

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado ponente

SP358-2023

Radicación N° 58576

Aprobado según acta n° 159

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO

1. Inadmitida la demanda de casación con auto de 8 de marzo de 2023¹, en el cual se dispuso el retorno del expediente, se decidirá sobre la posibilidad de casar parcialmente y de oficio el fallo proferido el 11 de agosto de 2020, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que modificó la emitida el 12 de mayo del mismo año, por el Juzgado Quince Penal del Circuito de la misma ciudad, contra DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ, que lo condenó por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

II. HECHOS

2. El Tribunal Superior de Medellín declaró probado, que DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ², entre los años 2003 y 2010, aprovechando la confianza derivada de su posición de padrastro, realizó tocamientos reiterados en los senos y vagina de D.V.J.³, desde que tenía 7 años y hasta que cumplió los 14.

Los abusos ocurrieron en la vivienda ubicada en la carrera 29 No. 106BA-07, barrio Santo Domingo, de Medellín, donde la menor residía con su señora madre (Marleny Velásquez Jaramillo), el acusado y dos hermanos menores.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3. El 5 de octubre de 2010, Marleny Velásquez Jaramillo denunció a DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ; luego, el 7 de noviembre de 2017, ante el Juzgado 25 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía le formuló imputación como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo (Arts. 31, 209 y 211-54 del C.P.5), cometidos contra D.V.J. desde el año 2003 hasta el 2010; cargos que no aceptó⁶.

4. El 12 de enero de 2018, se radicó el escrito de acusación⁷, que se verbalizó el 12 de abril del mismo año, ante el Juzgado Quince Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, en los mismos términos que la imputación⁸. La audiencia preparatoria tuvo lugar el siguiente 22 de noviembre⁹.

5. El debate oral y público inició el 8 de abril de 2019¹⁰ y, luego de varias sesiones, culminó el 21 de enero de 2020, fecha en la que se anunció sentido de fallo condenatorio contra DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ¹¹, por lo que se ordenó su captura, la cual se materializó el 24 de marzo del mismo año¹².

6. El 12 de mayo de 2020, el juzgado de conocimiento leyó la sentencia, en la que impuso a DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ 260 meses (21 años, 8 meses) de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo, como autor de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo; además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹³.

7. El 11 de agosto de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa¹⁴ confirmó la sentencia; no obstante, modificó la pena, en el sentido de condenar a DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ a 192 meses (16 años) de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo¹⁵.

8. En contra del fallo de segundo grado, la defensa del implicado interpuso y sustentó recurso extraordinario de casación.

9. El 8 de marzo de 2023, esta Sala inadmitió la demanda (AP662-2023). Se dispuso, además, que una vez en firme el respectivo auto, el proceso regresara al despacho del magistrado ponente para verificar la posible violación al debido proceso como quiera que algunas de las conductas investigadas y juzgadas al parecer estaban prescritas.

10. En este caso no se propuso mecanismo de insistencia.

IV. CONSIDERACIONES

Reglas de prescripción de la acción penal

11. Acerca del instituto jurídico de la prescripción, el inciso 1º del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, prevé que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 5 años ni exceder de 20.

12. En algunos eventos especiales, como los descritos en los incisos 2 a 7 ibidem, aquel plazo se extiende en distintas proporciones. Precisamente, el inciso 3º, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1154 de 2007, establece que si se trata de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la acción penal prescribe en 20 años, contados a partir del momento en que la víctima alcance la

mayoría de edad.

13. De conformidad con el artículo 86 del Código Penal, modificado por el artículo 6º de la Ley 890 de 2004, y el 292 de la Ley 906 de 2004, la formulación de la imputación interrumpe el término extintivo de la acción y, por ello, a partir de ese momento se contabiliza por un lapso equivalente a la mitad de la pena máxima establecida en la ley para el delito, sin que pueda ser inferior a 3 años ni superior a 10.

14. No obstante, como consecuencia de la mencionada adición legislativa hecha en 2007 en los casos de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, la anterior regla no es aplicable; pues, conforme a la interpretación jurisprudencial de la Sala, el término que se debe tener en cuenta no corresponde a la mitad de la pena máxima establecida en la ley para el respectivo delito sino a la mitad de la fijada como término prescriptivo del inciso 3º del artículo 83, es decir, 10 años¹⁶.

Caso concreto

15. En el presente caso, DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ fue acusado y juzgado por un concurso de punibles de actos sexuales con menor de catorce años agravados, por hechos ocurridos entre los años 2003 y 2010.

16. En dicho período sobrevino una transición legislativa que varió la sanción punitiva para esa conducta; y, además, la forma de contabilizar el lapso de prescripción.

17. En efecto, para el año 2003 regía la Ley 599 de 2000, en cuyos artículos 209 y 211, se punía la conducta objeto de este juicio con 90 meses de prisión como máximo¹⁷; sanción que ascendió en su extremo superior a 135 meses¹⁸ a partir del 1º de enero de 2006, cuando en el Distrito Judicial de Medellín entró a regir la Ley 906 de 2004; y con ello se tornó aplicable el incremento punitivo dispuesto en la Ley 890 de 2004¹⁹.

18. Posteriormente, como se indicó, mediante la Ley 1154 del 4 de septiembre de 2007, se modificó el artículo 83 del Código Penal, para sostener que frente a delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos contra 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.

19. Finalmente, la Ley 1236 del 23 de julio de 2008, a través de su artículo 5º, modificó la punibilidad del delito de actos sexuales con menor de catorce años, para fijar la privación de libertad de 9 a 13 años, máximo éste que se aumenta hasta en la mitad cuando concurra, como en este caso, una causal de agravación de las previstas en el artículo 211 del Código Penal²⁰.

20. Lo anterior, confrontado con los punibles que en concurso se imputaron al acusado, significa que: i) Los hechos ocurridos entre 2003 y 31 de diciembre de 2005, se sancionan con pena máxima de 90 meses; ii) A los acontecidos entre el 1º de enero de 2006 y el 22 de julio de 2008, les corresponde una pena máxima de 135 meses; pero, mientras la prescripción de los acaecidos entre aquella fecha y el 3 de septiembre de 2007 se contabiliza a partir de los referidos 135 meses, a los cometidos luego del 4 de septiembre de 2007, el fenómeno se calcula sobre los 20 años indicados por la Ley 1154, igual que respecto a los ocurridos en vigencia de la Ley 1236 de 2008, cuya sanción máxima sería de 19.5 años.

22. Los hechos comprendidos entre los años 2003 y 31 de diciembre de 2005 (Ley 599 de 2000), la infracción delictiva tenía una pena máxima de prisión de noventa (90) meses.

23. Ello significa que la acción penal frente a este estatuto prescribió antes de la formulación de imputación. En efecto, entre la finalización de cometimiento de las conductas punibles (2005) y la imputación (7 de noviembre de 2017), transcurrieron 12 años, término muy superior a la pena máxima entonces aplicable, esto es, 90 meses (7 años

6 meses).

24. Igual situación se verifica en tratándose de los hechos ocurridos entre el 1º de enero de 2006 y 6 de agosto de 2006. Ello, por cuanto para el 7 de noviembre de 2017, fecha de la imputación ya habían transcurrido los ciento treinta y cinco (135) meses²², término máximo de punición, según las previsiones de los artículos 209 y 211-5 del Código Penal, modificado por el artículo 14 Ley 890 de 2004.

25. Ahora, para los punibles que, conforme a la sentencia, perpetró DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ, contra la menor D.V.J., a partir del 7 de agosto de 2006 y hasta 2010, la acción penal no se encuentra prescrita; pues, hasta la fecha en que se formuló la imputación (7 de noviembre de 2017), no transcurrieron los once (11) años y tres (3) meses que consagra el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, como pena máxima.

26. Además, en el interregno del 4 de septiembre de 2007 y el 2010, la acción penal, para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos con menores de edad, prescribiría en 20 años, conforme lo establecido en el inciso tercero²³ del artículo 83 del Código Penal de 2000.

27. En conclusión, respecto de los delitos ocurridos con anterioridad a agosto de 2006, acorde con lo indicado en precedencia, se declara el acaecimiento del fenómeno jurídico de la prescripción.

28. Producida así la extinción de las acciones penales derivadas de los hechos ocurridos entre 2003 y 6 de agosto de 2006, resulta incuestionable que cuando se realizó la audiencia de formulación de imputación, el Estado ya había perdido su potestad punitiva respecto a los mismos; luego, seguir actuando implicaba vulnerar el debido proceso.

29. En consecuencia, se casará parcialmente y de oficio la sentencia proferida el 11 de

agosto de 2020, para (i) declarar la nulidad parcial de la actuación desde la formulación de la imputación inclusive, por encontrarse desde entonces extinta la acción penal por prescripción, respecto de los actos acaecidos de 2003 al 6 de agosto de 2006; y, (ii) decretar la preclusión a favor de DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DIAZ, por imposibilidad de que el ente acusador reinicie el ejercicio de la acción penal para esas conductas.

30. El efecto de la decisión a adoptar debe reflejarse en una disminución de la pena imponible, para lo cual se acogerán los parámetros aplicados en las instancias, con la proporción que corresponda.

31. Los delitos de actos sexuales con menor de 14 años agravados, cometidos entre el 7 de agosto de 2006 al 22 de julio de 2008, conforme los artículos 209 y 211-5 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, se reprimen con prisión de 64 a 135 meses, por lo que el marco de movilidad es de 71 meses, que al ser dividido en 4 nos arroja un guarismo equivalente a 17.75.

32. Así las cosas, el primer cuarto de movilidad oscila entre 64 y 81.75, los cuartos intermedios entre 81.75 y 117.25 meses; y, el cuarto superior, entre 117.25 y 135 meses de prisión.

33. Por su parte, los actos sexuales materializados a partir del 23 de julio de 2008 hasta el año 2010, atendiendo la modificación introducida por la Ley 1238 de 2008, se castigan con pena de prisión de 144 a 234 meses. Marco de movilidad 90 meses, que dividido en 4 da como resultado 22.5.

34. Tenemos entonces un 1º Cuarto de 144 a 166.5 meses; 2º Cuarto de 166.5 a 189 meses; 3º Cuarto de 189 a 211.5 meses; y 4º Cuarto: 211.5 a 234 meses.

35. El Tribunal a efectos de concretar la pena, acogió el extremo inferior del cuarto mínimo del delito más grave (Art- 31 C.P.), esto es 144 meses. En esta oportunidad se preservará

esa determinación; guarismo que incrementó en 48 meses por cuenta de los delitos perpetrados durante los 7 años restantes²⁴, esto es 6 meses 26 días por cada año²⁵.

36. Prescritas las acciones de los hechos acontecidos durante 3 años 8 meses (años 2003 al 6 de agosto de 2006), ese aumento de 48 meses se deberá disminuir en la proporción correspondiente a ese lapso, esto es, en 25 meses y 5 días²⁶; quedando en consecuencia 22 meses y 25 días.

37. Así las cosas, a los 144 meses que se estableció como delito base, se aumentarán 22 meses y 25 días por los delitos concursales que no prescribieron²⁷, de modo que la pena final que le corresponde a DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ, es de 166 meses y 25 días de prisión²⁸.

38. También se observa que el Tribunal le impuso a DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ la inhabilitación de derechos y funciones públicas por el término de 16 años.

39. Sin embargo, a partir de lo descrito anteriormente, y siguiendo el artículo 52 inciso 3º del Código Penal, se dejará el mismo lapso de la pena privativa de la libertad²⁹.

40. Pese a la modificación punitiva que se efectuara, a la luz de los artículos 38B numeral 2º, 63 y 68 A, inciso 2º de la Ley 599 de 2000, no es procedente concederle al condenado ningún tipo de beneficio o subrogado penal.

Conclusión

41. Corolario de lo anterior, la Sala casará de oficio y parcialmente la sentencia proferida el 11 de agosto de 2020 por el Tribunal Superior de Medellín; en consecuencia: (i) se declara la nulidad parcial de la actuación desde la formulación de la imputación inclusive, por encontrarse desde entonces extinta la acción penal por prescripción, respecto de los actos acaecidos de 2003 al 6 de agosto de 2006; y, (ii) decretar la preclusión a favor del implicado

por imposibilidad de que el ente acusador reinicie el ejercicio de la acción penal para esas conductas.

42. En ese orden, DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DÍAZ queda condenado a la pena de 166 meses y 25 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

43. Las demás partes de la sentencia de segunda instancia se mantienen incólumes.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. CASAR DE OFICIO Y PARCIALMENTE el fallo proferido el 11 de agosto de 2020, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, conforme quedó expuesto en la parte considerativa.

Segundo. En consecuencia, anular parcialmente la actuación desde la audiencia de imputación inclusive, por encontrarse desde entonces extinta la acción penal por prescripción, respecto de los actos sexuales acaecidos de 2003 al 6 de agosto de 2006; y, (ii) decretar la preclusión a favor de DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DIAZ por imposibilidad de que el ente acusador reinicie el ejercicio de la acción penal para esas conductas.

Tercero. IMPONER a DAYRO RAFAEL RODRÍGUEZ DIAZ 166 meses y 25 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, como autor de los delitos de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo, cometidos entre el 7 de agosto de 2006 y el año 2010.

Cuarto. Precisar que, en lo demás, el fallo se mantiene incólume.

Quinto. Contra la presente decisión no preceden recursos.

Comuníquese y cúmplase,

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ AP-662-2023.

2 De 45 años de edad al tiempo de los hechos.

3 Estipulación No. 2. Nació el 12 de marzo de 1996.

4 “La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor...”.

6 El Delegado de la Fiscalía se abstuvo de solicitar imposición de medida de aseguramiento Fl. 21. Carpeta Digital “Primera Instancia”.

7 Ídem, fs. 23-26.

8Ídem, fs. 58-59.

9 Ídem, fs. 98-100.

10 Ídem, fs. 119-120.

11 Ídem, fs. 175-177.

12 Ídem, fs. 183 y ss.

13 Fls. 188-136 ib.

14 1. Indebida valoración de las pruebas, especialmente, el testimonio de Marleny Vásquez Jaramillo, quien advirtió que el contacto sexual solo se presentó cuando su hija cumplió 14 años. 2. Sindicación de la ofendida no es creíble, fue fruto de su imaginación, rebeldía y venganza, amén de observarse incoherente, contradictorio e inverosímil. 3. Los testimonios de las profesionales que valoraron y examinaron a la ofendida, son pruebas de referencia inadmisibles

15 Fs. 12-17 Cdo. Tribunal.

16 Este criterio ha sido pacífico y reiterado en la Sala, particularmente en SP16269, 25 nov. 2015, rad. 69235; SP227, 9 Feb. 2022, rad. 59998.

17 ARTÍCULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. «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 3 a 5 años.».

ARTÍCULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. «Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...). 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.»

18 Ley 890 de 2004. Artículo 14. «Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo...»

19 Ley 906 de 2004. Artículo 530. Selección de distritos judiciales. «Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de (...). Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de (...), Medellín...».

20 ARTÍCULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Artículo modificado por el artículo 5º de la Ley 1236 de 2008. «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 9 a 13 años.».

ARTÍCULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. «Las penas

para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...). 5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.».

21 Fl. 21 Carpeta Digital “Primera instancia”.

22 11 años y 3 meses.

23 Adicionado por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007 (Diario Oficial 46741, del 4 de septiembre de 2007).

24 Cfr. paginas 30 y 31 sentencia segunda instancia.

25 48 meses/7 años (2003 al 2009) = 6 meses y 26 días.

26 Año 2003 a agosto de 2006, es decir, 3 años 8 meses = 6 meses y 26 días, x 3 años (2003, 2004, 2005) = 20 meses y 18 días + 4 meses y 17 días (año 2006) = 25 meses y 5 días.

27 Del 7 de agosto de 2006 al año 2010.

28 144 meses + 22 meses y 25 días = 166 meses y 25 días.

29 De esta forma también se ha realizado en: CSJ-SP1611-2015, 18 Feb.2015, Rad.44.396; SP, 25 Nov. 2015, Rad. 46.325; SP6588-2016, 18 May.2016 Rad.47.747y SP8093-2017, 7 Jun. 2017, Rad. 46.882.

