les reconoció ningún tipo de subrogado o de sustitutos penales, lo que daría pie para pensar que nos encontremos en presencia de un eventual riesgo de fuga[[4]](#footnote-4), la Sala, a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia, y de esa manera conjurar esa amenaza de no comparecencia, procederá a librar las correspondientes ordenes de captura en contra la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA.

Finalmente, en lo que atañe con el tema de los recursos que procederían en contra del presente fallo de 2ª instancia, la Sala mayoritaria es de la opinión que en contra del mismo procedería 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 absolutoria proferida en las calendas del diez (10) de julio del 2.013 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía dentro del proceso que se le siguió a la ciudadana CLARIBEL OJEDA CARDONA, quien fue llamada a juicio por incurrir en la presunta comisión del reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos agravado.

**SEGUNDO:** En consecuencia de lo anterior se declarará la responsabilidad criminal de la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA, la cual fue acusada de incurrir en la presunta comisión del reato de uso de menores de edad en la comisión de delitos agravado, quien deberá purgar una pena 13 años y 4 meses de prisión.

 **TERCERO:** Condenar la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por un término de 2 años, 10 meses y 15 días.

**CUARTO:** Declarar que la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONAno puede hacerse acreedora del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de la ejecución de la pena de prisión en establecimiento carcelario por prisión domiciliaria.

**QUINTO:** Librar las correspondientes órdenes de captura en contra la Procesada CLARIBEL OJEDA CARDONA a fin de que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia.

**SEXTO:** Declarar que contra de la presente decisión 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**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. A lo cual se debe adicionar que en poder de la adolescente que acompañaba a la Procesada también se le encontró 25 papeletas de una sustancia estupefaciente que resultó ser marihuana. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver registró # 05:08 al # 06:12. [↑](#footnote-ref-2)
3. La cual incrementa las penas de una tercera parte a la mitad. [↑](#footnote-ref-3)
4. Articulo 312 C.P.P. [↑](#footnote-ref-4)