

Proceso n.º 33643

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N°206

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil diez (2010).

VISTOS:

Procedería la Sala a pronunciarse sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por el procesado Alfredo Rafael Salomón Calvano y el apoderado de la parte civil, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta que modificó de manera parcial el dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad, mediante el cual se le condenó por el delito de acto sexual con menor de catorce años agravado, pero se observa que operó la prescripción de la acción penal (y civil) estando el asunto en el despacho de primera instancia, pues se consolidó dos (2) días después de la decisión, situación que pasaron por alto los jueces de instancia.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- Los primeros fueron tratados en la sentencia impugnada de la siguiente manera:

En informe No 3074 de fecha noviembre 18 de 2002, se da cuenta que el día 26 de julio de 2002 se recibió en la Sala de Atención al Usuario, oficio suscrito por la Dra. Nancy

Stella Atahona Suárez, Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien solicitó valoración psicológica y psiquiátrica para establecer si la menor (...) había sido víctima de abuso sexual por parte de su padre biológico. El resultado final con fecha de noviembre 13 de 2002, emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Psicología Forense de la ciudad de Barranquilla determinó: "... se tiene que la menor se siente expuesta al comportamiento incestuoso de su padre por antecedentes de manipulación sexual, como queda explícito en el relato secuencial y detallado que hace acompañado de respaldo afectivo vivencial, ameritando credibilidad a su decir"

2.- Abierta la investigación y vinculado mediante indagatoria Alfredo Rafael Salomón Calvano la Fiscalía 5ª Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito le impuso el 18 de febrero de 2003 medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado de los artículos 209 y 211 numeral 4º de la ley 599 de 2000.

3.- La madre de la menor (...) a través de apoderado se constituyó en parte civil, demanda que se admitió el 4 de octubre de 2002.

4.- Cerrada la instrucción, ese despacho mediante providencia del 25 de agosto de 2003 profirió en su contra resolución de acusación por la conducta punible atribuida en la definición de situación jurídica, en concurso con el delito de incesto, la cual logró ejecutoria el 15 de marzo de 2004.

5.- Correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito de Santa Marta adelantar el juicio y celebrada la audiencia de juzgamiento, el 13 de marzo de 2009 condenó a Alfredo Rafael Salomón Calvano a las penas de cinco años, cuatro meses, cinco días (5.4.5) de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la sanción privativa de la libertad y le negó el subrogado de la suspensión condicional de

la ejecución de la pena, al hallarlo autor responsable de las conductas referidas.

6.- La providencia anterior fue apelada por el defensor de Salomón Calvano y el Tribunal Superior de Santa Marta el 27 de julio siguiente, la modificó de manera parcial, en sentido de extinguir la acción penal respecto del comportamiento punible de incesto, confirmó en lo demás y le impuso una pena de cuarenta y dos (42) meses de prisión como autor del otro delito.

7.- El fallo de segundo grado fue objeto del recurso de casación por parte del defensor de Salomón Calvano el cual fue concedido por esa Corporación el veintiséis (26) de agosto de ese año.

8.- Según constancia de la Corporación remitente, el proceso fue enviado mediante oficio del 20 de enero de 2010 y radicado en la Secretaría de esta Sala el 23 de febrero siguiente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- En relación con la prescripción de la acción penal cuando ella se presenta con posterioridad a la sentencia de segundo grado, o antes en los eventos de simple constatación objetiva, la jurisprudencia de la Sala tiene definido que su declaración corresponde a juez de segunda instancia o a esta Corporación cuando aquél pasa por alto tal situación.

Es así como frente a esta temática, una vez constatado que la prescripción de la acción penal solicitada no implicaba una verificación meramente objetiva, la Corte expresó:

(...) la denuncia en sede de casación sobre la consolidación del fenómeno de la prescripción de la acción penal ocurrida en la fase instructiva o antes del proferimiento del fallo de segundo grado, debe plantearse en la demanda al amparo de la

causal tercera.

Y es que de haberse continuado con el ejercicio del poder punitivo del Estado después de que, por virtud del mero transcurso del tiempo perdió dicha facultad, la actuación posterior a ese momento deviene inválida. Pero, además, su demostración corresponde hacerse por los derroteros de la causal primera en cualquiera de sus sentidos y modalidades.

(...) Tal ha sido el pacífico criterio jurisprudencial contenido, entre otros, en los siguientes pronunciamientos de la Sala:

(...) repugnaría a un sentimiento general de justicia que se considerara válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar el juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado.

Por otros aspectos, pretender la alegación de este vicio por la causal primera de casación resultaría contradictorio con la naturaleza de esa formulación y el fin que en ese caso se persigue, pues quien alega violación directa o indirecta parte del presupuesto de la validez del proceso centrando su ataque en la ocurrencia de errores al interior de la sentencia, y además persigue la expedición de un fallo de sustitución que obviamente se hace imposible proferimiento a falta de una acción penal vigente¹.

Luego se indicó:

La Corte no advierte en esta propuesta de ataque, contradicción alguna que impida su estudio, como lo postula el Procurador Delegado en su concepto. Por el contrario, considera que la solicitud de prescripción al interior del mismo cargo resulta correcta, en cuanto se presenta como consecuencia de su prosperidad. Tampoco advierte equivocación en la selección de la causal invocada, pues la prescripción, en los términos que ha sido planteada en la demanda, solo se consolida con ocasión de la decisión

que llegare a tomarse en esta sede como motivo del recurso de casación, situación que resulta ser distinta de aquella en la cual el fenómeno se ha consolidado antes de ser proferido el fallo de segundo grado, en cuyo caso la causal a invocar debe ser la tercera².

En posterior ocasión, se expresó:

La extinción de la acción penal por razón de la prescripción debe plantearse a través de la causal tercera de casación por violación del debido proceso, no obstante que se hubiera admitido en providencia del 21 de marzo de 2001 con ponencia del Magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, Radicado 17.106, que también podría hacerse por la primera.

Así, ha dicho la Sala que la prosecución de una actuación no empece haberse extinguido la acción penal constituye un error de actividad y no de juicio, en cuanto al entrar a operar el fenómeno prescriptivo el Estado pierde la facultad de adelantar el proceso. Cuando esto ocurre, lo pertinente es disponer la cesación de todo procedimiento criminal y no dictar el fallo de reemplazo, que sería el resultado en el evento de prosperar un cargo fundado en la causal primera, atribución de la cual carece la Corte de presentarse el caso –Crf. Sentencia del 29 de octubre de 2001, Radicado 15.570, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda, reiterada en la del 13 de enero del año en curso, Radicado 20.200, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

De esta manera retomó la Sala la tesis que de antaño venía pregonando, al sostener, entre otros pronunciamientos, el que la Delegada evoca, de que la alegación de la prescripción de la acción penal en casación penal debe encausarse al auspicio de la causal tercera, por la vía de la nulidad.³.

Cuando la prescripción de la acción penal ocurre durante la etapa de instrucción o en el periodo de la causa, pero de todas maneras antes de proferirse la sentencia de segunda

instancia, la Sala tiene dicho que “recurrida ésta en casación y admitida la respectiva demanda por cumplir con los requisitos formales señalados en la ley (artículos 212 y 132 P.P., antes 225 y 226) lo procedente es casarla oficiosamente, ..., si, como en este caso, no fue objeto de específica acusación, pues resulta incuestionable que fue dictada respecto de una acción, que por el fenómeno prescriptivo aludido, ya no podía proseguirse. La presunción de legalidad que ampara los fallos de instancia, se quiebra ante la vulneración del debido proceso, dado que no pueden culminar las instancias mediante decisiones que jurídicamente no pueden proferirse y, como quiera que, por la calificación y admisión de la demanda se ha iniciado el debido proceso de la casación, éste debe culminar en sentencia que le ponga fin.

Situación distinta se presenta cuando la prescripción de la acción es sobreviviente a la sentencia del ad quem, caso en el cual, a la sentencia de segunda instancia no se le puede atribuir ilegalidad alguna, pues el Estado conservaba incólume su facultad punitiva para dictarla, por consiguiente, en dicha situación lo indicado es acudir a la cesación de procedimiento⁴. trámite del recurso extraordinario de casación y en relación con el fenómeno de la prescripción de la acción penal es necesario distinguir el momento procesal a partir del cual opera y el Estado pierde la facultad de adelantar el proceso.

Y, en reciente oportunidad se precisó:

La prescripción desde la perspectiva de la casación, puede producirse: a) antes de la sentencia de segunda instancia; b) como consecuencia de alguna decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad; o, c) con posterioridad a la misma, vale decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria.

Si en las dos primeras hipótesis se dicta el fallo, su ilegalidad es demandable a través del recurso de casación, porque el mismo no se podía dictar en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo.

Frente a la tercera hipótesis la solución es diferente. En tal evento la acción penal estaba vigente al momento de producirse el fallo y su legalidad en esa medida resulta indiscutible a través de la casación, porque la misma se encuentra instituida para juzgar la corrección de la sentencia y eso no incluye eventualidades posteriores, como la prescripción de la acción penal dentro del término de ejecutoria.

Cuando así sucede, es deber del funcionario judicial de segunda instancia o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se cumpla el término prescriptivo, de oficio o a petición de parte. Pero si no se advierte la circunstancia y la sentencia alcanza la categoría de cosa juzgada, la única forma de remover sus efectos e invalidarla es acudiendo a la segunda de las causales que hacen procedente la acción de revisión.”⁵

2.- El marco normativo dentro del cual opera el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal como el presente está conformado así:

(i).- Por las normas del Código Penal de 2000, precepto que establece en el artículo 83 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) años, salvo para las conductas punibles señaladas en el inciso 2° de la misma norma.

(ii).- El artículo 86 ejusdem que contempla la interrupción del término de prescripción de la acción penal por el advenimiento de la resolución de acusación, o su equivalente, debidamente ejecutoriada⁶

, y su nueva contabilización por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, evento en el cual no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

3.- A Alfredo Rafael Salomón Calvano en la resolución de acusación y en la

sentencia de primera instancia en la parte motiva y resolutive se le atribuyó las conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años agravado de los artículos 209 y 221 numeral 4º ejusdem, en concurso con el delito de incesto de la ley 599 de 2000, y en el fallo de segundo grado se decretó la extinción de la acción penal respecto del último comportamiento.

3.1.- La legislación en comento respecto del delito de actos sexuales con menor de catorce años del artículo 2097

establecía una pena máxima imponible de cinco (5) años, la cual se incrementaba en la mitad, esto es, en siete años y medio (7.5), valga decir, noventa (90) meses por la agravante cuarta del artículo 2118

ejusdem. Se infiere que la mitad de ese tope es cuarenta y cinco (45) meses.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 86, en el cual se establece que la interrumpida la prescripción con la resolución acusatoria en firme, comienza a correr de nuevo por un tiempo igual al de la mitad del señalado en el artículo 83, evento en que no podrá ser inferior a cinco (5) años, se deduce que ese tiempo se cumplió el 15 de marzo de 2009.

3.2.- Los hechos que dieron lugar al proceso penal fueron objeto de atribución en la resolución de acusación, y como ya se advirtió aquella surtió ejecutoria el 15 de marzo de 2004, habiendo transcurrido al mes de abril de esta anualidad, seis (6) años y un (1) mes, de lo cual se deriva que el fenómeno de la prescripción para la conducta punible de acto sexual con menor de catorce años agravado, se materializó el 15 de marzo de 2009, es decir, dos (2) días después de dictada la sentencia condenatoria del 13 de marzo de 2009 de primer grado y cuatro (4) meses, catorce (14) días antes de la de segunda instancia proferida el 27 de julio de 2009 por el Tribunal de Santa Marta.

Se advierte que el ad quem en el fallo de segundo en el que dispuso la extinción de la

acción penal respecto del delito de incesto, no se pronunció sobre el otro comportamiento que de igual se hallaba prescrito, razón por la que lo hará la Corte.

4.- Lo anterior, entonces, constituye razón suficiente para que de acuerdo con los artículos 86 y 989 de la ley 599 de 2000 la Sala proceda a declarar la extinción de las acciones penal y civil derivadas de la conducta punible de acto sexual con menor de catorce años agravado y ordenar la cesación del procedimiento seguido contra Alfredo Rafael Salomón Calvano.

5.- No se ordena la compulsación de copias para que se investigue disciplinariamente al Juez Primero Penal del Circuito de Santa Marta que profirió la sentencia de primer grado por las faltas en que pudo incurrir, toda vez que el Tribunal en el acápite cuarto del fallo de segundo grado así lo dispuso.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1.- Declarar prescritas y extinguidas las acciones penal y civil derivadas de la conducta punible de acto sexual con menor de catorce años agravado atribuida a Alfredo Rafael Salomón Calvano.

2.- Ordenar, en consecuencia, la cesación del procedimiento adelantado contra el mencionado acusado.

3.- Disponer que por el Juzgado de primera instancia se realicen las anotaciones y cancelaciones pertinentes.

4.- Advertir que contra esta providencia procede el recurso de reposición.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvamento parcial de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
J. IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de octubre de 1994, Radicado 8690.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de mayo de 2000, Radicado 16.441.

3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de marzo de 2003, Radicado 20.164., reiterada en Auto del 2 de junio de 2004, Radicado 21.484.

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de octubre de 2003, Radicado 17.466.

5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto del 4 de mayo de 2006, Radicado N° 25.422.

6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sent. 24 de octubre de 2003, Radicado N° 17.466.

7 Ley 599 de 2000.- Acto sexual con menor de catorce años.- Artículo 209.- El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

8 Ley 599 de 2000.- Artículo 211.- Circunstancias de agravación.- Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando (...) 4.- Se realizare sobre persona menor de doce (12) años.

9 Ley 599 de 2000.- Artículo 98.- Prescripción.- La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.