

Proceso n.º 33022

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 334

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de dos mil diez (2010).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante el cual confirmó la pena de cincuenta meses de prisión que como autor responsable de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años le impuso a dicha persona el Juzgado Penal del Circuito de Guamo (Tolima).

SITUACIÓN FÁCTICA Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA nació en el municipio de Saldaña (Tolima) el 10 de enero de 1986. Se graduó como bachiller y desempeñaba labores de vidriería, marquetería y agricultura en dicha población cuando, a los diecinueve años de edad, se enteró de que para mediados de agosto de 2005 debía prestar el servicio obligatorio como auxiliar de la Policía Nacional.

En aquel entonces, sostenía una relación de ocho meses de noviazgo con su vecina Y. B. M. D.1 (nacida el 15 de febrero de 1992), a quien conocía de tiempo atrás, desde que ella tenía nueve años.

El viernes 5 de agosto de 2005 (es decir, cuando la menor contaba con trece años y casi seis meses), FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA convenció a Y. B. M. D. para no asistir al colegio Roberto Leiva de Saldaña (en donde cursaba noveno grado de bachillerato) y dirigirse en un taxi al balneario Punta Gallina, situado en la vereda La Esperanza, acompañados de sus amigos en común Wilson Fernando Sánchez (de veintidós años) y M. L. M. P.2 (de dieciséis).

En dicho lugar, mientras la otra pareja sostenía relaciones sexuales, FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. decidieron hacer otro tanto, dada la inminente separación que el ingreso a la Policía les representaba.

A su regreso del balneario, FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. fueron abordados por los familiares de esta última, quienes se habían enterado de la inasistencia al colegio de la menor y de ninguna manera aprobaban esa relación sentimental, por lo que después de sostener un altercado con el joven decidieron denunciar lo ocurrido ante las autoridades.

2. Debido a ello, la Fiscalía General de la Nación ordenó la apertura del proceso penal, vinculó tanto a Wilson Fernando Sánchez como a FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA a la actuación, les resolvió la situación jurídica y, una vez declarado el cierre de la investigación, calificó el mérito del sumario mediante providencia de 31 de octubre de 2005, decretando la preclusión a favor del primero y acusando al segundo como presunto autor responsable de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, de conformidad con lo previsto en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal.

3. Ejecutoriado el pliego de cargos el 29 de noviembre de 2005, le correspondió el conocimiento de la etapa siguiente al Juzgado Penal del Circuito de Guamo, despacho que por el delito en comento condenó al acusado a la pena principal de cincuenta meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal, y al pago de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales. Por último, le negó tanto la prisión domiciliaria como la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Según el a quo, si bien la víctima había prestado su consentimiento para la realización del acceso carnal, ello era irrelevante para efectos de la configuración del tipo objetivo, pues la ley presume de pleno derecho, respecto de toda persona que no haya cumplido los catorce años, la ausencia de capacidad de discernimiento y de comprensión en lo que a la perpetración de actos de connotación sexual se refiere.

4. Apelada dicha providencia por el defensor del procesado (en el sentido de que la menor no sólo aceptó el comportamiento contrario a derecho, sino que revelaba una edad superior -razón por la cual no habría culpabilidad), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó en forma íntegra la decisión.

De acuerdo con el ad quem, no es posible predicar un error invencible en el procesado, pues ambos llevaban ocho meses de noviazgo y él la conocía desde que ella tenía nueve años de edad. Así mismo, precisó que se trata de “un joven con un buen nivel cultural y de preparación académica, que le permitía discernir la entidad y el reproche penal de los actos que ejecutaba”.

5. Contra la decisión de segundo grado, el apoderado de FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA interpuso el recurso extraordinario de casación y, una vez que el escrito de sustentación fue declarado conforme a derecho, la Procuraduría General de la Nación

emitió el concepto respectivo.

LA DEMANDA

Propuso el recurrente un único cargo, consistente en la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del numeral 4 del artículo 40 del Decreto Ley 100 de 1980, anterior Código Penal (actual artículo 32 de la Ley 599 de 2000)³.

Al respecto, sostuvo que si se analizaran las condiciones personales que rodearon a la conducta del procesado, se hubiera concluido que ignoraba la prohibición de sostener relaciones sexuales, así fueran consentidas, con menores de catorce años de edad, por lo que jamás fue consciente de la antijuridicidad de su comportamiento, máxime cuando la víctima aparentaba una edad superior a la que tenía.

Agregó que su protegido “incurrió en insuperable error de interpretación [sic] de la situación fáctica y jurídica respectiva, con absoluta ausencia de dolo y demostrada buena fe”, pues si con el delito de prevaricato se admite esta clase de yerros respecto de abogados con experiencia, de quienes se presume un conocimiento exacto de la ley, “con mayor razón ha de admitirse [...] frente a ignaros e inexpertos campesinos como el señor FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA”.

Igualmente, destacó la incongruencia existente entre la ley penal y el Código Civil, toda vez que este último acepta en las mujeres mayores de doce años la capacidad de contraer matrimonio, de suerte que la presunción de aquiescencia debería operar a partir de dicha edad.

En consecuencia, solicitó a la Corte casar la providencia recurrida y, en su lugar, absolver al procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante de la Procuraduría General de la Nación manifestó que no era posible plantear una posición de ignorancia, ingenuidad o escasa instrucción como la aducida por el demandante para excluir de responsabilidad penal, pues debe asumirse que FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA, en tanto bachiller, tenía la capacidad suficiente para conocer y comprender el sentido prohibitivo de la norma.

Añadió que tampoco es pertinente la propuesta de reducir el límite a doce años para fijar la capacidad de juicio y discernimiento de la mujer en el ejercicio de su sexualidad, pues tales actos conllevan el intolerable riesgo de producir alteraciones significativas en el nivel de vida o el equilibrio psíquico de la víctima, y su regulación obedece a un parámetro objetivo respecto del cual hay consenso en la comunidad.

En consecuencia, solicitó a la Corte no casar la sentencia objeto del extraordinario recurso.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión preliminar

Dado que la demanda presentada por el abogado de FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA fue declarada desde el punto de vista formal ajustada a derecho, la Corte tiene el deber de analizar de fondo los problemas jurídicos propuestos en el escrito correspondiente, en armonía con los fines de la casación de garantizar la efectividad del derecho material, respetar las garantías mínimas de las personas que intervienen en la actuación, buscar la reparación de los agravios inferidos a los sujetos procesales y unificar la jurisprudencia, tal como lo establece el artículo 206 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto.

Para el cumplimiento de lo anterior, la Sala también tendrá en cuenta el principio de caridad, aceptado en anteriores providencias⁴, según el cual el intérprete, en tanto receptor

de un lenguaje común, debe desentrañar para el eficaz desarrollo de la comunicación establecida lo correcto de las afirmaciones empleadas por el otro, de modo que hará caso omiso de sus errores, exponiendo cada postura desde el punto de vista más coherente y racional posible.

En este sentido, los temas planteados por el demandante aluden a distintas categorías dogmáticas, que por motivos sistemáticos serán abordadas de acuerdo con el orden de la estructura de la teoría del delito.

El primer aspecto por tratar, entonces, tendrá relación con la tipicidad objetiva de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en la medida en que el profesional del derecho sostuvo que la presunción concerniente a la falta de comprensión y de determinación para sostener relaciones sexuales en la mujer no podía superar los doce años, tal como se desprende de lo señalado en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil⁵.

El segundo será el relativo a la consciencia de la ilicitud por parte del autor, toda vez que el recurrente aseguró que debido a la ignorancia y demás condiciones personales de FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA, él nunca tuvo la posibilidad de conocer el sentido punitivo de la norma por la cual fue sentenciado; es decir, jamás supo que tener sexo con menores de catorce años era un delito.

Pero como en esa argumentación el recurrente acudió además al tema del elemento cognitivo del dolo (no sólo cuando trajo a colación un precepto del Decreto Ley de 1980, vinculado con la versión clásica de la culpabilidad –que, dicho sea de paso, no es aplicable en este asunto, porque los hechos tuvieron ocurrencia en el 2005–, sino además cuando adujo que el procesado “por la contextura física de [Y. B. M. D.] consideraba que ella tenía una edad superior”⁶), será necesario en este punto abordar las diferencias entre la imputación al tipo subjetivo y el reproche derivado del

conocimiento de la ley, más allá de la existente entre las figuras del error de tipo y el error de prohibición.

Esos son los problemas jurídicos que la Corte analizará en los apartados siguientes.

2. De la presunción de derecho en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años

2.1. El tipo consagrado en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, Código Penal aplicable para este asunto, sanciona con prisión a quien “acceda carnalmente a persona menor de catorce años”.

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 esta norma 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.

Lo anterior implica que la prohibición normativa debe circunscribirse al ejercicio de relaciones sexuales consentidas con menores, por lo que si el hecho se perpetra sometiendo la voluntad de quien no ha cumplido catorce años, se configuraría un delito de acceso carnal o de acto sexual violento, según sea el caso, agravado en razón de la edad de la víctima (Código Penal, artículos 205, 206 y 211 numeral 4, modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 23 de julio de 2008).

De ahí que la Sala haya señalado, a partir de la entrada en rigor del anterior ordenamiento sustantivo, que obra una presunción por parte del legislador en los delitos abusivos con menores, que de manera alguna está relacionada con el elemento normativo de la violencia, sino con la naturaleza del consentimiento proveniente del sujeto pasivo de

la conducta:

“El código de 1980 clasificó los delitos contra la libertad y el pudor sexuales a partir de la forma comisiva de la acción, o modalidad empleada por el sujeto agente en la realización de la conducta delictiva, distinguiendo al efecto tres especies: de la violación, el estupro y los actos sexuales abusivos, según el medio empleado para la obtención del resultado propuesto fuese violento, engañoso o abusivo; y, en idénticos términos, lo hizo la Ley 360 de 1997, aunque bajo el concepto de delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana.

“En esta nueva clasificación, el acceso carnal consentido con menor de 14 años, que en el Código Penal de 1936, como ya se dijo, hacía parte del título de la violencia carnal, fue reubicado en el de los actos sexuales abusivos, pues se estimó, con razón, que ni ontológica ni jurídicamente podía sostenerse que el acto fuese violento, y que en la realización de esta conducta lo que realmente se presenta es un aprovechamiento abusivo por parte del sujeto agente de la condición de inmadurez de la víctima, derivada de su minoridad.

“No es, entonces, que en esta clase de hechos la ley presuma violencia, como equivocadamente lo sostiene el Tribunal en el fallo impugnado. Lo que en ellos se presume es la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva”⁷.

En otras palabras, en el artículo 208 del actual estatuto (al igual que en el artículo 209 ibídem), el legislador cuenta con la aquiescencia de la víctima (o, en todo caso, con que su voluntad no sea doblegada ni subyugada por vías de hecho), pero a la vez presupone

que de ninguna manera podría incidir a favor del procesado. Es decir, dada la naturaleza del bien jurídico, no es predicable el criterio según el cual actuar sobre la base del consentimiento del sujeto pasivo de la conducta excluye la realización del tipo. Por el contrario, se estima como ineficaz toda contribución voluntaria al resultado que provenga de la víctima si tan sólo concurre la calidad especial exigida por la norma, que es la atinente a la edad.

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 de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea”⁸.

Frente a esta categórica postura, surgen algunos interrogantes: ¿por qué tiene que ser una presunción de pleno derecho?, ¿la incapacidad por parte del menor de catorce años para disfrutar de la sexualidad podría ser desvirtuada en ciertos casos concretos, dependiendo de las condiciones particulares de la víctima?, ¿cuáles son los criterios para fijar la frontera acerca de la ineficacia del consentimiento en tal edad y no en una inferior, como los doce años, o incluso en una superior, como los dieciséis?

La respuesta a tales planteamientos es compleja, porque implica en directa relación una visión sistemática del ordenamiento jurídico. No obstante, la Sala anticipa desde ya

que la solución brindada por la jurisprudencia es la única posible, pues instituir por la vía legislativa determinado número de años a partir de los cuales deba predicarse una absoluta presunción de incapacidad encuentra sustento en motivos de derecho internacional, constitucional, penal y procesal, e incluso de carácter epistemológico. Veamos.

2.1.1. No es posible establecer mediante el método científico cuándo un menor puede disponer con plena autonomía de su comportamiento sexual y cuándo no.

En efecto, una cosa es la edad en que alguien desarrolla su aparato reproductor en el plano fisiológico (lo que en cualquier caso varía de acuerdo con cada persona) y otra muy distinta es el momento en que acumula las facultades (de diverso orden) necesarias para sostener, como a bien tenga, relaciones sexuales con otros individuos. Así fue expuesto en un concepto médico citado por la Corte Constitucional:

“El desarrollo del ser humano es un fenómeno integral de maduración de las esferas física, fisiológica, cognitiva, intelectual, psicológica, social y valorativa. La maduración de estas esferas no se hace de manera sincronizada. El hecho de que los cambios físicos y fisiológicos se den cada vez a edades más tempranas no significa, necesariamente, que simultáneamente el individuo esté preparado desde los puntos de vista cognitivo, intelectual, psicológico, social y valorativo para asumir los eventos que se den como consecuencia de mantener relaciones sexuales”⁹.

De esta manera, si “el desarrollo del adulto está marcado por hitos sociales determinados por la cultura”¹⁰, es obvio que la capacidad de un niño para ejercer actividades propias de cualquier persona, incluso las sexuales, obedece más a una atribución fruto del consenso (o de los valores dominantes en la sociedad) que a una conclusión con estatus científico (o, lo que es lo mismo, basada en una teoría apoyada en datos empíricos que por la misma vía sea susceptible de refutar¹¹).

2.1.2. El problema de la demarcación entre la facultad de consentir válidamente una relación sexual y su ausencia comprende uno de índole más general, atinente a la libertad del ser humano para comportarse de uno u otro modo, acerca de lo cual tampoco ha podido brindarse una explicación definitiva o siquiera satisfactoria desde la perspectiva científica, y ni siquiera desde una filosófica o social.

Debido a ello, la respuesta brindada por el ordenamiento jurídico, y en particular por el derecho penal, es normativa y de ninguna manera ontológica.

En materia de culpabilidad, la libertad no es tratada como un dato de madurez psicológica demostrable, sino tan sólo es supuesta o asumida por el juez después de un juicio valorativo de reproche, en el que con base en los preceptos del sistema vigente, y en razón de las características particulares del autor del injusto, concluye que éste hubiera podido actuar conforme al mandato de la norma infringida.

Es decir, aunque jamás se resuelva si el hombre en realidad tiene o no libertad de acción, cuando el juez declara responsable penalmente a un mayor de edad, por ejemplo, es porque ha partido de su condición de persona (en tanto titular de derechos a la vez que de obligaciones) y ha concluido (teniendo en cuenta las concretas circunstancias del individuo) que le era exigible una conducta distinta a la desplegada. Lo anterior, sin importar que en la práctica no haya una diferencia empíricamente refutable entre la situación de un joven de diecisiete años (cuya responsabilidad penal se vería atenuada por ser menor) y la de uno de diecinueve años (cuya imputabilidad sería equiparable a la de cualquier adulto).

En síntesis, cualquiera es susceptible de ser declarado culpable si puede atribuírsele, en razón de sus condiciones y de las normas que lo regulan, capacidad jurídica para responder por sus actos.

De igual forma, cuando un funcionario estima que el sujeto pasivo del delito de acceso

carnal con menor de catorce años no es capaz para sostener relaciones sexuales consentidas, lo hace desde una postura eminentemente normativa, al verificar que la condición de la víctima se ajusta a la requerida por el tipo, esto es, al elemento “menor de catorce años”. El juicio valorativo, por lo tanto, se reduce a constatar si ha alcanzado o no la edad en la que, según las pautas culturales convenidas por la ley, su aquiescencia alcanzaría eficacia, de modo que, si la conclusión es positiva, lo relevante devendría entonces en respetar la intimidad.

De ahí que es el legislador, en tanto manifestación de la democracia representativa, el único llamado a regular cuándo el conglomerado social considera que los menores han adquirido la facultad para comprender la naturaleza de las relaciones sexuales, así como la capacidad para adecuar su comportamiento en tal sentido, en armonía con los criterios más influyentes en la comunidad.

2.1.3. Ahora bien, si “los factores relativos a la educación familiar y sociocultural son más determinantes de la llamada ‘madurez psicológica’ que el género y la edad”¹², podría aducirse que sería un acto tan arbitrario como alejado de lo real consagrar un cierto número de años (cualesquiera que sean) en aras de diferenciar a la persona capaz de disfrutar con otras de su sexualidad de la que aún no se le reconocería ese derecho, sobre todo porque, de acuerdo con la apreciación de terceros, habría situaciones en las que quienes estén por debajo del límite legal tendrían relaciones con total capacidad de juicio y discernimiento.

Pero si no fuera de esta manera (es decir, si no estuviera consagrada una presunción de derecho concerniente a la edad), la protección del bien jurídico devendría en inane, ya que podría discutirse en cada asunto concreto la capacidad para consentir libremente una relación sexual. Y como ese debate estaría sujeto a factores psicológicos, sociales y culturales que en tanto tales no dependen de criterios individuales, sino del

consenso (máxime cuando no corresponderían a teorías susceptibles de desvirtuar por medios empíricos), se correría el intolerable riesgo de afectar los derechos prevalecientes del niño por el hecho de juzgar su aporte voluntario al resultado en función de cualquier condición personal diferente a la minoría de edad. Y ello conduciría a ponerlo una vez más en el papel de víctima, esta vez con la connivencia del Estado.

De ahí que la Corte haya dicho que “las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una persona no la excluyen de ser sujeto pasivo de un delito sexual”¹³. Y la presunción del legislador contenida en los comportamientos abusivos lo que hace es evitar, a favor de los niños, toda aproximación al respecto.

2.1.4. Establecer una mayoría de edad (prevista en nuestro ámbito legislativo en la Ley 27 de 1977¹⁴) o fijar un mínimo a partir del cual sería válido el consentimiento del menor en materia sexual, no son sino aserciones jurídicas, indispensables para efectos de reconocer, aplicar y organizar de manera coherente la axiología constitucional, e incluso la procedente de los tratados internacionales de derechos humanos¹⁵.

Desde el punto de vista constitucional, estas delimitaciones normativas obedecen a parámetros objetivos y razonables en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, que está fundado en el respeto de la dignidad:

“Se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado Liberal de Derecho. [...] Y se puede propugnar un Derecho penal basado en el libre albedrío y, no obstante, partir de una ideología fascista insensible a los valores fundamentales de la persona.

”[...] Si en una Sociedad están verdaderamente afianzados los derechos del hombre, no

hace falta preocuparse por la solución que se dé al problema del libre albedrío, pues las consecuencias que se extraigan de la solución –positiva o negativa –adoptada, siempre tendrán sus límites en aquellos derechos”¹⁶.

Por otro lado, como las actividades sexuales comprometen uno de los campos más íntimos del ser humano, el artículo 15 de la Carta¹⁷ prevé el ineludible deber por parte de las autoridades de respetar, al igual que de garantizar, su libre ejercicio, como un propósito en sí mismo y sin consecuencias ajenas al mero disfrute del derecho.

Esta norma sería de aplicación absoluta, si también no fuera necesario reparar, en el campo de las relaciones interpersonales, en ciertas condiciones de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, en especial si se trata de menores de edad.

Lo anterior no representa una restricción arbitraria o caprichosa de la garantía en comento, ni una negación de la libertad y autonomía de los adolescentes, sino es la consecuencia del mandato de proteger a los más débiles, tal como se desprende de los artículos 13 inciso 3º, 44 incisos 1º y 2º, y 45 de la Norma Superior¹⁸:

“La Constitución de 1991 significó un cambio sustancial en la concepción que tenía el sistema jurídico sobre los niños. De ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo con su edad y su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades. La condición de debilidad o vulnerabilidad en la que los menores se encuentran, la cual van abandonando a medida que crecen, ya no se entiende como razón para restringir sus derechos y su capacidad para ejercerlos. Ahora es la razón por la cual se les considera ‘sujetos de protección especial’ constitucional. Es decir, la condición en la que se encuentra un menor no es razón para limitar sus derechos sino para protegerlo”¹⁹ (destacado en el texto original).

2.1.5. Esta visión del menor como sujeto de derechos y obligaciones, pero también como titular de un especial tipo de amparo, y sobre todo cuando de abusos de índole sexual concierne, se compagina con los instrumentos internacionales de derechos humanos consagrados en la materia, no sólo de los que en un sentido estricto forman parte del bloque de constitucionalidad²⁰, sino de aquellos que, sin serlo, aluden a criterios autorizados para interpretar el alcance de la legislación emitida en cada ordenamiento jurídico interno.

Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en nuestro país por la Ley 12 de 1991, señala el deber para los miembros firmantes del tratado de garantizarle al menor “que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos”²¹. Así mismo, respetarle “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”²², a la vez que la “libertad de asociación y [...] la libertad de celebrar reuniones pacíficas”²³. Y prescribe que de ninguna manera “será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”²⁴.

Pero, al mismo tiempo, establece como obligación para los Estados partes la de adoptar:

“[...] todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”²⁵.

Dichas medidas no sólo comprenden políticas públicas eficaces, sino “según

corresponda, la intervención judicial”²⁶. Igualmente, el Convenio les exige a los Estados defender al niño “contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”²⁷ (e incluso “contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”²⁸), entre ellas, la “incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal”²⁹.

De lo anterior se colige que el amparo jurídico contra el abuso sexual está instituido en virtud de los mismos actos que los Estados declaran ilegales, sin que sea excusable dejar de promover medidas protectoras ante la imposibilidad de conocer con rigor científico el momento en que las habilidades intelectivas del menor llegan a ser idénticas a las del adulto, o cuándo aquéllas comienzan a ser equiparables a éstas.

Por ello, el derecho de los tratados internacionales otorga un amplio margen de discrecionalidad para que las partes reglamenten, de acuerdo con sus propios valores sociales y culturales, la edad en que una persona llega a la adultez. En este sentido, la referida Convención entiende como niño a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”³⁰.

De igual forma, los Estados tienen suficientes facultades para fijar el número de años a partir de los cuales se considera responsable al niño por sus acciones.

En efecto, de manera paralela al trato que debe brindárseles a los menores como titulares de derechos y capacidad para ejercerlos o disfrutarlos por sí solos, también deben responder penalmente por sus acciones, pero bajo el criterio de imputabilidad diferenciada, es decir, aquella en la que debido a la minoría de edad se impone una medida no asimilable al tradicional concepto de pena, cuyo único fin es el reintegro a la sociedad.

De ahí que las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (o Reglas de Pekín³¹), adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 28 de noviembre de 1985 mediante resolución 40/33, señalan que el comienzo de la responsabilidad penal para los menores “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”³²:

“La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad penal perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.)”³³.

En este orden de ideas, si hay un vínculo entre la edad en la que un menor adquiere autonomía para ejercer ciertos derechos o actuar libremente y la edad en que debe responder en materia penal por sus actos, la única restricción derivada del derecho internacional en ambos sentidos es que los Estados no fijen el límite de manera muy baja.

2.1.6. Teniendo en cuenta el derecho comparado, la edad decretada por el legislador nacional no excede ni supera con creces las previstas en las naciones iberoamericanas, ni en general las de los países de cultura occidental.

Por ejemplo, el mínimo para consentir válidamente una relación sexual es de trece

años en Argentina y España; catorce en Alemania, Brasil, Chile, Ecuador, Italia, Paraguay y Portugal; quince años en Costa Rica, Francia y Uruguay; dieciséis en Bélgica, Canadá, Cuba, Holanda, Inglaterra, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela; y dieciocho años en El Salvador, Guatemala y Panamá³⁴. En México y Estados Unidos, la edad varía de los doce a los dieciocho años, y de los catorce a los dieciocho, respectivamente, dependiendo de las leyes estatales que rigen en cada jurisdicción³⁵.

El promedio en esas regiones del orbe supera los dieciséis años, es decir, dos años por encima del límite contemplado en nuestro país, que tampoco equivale al mínimo de doce años previsto en algunos estados mexicanos (como Distrito Federal).

2.1.7. En el orden jurídico interno, no hay incongruencia alguna entre otras ramas del derecho, como la justicia de menores y la civil, y el establecimiento en materia penal de los catorce años para reconocer eficacia a la aquiescencia sexual.

Por un lado, la Ley 1098 de 2006, o Código de la Infancia y la Adolescencia, que regula el sistema de responsabilidad jurídico penal para adolescentes, lo considera aplicable para quienes “tengan entre catorce y dieciocho años al momento de cometer el hecho punible”³⁶, por lo que “las personas menores de catorce años no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de la libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible”³⁷.

Por otro lado, tampoco es posible predicar incoherencia alguna entre el numeral 2 del artículo del Código Civil y los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, dado que la Corte Constitucional, en la sentencia C-507 de 2004, retiró del ordenamiento jurídico las expresiones “de doce”, al igual que declaró exequible la frase “un varón menor de catorce años y una mujer menor”, todas ellas contenidas en el primer precepto mencionado³⁸, en el entendido de que el límite de edad para contraer

matrimonio en la mujer tenía que ser idéntico al del hombre. En palabras de dicha Corporación:

“A la luz de la [Constitución Política](#) es inconstitucional fijar la edad mínima a los doce años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de catorce años para los varones. La regla supone afectar en grado alto (1) el derecho al desarrollo libre, armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los doce años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, (5) el derecho a la autonomía y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños.

“En conclusión, fijar en doce años la edad mínima a partir de la cual las mujeres pueden contraer matrimonio desconoce los mínimos de protección a que tienen derecho, así como el principio de igualdad en la protección”³⁹.

2.1.8. En consecuencia, la presunción de que trata los artículos 208 y 209 del Código Penal (en el sentido de que el sujeto pasivo de la conducta es incapaz para ejercer libremente su sexualidad) (i) tiene que ser de pleno derecho, no sólo porque es irrefutable, sino en razón del interés superior del niño y la especial protección que debe brindársele (por lo que jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor); (ii) modificarla es competencia exclusiva del poder legislativo (bien sea para aumentar o para reducir el límite legal, conforme a los criterios culturales, sociológicos, psicológicos y de similar índole que se impongan en la comunidad), con la única condición de que no sea fijada a una edad muy temprana; y (iii) el límite de catorce años en materia penal no es desproporcionado ni incongruente, pues está por debajo del promedio de las naciones

de tradición occidental y no riñe con la consagrada en el sistema de responsabilidad para jóvenes y adolescentes, ni con la jurisdicción civil en relación con la capacidad para contraer matrimonio.

Tanto en el ámbito académico como en la práctica judicial, hay unanimidad acerca de estas conclusiones. Por ejemplo, en la doctrina se ha sostenido lo siguiente:

“En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro. Ciertamente que no está comprobado científicamente que ello sea así, e incluso, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, se dice precisamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras; pero actualmente se extiende cada vez más una tendencia a prohibir y sancionar penalmente cualquier relación de carácter sexual con menores [...] Sin embargo, la dificultad de delimitar el momento a partir del cual se debe permitir el ejercicio de la sexualidad con otras personas y en qué condiciones, y los distintos niveles en que se produce la iniciación a la misma, obligan al legislador a adoptar soluciones realistas de acuerdo con el nivel cultural y la sensibilidad social de cada época”⁴⁰.

De acuerdo con la Corte Constitucional, en el fallo que declaró exequibles los artículos 303 y 305 del Decreto Ley 100 de 1980 (actuales artículos 208 y 209 del Código Penal):

“No hay al respecto ningún criterio constitucional válido para censurar que el legislador haya optado por una u otra edad.

“[...] Debe observarse que la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años.

"El legislador consideró que hasta esa edad debería brindarse la protección mediante la proscripción de tales conductas. Era de su competencia propia definir la edad máxima de quien sea sujeto pasivo de los enunciados hechos punibles, fijando uno u otro número de años, sin que a su discrecionalidad pueda interponerse el límite de una determinada edad previamente definida por el Constituyente, pues éste no tipificó la conducta ni estimó que fuera de su resorte hacerlo.

"Desde luego, debe entenderse que para hacer tal definición el legislador tuvo que partir de sus propias concepciones acerca del bien jurídico que pretendía tutelar y sobre el mayor o menor nivel de protección que, a su juicio, se requería.

"Considera la Corte Constitucional que no es de su incumbencia controvertir o poner en tela de juicio el límite de edad establecido en la ley, pues él resulta indiferente para los fines del control de constitucionalidad, en cuanto, sea una u otra la edad señalada, se está ante una determinada figura delictiva, puesta en vigencia por el legislador dentro de la órbita de sus atribuciones"⁴¹.

Por último, la Sala ha considerado de tiempo atrás que:

"[...] al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de catorce años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica al hecho de haber prestado el menor su consentimiento.

"Mucho menos le es permitido desconocer la presunción que la norma establece, a partir de consideraciones de contenido supuestamente político criminal, como se hace en el presente caso con el fin de sostener que la edad que sirve de referente al legislador colombiano para suponer la inmadurez del menor, no se ajusta a lo que revelan la

verdad social y cultural del país, y que la ley presume algo que la misma realidad contradice.

"Este tipo de argumentaciones escapan del ejercicio de la función judicial de declaración del derecho. El juzgador no puede dejar de aplicar la norma, pretextando que las razones que llevaron al legislador a incriminar penalmente la conducta son equivocadas, y que no las comparte. Su obligación, por mandato constitucional, es someterse al imperio de la ley, y darle aplicación cuando corresponde hacerlo, no entrar en consideraciones de lege ferenda para justificar el apartamiento de ella, en cuanto entraña la subversión del sistema por vía de dar cabida a la derogatoria judicial de la ley"42.

2.2. En el asunto materia de interés, el demandante sugirió a la Corte estudiar la posibilidad de reducir el límite legal para ejercer libre y voluntariamente la sexualidad en la mujer, dado que el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil le otorgaba capacidad para contraer matrimonio en una edad dos años inferior a la sancionada con pena.

Por lo expuesto anteriormente (es decir, porque se trata de una presunción de pleno derecho irrefutable, establecida en función de la protección especial del menor frente a actividades sexuales ilegales), a la Sala no le corresponde hacer valoraciones en tal sentido, máxime cuando, como también lo dijo, la aparente incongruencia que representaba la capacidad civil para contraer matrimonio, frente a la autonomía para sostener relaciones en el ámbito penal, fue retirada del ordenamiento jurídico en el citado fallo C-507 de 2004 (supra 2.1.7).

No obstante, antes de dicha providencia, el máximo tribunal en materia de control constitucional estimaba que tanto el matrimonio como la formación natural de una familia con mujer mayor de doce años no sólo eran ajustadas a derecho, sino que constituían una causal de justificación respecto de los delitos de acceso carnal con menor de catorce

años y actos sexuales con menor de catorce años. En el fallo C-146 de 1994, esa Corporación había señalado lo siguiente:

"[...] la Corte considera pertinente observar que existe incongruencia entre las normas legales acusadas, que plasman los delitos acceso carnal abusivo con menores de catorce años y corrupción, y las pertinentes disposiciones del Código Civil en relación con la edad para contraer matrimonio.

"[...] El legislador penal ha debido tomar en cuenta esa regulación y no lo hizo, pues consagró las aludidas conductas delictivas partiendo de la base de la ausencia de consentimiento del menor de catorce años, mientras a tal consentimiento se le dio plena acogida en materia matrimonial.

"[...] Entonces, habida cuenta de lo anotado en materia de capacidad para contraer matrimonio y de la consagración constitucional de la unión responsable sin matrimonio como forma de constituir una familia, puede darse el caso -no contemplado por las normas impugnadas- de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio previamente o se haya establecido una familia por vínculos naturales. En esos eventos es claro que no habría cometido el delito, pues existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita"⁴³.

Lo anterior, de todos modos, ninguna incidencia representa en este asunto, pues la acción no sólo tuvo lugar el 5 de agosto de 2005, es decir, después de la sentencia C-507 de 2004 (que unificó como edad la de catorce años para ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito sexual), sino que tampoco se adecuaba a la situación fáctica objeto de análisis, ya que el acceso consentido entre FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA y Y. B. M. D. ocurrió en el marco de un noviazgo que ni siquiera

era aprobado por la familia de la menor (infra 3.2). Por lo tanto, no medió la libre decisión de contraer matrimonio, ni la voluntad responsable de conformar una familia.

El reproche, en consecuencia, está destinado al fracaso.

3. Del conocimiento de la ilicitud de la acción

3.1. Si, como se aludió en precedencia (supra 2.1.2), el reproche en sede de culpabilidad depende de la capacidad (derivada de aserciones normativas) de 'poder actuar de otro modo', salta a la vista que cuando el juez valora las condiciones particulares de una persona y advierte que a ésta no le era posible saber que su comportamiento estaba prohibido por el derecho, también deberá concluir que carecía de razones para haberse adecuado al mandato punitivo.

Tal conocimiento no comprende la específica consciencia de haber perpetrado un hecho contemplado en la ley como punible, sino tan sólo la relativa a cometer una acción no permitida por el orden jurídico, de suerte que cuando al autor o partícipe del injusto sabía o podía saber que la conducta devino en un daño social significativo o representó algún tipo de desvalor a terceros⁴⁴, ello sería un dato suficiente para inferir que el derecho penal tiene que reprocharle la afectación del bien jurídico.

Estos hechos indicadores de la prohibición jurídica pueden constatarde de modo material y, por supuesto, valorativo. Por un lado, si el agente pensó acerca del daño que su comportamiento le representaba a la sociedad o a otras personas de carne y hueso, o si otros le hicieron comentarios en tal sentido, es viable predicar que pudo tener acceso al sentido prohibitivo de la norma, así no la conociera en concreto. Y, por otro lado, si el juez analiza las características personales del autor, o su relación con la sociedad, y concluye que era capaz de reflexionar si su conducta contradecía las exigencias del orden comunitario o conculcaba derechos ajenos, también debe colegir que le era exigible haber conocido el injusto.

Por lo tanto, la única ausencia cognitiva relevante para no declarar culpable a una persona es aquella que no ha podido ser evitada.

La consciencia de la ilicitud, entonces, está fundada en la posibilidad (no en la realidad ontológica) de conocer, ya sea por vías directas o indirectas, la existencia de una norma que proscriba la realización de la acción antijurídica ejecutada.

Esta postura de ninguna manera es novedosa. Hace más de un siglo, en 1907, el tratadista que introdujo el concepto de reproche en el derecho penal, y con ello inició la teoría normativa de la culpabilidad, afirmaba lo siguiente:

“[...] ¿se puede hacer reprochable a alguien por su comportamiento cuando él no conocía el precepto legal que lo prohíbe?

”La negación de esta cuestión quizás estaría planteada si la conducta humana estuviera dominada por el derecho. Al lado de él se hallan los poderes de la ética y la moral. Si se tiene en cuenta esto, se demuestra que la reprochabilidad de un comportamiento no depende sino del conocimiento de la norma legal prohibitiva, puesto que quien no conoce una norma como una norma jurídica la puede conocer como una norma ética. Se puede compatibilizar así el error de que sólo puede existir un comportamiento según lo prevé la ley, pese a la conciencia de la ética no lo admite. Pero un legislador que observa sus normas como derivadas de una correcta ética social puede aceptar como dada una suficiente reprochabilidad cuando el autor tiene sólo la conciencia últimamente mencionada y en la ausencia de esta conciencia puede ver algo reprochable, salvo que se trate de una enfermedad mental”⁴⁵

En la actualidad, sin embargo, el fundamento de la posibilidad de acceder al mandato normativo no está apoyado en su correspondencia con valores ético-sociales o morales, sino en la noción de persona en un Estado Social y Democrático de Derecho:

“[...] la democracia presupone ciudadanos responsables; ciudadanos que se atribuyen mutuamente responsabilidad como participantes en la deliberación pública. [...] Una democracia no presupone un deber de cada ciudadano de ejercitar sus capacidades deliberativas, pero considera a los participantes en los procesos públicos de formación de la voluntad como personas poseedoras de tal capacidad, y exige procedimientos en los cuales la capacidad pueda ser ejercida de modo eficaz. Del mismo modo, una democracia no obliga a los ciudadanos a actuar de modo acorde con sus juicios deliberativos, pero presupone que son capaces de hacerlo.

“[...] Los ciudadanos que se tratan mutuamente como autores responsables de sus normas legales deben también tratarse mutuamente como responsables de la obediencia de esas normas. No tendría sentido ser un participante responsable en la deliberación pública, pero alegar ignorancia cuando haya de obedecerse la ley en una situación concreta”⁴⁶.

No hay que confundir el conocimiento de la ilicitud de la acción con la figura de la imputabilidad en sede de culpabilidad, pues como lo señaló la Sala en el fallo de 11 de marzo de 2003 la primera tiene que ver con la posibilidad común de acceder al sentido prohibitivo de la norma, mientras que la segunda alude a la capacidad de “establecer una efectiva y adecuada comunicación en lo que a dicho mensaje de mandato se refiere”⁴⁷, pero sustentada en una inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o cualquier otro estado análogo de la persona (artículo 33 del Código Penal), caso en el cual se concluye que no ha podido comprender las repercusiones de su acto o determinarse de acuerdo con ese entendimiento.

Tampoco es plausible incluir la consciencia del proceder contrario a derecho en el dolo, pues según la opinión dominante en la dogmática penal contemporánea este último hace parte de la tipicidad subjetiva y no de la categoría de la culpabilidad.

Es cierto que en las últimas décadas del siglo pasado, la tradición jurídica colombiana definía al dolo como una rebelión consciente, por parte del sujeto activo de la conducta, en contra de la norma que contenía la prohibición (“entendemos por dolo la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica”⁴⁸). Por lo tanto, saber que la acción desplegada estaba conminada con pena por el ordenamiento tenía que ser parte del elemento cognitivo doloso (“conocimiento del hecho significa: que el agente conozca la naturaleza de su comportamiento de acuerdo con la descripción que de él hace el legislador en el respectivo tipo penal, y que tenga consciencia de su antijuridicidad”⁴⁹).

Hoy en día, esta opinión ya no puede sostenerse, no sólo porque el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 consagra al dolo directo únicamente como querer y saber la realización de todas las circunstancias que integran el tipo objetivo⁵⁰, sino porque además el fundamento de la punición del delito doloso no puede radicar en la desobediencia consciente de la norma, sino en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más caros a la comunidad (como también ocurre en la imprudencia). De lo contrario, bastaría con que el agente mostrase indiferencia absoluta hacia el precepto punitivo para quedar exonerado de responsabilidad. Pero lo peor sería que la vigencia de la norma dejaría de depender de factores objetivos (esto es, de su promulgación, derogación y otros efectos) para pasar a ser un problema de índole subjetiva, atado a lo que cada uno considerara contrario a derecho⁵¹.

Adicionalmente, ubicar la consciencia de la antijuridicidad en el dolo, y excluirlo de la categoría de la tipicidad, obedece a una concepción clásica de la teoría del delito, en la cual los elementos objetivos de la conducta constituían el injusto, mientras que los subjetivos serían parte de la culpabilidad. Esto, a su vez, era consecuencia del pensamiento naturalista, propio del siglo XIX, en el cual todos los datos relevantes en la persona (como voluntad, libertad, decisión, negligencia, etc.) eran de índole psicológica

y podían ser explicados por medios empíricos o, lo que es lo mismo, por las ciencias naturales.

De ahí que el conocimiento de la ilicitud no puede estar sujeto a un hecho psíquico del autor, de difícil o imposible verificación (según sea el caso), sino debe partir de una posibilidad, basada en aserciones normativas derivadas de la axiología del Estado Social de Derecho, y en particular, del reconocimiento de la persona como capaz de ejercer derechos y de responder frente a sus infracciones.

Para mayor precisión, la Sala deslinda las siguientes diferencias entre la posibilidad de acceder cognitivamente al sentido prohibitivo de la norma y el ingrediente del conocimiento en el tipo doloso:

3.1.1. La parte intelectual del dolo abarca la percepción sensorial o la comprensión de todas las circunstancias objetivas (tanto descriptivas como valorativas) contenidas en el precepto legal⁵², incluida la vulneración del bien jurídico.

Por ejemplo, si una persona apunta con un arma de fuego a otra y dispara, no sólo debía saber que empleaba un medio idóneo para quitarle la vida a otro (verbigracia, un revólver cargado), sino que, al actuar de esa manera, era probable que la matara. En otras palabras, para serle imputado dolo en su aspecto cognitivo, tanto la acción constitutiva del resultado como el riesgo de producción del mismo tuvieron que ser percibidos y entendidos por el agente.

La consciencia de la ilicitud, en cambio, apunta a valorar la acción típica y antijurídica desde la perspectiva del sujeto activo, en cuanto a la posibilidad que tiene de conocer si su comportamiento estaba permitido o prohibido por el derecho. Se trata de un planteamiento que por regla general no figura en los fallos de instancia, a menos que sea propuesto por los sujetos procesales, o sea apreciado de bulto por el juez, debido a que la solución en la mayoría de los casos remite a obvias aserciones normativas.

En el caso citado, por ejemplo, el ‘problema’ de acceder al sentido de la norma penal podría reducirse a determinar si el autor sabía que quitarle la vida a un ser humano, con conocimiento de lo actuado y voluntad de realización, estaba proscrito por el ordenamiento.

En síntesis, el dolo es tan sólo uno de los elementos de la conducta que es objeto de reproche en sede de culpabilidad, y el conocimiento del injusto es uno de los motivos por los cuales el juez está facultado para adelantar tal juicio normativo.

3.1.2. El elemento cognitivo del dolo tiene que ser efectivo o concreto, predicable a una persona en particular.

Así lo ha reconocido la doctrina de tiempo atrás y lo ha admitido la Sala en reciente providencia⁵³.

La consciencia de la ilicitud, por el contrario, es potencial o, como se dijo, fundada en una posibilidad (la de acceder al sentido prohibitivo de la norma) común a la mayoría de los asociados, sobre todo cuando concierne a delitos tradicionalmente considerados como tales o de marcada trascendencia social (como los que afectan la vida, la libertad sexual, el patrimonio económico, la salud pública, etc.).

De esta manera, si la imputación del conocimiento en el dolo está circunscrita a un hecho concreto del sujeto activo (“usted sabía que tenía un arma de fuego y disparó”), el reproche de la capacidad cognoscitiva del acto se refiere a una ficción jurídica o regla social del juego (“usted debía saber, en tanto persona responsable, que matar a otro estaba prohibido por la ley y, sin embargo, lo hizo”).

3.1.3. La prueba relativa al ingrediente cognitivo del dolo puede deducirse de los mismos actos de naturaleza objetiva que constituyen la acción objeto de estudio, pero también de circunstancias ocurridas antes o después de ésta (en todo caso,

analizadas mediante criterios normativos y no tendientes a descubrir datos psicológicos en el agente), siempre y cuando guarden directa relación con la situación típica y, por lo tanto, no constituyan derecho penal de autor. Así lo ha señalado la Sala, en relación con la demostración del dolo:

“[...] es viable deducir tanto el elemento cognitivo como el volitivo del dolo de las concretas circunstancias que hayan rodeado la conducta y no del hecho, de difícil comprobación, de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado.

“[...] Así mismo, en la medida en que es imposible conocer los elementos del dolo por medio de la observación directa, éstos también pueden derivarse de los indicios que se construyan alrededor de la situación fáctica imputada, pero no a datos extraños a tal conducta y que constituyan derecho penal de autor. De acuerdo con la doctrina:

“‘[...] los hechos externos de los que parte la inferencia deben extraerse siempre de modo directo de la situación enjuiciada, sin que pueda admitirse la introducción de consideraciones relacionadas con otros datos ajenos a aquélla, tales como el modo de vida o la personalidad del autor. Y ello porque el objeto de la prueba –sea el conocimiento o la voluntad– se refiere exclusivamente al hecho cometido, de donde se sigue la total ineptitud de cualquier otro dato personal para aportar alguna información relevante’”⁵⁴.

El conocimiento de la ilicitud de la acción, por su parte, puede ser objeto de debate probatorio (por ejemplo, si en la actuación procesal es planteado un error de prohibición –infra 3.1.4), y en esa medida cabría valorar aspectos objetivos idénticos o análogos a los que sustentaron el dolo o la realización del tipo objetivo. Pero de mayor importancia serían las circunstancias relativas a la persona (como su condición social, económica o cultural, y, en especial, la relación comunicativa que haya establecido con el Estado Social de Derecho).

Esto último de ninguna manera sería una indebida manifestación del derecho penal de autor⁵⁵, puesto que la restricción que a este respecto emana está ceñida a la improcedencia de plantear o deducir los hechos materia de acusación, o de dosificar la sanción punitiva, con base en lo que la persona es y no en lo que ha hecho. Y como el reproche en sede de culpabilidad es a título personal, esta valoración tiene que darse una vez establecida la autoría o participación del sujeto en el injusto.

De ahí que el artículo 403 de la Ley 600 de 2000 prevé que al inicio de la audiencia pública el juez no sólo interrogará al procesado acerca de los hechos constitutivos del caso, sino además “sobre todo aquello que conduzca a revelar su personalidad”, circunstancias que en un evento dado serían trascendentes a la hora de valorar la posibilidad de conocer la ilicitud.

Otro tanto no podría predicarse del objeto de la audiencia señalada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para el nuevo sistema acusatorio, pues aunque en ésta el juez indagará a las partes acerca de “las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden” del enjuiciado, ello ocurre cuando ya lo ha declarado culpable, es decir, cuando entre otras cosas ha concluido que podía acceder al sentido prohibitivo de la norma. Por consiguiente, la falta de consciencia de la ilicitud tiene que plantearse necesariamente en el juicio oral, como teoría del caso de la defensa, pues en principio se reputará que todas las personas tienen la posibilidad de conocer y de obedecer la ley.

En suma, la prueba relativa al elemento cognitivo del dolo gira en torno de la acción, mientras que la atinente al conocimiento de la prohibición está circunscrita al individuo o, mejor dicho, a la persona objeto de reproche.

3.1.4. Por último, la ausencia del elemento cognitivo del dolo excluye la imputación al tipo subjetivo, figura que se conoce como error de tipo y está consagrada como causal

eximente de responsabilidad en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, a menos que (i) el error sea catalogado vencible y (ii) el legislador haya contemplado la modalidad imprudente de la conducta:

“Artículo 32-. Ausencia de responsabilidad. No habrá responsabilidad penal cuando:

”[...] 10-. Se obre con 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”.

En el ejemplo estudiado, un error de tipo consistiría en que el agente disparara el arma de fuego creyendo que se trataba de un juguete.

En tal caso, le sería imputable el resultado a título de culpa si llega a establecerse que había creado un riesgo no permitido que se concretó en el resultado, es decir, que violó un deber de cuidado desde el punto de vista objetivo.

Por su parte, la falta de acceso al sentido prohibitivo de la norma origina el denominado error de prohibición, que tan sólo excluirá de responsabilidad si se trata de un error invencible, tal como lo prevé el numeral 11 ibídem de la siguiente manera:

“11-. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible, la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la consciencia de la antijuridicidad, basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

La calidad de vencible o invencible en el error de prohibición está directamente asociada a la posibilidad de conocer el carácter ilícito del comportamiento⁵⁶. De esta manera:

(i) Si el juez concluye, dadas las condiciones y características del autor o partícipe del injusto, que jamás tuvo la posibilidad de conocer la prohibición normativa, el error será invencible.

(ii) Si está demostrada la existencia de un error (es decir, de una concreta falta de conocimiento por parte del agente), pero desde una perspectiva normativa esta situación carece de la solidez suficiente para destruir la posibilidad de acceder al sentido prohibitivo de la norma (en otras palabras, la persona no sabía, pero debía saber), el error será vencible, caso en el cual la pena será reducida en la mitad.

Y (iii) si el error alegado es burdo o craso, en el entendido de que de ninguna manera podría ser excusable, no habría lugar a rebaja de la pena, así el error tuviese sustento probatorio.

En el ejemplo tantas veces citado, si una persona con un estándar mínimo cultural asegura tener el convencimiento de que le estaba permitido disparar a otro por defender una ideología política, religiosa o filosófica no compartida, se trataría de un error craso o burdo, pues según los parámetros razonables del artículo en cuestión hubiera podido reflexionar acerca de lo injusto de su comportamiento y, por lo tanto, esa falta de comprensión, aunque estuviese demostrada, le era por completo reprochable.

3.2. En el presente asunto, el demandante alegó que FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA no tenía consciencia de la antijuridicidad de la acción, aunque al mismo tiempo propuso que en su conducta no había 'culpabilidad', en cuanto la víctima Y. B. M. D. aparentaba ser mayor a los trece años que para ese entonces tenía.

Con esta postura, el recurrente confundió la ausencia del elemento cognitivo del dolo con la falta de comprensión de lo ilícito de la conducta, toda vez que una cosa es errar respecto de la percepción sensorial de un ingrediente típico (como "persona menor de catorce años") y otra muy distinta es haberse equivocado en relación con la

posibilidad de conocer que acceder carnalmente a una joven de trece años era contrario al ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo primero, es de destacar que la segunda instancia respondió al alegato de una manera tan sencilla como contundente: el procesado tenía el conocimiento concreto o efectivo acerca de la verdadera edad de la menor, por cuanto sostenía con ella una relación sentimental de ocho meses y la conocía desde que era una niña. En palabras del Tribunal:

“Tampoco encuentra soporte el presunto error invencible en que, según las voces de la defensa, pudo haber actuado RIVERA CANDIA; por el contrario, aflora claro que éste sabía y era consciente que [Y. B. M. D.] se encontraba en pleno periodo de formación sicossexual; no puede pasarse por alto que hacía cuatro años la conocía, es decir, desde cuando contaba con nueve años; además, llevaban ocho meses de noviazgo, circunstancias que sin duda le permitía conocerla muy bien, como para saber entre otras de sus condiciones la fecha de su nacimiento y por ende la de su cumpleaños”⁵⁷.

Respecto de lo segundo, es de anotar que un error de prohibición jamás fue planteado por la defensa material de que era titular el procesado (quien fue interrogado durante la indagatoria⁵⁸, pero no estuvo presente en la audiencia pública⁵⁹). Tan sólo fue sugerido por el asistente letrado de ese entonces, a partir de la sustentación de la apelación del fallo de primera instancia⁶⁰.

De esta forma, los medios de prueba relacionados con la capacidad normativa de conocer la prohibición contenida en la norma jurídica, no son otros que los de la misma situación fáctica y las siguientes condiciones personales que FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA anunció en la diligencia de vinculación:

“[...] me llamo y me identifico como quedó inscrito anteriormente, 19 años, nacido el 10 de enero de 1986, nacido en Saldaña Tolima, estado civil soltero, no tengo hijos, mi grado

de estudio once, trabajo en una vidriería y marquetería de Alberto Rodríguez, él me bota para la gaseosa 20 mil pesos semanales y yo le ayudo a mi papá en le cultiva [sic] y él me da pa [sic] la gaseosa los sábados a veces, cuando le he ido a ayudar al señor de la parabólica en Saldaña”⁶¹.

Teniendo en cuenta esa información, así como el injusto hecho por el procesado, el Tribunal se lo reprochó de esta forma:

“[...] FRANCISCO JAVIER es un joven con buen nivel cultural y de preparación académica, que le permitía discernir la entidad y el reproche penal de los actos que ejecutaba, por ello mismo, como se infiere del discurrir de los hechos, se le advierte propiciando el momento oportuno para seducir a la menor y llevarla hasta la cúpula [sic] sexual, con los resultados descritos en los autos.

“Es claro, entonces, que el procesado, como persona adulta, para la época de los hechos con diecinueve años de edad, con pleno conocimiento de las implicaciones o consecuencias adversas que podía acarrear a la menor el tener que asumir tempranamente responsabilidades no propias de una niña, tenía la obligación de controlar sus pasiones, de abstenerse de involucrar a la menor en la más mínima actividad sexual, en otras palabras, debió actuar conforme a la ley, que para el caso establece una prohibición absoluta de sostener relaciones sexuales con un menor de catorce años, así éste preste su consentimiento que de suyo, dada su minoría de edad, se encuentra viciado”⁶².

Frente a esta argumentación, el demandante pretende que la Sala exonere de responsabilidad penal a su protegido, aduciendo que se trata de un ‘ignaro e inexperto campesino’⁶³ que nunca conoció la naturaleza punible de la norma contenida en el artículo 208 del Código Penal.

La postura del profesional del derecho es, sin lugar a equívocos, inaceptable. En primer

lugar, la consciencia de la ilicitud de la acción no hace referencia al conocimiento real del carácter punible del comportamiento asumido, sino, como se explicó en precedencia, al problema de acceder al sentido prohibitivo de la norma. No se trata, entonces, de saber que el poder punitivo del Estado sanciona con pena lo cometido, sino de la capacidad de conocer que la conducta no estaba permitida por el sistema.

En segundo lugar, no todo desconocimiento de la prohibición normativa excluye de responsabilidad penal al inculcado, pues debe tratarse de un error invencible o, lo que es lo mismo, de una falta cognoscitiva respecto de la ley, a la que el autor le haya sido imposible tener acceso. Y, en este caso, ni siquiera fue planteada durante la etapa de instrucción, o en la audiencia pública, un no-saber del cual pudiera predicarse su calidad de vencible o invencible, y del que, por regla general, no es verificable en forma oficiosa cuando de delitos sexuales atañe, que son de elevada trascendencia socio-cultural y amplia difusión mediática.

En tercer lugar, la Sala encuentra en el discurso del demandante un criterio contrario a la realidad, e incluso de naturaleza discriminatoria, cuando adujo que FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA no era más que un campesino ignaro. Lo anterior, no sólo porque el procesado afirmó desempeñarse en oficios distintos a los del campo (vidriería, marquería, instalación de antenas), sino porque además del hecho de dedicarse a labores agrícolas no es razonable extraer, en los términos del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, que era imposible exigirle que reflexionara acerca de la contrariedad a derecho de lo a la postre cometido.

Nótese que el procesado era un joven mayor de edad (de diecinueve años al momento de los hechos), con grado de bachiller y próximo a prestar servicio obligatorio en la Policía Nacional, con la capacidad económica suficiente para contratar un taxi y pasar el día entero en compañía de sus amigos en un balneario, tal como se desprende de los hechos materia de imputación.

De alguien así tiene que asumirse su integración a la sociedad, al igual que un fácil acceso a diversos medios informativos (televisión, radio, cine, Internet, etc.), y, por lo tanto, debe colegirse que el Estado Social de Derecho le ha brindado un tratamiento justo y equilibrado como persona, lo cual implica que ostenta tanto la capacidad de deliberar frente a los preceptos jurídicos como el deber de conocerlos, a la vez que de obedecerlos.

Por último, existe en la actuación procesal ciertos hechos concretos, indicativos de que sí pudo habersele comunicado a esta persona el sentido no permisivo del mandato, en la medida en que él estaba enterado de que al seducir a una menor como Y. B. M. D., de trece años de edad, vulneraba intereses comunes y afectaba los derechos de terceros.

En efecto, además de negar en indagatoria la realización de cualquier acto sexual (aspecto que fue desvirtuado por el dictamen medicolegal obrante en el expediente⁶⁴), FRANCISCO JAVIER RIVERA CANDIA admitió que los familiares de la víctima, en especial la mamá de la menor, le habían advertido acerca de la posibilidad de ‘corromper’ (o, lo que es lo mismo, lesionar la formación sexual) de la menor. En palabras del procesado:

“[...] yo iba a la casa de ella, como amigo, y la mamá no sabía que éramos novios, y ahí seguíamos [...] en marzo, se metieron a la casa de un vecino cuando iba para el colegio y colocaron una escalera en la tapia y se metieron a mi casa [...] T. se puso a hablar con mi hermano y Y. B. M. D. se puso a mirar televisión conmigo y ahí se quedó dormida, como a las seis de la tarde, se bajaron al primer piso y mi mamá las paró, que por qué estaban ahí, que por dónde habían entrado, cuando llegó la vecina y dijo que se subieran por la tapia y mi mamá me metió una regañada [...] y la mamá me amenazaba mucho con el papá, que le iba a decir al papá, que yo la corrompía a ella”⁶⁵.

En consecuencia, como no advierte algún tipo de error en la decisión adoptada, la Sala no casará la sentencia proferida por el cuerpo colegiado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

NO CASAR el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Ibagué.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Comisión de servicio

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Comisión de servicio

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

- 1 La Sala se abstiene de revelar el nombre completo de esta persona, de acuerdo con lo que se desprende del numeral 8 del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.
- 2 Véase la nota anterior.
- 3 Artículo 40 [anterior Código Penal]-. Causales de inculpabilidad. No es culpable: / 4-. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.
- 4 Cf. autos de 10 de marzo de 2009, radicación 30822, y de 12 de mayo de 2010, radicación 33755.
- 5 Artículo 140-. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: / [...] 2-. Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.
- 6 Folio 27 del cuaderno del Tribunal.
- 7 Sentencia de 26 de septiembre de 2000, radicación 13466.
- 8 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.
- 9 Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, citando un concepto médico de la Universidad del Rosario. En dicha providencia, el máximo tribunal en materia de control

constitucional declaró inexecutable el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil en lo que a la capacidad de las mujeres mayores de doce años se refiere, tal como será explicado más adelante (infra § 2.1.7).

10 Ibídem, citando un concepto de la Universidad Nacional.

11 Cf. Popper, Karl R., Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico, Paidós, Barcelona, 1972, pp. 57 y ss.

12 Véase nota al pie de página número 10.

13 Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455. En el mismo sentido, fallos de 26 de enero de 2006, radicación 23706, 23 de enero de 2008, radicación 20413, y 23 de septiembre de 2009, radicación 23508, entre otros.

14 Ley 27 de 1997 / “Por la cual se fija la mayoría de edad a los dieciocho años” / Artículo 1-. Para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido dieciocho años. / Artículo 2-. En todos los casos en que la ley señale los veintiún años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de dieciocho años.

15 De la misma manera en que lo serían varios principios emblemáticos del sistema, como el de igualdad.

16 Gimbernát Ordeig, Enrique, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, Ara, Lima, 2009, pp. 21-22.

17 Artículo 15 [Constitución Política]-. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

18 Artículo 13-. [...] / El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 44-. [...] Serán protegidos [los niños] contra toda forma de [...] abuso sexual. Gozarán [los niños] de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. / La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y de proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Artículo 45-. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

19 Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004.

20 Artículos 44 inciso 1º y 93 de la Constitución Política.

21 Numeral 1 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

22 Numeral 1 del artículo 14 ibídem.

23 Numeral 1 del artículo 15 ibídem.

24 Numeral 1 del artículo 16 ibídem.

25 Numeral 1 del artículo 19 ibídem.

26 Numeral 2 ibídem.

27 Inciso 1º del artículo 34 ibídem.

28 Artículo 36 ibídem.

29 Literal a) del artículo 34 ibídem.

30 Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

31 También conocidas como Reglas de Beijing, expresión que no es recomendada por la Academia. Real Academia Española, Diccionario panhispánico de dudas, Santillana, Bogotá, 2005, p. 492.

32 § 4 de la Reglas de Pekín.

33 Comentario oficial al § 4 de las Reglas de Pekín.

34 Fuente <http://www.avert.org/age-of-consent.htm>.

35 Ibídem.

36 Artículo 139 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

37 Inciso 1º del artículo 142 ibídem.

38 Cf. nota al pie de página número 5: “El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: / [...] 2-. Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad”.

39 Corte Constitucional, sentencia C-507 de 25 de mayo de 2004.

40 Muñoz Conde, Francisco, Derecho penal. Parte especial, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 210.

41 Corte Constitucional, sentencia C-145 de 1994. Esta postura fue reiterada en el fallo C-1095 de 2003, en el que la Corte Constitucional declaró exequibles, por cosa juzgada

constitucional, los artículos 208 y 209 del actual Código Penal.

42 Sentencia de 26 de septiembre de 2000, radicación 13466.

43 Corte Constitucional, sentencia C-146 de 1994.

44 Cf. Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997, §§ 21, 12 y 56. En el mismo sentido, Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 624.

45 Frank, Reinhard, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, B de F, Buenos Aires, 2000, pp. 55-56.

46 Günther, Klaus, 'Acción voluntaria y responsabilidad criminal', en VV. AA., El problema de la libertad de acción en el derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 122-123.

47 Sentencia de 11 de marzo de 2009, radicación 26789.

48 Reyes Echandía, Alfonso, Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1987, p. 208.

49 Ibídem, p. 209.

50 Artículo 22 [Código Penal]-. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

51 Cf. Roxin, Op. cit., § 21, 6-10.

52 Cf. Roxin, Op. cit., § 12, 84.

53 Cf. sentencia de 25 de agosto de 2010, radicación 32964.

54 Sentencia de segunda instancia de 24 de febrero de 2010, radicación 32872, citando a Lorenzo Copello, Patricia, 'El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español', en Cancino, Antonio José (editor), El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Homenaje a Enrique Bacigalupo, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1999, p. 140. En similar sentido, fallos de 23 de septiembre de 2003, radicación 18576, y 3 de agosto de 2005, radicación 22112, entre otros.

55 Acerca del derecho penal de acto, cf., entre otras, sentencias de 20 de febrero de 2008, radicación 21731, 16 de abril de 2008, radicación 25543, y 15 de julio de 2008, radicación 28362.

56 Cf. Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte general, B de F, Buenos Aires, 2007, pp. 542-543.

57 Folios 12-13 del cuaderno del Tribunal.

58 Folios 17-20 del cuaderno principal.

59 Folios 144-146 ibídem.

60 Folio 165 ibídem.

61 Folio 27 ibídem.

62 Folio 13 del cuaderno del Tribunal.

63 Folio 28 ibídem.

64 Folio 43 del cuaderno principal (“himen desflorado reciente”).

65 Folio 18 ibídem.