



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL EN ASUNTOS PARA ADOLESCENTES

Medellín, primero (1°) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicado: 050016001250201101562
Procesado: J. E. D. B.
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.
Asunto: Apelación de auto que niega preclusión
Interlocutorio: No.065-Aprobado por acta No.118 de la fecha.
Decisión: Revoca y decreta preclusión
Lectura: jueves 14-09-2017, hora: 10:00 a.m.

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Es competente esta Sala de Decisión Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- para resolver el recurso de alzada interpuesto por la delegada de la Fiscalía General de la Nación contra el auto mediante el cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito para Adolescentes de Medellín negó la solicitud de preclusión de la investigación adelantada en contra del menor Y. E. D. B. por el punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

2. ACONTECER FÁCTICO

El día 17 de junio de 2011, siendo las 11:22 horas, agentes de la Policía Nacional se encontraban en funciones de patrullaje en el sector de Laureles en la calle 47 con carrera 87D, barrio el Danubio y al ingresar a la cancha del barrio la Floresta hallaron reunidos a unos jóvenes y uno de ellos, al notar la presencia Policial, arrojó al piso una bolsa negra que contenía 24 cigarrillos blancos que tenían en su interior una sustancia vegetal similar a la marihuana, por lo que se procedió a la aprehensión del menor Y. E. D. B.

Posteriormente mediante prueba preliminar se determinó que las sustancias incautadas tenían un peso neto de 42.8 gramos de cannabis.

3. ANTECEDENTES DEL CASO

El 25 de junio de 2012 la Fiscalía solicitó realización de audiencia preliminar de formulación de imputación, la cual no pudo llevarse a cabo porque el menor involucrado no logró localizarse por el Centro de Servicios Judiciales del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, pese los múltiples intentos.

El 20 de enero de 2017, el delegado Fiscal solicitó audiencia de preclusión de la investigación por prescripción, la cual le fue asignada para su realización al Juzgado Quinto Penal del Circuito para Adolescentes de Medellín, quien el 7 de marzo de 2017 celebró la referida audiencia y negó la pretensión del ente Acusador; decisión que fue recurrida por el mismo.

4. SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

Manifiesta que solicita la preclusión de la investigación adelantada en contra del menor Y. E. D. B. por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes bajo el verbo rector llevar consigo, con fundamento en la causal 1 del artículo 332 del Código Procesal Penal, teniendo en cuenta que en la presente causa operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Ello porque el artículo 376 inciso segundo del C.P. establece una pena de prisión entre 5 años y 4 meses y 9 años, en concordancia con el contenido del canon 83 *ibidem* que determinó que la prescripción de la acción penal operará en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin que el mismo sea inferior a 5 años.

Pese a lo anterior, por tratarse de delitos cometidos por adolescentes lo procedente es ubicarse en el artículo 177 y 182 y siguientes de la Ley 1098 de 2006, concretamente en el canon 187 de esa norma en el que se determinan los eventos o los delitos por los cuales se puede imponer la privación de la libertad en los adolescentes, y en el mismo se resalta que ello solo será posible cuando la pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de 6 años de prisión.

Advierte que en el presente evento la pena mínima que establece la conducta por la que fue capturado el adolescente Y. E. D. B. es de 5 años y 4 meses de prisión, por lo que claramente no podría aplicarse la privación de la libertad y por ende el inciso 1° del artículo 83 Penal, sino que debe atenderse lo dispuesto en el inciso 3° del mismo canon que establece: *“En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años”*

Así las cosas, como al menor Y. E. D. B., no podría imponérsele sanción privativa de la libertad la prescripción de la conducta endilgada opera en un

término de 5 años. En consecuencia, de conformidad a las normas antes dichas y los artículos 82 del C.P., 77 del CPP y 173 del C.I.A., la acción penal, en el presente evento, ha extinguido y por ende existe imposibilidad de iniciarse o continuarse la misma.

5. PROVIDENCIA RECURRIDA

Decidió la juez negar la solicitud de prescripción aduciendo que no es acertada la aplicación normativa que hace el Fiscal respecto a los términos de prescripción, primero, porque para la dosificación punitiva en el presente evento no se puede tener la descripción normativa del artículo 376, inciso segundo C.P., con la modificación de la Ley 1453 de 2011, como lo pretende el solicitante, como quiera que los hechos investigados sucedieron antes de la vigencia de esa ley, sino que debe tenerse en cuenta que la pena a aplicar en este caso sería la de 4 a 6 años de prisión y debe ser ese máximo el que se tiene que valorar para efectos de prescripción.

Ello como quiera que no comparte la integración normativa realizada por el Fiscal en punto a la prescripción, pues claramente el término consagrado en el artículo 83 del C.P. no puede entenderse como el que se establezca en una sanción determinada sino la pena establecida para el tipo penal imputado. Entonces, no puede la Fiscalía indicar que de conformidad con la Ley 1098 de 2006, por tratarse de un menor infractor de la Ley Penal, el artículo 376 CP. no establece pena de prisión y por ende debe aplicarse es el termino prescriptivo para las demás penas diferentes a las de prisión, esto es 5 años.

Claramente ese *quantum* de 5 años está creado por el legislador como la prescripción de otras sanciones penales que no sean de prisión, por ejemplo la multa, y por ende no puede aplicarse en el este caso, en donde la pena para

el tipo penal infringido por el menor Y. E. D. B., es de prisión de 4 a 6 años, en consecuencia el término extintivo de la acción penal es de 6 años.

Finalmente, señala que el hecho de que el régimen penal aplicable a los menores de edad consagre otras clases de sanciones diferentes a la prisión, no hace inexistente el tipo penal endilgado y con ello la pena establecida en el mismo, en consecuencia no desnaturaliza la legalidad de los delitos y las penas.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1. Fiscalía

En desacuerdo con lo decidido por la juez de instancia, el Fiscal apela la misma y señala que, en primer lugar, la funcionaria judicial no identificó adecuadamente los extremos punitivos para el delito endilgado al menor Y. E. D. B., por cuanto no es cierto que la pena establecida sea la de 4 a 6 años de prisión, pues, incluso, sin tener en cuenta la Ley 1453 de 2011, la pena establecida es de 64 a 108 meses de prisión, esto es de 5 años y 4 meses a 9 años de prisión, por lo que de acoger el criterio de la juez, el término prescriptivo en el presente caso sería de 9 años y no 6 años, como esta lo mencionó.

De otro lado, indica que la juez acudió a una errada interpretación del artículo 83 Penal, pues al tratarse de un asunto penal en el que está involucrado un menor de edad, por integración normativa y garantía de los derechos fundamentales y procesales de los menores, debe seguirse la

norma especial que para el efecto es la Ley 1098 de 2006 y aplicarse en concordancia con el término prescriptivo señalado en precedencia.

Indica que, por regla general, el término prescriptivo para los delitos que tengan prevista pena privativa de la libertad, es el *quantum* máximo de aquella, sin embargo para penas que no sean privativas de la libertad, el término prescriptivo será de 5 años, tal y como ocurre en este caso, en donde por integración normativa la sanción pedagógica a imponer al adolescente no sería, en ningún caso, la privación de la libertad de conformidad con el artículo 187 del C.I.A., en consecuencia debe aplicarse para contar la prescripción los 5 años arriba relacionados.

Reitera que al menor no puede dársele un trato igual al de un adulto; por lo tanto, en eventos que no tienen sanción privativa de la libertad, como es el caso que ahora ocupa la atención, no puede tenerse en cuenta el monto máximo de la pena establecida para la conducta para establecer el término de la prescripción, sino que debe acudirse a la sanción que establece la Ley 1098 de 2006 y para este asunto, se tiene que el porte de estupefacientes no tiene sanción privativa de la libertad, de ahí, que el término de prescripción de la acción penal, sea de 5 años y no el máximo que trae ese delito; por ello solicita la revocatoria de la decisión de la *a quo* y se ordene la preclusión por prescripción en favor del adolescente Y. E. D. B.

6. SUJETOS NO RECURRENTES

6.1. Representante del Ministerio Público

La delegada del Ministerio Público, manifestó que estaba conforme plenamente con la pretensión de la Fiscalía, pues este acertó al referirse al sistema de responsabilidad penal como un sistema especializado que debe buscar el interés superior de los Adolescentes; por lo tanto, la prescripción debe garantizar, de manera oportuna, los derechos y garantías de los adolescentes.

6.2. Defensora:

Indicó la defensa que coadyuva la petición de la Fiscalía, como quiera que la integración normativa aplicada por este como sustento de su petición preclusiva, es totalmente acertada. En consecuencia, solicita se revoque la decisión de la juez.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Sala de Decisión Penal en Asuntos para Adolescentes para resolver la apelación propuesta de conformidad con el artículo 168 de la ley 1098 de 2006, dentro de los límites impuestos por la naturaleza del recurso y los temas de impugnación.

En esta oportunidad corresponde establecer si procede la preclusión a favor del joven Y. E. D. B., por prescripción de la acción penal conforme a la integración normativa que hace el Fiscal, o por el contrario, le asiste razón a la juez de instancia y debe confirmarse su decisión.

La solicitud de preclusión esbozada por el representante de la Fiscalía General de la Nación está fundamentada en la imposibilidad de continuar el

ejercicio de la acción penal por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción. Ello, con fundamento en que al no existir una norma dentro del Código de Infancia y Adolescencia que contemple los términos de la prescripción de la acción penal frente a conductas ilícitas cometidas por los adolescentes, devenía necesario aplicar el inciso cuarto del artículo 83 del Código Penal Colombiano, como quiera que el menor infractor incurrió en una conducta que no tiene señalada como sanción penal para adolescentes, una pena privativa de la libertad de conformidad a los artículos 177 y 187 de la Ley 1098 de 2006, razón suficiente para que su proceso penal prescriba en cinco (5) años.

Pese a lo anterior, la juez *a quo* consideró que no era procedente hacer la integración normativa efectuada por el Ente Acusador y que la prescripción de la acción penal lo era con independencia de si el sujeto activo era o no adulto, aunado a que el inciso cuarto del artículo 83 Penal solo era aplicable a los delitos que en su contenido normativo no estableciera pena de prisión, independiente de la sanción final que determinara el juzgador y, como en el presente evento al adolescente se le estaba endilgando un delito que aparejaba una pena de prisión de 4 a 6 años, era dentro de ese último *quantum* que prescribía la acción penal.

Para abordar el asunto propuesto es menester hacer un recuento normativo de los términos de prescripción establecidos en la legislación penal, anotando de entrada que en la Ley 1098 de 2006, régimen aplicable a los menores infractores, no existe norma expresa que señale dicho término prescriptivo, sin embargo, para analizar si se ha presentado tal efecto jurídico debe echarse mano de lo consagrado en el Código Penal y de Procedimiento Penal para suplir ese vacío.

El término de prescripción es el tiempo establecido legalmente por el legislador como limitante para que se ejerza la acción penal y pueda el Estado perseguir al infractor de la norma, no obstante el mismo sufre una interrupción¹ con el acto inicial de la Fiscalía al formularle imputación al ciudadano, momento desde el cual comienza a contabilizarse otro término para efectos de continuar la actividad persecutora penal.

Así, el artículo 82 del Código Penal ha establecido que:

“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo [237](#), cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.” –Resalto intencional de la Sala-

¹ Ley 906 de 2004, artículo 292: La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo [83](#) del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años

Lo anterior, imprime total claridad en cuanto a que el término con que cuenta la Fiscalía para investigar e iniciar el proceso penal, en eventos donde la infracción de la conducta punible apareja una pena de prisión, es el máximo de pena señalada sin que pueda ser inferior a 5 años, pero en los demás eventos en que no se establezca pena o sanción privativa de la libertad, será de 5 años; así también, cuando se trate de determinados tipos penales dicho término será de 20 y hasta 30 años.

Aclarado lo anterior, debe tenerse en cuenta que el sujeto activo del delito objeto del presente proceso, lo es un adolescente que para el época de los hechos no contaba con la mayoría de edad exigida en Colombia y por tanto no puede sancionársele o juzgársele exclusivamente bajo los parámetro del Estatuto Penal Represor que contiene el punible endilgado, pues por esa minoría de edad el Legislador obliga a remitirse al Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, en el que claramente se determinan cuáles deben ser las sanciones aplicables a los niños, niñas y adolescentes infractores, con independencia de las penas establecidas en ese Código Penal. Veamos:

“ARTÍCULO 177: Son sanciones aplicables a los adolescentes a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal:

La amonestación.

Imposición de reglas de conducta.

La prestación de servicios a la comunidad.

La libertad asistida.

La internación en medio semicerrado.

La privación de libertad en centro de atención especializado.

Las sanciones previstas en el presente artículo se cumplirán en programas o centros de atención especializados los que deberán acogerse a los lineamientos técnicos que para cada sanción defina el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”

“ARTÍCULO 179: Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
3. La edad del adolescente.
4. La aceptación de cargos por el adolescente.
5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones. ...”

A su vez, el canon 187 *idem*², establece en cuáles exclusivos eventos procede la privación de la libertad del menor, así:

“ARTÍCULO 187: La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años.

En los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años.

Parte de la sanción impuesta podrá ser sustituida por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de estos compromisos acarreará la pérdida de estos

² Antes de la reforma que hiciera el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011, por cuantos los hechos fueron anteriores a la entrada en vigencia de la misma.

beneficios y el cumplimiento del resto de la sanción inicialmente impuesta bajo privación de libertad.

PARÁGRAFO. Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años, esta podrá continuar hasta que este cumpla los veintiún (21) años. En ningún caso esta sanción podrá cumplirse en sitios destinados a infractores mayores de edad.

Los Centros de Atención Especializada tendrán una atención diferencial entre los adolescentes menores de dieciocho (18) años y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción. Esta atención deberá incluir su separación física al interior del Centro.”

De lo anterior se desprende claramente que si bien los límites punitivos establecidos para los delitos por los que viene siendo investigado y posteriormente juzgado un menor de edad, son las que legalmente se consagra el Código Penal, los mismos solo son un referente para imponer la sanción penal, pues claramente, las mismas, así como el tiempo de duración de estas, están expresamente determinadas en la Ley especial, esto es la 1098 de 2006.

Es así porque de esta última norma transcrita se establece que el término de prescripción de la acción penal en delitos cometidos por adolescentes, puede ser de 5 o de 8 años, dependiendo de la conducta juzgada, claro está, siempre y cuando no se haya interrumpido el término prescriptivo; sin embargo, en ninguno de estos supuestos se encuadra la conducta del joven Y. E. D. B., ya que de ser hallado penalmente responsable, su sanción no sería la privación de la libertad.

Desciendo al caso de marras, en donde el menor Y. E. D. B. está siendo investigado por el delito de porte, tráfico o fabricación de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo, tipo penal que apareja una sanción privativa de la libertad de 64 a 108 meses de prisión y no como erróneamente indicó la juez de instancia de 4 a 6 años de prisión, pues si bien es cierto que no

puede considerarse la pena establecida por la Ley 1453 de 2011 porque los hechos datan del 17 de junio de 2011, fecha en la cual no había empezado a regir la misma, no lo es menos que tampoco puede tenerse la consagrada en la original consagración 599 de 2000, puesto que esta última sufrió la modificación de la Ley 890 de 2004 que estableció el aumento de pena antes citado.

Claro es que al ser la pena mínima de prisión establecida para el delito endilgado al menor, de 5 años y 4 meses y no 6 años como lo exige el citado canon 187 del C.I.A., la sanción a imponer al menor no podrá ser nunca la privación de la libertad en centro de atención especializada y por tanto, para calcular el término de prescripción de la acción penal, lejos está el poder considerarse el inciso primero del artículo 82 Penal, pues en ese aparte fue claro el legislador en indicar que el mismo opera únicamente para los delitos que imponen pena de prisión.

Y es que no puede olvidarse que el tratamiento penal es diferente cuando el destinatario es un menor de edad, pues para éstos la Ley 1098 trae un sistema penal especial, de carácter pedagógico y diferenciado, en donde para establecer la responsabilidad penal de los adolescentes deben atenderse ciertos criterios especiales de protección a los derechos humanos y de prevalencia por el interés superior de cada menor, siendo apenas lógico que a ellos no se les puede aplicar las sanciones dispuestas para los adultos, en los mismos términos, entre otras porque así lo establecen claramente los artículos 9³ y 140⁴ de la citada ley.

En consecuencia, considera esta Sala de decisión que es procedente avalar la petición elevada por la Fiscalía General de la Nación referente a la preclusión

³ *“en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”*

⁴ *“en materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.”*

de la investigación solicitada en favor del menor Y. E. D. B., pues de conformidad con en los artículos 177 y 188 de la Ley 1098 de 2016 en donde se estipulan las sanciones aplicables a los adolescentes, en concordancia con el Artículo 83 inc. 4° de la Ley 599 de 2000, la acción penal en contra del adolescente Y. E. D. B. prescribió en manos de funcionarios de la fiscalía desde el día 17 de junio de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal en asuntos para Adolescentes,**

8. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el proveído objeto de alzada, de naturaleza y origen dado a conocer en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **DECRETAR LA PRECLUSIÓN** de la investigación de la referencia.

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: Por intermedio del centro de servicios, regrésese el expediente al despacho de origen para lo pertinente.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado Ponente

EDINSON ANTONIO GARCÍA MUNERA
Magistrado

DARIO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ
Magistrado