



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2019-28766
Procesado: Brayan Enrique Durango Durango
Delito: Tráfico, fabricación o porte de
estupefacientes
Asunto: Apelación de auto que declara la
prescripción de la acción penal
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 023

Medellín, veintiséis (26) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto el Ministerio Público en contra del auto del Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín que el 16 de mayo de 2024 declaró la prescripción de la acción penal adelantada en contra de Brayan Enrique Durango Durango por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

La Fiscalía también interpuso el recurso de apelación; sin embargo, no se resolverá de fondo por cuanto esta parte carece de interés para recurrir, al haber avalado en la primera instancia la decisión que ahora cuestiona.

1. ANTECEDENTES

1.1. Del Hecho

Fue narrado en la sentencia de primera instancia de la siguiente manera:

“El 13 de diciembre de 2019, aproximadamente a las 00:35 horas, el señor BRAYAN ENRIQUE DURANGO DURANGO fue detenido en la carrera 54 con calle 56 del Barrio Estación Villa en la ciudad de Medellín. En el momento de su captura, llevaba consigo una bolsa plástica de color negro en su mano derecha, la cual arrojó al suelo al percatarse de la presencia de las autoridades. A pesar de no encontrarse nada durante el registro personal, al inspeccionar la bolsa se hallaron los siguientes elementos: 480 papeletas de color azul conteniendo polvo de color amarillo, con características similares al bazuco; 50 cigarrillos envueltos en papel aluminio que contenían marihuana; 25 bolsas transparentes con una sustancia de color blanco, base de cocaína; y 19 bolsas de color rojo que contenían una sustancia en polvo, también base de cocaína. Estas sustancias fueron analizadas, y arrojaron un peso de 180.1 gramos de cocaína y de 68.2 gramos de marihuana.”

1.2. De la actuación procesal

El 14 de diciembre de 2019, ante el Juzgado 35 Penal Municipal de Medellín, la Fiscalía le imputó a Brayan Enrique Durango Durango la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, como autor, en la modalidad de “llevar consigo” al tenor de lo dispuesto por el artículo 376 inciso 3° del Código Penal, cargo que no fue aceptado por el imputado.

En esta audiencia, advirtió el fiscal que la gravedad de la conducta no superaba la establecida en la norma por cuanto el ciudadano carece de cualquier anotación o registro y que al parecer se encontraba en una situación de marginalidad, motivo por el cual decidió declinar de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El 16 de agosto de 2022 ante el Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín, la Fiscalía formuló acusación en

similares términos de la imputación, aunque con aclaraciones sobre los hechos jurídicamente relevantes y adiciones a la relación probatoria.

La audiencia preparatoria se realizó el día 25 de enero de 2023 y en ella se presentaron como estipulaciones probatorias la plena identidad del acusado, la cantidad, calidad y mismidad de la sustancia estupefaciente incautada, así como la calidad de consumidor de cocaína y marihuana del procesado.

El juicio oral se realizó en dos sesiones los días 18 de octubre de 2023 y 23 de febrero de 2024, fecha última en que se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio y se realizó la audiencia de individualización de la pena, decidiendo el juez no ordenar la captura del acusado por cuanto divisó una posible prescripción de la acción penal debido a que reconocería la circunstancia de haberse actuado en estado de marginalidad, reconocimiento frente al cual la Fiscalía manifestó que no se opondría.

La audiencia de lectura de fallo se hizo el 16 de mayo de 2024 y contra lo decidido la Fiscalía y el Ministerio Público interpusieron el recurso de apelación, el cual fue sustentado por escrito dentro del término legal.

2. LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Con base en las pruebas practicadas, el juez de primer grado consideró demostrados todos los elementos del delito por el cual se acusó al procesado, destacó dentro del acervo

probatorio el testimonio del señor Juan Carlos Baena Rivera, patrullero de la Policía Nacional, quien presencié el procedimiento y actué como fuente próxima o directa de conocimiento del hecho. En sentir del fallado este testimonio corroboró la vinculación espacial, temporal y fáctica del señor Brayan Enrique Durango con el estupefaciente que le fue incautado.

Juzgó que la presentación y cantidad del estupefaciente incautado no sugieren que sea compatible con el consumo personal, sino que denotan un consumo plural y aleatorio, con capacidad para interferir y alterar el equilibrio de los valores fundamentales que rigen la convivencia social, lo cual busca proteger el legislador al prohibir la posesión y tráfico de estupefacientes.

No obstante, consideré que debía reconocerse la atenuante de marginalidad a favor del acusado, la que, indicó, fue introducida por el legislador para personas en condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad, como es el caso del procesado, que ha sido reconocido como consumidor. Estimé que dicha condición, sin lugar a duda, tuvo un impacto en la comisión de la conducta, ya que una persona adicta a las drogas tiene gravemente mermada su capacidad para autodeterminarse.

Por lo tanto, juzgó que la pena correspondiente debe establecerse con base en los artículos 376 inciso 3° y 56 del Código Penal, que estimé entre 16 y 72 meses de prisión; de modo que como la audiencia de imputación tuvo lugar el 14 de

diciembre de 2019, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 292 del Código de Procedimiento Penal y 83 del Código Penal, la acción ya se encuentra prescrita.

En consecuencia, en virtud del artículo 332 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, decidió declarar la prescripción de la acción penal adelantada contra Brayan Enrique Durango Durango por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, disponiendo la preclusión de la actuación por ese motivo.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

3.1. La delegada de la Fiscalía pretende la revocatoria de la anterior decisión para que, en su lugar, se emita sentencia condenatoria en contra del acusado, arguyendo que no se hizo alusión al reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema contenida en el artículo 56 del Código Penal, ya fuere en la imputación, en el escrito de acusación o en la audiencia de formulación de acusación, ni se hicieron solicitudes probatorias en ese sentido como tampoco en los alegatos de conclusión y menos se trajeron elementos de conocimiento para su consideración por las partes.

Por esto, considera que el máximo de la pena para el delito por el que se procede —que es de 144 meses de prisión— es el que define el término de prescripción de la acción penal, el cual, una vez formulada la imputación el 14 de diciembre de 2019, comenzaría a contar por la mitad, correspondiente a 6

años, los que se cumplirían en diciembre de 2025. Además de que, siguiendo la lógica del juez, el juicio oral se habría celebrado con la acción penal prescrita.

Alega que no concurre la marginalidad a la que alude el fallador, la cual soporta en la adicción al consumo de estupefacientes del procesado, sin mayor consideración adicional y sin un elemento de convicción que lo lleve a concluir de que la adicción tuvo un impacto en la comisión de la conducta punible, tratándose de una conclusión subjetiva, generalizada y sin fundamento, pues refiere que una persona adicta a las drogas tiene gravemente mermada su capacidad de autodeterminarse, cuando ese grado de adicción no fue probado más allá de la estipulación sobre la calidad de consumidor habitual de marihuana y bazuco del acusado, ni existe un dictamen de medicina legal que así lo determine.

3.2. El delegado del Ministerio Público de igual modo pide sea revocada la decisión de primera instancia y se condene al procesado por el delito acusado en tanto el hecho de ser consumidor y adicto no es suficiente para acreditar que obró en situación de marginalidad, advirtiendo que con el recurso interpuesto propende por la defensa del orden jurídico por cuanto se dio aplicación al contenido del artículo 56 del Código Penal sin que existiera sustento probatorio para hacerlo.

Para sustentar lo anterior cita la sentencia SP2129-2022 del 25 de mayo de 2022, radicado 54153, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia establece el alcance de las circunstancias de marginalidad, ignorancia o

pobreza extrema; así como los artículos 1 y 2 de la Ley 1566 de 2012 referente a la atención integral de personas que consumen sustancias psicoactivas y que su abuso debe ser tratado como una enfermedad, advirtiendo el recurrente que no necesariamente se trata de una enfermedad mental que merme la capacidad de autodeterminación, por lo que no habría relación entre ser adicto y padecer un trastorno mental.

Arguye que la calidad de consumidor del acusado no implica que se encuentre alejado o apartado de la sociedad y, aun si en gracia de discusión se considere en situación de marginalidad, no se advierte que la condición de consumidor adicto le hubiere generado una indebida o mala comprensión del injusto penal.

4. LAS CONSIDERACIONES

La Sala ejerce la competencia que le otorga el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal que en su numeral 1° establece en cabeza de las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial el conocimiento de los recursos de apelación contra las sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito.

4.1. A pesar de que no se observa motivo de nulidad que invalide la actuación, de entrada, se percibe que el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, conforme con el tema de impugnación planteado, debe ser inadmitido por cuanto carece de interés jurídico para recurrir.

Además de la legitimación para actuar en el proceso que habilita al sujeto procesal para actuar en el trámite judicial —como sucede en este evento con la Fiscalía— constituye un presupuesto necesario para impugnar una decisión que cuente con un interés jurídico para recurrir, derivado de que la providencia cuyo acierto o validez se cuestiona cause agravio o perjuicio a los intereses de la parte o interviniente, entendiéndose por tal la afectación de los derechos que les asiste o la merma o desmejora en sus pretensiones o en general la desatención de sus solicitudes.

En consecuencia, sin afrenta o desatención de las pretensiones y solicitudes efectuadas con interés propio, no hay lugar a presentar inconformidad frente a determinaciones judiciales beneficiosas, o que simplemente no perjudiquen o con las cuales se haya mostrado conforme el recurrente hasta el punto de avalarlas.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP510-2014 del 30 de abril de 2014, radicación No. 41534, M. P. José Luis Barceló Camacho, estableció lo siguiente:

“1.2. La legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir. El sujeto procesal, parte o interviniente, solamente puede interponer el medio de gravamen (con el correlativo derecho a que se estudie el fondo de su propuesta) en cuanto la decisión cuestionada, o la parte pertinente de ella, le hubiere causado un daño, un agravio, un perjuicio, pero medido este de manera real, material, efectiva, siempre de cara a los intereses que representa.

Si la determinación judicial censurada favorece las pretensiones de la parte o se pronuncia en los términos postulados por esta, surge evidente que, por no existir un agravio, la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió según sus expectativas.

Cuando la decisión judicial no se pronuncia respecto de un específico tópico, como consecuencia de que el sujeto procesal no hizo petición alguna al respecto, tampoco existe legitimidad para exigir corrección alguna.”

En el asunto bajo examen surge patente la carencia de interés jurídico para recurrir de la Fiscalía, si se tiene en cuenta que desde la audiencia de individualización de la pena había mostrado su conformidad con lo que ahora es objeto de reproche.

En efecto, luego de emitido el sentido del fallo en el cual el juez de conocimiento determinó que proferiría condena en contra del justiciable con el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad del artículo 56 del Código Penal, se le corrió traslado a la delegada fiscal —ahora apelante— en los términos del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal para que se pronunciara acerca de las condiciones personales y sociales del procesado, y textualmente manifestó lo siguiente:

“(…) con relación a las circunstancias modales y familiares y demás de todo orden del ciudadano procesado, no tiene ninguna manifestación que realizar esta delegada, señor juez. Con relación a su observación frente a la marginalidad tampoco señor juez. Se tiene, atendiendo a esa manifestación que realizara y a ese documento con el que se acreditó inicialmente por parte de la defensa en ese momento del 2019 en que iniciara esta actividad procesal, esa condición de la que trata el artículo referido a la marginalidad, señor juez, y esta delegada no se opone a su valoración.”

Por consiguiente, al haber manifestado expresamente su aval para el reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva en cuestión, aún con la previa advertencia del juez sobre una posible prescripción, no encuentra la Sala que los motivos invocados en su apelación habiliten a la fiscal a recurrir, sin que varíe esta conclusión por el acaecimiento del fenómeno prescriptivo, en tanto se trata de un aspecto previsible y consecencial. En estas circunstancias, procede inadmitir el recurso de apelación por cuanto la Fiscalía, como impugnante, carece de interés jurídico protegido para recurrir.

Diferente situación se presenta con el recurso interpuesto por el Ministerio Público, por la simple razón de que no estuvo presente en la audiencia de individualización de la pena y, por ende, ningún pronunciamiento efectuó frente a las condiciones socio familiares del acusado, la pena aplicable o sobre la concesión de subrogados, a lo cual se agrega que no estaba obligado a emitir un pronunciamiento, como tampoco lo estarían los demás sujetos procesales, pues la norma así no lo exige. Sobre esta precisa temática, la Sala de Casación Penal en sentencia SP1500-2020 del 17 de junio de 2020, radicación 54332, M. P. Eyder Patiño Cabrera, indicó:

“1.2. Sin embargo, la adaptación evolutiva de la hermenéutica, demanda una reconsideración de tal línea de pensamiento, para significar que, si bien el Ministerio Público, como cualquier otro sujeto procesal, está impelido a promover el recurso de apelación cuando se encuentre en desacuerdo con las razones del fallo de primera instancia, a efecto de poder acceder al recurso de casación, no es indispensable que intervenga, para expresar su criterio, en torno a los mencionados tópicos, en sede de la audiencia del canon 447 -tampoco las otras partes e intervinientes-, pues,

nótese que, al tenor de dicha norma, no es imperativo que las partes: fiscalía y defensa se pronuncien obligatoriamente sobre la *«probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado»*, en tanto, la norma apenas expresa que ellos pueden hacerlo siempre que lo estimen *«conveniente»*.

En ese orden, no podría exigirse a ninguna de las partes o intervinientes, entre ellos al Ministerio Público, que, de manera inexorable, discurren en la audiencia convocada para tal fin, frente a aquellos aspectos, que involucran la aplicación del principio de legalidad de las penas y las formas de cumplimiento de la misma, de imperioso acatamiento por parte de los juzgadores al momento de tasar las sanciones y disponer su manera de ejecución.”

Así las cosas, el delegado del Ministerio Público goza de legitimación tanto en el proceso como en la causa y, por ende, el Tribunal ejercerá su competencia para resolver de fondo la apelación interpuesta por este interviniente especial, cuya sustentación es suficiente para habilitar el conocimiento en esta instancia en la que se depara justicia rogada, salvo las potestades y deberes que conlleva el oficio.

4.2. Acorde con lo impugnado y por orden lógico de resolución, le corresponde a la Sala determinar si en este evento se configura la circunstancia de menor punibilidad de haberse cometido la conducta bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, como lo concluyó el juez de primer grado, pues solo en el evento de estimarse procedente revocar tal decisión, se tendría como vigente la acción penal, lo que ulteriormente conduciría a examinar la responsabilidad penal del acusado a efectos de mantener o no el sentido condenatorio del fallo recurrido.

La circunstancia consagrada en el artículo 56 del Código Penal¹ se fundamenta en una cualquiera de estas situaciones que por sí solas o concurrentemente constituyen la base objetiva de la diminuyente, a saber: i) *profundas situaciones de marginalidad*, ii) *ignorancia* o iii) *pobreza extremas*, que deben influir de modo directo en la ejecución de la conducta, pero no hasta el punto de excluir la responsabilidad.

Con relación a esta precisa temática, conveniente resulta traer a colación la sentencia SP2129-2022 del 25 de mayo de 2022, radicado 54153, M. P. Hugo Quintero Bernate —citada por el procurador en la sustentación del recurso—, en la cual nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria penal estableció el alcance de la circunstancia objeto de estudio, así como las diversas modalidades en que puede presentarse. Veamos:

“(…) No se trata de simples circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, dado que legislador las cualificó, al disponer que deben ser “*profundas*” y “*extremas*”, esto es, de aquellas con especiales connotaciones de entidad:

“Entonces, en la medida que la marginación, la ignorancia o la pobreza conlleven unas diversas valoraciones sociales de los individuos inmersos en tales circunstancias diferentes de las mayoritarias de la sociedad, no hay duda que corresponde al Estado, dentro del imperativo de respeto por la dignidad humana y en especial por su diferencia, además de materializar el principio de igualdad, reconocer que si tales situaciones, en cuanto sean “profundas” y “extremas” tienen injerencia decidida en la comisión de un delito, es preciso aminorar el juicio de reproche que individualiza el juez en sede de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues dichas circunstancias restringen el ámbito de libertad del autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, en orden a motivarse conforme a

¹ ARTICULO 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

la disposición legal y, a partir de ello, también deberá ser disminuida la sanción imponible.

“En efecto, si en la culpabilidad se pondera la motivación de la norma respecto del comportamiento de la persona, es claro que el artículo 56 del Código Penal viene a recoger unas situaciones en las cuales se advierte que por la influencia de un mayor determinismo y consecuente con él, un menor libre albedrío, el juicio de reproche correspondiente a la culpabilidad pierde intensidad, sin llegar a ser inexistente como para enervar tal categoría pero sí, en desarrollo del principio de proporcionalidad en la relación culpabilidad-pena, se impone aminorar la sanción, esto es, reducir los extremos punitivos conforme al quantum definido por el legislador, “no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la pena señalada en la respectiva disposición” y, dentro de ellos, realizar el correspondiente proceso de dosificación de la pena.²

Dichas situaciones son alternativas, es decir que no necesariamente deben ser concurrentes, pues basta una de ellas para que proceda la rebaja de pena, lo cual no descarta su coexistencia en determinado caso.

La marginalidad implica que una persona está desprovista de unas especiales condiciones de vida que le permiten una calidad de vida digna. Para ser considerado como tal en un proceso penal, es requisito básico demostrar que el encausado se encuentra apartado o alejado de la sociedad o que no haga parte de ella, lo que de una u otra forma incide en que no pueda comprender en debida forma el injusto penal.

Por su parte la ignorancia se refiere a la falta de conocimiento respecto a un ámbito específico, por lo que el estado de ignorancia exige acreditar que ésta sea de tal grado que impide al inculpado entender el juicio de reproche que genera su conducta, causa determinante que lo llevó a cometer el punible.

La situación de pobreza extrema implica que el infractor carece de recursos mínimos, lo que le impide satisfacer las necesidades esenciales para la congrua y digna subsistencia.”

A lo expuesto, en lo concerniente a la calidad de marginal, quizás quepa agregar que se trata de rupturas o

² Sentencia del 4 de diciembre de 2019 en radicado 50525

alejamiento de los patrones de conducta y, en general, de los valores sociales vigentes, de modo que no solo incide en la comprensión diferenciada de aspectos facticos sino también en su valoración que a su vez repercute en la autodeterminación.

Como se observa a primera vista, un examen de los presupuestos de aplicación de estas circunstancias demanda la concurrencia de una cualquiera de las tres modalidades mencionadas con incidencia directa en la comisión del delito, esto es, que haya influido de manera concreta en su realización. De este modo ha de percibirse que una cualquiera de esas situaciones de vida del procesado afecta o merma la capacidad de la voluntad libre o autodeterminación del ser humano para actuar conforme a derecho. En otras palabras, media en la comisión del delito una culpabilidad disminuida porque la posibilidad del sujeto agente de realizar la conducta lícita alterna a la punible está reducida notablemente por una o algunas de las situaciones señaladas.

Desde luego que para que tenga cabida la aplicación del artículo 56 del Código Penal deberán probarse los presupuestos de procedencia; claro está que por estar permeada la valoración de la prueba por la presunción de inocencia, las dudas razonables que surjan en su reconstrucción deben ser resueltas en favor del procesado; pero ello no exonera de establecer probatoriamente —con o sin ayuda de la presunción mencionada— la condición base exigida de profunda marginalidad, ignorancia o pobreza

extrema, su influencia en la realización del delito y que esta sea directa, es decir, no remota o indirecta.

Con base en este marco teórico, juzga el Tribunal que, pese a la escasez probatoria —pues la prueba se redujo a las estipulaciones y al testimonio de uno de los policías que realizó la aprehensión—, la situación de marginalidad en que obró el procesado y su influencia directa en la comisión de la conducta se encuentran establecidas indiciariamente.

El juez de primera instancia sustentó el reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad con base en la condición de consumidor de sustancias estupefacientes que ostenta el acusado porque en su sentir, sin lugar a duda, ello tuvo un impacto en la comisión de la conducta ya que una persona adicta a las drogas tiene gravemente mermada su capacidad para autodeterminarse.

Es cierto que esta situación por sí sola no es suficiente para acreditar que obró en situación de marginalidad, tal como lo propugna el delegado del Ministerio Público, ya que no puede asimilarse la adicción con marginalidad al depender más bien de si lo primero condujo a lo otro, que es lo que suele ocurrir cuando personas, por vivir plenamente en el mundo de la drogadicción, rompen radicalmente con sus obligaciones laborales, familiares y sociales, hasta el punto de desarraigarse en la calle.

En otras palabras, para que la adicción a las drogas cuente como motivo de marginalidad debe conducir a que el

adicto se coloque al margen de las prácticas y valores acogidos en la sociedad, toda vez que en muchos eventos habrá adictos que no ven disminuida su capacidad de comprensión o voluntad y que incluso conviven sanamente en sociedad.

Por lo dicho, es de realzar del conjunto de los elementos de juicio aportados a la actuación un ingrediente adicional como lo es la condición de habitante de calle que ostentaba el acusado al momento de la realización del delito y la conexión de esta situación de vida con la realización concreta de la conducta que se le reprocha.

De las estipulaciones realizadas por las partes, se cuenta con: i) la plena identidad del acusado, quien nació el 29 de octubre de 1996, en Ciénaga de Oro, Córdoba; ii) la cantidad, calidad y mismidad de la sustancia incautada (derivados de la cocaína y marihuana); y iii) la condición de consumidor de cocaína y marihuana desde 10 años con anterioridad a su captura.

Del testimonio rendido por el patrullero Juan Carlos Baena Rivera, uno de los policías que realizó el procedimiento de captura del acusado, se extrae que el 13 de diciembre de 2019, cuando se encontraba realizando labores de patrullaje con su compañero en el barrio Estación Villa de esta ciudad, a eso de las 12:40 de la noche, en la carrera 54 con calle 56, observaron a un ciudadano que vestía pantalón color marrón y tenis negros, sin más ropa, el cual llevaba una bolsa negra en su mano derecha y que, al notar la presencia policial, la arrojó a un costado.

Señaló este testigo que, al verificar el contenido de la bolsa, encontró las sustancias estupefacientes incautadas consistentes en 480 papeletas de color azul con una sustancia pulverulenta de color amarillo similar al bazuco, 50 cigarrillos envueltos en papel aluminio con una sustancia verdosa similar a la marihuana, 25 bolsas herméticas transparentes de tamaño mediano que contenían sustancia pulverulenta que se asimila a la base de coca, y 19 bolsas de color rojo con sustancia pulverulenta con características similares a la base de coca.

Así mismo, informó que cuando se capturó al ciudadano este se encontraba solo y no se halló dinero en su poder; además de que la calle a esas horas de la noche estaba sola, advirtiéndole que en el sector más que todo lo que se ve son habitantes de calle.

Entonces, del acervo probatorio puede extraerse que el procesado, quien para la fecha de los hechos tenía una edad de 23 años y no tuvo mayor escolarización —pues en los generales de ley se dice que estudió hasta el grado séptimo— realmente debe ser considerado como un habitante de calle, lo cual se colige de que no tuviere arraigo alguno y las circunstancias en que se produjo su captura, esto es, pasada la medianoche en un sector como el barrio Estación Villa que es de público conocimiento en nuestra ciudad que se trata de un lugar en el que hay gran proliferación de habitantes de calle, tal como lo corroboró el patrullero Baena Rivera, quien

además describió que el capturado solo vestía un pantalón y tenis, sin más ropa.

De igual forma, quedó estipulado que se trata de un consumidor habitual de las sustancias incautadas —bazuco y marihuana— a las cuales tendría adicción cuando menos desde hacía una década. Por tanto, la doble condición de ser habitante de calle y dependiente del estupefaciente que tenía consigo, permite colegir que se encuentran presentes los supuestos para reconocer la circunstancia de atenuación discutida.

Al anterior panorama cabe agregar que, en la audiencia preliminar del 14 de diciembre de 2019, al formularse la imputación, en la individualización de Brayan Enrique Durango Durango (minuto 9:01), el delegado de la Fiscalía en aquel momento informó que su actividad u ocupación era la de habitante de calle. A su vez, el mismo delegado, luego de haber efectuado la imputación, declinó de solicitar la imposición de medida de aseguramiento indicando lo siguiente:

“Señor juez, en esos términos la Fiscalía ha dejado formulada la imputación y de una vez le anticipa su señoría que, pese a encontrarnos en el numeral 3° del artículo 376, considera este delegado la gravedad de la conducta no supera esa gravedad establecida en la propia norma, el ciudadano carece de cualquier anotación o registro, y al parecer, su señoría, nos encontramos frente a una situación de marginalidad, hecho que deberá ser corroborado a lo largo de la investigación, ello por directrices internas de la Fiscalía General de la Nación que no permiten a este delegado la concesión de dicha circunstancia en este momento. Su señoría, por ello declina de la solicitud de la medida de manera anticipada.”

La Sala estima que los argumentos expuestos son suficientes para entender que la conducta punible atribuida fue realizada bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia y pobreza extremas, pues todas ellas confluyen en el procesado. Y es que el apremio que le puede causar a un adicto en estas condiciones para proveerse de la sustancia sin suprimir la capacidad de determinación puede mermar notoriamente la voluntad para realizar otra conducta.

En este caso específico, juzga la Sala que la marginalidad, acompañada de la adicción, constituye el factor determinante de la tenencia de la droga, y no se requiere mucho esfuerzo para colegir que el acusado transportaba el estupefaciente para procurarse un modo de consumir. El carácter extremo de la marginalidad puede estimarse demostrado con que la adicción data de muchos años atrás y los apremios de la pobreza en relación con el fin de proveerse de droga.

Por consiguiente, resulta acertado deducir la existencia de la circunstancia establecida en el artículo 56 del Código Penal al percibirse la notoria situación de marginalidad y pobreza extrema del señor Brayan Enrique Durango Durango, sumada a su poca escolaridad, todo lo cual no solo descarta la adquisición de la droga incautada para sí mismo, sino que si la tenía era porque de ese hecho podría obtener alguna compensación para su maltrecha economía o para la misma adquisición de estupefacientes, aspectos que permiten inferir

que el ser habitante de calle en estado de drogadicción incidió directamente en la ejecución de la conducta punible.

Así las cosas, al tasar la pena que corresponde a la atribuida infracción del ordenamiento penal (artículo 376 inciso 3° del Código Penal) con la diminuyente reconocida, los extremos punitivos para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se establecen entre 16 a 72 meses de prisión. Teniendo en cuenta que en este evento el término prescriptivo se interrumpió con la formulación de imputación llevada a cabo el 14 de diciembre de 2019, acorde con lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal, este comenzaba a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del máximo de la pena, sin ser inferior a 3 años (artículo 83 del C. P. en concordancia con el artículo 292 del C. P. P.), es decir, 36 meses que es lo que precisamente arroja en este caso, término que venció el 14 de diciembre de 2022.

En consecuencia, no cabe duda de que la acción penal se encontraba prescrita aun desde antes de la emisión de la sentencia de primera instancia y, por ende, debe confirmarse la decisión recurrida, sin que sea menester ingresar al estudio sobre la responsabilidad penal del acusado por sustracción de materia.

La Sala no ordenará la investigación disciplinaria atendiendo a que la prescripción deriva de la variación de la calificación jurídica, aspecto que también demarca que, contra lo decidido, pese a que formalmente se trataría de un auto, cabe el recurso extraordinario de casación para que quienes ostenten

interés jurídico tengan la oportunidad de discutir si es acertado o no el reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad cuestionada, lo cual constituiría un aspecto de juzgamiento o de fondo del modo como se resuelve el asunto.

Sobre esto último, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia emitida en sede de tutela³, indicó lo siguiente:

“El artículo 181 de la Ley 906 de 2004, que rige la actuación examinada, establece que son susceptibles del recurso de casación las *sentencias* de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores de distrito judicial y penales militares, sin atención al delito y al *quantum* de la pena.

Significa lo anterior que la procedencia de la casación penal solo está condicionada por la naturaleza de las *sentencias* de los tribunales cuando actúan como jueces de segunda instancia y no contra *autos* u *órdenes*.

Para la Sala es claro que la determinación emitida el 14 de junio de 2022 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín se trata de una *sentencia* que admite el recurso de casación. No solo por el estado del proceso cuando se dictó sino por el objeto de la misma.

Es evidente que el juicio se finiquitó inicialmente con la sentencia de primera instancia en la cual se condenó a Juan Manuel Restrepo Londoño por el delito de violencia intrafamiliar. Ese es el objeto del recurso. El tribunal, al resolver la apelación fue más allá del tema debatido –los subrogados penales– y decidió que en protección de las garantías fundamentales se debía revocar y, en su lugar, disponer la extinción de la acción penal por prescripción, tras variar la calificación y considerar tipificada la conducta de lesiones personales agravadas por el parentesco y no la de violencia intrafamiliar, tratándose de dos personas que no convivían.

(...)

³ Sala de Decisión de Tutelas #2, sentencia STP15899-2022 del 27 de septiembre de 2022, radicación # 125576, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa

Como se puede ver, el pronunciamiento que resolvió el recurso de apelación respecto del fallo condenatorio emitido contra Juan Manuel Restrepo Londoño es de una *sentencia* al ocuparse de la declarada responsabilidad del procesado en primera instancia, solo que esta vez en forma diversa o, lo que es lo mismo, sobre el objeto del proceso, según la definición del artículo 161 de la Ley 906 de 2004.

No se pone en duda que una decisión que resuelve una solicitud de preclusión tiene la naturaleza de un *auto*. Sin embargo, en esta oportunidad, se reitera, por el momento en que se dictó la providencia de segunda instancia examinada y su contenido, es una *sentencia*. Si se tratara de un *auto*, que no lo es, sería improcedente promover en su contra el recurso de casación, como lo ha indicado la Sala en el proveído CSJ AP, 30 nov. 2006, rad. 26517, reiterado en el auto CSJ AP, 01 jul. 2009, rad. 31782.

El hecho de que superado el juicio de responsabilidad se encuentre objetivamente prescrita la acción penal y, en consecuencia, se deba precluir la actuación, no implica que esta última determinación tenga la virtualidad de transformar la naturaleza jurídica de la *sentencia* dentro de la cual se emitió.

Debe la Sala, entonces, llamar la atención a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín por empeñarse en conferir a un fallo el carácter de *auto* a partir de fraccionar la decisión y no considerar el todo, lo que conllevó a habilitar el recurso de reposición a las partes e intervinientes dentro del proceso penal en mención.”

De manera que, al disponerse la preclusión por prescripción de la acción penal derivada de la modificación de la tipicidad efectuada en primera instancia —avalada en esta sede— ante el reconocimiento de la diminuyente de haberse ejecutado la conducta acusada bajo profunda situación de marginalidad, es a todas luces procedente el recurso extraordinario en mención, por lo que se procederá a habilitar su interposición.

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

RESUELVE

Primero: Inadmitir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, por carencia de interés jurídico para recurrir.

Segundo: Confirmar la decisión de primera instancia mediante la cual dispuso la preclusión de la actuación por prescripción de la acción penal adelantada en contra de Brayan Enrique Durango Durango por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conforme con lo dicho en la parte motiva.

Tercero: Contra esta providencia, la cual queda notificada en estrados al momento de su lectura, procede el recurso de casación, salvo en lo concerniente a la inadmisión de la apelación que cuenta con el recurso de reposición.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado
Sala 008 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado
Sala 009 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta
con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto
reglamentario 2364/12

Código de verificación:

15f29d1878d2a2fdb16f487dc4ac6a31de2f730fe9fd43333
48624b3bccb66d

Documento generado en 26/02/2025 11:15:42 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico
en la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>