

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Conductas punibles cometidas en vigencia de la Ley 906 de 2004.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – Se configura.

Procedencia de declarar la prescripción de la acción penal derivada de la conducta punible de lesiones personales dolosas agravadas y por consiguiente la cesación del procedimiento, al verificarse, conforme las normas contempladas en la Ley 906 de 2004, que ha transcurrido el término para que opere esta figura jurídica.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	:	523176000511201600121
Número Interno	:	29597
Conducta Punible	:	Lesiones Personales.
Sentenciado	:	HYCQ
Decisión	:	Confirma Sentencia
Aprobado	:	Acta N° 94 de 12 de agosto de 2020

San Juan de Pasto, diecinueve de agosto de dos mil veinte
(Hora: 10:30 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Sería del caso entrar a estudiar el recurso de apelación que ha interpuesto el defensor del sentenciado HCYQ, en este proceso que por el delito de Lesiones Personales Agravadas en su contra se adelantó emitiéndose sentencia condenatoria con fecha 22 de abril de 2019, de no ser porque existe una circunstancia objetiva que impide tal examen conllevando otro tipo de análisis.

1. Los hechos

Se presentan el día 12 de junio de 2016 en horas de la noche en la vereda Riveras del municipio de Guachucal, sitio de residencia de la señora APM, madre del menor SJMT de 4 años, lugar al cual llegó aquella noche el señor HYCQ, quien sostiene una relación sentimental con la madre del menor, acude en estado de ebriedad y debido al hurto de su vehículo el cual era el medio de transporte, salen caminando, ante el hecho que el menor y la madre se quedan atrasados, el mencionado sujeto golpea al menor con un palo en la cabeza, causándole fractura lineal de la calota craneal parietal izquierda, que le generan una incapacidad medica definitiva de 25 días sin secuelas.

2. Antecedentes procesales y providencia impugnada

2.1 Ante el Juez Promiscuo Municipal de Guachucal con funciones de Control de Garantías el 9 de agosto de 2016 se solicitó orden de captura en contra de HYCQ. Las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento se realizan el 1º de octubre de esa anualidad ante el Juez Tercero Penal Municipal de Ipiales con funciones de Control de Garantías.

El día 23 de noviembre de 2016 se presenta ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Cumbal el escrito de acusación y luego de la definición de jurisdicción se realiza la audiencia de formulación de acusación el día 4 de abril de 2018 (folio 132), en la cual se llama a responder en juicio oral a HYCQ a título de dolo en calidad de coautor por el delito de Violencia intrafamiliar previsto en el artículo 229 del código penal, ordenando el descubrimiento de elementos materiales dentro de los tres días siguientes a la realización de la audiencia.

La audiencia preparatoria se realiza en dos sesiones, el día 29 de mayo de 2018 (folio 137) fecha en la que se realiza el descubrimiento de elementos materiales por parte de la defensa, la enunciación probatoria, las estipulaciones, la decisión del acusado de no aceptar los cargos y la sustentación de pertinencia, conducencia y utilidad en las solicitudes probatorias; el día 23 de agosto del mismo año se hace el decreto de pruebas (folio 144), indicando que la fecha para la realización del juicio oral sea los días 19 y 20 de septiembre de 2018.

Luego de dos aplazamientos la audiencia de juicio oral se realiza el día 19 de marzo de 2019 se realizan todas las etapas y en cuanto a los alegatos de conclusión la FGN solicita sentencia condenatoria por el delito de Violencia Intrafamiliar mientras que la defensa indica que no se ha demostrado el delito de violencia intrafamiliar, y que de variarse se debe absolver, se emite el sentido del fallo y la lectura de la sentencia se realiza el 22 de abril de ese mismo año por el punible de lesiones personales.

2.2 De la sentencia motivo de apelación

El *a quo*, previo a sentar las consideraciones del caso, hizo una relación de los hechos jurídicamente relevantes, la individualización del procesado, la actuación procesal, así como una síntesis de las teorías del caso presentadas por las partes, las pruebas allegadas a juicio y los respectivos alegatos de conclusión.

Con todo lo anterior, procedió a sentar el problema a resolver, el que ideó alrededor de la demostración de la ocurrencia del delito de violencia intrafamiliar, o en su defecto, el de lesiones personales agravadas, sumado a la existencia o no de la lesividad que permita emitir una sentencia condenatoria.

Así, continuó con la valoración probatoria para lo que comenzó recordando lo elementos que se deben estructurar para emitir un fallo condenatorio, indicando que, a su juicio, era innegable que con los elementos de prueba aportados se evidenciaba la existencia de una conducta ilícita y la autoría del procesado de esta, pero que, era necesario apartarse de la imputación efectuada por la Fiscalía, en tanto que lo que efectivamente se acreditó fue la ocurrencia del punible de lesiones personales, pues, se puso en tela de juicio la existencia de la unidad familiar para lograr estructurar el delito de violencia intrafamiliar, que fue imputado en el caso.

Indicó que los testigos fueron concordantes al indicar que la señora APM no tenía comunidad de vida con el señor CQ, y que, si bien los informes periciales dieron cuenta que las lesiones encontradas en el menor hijo de aquella fueron causadas por el procesado, no existía una unidad familiar, pues solo se dio cuenta de una relación sentimental.

Señaló entonces que aunque en ese escenario, uno de los caminos a adoptar sería el de la absolución, esto, ante la falta de acreditación de la consolidación del sujeto activo y pasivo calificado para estructurar el punible de violencia intrafamiliar, en el caso se acreditó la existencia de unas lesiones personales que afectaron la integridad del menor SJMT, esto, a través de los dictámenes periciales y los testimonios rendidos por los profesionales clínicos y forenses aportados por la Fiscalía.

Señaló que lo anterior, que fue el verdadero objeto de debate, tiene una relevancia jurídica, siendo que se está frente a una conducta distinta a la solicitada por la Fiscalía, siendo necesario dar aplicación a la figura denominada “congruencia flexible”, pasando a

citar jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre en materia penal que trata la misma, para indicar que se encuentran configurados los requisitos para su aplicación, en tanto que, i) se está frente a una conducta más benévola en la punibilidad, y ii) se respeta el núcleo fáctico expuesto en la acusación.

En ese orden, pasó a señalar los hechos del caso se encuadran en las conductas contenidas en los artículos 111 y 112 del C.P., (lesiones e incapacidad para trabajar o enfermedad, respectivamente) en las circunstancias de agravación del artículo 119 de la misma norma, punibles que enmarcan una pena de 32 a 72 meses de prisión, que es menor a la dispuesta para el de violencia intrafamiliar, que establece una pena de 4 a 8 años.

Así mismo, que el núcleo fáctico de la acusación se mantiene en tanto que gira en torno a la agresión física que recibió un menor, quien presentó un testimonio claro, conteste, coherente, lógico y razonado de los hechos, dando base para la sindicación de la autoría de CQ.

Reprocha el testimonio rendido por la madre de la menor, tachándolo de inverosímil al tratar de inclinarse en favor del procesado, al indicar que las lesiones causadas en su hijo se debieron a una caída de las gradas de la vivienda, cuando lo cierto es que, según el concepto de un experto en medicina forense, las mismas difícilmente pudieron tener origen en un hecho como tal.

En ese contexto señala que la existencia de las lesiones en el menor se respalda en la prueba técnica y en las versiones allegadas a juicio, y que, así mismo, se encuentra suficiente base para concluir que el procesado, bajo la influencia del alcohol y en un arranque propio de la alteración que provoca esa sustancia, arremetió

injustificadamente en contra de la víctima, indicando, párrafos adelante, que aunque la defensa se ocupó de demostrar la inexistencia de una unidad familiar, no se desvirtuó la imputación sobre la lesiones encontradas en el menor endilgadas a su prohijado, esto, frente a los peritajes y testimonios que lo ubicaban como el agresor.

Explica que el dolo se demuestra con el hecho de que no se presentó una explicación verosímil del actuar, y que, de las declaraciones recibidas se puede inferir que el procesado es imputable, es decir, que tiene la capacidad de discernir, pasando a indicar que también se encuentra acreditada la culpabilidad.

Finalmente procedió a dar respuesta a los alegatos presentados por las partes, indicando que se encuentra conforme con lo expuesto por la Fiscalía y la Comisaría de Familia con relación a la existencia de unas lesiones en contra del menor SJMT y la autoría del acusado.

En lo que atañe a lo expuesto a la defensa, explicó que, en efecto, quedó claro que no se logró acreditar la existencia de una unidad familiar, pero que ese sólo hecho no avala la solicitud de absolución, pues, quedó en vilo el señalamiento sobre las lesiones causadas en la humanidad de SJMT, las cuales el menor indica el fueron causadas por "Y" en estado de embriaguez, mismo que se refuerza con la acreditación de la existencia de una relación sentimental entre aquel y su madre.

Igualmente explicó que aunque se haya expuesto que las lesiones del menor tuvieron lugar en una caída, los dictámenes periciales concluyeron que la contundencia del trauma sufrido por el menor tenía poca probabilidad de tener un origen en ese hecho.

Con lo anterior, procedió a efectuar la individualización de la pena, resolviendo ubicarse en el primer cuarto, y de ello, imponer una pena de prisión de 36 meses al encontrarlo responsable del punible de lesiones personales dolosas agravadas, y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. Además, negó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Indicó además que teniendo en cuenta que en la actualidad se encuentra recluido en el Resguardo Indígena de Muellamués, la mutación o cambio del sitio de reclusión será del resorte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que sea asignado.

3. Sustentación del recurso

La defensa de HYCQ, apela la decisión de primera instancia bajo tres argumentos centrales.

El primero, referido a la indebida apreciación de los testigos llevados a juicio; al respecto, indicó que no existe reproche sobre la existencia de las lesiones en la humanidad del menor, pues de ello dan cuenta los dictámenes médico legales, así como las declaraciones de la madre y la tía política de aquel, quienes indican que aquellas tuvieron lugar el 12 de junio de 2016 dada una caída en la casa de habitación.

Señala que la primera instancia le restó credibilidad al dicho de la madre del menor, quien claramente afirma que los golpes del menor se dieron por cuenta de un accidente personal, y que le consta haber observado en el momento en el que su hijo cayó de la cuarta grada de la casa en donde residían.

En contraste a lo anterior trae a colación el dicho de la víctima, lo que, a su juicio, tiene discrepancia, pues, aunque aquel afirma que quien lo golpeó fue “Y”, cuando la primera persona que se percató de las lesiones, la profesora Marta Pantoja, le indagó la causa de las mismas, aquel no efectuó un señalamiento directo, cuando así debió hacerlo, así como tampoco advirtió nada al respecto cuando fue atendido en el centro hospital de Guachucal, por lo que sugiere que tal versión puede estar contaminada por sugerencia de la señora Helena Micanquer, pues, como lo indicaron alguno testigos, entre aquella y la madre del menor existían diferencias.

Igualmente indicó que la primera instancia dejó de lado el testimonio de la señora Carlosama, quien, de manera coincidente a lo dicho por la madre del menor, asegura que las lesiones tuvieron lugar en una caída.

Como segundo punto, indica que no se efectuó una debida valoración a la prueba pericial, en especial lo expuesto por el médico pediatra Dr. José Eduardo Rodríguez, y el profesional Vicente Javier Narváez Arellano, pues el primero, dio cuenta de la existencia de una patología pero no determinó el arma o aparato con el que se pudo haber causado la lesión; el segundo, que indicó que existe un grado de probabilidad de que ese tipo de lesiones haya sido ocasionado con un mecanismo contundente.

Así, que se dejó un grado de duda respecto de que las lesiones puedan o no tener lugar en una caída de gradas, como en efecto ocurrió.

Finalmente, indicó que no se hizo una valoración sobre los testimonios rendidos por José Aliño Micanquer Oliva, Rodrigo

Alexander Tatalchá Cuatín y Luis Omar Ipaz, quienes son miembros activos del cabildo indígena de Guachucal y fueron coincidentes al afirmar que en la fecha en la que el menor sufrió la lesión, siendo aproximadamente las 13:00 horas, el procesado estuvo reunido en la cancha pública de la vereda Cristo Alto, desarrollando actividades de su comunidad, misma que era obligatoria, y que, en caso de no haberse presentado, el equipo lo hubiera sancionado conforme a las reglas y costumbres de la comunidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 34 en su numeral 1º del código de procedimiento penal, la Corporación tiene la competencia para definir el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado.

2. El problema a resolver

Como se anunció, sería del caso entrar a estudiar el tema objeto de apelación, si antes no se advirtiera que al ser regido este trámite bajo la égida de la Ley 906 de 2004, respecto del delito de lesiones personales dolosas agravadas, que fue el de objeto de condena, la acción se halla prescrita.

3. Examen de la actuación y la prescripción de la acción penal

3.1.- De acuerdo con las constancias procesales, se tiene que los hechos tuvieron lugar el 10 de junio de 2016.

3.2.- Así mismo, que el **01 de octubre de 2016**, se formuló imputación en contra de HYCQ, como posible autor del delito de **violencia intrafamiliar**.

De manera posterior, el **23 de noviembre de 2016** la Fiscalía radicó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Cumbal, escrito de acusación en contra del mencionado como autor del **delito violencia intrafamiliar**.

Este despacho judicial fijó fecha para la realización de tal audiencia, en una primera oportunidad para el 12 de enero del 2017, misma que fuera aplazada en diferentes oportunidades dada la imposibilidad de trasladar al procesado por parte del INPEC, pasando finalmente a realizarse el **23 de febrero de 2017**.

En dicha oportunidad se planteó conflicto de competencia, por lo que la juzgadora dispuso remitir las actuaciones ante el Consejo Superior de la Judicatura para que resuelva lo pertinente.

Ahora, aunque no se evidencia en el expediente constancias del trámite impulsado, sí se encuentra que, el 16 de enero de 2018 se fijó nuevamente fecha para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, esto, para el 31 del mismo mes y año; sin embargo, la misma también se aplazó, ahora por solicitud de la Fiscalía, por lo que finalmente **se realizó el 4 de abril de 2018**, oportunidad en la que se indicó que la audiencia preparatoria tendría lugar el 29 de mayo de ese año.

Iniciada la audiencia preparatoria en la fecha acordada, se suspendió para terminarse el 24 de agosto de 2018, calenda en la que se fijó los días 19 y 20 de septiembre para celebrar la audiencia de juicio oral; sin embargo, al evidenciar la próxima posesión del

titular del juzgado, se dispuso la suspensión de la realización de la diligencia.

Así, se procedió a fijar nueva fecha para la audiencia pendiente, esta vez, para el 18 de octubre de 2018, pero, dada solicitudes de aplazamiento presentadas por las partes, la misma solamente se inició hasta el 19 de marzo de 2019, oportunidad en la que se anunció el sentido del fallo, ahora, reajustando el planteamiento de las peticiones, con el fin de emitir una condena por el **delito de lesiones personales dolosas agravadas**.

Seguidamente, el 22 de abril de 2019 se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 447 de CPP y la lectura del fallo, mismo que data de la misma fecha.

La decisión de primera instancia fue apelada por el defensor del procesado, motivo por el que el expediente arribó a esta instancia judicial.

4.- De la prescripción en las conductas típicas cometidas en vigencia de la Ley 906 de 2004

El instituto de la prescripción da cuenta de la existencia de un límite temporal en el cual el Estado puede ejercer su acción sancionadora, llegado este inexorable paso del tiempo, se pierde la facultad para imponer pena alguna respecto de la investigación que se adelante.

El artículo 83 del Código Penal establece que *“la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20)”*, salvo que se trate de las específicas situaciones contenidas en los incisos de la citada norma: (i)

conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, eventos en los cuales el término máximo de prescripción es de treinta (30) años; (ii) en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos con víctimas 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; (iii) en las conductas cometidas por servidor público en ejercicio de las funciones del cargo o con ocasión de ellas, el término se aumenta en la mitad¹ y, (iv) cuando la conducta se hubiere iniciado o consumado en el exterior, el término de prescripción se aumentará en la mitad.

Es la normatividad sustancial penal la que ha señalado los eventos en que procede la interrupción y suspensión de este término prescriptivo, por cuanto un primer momento para iniciar la contabilización del tiempo de prescripción se presenta desde la consumación, para ello debe tenerse en cuenta lo relacionado con las conductas de ejecución instantánea y de ejecución permanente. (Art. 84 C. P)

Un segundo momento se presenta como lo dice el artículo 86 ibidem, a partir del momento en que se formula imputación, dado que con este acto procesal se interrumpe, pero inicia un nuevo computo pero que equivale a la mitad del término antes señalado.

Dicho termino de escrutinio sufre una modificación por la expedición del articulo 292 de la ley 906 de 2004, por cuanto modifica el termino mínimo y lo establece en tres años.

¹ A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011. Anteriormente, el aumento por esta circunstancia correspondía a 1/3 parte de la pena.

Y un tercer momento opera de conformidad con el artículo 189 de la mencionada ley procesal, una vez emitida la decisión de segunda instancia nuevamente se suspende, para reiniciar un nuevo termino que no puede ser superior a 5 años.

Término de prescripción de la acción penal, que debe atenderse con el segundo momento en que comienza a transcurrir una vez formulada la imputación, tal como lo dispone el artículo 86 del Estatuto de las Penas modificado por el artículo 6º de la Ley 890 de 2004, que a la sazón señala: *“La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”*.

Como ya se indicó, el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, prevé que el término de prescripción, una vez se produce la imputación, no podrá ser inferior a tres (3) años. A este aparte, precisa hay que indicar que, frente a los extremos de los términos referenciados, la Corte Suprema de Justicia, ha explicado sobre su génesis y la coexistencia de procedimientos disímiles en su naturaleza, como lo explicó en el radicado 38467²:

“(...) producida la interrupción de la prescripción en el Código de Procedimiento Penal de 2000, esta vuelve a correr por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10, en tanto que, cuando ello sucede en el curso de un proceso tramitado por la Ley 906 de 2004 opera la misma regla, aunque en este evento el término no podrá ser inferior a 3 años, tal como lo dispone el artículo 292 citado, lo cual tiene su razón de ser en la dinámica propia del sistema acusatorio, con la que se busca materializar la efectividad del principio de celeridad que lo

² CSJ SP. 14 ago. 2012

caracteriza y se explica que la prescripción de la acción penal se interrumpa con la formulación de la imputación y empiece a descontarse de nuevo en la forma indicada”.

De igual manera, que el Alto Tribunal ha refrendado tal interpretación³:

“De tal manera que desde la formulación de imputación hasta el proferimiento de la sentencia de segunda instancia, empezará a correr un término igual a la mitad del máximo de la pena prevista para cada delito, como lo dispone el artículo 83 del Código Penal, pero en ningún caso podrá ser inferior a tres años, por mandato del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, ni superar diez años, en los términos del artículo 86 de la codificación penal sustantiva, a no ser que se esté frente a alguna de las circunstancias específicas modificatorias del término de la prescripción. (Ver, CSJ SP1497-2016. 10 feb. 2016; CSJ. SP-9094-2015, 15 Jul 2015, Rad. 43839 y CSJ AP-5902-2015. 7 oct. 2015. Radicado 35592, entre las más recientes).

Un tercer momento de prescripción de la acción penal, esta vez bajo la modalidad de suspensión, ocurre cuando se profiere la sentencia de segunda instancia y comienza a correr un lapso que no podrá ser superior a cinco (5) años, tal como lo prevé el artículo 189 de la Ley 906 de 2004.

Todo lo anterior, para aquellos punibles que tienen fijada pena de privación de la libertad, en tanto, para los delitos con pena de multa la acción penal prescribirá en cinco años. En todo caso, prisión y multa, se atenderán las causales modificatorias del término de la prescripción.

Ahora bien, en tratándose del momento a partir del cual comienza a transcurrir el término prescriptivo de la acción penal, se identificará según se trate de una conducta de ejecución instantánea, permanente o que solo alcance el grado de tentativa, u omisiva. Así, frente a la primera, desde el día en que se consuma; de cara a la segunda, desde

³ CSJ SP 19 oct. 2016 Rad. 48053

la perpetración del último acto, y en esta última, a partir del momento en que haya cesado el deber de actuar.

En ese orden, ninguna relevancia, de cara a la prescripción de la acción penal, adquiere la fecha en que se presenta la querella en aquellos punibles que requieren de esa condición de procesabilidad de la acción penal, imprescindible para determinar el término de caducidad, que no de prescripción”.

Teniéndose entonces que en la Ley 906 de 2004, el término prescriptivo se interrumpe y comienza de nuevo a correr, una vez se ha producido la formulación de la imputación, por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser menor a los tres (3) años, de manera que los cinco (5) años a los que alude el inciso 2º del artículo 86 de dicho Estatuto solo es relevante para los asuntos de la Ley 600 de 2000 y adicionalmente, se aumentará la tercera parte o la mitad, según sea el caso (antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011), cuando la conducta punible haya sido cometida por servidor público en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas.

5.- El término de prescripción para la conducta de lesiones personales dolosas agravadas.

La conducta punible cuestionada en recurso de apelación y que se ha definido al procesado fue la de lesiones personales dolosas agravadas conforme al contenido de los artículos, 111, 112 y 119 inciso 2º de la Ley 599 del 2000; pues, aunque la imputación y la acusación giró en torno de la violencia intrafamiliar, el juzgador, con base en precedente jurisprudencial, al no encontrar acreditada tal conducta, resolvió variar la imputación para lograr una condena conforme al delito inicialmente descrito.

Así, conforme a la normativa señalada, el quantum punitivo para la conducta por la que finalmente fue sancionado el procesado, señala lo siguiente:

Artículo 111. Lesiones. “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes”.

El artículo 112 a su turno, dispone:

INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Finalmente, el artículo 119, que contempla las circunstancias de agravación, establece:

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007. Ver Legislación anterior para texto vigente antes de esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concorra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

<Inciso modificado por el artículo 4 de la Ley 1761 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años o en mujer por el hecho de ser mujer, las respectivas penas se aumentarán en el doble.

Así pues, se tiene que en principio, el juzgado de primera instancia encasilló la conducta del procesado en el inciso primero del artículo 112, que establece una pena de prisión que va de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses; a lo anterior sumó la circunstancia de agravación establecida en el inciso segundo del artículo 119 del CP, que indica que cuando las conductas se comentan en contra de, entre otros, niños, las penas se aumentarán al doble.

En ese orden, las penas a imponer en el caso navegarían entre los veinticuatro (24) meses y los cincuenta y cuatro (54) meses, o lo que es lo mismo, entre dos (2) años como mínimo y cuatro (4) años y (5) cinco meses, como máximo.

Ahora, analizando el *sub judice* bajo el recuento normativo y jurisprudencial, se tiene que para el caso la audiencia de formulación de imputación tuvo ocurrencia el 1° de octubre de 2016 (folios 57-62), y que si bien, en dicha oportunidad se endilgó la conducta de violencia intrafamiliar, el delito por el cual finalmente se juzgó en el caso fue el de lesiones personales dolosas agravadas, por lo que el término de prescripción será el de la pena máxima que se acaba de señalar en el párrafo anterior.

Parámetro que atendiendo lo dispuesto en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal deberá reducirse a la mitad, pues en el presente caso ya se celebró audiencia de formulación de imputación

En ese orden, si el **1 de octubre de 2016** se interrumpió el término de prescripción, contabilizándose un nuevo término equivalente a la mitad del máximo de la pena fijada para el punible imputado, éste sería de 2 años y 5 meses; sin embargo, toda vez que el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, prevé que el término de prescripción, una vez se produce la imputación, no podrá ser inferior a 3 años, es éste el término a tener en cuenta.

Así las cosas, es posible concluir que el fenómeno de la prescripción para la conducta de lesiones personales dolosas agravadas se verificó a partir del **1 de octubre de 2019**, esto es, antes de que esta Sede hubiere podido adoptar una decisión en segunda instancia, con la que se suspendiera la prescripción por el término de 5 años, conforme el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal.

Lo anterior implica que de manera forzosa deba cesarse el procedimiento, pues muy a pesar de que la conducta inicialmente imputada, objeto de la formulación de acusación y petición de condena por parte del ente acusador fue la de violencia intrafamiliar, que no sobra advertir, **fue de la que se dio cuenta al momento de efectuar el reparto**, la que sirvió de fundamento para emitir la sentencia condenatoria apelada fue la de lesiones personales dolosas agravada, siendo sobre aquella que se asumió la competencia de conocimiento en virtud del recurso de apelación

Es claro que el proceso penal tuvo un trámite en el que se debate lo relacionado con el punible a definir, si bien existe para el fallador la posibilidad de la variación, no es menos cierto que desde un inicio la defensa ante tal situación que se avecinaba abogó por la absolución de presentarse este cambio.

Finalidad que continuó persiguiendo la defensa al instaurar el recurso de apelación, en el cual solicita un estudio de la valoración probatoria por cuanto considera demostrado que no se ha presentado delito alguno, que no hay violencia intrafamiliar y que tampoco se puede enmarcar en el delito de lesiones personales, que lo ocurrido es producto de un accidente del menor sucedido en la casa que habitaba con la progenitora.

Se trató de un evento en donde la violencia era el factor que determinó la investigación, elemento omnicomprendiva para el delito de violencia intrafamiliar como para el de lesiones personales, donde se pudo investigar un concurso de comportamientos, podía el juez romper esa regla de la subsunción, pero que finalmente enmarca en un comportamiento que no fue el que el ente acusador reclamó, sin que dicha institución protestara por aquella situación.

En este momento procesal, donde es la defensa que ha presentado el recurso de apelación reclamando la absolución de su prohijado, por no configurarse el delito señalado por la primera instancia, de la valoración probatoria que pudiera efectuarse tampoco se puede llegar a la conclusión que la primera instancia ha errado en la calificación jurídica y que lo demostrado fue el delito de violencia intrafamiliar, por cuanto se trata de apelante único no puede esta Corporación hacer gravosa su situación en virtud del artículo 31 de la Carta Política.

En ese orden, siguiendo los parámetros dispuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en vista de que cuando se emitió el fallo de primera instancia el juzgador aún tenía la competencia para pronunciarse, pues, como se indicó el fenómeno de la prescripción acaeció en esta Sede, lo propio será declarar la extinción de la acción penal,

pues no se podría valorar la legalidad del fallo que se apeló; al efecto, la corporación en cita, en radicado No. 56425 de 2019 indicó:

“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 situación 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”⁴.

Igualmente se ha indicado que, en los eventos en los que la prescripción ocurra antes de proferirse el fallo de segunda instancia, como aquí sucede, es menester tener presente:

«a) Si el error ha sido planteado en la demanda, se debe admitir el libelo y definir el cargo mediante fallo de casación, con prescindencia de los restantes ataques si han sido planteados.

b) Si el recurrente no formuló el reproche, le corresponde a la Corte analizar la ocurrencia del fenómeno extintivo, casar de oficio para anular el fallo y, como consecuencia de ello, inadmitir la demanda por ausencia de objeto, sin que resulte, entonces, procedente, por innecesario y en virtud del principio de economía procesal, agotar el juicio de admisibilidad de los cargos contenidos en el libelo. Desde luego, en caso de haberse admitido la demanda, no habrá lugar a emitir pronunciamiento sobre los cargos allí formulados de procedimiento»^{5, 6}.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de junio 2004, radicación No. 18368. En igual sentido, providencias del 4 de mayo de 2006, 7 y 29 de julio y 9 de noviembre de 2009, radicaciones números 25422, 31585, 31980, 32643, respectivamente, entre otras.

⁵ CSJ SP1962-2019 de junio 5 de 2019, Rad. 48384.

⁶ CSJ SP, 12 dic 2019, Rad. 56425.

(Negrillas fuera del texto original)

Cabe advertir que, si bien las anteriores reglas se demarcaron por nuestro máximo orden de cierre en materia penal para la sede de casación, la esencia de esos presupuestos resulta aplicable a los eventos en los que en segunda instancia se configure el fenómeno de la prescripción, en la manera en la que arriba se señaló.

Ahora, pese a las consideraciones que se acaban de señalar, conviene anotar que aunque la sentencia de primera instancia se emitió cuando aún la prescripción no se producía, esta Sede no logró emitir un pronunciamiento en la oportunidad correspondiente en atención a la cantidad de asuntos que llegan a esta Corporación, el turno correspondiente y la materia objeto de apelación, pues al estarse frente a la solicitud de valoración probatoria, en su mayoría de temas testimoniales, el estudio exigía un tiempo prudencial para su revisión.

A lo anterior se suma que en el trámite propio de la primera instancia se suscitaron una serie de eventualidades que evitaron que el asunto se tramite con celeridad, pues, aunque el escrito de acusación se radicó el 23 de noviembre de 2016, la sentencia se emitió sólo hasta el 22 de abril del 2019, entre ello, imposibilidad de trasladar al procesado para asistir a las audiencias, solicitudes de aplazamiento de diligencias por las partes, e incluso un trámite de definición de jurisdicciones.

Finalmente cabe anotar que el procesado actualmente se encuentra privado de la libertad, conclusión a la que se llega a partir de dos inferencias, la primera, del reporte del portal web del INPEC que reporta que se encuentra en detención domiciliaria, a cargo del establecimiento carcelario de Ipiales, y la segunda, del contenido de la sentencia de primera instancia, pues al momento de analizar la

procedencia de la concesión de subrogados, afirmó que se encontraba recluso en las instalaciones del Resguardo Indígena de Muellamúes, disponiendo que se siga con la reclusión en dicho lugar, entre tanto que la decisión del cambio sería del resorte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad correspondiente.

En esa medida, lo procedente es entonces declarar la prescripción de la acción penal, así como cesar todo procedimiento a favor del procesado, y a consecuencia de ello, disponer la libertad inmediata de HYCQ, de condiciones civiles y personales estipuladas en este proceso penal, librando la respectiva boleta de libertad, determinación que será comunicada tanto al Establecimiento Carcelario de Ipiales como a las autoridades del Resguardo Indígena de Muellamúes, para lo pertinente.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, **Resuelve:**

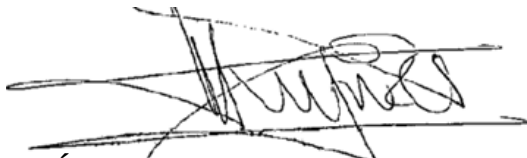
1º. **Declarar la prescripción** de la acción penal a favor de del procesado HYCQ, identificado con cédula de ciudadanía N° ... de Guachucal (N) derivada de la conducta punible de lesiones personales dolosas agravadas y en consecuencia, **cesar** todo procedimiento que se le adelante por tales hechos.

2º. **Librar** boleta de libertad en favor de HYCQ, de condiciones civiles y personales estipuladas en este proceso penal, y **comunicar** de esta decisión al Establecimiento Carcelario de Ipiales como a las autoridades del Resguardo Indígena de Muellamúes, para lo pertinente.

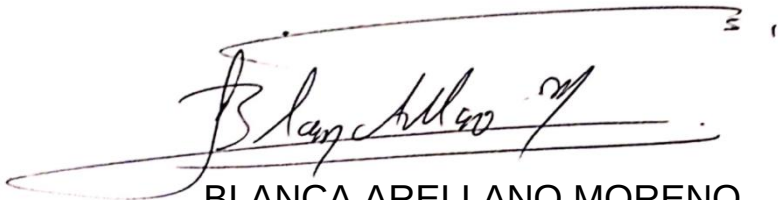
3º. **Disponer** que por el Juzgado de Primera Instancia se realicen las anotaciones y cancelaciones pertinentes.

4º. Contra esta decisión procede el recurso de reposición, al no haber sido el tema de prescripción objeto de apelación.

Notifíquese y Cúmplase,



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente



BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

500



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRÓ DE PROYECTO No. 89

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS
FACULTADES LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, mismas que se ampliaron hasta el 8 de junio del cursante, mediante Acuerdo PSCJA20-11556, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en la acción de tutela de la referencia.

Pasto, 21 de julio de 2020.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario