



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Radicado: 05001-60-00-250-2008-00236
Procesado: Duban Felipe Cano
Delito: Porte de estupefacientes
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 139

Medellín, siete de julio de dos mil nueve

Hora: 3:30 p.m.

1. VISTOS

Escuchadas las alegaciones, resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal para Adolescentes con funciones de conocimiento de Medellín, el 21 de abril de 2009, que condenó al procesado *Duban Felipe Cano* como autor del delito de Porte de estupefacientes.

2. EL HECHO

El día 10 de julio de 2008, cerca de las 3:30 p.m. a unas cuantas cuadras de su residencia ubicada en el municipio de Bello, agentes de policía le encontraron al joven *Duban Felipe Cano* de 15 años 40 cigarrillos de marihuana, que tenían un peso neto de 216,2 gramos.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

3.1. La Fiscalía censura la sentencia de primera instancia por haberle impuesto al procesado la sanción de amonestación, la que estima no es una sanción proporcional ni idónea. Alega la apelante que carece de proporcionalidad la sanción por no tenerse en cuenta los criterios del numeral 1 y 2 del artículo 179 del código de la infancia y la adolescencia. Entiende que los hechos son supremamente graves porque atentan contra el bien de la salud pública del adolescente y la comunidad en general. En cuanto a que se desatendió el numeral 2º citado, lo sustenta en que puede tratarse de un caso de expendio. Agrega que la falta de presencia del adolescente hace que esta sanción no produzca ningún efecto y las sanciones deben ser eficaces, oportunas y con claro sentido pedagógico lo que no se cumple en su criterio, en este caso. Solicita se modifique la sanción para fijarla como libertad asistida.

3.2. La defensora de familia precisa que al joven adolescente se le sancionó por el porte del estupefaciente y no por el expendio del mismo, sin que pueda suponerse otra cosa diferente. Al referirse al argumento del apelante sobre la carencia de efectividad de la amonestación por la ausencia del procesado, estima que cualquier sanción que se le imponga tendría que sortear la misma dificultad. Califica al infractor como una víctima de la sociedad con base en lo cual alega que la libertad asistida, por la que propende la fiscalía, no es una sanción proporcional, atendiendo a la escasa gravedad de la infracción y la situación sociofamiliar del adolescente.

3.3. La agente del ministerio público estima que la cantidad de estupefacientes es considerable y que se llevaba en muchos cigarrillos, lo cual obligaría a examinar por qué la fiscalía atribuyó porte y no la posibilidad de un expendio, aunque reconoce que sólo se imputó el porte. De otro lado, entiende que la amonestación quizás no sea

suficiente para realizar la finalidad pedagógica; que otra medida puede lograr. Agrega que la no comparecencia del adolescente a la audiencia, pese a ser citado, impide adelantarla además de que es inconveniente. Sustenta esta conclusión en que el interés superior del menor excepciona la regulación ordinaria de la ley 906 de 2004 y porque existe norma especial, el artículo 158 del código, que impide juzgar al adolescente en su ausencia. Con todo, reconoce que existe discusión sobre el alcance de esta disposición y la diferenciación con la contumacia. En fin, se muestra partidaria de modificar la sanción de amonestación a la pretendida por la fiscalía, aunque por lo últimamente dicho pide la nulidad desde la audiencia de la imposición de la sanción.

3.4. La defensa técnica del procesado, por su parte, considera que la petición presentada por la fiscalía es muy drástica y salida de la realidad por cuanto habla de una supuesta venta que no está demostrada. Piensa que el juez cumplió con los parámetros para la imposición de sanción, pues sólo hay circunstancias de menor punibilidad como la ausencia de antecedentes, entiende entonces que proceden sanciones mínimas; así mismo, destaca que el joven procesado aceptó los cargos. Acota que no ve en qué se ve vulnerado el interés superior del niño porque no asista a una audiencia, máxime que aunque estuviese privado de la libertad le sería opcional asistir. Entonces, por considerar ajustado a derecho la decisión censurada solicita la confirmación del fallo, advirtiendo que la amonestación tiene sentido si se hace efectiva.

4. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER Y LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR

Atendiendo a lo alegado, se examinará la validez del proceso por la no comparecencia del procesado a partir de la audiencia de imposición de sanción. Superado este aspecto, se determinará si

procede variar la sanción impuesta al joven infractor de amonestación a libertad asistida.

No es menester reseñar en su integridad la sentencia de primera instancia pues la misma se entiende incorporada a ésta en los aspectos que no sean objeto de variación. En relación con el aspecto impugnado basta acotar, que luego de establecer que concurría la prueba mínima requerida para soportar la validez de los cargos aceptados por porte de estupefaciente, y luego de considerar las propuestas de los sujetos procesales para la imposición de la sanción pedagógica, así como el perfil sociofamiliar del adolescente, el juez le impuso al infractor la sanción más benigna, es decir, de amonestación, la cual está acompañada de la obligación de asistir al curso de derechos humanos y convivencia ciudadana a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Sustentó la sanción el juez de primera instancia en los criterios del artículo 179 del código de infancia y adolescencia para la determinación de las sanciones, ya que la relativa gravedad de la conducta, colegida de la cantidad de marihuana decomisada, le resta entidad por tratarse el procesado de un joven consumidor de sustancias sico-activas, encontrarse desescolarizado y abandonado de su madre.

5. LAS CONSIDERACIONES

El orden lógico de resolución del asunto obliga a ocuparnos inicialmente del reparo sobre la validez de la actuación procesal y despejado este aspecto, discurrir sobre la idoneidad y proporcionalidad de la sanción impuesta con miras a determinar si se conserva o si se modifica a la de libertad asistida, que pretende la fiscalía apelante.

5.1. Oficiosamente la Sala no percibe afectación del debido proceso. En cuanto a la causa de nulidad invocada por el ministerio público, percibe la Sala que su prosperidad pende de que el artículo 158 del código de la Infancia y la Adolescencia, efectivamente, haga obligatoria la presencia del imputado en la audiencia de imposición de la sanción.

Juzga la Sala que la norma señalada impide el juzgamiento en ausencia, pero no el adelantamiento de las actuaciones procesales en las que el indiciado fue vinculado personalmente al proceso, como en este caso, en el que se hizo mediante la imputación, la que adicionalmente fue aceptada.

Los conceptos de juzgamiento en ausencia y en contumacia son diferentes, pues mientras el primero implica que la persona juzgada no ha sido enterado de manera real de la existencia del proceso penal que se adelanta en su contra, el contumaz está vinculado al proceso, cuya existencia conoce efectivamente, pero es renuente a comparecer al mismo.

Así se desprende del texto y sentido del artículo 127 de la Ley 906 de 2004, en relación con la declaración de persona ausente, que presupone que al indiciado no haya sido posible localizarlo y demanda el agotamiento de los mecanismos de búsqueda, citaciones y pesquisas suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. Concordantemente, la contumacia que establece el artículo 291 ibídem parte del supuesto de que el contumaz fue citado.

La prevalencia de los derechos de los menores no justifica lógicamente otra interpretación, ni la norma especial contenida en el artículo 158 del código de la Infancia y adolescencia lo demanda, pues, por el contrario, si se repara en esta última disposición se tiene que al no haberse logrado la comparecencia del adolescente indiciado se puede avanzar hasta la acusación, momento en que se suspende la

actuación procesal, supuesto que aquí no ocurre pues la comparecencia del investigado se logró de modo personal.

Adicionalmente, le asiste razón a la defensa técnica del procesado en el sentido de que la posibilidad de asistir a la audiencia de imposición de sanción es un derecho y no una carga u obligación, causa por la cual si estaba enterado el adolescente investigado de la realización de esta audiencia y decidió no comparecer, esta decisión no puede ser removida por mecanismos compulsorios, como lo evidencia que así no pueda hacerse ni en los casos en que el menor está internado.

En síntesis, la ausencia del procesado a la audiencia de imposición de sanción mediando la debida citación no constituye irregularidad alguna y menos puede trascender en la afectación de garantías ni en la estructura procesal, para constituirse en motivo de nulidad.

5.2. En la discusión planteada sobre la sanción a imponer parece existir acuerdo sobre que ella debe responder a los parámetros establecidos en el artículo 179 del código de la Infancia y adolescencia, por lo cual la reflexión se centrará en la real existencia de factores que permiten la imposición de una u otra sanción y en los referentes que debe tener la proporcionalidad en el caso concreto.

De entrada, cabe precisar que la efectividad de la imposición de la sanción, la ley la dio por descontada en los criterios que señala para definir las, lo cual resulta lógicamente explicable porque su idoneidad no puede depender de que realmente se lleve a cabo, pues ninguna sanción es apropiada si no se realiza. Es acertada entonces la acotación de la defensora de familia sobre este aspecto, quien puntualiza las dificultades para imponer una u otra sanción de las debatidas sin la presencia del procesado.

Pero este es un aspecto de la ejecución de la sanción en la cual procede desplegar las potestades judiciales, según enseña el parágrafo 1º del artículo 177 de la codificación mencionada, más que de su determinación, en la cual el primer factor a tener en cuenta es la naturaleza y gravedad de los hechos.

En cuanto a la definición de este primer criterio, es necesario desvirtuar las afirmaciones realizadas por la fiscalía acerca de la posible dedicación del joven procesado a la venta del estupefaciente, porque lo impiden razones formales y materiales. Las primeras porque se imputó sólo el porte de estupefacientes sin aludir al expendio, así fuera como fin, y debe ser mantenida la debida congruencia entre acusación y sentencia; lo segundo, porque al no existir prueba de la comercialización del estupefaciente no es posible invertir los principios que rigen nuestro sistema de juzgamiento para presumir en contra del acusado.

Por supuesto que la sola cantidad de estupefacientes y su forma de conservación — en cigarrillos— no autorizan a extraer la conclusión de su destinación a la venta. Si se trata de suponer debe hacerse a favor del procesado, evento en el cual se han planteado sin desvirtuarse dos opciones, una de ellas, la del consumo, por lo cual habría que asumir que el adolescente se aprovisionaba para ello; y la otra, que realza aún más lo benigno de su conducta de que era utilizado por personas dedicadas al tráfico de estas sustancias. En ambos eventos, la Sala juzga que la conducta no ofrece mayor gravedad, por fuera de la normal significación que tienen los delitos para constituirse como tal.

Esta premisa nos aparta de las valoraciones de la apelante y del ministerio público, a lo cual habrá que agregarle las consideraciones sobre la proporcionalidad de la sanción, la cual si se repara con detención en el numeral 2 del artículo 179 del código de la Infancia y adolescencia tiene tres referentes a saber: i) las circunstancias y

gravedad de los hechos —que como quedó dicho no demandan acentuar la sanción por no constar una especial gravedad en la infracción al ordenamiento penal— ii) las circunstancias y necesidades del adolescente. Este aspecto que fue considerado con especial fuerza por el juez de primer grado no mereció mayores censuras por parte de la apelante, pese a que por si mismo sugiere que debe dársele al menor un trato benévolo, pues como lo afirma la defensora de familia, resulta siendo una víctima de la sociedad, como quiera que no fue reconocido por su padre, carece de la protección de la madre, está desescolarizado, fue objeto de abusos sexuales, padece de depresiones y la vida no parece ofrecerle mayores posibilidades de superación personal. Y iii) las necesidades de la sociedad: que para el caso no urgen ni apremian mayor severidad pues el estupefaciente podría estar destinado totalmente al consumo y la cantidad de estupefaciente, que se ha considerado mucha, no resulta excesiva de cara al maremágnum del narcotráfico.

Revisada la proporcionalidad de la sanción con relación a estos tres referentes, concluye la Sala que la imposición de la sanción menos drástica es adecuada y justa, causa por la cual confirmará la sentencia recurrida, aunque advertirá que deben adelantarse las actuaciones propias de la ejecución de la sanción sin que con el acta que aparece sin firma del menor pueda considerarse cumplida la amonestación, pues los términos de su definición en el artículo 182 del código de la Infancia y adolescencia, demandan la real recriminación de la autoridad judicial al adolescente, así como la asistencia al curso educativo, y no meramente virtual o formal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Confirmar la sentencia recurrida.

Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que, acorde con el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, se podrá interponer, mediante demanda, ante este Tribunal dentro del término común de 60 días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

LIBARDO ANTONIO OSORIO HOYOS
MAGISTRADO

LUZ DARY SANCHEZ TABORDA
MAGISTRADA