ERROR DE TIPO/ Causal de exclusión de la responsabilidad penal/ Creencia equivocada que tuvo el sujeto activo sobre la real edad de la menor víctima/ Ausencia de prueba técnica sobre la edad puede ser suplida por otro medios probatorios/ In dubio pro reo

“(…) las testigos son coincidentes en aseverar que la ofendida físicamente aparentaba una edad superior a la cronológica, e igualmente se tiene por probado que en verdad la agraviada le mintió al Procesado respecto de su verdadera edad, al decirle que tenía 15 años, por temor a que se malograra la amistad que había surgido entre ellos; de igual forma la Sala no observa ningún tipo de intención por parte de los testigos de querer favorecer al acusado, tanto es así que ofrecieron una explicación razonables y plausible respecto del por qué solo en el juicio hicieron alusión de lo acontecido entre la víctima y el Procesado en todo aquello que tenía que ver con la edad que la agraviada le hizo creer que tenía. Tal situación sirve de presupuesto para colegir que existía la posibilidad que el Procesado AGM de manera insalvable haya actuado bajo la equivocada o desatinada concepción de la realidad al creer que la joven `D.A.T.T.´ detentaba una edad superior a la de los 14 años, cuando en verdad ello no era así.”

“(…) en el proceso no se adujo una prueba técnica o pericial que demostrara que para la época de los hechos la ofendida, como consecuencia de su desarrollo físico o morfológico, representaba una edad superior a la cronológica, pero tal falencia, acorde con los postulados del principio de la libertad probatoria, en un principio se podría decir que ha sido suplida con los testimonios absueltos tanto por la víctima `D.A.T.T.´ como por la Sra. MARÍA NELLY ROJAS DE TREJOS, quienes de manera coincidente aseveraron que la ofendida aparentaba una edad mayor a la que en verdad tenía, lo cual para la Sala si bien no demuestra de manera idónea ese tópico, si partimos de la base que existen pruebas que son más idóneas y eficaces que otras para la acreditación de ciertos supuestos o eventos, como acontecería en el subexamine en el cual una prueba pericial emitida por perito morfológo tendría más poder suasorio que una prueba testimonial para demostrar que por su desarrollo y sus características físicas la agraviada representaba una edad biológica superior que la de su edad cronológica, si tiene la relevancia suficiente como para plantar y hacer que germine en favor del acriminado la semilla de la duda racional.”

Citas: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencias de 8 de marzo de 1988 -rad. 20377-, de 7 de septiembre 2005 -rad. 18455-, de 3 de junio de 2009 -rad. 28649- y de 10 de abril de 2013 -rad. 40116-; doctrina: SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto, “Lecciones de Derecho Penal Parte General”, 2ª Edición. Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2011. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Manual de Derecho Penal Parte General”, 5ª edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 212 del 10 de marzo de 2016 H: 8:00 a.m.

Pereira, jueves diez (10) de Marzo de Dos mil dieciséis (2.016).

Hora: 8:06 a.m.

Procesado: AGM

Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años.

Rad. # 660016000058200801666-01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Revoca el fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto y sustentado de manera oportuna por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el 9 de agosto del 2.012 por parte del Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **AGM** por incurrir en la comisión del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES Y SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Los hechos que dieron génesis a la presente actuación procesal tuvieron ocurrencia en esta municipalidad en horas de la tarde del 11 de agosto del 2.008 en las instalaciones de la Clínica *“Comfamiliar”*, sitio hacia donde el cual la Sra. MARÍA NELLY ROJAS DE TREJOS, en compañía de su menor nieta “D.A.T.T.” de 11 años de edad, acudieron para visitar a un pariente que se encontraba hospitalizado en dicho dispensario médico*.*

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se dice que el Sr. AGM, quien para la época de los hechos se desempeñaba como camillero de la clínica, convenció a la menor D.A.T.T. para que lo acompañara a un sector ubicado entre la morgue y la capilla, sitio donde procedió a satisfacer su lujuria mediante cortejos y seducciones que conllevaron a una serie de besuqueos y de manoseos en los senos, la vagina y las nalgas de la menor, la cual una vez abandonó ese lugar procedió a contarle a su abuela lo acontecido con el Sr. AGM.

1. Ante el Juzgado 6º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las calendas del 13 de septiembre del 2.011, la Fiscalía le imputó cargos a AGM por incurrir en la presunta comisión del delito de acto sexual violento. De igual forma al Procesado AGM se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El 10 de octubre del 2.011 fue presentado por parte de la Fiscalía el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual, en las calendas del 5 de diciembre del 2.011 se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, vista pública en la que la Fiscalía le endilgó cargos al Procesado AGMpor incurrir en la presunta comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años.
3. La audiencia preparatoria se efectuó el 1º de febrero del 2.012, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró en sesiones llevadas a cabo los días 12 y 13 de julio del 2.012. Finalizada las etapas propias del juicio, se anunció el sentido del fallo, el cual fue de carácter condenatorio. Luego, el 9 de agosto del 2.012 se llevó a cabo la audiencia de lectura del fallo, en la cual, a su finalización, la Defensa interpuso un recurso de apelación el que posteriormente fue sustentado por escrito de manera oportuna.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida el 9 de agosto del 2.012 por parte del Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado AGM por incurrir en la comisión del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años, quien fue condenado a purgar una pena de 115 meses de prisión.

Para poder pregonar la responsabilidad criminal del acusado AGM, inicialmente el A quo partió del supuesto consistente en que en el proceso estaba plenamente acreditada la ocurrencia de los hechos, o sea los tocamientos lujuriosos, de tipo erótico-sexuales, que el Procesado AGM, con la intención de satisfacer su libido, le efectuó a la niña *“D.A.T.T.”* quien para la época de los hechos tenía 11 años de edad, en esa tarde del 11 de agosto del 2.008 en las instalaciones de la Clínica *“Comfamiliar”*.

De igual forma el A quo expuso que del contenido del acervo probatorio, en especial de lo atestado por la menor victima en asocio con lo expuesto por el perito psicólogo, era posible demostrar sin hesitación la responsabilidad criminal del Procesado AGMen la comisión del delito de acto sexual abusivo.

En lo que corresponde con la tesis propuesta por la Defensa, en el sentido que el Procesado debía ser absuelto en atención a que cometió el delito bajo el amparo de la causal de exclusión de la responsabilidad criminal del error de tipo, porque en su sentir fue engañado por la agraviada respecto de su verdadera edad, el A quo la rechazó con base en los siguientes argumentos:

* Si bien es cierto que la menor en la audiencia pública admitió haberle mentido al Procesado respecto de su edad, según el A quo lo dicho por la agraviada en tales términos es una retractación que tenía por objeto favorecer al acusado, la cual no era digna de credibilidad en atención a que eso nunca se lo dijo en el relato que le ofreció a los investigadores del C.T.I. ni a los psicólogos, máxime cuando no habían válidas razones para que ocultará o callará lo que supuestamente aconteció con el Procesado.
* En la actuación está demostrado que cuando el Procesado abusó de la menor, ella detentaba la edad de 11 años, y no existe prueba alguna que permita predicar que cuando sucedieron los hechos la menor de marras aparentaba una edad superior a la biológica.
* En la actuación está acreditado que la ofendida es una niña campesina de buenas costumbres, hacendosa, cándida y virtuosa, lo cual no se acompasaba con ese tipo de comportamientos que son propios de una mujer enamoradiza y casquivana, como lo pretende hacer creer la Defensa en su hipótesis defensiva.

Con base en lo anteriores argumentos, el A quo concluyó que no estaba acreditado el error de tipo pregonado por el Defensa y en consecuencia procedió a declarar la responsabilidad criminal del Procesado AGMpor incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**EL RECURSO DE APELACIÓN:**

Las razones o motivos por los cuales el recurrente discrepa del contenido del fallo confutado, radican en que su opinión en el presente asunto si estaba demostrado probatoriamente que el acusado cometió el delito bajo el amparo de la causal de exclusión de la responsabilidad criminal del error de tipo, pero que el A quo no apreció en debida forma las pruebas que demostraban esa situación, razón por la cual solicita a la Colegiatura la revocatoria del fallo confutado y la subsecuente absolución del Procesado AGMde los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, argumenta el recurrente que en efecto la Defensa siempre ha aceptado que los hechos si tuvieron ocurrencia, o sea los actos lujuriosos a los que la menor *“D.A.T.T.”* fue sometida por parte del Procesado AGM, pero de igual forma asegura el recurrente que en el proceso se demostró la ocurrencia del error de tipo, o sea todo aquello relacionado con que para la época de los hechos la ofendida representaba una edad superior a la que en verdad tenia, lo cual afloró de manera espontánea en el devenir del juicio a partir del testimonio absuelto por la Sra. MARÍA NELLY ROJAS DE TREJOS, quien expuso que su nieta le había dicho que en efecto ella le mintió al camillero sobre su edad porque le dijo que estaba próxima a cumplir 15 años, razón por la que, en sentir del apelante, Ellos perdieron interés sobre lo acontecido, tanto es así que se lo pusieron en conocimiento de la Fiscalía.

Asimismo expone el recurrente que la Sra. MARÍA NELLY ROJAS DE TREJOS en su testimonio fue clara en aseverar que en efecto su nieta aparentaba una edad mayor a la que tenía, de lo cual se ufanaba tanto ante sus compañeros de colegio como ante otras personas.

Según el apelante, lo dicho por la Sra. MARÍA NELLY ROJAS es corroborado con el testimonio de la menor *“D.A.T.T.”* quien expuso que en efecto ella le mintió al Procesado sobre su edad al decirle que iba a cumplir 15 años de edad, e igualmente manifestó que ella y el camillero, con quien conversaba mucho, se hicieron muy buenos amigos.

De igual forma el apelante afirma que el A quo tergiversó el testimonio absuelto por el psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA, con el cual pretendió hacer creer que para la época de los hechos la edad física de la agraviada correspondía con su edad biológica, lo cual no es correcto en atención a que el Dr. OLMEDO CARDONA, por su especialidad, no detentaba la idoneidad ni la capacidad para expresar una opinión sobre tales asuntos, aunado a que para la fecha en la cual Él entrevistó a la agraviada habían transcurrido casi 4 años desde la ocurrencia de los hechos, razón por la que dijo que la ofendida presentaba una edad normal como para cualquier adolescente.

Finalmente el apelante argumentó que el inexplicable error en el cual incurrió el Juez de primer nivel al momento de la apreciación del acervo probatorio, se debió a que la percepción que tenia del Procesado ya se encontraba contaminada y por ende lo traicionó el subconsciente debido a que meses atrás había condenado a AGMa la pena de 9 años de prisión por incurrir en la comisión de un delito similar al que ahora resultó acusado. Razón por la cual el recurrente alega que el Juez A quo debió quitarse de encima ese prejuicio, en atención a que por la razón que el Procesado haya sido declarado culpable en ese primer delito, no necesariamente quiere decir que también lo sea en ese nuevo asunto que concitaba su atención.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión de esta Corporación, según las voces del # 1º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente alzada.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidades sustanciales o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a las partes y demás intervinientes, que de manera negativa pueda incidir para que esta Sala de Decisión se abstenga de desatar el presente recurso de apelación y en su defecto proceda a decretar oficiosamente la nulidad de la actuación.

**- Problema Jurídico:**

En opinión de la Sala, del contenido de las razones del disenso expresadas por el apelante en la alzada, se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el Juez A quo en algún tipo de error al momento de la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que Procesado AGMse encontraba amparado por la causal de exclusión de la responsabilidad penal del error de tipo consagrado en el # 10º del articulo 32 C.P. lo cual implicaba que en su favor se debió dictar una sentencia absolutoria?

**- Solución:**

Para poder solucionar el problema jurídico propuesto por el apelante, la Sala inicialmente efectuará un breve y somero estudio de la causal de exclusión de la responsabilidad penal del error de tipo, y con base en ese marco teórico analizará el acervo probatorio acorde con los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, para de esa forma determinar si en efecto el Juez de primer nivel, al momento de la apreciación de las pruebas, incurrió o no en los yerros denunciados por el recurrente, los que supuestamente le impidieron darse cuenta que el Procesado AGMcometió el reato por el cual fue acusado bajo el amparo de la egida de la causal de exclusión de la responsabilidad penal del error de tipo consagrado en el # 10º del articulo 32 C.P.

Como punto de partida tenemos que la causal de exclusión de la responsabilidad criminal del error tiene su fundamento en el conocimiento o la creencia equivocada que tiene el sujeto activo respecto de la realidad al momento de cometer la conducta punible, lo que trae como consecuencia que se presente un ostensible divorcio entre la realidad real y aquella que de manera equivocada solo existe en la psiquis del procesado.

Es de anotar que cuando el conocimiento errado de la realidad afecta los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, Vg. el sujeto pasivo, la conducta o el objeto, lo que a su vez conlleva a la exclusión del dolo, tal fenómeno se le conoce como error de tipo, como bien lo ha destacado la Corte de la siguiente manera:

*“El error de tipo hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tenga carácter fáctico, esto es de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario)…”[[1]](#footnote-1).*

Acorde con la doctrina, dicho error de tipo:

*“Puede versar sobre: 1)* ***el objeto material****: la persona autorizada para llevarse una cosa por equivocación se lleva otra diferente; 2)* ***el sujeto activo****: el autor cree que no puede ser sujeto activo del delito; 3)* ***el sujeto pasivo****: el autor cree que la persona ha muerto y le sepulta no obstante que está viva, y 4)* ***la conducta****: el sujeto cree que suministra al enfermo el remedio y le da una sustancia toxica. No es posible el error sobre la parte subjetiva del tipo.*

*El error sobre un elemento normativo puede consistir en la equivocación o ignorancia sobre el significado o el sentido del sustrato fáctico del elemento, como, por ejemplo, si el sujeto se lleva una cosa ajena al confundirla con una suya similar y al creer que no era ajena sino propia; o puede recaer sobre el significado jurídico exacto de un elemento normativo, al creerse de manera equivocada que el supuesto de hecho no encaja en el concepto normativo consignado en la descripción legal.*

*También puede ocurrir que el error del sujeto verse sobre la interpretación del significado jurídico preciso de un elemento normativo, al creer de manera equivocada que el supuesto de hecho no encaja en el elemento normativo descrito en el tipo, como en el caso de que alguien sabe que desempeña una función pública pero no se considera a sí mismo como funcionario público, concretamente cuando un jurado de votación en un debate electoral sabe que desempeña una función pública en forma transitoria pero cree que no es funcionario público, no obstante que los es por mandato del articulo 20 C.P.……”[[2]](#footnote-2).*

A su vez, cuando la creencia o percepción equivocada de la realidad vicia es la consciencia o el conocimiento de la antijuridicidad, afectando de esa manera la Culpabilidad de la conducta,a ese evento se le denomina Error de Prohibición, el cual, como lo bien lo ha establecido la doctrina, se subdivide en directo en indirecto, acorde con lo siguiente:

*“Error directo es el que se presenta cuando el autor no conoce, en cuanto tal, la norma prohibitiva referida directamente al hecho y toma licita la acción. Ello puede suceder si se presenta una de las siguientes tres situaciones:*

*En primer lugar, cuando el agente no conoce la norma prohibitiva, como sucede en los ejemplos siguientes: el autor cree que es ajustado a derecho destruir los productos agrícolas para evitar la baja de los precios, por ignorar las prohibiciones legales (Código Penal, articulo 304); el sujeto propaga epidemia, sin tener conocimiento de la existencia de la norma que prohíbe tal actuar (artículo 369); en fin, el indígena comete incesto sin saber que tal actuar está prohibido (Código Penal, articulo 237), etc. Estos son los típicos casos de ignorantia legis, por lo que se les conoce como error sobre la existencia de la prohibición.*

*En el segundo lugar, puede suceder que el autor conozca la norma prohibitiva, pero la considere no vigente, e incurra en un error a su validez. Ejemplos: el indígena –que conoce la prohibición: articulo 376 en concordancia con el artículo 11 de la Ley 1.453 de 2011- vende hojas de coca pero considera que la norma no rige en su resguardo donde imperan sus propias leyes; el sujeto activo siembra arbustos de coca, en cantidad no permitida, por las mismas razones (confróntese, articulo 375), etc. A estos eventos se les denomina, por ello, como error sobre la validez de la norma.*

*Para terminar, en tercer lugar, puede acaecer que el autor interprete equivocadamente la norma y la repute no aplicable. Ejemplos: el agente cree licito realizar acceso carnal con una menor de catorce años que ha perdido la virginidad (Código Penal, articulo 208); el autor cree ajustado a derecho realizar acceso carnal mediante violencia con una prostituta, pues entiende que la tutela penal (artículo 205) solo cobija a las mujeres honestas. Para referirse a estas hipótesis, la doctrina habla del error de interpretación o error de subsunción.*

*En segunda instancia, debe estudiarse el error indirecto, o sea, el que recae sobre una causal de justificación del hecho, que a su vez puede ser de tres clases: en primer lugar, puede acontecer que el agente se equivoque de la existencia de una justificante, al suponer la presencia de una causal de exclusión de la antijuridicidad no prevista por el ordenamiento jurídico. Ejemplos: el funcionario judicial estima permitida por el derecho consuetudinario, la aceptación de un valioso regalo de Navidad procedente de una parte interesada (hipótesis de cohecho: Código Penal, articulo 405, también posible caso de ausencia de tipicidad por tratarse de una conducta socialmente adecuada que excluye la imputación objetiva); el mecánico de autos cree permitido apropiarse del automóvil dejado en reparación y nunca reclamado, para pagarse los gastos realizados (caso de abuso de confianza: Código Penal, artículo 249). A estos eventos se les denomina error sobre la existencia de una justificante.*

*En segundo lugar, puede pasar que el agente yerre sobre los límites de una justificante y desborde las exigencias legales para que –en el caso concreto- concurra una causal excluyente de la antijuridicidad, lo que se traduce en una situación de exceso motivada por un error. Ejemplos, el agente de la autoridad, después de tratar capturar al delincuente sin emplear violencia, opta por causarle algunas heridas en su integridad corporal para vencer la resistencia verbal opuesta por aquel (Código Penal, articulo 11 y siguientes y 416, error sobre los límites del ejercicio de un cargo público o del cumplimiento de orden legitima, según el caso); el acreedor, después de ejercer su derecho por las vías legales sin éxito, cree permitido tomar con violencia la cartera del deudor moroso la suma de dinero adeudada (error sobre los límites en el ejercicio de un derecho subjetivo). Estos son los casos de error sobre los límites de una justificante que, en unión del error sobre la existencia, conforman el error de prohibición…”[[3]](#footnote-3).*

Al aplicar el anterior marco conceptual al caso en estudio, se tiene que el debate gira en torno a determinar si en efecto el Procesado AGMactuó o no bajo la egida del error de tipo, al tener una equivocada concepción de la realidad en lo que atañe con la edad de la menor *“D.A.T.T.”,* quien, según los reclamos de la Defensa, le dijo que estaba por cumplir 15 años de edad en el momento en el que sostuvo ese encuentro lujurioso con el acusado en el cual GALLEGO MUNERA la besuqueó y la manoseó en algunas de sus partes erógenas.

Para encontrar una respuesta a ese interrogante, inicialmente debemos tener como válidas las siguientes premisas fácticas que están plenamente acreditadas en la actuación procesal, las cuales, como acertadamente lo expuso el A quo, han sido admitidas de manera uniforme por las partes:

* Está demostrado que cuando ocurrieron los hechos, el 11 de agosto del 2.008, la menor *“D.A.T.T.”* estaba próxima a cumplir los 12 años de edad si partimos de la base que según el certificado de registro civil de nacimiento, la agraviada nació el 23 de octubre de 1.996.
* Entre el Procesado y la Ofendida tuvo ocurrencia un *“encuentro”* consensual de tipo lujurioso, en el cual el Procesado la besó y le manoseó la vagina, los senos y las nalgas a fin de satisfacer sus apetencias libidinosas.

De lo antes expuesto, en un principio se desprende que a pesar que la perjudicada accedió de manera voluntaria para que el procesado la manoseará y la besuqueará, tal situación no se constituye en óbice alguno para considerar que el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años no haya tenido ocurrencia, en atención a que por la temprana edad de la víctima: 12 años, se tiene establecido que el consentimiento de una persona menor de 14 años para ejercer tales menesteres se encuentra viciado y por ende no es válido, como bien lo ha destacado de vieja data la Jurisprudencia en los siguientes términos:

“Por consiguiente, se pude concluir que los bienes jurídicos tutelados son la libertad y la dignidad humana. En cuanto al primero, es decir, la libertad sexual que no es otra cosa que la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyo límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos.

 (:::::)

En otras palabras, se protege en forma directa la determinación sexual de la persona, la cual no puede ser violentada, anulada o viciada, siendo un imperativo normativo que se presume la invalidez del consentimiento expresado por persona menor de 14 años o por quien se encuentre en estado de inconsciencia por causa física o síquica……”[[4]](#footnote-4).

Ahora, como quiera que la Defensa alega que en el caso en estudio el Procesado no puede responder penalmente por incurrir en la comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años como consecuencia de un error de tipo en el que fue inducido por parte de la propia víctima, quien le había hecho creer que estaba próxima a cumplir 15 años de edad, lo que en su sentir, acorde con todo lo dicho en párrafos anteriores, excluiría el dolo de su accionar como consecuencia de la errada concepción que tenía sobre uno de los elementos integrantes del delito objetivo: la edad del sujeto pasivo. Para la Sala la tesis propuesta por la Defensa en la alzada encuentra asidero en las pruebas habidas en el proceso, las que nos enseñan lo siguiente:

* La testigo MARÍA NELLY ROJAS DE TREJOS, quien funge como abuela de la agraviada, expuso que después que pasó la confusión generada por los hechos ocurridos en la clínica, a finales del año 2.011 sostuvo un diálogo con su nieta, en el cual ella le comentó que le había mentido al camillero, de quien se había hecho amiga, respecto de su edad, porque ella le dijo que tenía 15 años, tanto es así que hasta le cursó una invitación para el quinceañero[[5]](#footnote-5). De igual forma la testigo expuso que en efecto su nieta aparentaba más edad.
* La ofendida “D.A.T.T.”, después de narrar todo lo relacionado con el episodio libidinoso acontecido con el Procesado AGM, con quien entabló una amistad, es categórica en reconocer que le mintió respecto de su edad cuando Él le propuso que fueran novios, y ella por temor a que no le hablara más, decidió decirle que estaba próxima a cumplir 15 años de edad[[6]](#footnote-6), siendo esa la razón por la cual faltó a la verdad. De igual forma, expone la testigo que el ahora Procesado se enojó cuando ella le dijo que no podían ser novios, y ahí fue cuando él le estampó un ósculo en la boca y le manoseó los senos, lo cual hizo que tuviera miedo, razón por la cual salió corriendo con destino hacia la habitación en donde estaba su abuela, quien al verla nerviosa la indagó por lo que le pasaba, y ahí fue cuando ella le contó lo que le había acontecido con el camillero, lo que a su vez provocó una reacción de su abuela quien salió en búsqueda del camillero para hacerle los reclamos del caso.

Por otra parte la declarante expuso que ella siempre ha aparentado más edad de la que ha tenido, e igualmente asevera sobre las razones por las cuales en el juicio decidió hacer alusión a que había mentido sobre su edad, las que se deben a que a finales del año 2.011 estuvo dialogando sobre lo acontecido con un pariente, a quien le comentó lo que en verdad había pasado, y él le aconsejó que hablará con su abuela, y así fue como ella le dijo que le había mentido al camillero respecto de su edad.

De lo dicho hasta aquí, se desprende que las testigos son coincidentes en aseverar que la ofendida físicamente aparentaba una edad superior a la cronológica, e igualmente se tiene por probado que en verdad la agraviada le mintió al Procesado respecto de su verdadera edad, al decirle que tenía 15 años, por temor a que se malograra la amistad que había surgido entre ellos; de igual forma la Sala no observa ningún tipo de intención por parte de los testigos de querer favorecer al acusado, tanto es así que ofrecieron una explicación razonables y plausible respecto del por qué solo en el juicio hicieron alusión de lo acontecido entre la víctima y el Procesado en todo aquello que tenía que ver con la edad que la agraviada le hizo creer que tenía. Tal situación sirve de presupuesto para colegir que existía la posibilidad que el Procesado AGMde manera insalvable haya actuado bajo la equivocada o desatinada concepción de la realidad al creer que la joven *“D.A.T.T.”* detentaba una edad superior a la de los 14 años, cuando en verdad ello no era así.

Ahora bien, es cierto que en el proceso no se adujo una prueba técnica o pericial que demostrara que para la época de los hechos la ofendida, como consecuencia de su desarrollo físico o morfológico, representaba una edad superior a la cronológica, pero tal falencia, acorde con los postulados del principio de la libertad probatoria, en un principio se podría decir que ha sido suplida con los testimonios absueltos tanto por la víctima *“D.A.T.T.”* como por la Sra. MARÍA NELLY ROJAS DE TREJOS, quienes de manera coincidente aseveraron que la ofendida aparentaba una edad mayor a la que en verdad tenía, lo cual para la Sala si bien no demuestra de manera idónea ese tópico, si partimos de la base que existen pruebas que son más idóneas y eficaces que otras para la acreditación de ciertos supuestos o eventos, como acontecería en el subexamine en el cual una prueba pericial emitida por perito morfológo tendría más poder suasorio que una prueba testimonial para demostrar que por su desarrollo y sus características físicas la agraviada representaba una edad biológica superior que la de su edad cronológica, si tiene la relevancia suficiente como para plantar y hacer que germine en favor del acriminado la semilla de la duda racional.

De igual manera se podría decir que con el testimonio del psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA LONDOÑO se desvirtuaba todo lo dicho por la víctima *“D.A.T.T.”* como por la Sra. MARÍA NELLY ROJAS DE TREJOS, sobre la edad aparente de la ofendida, en atención a que dicho experto expuso que cuando analizó a la agraviada, ella representaba la edad que tenía: 14 años. Pero lo dicho por el perito CARDONA LONDOÑO no puede ser de recibo para la Sala por lo siguiente: 1) Cuando ese experto entrevistó y evaluó a la ofendida, octubre del 2.011, habían pasado más de 3 años respecto de la ocurrencia de los hechos; 2) El perito no se encontraba en capacidad e idoneidad para expresar una opinión en tales términos, debido a que la ciencia de la cual se dice que es experto no lo habilitaba para emitir conceptos médicos propios de la anatomía y de la fisiología que le permitan conceptuar sobre la estructura y la morfología de los seres vivos.

En resumidas, la Sala es de la opinión que en la actuación procesal existían una serie de dudas insalvables que acorde con los postulados del principio del *in dubio pro reo* operaban en favor del Procesado AGM, respecto a que cuando besuqueó y manoseó con fines libidinosos a la menor *“D.A.T.T.”*, posiblemente lo hizo bajo la egida de la causal de exclusión de la responsabilidad penal del error de tipo consagrado en el # 10º del articulo 32 C.P. al creer erradamente que la ofendida era mayor de 14 años de edad.

Ante tal situación, la Sala concluye que en el presente asunto el A quo erró en la apreciación del acervo probatorio, el cual, como lo reclama el recurrente, no cumple con los presupuestos requeridos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condenada.

Siendo así las cosas, la Sala procederá a revocar el fallo confutado y en consecuencia absolverá al Procesado AGMde los cargos por los cuales fue llamado a juicio. Asimismo, como quiera que el encausado se encuentra en detención preventiva, se ordenará su inmediata liberación, salvo, claro está, que se encuentre privado de la libertad por orden de cualquier otra autoridad jurisdiccional competente.

Otro aspecto que bien vale la pena ser atendido por la Colegiatura es el relacionado con la vulneración del principio de congruencia, en atención a que el Juez A quo no se dio cuenta que la Fiscalía con las pruebas allegadas al juicio no pudo demostrar la ocurrencia del delito por el cuál fue llamado a juicio el procesado. Recordemos que la Fiscalía acusó al encartado por incurrir en la presunta comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, por lo que para acreditar su teoría del caso le asistía la obligación de demostrar que: a) Efectivamente la ofendida fue víctima de unas maniobras erótico-sexuales diferentes del acceso carnal; b) Que dichas maniobras eróticas se llevaron a cabo de manera consensual.

Al confrontar lo anterior con lo acontecido probatoriamente en el presente asunto, se tiene que del contenido de lo atestado por la menor *“D.A.T.T.”* se desprende que los actos sexuales que le dispensó el Procesado no resultaron ser tan consensuales como en un principio se aparenta que fueron, si se tiene en cuenta que dicha menor expuso que el Procesado reaccionó de manera violenta y sorpresiva ante su negativa de la propuesta que GALLEGO MUNERA le hizo para que fueran novios, y ahí fue cuando de manera sorpresiva procedió a besarla y a manosearle los glúteos, los senos y la vagina.

Tal situación era indicativa que los actos eróticos-sexuales estuvieron precedidos de un comportamiento violento, situación está que desnaturalizaba el reato por el cual el Procesado fue llamado a juicio para tornarlo en un delito diferente como lo es el de acto sexual violento, el cual se edifica en un núcleo factico diferente, como lo es el consistente en que el sujeto agente se vale de la violencia, física o moral, para vencer la resistencia o doblegar la voluntad de la víctima, para de esa forma satisfacer con ella sus apetencias lujuriosas.

Para ofrecer una mejor ilustración sobre las diferencias habidas entre los 2 reatos en cuestión, la Sala acudirá a un añejo precedente de la Corte, el que aún se encuentra vigente, en el que se trató sobre esta temática pero haciendo la salvedad que la misma fue en torno a los tipos penales básicos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo:

“Cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años (art. 303 del Código Penal) la conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cual se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor presenta. Ante la falta de resistencia de este último, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido, porque su víctima ha asentido a ello.

En cambio, cuando el menor de catorce (14) años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción, y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia mostrada por la víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo……..[[7]](#footnote-7)”.

Todo lo antes expuesto nos hace colegir que en el presente asunto el Ente Acusador no pudo demostrar válidamente uno de los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir sentencia condenatoria, como lo es la ocurrencia del delito por el cuál al acusado le fueron endilgados cargos, que en el caso subexamine es el reato de acto sexual abusivo con menor de 14 años, debido a que las pruebas practicadas en el juicio oral son indicativas en demostrar la ocurrencia de un delito atentatorio contra la libertad sexual pero completamente distinto a aquel por el cual el acriminado fue acusado: Acto sexual violento. Tal situación ha generado una especie de incongruencia entre la acusación y lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, lo que conspiraría de manera negativa para que el fallador de instancia pudiera llegar a ese grado de conocimiento -certeza- que se requiere como necesario para poder edificar un fallo condenatorio, puesto que en su psique existirían varias hipótesis respecto del delito: a) La plasmada en la acusación; b) Lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, en detrimento de lo expuesto en el escrito de acusación.

Tal ambivalencia relacionada con la ocurrencia del delito, daría lugar a que germinará la semilla de la duda razonable, la que tiene que ser resuelta en favor del procesado, acorde con los postulados del principio “*in dubio pro reo*”, plasmado en el inciso 4º del artículo 29 C.N. y el artículo 7º C.P.P. por lo que al Juez de instancia no le quedaba otra alternativa diferente que la de absolver al acriminado de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Sobre lo anterior, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, resulta ostensible que no todos los presupuestos reseñados se satisfacen, pues es evidente que la fiscalía mantuvo la imputación fáctica y jurídica tal como la propuso en la audiencia de formulación de acusación, es decir, que siempre aseguró que los procesados desplegaron actos encaminados a poner a la ofendida en incapacidad de resistir y nunca le pidió al juez de conocimiento que fallara por un comportamiento punible diferente. **Lo anterior era ya más que suficiente para que el juez no pudiera hacer cosa distinta a absolver por la conducta acusada, si apreciaba que la fiscalía no le trajo el convencimiento necesario para condenar**…….”[[8]](#footnote-8).

Finalmente, y a modo de colofón, se observa que el Honorable Magistrado JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ ha solicitado ser relevado del conocimiento del caso subexamine en atención a los estrechos lazos de amistad que lo lían con la Dra. FABIOLA LUCERO DIAGO MONTILLA, quien en el presente asunto funge como Fiscal Delegada.

Ante tal situación, y como quiera que es un hecho público y notorio los estrechos vínculos de amistad habidos entre los aludidos Letrados, la Sala, acorde con la causal de impedimento consagrada en el # 5º del articulo 56 C.P.P. aceptará el impedimento expresado por parte del Dr. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ para ser relevado del conocimiento de la presente actuación.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 9 de agosto del 2.012 por parte del Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **AGM**por incurrir en la comisión del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años.

**SEGUNDO:** **ABSOLVER** al Procesado AGM de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación, o sea los relacionados con la presunta comisión del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años.

**TERCERO: ORDENAR** la inmediata libertad del Procesado AGM, salvo que se encuentre privado de la misma por orden de cualquier otra autoridad jurisdiccional competente.

**CUARTO: ACEPTAR** el impedimento expresado por parte del Honorable Magistrado JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ para ser relevado del conocimiento de la presente actuación.

**QUINTO: DECLARAR** que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentando dentro de las oportunidades de Ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

*Con impedimento*

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diez (10) de abril de 2.013. Rad. # 40116. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-1)
2. SUAREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, en Lecciones de Derecho Penal, Parte General: Paginas # 252 y 253. 2ª Edición. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2.011. [↑](#footnote-ref-2)
3. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Manual de Derecho Penal. Parte General: paginas # 540 y 541. 5ª edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2.013. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del siete (7) de septiembre 2005. Rad. # 18455. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. [↑](#footnote-ref-4)
5. Registro # 19:20 al # 21:17. [↑](#footnote-ref-5)
6. Registro # 34:00 al # 38:00 [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del ocho (8) de marzo de 1.988. Proceso # 2037. MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del tres (3) de junio de 2009. Proceso # 28649. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-8)