

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP101-2022

Radicación No. 58448

Aprobado Acta No. 12

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

En firme el auto AP2779-2021 por el cual se inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ, la Sala profiere fallo de oficio, según lo anunciado en dicha providencia.

1.- Conforme se declararon en la referida decisión de esta Sala, el 4 de septiembre de 2016, en una habitación de la finca “Los Honguitos”, ubicada en la vereda Belén del municipio de Marinilla (Ant.), donde se celebraba una fiesta, LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ, en horas de la madrugada, introdujo sus dedos en las vaginas de las jóvenes NEGP y NLL, de 13 y 16 años para esa fecha, respectivamente, conducta en la que también habrían participado otros sujetos que acompañaban a GARCÍA MUÑOZ. A la primera en mención, además, le sustrajo un teléfono celular de su propiedad. En la acusación también se sindicó a GARCÍA MUÑOZ de haber accedido carnalmente, junto con sus acompañantes, a la también menor VOM, de 15 años de edad, para lo cual la habrían llevado forzosamente a otro cuarto del inmueble.

2.- En audiencia preliminar llevada a cabo el 10 de agosto de 2017 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Marinilla, la fiscalía le imputó a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ, a título de coautor, los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, acceso carnal violento y hurto calificado agravado (artículos 208, 205, 239, 240-4, inc. 2, y 241-10 del C.P.), conductas que no aceptó. Así mismo, se legalizó su captura y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario¹.

3.- El 6 de octubre de 2017, el ente investigador radicó escrito de acusación en contra del mencionado por los mismos comportamientos delictivos², que posteriormente verbalizó en la audiencia de formulación celebrada el 20 de octubre de igual anualidad en el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla³.

4.- Ante ese despacho judicial se desarrolló, el 7 de noviembre siguiente, la audiencia preparatoria⁴. La de juicio oral, a su vez, tuvo lugar en sesiones de 7 de diciembre posterior⁵, 17 de enero⁶, 27 de febrero⁷, 27 de marzo⁸, 8 de junio⁹, 8 de agosto¹⁰ y 19 de diciembre de 2018¹¹ y 29 de marzo¹² y 5 de abril de 2019¹³, fecha esta última en la que el titular del despacho anunció el sentido del fallo.

5.- Consecuente con el anuncio, el 30 de mayo ulterior profirió sentencia¹⁴ mediante la cual condenó al acusado LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ por el delito de acceso carnal violento agravado del que fueron víctimas NEGP y NLL y hurto calificado, imponiéndole la pena principal de veinte (20) años de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Por expresa prohibición legal, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. En la decisión también absolvió a GARCÍA MUÑOZ del delito de “acto sexual abusivo” realizado sobre la menor VOM.

6.- Contra esta determinación, la defensa interpuso recurso de apelación¹⁵, que el Tribunal

Superior de Antioquia, en la decisión ya referida, resolvió el 30 de junio de 2020, impartiendo confirmación¹⁶.

7.- La misma parte promovió recurso extraordinario de casación¹⁷, cuya demanda presentada para sustentarlo fue inadmitida por esta Sala el 7 de julio de 2021, mediante la decisión AP2779-2021.

8.- Cumplido el término para que se promoviera el mecanismo de insistencia sin que ninguna de las partes hiciera uso de él, retornan las diligencias al despacho con el fin de pronunciarse en torno a la eventual vulneración de garantías fundamentales, según se anunció en la aludida determinación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En AP2779-2021 se advirtió una posible vulneración del principio de congruencia en la sentencia impugnada, toda vez que el sentenciador a quo, en el proceso de dosificación punitiva de cara a establecer la conducta concursal más grave, determinó que lo era el delito de acceso carnal violento agravado cometido en la menor NEGP, conducta concreta por la que no fue acusado LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ y que le comportó, en virtud de la circunstancia agravante que le dedujo del artículo 211 del C.P. “en razón a la minoría de 14 años”, un sustancial incremento de las penas impuestas, situaciones sobre las cuales no se pronunció el tribunal.

Son dos, entonces, los aspectos que debe abordar la Sala en el presente pronunciamiento oficioso. Por una parte, (i) la calificación jurídica de las conductas y su sustento fáctico y, concatenado con lo anterior, (ii) la atribución para los delitos contra la libertad e integridad sexual de circunstancias de agravación a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ.

i. Imputación jurídica y fáctica de las conductas:

En la audiencia celebrada el 10 de agosto de 2017 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Marinilla, la fiscalía formuló imputación a GARCÍA MUÑOZ como coautor del concurso de delitos de acceso carnal violento (art. 205 del C.P.) frente a las víctimas VOM y NLL, de 15 y 16 años de edad para la época de los sucesos, respectivamente, y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208 ibidem) frente a NEGP, de 13 años en ese entonces. Así mismo, el delito de hurto calificado agravado (art. 239; 240 inc. 4-2 y 241-10 ibidem)¹⁸.

La adecuación de la conducta frente a los referidos delitos se fundamentó en la siguiente imputación fáctica:

“La imputación que se va a hacer de acuerdo a los lineamientos que me trae el artículo 286 y siguientes, es por cuanto efectivamente existen unos hechos jurídicamente relevantes de acuerdo pues a la investigación que adelantó la fiscalía para formular esta imputación. Se cuenta LUIS ESTEBAN, se cuenta con dos denuncias penales ¿sí?, una denuncia que realiza la señora Ligia María Posada y otra denuncia que realiza la señora Marisela del Socorro Montoya, ellas dos en representación de sus hijas menores; la primera de ellas nos dice que el día 4 de septiembre del año 2016 en la finca Los Honguitos, que está ubicada en la vereda Belén, vía vieja para el municipio de Rionegro, se encontraba su hija NEGP, de 13 años de edad, departiendo con unas compañeras, dice ella que estaba con otras amiguitas, otras 4 amiguitas, y otros 2 jóvenes, y que la llamaron del comando de policía para decirle que allí estaba su hija, que cuando ella llega, su hija le dice que cuando estaban en la finca tenían mucho cansancio y se acuestan en la cama. Un muchacho que le dicen el Costeño, que es usted, porque así lo identifican ellas, como LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ alias el Costeño, cuando ella estaba acostada en la cama, Lucho, que le dicen el Costeño, le tocó la vagina, por lo que ella se pasa para otra cama a donde estaba su amiga N, estos muchachos empezaron a fumar marihuana, ella se quedó tranquila pero que después el Costeño le bajó

el pantalón y los calzones a la fuerza y le empezó a meter el dedo en la vagina, que le dolía mucho, le hacía muy duro y que le decía que se fueran para otra pieza. Afirma la niña también en otros apartes, que ella se tapó hasta la cabeza tratando de evitar que la siguiera molestando, pero que en un momento en que le destaparon la cabeza, que le dieron tres palmadas en la nalga y ahí es donde empiezan a tocarla, afirma que también hicieron lo mismo con otras dos compañeritas que estaban allí de 15 y 16 años ¿sí?, que ella incluso trató de defenderse diciendo 'no me toquen más, no me hagan esto que yo soy virgen', pero que aun así le metieron el dedo por su vagina a la fuerza, que además le robaron a ella y a sus amiguitos alrededor de cinco celulares y que para tocarla y robarle los celulares la amenazaban con un cuchillo, precisamente habla de LUIS ESTEBAN, de usted, le ponía un cuchillo en el cuello y para poder que se dejara tocar y para despojarla de todas sus pertenencias, dice que hubo un momento en que se llevaron a una de sus compañeritas para otra habitación, se la llevaron sencillamente, y que en ese momento entró uno de los compañeros que estaba en la fiesta, la sacó de ahí de esa habitación, porque afirma ella había por lo menos 6 personas en esa habitación, que antes de que usted llegara a hacer esto con otros 3 compañeros suyos, ellos sintieron un ruido en la parte de afuera de la habitación y trancaron la puerta; sin embargo, ustedes, como eran 4, usted con otras 3 personas, empujaron la puerta, lograron entrar y allí es donde empiezan a tocarlas y les hurtan estos elementos. Contamos entonces inclusive, posterior a ello, presentan otra denuncia, que como le dije anteriormente se trata de la señora Marisela del Socorro, donde afirma también que su hija se había ido para aquel lugar denominado Los Honguitos y que la llaman del comando de policía unos compañeros de la niña, que cuando ella llega allí la niña está en el comando de policía, la niña está en un estado de shock, porque pues la niña que fue precisamente llevada a la habitación por usted y sus compañeros, allí fue violada y dicen que la niña no hablaba, no gesticulaba, no decía nada, estaba en shock. Manifiesta ella como usted, con otros dos compañeros, la cogieron, uno la jalaba del pelo, el otro le daba correazos y el otro la accedía carnalmente. A la niña se le toman exámenes médicos y se logra establecer que efectivamente tenía laceraciones en sus muslos los que evidencian

claramente que sí fue golpeada, que sí fue maltratada y que sí fue tomada a la fuerza, también dice que le robaron sus pertenencias ¿sí? entonces tenemos las denuncias tanto de las dos madres como también de las dos menores, todavía falta material probatorio por adelantar, hacen falta todavía algunas cosas, pero obviamente con este material probatorio que tiene la fiscalía hasta este momento podemos decir que hay una inferencia razonable de autoría, que efectivamente usted fue una de las personas que participó allí, que accedió carnalmente a estas niñas y que además hurtó sus pertenencias...”¹⁹.

Aun cuando la fiscalía en esta oportunidad no construyó la imputación fáctica de la manera más adecuada, en cuanto lo que hizo fue sintetizar el contenido de las denuncias formuladas por dos de las madres de las menores víctimas de los punibles, lo cierto es que el fundamento expuesto comprendió todas las circunstancias factuales incidentes para el reproche de responsabilidad respecto de los delitos atribuidos, en los términos en que lo ha exigido esta Sala (SP1209, abr. 7 de 2021, rad. 54384, entre muchas), garantizándose con ello, como se pretende, el derecho de defensa, por contener, en esencia, una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes (artículo 288 de la Ley 906 de 2004).

En el escrito de acusación²⁰, por su parte, se dedujeron las mismas conductas delictivas, bajo la siguiente imputación fáctica, leída textualmente en la audiencia de formulación de acusación²¹:

“Para el día 04 de septiembre del año 2016, en la finca ‘Los Honguitos’, ubicada en la vereda Belén de esta localidad, se encontraban varios menores disfrutando de una fiesta. Algunos de ellos deciden irse a dormir y ocupan un cuarto donde se acomodan seis adolescentes. Entre estos se encuentran VO, VL, S, B, NEG y NL. Siendo aproximadamente las 3:30 de la mañana, escuchan una pelea fuera de la habitación, por lo que tratan de protegerse colocando una cama detrás de la puerta, la cual es empujada y entran cuatro jóvenes, entre los que se encuentra LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ, alias ‘El Costeño’, quienes después de consumir sustancias alucinógenas deciden hurtarles sus pertenencias,

(dinero en efectivo y celulares). Luego mediante la fuerza, proceden a ultrajar sexualmente a las jóvenes NL de 16 años, NEG de 13 años de edad, les bajan la ropa interior y les introducen los dedos en sus partes íntimas. A la joven VO, de 15 años, se la llevan a otra habitación y la acceden carnalmente”.

En sus alegaciones finales, expuestas durante la sesión del juicio oral de marzo 29 de 2019, el ente persecutor solicitó condena por las mismas conductas delictivas ejecutadas sobre las tres menores de edad NEGP, VOM y NLL²².

El juez de conocimiento, en la sentencia de primer grado, absolvió al procesado de la conducta que se le atribuyó respecto de la menor VOM por el delito de “acto sexual abusivo”, como así lo plasmó en las partes motiva y resolutive de la decisión, en tanto que lo condenó por las realizadas sobre NEGP, y NLL. Al momento de dosificar la pena señaló²³:

“Se evidencia un concurso de conductas punibles de accesos carnales violentos en NEGP, NLL, así como hurto calificado en lo que concierne al teléfono celular de esta última por valor de 350.000.00 pesos.

El acceso carnal violento tiene prevista en el artículo 205 una pena de prisión de entre 12 y 20 años.

En el caso de NEGP tiene una circunstancia de agravación punitiva en razón a la minoría de 14 años de acuerdo al artículo 211 del CP. Que indica una agravación de la pena de una tercera parte a la mitad. Quedando aplicando el artículo 60 numero 4, entre 16 y 30 años de prisión.

Circunstancia personal del sujeto pasivo que fue estipulada por las partes.

El hurto calificado entre 6 y 14 años.

En tratándose de concurso de conductas punibles se deberá aplicar el artículo 31 del CP: hay que partir entonces del acceso carnal violento con agravación punitiva. No hay circunstancias de mayor punibilidad, de tal manera que la pena se fijara en el cuarto mínimo. No hay circunstancias de lugar, de tiempo y de modo que hagan pensar la conducta punible se llevó a cabo mediando gravedad mayor a la connatural, de tal modo que la sanción penal se determinara en el mínimo del cuarto mínimo del delito que tiene la pena más grave, es decir, el acceso carnal violento en NEGP, de tal manera 16 años.

Por el acceso carnal violento a NLL se aumentarán 3 años. Es decir 19 años.

Por el hurto calificado, un año, es decir 20 años en total.

Se inhabilitará en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años como lo ordena el artículo 52 del CP (SIC)” (subrayas fuera de texto).

Siguiendo la metodología anunciada, se advierte un inicial problema derivado de la calificación jurídica de las conductas de connotación sexual endilgadas a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ, pues la fiscalía ha debido singularizar respecto de cada víctima el delito que se atribuía, pues siempre refirió en abstracto a los punibles de acceso carnal violento (art. 205 del C.P.) y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208 ibidem).

Sin embargo, de acuerdo con los términos de la imputación fáctica respetada desde la formulación de imputación, no se remite a duda que las conductas achacadas a GARCÍA MUÑOZ consistieron en acceso carnal violento respecto de NLL, de 16 años para la fecha de los hechos, por haberle introducido los dedos en su vagina. La misma conducta frente a VOM, de 15 años para ese momento, quien habría sido accedida tras conducirla a otra habitación en la finca Los Honguitos, y por la cual fue absuelto en instancias. Y, finalmente, acceso carnal abusivo con menor de 14 años respecto de NEGP, de 13 años de edad, también porque, al igual que a la primera, el procesado le introdujo sus dedos en la vagina, cuya calificación jurídica diversa obedeció a su edad.

Significa lo anterior que esa falta de precisión del ente acusador, en últimas, no repercutió en desmedro de las garantías fundamentales, y concretamente del derecho de defensa del aquí procesado, dado que en el curso de la actuación procesal siempre conoció las conductas punibles por las que se elevaba el juicio de reproche respecto de cada una de las víctimas y su sustrato fáctico.

Empero, la situación se torna confusa con la decisión del a quo frente a tres aspectos que es necesario desarrollar: (i) al absolver a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ por el delito de “acto sexual abusivo” frente a la menor VOM; (ii) al condenarlo por el delito de acceso carnal violento agravado en la pequeña NEGP, considerado, según se vio, como el de mayor gravedad en la dosificación punitiva y, (iii) al atribuir en cuanto a esta última conducta, con incidencia notable en la dosificación punitiva, la circunstancia de agravación contenida en el numeral 4 del artículo 211 ibidem, aspectos sobre los cuales el ad quem no hizo ninguna acotación. El último punto referido, acorde con la metodología anunciada y dado los efectos punitivos que tiene, se abordará en capítulo independiente de esta decisión.

Pues bien, en relación con la absolución al enjuiciado por el reato de “acto sexual abusivo” es necesario recordar que en lo que atañe a la agresión contra la menor VOM se imputó fáctica y jurídicamente el delito de acceso carnal violento, que por cierto no encasilla en las modalidades de “actos sexuales abusivos” del capítulo segundo del Título IV del Código Penal referente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, sino a los del capítulo primero “de la violación”.

Tal imprecisión, sin embargo, no tiene mayor repercusión en cuanto obedece a un lapsus de este sentenciador en la denominación de la conducta y que se extendió a la parte resolutive, dado que los argumentos expuestos para sustentar esa decisión conciernen a los elementos del tipo de acceso carnal violento del artículo 205 del C.P. Así, por ejemplo, se evidencia de los siguientes apartes conclusivos de la sentencia en torno a esta infracción penal²⁴:

“Y en este aspecto habrá que darle la razón a la defensa en lo tocante a V, en el sentido que si se dice fue penetrada con el pene por el acusado y otros tres sujetos que están individualizados, no se ofreció la prueba que dejaría sin duda la participación del acusado, ante la ausencia de señalamiento directo por la víctima. En este caso la de semen y ADN, sin que se quiera decir que se está exigiendo tarifa legal, sino que mediando la libertad de prueba, la que eligió la fiscalía no da para dejar el conocimiento más allá de duda.

Tampoco podría decirse que analizados en conjunto los testimonios de las menores NLL, NEGP y VBL así como el del médico Andrés Felipe Montaña, del agente de policía Duberley Tilambo Olea y del psicólogo Edwin Muñoz Pineda pueda indicarse se llega al conocimiento más allá de duda sobre la existencia del hecho, entendiendo en su debida significación epistemológica el concepto de conocimiento y el de duda. Queda en el juzgador la duda sobre ese tema, por ello se aplicará el principio del in dubio pro reo” (subraya fuera de texto).

Pese a lo anterior, la Sala, para corregir esa incongruencia jurídica y nominal de la sentencia con la acusación, dejará en claro que la conducta por la que se absuelve a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ es la de acceso carnal violento en la menor VOM.

El segundo aspecto de esta decisión sobre el que se hace necesario ahondar es el relacionado con la condena dispuesta en contra de GARCÍA MUÑOZ por el delito de acceso carnal violento agravado en relación con la víctima NEGP.

De acuerdo con los términos de la imputación fáctica y jurídica construida por la fiscalía, conforme atrás se precisó, la modalidad delictiva cometida sobre esta niña fue la de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208 C.P.) y no la de acceso carnal violento agravado (art. 205 y 211-4 ibidem). La razón por la cual el ente acusador optó por dicha conducta punible radicó fundamentalmente en su edad (13 años) para el momento de los hechos, como así lo indicó desde la misma formulación de imputación:

“...[E]n igual sentido, también se incurre en la conducta delictiva que describe el artículo 208 que me habla del acceso carnal abusivo con menor de 14 años ¿por qué? porque una de las menores de edad tenía menos de 14 años...”²⁵.

No obstante, bien hizo el a quo en condenar por el delito de acceso carnal violento también con respecto a esta víctima, dado el ejercicio de violencia que desplegó el acusado en su contra, junto con otras personas, para finalmente introducir sus dedos en la vagina de esta pequeña, actos estos que a lo largo de toda la actuación, según se vio, se le imputaron fácticamente, por lo que no se vulnera su derecho de defensa con la variación de esta calificación en el fallo, aunado a que en esta decisión, así como en la sentencia de segunda instancia, se analizó la responsabilidad sobre los elementos que configuran este delito. En particular sobre el componente violencia del tipo penal, concluyó el a quo:

“Las jóvenes indican que le introdujo los dedos en la vagina, lo que al tenor del artículo 212 constituye acceso carnal. Violento porque se llevó a cabo mediante el sometimiento por medio de violencia física y moral, amenazadas verbalmente y físicamente con navajas. En coautoría porque el acusado participó en compañía de varias personas, cada una ejerciendo una acción propia. Eso en el caso de NEGP y NLL”²⁶ (subrayas fuera de texto).

Al dicho inculcador de NEGP y NLL en contra del acusado LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ se le otorgó total credibilidad por los sentenciadores, como así lo plasmó este mismo funcionario²⁷:

“Para efectos de argumentar el fallo se dirá que en lo que concierne a NEGP y NLL, como se dijo en el sentido del fallo, se admite la solicitud de condena de fiscalía en razón a que son las propias afectadas quienes en juicio oral así lo afirmaron sin duda alguna, siendo coherentes y coincidiendo sus relatos. De ello se puede extraer que estaban en la finca Los Honguitos ubicada en el municipio de Marinilla, que estaban en una fiesta, que llegaron varios jóvenes entre ellos el Costeño, a quien se conoce que es el acusado, y las agredieron

sexualmente y despojándolas de sus pertenencias así como quienes participaron en los hechos a quienes conocían de tiempo atrás por circunstancias distintas. No se observa que estén mintiendo porque no se predicó ello y no se evidenció ningún interés en ese aspecto, es decir, en denunciar falsamente. Tampoco se predicó ni evidenció equivocación en cuanto al señalamiento del acusado en la participación. Es el testimonio de las propias víctimas, por ello, directo, y quienes sufrieron las consecuencias del comportamiento, por ello tuvieron oportunidad de observar a sus agresores y percibir directamente las consecuencias de sus actos”.

Ahora bien, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, al cabo que la imputación fáctica y personal es absoluta, no así la jurídica que es relativa (cfr., solo por citar algunas de las más recientes: SP401, rad. 55833 y SP403, rad. 51848, ambas de febrero 17 de 2021), de suerte que para el caso sub judice no se viola la congruencia por la referida variación efectuada a la calificación jurídica en la sentencia, menos aún le puede resultar lesiva al procesado cuando quiera que la pena para las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208 C.P.) y acceso carnal violento (art. 205 ibidem) es idéntica (pena de prisión de 6 a 12 años).

Una imputación fáctica y jurídica correcta de la conducta cometida por el enjuiciado en la humanidad de NEGP, atendiendo a las circunstancias del hecho, hay que decirlo, debió situarse en este último delito de acceso carnal violento con la agravante el artículo 211, numeral 4, por haberse realizado en una persona menor de 14 años, tal cual emitió condena el a quo, sin embargo, sucede que esta circunstancia de agravación no fue imputada jurídicamente en la acusación, sobre lo que se ampliará en el acápite subsiguiente.

(ii) Atribución para los delitos contra la libertad e integridad sexual de circunstancias de agravación específica:

Como quedó reseñado en el recuento procesal del anterior apartado, en el acto complejo de

acusación no se atribuyó –tampoco en la formulación de imputación— circunstancia de agravación punitiva frente a las conductas sexuales endilgadas a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ.

En el fallo de primera instancia, sin embargo, en relación con la conducta de acceso carnal violento sobre la menor NEGP se dedujo la circunstancia de agravación del artículo 211, numeral 4, para cuando “se realizare sobre persona menor de catorce (14) años”. Esta situación implicó un importante aumento de la pena a imponer, porque este delito con dicha circunstancia de agravación se consideró por el a quo como el más grave, que luego, y de acuerdo con las reglas del concurso de conductas punibles del artículo 31 ibidem, se incrementó hasta en otro tanto por concurrir la conducta cometida sobre la menor NLL y el hurto calificado.

Esta Sala, a través de su reiterada jurisprudencia, tiene dicho que se vulnera el principio de congruencia que debe existir entre acusación y fallo por acción o por omisión cuando: i) se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o acusación o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) se condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, una circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad, y iv) se suprime una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de la acusación.

Ahora, en la acusación pueden suprimirse hechos incluidos en la imputación, siempre y cuando ello resulte benéfico al procesado, vbg., si: (i) se eliminan circunstancias genéricas o específicas de agravación; (ii) son suprimidos aspectos fácticos y, por ello la conducta se adecua a un tipo penal menos grave, en la medida en que ello no implique indefensión; (iii) se dan por probados los supuestos de hecho de circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad, que no habían sido consideradas, etcétera (Cfr. CSJ SP, jun. 5 de 2019,

rad. 51007).

En este caso, está claro que se condenó por un delito atribuido fácticamente respecto de la menor NEGP (acceso carnal violento), pero se dedujo la circunstancia específica de mayor punibilidad contemplada en el artículo 211, numeral 4, que allí no fue prevista.

El propósito del acusador de no incluir ninguna circunstancia de agravación para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales endilgados al enjuiciado también se refleja en el hecho de que en relación con el delito contra el patrimonio económico sí fue específico en señalar las circunstancias calificantes y agravantes.

Acerca de eso mismo, adicionalmente, no sobra recalcar que el acusador tuvo en cuenta la edad de NEGP cuando ocurrió el hecho (13 años) para sustentar, como ya se precisó, la estructuración del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, mas no para deducir la circunstancia de agravación del numeral 4 del artículo 211 ibidem, que incluyó indebidamente el sentenciador de primera instancia, frente a lo cual, se reitera, nada dijo el tribunal, máxime porque ello no era posible respecto de ese delito por comportar vulneración del principio non bis in idem, conforme lo tiene decantado esta Sala (CSJ AP sep. 28 de 2011, rad. 33281; AP may. 4 de 2011, rad. 33844; AP5211 sep. 9 de 2015, rad. 46021 y AP1039 feb. 24 de 2016, rad. 46603), y así también lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-521 de agosto 4 de 2009 al declarar exequible condicionadamente este numeral “en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto”.

Así las cosas, lo que procede, para dar cumplimiento a los fines del recurso de casación, concretamente el restablecimiento de las garantías conculcadas y la reparación del agravio inferido, es corregir oficiosamente el dislate suprimiendo dicha circunstancia de agravación y redosificando la pena impuesta a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ. Para tal efecto, se tendrán en cuenta los criterios y proporciones aplicados por el juez cognoscente.

En este caso si bien se trata de un concurso de conductas punibles, se reitera, accesos carnales violentos respecto de NEGP y NLL (art. 205 C.P.) y hurto calificado, y por lo mismo se deben atender las pautas establecidas en el artículo 31 ejusdem, se evidencia que las dos primeras conductas revisten la misma gravedad dado que están sancionadas con idéntica pena de prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Este ámbito de dosificación punitiva, por consiguiente, se dividirá en cuartos, según lo enseña el artículo 61 ibidem, del siguiente tenor: cuarto mínimo comprendido entre 12 y 14 años de prisión, primer cuarto medio entre 14 y 16 años; segundo cuarto medio entre 16 y 18 años y, cuarto máximo, entre 18 y 20 años de prisión.

Respetando el criterio del sentenciador de primera instancia se partirá del mínimo del primer cuarto, esto es, 12 años de prisión, y se incrementará en las mismas proporciones que aplicó por las conductas concurrentes. Así, por la primera conducta de acceso carnal violento en un 18,75 %²⁸, lo cual arroja un incremento de dos años y cuatro meses, y por la segunda, de hurto calificado, en un 6,25%²⁹, correspondiendo a 9 meses más, para un total de pena de prisión a imponer a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ de quince (15) años y un (1) mes de prisión. En la misma cantidad se impone la pena de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

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

RESUELVE

1. ACLARAR que la conducta por la que se absuelve a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ es la de acceso carnal violento en la menor VOM (art. 205 del C.P.).
2. CASAR DE OFICIO y parcialmente la sentencia de 30 de junio de 2020, por la cual el Tribunal Superior de Antioquia confirmó, sin modificaciones, la emitida el 30 de mayo de

2019 por el Juzgado Penal del Circuito de Marinilla.

3. En consecuencia, DECLARAR que la pena principal a imponer a LUIS ESTEBAN GARCÍA MUÑOZ es de quince (15) años y un (1) mes de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

En todo lo demás, los fallos de instancia permanecen incólumes.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FABIO OSPITIA GARZÓN

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folio 5 del cuaderno 1.
- 2 Folios 1 y ss. cuaderno 2.
- 3 Folio 10 ídem.
- 4 Folio 13 ídem.
- 5 Folio 17 ídem.
- 6 Folio 32 ídem.
- 7 Folio 54 ídem.
- 8 Folio 58 ídem.
- 9 Folio 65 ídem.
- 10 Folio 68 ídem.
- 11 Folio 74 ídem.
- 12 Folio 89 ídem.
- 13 Folios 92 ídem.
- 14 Folios 103 y ss. ídem.
- 16 Folios 128 y ss. ídem.
- 17 La demanda que lo sustenta obra en cd.
- 18 A partir del récord 49'20''.

- 19 A partir récord 43'39".
- 20 Folios 2 y ss. del cuaderno 2.
- 21 A partir del récord 4'43' de la audiencia de formulación de acusación.
- 22 Récord 3'05" y 55'39".
- 23 Folios 110 vuelto y 111 del cuaderno 2.
- 24 Folio 109 ibidem.
- 25 Récord 50'21" de la audiencia de formulación de imputación.
- 26 Fol. 107 del cuaderno 2.
- 27 Ibidem.
- 28 16 años=100%, entonces 3 años= 18,75 %.
- 29 16 años=100%, entonces 1 año= 6,25 %.