



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 266 60 00203 2015 00173
Acusado	A. F. M. B.
Delito	Acto sexual abusivo con menor de 14 años (Art. 208 CP, modificado Art. 4° Ley 1236 de 2008)
Hechos	Noviembre 2014 en establecimiento GANA de la Calle 140-B Sur, Barrio Mandalay, Caldas, Antioquia
Denunciante	CPGA, madre de la víctima, menor varón de 11 años, JFGG.
Juzgado a quo	Juzgado Penal del Circuito de Caldas, Antioquia
Asunto	Apelación de sentencia de condena por trámite ordinario dictada el 27 junio 2016 (f. 161-169, co-1)
Consecutivo	SAP-S-2016-53
Aprobado por acta N°	N° 351 de 26 de octubre de 2016
Audiencia de lectura	Lunes 31 de octubre de 2016; Hora: 8:35 am; S-2
Decisión	Se confirma sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

ACLARACION PREVIA: En la publicación por cualquier medio de esta providencia, se eliminarán los nombres del menor de edad, así como de la denunciante y del procesado, por respeto a sus más elementales derechos tales como la intimidad, la dignidad y la honra¹.

1.- ASUNTO

¹ En sentencia de 13 febrero de 2008, Rad. 28.742 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Alfredo Gómez Quintero, se expresó: “La Sala omite el nombre de la víctima por la prevención natural de no divulgar datos que la identifiquen o puedan conducir a su identificación. En el Código del menor existía la prohibición expresa de no publicar esos datos en las providencias judiciales (artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989); sin embargo, el artículo 301 del C. del M. fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) que rige a partir del 8 de mayo de 2007./Con todo, la Sala Penal de la Corte continúa con esa línea de pensamiento (no publicar el nombre del menor víctima de delitos sexuales) en razón a que estima que la determinación contribuye con la finalidad del código de la Infancia y la Adolescencia relativa a garantizar a niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en la comunidad (art. 1 de la Ley 1098 de 2006)”. Así mismo, en auto de 24 marzo de 2010, Rad. 33.433, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, dijo la alta Corporación: “Se omite identificar a la menor y a su progenitora por respecto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo previsto en los artículos 47, numeral 8°; 192 y 193, numeral 7° de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)”. También se deben tener en cuenta las Reglas de Heredia. http://www.iijusticia.edu.ar/Reglas_de_Heredia.htm

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra del ciudadano A. F. M. B.

2.- IDENTIFICACION DEL ACUSADO (Arts. 128. 288-1° y 337-1 CPP)

Es el ciudadano A. F. M. B., de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° XXXXXXXX de Caldas, Antioquia; nacido el 22 julio 1996; hijo de O. A. y A. DE J. ocupación tendero, estado civil soltero, alfabeto, residente en la vereda La Chuscala de Caldas, Antioquia; Tel. XXXX.

3.- HECHOS, ACTUACION PROCESAL, FALLO IMPUGNADO DE PRIMERA INSTANCIA Y APELACION

En el mes de noviembre de 2014 el menor de edad JFGG, se dirigió al puesto GANA ubicado en la Calle 140-B-Sur, Barrio Mandalay, Caldas, Antioquia, para hacer una recarga y pago de luz, el tendero A. F. M. B. lo invitó a entrar, lo empujó al baño, allí le introduce el pene en su boca, luego le bajó los pantalones e intentó penetrar analmente al menor, pero en esos instantes llegó una cliente que llamó a la puerta, momentos que aprovechó el menor para huir.

En el mes de enero de 2015 el menor le comenta a su mamá de la agresión sexual del mes de noviembre de 2014 (f. 40, co-1).

El implicado A. F. M. B. fue encontrado responsable mediante sentencia de 27 junio 2016 (f. 161-169, co-1). Se le impone una sanción de 144 meses de prisión, con las accesorias de rigor. Se niega subrogado penal y prisión domiciliaria (f. 169, co-1).

El señor abogado defensor, doctor YOVANY ALEXANDER MUÑOZ CORREA, interpone y sustenta recurso de apelación (f. 171-180, co-1). Solicita revocatoria de la sentencia y en su lugar que se profiera una de absolución.

El señor Fiscal 254 Seccional, doctor LUIS FERNANDO BARRENECHE PEREZ, solicita confirmación de la sentencia de condena (f. 183-185, co-1).

4.- FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta puntual a los argumentos presentados por las partes.

4.1 No se siguieron los protocolos del médico. La falta de residuos y cicatrices

Dice el abogado defensor que se debe dictar sentencia absolutoria porque el médico que valoró al menor no siguió los protocolos donde él debió, primero, entrevistar a la madre del menor y después hacer seguir al niño para examinarlo físicamente, que cuando lo examina en la boca no le encuentra ningún residuo que pruebe científicamente y clínicamente que hubo una penetración tanto oral como analmente, pues el menor fue penetrado dos veces por el ano y en ningún momento dejó cicatriz sabiendo que aún pase el tiempo le deja unas cicatrices (f. 172 *in fine*, co-1).

El señor Fiscal Seccional, expresa que por el simple paso del tiempo no se detectaron huellas y que no hubo penetración anal.

➤ **La Sala responde:**

Los hechos sucedieron a mediados del mes de noviembre de 2014 y el examen lo realiza el médico en enero de 2015, es decir, luego de dos meses, tiempo suficiente para no detectar espermatozoides en la boca del niño, lo cual es apenas obvio y elemental, sin que se requiera pericia para establecer tal aspecto el cual hace parte de la lógica común o del conocimiento profano.

Pero si se quiere un concepto profesional al respecto, el mismo médico legista dijo en juicio que por el paso del tiempo no era posible encontrar evidencia de penetración sexual lo cual, por supuesto, no descarta la existencia del hecho.

Expresa el Art. 373 del CPP/2004:

Artículo 373. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

Nuestro ordenamiento procesal penal está regido por el principio de libertad probatoria (artículo 373 del Código de Procedimiento Penal), según el cual los hechos y circunstancias que interesan al proceso pueden demostrarse a través de cualquier medio de prueba previstos en la Ley² siempre que cumpla las exigencias de legalidad y licitud³.

La Ley 906 de 2004 solo prevé una tarifa legal en sentido negativo que se encuentra regulada en forma expresa en el artículo 381 del CPP, según el cual la sentencia condenatoria no puede fundarse exclusivamente en prueba de referencia⁴.

No se requiere pues la prueba que exige el apelante.

Además, no es cierto que se presentara una penetración anal; entonces si no la hubo mucho menos se van a encontrar las cicatrices que extraña el censor.

El apelante no demostró qué trascendencia tiene en la adecuación típica de los hechos que el médico no interrogue primero a la madre sino al niño, así que su afirmación se queda en el terreno de lo especulativo.

Afirma el médico legista AVENDAÑO AYALA que siguió el protocolo de medicina legal al recibir la entrevista al menor víctima de delito sexual y en la valoración sexológica (Art. 402 CPP), aspecto no impugnado por el censor.

4.2 **Que no se determinaron circunstancias de tiempo, lugar y modo exactos**

Para el censor, es necesario para efectos de dictar una sentencia de condena que se refiera el lugar exacto de comisión el delito, la hora y el día precisos, lo que no se hizo (f. 173, 176, 179 y 180, co-1).; que todo sucedió por problemas previos con el menor, que es una retaliación por unos supuestos insultos.

Por su parte, el señor Fiscal Seccional dice que se brinda una fecha, un lugar y un tiempo suficiente para considerar la real existencia de los hechos.

² CSJ SP134-2016, rad. 46.806 de 20-01-16

³ CSJ SP14839-2015, rad. 45.682 de 28 octubre 2015

⁴ CSJ SP14839-2015, rad. 45.682 de 28 octubre 2015

➤ **La Sala responde:**

Si la teoría de la defensa era la tesis conspirativa en el sentido que todo es mentira del niño, que todo es imaginación del infante, y que es una retaliación por unos supuestos insultos, entonces debió demostrarla cabalmente, pues la fiscalía demostró su teoría del caso, sin que sea necesario determinar el lugar con una especie de coordenadas geográficas como lo entiende el defensor, pues se haría imposible juzgar delitos que se comentan en parajes rurales.

Los datos que suministró el niño abusado sexualmente, tales como el GANA del Barrio Mandalay del municipio de Caldas, Antioquia (lugar) ubicado en el parquecito cerca a su casa o vivienda, a mediados de noviembre de 2014 (fecha), son suficiente para establecer tiempo y lugar del hecho⁵. La existencia del lugar, además, fue confirmada *in situ* por los padres del menor abusado sexualmente.

La descripción del lugar donde ocurrieron los hechos, incluido su interior, realizada por el menor, concuerda con la brindada por la señora D. P. S. M., razón adicional para colegir que el lugar existe y está en el parquecito cercano al lugar de residencia de la víctima.

Con respecto a la teoría conspirativa ha explicado la Corte⁶ que *“es aquella que se apoya en la creencia según la cual cualquier acontecimiento con relevancia en la sociedad, sobre todo si tiene repercusiones negativas, es el producto de la acción oculta, aunque poderosa, de grupos de personas que atienden a designios malvados o, al menos, intereses egoístas. En términos más generales, obedece al criterio de que todo lo malo que pasa es la obra de la voluntad de un poder maligno”*.

La teoría conspirativa la deberá demostrar el apoderado del implicado como su teoría del caso en oposición a la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, aspecto que, se reitera, aquí no ocurrió, pues el censor se limitó a exponer la tesis de la conspiración sin demostración alguna. Es que en verdad *“postular sin mayor sustento una teoría conspirativa impide, o por lo menos dificulta, la crítica racional”*⁷.

También se ha explicado que⁸:

Esta situación (de irracionalidad en la simple propuesta de teorías conspirativas, por un lado, y de realidad histórica de determinadas conspiraciones, por el otro) implica, para efectos penales, algunas consecuencias, entre las cuales la Sala destaca:

(i) Es posible argumentar teorías conspirativas, bien sea como fundamento de una hipótesis acusatoria, o de una estrategia de defensa. Esto es, pueden constituirse, dentro de la Ley 600 de 2000, en tema de prueba, solicitud probatoria, alegato, etc., o en lo que la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal vigente para el sistema acusatorio) se denomina teoría del caso.

No obstante, para su prosperidad, quien la plantea no debe limitarse a la sola proposición, ya que tiene la carga procesal de sustentar de

⁵ CSJ SP11648-2015, rad. 46.482 de 7 octubre de 2015

⁶ CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

⁷ CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

⁸ CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012

manera razonable los fundamentos de su postura (esto es, mediante elementos de convicción pertinentes y conducentes, así como con argumentos de hecho o de derecho, relacionados con la aserción fáctica –atinente al complot– que se pretende demostrar).

Cuando se trata de demostrar la acusación, esta carga equivale a la necesidad de derruir la presunción de inocencia para proferir fallo condenatorio. Y cuando la hipótesis es de la defensa, la teoría deberá ir acompañada del respaldo probatorio suficiente como para propiciar el debate y la crítica racional, pues de lo contrario jamás podrá generar una duda (dado el irracionalismo implícito de la propuesta).

(ii) Aunque son susceptibles de ser tema de prueba (es decir, objeto de la controversia probatoria), las teorías conspirativas de ninguna manera pueden constituir un medio de persuasión racional. Esto significa que no sirven para elaborar reglas de la experiencia con base en ellas.

De acuerdo con la Corte, las máximas empíricas son construcciones teóricas, argüidas por el intérprete de la norma, que tienen relación con las costumbres, cultura y cotidiano vivir de grupos humanos en un contexto dado. Como son asimilables a leyes científicas, tienen pretensiones de carácter general o universal (aunque serían más equiparables a proposiciones de alta probabilidad), razón por la cual deben ajustarse a la fórmula lógica “*siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B*”.

Vistas de esta manera, las teorías conspirativas, en su forma más sencilla, siguen siendo contrarias a la razón, pues estaría implícito el principio según el cual ‘*siempre o casi siempre que ocurre algo malo, es el producto de la acción oculta de un poder ruin o de un grupo de personas con fines malvados*’. Esto es absurdo, pues la realidad nos enseña, entre otras cosas, que sucesos de esa índole ni siquiera son intencionales, que otros son el resultado de acciones individuales, o azarosas, o no secretas, e incluso que organizaciones poderosas e influyentes pueden actuar de manera bienintencionada.

Y cuando la regla de la experiencia se refiere a situaciones concretas de las cuales es posible desprender el *modus operandi* de un grupo inmerso en actividades delictivas, ya no estaría fundada en teorías conspirativas, en tanto no aludiría a una influencia secreta, oculta o clandestina, sino al proceder ordinario, suficientemente conocido en eventos anteriores, de bandas u organizaciones criminales.

(iii) De hecho, si de lo que se trata es de plantear una máxima empírica relativa al problema objeto de estudio, sería, conforme a lo expuesto en precedencia, la siguiente: ‘*siempre o casi siempre que alguien plantea una teoría conspirativa, lo hace basado en una convicción infundada*’.

La anterior formulación no impide que, en algunos casos, la situación problemática que haya dado pie a la actuación procesal se explique en razón del comportamiento, en su momento desconocido, de un grupo de individuos con fines bajos. Como ya lo aclaró la Sala en su jurisprudencia de casación, el enunciado de una máxima de la

experiencia puede llegar a ser inocuo si los medios de conocimiento la desvirtúan, es decir, si se demuestra que en realidad lo que aconteció fue el evento menos probable:

“En otras palabras, a partir de una particular experiencia jamás podrá construirse una hipótesis que suprima o elimine a la regla general, esto es, a la que sea estimada como la más próxima al comportamiento humano en el contexto en donde se produjo el caso. Pero, por otro lado, una máxima empírica que no cuente con una base fáctica o hecho indicador adecuado (derivado de las pruebas obrantes en la actuación), nunca logrará establecer la verdad o falsedad histórica del suceso fáctico aducido, así el planteamiento cumpla con el requisito de universalidad y, en teoría, se ajuste a las conductas propias del entorno.

“Es decir, además de los argumentos, las pruebas siempre podrán derrumbar las conclusiones fácticas derivadas de las reglas de la experiencia, pero éstas carecen de la virtud de imponer, sin el apoyo fáctico necesario, la existencia del fenómeno. Por eso, las reglas de la experiencia van precedidas de la frase ‘siempre o casi siempre’ y no de la expresión ‘todas las veces’. En este sentido, guardan similitud con enunciados de probabilidad (del estilo ‘en esta situación, lo más frecuente es’ o ‘bajo estas condiciones, existe una propensión a’) y no con leyes científicas en estricto rigor”⁹.

En síntesis, como no es un imposible empírico que algunos hechos obedezcan a las maquinaciones ocultas de terceros, quien plantea la teoría conspirativa, ya sea como hipótesis acusatoria o como medio de defensa, tiene la carga procesal de sustentar los fundamentos de su explicación.

Toda conspiración, entonces, debe ser racionalmente demostrada.

La teoría de la defensa no se logró demostrar.

4.3 Error de tipo

Para el defensor, se debe reconocer el error de tipo (f. 174-175, co-1).

El Fiscal Seccional dice que no hay lugar a la aplicación de dicho instituto jurídico.

➤ La Sala responde:

Sobre el tema del error de tipo, esta misma Sala de Decisión en oportunidad anterior explicó¹⁰:

“Recuérdese que el error de tipo, que en el esquema causalista recibía el nombre de error esencial de hecho¹¹, hace inexistente el delito por falta de uno de sus elementos: la culpabilidad¹².

⁹ Sentencia de 2 de noviembre de 2011, radicación 36544.

¹⁰ Radicación N°: 05001-31-04-016-2006-00357-01 (2005-339); Aprobado mediante acta N° 294 de diecinueve (19) septiembre de dos mil seis (2006), Vs, Argiro de Jesús Vélez Serna y Otros. Sala integrada por los magistrados, Nelson Saray Botero —ponente— Santiago Apráez Villota y León Darío Botero Escobar

“La doctrina ha expuesto sobre el particular:

“Se trata, pues, de un error que se apodera y domina la mente, determinando un proceder conforme al juicio falso del sujeto activo. Se reconoce así que el error es una de las más frecuentes obras humanas, la que denota cuanto el ser tiene de aventurero, deficiente e improvisador (...) Es lo fortuito del intelecto mejor preparado. Más aún, se dice que sin trascender los errores no puede el hombre llegar a sabio, según las inducciones socráticas (...) De allí que desde antiguo se hubiera absuelto a los equivocados y visto en el fondo de la conducta la ausencia de claridad para el acierto y de elementos aptos para la misma acción”¹³.

“El error de tipo no es más que el ignorar que se está realizando el aspecto objetivo del supuesto de hecho respectivo, se presenta una desarmonía entre los tipos objetivo y subjetivo. Es una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad”¹⁴.

“El error es de tipo cuando el momento cognoscitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura. En otras palabras, hay error de tipo, deviniendo la conducta atípica. Así, por ejemplo, (...) Pedro tiene relaciones sexuales consentidas con Luisa menor de 13 años, convencido de que tiene más de 14 años de edad”¹⁵.

“Según la teoría estricta del dolo, propia del causalismo (donde el dolo es valorado o malo, es conocimiento de los hechos y de la antijuridicidad, y se estudia en sede de culpabilidad; por eso es considerada como teoría psicológica) el error de tipo o de hecho puede ser: **(i)** Invencible: en cuyo caso la conducta es típica y antijurídica; no es culpable porque no hay dolo, por tanto, se debe absolver; y **(ii)** Vencible: en cuyo caso la conducta es típica y antijurídica; no hay dolo, no hay delito doloso, pero subsiste la culpabilidad culposa, razón por la cual se puede condenar por delito culposo si se encuentra el tipo penal culposo correspondiente.

“Por su parte, la teoría estricta de la culpabilidad, propia del Finalismo (donde el dolo es avalorado o neutro, pues es solo conocimiento de los hechos que se estudia en sede del tipo penal, mientras que la culpabilidad es normativa porque está integrada por: juicio de reproche o imputabilidad, el poder actuar de otra manera o exigibilidad de la conducta y conocimiento potencial de la antijuridicidad) el clásico error de tipo, esto es, el error sobre los elementos de la descripción legal, puede ser: **(i)** Invencible: caso en el cual no hay dolo, pues el autor no sabe que lo que hace es prohibido y es, por tanto, conducta atípica que da lugar a la absolución; y **(ii)** Vencible: donde no hay tipicidad

¹¹ CSJ., sentencia de septiembre 8 de 1961

¹² CSJ. Sala Penal. Sentencia de 28 de febrero de 1990. En: Régimen penal colombiano. Legis, p. 131

¹³ Luis Carlos Pérez. Derecho penal, general y especial, tomo I, Bogotá : Temis, 1981

¹⁴ Fernando Velásquez Velásquez, Derecho penal. Parte general. 2 ed. Bogotá : Temis, 1995, p. 369

¹⁵ Fernando Velásquez Velásquez, Derecho penal. Parte general. 2 ed. Bogotá: Temis, 1995, p. 369. En el pie de página 152 cita a ZAFFARONI, así: “Cuando el aspecto cognoscitivo del tipo no abarca el aspecto objetivo en la forma típicamente requerida, la conducta no será dolosa, no habrá dolo y será atípica”, p. 369

dolosa, pero subsiste la culpabilidad culposa o juicio de reproche, razón por la cual se condena por el tipo penal culposo, si hay tipo culposo”.

Los ejemplos clásicos de error de tipo¹⁶ son el del expedicionario que en el bosque dispara contra un oso, pero con la sorpresa de que es su compañero disfrazado como tal, a quien da muerte; y el del acceso carnal con mujer menor de 14 años cuando el sujeto agente está convencido de que es mayor.

Por su parte, el error de prohibición o de derecho, que así se denomina en el causalismo que sigue la teoría estricta del dolo, el error también puede ser: **(i)** invencible: donde la conducta es típica y antijurídica, no hay dolo, no hay culpabilidad, por tanto, la conducta es impune y se debe absolver; y **(ii)** vencible: la conducta es igualmente típica y antijurídica, no hay dolo, esto es, no hay delito doloso, pero subsiste la culpabilidad culposa, por tanto, se condena por delito culposo, si la legislación contempla un tal comportamiento.

Según la teoría estricta de la culpabilidad, propia del finalismo, el error de prohibición, esto es, sobre la permisión de la conducta, donde el autor sabe lo que hace pero supone, erróneamente, que está permitido, el error puede ser: **(i)** invencible: hay dolo, la conducta es típica y antijurídica, pero no hay reproche porque no tuvo conocimiento de la antijuridicidad y no pudo obrar de otra manera, por tanto, se debe absolver; y, **(ii)** vencible: si se sigue a WELZEL con su teoría estricta, entonces por la conciencia potencial del injusto se debe condenar por delito doloso pero con pena atenuada por razones de política criminal; mientras que con la teoría limitada que surge en 1952 con sentencia del Tribunal Superior Alemán, si el error es normativo, siempre se debe condenar con pena atenuada, pero si el error es fáctico, se condena por delito culposo si existe tal tipo penal.

Los ejemplos clásicos de error de prohibición¹⁷ son el de la inglesa que practica el aborto en país donde está prohibido con la conciencia de que está permitido como en su país de origen, y el evento de la defensa putativa.

Sobre el error de tipo la jurisprudencia de la Sala ha dicho que: “**El error de tipo invencible** es la errada interpretación que no le era exigible al autor superar, o en otros términos, que ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa habría podido llegar a otra conclusión, esto es, que el error invencible no depende de culpa o negligencia. Y, el **error de tipo vencible** es aquella falsa representación que el autor había podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible, es decir, el error que le era dado superar atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias temporo-espaciales que rodearon el hecho¹⁸ (CSJ AP, rad. 36.579 de 10 abril 2013).

➤ El caso concreto

¹⁶ Art. 32-10 CP/2000: “Se obre por error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa./ Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto del hecho privilegiado”

¹⁷ Art. 32-11 CP/2000: “Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena ser rebajará en la mitad. / Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sent.*, segunda instancia de 6 de julio de 2005, rad. 22.299.

Si se pregona error en la conducta de la edad del menor quiere decir que se aceptan los hechos, solo que hay error en cuanto a la edad del menor que el sujeto agente considera mayor de 14 años.

El filiado lo que afirmó en juicio fue que todo es una mentira creada por el niño, que todo es imaginación del infante, y que es una retaliación por unos supuestos insultos.

La edad del menor es de 11 años para el momento de los hechos, adicionalmente, nadie ha afirmado que aparentase una edad superior.

Al contrario de lo que sucede en los delitos sexuales que contienen el ingrediente valorativo de la violencia, el bien jurídico que el legislador pretende proteger con la consagración de la norma por la cual se procede no reside en el amparo de la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en la salvaguardia a favor de quienes no tienen autonomía para determinar en dicho ámbito su comportamiento (CSJ SP, rad. 33.022 de 20 octubre 2010).

El menor de 14 años no tiene libertad de disposición sexual. Según la jurisprudencia, esta presunción acerca de la ausencia de juicio y discernimiento en el menor de catorce años opera de pleno derecho. En palabras de la Sala: “[...] 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 la sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención [...] y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, en los cuales se sustenta el estado estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea”¹⁹.

No hay lugar al reconocimiento del error que pregona el abogado defensor.

4.4 Vulneración de la defensa técnica

El abogado defensor enuncia vulneración de la defensa técnica (f. 174, co-1); dice que no se le permitió contrainterrogar.

Para el fiscal seccional, el defensor no cumplió con las reglas del contrainterrogatorio.

➤ La Sala responde:

Aparte de la mención de la infracción del debido proceso por yerro en la defensa técnica, el nuevo defensor realmente no desarrolla la impugnación

Sin embargo, se debe precisar que

La defensa técnica del procesado se vulnera cuando concurren los siguientes cuatro elementos²⁰:

¹⁹ Sentencia de 26 de septiembre de 2000, radicación 13466. En el mismo sentido, fallos de 4 de febrero de 2003, radicación 17168; 26 de noviembre de 2003, radicación 17068; 11 de diciembre de 2003, radicación 18585; 7 de septiembre de 2005, radicación 18455; y 5 de noviembre de 2008, radicación 29053; entre otros.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-395 de 2010 y Sentencia T-750-A de 2013

1. El defensor cumplió un papel meramente formal, sin que existiera algún tipo de estrategia jurídica o procesal

Al respecto, en la sentencia de la Corte Constitucional T-395 de 2010 se indicó: *“Esto implica que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. A este respecto, la jurisprudencia ha puesto de presente que las fallas de la defensa no pueden estar referidas a aspectos que se encuentren por dentro de la estrategia del abogado para proteger los intereses del sindicado. En efecto, el defensor cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de su cargo. Por tal motivo, para comprobar la vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, es necesario que haya una ausencia evidente de estrategia por parte del defensor. En palabras de la Corte: ‘Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes cuatro elementos: que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada’. [Sentencia T-654 de 2011]. Ello implica que, para que se pueda alegar una vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier asomo de estrategia”*.

1

2. Las deficiencias en la defensa no son imputables al procesado o no son resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia.

Frente a este requisito se señaló por la Corte Constitucional en la sentencia T-395 de 2010 que: *“Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia. Así, sin perjuicio de que el reo ausente cuente con las acciones y recursos pertinentes, no puede este válidamente alegar deficiencias en la defensa técnica, en sede de tutela, cuando ellas han sido efecto de su intención de evadir los efectos de la respectiva decisión judicial. Ello se debe a que, en este caso, su interés, al ser antijurídico, dejaría, lógicamente, de estar protegido por el ordenamiento. En tal situación se encuentran, entre otras, quienes, conociendo la existencia de un proceso penal en su contra, no se presentan ante la justicia con el fin de evitar su responsabilidad. Al respecto la Corte ha afirmado que: ‘Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar (...) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado” [Sentencia T-654 de 1998]. A su vez, en otra ocasión, distinguiendo entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia, dijo: // ‘En el caso del procesado ausente, debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica [Sentencia C-488 de 1996]”*.

3. La falta de defensa es determinante en la decisión judicial.

4. Se evidencia una vulneración ostensible de los derechos fundamentales del procesado.

Respecto de este requisito en la citada sentencia T-395 de 2010 se expuso que: *“Si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o no aparejan una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra la respectiva decisión judicial. // En este orden de ideas, la ausencia de defensa técnica debe haber tenido repercusiones respecto de otros derechos fundamentales del sindicado y debe evaluarse dentro del contexto general del derecho al debido proceso. En tal medida, si, a pesar de las deficiencias en la defensa, el sindicado es absuelto, no puede afirmarse que se haya perpetrado una vulneración del derecho fundamental de defensa técnica. Ello se debe a que el derecho a la defensa técnica, es parte integrante del derecho al debido proceso, que tiene un carácter teleológico. Por tal razón, a pesar de que el derecho a la defensa técnica es autónomo, en estos casos es necesario considerarlo a partir del derecho al debido proceso, el cual, pese a sus imperfecciones puntuales, puede lograr su objetivo general, aquel en función del cual está establecido como derecho fundamental, que es la protección de los derechos sustanciales del sindicado. Carecería de objeto pretender su protección, cuando el sindicado ya ha sido absuelto”*.

Realmente, el derecho de defensa no se viola porque el defensor asuma una determinada estrategia defensiva que no prospera²¹, así como tampoco hay nulidad por diferencia de criterios en tema de estrategia defensiva²².

No se puede alegar vulneración de garantías procesales y defectos en la defensa técnica por no ganar el proceso ni obtener una decisión favorable a los intereses del procesado²³. Es que cada defensor asume su propia estrategia defensiva²⁴.

Así entonces, no se advierte vulneración del derecho a la defensa técnica.

Con respecto a las preguntas del contrainterrogatorio las mismas fueron objetadas por el señor fiscal en la medida que no se referían a los temas tratados en el interrogatorio directo, es decir, que el defensor no cumplió con las reglas del contraexamen consagradas en el artículo 391.2 del CPP/2004 (concordante Art. 393 CPP).

El contrainterrogatorio a testigos hace parte esencial del derecho a la confrontación y del debido proceso.

Las reglas e instrucciones que se deben seguir en el contrainterrogatorio, son las siguientes:

REGLAS E INSTRUCCIONES SOBRE EL CONTRAINTERROGATORIO	
1	Se debe limitar a los temas o áreas abordados en el interrogatorio directo (Art. 391.2 CPP).
2	Su finalidad es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo (o perito) ha contestado (Art. 393-a y Art. 418.1 CPP).
3	Se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la

²¹ CSJ SP rad. 26.467 de 3 mayo 2007; CSJ AP rad. 33.478 de 24 febrero 2010

²² CSJ AP rad. 30.696 de 27 julio 2009; CSJ AP rad. 33.078 de 09 diciembre 2009

²³ CSJ AP, 14 noviembre de 2007, rad. 28.639

²⁴ CSJ SP, 23 abril de 2008, rad. 29.118

	propia audiencia del juicio oral (Art. 393-b CPP). Es decir, que también se extiende a todas aquellas áreas relacionadas con la credibilidad del declarante ²⁵ y de su relato ²⁶ .
4	El testigo, luego del concontrainterrogatorio, deberá permanecer a disposición del juez durante el término que éste determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, según la parte final del Art. 393 del CPP.

Otros propósitos del concontrainterrogatorio son²⁷:

- a) Apoyar aspectos positivos a la teoría del caso del concontrainterrogador o acreditar las propias proposiciones fácticas.
- b) Destacar aspectos negativos de la teoría del caso de la contraparte.
- c) Impugnar la credibilidad del testigo de la parte contraria e impugnar la credibilidad del testimonio, en aspectos tales como: (i) por el comportamiento del testigo mientras declara y la forma en que lo hace; (ii) por la naturaleza o carácter del testimonio (contradicciones importantes o versiones increíbles o exageradas); (iii) por el grado de capacidad para percibir, recordar o comunicar los hechos; (iv) por la existencia o inexistencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo; (v) por las manifestaciones anteriores del testigo; (vi) impugnando el carácter o conducta del testigo en cuanto a veracidad o mendacidad, entre otras, según la doctrina foránea²⁸.

El contraexamen o concontrainterrogatorio es el que practica la parte diferente a la que ha ofrecido la declaración del testigo, acusado o perito y que previamente ha practicado el interrogatorio directo sobre el mismo. Es el interrogatorio efectuado al testigo, acusado o perito que ya ha sido interrogado por primera vez por la parte que lo ha presentado.

Si en el interrogatorio directo se presenta a un testigo amigable con la propia teoría del caso, en el concontrainterrogatorio la parte se enfrenta a un testigo no amigable con su teoría del caso, por esta razón en el concontrainterrogatorio **siempre pueden utilizarse las preguntas sugestivas**, a fin que a través de este medio el abogado pueda confrontarlo con sus propios dichos o bien con la otra versión, neutralizando su reticencia a colaborar con las respuestas²⁹.

Esencialmente, el defensor se limitó a los temas o áreas abordados en el interrogatorio directo (Art. 391.2 CPP), razón por la cual prosperaron las objeciones.

4.5 No hay rasgos de menor abusado sexualmente ni hay secuelas científicas

²⁵ FONTANET MALDONADO, Julio E., Principios y técnicas de la práctica forense, Tercera edición. San Juan de Puerto Rico, 2010, p. 214.

²⁶ BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, Litigación penal, juicio oral y prueba. Lima, Perú. Alternativas, 2005, p. 149.

²⁷ FONTANET MALDONADO, Julio E., Principios y técnicas de la práctica forense, Tercera edición. San Juan de Puerto Rico, 2010, p. 213.

²⁸ Conferencia "El interrogatorio y el concontrainterrogatorio de testigos", Goyco Amador, Pedro G., Fiscal General de Puerto Rico

²⁹ JAUCHEN, Eduardo, Estrategias de litigación oral (Sistema acusatorio adversarial. Teoría y práctica. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2014, p. 462

Para el abogado defensor, se debe absolver porque no hay rasgos de menor abusado sexualmente ni hay secuelas científicas (f. 174, co-1).

Para el Fiscal Seccional, hay prueba suficiente de la existencia del hecho, según atestación de la misma víctima.

➤ **La Sala responde:**

Como ya se dijo, en nuestro sistema jurídico penal rige el principio de la libertad probatoria (Art. 373 del CPP).

La Ley 906 de 2004 no modifica el precepto básico de libertad probatoria, a cuyo amparo tanto el objeto central del proceso, como los accesorios al mismo, pueden probarse por cualquier medio suasorio legal y que no viole los derechos humanos (Art. 373 CPP).

El sistema de “*prueba legal*”, se caracterizan porque el legislador establece con qué medios se puede o debe probar un determinado hecho, o cuáles medios de prueba están prohibidos.

En este sistema se trata de precisar cuáles son las pruebas establecidas por el legislador para probar un hecho o circunstancia en particular, o las prohibidas legalmente para los mismos efectos. Lo relevante en este sistema es verificar si el legislador le ha otorgado un determinado valor a una prueba en particular, como sucede con el excepcional evento consagrado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que le otorga un valor probatorio menguado a la prueba de referencia y, en consecuencia, prohíbe que la condena esté basada exclusivamente en esta clase de declaraciones³⁰.

En un sistema de tarifa legal, de prueba tasada o prueba tarifada, la Ley dice o impone qué valor probatorio tiene determinado medio. El juez determina el poder de convicción de acuerdo con las reglas que al efecto expresamente establece la ley. Es un simple silogismo que sigue reglas específicas.

En el *sub examine*, el delito y la responsabilidad penal se demostró, esencialmente, a través de prueba testimonial de la propia víctima corroborada por su propia madre y la versión del médico legista, aparte del indicio de presencia en el lugar de los hechos.

Así que la prueba fue legal y suficiente para una decisión adversa a los intereses del filiado.

4.6 Que se presentó un concurso de delitos y se vulneró el principio de congruencia

Dice el censor que se presentó un concurso de delitos y se vulneró el principio de congruencia (f. 175 *in fine*, co-1, f. 176 y 177, co-1).

El señor Fiscal Seccional, aclara que no hay imputación por concurso de delitos.

➤ **La Sala responde:**

³⁰ CSJ AP5785-2015, rad. 46.153 de 30 septiembre 2015

Aunque en la acusación se relacionan hechos propios de acceso carnal abusivo vía oral y anal (f. 41, co-1), en la sentencia se condena por un solo acceso carnal abusivo que lo fue por vía oral (Art. 212 CP).

Así entonces, no hay problema de congruencia penal, cuando se aclara que no se presentó penetración anal sino únicamente la oral (Art. 448 CP).

4.7 Que se vulneró el principio de favorabilidad penal y no se reconoció la duda probatoria

El señor abogado defensor dice que se vulneró el principio de favorabilidad penal y no se reconoció la duda probatoria (f. 176, 177, 178, co-1).

El señor Fiscal Seccional, expresa que no hay lugar al reconocimiento de dichos institutos jurídicos.

➤ La Sala responde:

El texto del canon 6° del Código Penal es el siguiente:

Artículo 6°. **Legalidad.** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

El instituto de la favorabilidad penal hace relación al tránsito de leyes en el tiempo, y ninguna confusión sobre el particular se tienen en este asunto.

En efecto, para la data de noviembre de 2014 regía el Art. 208 del Código Penal, con la modificación del Art. 4° de la Ley 1236 de 2008, normas endilgadas en el escrito de acusación (f. 41, co-1) y tenidas en cuenta en la sentencia correspondiente (f. 168, co-1).

No hay entonces problema jurídico que debe destrabar esta Sala de Decisión Penal.

Con respecto a la duda probatoria, el censor no expresa cuándo el despacho de instancia reconoció la duda en favor de su patrocinado; al contrario, siempre y en todo momento, desde el anuncio de sentido de fallo, concluyó en la prueba sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado.

4.8 No hay antijuridicidad y no hay culpabilidad a título de dolo

Para el impugnante no hay antijuridicidad y no hay culpabilidad a título de dolo (f. 177 co-1); que no se precisó a qué título de culpabilidad se endilgó el delito.

El fiscal seccional, expresa que el delito es doloso y se infringió el bien jurídico protegido de la libertad, integridad y formación sexuales.

➤ **La Sala responde:**

Expresa el Art. 21 del Código Penal:

Artículo 21. **Modalidades de la conducta punible.** La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.

De la norma transcrita se colige que cuando se menciona un tipo penal, sin indicar su culpabilidad, se trata de un comportamiento doloso, pues los tipos culposos y preterintencionales están expresamente señalado en la Ley.

El Artículo 208 del Código Penal es eminentemente doloso, por disposición legal, así que no hay que decir que es un acto sexual abusivo doloso, lo cual es redundante; además, no existe la modalidad sexual culposa ni preterintencional.

El dolo de comisión del reato, además, se demostró adecuadamente en este juicio penal; además, se demostró que lo hizo con consciencia y voluntad, pudiendo no realizar el aspecto fáctico que actualizó el tipo penal.

Con respecto a la antijuridicidad material se debe decir que formalmente una conducta puede adecuarse a un tipo penal en comento, pero para evitar sanciones por la simple tipicidad formal se estructuró por la doctrina el denominado "*principio de la insignificancia*", desarrollado por CLAUS ROXIN (1964): "*Esta construcción, desde luego, está llamada a contribuir a la buena marcha de la administración de justicia penal, la cual no ha sido instituida para perseguir bagatelas o lesiones insignificantes del bien jurídico, como a veces suele creerse, aun a espaldas de la consagración expresa del principio de lesividad, del cual se desprende el postulado examinado. Como muy bien lo expresa el padre de esta teoría, ella permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad personal, sino solamente uno relevante; análogamente, deshonesta en el sentido del C. P. es solo la acción sexual de una cierta importancia; injuriosa en su forma delictiva es solo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Ejemplos de este tipo de comportamientos abundan en la vida cotidiana: no hay conducta típica de hurto cuando el agente se apodera violentamente de una cerilla para encender un cigarrillo (art. 350-1); ni lesiones personales consistentes en un leve rasguño en la mejilla, ocasionado por un puñetazo (art. 332-1); no hay cohecho por dar u ofrecer si cada año se entrega aguinaldo al cartero o al recolector de basura (art. 143); no se configura cohecho propio cuando el juez acepta una invitación a tomar un café por parte del abogado que defiende a un cliente ante su despacho (art. 141); no comete peculado por apropiación el empleado oficial que utiliza una hoja de papel para escribir una carta de amor o un poema (art. 153); no comete hurto agravado quien arrebató un banano a un transeúnte (art. 351-10); no constituye injuria o calumnia las imputaciones que se hacen en el seno del hogar (arts. 313 y 314), etc. En fin, los ejemplos son de diversa índole, pudiéndose agregar otros: quien amenaza de manera reiterada a su novia con abandonarla, no lleva a cabo una conducta típica de constreñimiento ilegal (art. 276); el que planta dos arbustos de coca o de marihuana en su casa no realiza conducta típica alguna como lo reconoce, dando aplicación a este axioma, la Ley Antidrogas (Estatuto Nacional de Estupefacientes, art. 32); no constituyen lesiones personales los mordiscos dados en el cachete a la mujer amada (art. 332-1), o las pequeñas lesiones producidas en el curso de la relación sexual normal; no realiza conducta típica de desconocimiento del habeas corpus el juez que decide la solicitud cinco minutos después de vencido el*

*término legal (art. 275), etc. En estos eventos y en otros semejantes se está enfrente de acciones toleradas por el conglomerado social, así no hayan sido descartadas de plano por el legislador al redactar los tipos penales; de lo contrario, sería indispensable postular otro cometido para el derecho penal, diferente al de perseguir los atentados más graves contra los bienes jurídicos*³¹.

Reiteradamente se ha dicho por doctrina que el Derecho Penal no es para hacer al hombre bueno, pues ello es materia de la moral (llámese cristiana, social, kantiana, etc.). Sobre este particular tema, el profesor JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA dice: *“El derecho no es instrumento de moralización o perfeccionamiento espiritual del hombre, sino instrumento para la preservación de la paz social -coexistencia pacífica- (...) El derecho penal es por lo tanto, como ya se anotó, un dispositivo extremo de pacificación social, no un instrumento de perfección moral o espiritual de la persona, ni un medio para la imposición de determinada ideología moral, religiosa o política*³².

En el *sub lite*, la introducción del pene en la boca de un infante de once (11) años de edad vulnera, a no dudarlo, su libertad, formación e integridad sexual, en la medida que para esa edad no tiene porqué iniciarse en relaciones sexuales homosexuales y la Ley, según ya se dijo, no le brinda disponibilidad sexual de su cuerpo.

4.9 No hay prueba directa de los hechos

Dice el censor que no hay prueba directa de los hechos por los cuales se condenó a su patrocinado (f. 178, co-1).

El señor fiscal seccional expresa que es suficiente con la declaración del menor.

➤ La Sala responde:

A esta clase de delitos se les llama de *“puerta cerrada”, “de privacidad”, “delito sin testigo”, “delito oculto”, “delito secreto”* o *“delito íntimo”*, pues no hay personas alrededor ya que solo están presentes agresor y agredido, razón por la cual adquiere especial importancia la declaración de la víctima y el análisis de indicios.

La Corte Constitucional sobre el tema ha explicado:

“En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere suma importancia la declaración de la víctima”³³.

No obstante, el cambio de sistema procesal, el indicio sigue siendo:

“[...] un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las

³¹ Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal, Parte General. 2 ed. Bogotá : Temis. 1995. p. 380-381

³² Juan Fernández Carrasquilla. Concepto y Límites del Derecho Penal. Bogotá. Temis. 1992, pp. 24 y 42

³³ Corte Constitucional, sentencia T-554 de 2003, M.P Clara Inés Vargas Hernández y T-458 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis

reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido”³⁴.

Se tiene la declaración del menor ofendido que cuenta con corroboración periférica.

Según el canon 381.2 del CPP, la sentencia penal no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia, dicho precepto conduce únicamente a prohibir que la condena se fundamente exclusivamente en éste tipo de medio³⁵.

Se consagra una tarifa legal negativa.

Ahora bien, es posible fundamentar la sentencia de condena en prueba indiciaria³⁶.

En efecto, en CSJ SP3332-2016, rad. 43.866 de 16 marzo 2016, se dijo que frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes³⁷:

Uno: La prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta.

Dos: Así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas).

Tres: La fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “**corroboraciones periféricas**”.

En el derecho español se acuñó el término “*corroboración periférica*”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos:

(i) La inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado³⁸.

(ii) El daño psíquico causado a raíz del ataque sexual³⁹.

(iii) El estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos.

(iv) Los regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de única Instancia de 26 octubre 2000. Rad. 15.610, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll; reiterada en Auto de 16 septiembre de 2009, Rad. 30.935, M.P. José Leonidas Bustos Martínez

³⁵ CSJ SP, 9 diciembre 2010, rad. 34.434

³⁶ CSJ SP 3459-2016, rad. 37.504 de 16 marzo 2016

³⁷ Saray Botero, Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio, Editorial Leyer, 2016, Capítulo XXXVI

³⁸ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, de 25 junio 2015; ATS 6128/2015; CSJ SP3332-2016, rad. 43.866 de 16 marzo 2016

³⁹ *ídem*

Cuatro: Una cosa es la prohibición legal que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales (algunas pueden ser de referencia) sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador.

En el caso concreto se tiene la versión del ofendido, corroborada por su propia madre y por el médico legista, y otros aspectos debidamente probados, como la existencia del agresor, la existencia del lugar donde se cometió el hecho y la precisa descripción del mismo.

Se tiene prueba suficiente para una sentencia de condena.

4.10 Que con el paso del tiempo los recuerdos son más precisos

Dice que el censor que el niño debió relatar lo sucedido con el máximo detalle pues con el paso del tiempo los recuerdos son más precisos (f. 179, co-1).

➤ La Sala responde:

Aquí la regla de experiencia es la contraria. Con el paso del tiempo se tiende a olvidar detalles. Es simple aplicación de la sana crítica y de las leyes de la experiencia.

La sana crítica es “[...] *Es el arte de juzgar, atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error, mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso [...]. Consiste en considerar un conjunto de normas de criterios de los jueces, basadas en pautas de la lógica, la experiencia y la psicología, y aún del sentido común, que aunadas llevan al convencimiento humano. Están integradas, por una parte con los principios fundamentales del intelecto humano, pilares de todo conocimiento racional e instrumento de certeza, en su camino hacia la verdad lógica y ontológica, y por otra parte por las reglas empíricas denominadas máxima de experiencias*”⁴⁰.

Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento (Corte Constitucional, Sentencia C-622 de 1998). Es sana en el entendido que se cumple bajo las reglas generales admitidas como aplicables, y crítica, es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como criterios de verdad, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de la lógica, de la ciencia y de la experiencia⁴¹.

La jurisprudencia ha definido las reglas empíricas como máximas con pretensiones de generalidad o universalidad que, en términos lógicos, deben ajustarse a la fórmula “*siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B*”⁴²

Estas reglas no están construidas sobre la base de una experiencia o conjunto de experiencias singulares. Son el producto de teorías propuestas por el intérprete de la ley (no por algún perito), que están relacionadas con las costumbres, cultura y

⁴⁰ Barrios González, Boris, (s.f.) Teoría de la sana crítica. El autor es Catedrático de Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional. Panamá: Universidad Latina de Panamá. En: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1338/1340>

⁴¹ CSJ SP, 4 septiembre 2002, rad.15.884

⁴² CSJ SP, 21 noviembre 2002, rad. 16.472; CSJ SP rad. 26.128 de 21 julio 2004; CSJ SP, 25 agosto 2004, rad. 21.829; CSJ SP, 26 octubre 2011, rad. 36.357

cotidiano vivir de una mayoría de personas en un entorno específico, y por ello sirven para valorar la credibilidad o el alcance de las aseveraciones fácticas de un testigo.

Está dentro de la lógica elemental que al poco tiempo de sucedidos los hechos se relatan en detalle, los cuales se van perdiendo a medida que pasa el tiempo quedando únicamente lo esencial, como en efecto se constató en el *sub lite*, donde el ofendido narró lo esencial del suceso: la penetración vía oral.

4.1 Conclusión:

Se ha de confirmar la sentencia en su integridad tal como lo solicita el señor Fiscal 254 Seccional de Caldas, Antioquia. La Sala avala en su integridad la argumentación de la jueza de primera instancia.

5.- DECISION

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena objeto de confutación en contra de A. F. M. B., de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

NELSON SARAY BOTERO

Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GOMEZ

Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 266 60 00203 2015 00173
Acusado	A. F. M. B.
Delito	Acto sexual abusivo con menor de 14 años (Art. 208 CP, modificado Art. 4° Ley 1236 de 2008)
Hechos	Noviembre 2014 en establecimiento GANA de la Calle 140-B Sur, Barrio Mandalay, Caldas, Antioquia
Denunciante	CPGA, madre de la víctima, menor varón de 11 años, JFGG
Juzgado <i>a quo</i>	Juzgado Penal del Circuito de Caldas, Antioquia
Asunto	Apelación de sentencia de condena por trámite ordinario dictada el 27 junio 2016 (f. 161-169, co-1)

