

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP922-2019

Radicación n.º 53473

Acta 72

Bogotá, D. C., veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 31 de mayo de 2018, por medio de la cual confirmó el fallo condenatorio dictado el 6 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá, que lo halló responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

ANTECEDENTES:

1. Según el fallo recurrido en casación, en horas de la tarde del 15 de marzo de 2015, JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA, de 30 años de edad, sostuvo relaciones sexuales

con la menor MCPC de 13 años, 11 meses y 14 días, las cuales fueron consentidas por ambas partes.

2. El 30 de abril de 2015, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Facatativá, la Fiscalía le imputó la autoría del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años —art. 208 del C.P.—, cargo que no fue aceptado. A petición del ente acusador, el juzgado le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

3. Presentado el escrito de acusación, la consiguiente audiencia se llevó a cabo el 11 de agosto de 2015 en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá, autoridad que también adelantó la etapa preparatoria y el juicio oral.

Cumplida dicha fase procesal, el juez anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y el 6 de junio de 2017 profirió la decisión correspondiente en la que lo condenó a 144 meses de prisión y lo inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso sin concederle el subrogado de suspensión condicional de la pena.

4. La defensa apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Cundinamarca lo confirmó a través del fallo recurrido en casación, expedido el 31 de mayo de 2018.

LA DEMANDA:

Consta de cuatro cargos.

Primer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad.

Según el demandante, la sentencia incurre en un falso juicio de identidad por supresión porque cercenó el aparte del testimonio de la menor MCPC en el que afirmó que su hermana Lina Magaly Cuervo Correa le informó a JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA que ella —MCPC— era menor de edad y que ello sucedió después del encuentro sexual denunciado.

Al efecto destacó que la Fiscalía preguntó a MCPC *«el acusado habló con su hermana Lina Magaly de esto»* y ella manifestó que *«si no estoy mal creo que sí, mi hermana le dijo, porque después de eso yo le dije a mi hermana lo que había pasado y pues mi hermana le dijo que no se metiera conmigo porque yo era menor de edad»*.

Si el Tribunal hubiese valorado el testimonio de la MCPC, en opinión del demandante, *«las conclusiones a que hubiese arribado era que Lina Magaly en ningún momento advirtió al acusado antes de la ocurrencia de los hechos que su hermana era menor de 14 años, puesto que está demostrado con la declaración de la menor M.C. que esa situación ocurrió, pero fue posterior a la relación sexual»*.

Esa declaración imponía proferir sentencia absolutoria por ausencia de responsabilidad al presentarse el error de tipo previsto en el artículo 32-10 del Código Penal, el cual inaplicó a pesar de estar llamado a regular el caso.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio.

Para el censor, el fallo desconoció la duda existente sobre la edad verdadera de la joven derivada del mismo testimonio de la presunta ofendida quien reconoció tener una cuenta en Facebook en la que escribió que su edad era 23 años.

A su criterio, *«la joven mintió sobre varios aspectos trascendentes, como lo fue ocultar una cuenta de Facebook no autorizada por sus padres con una edad que no le correspondía, la relación de noviazgo que tuvo con el acusado, lo cual permitía restarle credibilidad a su dicho conforme a los postulados de valoración que establece el artículo 404 de la Ley 906 de 2004».*

Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio.

Según el casacionista, la sentencia incurrió en otro falso raciocinio al inferir erróneamente que siempre que una joven usa uniforme de colegio se presume que es menor de 14 años, pues desconoce que ese hecho no siempre es cierto y carece de la generalidad necesaria para ser tenida como regla de la experiencia, en la medida que en los colegios también estudian personas mayores a esa edad.

A su juicio, entonces, *«si los falladores no hubiesen creado la regla antes analizada, resulta evidente que al no ser una máxima universal que siempre que sucede A sucede B, no era*

posible tenerla en cuenta como un postulado de la sana crítica, y a partir de ahí, inferir que el acusado JONATAN VILLANUEVA concurría con dolo en su actuar, aplicando indebidamente el artículo 208 del Código Penal».

Cuarto cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio.

Para el demandante, la sentencia vulneró las reglas de la experiencia al afirmar que el procesado conocía que la joven era menor de 14 años porque el médico legista pudo determinar ese aspecto, con lo cual desconoció que esa conclusión se basó en el examen odontológico y sexual pormenorizado.

Considera, por tanto, que si las instancias hubiesen valorado las pruebas en debida forma habrían colegido que existía la posibilidad de que el acusado no conociera la edad real de la menor, máxime cuando el perito señaló *«un margen de error de un año»*.

Pide, con apoyo en los citados cargos, casar el fallo y absolver al procesado.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el defensor, el Ministerio Público y el Fiscal Delegado ante la Corte.

1. El Defensor.

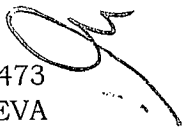
Reitera, en términos generales, los argumentos expuestos en los cargos que componen la demanda y, con fundamento en ellos, solicita casar la sentencia para absolver al procesado.

2. La Procuradora Delegada.

Aborda el examen de los cargos en forma conjunta porque se orientan a obtener la absolución del procesado y, en tal propósito, señala que no existe ninguna duda de que la menor MCPC voluntariamente sostuvo relaciones sexuales con JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA el 15 de marzo de 2015. El punto álgido del proceso, a su parecer, consiste en establecer si el procesado conocía la edad que tenía la joven el día de los hechos.

Luego de revisar las pruebas del juicio, encuentra demostrado con la declaración de la víctima y de Lina Magaly Cuervo que ésta le informó a JONATAN VILLANUEVA que su hermana tenía 13 de años de edad y que no debía relacionarse con ella, de manera que las instancias no cercenaron los aludidos testimonios.

El procesado sabía la edad de la joven y, por ello, su proceder fue doloso, pues, pese a las advertencias, decidió sostener relaciones sexuales con una menor de 14 años, lo cual excluye la causal de ausencia de responsabilidad aducida en la demanda. Máxime cuando el Tribunal no adujo como



regla de la experiencia que el hecho de llevar uniforme de colegio implica que la persona sea menor de 14 años, como expresó el censor

Solicita no casar el fallo de las instancias.

3. El Fiscal Delegado ante la Corte.

3.1. El funcionario pide casar la sentencia demandada por cuanto la defensa acierta al postular un falso juicio de identidad al valorar la versión de la víctima.

Lo anterior porque luego de ser interrogada sobre si su hermana había hablado con el procesado, la joven indicó *«si no estoy mal creo que...le dijo que no se metiera conmigo porque yo era menor de edad»*, aparte del relato cercenado en la sentencia y que es trascendente para establecer si, previo al acto sexual, el acusado conocía la edad real de la ofendida, pues los fallos de instancia dieron por sentado ese hecho a partir de creer a Lina Magaly Cuervo y sucede que a voces de la propia perjudicada, aunque ésta hizo saber a JONATAN VILLANUEVA que MCPC era menor de edad, ello ocurrió después de que se consumara la relación sexual, no antes. La víctima, por tanto, desmiente a su hermana y le resta eficacia a su narración.

3.2. Para el fiscal delegado, además, en la valoración del interrogatorio de Lina Magaly Cuervo, las instancias incurrieron en un falso juicio de legalidad porque en el ejercicio del interrogatorio se desconocieron las formas legales

preestablecidas en los artículos 391 inciso 1° y 392 literal b de la Ley 906 de 2004, dado que la testigo en su relato natural y espontáneo no hizo alusión a que hubiese advertido al acusado que su hermana era menor de 14 años. Esta afirmación fue producto del direccionamiento de la fiscal, quien le preguntó si había advertido al procesado sobre la edad de su hermana, pregunta en sí misma sugestiva, y ella refirió que sí. Siendo cuestionada sobre el tipo de advertencia, la declarante dijo haberle dicho que estaba muy grande para enviarle razones a su hermana, pues ella era chiquita, una mocosa, es decir, nada sobre la edad, ni siquiera una aproximación. Luego la Fiscalía preguntó por el significado del término «mocosa» y de nuevo la declarante aludió a que el acusado era muy grande y la víctima chiquita.

Ante esa respuesta, la Fiscalía interrogó enseguida «*si le indicó al procesado la edad de su hermana*», lo que llevó a la declarante a relatar haberle dicho que tenía 13 años, en evidente infracción de las normas procesales porque la respuesta fue inducida, en tanto el meollo del asunto estaba en si el procesado sabía o no que era menor de 14 años.

3.3. A su parecer, en la apreciación del testimonio de la víctima se incurrió en un falso raciocinio por vulneración de las reglas de la experiencia porque si una persona se acostumbra a decir mentiras, a ocultar la verdad, cuando se le cuestiona por un hecho que sabe fue irregular y que le puede significar consecuencias, acude a responder con su tendencia natural, esto es, a referir cosas contrarias a la verdad.

Para el fiscal, la víctima dijo mentiras a su familia y a la justicia al negar que era novia del acusado, cuando los mensajes enviados desde su teléfono, incluso con posterioridad al hecho denunciado, indican que no se sentía agredida y trataba al acusado en forma amorosa, propia de novios. También faltó a la verdad al ocultar a sus padres que había abierto una cuenta en Facebook con otros nombres en la que anotó tener 23 años. Considera, por ello, que como para abrir cuenta en esa red social se debe tener más de 14 años de edad, el acusado fue inducido a creer que la joven tenía 23 o 18 años de edad o, en el peor de los casos, que era mayor de 14 años.

Si en todos esos actos la joven falseó la verdad, en su opinión, una vez descubiertos los sucesos que comportaban reprimendas de sus padres, con alta probabilidad surgió su tendencia natural a mentir en el punto trascendente, esto es, haber dicho a su novio, antes de sostener voluntariamente sexo con él, que tenía 13 años de edad, pues, al hacerlo, descargaba sus errores en el otro.

3.4. Advierte otro falso raciocinio en la conclusión de las instancias según la cual, como el acusado debió haber visto a la niña con uniforme, lo que es especulativo porque no se demostró plenamente, debió concluir que era menor de 14 años.

Lo anterior porque la común ocurrencia de las cosas no indica que quien porta un uniforme de colegio tiene menos de 14 años. La única inferencia razonable es que está cursando

estudios primarios o secundarios y, eventualmente, como mera posibilidad, que es menor de 18 años, aunque por muchas circunstancias, el bachillerato también lo cursan mayores de edad.

Destaca, además, que ni siquiera el médico especializado pudo concretar la edad de la víctima, pues a pesar de haber acudido a exámenes dentales y de las características sexuales, calculó a la joven 13 años, pero aclaró que existía un margen de error de un año, esto es, que podía tener 14 años o más.

Resulta desacertado colegir que el procesado, que no practicó esos estudios científicos, tuvo acceso a las fotos de la joven en su Facebook donde mostraba más edad y sólo la había visto en escasas oportunidades, pudiese detectar que tenía menos de 14 años, máxime cuando estaba a escasos días de cumplir la edad límite.

En esas condiciones, el fiscal delegado estima que la valoración objetiva de las pruebas de cargo señala un estado de incertidumbre respecto de si el sujeto activo de la acción penal, antes de sostener relaciones sexuales consensuadas con la menor, tuvo conocimiento de que ésta contaba con 13 años y 11 meses de edad. Vacilación que considera insalvable y no permite estructurar el tipo subjetivo doloso, debiéndose resolver en su favor en aplicación de *in dubio pro reo*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La defensa atribuye a la sentencia la violación indirecta de la ley sustancial, vía falsos juicios de identidad y de raciocinio, porque al cercenar la declaración de la menor MCPC y valorar la prueba acopiada en el juicio, coligió erradamente que el procesado conocía que la joven tenía menos de 14 años, cuando la ponderación objetiva del material probatorio muestra que no sabía que superaba esa edad.

1. Fundamentos del fallo de condena.

1.1. Luego de reseñar las pruebas recaudadas, la juez de primer grado consideró demostrado que JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA sabía que MCPC, con quien sostuvo relaciones sexuales consensuadas el 15 de marzo de 2015, era menor de 14 años, pues ésta se lo dijo en las conversaciones que sostuvieron en Facebook, Lina Magaly Cuervo le advirtió que era «una niña chiquita, una mocosa», el acusado la observó con el uniforme del colegio y las características físicas de la joven eran las de una persona de 13 años, según declaró el médico legista que la examinó.

1.2. Por su parte, el Tribunal, después de analizar la prueba acopiada y los argumentos de la impugnación, afirmó que no se configura el error de tipo aducido por la defensa, por

cuanto el acusado *«a partir de sus propias percepciones y la concreta información que obtuvo previamente a consumir la cópula sexual»* sabía que MCPC era menor de 14 años y, por tanto, actuó dolosamente.

Lo anterior porque Lina Magaly Cuervo, hermana de la víctima, le dijo al procesado, quien era su compañero de trabajo, que dejara de enviarle saludes a su hermana porque ella era muy chiquita e, incluso, le informó que tenía 13 años. Por demás, ni el médico legista ni *«ningún deponente digno de credibilidad reveló que MCPC, por su fisonomía o características físicas generales...denotara una edad aparente superior a la cronológica y real»*.

Para el Tribunal, además, el procesado tuvo la oportunidad de interactuar en varias ocasiones con la joven y pudo ver que usaba uniforme de colegio, circunstancia que torna inaceptable que aduzca haber creído que tenía la edad que había expresado en su cuenta de Facebook.

2. Del caso concreto.

2.1. El numeral 10° del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando *«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 haya previsto como culposa».

En concordancia con esa definición, la Sala ha precisado que el error de tipo *«se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa»* (CSJ SP23/05/07, Rad. 25405).

Se configura, por tanto, cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Por ejemplo, frente al tipo penal del artículo 208 del Código Penal que tipifica el acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se configura cuando el acusado cree que la persona con la que sostiene relaciones sexuales consensuadas supera esa edad.

2.2. En el caso que ocupa a la Sala, la responsabilidad de JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA la construyeron las instancias a partir de la declaración de Lina Magaly Cuervo, hermana de la joven MCPC, del peritaje del médico legista y del hecho de que el procesado pudo percibir las características de la menor, principalmente, que usaba uniforme de colegio.

Pues bien, luego de examinar el material probatorio recaudado en el juicio, la estructura típica del delito imputado, las razones de las decisiones de primera y segunda instancia, así como los argumentos del casacionista y de los intervinientes en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, la Sala encuentra que no se demostró más allá de toda duda, como exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA era consciente de que MCPC tenía menos de 14 años y, por ello, se casará la sentencia de segundo grado y, en su lugar, se absolverá al procesado en aplicación del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual la duda se resuelve a su favor.

En efecto, lo primero que la Sala advierte es que MCPC siempre afirmó que de manera voluntaria tuvo relaciones sexuales el día 15 de marzo de 2015 con el procesado, momento para el cual contaba con 13 años, 11 meses y 14 días de edad.

Lo segundo que se observa es que el médico Javier Vergara Almeciga, luego de examinar la dentadura y las características sexuales de la menor, dictaminó una edad aproximada de 13 años, la cual, aclaró, no es exacta y tiene un margen de error de un año, situación que evidencia que para el común de las personas no era fácil establecer la edad de la joven con el simple examen de su rostro y de la contextura de su cuerpo, pues ni siquiera el legista pudo determinar ese dato con exactitud, no obstante que realizó examen odontológico y sexológico detallado.

En torno a la edad que aparentaba MCPC no se ahondó en el debate público, en la medida que no se interrogó a los testigos específicamente sobre este aspecto. Sin embargo, se aportaron las fotos que la joven publicaba en la cuenta no autorizada de Facebook, las cuales, a no dudarlo, impedían evidenciar a primera vista que tenía menos de 14 años, en atención a los atuendos y maquillaje que utilizaba.

Ahora, MCPC reconoció tener dos cuentas en Facebook. En la primera, autorizada por sus padres, usó su nombre real, pero colocó la edad de 18 años. En la segunda, desconocida por sus familiares, se identificó con un nombre falso —Camila Gómez— y se asignó la edad de 23 años. Por ésta última cuenta, la joven se comunicaba con JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA, como reconoció en el juicio.

En consecuencia, MCPC se presentaba en las redes sociales como una persona de más edad, no sólo por la que anotó en esas páginas, sino por las fotografías que puso en la cuenta no autorizada, circunstancia que torna probable que el procesado creyera que era mayor de 14 años, en especial cuando el día de los hechos estaba a punto de cumplir esa edad.

Como destacó el fiscal delegado ante la Corte, fue la propia MCPC quien indujo al procesado a pensar que tenía más edad de la real porque se atribuyó 18 y 23 años en las cuentas que manejaba en Facebook y, en todo caso, es sabido



que para acceder a esa red social se debe tener más de 14 años de edad, resultando posible que JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA creyera en la edad anotada en esas páginas o simplemente que superaba los 14 años.

De otra parte, el 15 de marzo de 2015, fecha de los sucesos investigados, la adolescente pidió permiso a sus padres para ir a dar una vuelta a la Villa Olímpica con su amiga APBJ. Sin embargo, según declaró ésta, era una excusa para ir a la casa de JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA, vecino del barrio que le atraía, con quien comenzó a chatear días antes por la citada red social y había iniciado una relación de noviazgo. Es decir, mintió en esa oportunidad a sus padres.

Después de la relación sexual sostenida voluntariamente, MCPC y el procesado siguieron comunicándose y dándose el trato propio de novios, según se observa en las conversaciones de *Whatsapp* de los días 15 al 17 de abril de 2015, decretadas como prueba y aportadas en el juicio, circunstancia que deja sin sustento las afirmaciones en el juicio vertidas por la joven, según las cuales no fue novia del acusado ni habló con él luego de los acontecimientos denunciados.

Esta nueva mentira, sumada a las dichas en sus perfiles de *Facebook* con la clara intención de revelarse como una mujer mayor de edad, impide otorgarle credibilidad a la afirmación realizada en su declaración en el juicio consistente en que en alguna de las charlas que sostuvieron en Facebook le contó al acusado que tenía 13 años de edad. Esa duda

razonable acerca de la ocurrencia de tal eventualidad tendría que haberla disuelto la Fiscalía allegando como medios probatorios los chats correspondientes, de los cuales –como se sabe— quedan registros digitales.

2.3. Las instancias adujeron que el acusado pudo percibir de manera directa las características físicas de MCPC, entre ellas, que usaba uniforme de colegio, hecho del que derivaron su posible conocimiento de la edad real de la víctima.

La Corte ha precisado que la prueba indiciaria hace parte del sistema probatorio colombiano a pesar de no aparecer mencionada en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, de manera que conservan plena validez las inferencias lógico – jurídicas fundadas en operaciones indiciarias.

También ha señalado que para construir un indicio debe existir un hecho indicador debidamente constatado, de manera que es necesario señalar cuáles son las pruebas del mismo y qué valor se les confiere. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, no puede declararse probado y, por ende, no hay lugar a la construcción de ningún indicio.

Demostrado el hecho indicador, se debe explicitar la regla de la experiencia que otorga fuerza probatoria al indicio, pues eventualmente puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene y, por ello, es indispensable expresarla para garantizar su contradicción.

Enseguida debe enunciarse el hecho indicado, cuya fortaleza dependerá del alcance de la regla de la experiencia. Y, por último, tiene que valorarse el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir qué se declara probado (SP1569-2018).

La prueba indiciaria puede fundar una sentencia cuando en forma unívoca y contundente señala la responsabilidad o inocencia del implicado en los hechos punibles investigados. Con todo, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada a efectos de establecer su validez y peso probatorio.

En el caso examinado, las instancias se limitaron a mencionar el hecho indicador —el procesado debió observar que la joven portaba uniforme de colegio— y a partir de allí coligieron que debía saber que era menor de 14 años. Sin embargo, se circunscribieron a suponer que VILLANUEVA debió ver a MCPC en uniforme porque algunas tardes iba al establecimiento de comercio ubicado al frente de la casa de aquella, pero no mencionaron la evidencia que demostrara ese hecho. Tampoco indicaron la regla de la experiencia a partir de la cual se puede colegir que quien usa esa prenda es menor de 14 años. No construyeron, por tanto, un verdadero indicio.

Pero aún si se considerara, de acuerdo a la argumentación de la sentencia, que la regla consiste en que quien viste uniforme de colegio es menor de 14 años, esa afirmación no configura máxima de la experiencia por carecer

de pretensión de universalidad y generalidad, pues existen muchas personas mayores de 14 años que utilizan uniforme estudiantil, dado que los escolares de los últimos años de bachillerato suelen superar esa edad, existiendo, incluso, muchos que son mayores de edad.

El raciocinio del Tribunal, en suma, no configura un indicio porque no satisface los estándares de las inferencias lógicas. Se trata de una conclusión carente de soporte y sin capacidad de demostrar que el procesado conocía que MCPC era menor de 14 años. Se configura, por tanto, el falso raciocinio denunciado en la demanda.

2.4. La principal prueba de cargo la constituye el testimonio de Lina Magaly Cuervo, hermana de MCPC, quien en el juicio señaló que cuando ésta le contó que JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA la molestaba, lo abordó porque eran compañeros de trabajo y le dijo *«que él estaba muy grande para mandarle saludes...porque ella era muy chiquita, le dije que ella era una mocosa, que pilas que ella era una mocosa y él muy grande como para estarle mandando razones»*.

Ante esa respuesta, la fiscal indagó a qué se refería cuando hablaba de «mocosa» y la deponente explicó que *«él ya es grande y mi hermana chiquita»*. Luego la funcionaria preguntó si le había dicho la edad de su hermana al acusado y ella manifestó que *«cuando yo le dije pilas que es una mocosa, dije que ella tenía 13 años»*. Esta conversación, según adujo la declarante, la sostuvo antes de que MCPC y JONATAN VILLANUEVA consumaran el acto sexual. Por el contrario,



MCPC declaró en el juicio que su hermana le contó que esa conversación se dio después de los hechos denunciados.

Pues bien, aunque el fiscal delegado ante la Corte aduce que la respuesta sobre la edad de la joven se obtuvo con violación de los artículos 391 inciso primero y 392 literal b de la Ley 906 de 2004, que prohíben las preguntas sugestivas, la Sala encuentra que ello no es así, porque fue formulada de forma abierta y se refería al tema principal de prueba, esto es, establecer si el procesado sabía la edad de la menor. Por demás, no incluía la respuesta y permitía contestar sí o no. Distinto hubiese sido, por ejemplo, que se preguntara, ¿advirtió usted al procesado que su hermana tenía 13 años de edad o que era menor de 14 años?, caso en el cual, evidentemente debería excluirse la respuesta por infringir las reglas de producción de la prueba el juicio.

Lina Magaly Cuervo manifestó en su testimonio, en tres ocasiones diversas, que le dijo a JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA que no se metiera con su hermana porque *«él era muy grande y su hermana muy chiquita, una mocosa»*. Sólo cuando la fiscal le preguntó, *¿si le llegó a indicar que edad tenía su hermana?»*, la testigo afirmó haberle dicho que tenía 13 años.

MCPC, como se advirtió antes, declaró en el juicio que Lina Magaly le dijo que había hablado con JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA después de que ella le contó sobre el acto sexual y que le había dicho *«que no se metiera conmigo porque yo era menor de edad»*, expresión ésta cercenada por las instancias y

que era fundamental para analizar la fiabilidad del dicho de Lina Magaly. Se trata de una contradicción evidente de las hermanas. Lina Magaly declaró que el diálogo ocurrió antes del suceso investigado y MCPC aseguró que la charla fue posterior al encuentro sexual. Claramente existe una diferencia sustancial y trascendente que contribuye a generar incertidumbre acerca de la posible configuración del error de tipo aducido por la defensa. Con mayor razón cuando JONATAN VILLANUEVA, concordante con MCPC, reconoció que Lina Magaly lo recriminó y le dijo que su hermana era menor de edad, pero que ello ocurrió después de la relación sexual.

De esta manera, el falso juicio de identidad denunciado se configura porque el aparte del testimonio de MCPC, no tenido en cuenta por el juzgador, genera vacilación en torno a si en verdad Lina Magaly Cuervo le informó a JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA, antes de los sucesos investigados, que MCPC era menor de 14 años.

De acuerdo al artículo 380 de la Ley 906 de 2004, *«los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto»*. En contravía de ese mandato, las instancias valoraron aisladamente las afirmaciones de Lina Magaly Cuervo porque las separaron de las específicas circunstancias en que las vertió, de la declaración de MCPC, así como del restante material probatorio acopiado en el juicio. Si hubiesen ponderado conjuntamente la prueba, habrían colegido la existencia de incertidumbre sobre el momento en el que la declarante

dialogó con el procesado, así como sobre el alcance de la conversación.

2.5. Sin los errores denunciados y demostrados, los falladores habrían colegido la existencia de duda sobre la configuración del error de tipo aducido por la defensa, por cuanto el material probatorio acopiado en el juicio no permite dilucidar si, antes de sostener la cópula sexual, JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA sabía que MCPC tenía menos de 14 años, porque las pruebas refieren que la joven se presentaba en sus cuentas de Facebook con una edad mucho mayor a la real, subió fotos en las que aparentaba tener más de 14 años y es incierto si Lina Magaly Cuervo le advirtió al procesado antes del encuentro sexual que su hermana no había alcanzado la edad de 14 años.

Esa situación impone aplicar el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual la duda se resuelve a favor del acusado porque no se cuenta con la certeza exigida por el artículo 381 del mismo estatuto para condenar.

Lo anterior, se repite, porque es posible que JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA no supiera cuál era la edad real de MCPC para el momento en que la accedió carnalmente, lo que es trascendente atendiendo que la ilicitud por la que fue acusado solo admite la modalidad dolosa y tal elemento subjetivo se verifica cuando el agente al realizar la conducta típica conoce los hechos constitutivos de la infracción penal, en este caso, que la persona con quien sostiene relaciones sexuales es menor de catorce años.

La Sala revocará los fallos de primera y segunda instancia y, en su lugar, absolverá a JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA del cargo por acceso carnal abusivo con menor de catorce años formulado por la Fiscalía. Consecuentemente, ordenará su libertad inmediata, así como la cancelación de las anotaciones surtidas con ocasión de este proceso

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

RESUELVE:

1°. CASAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 31 de mayo de 2018 contra JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA, que confirmó el fallo del 6 de junio de 2017 emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá.

2°. Absolver a JONATAN ESTIVEN VILLANUEVA del cargo formulado y, consecuentemente, ordenar su libertad inmediata. De igual forma, se cancelarán las anotaciones originadas con ocasión de este proceso.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



EYDER PATIÑO CABRERA

PERMISO
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

~~PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR~~

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria