

Radicado: 05360 60 99057 **2017-03890**
Delito: Suministro a menor
Procesado: Jeison Alexander Agudelo Cañas
Procedencia: Juzgado 1º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia
Objeto: Apelación de sentencia absolutoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 010-2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según Acta No. 035

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 255 Seccional, en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021 por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, por medio de la cual absolvió a **JEISON ALEXANDER AGUDELO CAÑAS** del delito de suministro a menor, establecido en el artículo 381 del C. Penal.

1. ANTECEDENTES:

Los de orden fáctico fueron descritos por el juez de primera instancia así:

"La fiscalía indicó que los hechos tuvieron ocurrencia el 7 de mayo de 2017, alrededor de las 10:30 am, oportunidad en la que personal de patrullaje de la policía nacional, en la calle 55 con carrera 48 del barrio Los Naranjos del municipio de Itagüí, sorprendió a JEISON ALEXANDER AGUDELO CAÑAS haciendo entrega de un cigarrillo de marihuana a uno de los menores de edad A.E.C y J.F.V.C."

El 8 de mayo de 2017 ante el Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí, Antioquia, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación por el delito de suministro a menor, art. 381 del C. P. La fiscalía declinó de su solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El escrito de acusación fue presentado el 4 de julio de 2017, y la formulación oral de los cargos se efectuó el 11 de octubre siguiente ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, en ésta se le atribuyó el mismo cargo que le fuera imputado.

El 22 de marzo de 2018 se realizó la audiencia preparatoria y una vez culminado el juicio oral¹, se dio lectura a la sentencia del 25 de octubre de 2021 mediante la cual se absolvió al procesado.

La fiscalía recurrió en apelación el fallo.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

¹ En sesiones del 29 de noviembre de 2019, 3 de agosto de 2020 y 10 de mayo de 2021 fecha en que se emitió sentido de fallo absolutorio.

El funcionario de primer grado expuso que acogió la pretensión absolutoria de la defensa, en tanto no se demostró que la conducta desplegada por el acusado tuviera ese ingrediente subjetivo del tipo penal que le fue atribuido en la acusación, y por consiguiente su verificación no superó ni el primer estanco de la estructura dogmática de la conducta punible.

Resaltó que, en este caso, las garantías fundamentales permanecieron incólumes, el juzgamiento se adelantó conforme a leyes preexistentes al acto que se imputó y con observancia de las formas propias del juicio, ante el funcionario competente y se respetaron las garantías de favorabilidad y presunción de inocencia, derecho de defensa sin trasgresión del *non bis i ídem*.

Explicó que en el proceso quedó establecido que el acusado Jeison Alexander Agudelo Cañas, ese 7 de mayo de 2017 siendo las 10:30 am, en el barrio Los Naranjos del municipio de Itagüí desplegó un comportamiento que se ajustó a la dimensión objetiva del tipo penal vertido en el art. 381 del C.P ya que suministró a los menores A.E.C. o J.F.V.C (no se aclaró a cuál de los dos), de 13 y 15 años, respectivamente, un cigarrillo de marihuana, que es una droga que produce dependencia, circunstancia que quedó demostrada en el juicio a través de: i) la estipulación probatoria No. 2, concerniente a la clase, cantidad y mismidad de la sustancia incautada; ii) el testimonio de Dany Gonzalo Salgado, patrullero de la policía nacional que sorprendió al acusado cuando le estaba ofreciendo droga a uno de los menores de edad, quienes a pesar de estar indocumentados, le informaron a los policiales su estado de desarrollo cronológico, habiendo prestado el declarante un relato coherente del que se advirtió que su memoria y sentidos de percepción se encontraban en óptimo estado y que las circunstancias de tiempo, modo y lugar le permitieron apreciar con claridad lo acontecido, además, en manera alguna se desmintió lo narrado por este testigo en el juicio; iii) el registro civil de nacimiento de A.E.C. incorporado en debida forma a través de su progenitor Leonardo Alberto Estrada Villa, sin que presentara alteraciones en su forma y contenido, permitió obtener un conocimiento claro y preciso del hecho que lo constituye, cuyo

contenido se observó conforme con lo que ordinariamente ocurre; 4) el oficio del 23 de abril de 2021, signado por Jorge Iván Montoya Vélez, Coordinador del Centro Zonal Aburrá Sur del ICBF, e incorporado directamente por el fiscal (de conformidad con la sentencia la Corte Suprema de Justicia, radicado 56650 del 25 de noviembre de 2020), con el cual se certificó que al 13 de junio de 2017 J.F.V.C estaba vinculado a un programa de restablecimiento de derechos, con lo que se puede concluir que para la fecha de los hechos, era menor.

Resaltó que en el plenario se desconoce si, para el momento de los hechos, el acusado era consciente de la edad de A.E.C. y J.F.V.C, pues de las circunstancias modales, temporales y espaciales descritas por el policial Dany Gonzalo Salgado, no se deriva dato alguno que permita concluir que tenía información al respecto, resaltándose eso sí, que no obra medio de conocimiento adicional del que pueda derivarse ese ingrediente subjetivo, sobre todo cuando el progenitor del hoy difunto A.E.C dijo que su hijo (que era el más joven de los dos menores) en la época de los hechos no estaba matriculado en ningún establecimiento educativo, sino que trabajaba con él en un taller, resultando razonable que Agudelo Cañas, quien vivía en el mismo inquilinato, pensara que el joven era mayor de edad, pues siempre o casi siempre que una persona labora ya lo es, siendo factible incluso que concluyera que su otro acompañante, es decir, J.F.V.C. que tenía un desarrollo más avanzado, fuese también adulto, “*deduciéndose de allí el cuestionamiento, no resuelto*” de si el justiciable estaba o no enterado de la edad de las víctimas.

En consecuencia, continuó, ante tal laguna probatoria, resulta imperioso dar aplicación al principio de que la duda se resuelve a favor del reo, concluyendo entonces que Jeison Alexander Agudelo Cañas, efectivamente ignoraba el grado de desarrollo de sus acompañantes, ubicándose tal comportamiento dentro de la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el inciso 1º del numeral 10 art. 32 del C.P. puesto que habría obrado bajo la desacertada convicción de que no concurría en su conducta un hecho constitutivo de la parte objetiva de la descripción típica del art. 381 del C.P descartándose así el dolo.

Enseguida, luego de traer a colación apartes doctrinarios respecto a la figura del error, indicó que en este caso se trata de un error vencible, ya que hubiese bastado un acto de diligencia, como preguntar por su edad antes de suministrarle la droga o pedirle su cédula de ciudadanía, asunto irrelevante dado que nuestra legislación no consagra una modalidad culposa del tipo penal imputado, de ahí que el yerro diera lugar a la absolución y no a la degradación del tipo.

Precisó que por vía de congruencia flexible (Sentencia del 11 de abril de 2018, radicado 47680 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia), no es posible derivar responsabilidad penal de los hechos respecto a la figura delictual de tráfico de estupefacientes, pues de acuerdo con la declaración del agente de la policía Dany Gonzalo Salgado, el acusado no ejercía para ese momento actos de comercio, sino que estaba fumándose un cigarrillo de marihuana y procedió a compartirlo con uno de los menores de edad.

Advirtió que, descartada la tipicidad del comportamiento, resultaba innecesario adelantar estudios sobre los demás ingredientes de la conducta punible.

En ese sentido absolvió a Jeison Alexander Agudelo Cañas del cargo que le fuera formulado en la acusación.

3. DEL RECURSO

Contra dicha decisión la Fiscalía 255 Seccional de Itagüí, Antioquia interpuso y sustentó de manera oral el recurso de alzada, indicando que los motivos de su disenso radicaban fundamentalmente en que la fiscalía probó a través de estipulación probatoria dos aspectos fundamentales, el primero, la plena identidad del procesado, y el segundo, que la sustancia incautada el día del procedimiento policial arrojó un peso de 0.9 gramos de marihuana.

Respecto de la minoría de edad de las víctimas, recordó que, con Leonardo Estrada Villa, padre del adolescente A.E.C se ingresó al juicio el registro civil de nacimiento que daba cuenta de que su nacimiento se produjo el 24 de enero de 2004, es decir que para el momento de los hechos tenía tan solo 13 años, 4 meses de edad.

Frente al menor J.F.V.C se supo de su minoría de edad a través de la certificación expedida por Jorge Iván Montoya, en su condición de Coordinador del Centro Zonal Aburrá Sur del ICBF, quien a petición de la fiscalía informó que ciertamente para la fecha de los hechos este adolescente estaba incluido dentro de un programa de restablecimiento de derechos de menores de edad.

Reprochó que el *a quo* en su decisión argumentó que al acusado le era imposible conocer la edad de los dos menores, sin embargo, esa situación podría predicarse de aquellos que están próximos a cumplir sus 18 años, no obstante, por lo menos respecto de A.E.C. esa situación no es procedente, pues tenía 13 años cumplidos, lo que para un adulto no genera confusión, en tanto acabó de salir de la infancia para entrar a la etapa de la adolescencia, de ahí que por sus características morfológicas, como el tono de voz, el desarrollo de su aspecto facial, su vello, su estatura, su corpulencia, sería fácil deducir que se trata de un menor de edad. A manera de ejemplo señaló que cuando se observa en la calle a un menor, bien se puede vaticinar que está entre los 12 y 14 años, pero no que tiene 18 años, eso no sería otra cosa que alejarse de la realidad y del contexto.

Recordó que el acusado vivía en el mismo inquilinato que habitaba el menor A.E.C. con su progenitor, quien dijo además, que éste era conocido desde un tiempo atrás por su hijo, por tanto, no comparte la postura del fallador cuando indica que, si A.E.C. trabajaba a veces con su papá en un taller, era fácil para el acusado deducir que era mayor porque son éstos quienes laboran, afirmación que desconoce la realidad social, cuando por el contrario, son muchos los niños, incluso entre edades de 7 a 10 años, que son obligados a trabajar, tanto en la ciudad como en el campo, entonces el hecho de que A.E.C. *“no estuviese estudiando y algunas veces trabajara con su padre en el taller y en otras oportunidades se quedara en casa vagando y se*

diera la oportunidad para que saliera con el acusado a consumir estupefacientes, eso no significa que el acusado necesariamente tenía en su intelecto, tenía en su mente la concepción de que este joven, este niño, ya tuviera una mayoría de edad”.

Resaltó que al procesado le era exigible por simple lógica o razón, que A.E.C era menor y que el hecho de suministrarle o compartir con él una sustancia que causaba afectación y detrimento en su mente, naturalmente tendría graves perjuicios.

En consecuencia, solicitó que la sentencia de primer grado fuera revocada, pues consideró satisfecho el requisito subjetivo que exige ese art. 381 del C.P, sobre todo respecto del menor A.E.C, de ahí que peticionó en disfavor del acusado la pena mínima establecida en la conducta punible, es decir, 96 meses de prisión y la negación de subrogados y otros beneficios por tratarse de la afectación de un menor de edad.

Finalmente reconoció que frente a J.F.V.C quien para la época de los hechos tenía 15 años, no fue posible en el juicio oral probar específicamente su fecha de nacimiento, por lo que sí se posibilita el reconocimiento de la duda a favor del procesado².

4. DE LOS NO RECURRENTES

1. El representante de las víctimas coadyuvó la petición del delegado de la fiscalía, y agregó que no hubo por parte de la judicatura un análisis profundo de la situación³.
2. El defensor público solicitó que la sentencia de primer grado fuera confirmada, pues considera que en este asunto no se demostró el dolo, teniendo en cuenta que con los testimonios de los patrulleros y el del padre de una de las presuntas víctimas

² Audiencia de juicio oral del 25 de octubre de 2021. Minuto: 07:41

³ Ídem. Minuto: 27:56

no se logró demostrar esa intención de suministrar sustancias estupefacientes a menores de edad, tampoco a cuál de los dos se les realizó el suministro como tal, por tanto, no se desvirtuó esa presunción de inocencia de la que goza el procesado.

Resaltó que la fiscalía realizó una serie de inferencias y acudió a factores de lógica y reglas de la experiencia, pero en el acervo probatorio de esos medios de conocimiento allegados al fallador, no se encontró ninguno que desvirtuara precisamente esa presunción de inocencia de la que goza el procesado a efectos de acreditar la comisión de la conducta en calidad de dolo⁴.

5. CONSIDERACIONES

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. En este evento, el problema jurídico planteado por el recurrente se contrae a determinar si con la prueba recaudada en sede de juicio oral es posible predicar, más allá de toda duda razonable, que el acusado tenía conocimiento que A.E.C. era menor de edad para el momento de los hechos.

No obstante, la Sala desde ya advierte que, si bien es cierto, la decisión de primer grado debe ser confirmada, también lo es que, no lo será por las razones allí expuestas al ser necesario extender el análisis a ciertos asuntos inescindiblemente relacionados y que tienen que ver con la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado en lo que respecta al menor A.E.C.

⁴ Audiencia de juicio oral del 25 de octubre de 2021. Minuto: 28:55

3. La anterior precisión resulta procedente, ante la manifestación expresa de conformidad del recurrente con lo resuelto en la sentencia respecto de la conducta desplegada por el acusado en relación con J.F.V.C. Ello hace que ese tópico de la sentencia deba permanecer incólume y ajeno a cualquier análisis por parte de esta instancia. Así, no cabe duda frente a la minoría de edad frente a J.F.V.C., aunque no se haya demostrado su fecha exacta de nacimiento, pero no quedó demostrado que el acusado tuviera conciencia de esa minoría de edad. Se trata una discusión ya zanjada al no haber sido objeto de controversia por los sujetos procesales e intervinientes con interés jurídico para ello. Expresado de diferente manera, tal como lo reconoció el delegado del ente persecutor, la única información que se obtuvo respecto de éste es que, para la época de los hechos era menor de edad ya que había ingresado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a un programa de restablecimiento de derechos, en los términos en que lo certificó el Coordinador Centro Zonal Aburrá Sur, sin que haya sido posible determinar incluso, su fecha exacta de nacimiento. No obstante, no se superaron las inquietudes planteadas por el *a quo* en cuanto a la apariencia física de este menor que pudiera generar confusión en el sujeto agente en punto de su edad cronológica.

4. Ahora bien, equiparar sin más la situación de J.F.V.C., quien al parecer para el momento de los hechos contaba con 15 años, con la de A.E.C. resulta forzado, pues las diferencias entre una persona de esta edad y otra que apenas ingresa a la adolescencia con tan solo 13 años resultan abismales, al punto de considerarse inverosímil que se pueda confundir a alguien de esta edad con una de 18 o más.

5. En tal sentido, puede ser cierto, y no hay porqué desconocerlo, que dentro de los elementos de convicción la fiscalía no aportó una valoración médica que diera cuenta que el desarrollo físico de A.E.C. era acorde con su edad. Sin embargo, tal medio de convicción no resulta absolutamente indispensable, bajo el entendido de que el esquema probatorio colombiano no es el de la tarifa legal y que ese nivel de conciencia acerca de la condición de adolescente de la postulada víctima A.E.C. puede desprenderse de otros hechos que hayan sido acreditados en el juicio. Así,

por ejemplo, se demostró que el agente de la conducta tuvo contacto social previo con este menor, pues según su progenitor Leonardo Alberto Estrada, el acusado no sólo era su vecino ya que vivía en el mismo inquilinato en que lo hacían él y su hijo, sino que, además, era amigo de su descendiente⁵.

Desde esa perspectiva no se advierte verosímil que el procesado no pudiese identificar que estaba ante una persona que apenas ingresaba a la adolescencia. Tampoco es de recibo para esta Sala el razonamiento del funcionario de primer grado cuando eleva a máxima de la experiencia el hecho de que si A.E.C trabajaba en el taller con su papá, era por su condición de mayor de edad, porque en Colombia, lo usual es que quienes trabajan sean mayores de edad. Dicho postulado desconoce la realidad de un país como el nuestro, donde, por un lado, el Ministerio del Trabajo, otorga permisos para que los menores trabajen; y por el otro, la realidad de pobreza y desigualdad que impera en nuestro medio hace la informalidad laboral campee y no sea extraño ni excepcional ver a menores desempeñando cualquier tipo de trabajo, incluso físico, que debiera ser exclusivo de los adultos. En este sentido, bastaría con observar los semáforos de esta ciudad para ver como una proporción importante de los mismos son ocupados por menores de edad, condición esta última que no se pone en duda por el simple hecho de verlos ejercer esa actividad.

En el orden de ideas en que se discurre, la decisión de absolución no podía estar soportada en la duda respecto de ese conocimiento que pudiera tener el procesado frente a la minoría de edad del destinatario del suministro que se le endilga.

6. No obstante lo anterior, la Sala advierte que a pesar del carácter equivocado de la motivación a que acudió la primera instancia, el grado de convencimiento de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, como estándar a cumplir a efectos de fallar en condena sigue sin alcanzarse en este evento. Estas las razones:

⁵ Audiencia de juicio oral del 10 de mayo de 2021. Minuto: 05:57

El delito de suministro a menor, de que trata el artículo 381 del C.P. sanciona a quien “... *suministre, administre o facilite a un menor, droga que produzca dependencia o lo induzca a usarla, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses*”⁶.

En el asunto bajo examen, la discusión tiene que ver con la acreditación misma del verbo rector suministrar, entendido como “*Proveer a alguien de algo*”, en este caso estupefaciente, a un menor.

El testigo directo del comportamiento, es decir, el Patrullero de la Policía Nacional Dany Gonzalo Salgado Baquero⁷, explicó en el juicio oral que entre 2013 y 2019 prestó sus servicios en la Estación de Itagüí como integrante de patrulla y vigilancia a cargo del cuadrante 19. Recordó que el 7 de mayo de 2017 realizó una captura por el delito de suministro a menor de edad y que en dicha labor lo acompañó el agente Andrés Mauricio Hernández Guerra, quien ya no está en la Policía Nacional. Este su relato:

“Ese día me encontraba patrullando con mi compañero Andrés Hernández Guerra sobre la carrera 48 con calle 55 más exactamente en el parque del barrio Los Naranjos alrededor de las 10:30 de la mañana, cuando observamos a un señor el cual vestía una camiseta negra, jean azul y tenis cafés, nosotros lo observamos que se encontraba acompañado de dos menores de edad, cuando lo observamos ese señor estaba pasando un cigarrillo a uno de los menores que lo acompañaban, en ese momento nosotros nos dirigimos hacia el señor, lo abordamos y le pedimos un registro, una requisa, también le pedimos que se identificara el señor se llamaba Jeison Agudelo, igualmente los dos menores que se encontraban con el señor, a uno de ellos le fue hallado un cigarrillo, cuando lo verificamos este cigarrillo tenía en su interior una sustancia que se asemeja a la marihuana,

⁶ Art. 381 del C. Penal

⁷ Audiencia de juicio oral del 3 de agosto de 2020. Minuto: 11:18

*por tal motivo nosotros inmediatamente le hicimos conocer a este señor los derechos como persona capturada e inmediatamente lo trasladamos a las instalaciones de la URI en Itagüí, junto con los menores. Fiscalía: dígame al señor juez en qué condiciones le fue pasado el cigarrillo al menor de edad, quiero decir si estaba encendido o en qué condiciones. Testigo: **claro, él le pasó el cigarrillo prendido al menor de edad, él se lo pasó prendido.** F: a qué personas de las tres pudo observar consumían del contenido de ese cigarrillo. T: **cuando nosotros lo observamos lo estaba consumiendo el mayor y se lo pasó prendido a uno de los menores.** F: y el menor qué hizo con el cigarrillo. T: **no el menor no lo consumió fue en ese momento que nosotros lo abordamos y él lo tenía en su poder, el menor.** F: qué otros elementos le hallaron a la persona capturada. T: no en su momento no se le hallaron otras cosas, inclusive no portaba ni siquiera la cédula. F: qué aspecto tenían los menores. T: pues los menores estaban en una condición como dejados, como de habitantes de calle, sucios. F: su ropa como era. T: si lo recuerdo, tenían camisetas, tenis, uno tenía pantaloneta y una sudadera si no estoy mal. F: con qué personas familiares o allegados de los menores, ustedes se comunicaron. T: nosotros le pedimos a los menores que nos dieran un número de algún familiar o con quien nos pudiéramos comunicar, pero no fue posible ya que ellos manifestaban que no sabían nada de sus padres que ellos vivían solos, se dedicaban a vender dulces y que de esta venta pagaban su noche en algún hotel y no fue posible comunicarnos con los padres de ninguno de los dos menores.*

(...)”.

La fiscalía le refrescó memoria con el informe de captura en flagrancia, el testigo en ese momento agregó: *“se trata de los menores C.A.E de 14 y J.F.V de 15, los padres del primero Sandra Milena Cortés y Roberto Estrada, y del segundo Olga Cano y Alirio de Jesús Vera. **El menor que tenía en su poder el cigarrillo era J.F.V.C.**”* (Negrillas de la Sala).

Pues bien, como viene de verse el testigo hizo una narración coherente, espontánea y sobre todo verosímil de los hechos, pues al fin de cuentas fue uno de los policiales que participó en la captura en flagrancia del acusado Agudelo Cañas, por tanto, de manera directa pudo observar cómo, el acusado, quien se encontraba acompañado por dos menores, le pasó el cigarrillo de marihuana encendido a J.F.V.C, siendo éste a quien se le halló el estupefaciente, es decir, al menor por el cual se emitió sentido de fallo absolutorio, sin que la fiscalía haya cuestionado una tal decisión.

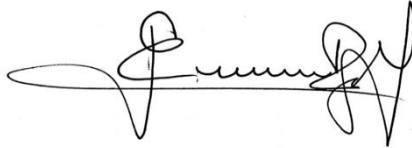
En tal sentido, podría concluirse que ese mismo cigarrillo llegaría a manos del menor por el cual hoy se reclama la condena. Sin embargo, una tal conclusión estaría sustentada en una simple elucubración. Ninguna referencia se tiene en el juicio acerca de la condición de consumidor de marihuana de A.E.C. Además, el reato que se juzga, el suministro a menor es un delito de mera conducta, de peligro, de ejecución instantánea y pluriofensivo, de ahí que, no admita una modalidad tentada.

7. Así las cosas, como de la observación directa de la conducta no se advierte que el cigarrillo contentivo de marihuana se le hubiese suministrado al menor A.E.C. y dada la intervención de la policía éste nunca salió de la esfera del menor por el cual ya se emitió sentencia absolutoria, que no fue cuestionada por el recurrente, la Sala no puede entrar a suponer que la intención del procesado era suministrarles el estupefaciente a ambos. Así, no puede arribarse a un fallo de condena como lo peticiona el apelante, puesto que, de la correcta apreciación de los elementos de juicio allegados al debate público, se presentan dudas razonables sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado, que se interpretarán a su favor, tal como lo exige el ordenamiento jurídico.

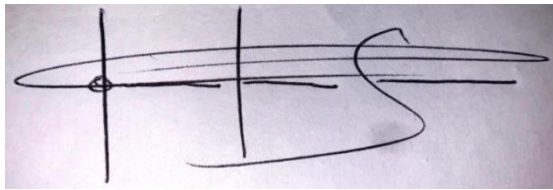
En virtud de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

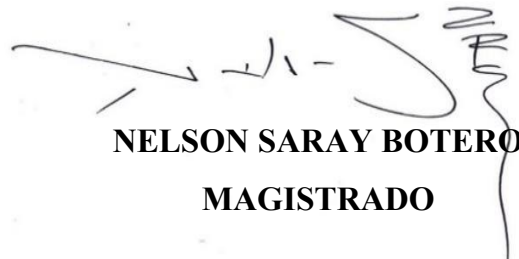
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO