



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP921-2020

Radicación n° 50889

(Aprobado Acta No.91)

Bogotá D.C., seis (06) de mayo de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de CRISTIAN CAMILO CORREA PINILLA, contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2017 por el Tribunal Superior de Manizales, que revocó el fallo absolutorio dictado el 13 de noviembre de 2014 por el Juzgado 5° Penal del Circuito de esa ciudad y, en su lugar, lo condenó a catorce (14) años de prisión como responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años.

HECHOS

CRISTIAN CAMILO CORREA PINILLA y la joven M. del M.M.S, quienes vivían en Manizales, en junio de 2009 se hicieron novios, época para la cual ella tenía 13 años y 7 meses

de edad. Durante su noviazgo, sostuvieron trato sexual en la casa de su señora madre, que en algunas ocasiones consistió en simples tocamientos y en otras el acceso carnal, actos que se repitieron antes de que la menor cumpliera los 14 años de edad.

ANTECEDENTES

El 3 de septiembre de 2013 en audiencia preliminar ante la Juez 6^a Penal Municipal de Manizales con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación a CORREA PINILLA por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 del Código Penal), frente a la cual manifestó que no se allanaba.

El día 28 del mes y año citados, la Fiscalía radicó escrito de acusación por el concurso heterogéneo de delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años y el 7 de marzo de 2014 ante el Juez 5^o Penal del Circuito de esa ciudad, la verbalizó.

El 16 de diciembre de 2014, el Juez en correspondencia con el anuncio del sentido del fallo absolvió al acusado *“al existir duda de la responsabilidad criminal”*.

Por estar en desacuerdo con el a quo, la Fiscalía impugnó la sentencia; el Tribunal Superior de Manizales al decidir la apelación la revocó y condenó a CRISTIAN CAMILO CORREA PINILLA por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de

catorce años en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años. Dispuso en consecuencia su captura, la cual hasta el momento no se ha materializado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Al amparo de la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en la demanda se postulan dos (2) cargos por violación indirecta de la norma de derecho sustancial por errores de hecho.

1. Falso juicio de identidad (Principal).

En la introducción del cargo, el recurrente reproduce las reflexiones del a quo acerca de la inexistencia o ínfima lesividad del bien jurídico tutelado, y las del ad quem sobre la presunción de derecho consagrada en el tipo penal que hace antijurídico el trato sexual de la menor con el acusado.

A continuación, presenta la evolución legislativa y jurisprudencial del principio de antijuridicidad, para concluir que en los delitos de peligro abstracto como son los de los actos sexuales abusivos, no puede presumirse iuris et de iure la antijuridicidad material.

En el desarrollo del reproche, señala que el testimonio y peritazgo de Ricardo Sarmiento García, médico del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses, fueron distorsionados; si el Tribunal no hubiera incurrido en dicho error, habría concluido

en la inexistencia de lesividad del bien jurídico y confirmado el fallo absolutorio.

2. Falsos juicios de identidad (Subsidiarios).

Empieza por abordar el error de prohibición, después los alegatos del Ministerio Público, y por último, lo dicho por los jueces de instancia.

El impugnante expresa que el Tribunal a partir de la versión del acusado, negó su existencia y lo acusa de confundirlo con el de tipo.

Agrega que las declaraciones de la víctima M. del M.M.S, de Marco Antonio Correa García y de CRISTIAN CAMILO CORREA PINILLA fueron objeto de cercenamiento. Para su demostración reproduce las partes de la sentencia en las cuales el Tribunal las analiza y otorga valor probatorio.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El recurrente.

Luego de aludir a los fines de la casación y señalar que en la demanda propone una única censura al amparo de la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en la cual postula dos cargos por falsos juicios de identidad, el casacionista acusa al Tribunal de dejar de aplicar los artículos 11 y 32.11 del

Código Penal, relativos a la antijuridicidad material y al error de prohibición.

En el primero por ausencia de antijuridicidad material, expresa que la conducta típica es contraria de derecho, pero no toda conducta típica y contraria a derecho es antijurídica. Añade que los juzgadores asumieron posiciones antagónicas en relación con la antijuridicidad material en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; mientras el a quo sostiene su inexistencia, el ad quem dijo lo contrario.

Manifiesta que el reparo conceptualiza la antijuridicidad y respaldado en jurisprudencia de la Sala, especialmente el fallo del 2 de julio de 2009, rad. 29117, no comprende por qué el acceso carnal abusivo siendo delito de peligro abstracto contempla una presunción juris et de jure, la cual resulta incompatible con el mandato del artículo 11 del Código Penal.

Culpa al Tribunal de ignorar los aspectos relevantes expuestos por el médico Sarmiento García, que robustecían la tesis de la antijuridicidad material, y acudir a la presunción de derecho admisible en vigencia del Decreto 100 de 1980, sin tener en cuenta el principio de lesividad ínsito en el precepto legal. Dicho desconocimiento infirió grave daño al acusado que solo puede ser reparado con el pronunciamiento que reclama de la Corte.

Para el demandante, el ad quem en orden a negar el error de prohibición asevera que el acusado era conocedor de la conducta reprochable, por ser un adulto y no un niño.

A raíz de tal aseveración, como la sentencia concluye que el implicado conoce después la ilicitud de su comportamiento y la prueba no muestra que ese conocimiento sea anterior, el error alegado se estructura, razón por la cual pide casar el fallo del Tribunal y dejar en firme la absolución proferida en primera instancia, pues el inculpado no merece ser sujeto de pena.

2. Los no recurrentes.

2.1 La Fiscalía.

El Fiscal Delegado cita tres antecedentes, en los cuales la Sala sostiene que en la realización de los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, aun cuando el sujeto pasivo dé su aquiescencia, el legislador presume su incapacidad para disponer de su sexualidad.

Expresa que tal presunción es de carácter absoluto y no admite prueba en contrario, ya que el menor de catorce años debe estar libre de interferencias en materia sexual y por eso prohíbe las relaciones sexuales. Prohibición que para la ley se traduce en el deber de abstención y de indemnidad e intangibilidad de su sexualidad.

Por esta razón, no le es dado al recurrente entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual que la ley establece a favor de los menores, con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo en razón a su conocimiento y experiencia anteriores.

Ni tampoco es posible que invoque razones de política criminal, con el fin de establecer que la edad es referente del legislador para suponer la inmadurez psicológica, porque ella no se ajusta a la realidad social o para promover un cambio legislativo.

Estima que el Tribunal acogió el criterio jurisprudencial, sin que pueda afirmarse la inexistencia de menoscabo del bien jurídico o de un daño ínfimo, mientras la joven en virtud de la presunción estaba en incapacidad de afrontar el trato sexual con el endilgado. El consentimiento no es válido para sustentar la ausencia de antijuridicidad material, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

En relación con el segundo reparo, el Fiscal Delegado señala que en el fallo de segunda instancia el juzgador omitió aspectos de los testimonios de Marco Antonio Correa y del acusado, los cuales son determinantes para probar que CORREA PINILLA actuó bajo un error de prohibición, al obrar bajo la convicción social de estar haciendo lo correcto, a pesar de la oposición de la madre a la relación afectiva de su hija con aquél.

Así las cosas, en el intelecto del inculpatado no existió la idea de incursionar en un acto socialmente reprochable, luego la sanción penal está fundada en trazos de responsabilidad objetiva.

Para el Delegado, el padre del acusado no encontró razones para advertir a su hijo sobre la edad de su novia, lo cual, en caso contrario surgía la necesidad de prevenirlo acerca de que su conducta incursionaba en terrenos penales, y aunque parezca nimio es relevante, porque lo revelado por el procesado en su declaración es que la relación con la menor se caracterizó por el afecto y manifestaciones de amor comunes en los novios, sin constituir afrenta al bien jurídico, afirmación que tiene sustento en sus condiciones personales referenciadas por el Tribunal.

En este punto, la Fiscalía Delegada considera erróneo el razonamiento del ad quem, toda vez que de esas condiciones y del desenvolvimiento en la sociedad, se sigue la imposibilidad del endilgado de actualizar la conciencia de la antijuridicidad de los comportamientos atribuidos.

Por eso, el fallador de segundo grado frente a la falta de capacidad de la menor para disponer de su libertad y formación sexuales, debió reconocer que CORREA PINILLA era sano de mente, inteligente, cursaba último año de secundaria, con acceso a los medios de comunicación e informática, habiendo recibido como se hace en todo establecimiento educativo plena información que lo ubica en

un plano de imputabilidad evidente; sin embargo, las mismas no indican inexorablemente que hubiera tenido la posibilidad de actualizar la conciencia del injusto, porque no basta deducirlo sino que tal circunstancia depende de las condiciones reales que le hubiera permitido crear dicho conocimiento.

A pesar de que el inculpinado superaba por muy poco los 18 años de edad apenas estaba terminando su bachillerato y vivía al cuidado y supervisión de sus padres, según lo revelado por la prueba testimonial en el juicio oral, no había tenido un desenvolvimiento social amplio como tampoco en el ámbito laboral y mucho menos desarrollado su sexualidad.

Con fundamento en sus respuestas, la Fiscalía juzga pertinente afirmar que la comprensión del inculpinado sobre el respeto de la sexualidad de otro, estaba representado en sustraerse a la violencia para obtener la satisfacción sexual.

Agrega que Marco Antonio Correa afirmó que su hijo cursaba último año y su entorno estaba caracterizado por el trato con menores a él, apenas comenzaba a forjar sus relaciones interpersonales y su primera relación íntima la tuvo con la ofendida.

Dice que una máxima de la experiencia enseña que las personas que avanzan a la ciudadanía no comprenden las reglas de derecho penal y, por tanto, cuando cumplen la

mayoría de edad les resulta exigible actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Advierte que en casos como este, donde la socialización es deficiente, jóvenes de las características del implicado se ocupan de cosas de la sociedad de consumo y muy poco de aquellas que tienen que ver con la legislación penal vigente.

Aclara que haber optado el acusado por estudiar la carrera de derecho, no implica que en el momento del hecho tuviera conciencia de la antijuridicidad o de las consecuencias que le podría acarrear las relaciones sexuales con una menor de catorce años, toda vez que desde la fecha de los hechos a hoy han transcurrido cerca de diez años.

En tales condiciones, la Fiscalía Delegada pide reconocer el error de prohibición, por no estar probado que CRISTIAN CAMILIO CORREA PINILLA hubiera actualizado el conocimiento de la antijuridicidad.

2.2 Ministerio Público.

La Delegada para la Casación Penal expresa que el bien jurídico tutelado en el artículo 208 del Código Penal, es el de la libertad sexual entendida como la facultad y el derecho de la persona humana a elegir, rechazar, aceptar y determinarse en su actividad sexual. El legislador al establecer el límite de edad en él, presume que los menores de 14 años no tienen la

capacidad para decidir libremente y en ese orden considera un abuso el trato sexual.

En este asunto, afirma que el bien jurídico se vulneró en la medida que la menor tenía 13 años y algunos meses más, es decir, carecía de facultad para decidir en el terreno de la sexualidad, razón por la cual el cargo primero no está llamado a prosperar.

En cuanto al segundo reproche, observa que el Tribunal al valorar las condiciones personales de la víctima, y el contenido y alcance demostrativo de lo dicho por el padre y su hijo, alude al conocimiento que tenía la pareja de la ilicitud de su actividad sexual, evidenciado en la menor al negarla ante su progenitora; además la progenitora del procesado fue quien encendió las alarmas al llamar la atención de la mamá de la joven para que tuviera cuidado con el comportamiento de ésta, cuando salía del apartamento y la dejaba sola.

Y contrario a lo reclamado por el libelista, la representante del Ministerio Público advierte que el Tribunal admitió el contenido de los medios demostrativos y dando alcance a los criterios de valoración con sujeción al principio de libertad probatoria, para la asunción del conocimiento que lo llevara más allá de la duda razonable, consultó la prueba encontrando particulares condiciones expuestas en el juicio por el endilgado, para concluir que no se hallaba en situaciones que le impidieran comprender la ilicitud, como se desprende de su

formación y comportamiento antecedentes y posteriores al hecho.

Pide casar oficiosamente la sentencia, al no existir prueba de los actos configurativos de la conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal, la cual tampoco fue objeto de censura.

Adicionalmente considera que habiendo sido el trato sexual producto de una relación amorosa, en la que no hubo ninguna circunstancia que influyera negativamente en la conducta de la menor, esto es, coacción, violencia o intimidación por parte de CRISTIAN CAMILO CORREA PINILLA, no existió el dolo y, por tanto, solicita absolverlo del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

CONSIDERACIONES

Con sustento en la causal 3^a del artículo 181 de la ley 906 de 2004, el impugnante presenta una única censura compuesta de dos cargos, ambos por errores de hecho por falso juicio de identidad.

1. Falso juicio de identidad.

El demandante aduce que si el Tribunal no hubiera tergiversado el testimonio y dictamen de Ricardo Sarmiento García, médico psiquiatra adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, habría tenido que darle

la razón al a quo cuando afirmó que no existió vulneración del bien jurídico protegido, o si la hubo *“el daño es notoriamente ínfimo”*, en el entendido que el comportamiento de CRISTIAN CAMILO CORRERA PINILLA no *“significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal”*.

Para llegar a esta conclusión, el casacionista parte de la confrontación de los fallos de instancia en los que los jueces asumen disímil posición, en relación con la existencia o no de una presunción iuris et de iure en el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, acogiendo la del a quo que la niega y, en consecuencia, entiende permisible con sustento en el principio de lesividad que en este caso no hubo lesión al bien jurídico o cuando más fue *“ínfima”*.

En el esfuerzo por enseñar que la tesis del de primera instancia es la correcta, con apoyo en doctrina advierte que la antijuridicidad material consagrada en el artículo 4 del Código Penal, convirtió los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, para enseguida reproducir en extenso el fallo de la Sala del 15 de septiembre de 2004, rad. 21064, relacionado con dicha clase de delitos, y citar otras¹.

¹ CSJ SP, 2 jul. 2008, rad. 29117; 18 nov. 2008, rad. 29183; 13 may. 2009, rad. 31362; 25 may. 2010, rad. 28773, referidas respectivamente a los delitos de injuria por vías de hecho (descartó que se configurara el de actos sexuales con menor de catorce años; aclarada el 5 de noviembre de 2008, rad. 30305), porte de estupefacientes (reconoce la ausencia de antijuridicidad material), defraudación a los derechos patrimoniales de autor (principio de lesividad y significancia del daño); y, falsedad en documento privado (afirma la lesión del bien jurídico).

Manifiesta que el rastreo jurisprudencial, evidencia que en materia de delitos sexuales, en especial los descritos en el capítulo II del Título IV del Código Penal bajo la denominación “*De los Actos Sexuales Abusivos*”, por tratarse de conductas de peligro abstracto o presunto admiten prueba en contrario, con el objeto de establecer si la conducta puso o no en riesgo real y efectivo el bien jurídico protegido por la norma penal, luego el Tribunal se equivoca al sostener la existencia de la presunción iuris et de iure.

Añade que los procesos de socialización de hoy son distintos a los de la década del 80, en la que se criminalizó el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sin que pueda pasar desapercibido el papel que juega la televisión e internet que permiten el acceso a páginas pornográficas. Esto, sin duda, incide en la formación de los menores y adolescentes, conduciendo a la iniciación sexual de hombres y mujeres a edad más temprana, sin que sea extraño que la relación sentimental vaya acompañada de trato sexual. Esta “*nueva mentalidad femenina*” no es ajena a M del M.M.S.

Como prueba del cambio cita el testimonio y peritazgo del médico psiquiatra Ricardo Sarmiento García, en los cuales se dice que la menor “*ya estaba cognitivamente en condiciones mentales suficientes para sostener, como ella lo dijo, su primera relación sexual*” e “*igualmente estaba en condiciones físicas para sostener esas relaciones sexuales, a pesar de tener menos de 14 años*”; aspectos que el Tribunal al ignorar le impidieron concluir que la conducta de CRISTIAN CAMILO

CORREA PINILLA, carecía de potencialidad *“para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela”*.

El casacionista al afirmar que la Corte progresivamente ha abandonado la presunción de derecho en materia de delitos sexuales y acogido la de hecho que admite prueba en contrario, hace una lectura equivocada de las decisiones citadas en el reparo, en especial de aquella que consideró como injuria por vías de hecho el comportamiento denunciado al concluir que *“no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales”*².

En efecto, la primera alude a un problema de variación de la calificación jurídica. Las otras³, enfatizan la vigencia del principio de antijuridicidad material a partir de lo previsto en el artículo 4 del Código Penal, o su ausencia en casos de insignificancia o de falta de lesividad del bien jurídico, sin que en ninguna se asuma que la validez del consentimiento en los actos sexuales abusivos admita prueba en contrario.

De otro lado, desde el Código Penal del 36 que consideraba violación carnal el acceso carnal con menor de catorce años⁴, el legislador siempre ha presumido iuris et de

² CSJ SP, 2 jul. 2008, rad. 29117.

³ CSJ SP, 18 nov. 2008, rad. 29183; 13 may. 2009, rad. 31362; y, 25 may. 2010, rad. 28773.

⁴ Art. 316. El que someta a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de esta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión. A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia.

iure la inmadurez de juicio del sujeto pasivo para prestar el consentimiento y su falta de desarrollo para realizar tal acto.

La Corte en sentencia del 12 de diciembre de 1967, sostuvo que:

“Si la víctima del acceso carnal es menor de catorce años (varón o mujer), se tiene también violencia carnal, pues esa persona no puede aceptar legítimamente el acto sexual, porque carece de madurez necesaria para ello...

La presunción establecida en el inc. 2º del artículo 316 del C.P. es de derecho, no admite prueba en contrario. Basta, por tanto, para que pueda hablarse de violencia carnal, que se haya cumplido el coito con persona menor de catorce años de edad, aunque no haya existido la menor violencia”.

A partir del Decreto 100 de 1980, los delitos contra la libertad sexual y el pudor sexuales, fueron clasificados no a partir del resultado sino de la modalidad de ejecución de la conducta: violencia, engaño y abuso.

Respecto de esta última categoría, se dijo que *“Cuando una persona se aprovecha de la inmadurez, de las condiciones de inferioridad psíquica, o de la inconsciencia de otra, no está ejerciendo violencia ni engaño. Simplemente está usando mal, esto es abusando de su relativa superioridad, natural o*

*accidental*⁵. Con fundamento en ello, consideró al acceso carnal con menor de catorce años como acto abusivo, sin eliminar la presunción de derecho sobre la invalidez del consentimiento.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad de los artículos 303 y 305 del citado decreto, cuya descripción típica es idéntica a la de los artículos 208 y 209 del actual Código Penal, la Corte Constitucional fue clara en señalar que la libertad del menor para disponer de su sexualidad no es plena, por falta de conciencia acerca de sus actos y de sus consecuencias.

Así lo reconoció cuando dijo, que:

“al tenor del artículo 5º de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Uno de ellos es el indicado en el artículo 12 ibídem, según el cual nadie será sometido a tratos degradantes. Los actos sexuales y el acceso carnal no lo son para una persona mayor, enteramente dueña de su comportamiento, mientras los lleve a cabo en forma voluntaria y libre; pero sí lo son, y en alto grado, cuando se obtienen de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación, como en el caso de los menores; su libertad -aquí alegada erróneamente por el actor- no es plena, pues carecen de una cabal

⁵ Acta Nro. 75, Comisión de 1974; Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, pág.50.

conciencia acerca de sus actos y las consecuencias que aparejan.

Y agregó, que:

“la razón de los preceptos acusados reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y auto-control propios de la persona mayor”⁶.

En dicha oportunidad, para salvar la contradicción entre las normas penales y civiles, dada la capacidad de la mujer menor de catorce años y mayor de doce para contraer matrimonio y el concepto de familia del artículo 42 de la Carta Política, la Corte Constitucional dijo que había una causa de justificación aun cuando el legislador no la hubiera previsto para las relaciones sexuales de quienes previamente habían contraído nupcias o establecido una familia por vínculos naturales.

La Corte Suprema de Justicia en vigencia del Código Penal de 1980, también sostuvo que se presume de derecho la incapacidad del menor para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad y la invalidez de su

⁶ CC C-194/94.

consentimiento en aras de la supuesta ausencia de antijuridicidad cuando lo ha prestado.

Así advirtió, que:

“Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto: iuris et de iure, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención que el casacionista plantea con apoyo en un autor Italiano, y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, en los cuales se sustenta el estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea.

Significa esto, que al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de

la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento.»⁷.

Tesis que ha mantenido invariable en vigencia de la Ley 599 de 2000, que en su artículo 208 reprodujo el 304 del citado Decreto 100 de 1980, cuyo bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales es lesionado, no obstante, el menor haya consentido el acceso carnal, por considerarlo inmaduro para asumir sus consecuencias.

Consideró, que:

“En atención a la edad de la víctima, el legislador presume de derecho -lo que implica que no se admita prueba en contrario- que ésta se halla en circunstancias de inferioridad, en un estado de incapacidad que es aprovechado por quien siendo un adulto no encuentra resistencia alguna a su actuar.

El abuso se cargaría al autor, por obrar sobre una persona menor de 14 años de edad, que no está en condiciones de asumir responsablemente el acto sexual. Nada interesaría, para estos fines, que la misma hubiera asentido el hecho, porque para tomar esas decisiones la ley la tiene como inmadura por la edad”⁸.

⁷ CSJ SP, 26 sep. 2000, rad. 13466. Véase también, SP, 4 feb. 2003, rad.17168.

⁸ CSJ SP, 11 dic. 2003, rad.18585. Además, SP. 1, nov. 2017, rad. 49845.

De lo expuesto, se concluye sin dubitación que contrario a lo afirmado por el demandante, la Sala reconoce que en el tipo penal del artículo 208 existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, razón por la cual, el bien jurídico tutelado se vulnera efectivamente cuando se accede carnalmente al menor de catorce años aún con su consentimiento.

Lo anterior, porque lo que presume el legislador es la falta de capacidad del menor para comprender “*el significado social y fisiológico del acto*”, o mejor aún, las consecuencias que se derivan de él, al considerar que no está preparado para asumir o enfrentar los eventuales resultados que se derivan del trato sexual.

En este sentido, para la estructuración del tipo penal es indiferente que el menor tenga noción y conocimiento de qué es y en qué consiste la sexualidad. La inmadurez que niega validez a su consentimiento, está vinculada con la falta de capacidad para afrontar el alcance y consecuencias que pueda generar en su vida el trato sexual antes de los catorce años de edad, *verbi gratia*, la condición de madre o padre, la crianza del recién nacido, su manutención, etc.

De ahí que carezca de toda relevancia que el Tribunal no hubiera apreciado que M. del M.M.S sabía y comprendía en qué consiste el acceso carnal, según lo dicho por el psiquiatra en su testimonio o lo concluido en el peritazgo, toda vez que la presunción *iuris et de iure* no admite prueba en contrario.

El cargo no prospera.

2. Falso juicio de identidad.

Según el recurrente, los errores de hecho originados en la mutilación, cercenamiento y distorsión de la prueba practicada en el juicio oral, llevó al Tribunal a dejar de aplicar el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal que contempla el error de prohibición.

En la introducción del cargo, reproduce el auto proferido por la Sala el 13 de noviembre de 2003, rad. 41011, el cual se refiere a dicha modalidad de error, los alegatos del Ministerio Público, lo expresado por los falladores de instancia sobre dicha temática, para concluir que el a quo acertó al decidir que el implicado actuó al amparo de la excluyente de responsabilidad penal.

Reprocha al Tribunal no haber reconocido la inmadurez del inculcado a partir de sus condiciones personales; exigir para la estructuración de la disculpante la demostración de que aquél era un lego en la materia; y, confundir el error de tipo con el de prohibición.

Translitera lo declarado en la audiencia de juzgamiento por la víctima M. del M.M.S, Marco Antonio Correa García, padre del acusado, y CRISTIAN CAMILO CORREA PINILLA, quien renunciara al derecho constitucional de guardar

silencio, testimonios que, según la censura, el Tribunal cercenó.

La conclusión del ad quem, según la cual, el intento de suicidio de la menor obedeció al conocimiento de la posible imposición de una pena de prisión a su novio, tergiversa la declaración de M. del M.M.S. Del mismo modo ignora partes de la versión de Marco Antonio Correa García, a partir de las cuales era pertinente inferir, que éste tampoco se representó que la relación de su hijo con la menor podía constituir delito.

Advierte el impugnante, que de las manifestaciones del implicado se desprende que sus padres nunca le advirtieron las consecuencias penales que le traería su relación sentimental con la menor, acusando al Tribunal de dejar de valorar las condiciones personales y la inexperiencia en lides sexuales de aquél.

En tales circunstancias, la mutilación llevó a fijar un alcance distinto a las pruebas mencionadas e impidió al ad quem reconocer el error sobre la ilicitud de la conducta, *“basado en la interpretación errónea que hizo el joven”* de la norma que consagra el ilícito.

Para el demandante la relación sentimental producto del amor entre los jóvenes y consentida por ambos, es *“razón suficiente para que el joven procesado, no pudiera dimensionar la ilicitud de su comportamiento, pues en su psiquis no se representó la idea de que sostener una relación sexual con una*

menor de 14 años –bajo los presupuestos que se ha hecho mención-, era considerada una conducta contraria al derecho”. Además, por ser la primera relación tampoco “fue consciente de la ilicitud de su comportamiento antes de la comisión de la conducta típica”.

En orden a mostrar la trascendencia del vicio en el fallo, se ocupa de los temas del derecho penal y la responsabilidad subjetiva, de la culpabilidad como juicio de reproche personal al autor y su función legitimadora de la pena, del error de prohibición y sus modalidades.

Con sustento en su exposición teórica, el demandante concluye que la conducta de CRISTIAN CAMILO CORREA configura el error de prohibición bajo la especie del error de subsunción, al considerar que la prueba muestra i) *“que nunca se le advirtió a Cristian Camilo Correa de la ilicitud de su comportamiento por parte de la familia”*; ii) que *“la relación de noviazgo era una relación de cariño y amor entre el procesado y la víctima”*; y, iii) su inmadurez.

Finalmente, para el casacionista resulta admisible que el endilgado tuviera capacidad y conciencia para conocer que *“una conducta ejecutada contra una persona, cuando medie un acto de violencia, es reprochable por el ordenamiento jurídico”*; sin embargo, le fue imposible comprender la ilicitud de su obrar porque la relación sexual fue fruto del amor y no de la violencia.

El Código Penal al prever en el numeral 11 del artículo 32 el error de prohibición, acoge en su solución la teoría de la “*culpabilidad estricta*”⁹, para la cual la invencibilidad del error excluye la culpabilidad, mientras su vencibilidad reprocha el comportamiento a título de culpabilidad disminuida.

*“Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000”*¹⁰.

De acuerdo con ella, el error de prohibición deja indemne el dolo que integra el tipo penal, al recaer sobre la conciencia de la antijuridicidad. De tal modo, la falta de conocimiento del injusto impone la absolución del autor por el hecho doloso; si la misma podía ser superada, subsiste la responsabilidad penal, siendo el sujeto pasible de pena atenuada.

Ahora bien, en correspondencia con la citada teoría tal conocimiento, como elemento de la culpabilidad normativa, es potencial. Para el estatuto punitivo, en esa misma línea, existe cuando la persona tiene “*la oportunidad, en términos razonables*” de actualizarlo.

⁹ CSJ SP, 13 jul. 2005, rad. 20929; 19 may. 2008, rad. 28984.

¹⁰ CSJ SP, 15 jul. 2009 rad. 31780.

De este modo, si la persona se representa como posible el carácter injusto de su acción, no obstante lo cual la realiza, actuará con conciencia actual de su antijuridicidad, en cuyo caso, analizar si podía superar el error resulta irrelevante porque ha actuado bajo ese conocimiento.

Así mismo, el error de prohibición directo o “*abstracto*”, se estructura cuando el autor obra en la creencia equivocada de que su comportamiento no constituye delito, porque ignora la existencia de la prohibición o supone que la norma no rige, es inaplicable por ser contraria a la Constitución Política, o ha sido derogada.

Siendo el error predicable del sujeto que actúa en esa situación, en orden a determinar si la conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento le era conocida, corresponde valorar sus cualidades, aptitudes y conocimientos personales.

Bajo los presupuestos anteriores, el casacionista tiene razón. Con independencia de la confusión del juez a quo al absolver al acusado bajo la hipótesis de la vencibilidad del error de prohibición, la cual por el contrario lo obligaba a imponer la mitad de la pena con estricta sujeción a lo previsto en el numeral 11 del artículo 32, y a la referencia indistinta al error de tipo, la prueba enseña que CRISTIAN CAMILO CORREA PINILLA no tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta, razón por la cual el ad quem yerra al revocar el fallo absolutorio para condenarlo.

El Tribunal niega la existencia del error por considerar al *“acusado sano de mente, inteligente, en último año de estudios secundarios, con acceso a los medios de comunicación y la informática, habiendo recibido como se hace en todo establecimiento educativo, plena y suficiente formación a este nivel, lo ubican en un plano de imputabilidad evidente, con capacidad de raciocinio para elegir entre lo lícito y lo ilícito”*.

Y con *“suficiente cognición para fijarse mentalmente que su comportamiento era contra derecho, en tanto incursionaba al apartamento de su novia siempre en soledad, nunca quiso darle la cara a la suegra para formalizar su relación, porque conocía que esa minoría de edad se convertía en una infranqueable barrera para repetir los accesos, en las condiciones que la misma joven narró, sin poder consentirlo jurídicamente”*¹¹.

En principio, la presunción iuris et iure en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, per sé no elimina el error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal. La admisión de una tal tesis, opuesta al principio de culpabilidad que orienta al derecho penal vigente contemplado en el artículo 12 del Código Penal, reviviría la proscrita responsabilidad objetiva. Bastaría establecer el injusto, para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente.

¹¹ Folio 19, sentencia de segunda instancia.

En este sentido, que el consentimiento del menor de 14 años carezca de eficacia jurídica, haciendo en principio punible el acceso carnal tenido con él, no implica que su autor sea culpable. La presunción de derecho establecida a su favor y no en perjuicio del autor, no impide que éste aduzca haber obrado bajo un error invencible de prohibición, cuyo reconocimiento excluye la responsabilidad penal.

Por esta razón, en cada caso particular y concreto, a partir de la prueba incorporada en el juicio oral, corresponde establecer la existencia del error bajo el cual obró y su invencibilidad, siempre que haya sido insinuada por él y alegada a su favor.

En el proceso quedó establecido que CRISTIAN CAMILO CORREA y la joven M. de M.M.S, ambos estudiantes en la época de los hechos, se hicieron novios y durante esa relación sentimental, mantuvieron trato sexual cuando ella aún no había cumplido los 14 años de edad. También que la madre del acusado advirtió a la de la menor, sobre la existencia de dicha relación ocultada por la pareja.

Sobre tales hechos, el Tribunal sustenta la sentencia. De los testimonios de M. de M.M.S, de Marco Antonio Correa García y del inculpado, apreciados en su integralidad como lo pide el recurrente, se advierte que CORREA PINILLA actuó en situación de error invencible que le impidió comprender la ilicitud de su conducta, bajo su convencimiento de que el trato sexual consentido por la menor y producto de la relación

amorosa y estable que mantenían era permitido, y por tanto, no punible.

Inicialmente, resulta pertinente señalar que M del M.M.S fue la primera novia del acusado. Que éste a pesar de sus dieciocho años, no había iniciado su vida sexual al igual que ella.

Así mismo que el inculpado fue educado y formado en un hogar humilde, compartido con sus abuelos y bajo los principios católicos, según lo manifestado por su progenitor. Igualmente que llevaba una “*vida muy normal*”, salía “*con mis compañeros y amigos del barrio*” y tenía amigas desde los “*13 años*”, como cualquiera otro estudiante o muchacho de su edad.

En el juicio oral, CRISTIAN CAMILO CORREA insistió en que no sabía que fuera “*delito amar*”. Para él las relaciones sexuales surgidas del amor siempre son lícitas. Este estado afectivo, a su juicio, hace permisible el consentimiento de la menor, al cual la ley le niega eficacia jurídica, bajo la creencia que no siendo el trato sexual producto de la violencia o del engaño, tampoco es abusivo.

Por eso mismo añadió, que nunca pensó sacar provecho del noviazgo con la joven y menos buscó su perversión.

Luego, el objeto de controversia se centra en determinar si el juicio del inculpado, de acuerdo con el cual, el trato

sexual producto de la relación amorosa es lícito o no. En este sentido, para él, es punible únicamente el que no está sustentado en el afecto, porque en estas condiciones su anuencia carece de eficacia.

En este asunto, no deja de ser relevante la inexperiencia del acusado en la vida sexual. Sugiere la idea que tenía para la época de los hechos o aún tiene, de que el trato sexual es posible cuando existe una relación afectuosa, en tanto su iniciación coincide con el noviazgo con la joven. Que dicha visión no corresponda con la de otros, no la hace descartable.

Es cierto que en el mundo moderno y la sociedad de hoy, la tecnología posibilita en mayor grado el conocimiento y el acceso a la información del hombre común. También las campañas oficiales en los medios de comunicación y las noticias relacionadas con los atentados sexuales y los delitos que suelen cometerse, permite la ilustración de las personas, y por tanto, le posibilitan distinguir entre lo lícito y lo ilícito.

Sin embargo, no siempre es así. Algunos, dadas las limitaciones económicas, las ocupaciones u otras razones, carecen de la oportunidad o tienen dificultad para acceder a los recursos tecnológicos, informáticos o de comunicación que les permita el conocimiento en el sentido señalado por el Tribunal. La probabilidad que ocurra, a pesar de la facilidad para acceder al conocimiento y la información, explica la consagración legal de la disculpante de la responsabilidad penal.

Para la Sala no pasa inadvertido que la escolaridad y el grado de educación, puedan mostrar que los estudiantes en razón de ella tengan la capacidad de distinguir entre lo que es delito y no lo es. Distinción que, desde luego, también dependerá de las condiciones personales, familiares, sociales y culturales de cada uno de ellos.

En el plenario lo único cierto es que el implicado adelantaba último año de educación media vocacional, sin existir elementos de juicio demostrativos de que sus estudios le hayan proporcionado la *“suficiente formación”* sobre la sexualidad, sus aspectos y delitos, a partir de los cuales se establezca la *“capacidad de raciocinio para elegir entre lo lícito y lo ilícito”* en esa materia en particular, como lo afirma el ad quem.

De tiempo atrás en los centros educativos se imparte educación sexual como parte del programa de formación de los estudiantes, pero en el juicio se ignora si la suministrada al acusado en el establecimiento en el cual adelantaba sus estudios, además de comprender las generalidades del comportamiento y vida sexual del ser humano, contemplaba la ilustración o información de las conductas que desde el ámbito del derecho penal son punibles.

Adicionalmente, no puede desconocerse que la educación media vocacional, no siempre ofrece a sus estudiantes los instrumentos y los recursos que les permita la

formación integral en temas de sexualidad, en el sentido y alcance fijados en la sentencia impugnada. Por lo general, en ella la educación sexual impartida, se limita hacia la prevención y los medios que hagan posible su ejercicio responsable, con la finalidad de evitar consecuencias indeseadas.

Además, la condición de estudiante no excluye el error y su invencibilidad, toda vez que la posibilidad de actualizar el conocimiento depende de la situación personal del autor en el caso concreto y no necesariamente de su grado de instrucción.

De otro lado, el hecho de que a Marco Antonio Correa, le pareciera normal la relación de su hijo con la menor, cuando este le contó de su noviazgo con M del M.M.S, al limitarse a pedirle que no olvidara sus estudios en vez de prevenirlo sobre las consecuencias de tener trato sexual con la joven o aconsejarlo que la terminara, contribuyó a que en el acusado persistiera la creencia errónea de estar obrando conforme a derecho.

También la explica, que el noviazgo de M del M.M.S y el acusado terminara, cuando la progenitora de la menor fue advertida por la madre de este sobre dicha relación afectiva, y no porque alguno de los dos hubiera advertido que el trato sexual que mantenían era punible. Hasta ese momento, el entendimiento de CORRERA PINILLA no era distinto al de

estimarlo lícito por ser fruto del amor, afecto que en su sentir legitimaba el consentimiento de ella.

Los anteriores hechos relevantes en la configuración del error, a los cuales la sentencia les otorga otro alcance a partir de la prueba cuestionada, muestran que el estudiante, por causas razonables, no tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento potencial del injusto por el cual fue condenado en segunda instancia.

En este sentido, el error no es controvertido por el relato de la menor al psiquiatra forense, según el cual, *“ella (mi mamá) me dijo que me iba a llevar a hacer una cosa pa’ saber si yo era virgen o no y yo estaba muy estresada porque si se daban cuenta lo metían a la cárcel”*¹². En él, M del M.M.S revela las posibles consecuencias penales para su novio, en razón de su edad.

Sin embargo, este conocimiento no es el constitutivo de la excluyente de la culpabilidad. Estaría relacionado con la invalidez del consentimiento de la menor. Para el acusado, por el contrario, la relación amorosa lo hacía eficaz.

Y para negar el error, también se aduce que mientras la pareja buscaba la soledad para sus encuentros sexuales, el inculpado ocultaba el noviazgo a la progenitora de la menor, pero no a sus padres. Primero, es obvio que las relaciones

¹² Folio 37 del cdno. 1. Dicho dictamen es prueba, y fue introducido en el juicio oral por el médico psiquiatra Ricardo Sarmiento García.

íntimas no se mantienen a la vista de las personas como tampoco se publicitan; segundo, las sentimentales pueden oficializarse o no, existiendo diversas razones para esconderlas.

Finalmente, la aseveración del tribunal, conforme con la cual *“pese a su edad –menor-, sí era consciente de las consecuencias del acto desplegado sobre ella por parte de su enamorado, al punto que trató de quitarse la vida por un posible encerramiento carcelario”*, revela el comportamiento asumido por M del M.M.S y no el del novio, olvidando que el error se predica de él y no de la joven.

Conforme con lo visto, CORREA PINILLA estudiante de último grado, proveniente de un hogar humilde, inexperto en su vida sexual, mantuvo durante el noviazgo con M del M.M.S trato sexual, cuando la joven aún era menor de catorce años.

Para él, el trato sexual fundado en el afecto, otorgaba eficacia al consentimiento de su pareja. Creía que producto del amor, su asentimiento tenía validez jurídica sin importar la edad. Error invencible disculpante de su responsabilidad por el hecho típico y antijurídico, e insuperable dadas las condiciones en que mantuvo trato sexual con la menor, sin que su intención estuviera orientada a abusar de ella por su edad.

En tales condiciones, la relación de noviazgo establecida con la menor y la ausencia de prueba que permita entrever la

posibilidad de conocer el injusto, a pesar de sus estudios, constituyen las causas razonables que lo llevaron a creer que el trato sexual consentido con la menor no era punible por estar fundado en el amor y no en la violencia, el engaño y el abuso.

Como quiera que el Tribunal le fijara un alcance distinto a la prueba u omitió aspectos relevantes de la mencionada en el libelo, el cargo prospera.

En consecuencia, la Sala casa la sentencia y, en su lugar, deja en firme el fallo proferido en primera instancia, mediante el cual se absuelve al implicado de los delitos imputados en la acusación.

Por consiguiente, se dispondrá la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el procesado por razón de esta actuación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de las República y por autoridad de la ley

RESUELVE

Casar el fallo del 17 de mayo de 2017 proferido por el Tribunal Superior de Manizales, de acuerdo con el cargo segundo de la demanda y en su reemplazo dejar en firme el dictado el 13 de noviembre de 2014 por el Juzgado 5° Penal

del Circuito de esa ciudad que absolvió a CRISTIAN CAMILO CORREA PINILLA.

En consecuencia, se dispone la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el procesado por razón de esta actuación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Aclaración de voto



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
ACLARO VOTO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAI ME H U M B E R T O M O R E N O A C E R O



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria