



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARIA SALA PENAL

Neiva, 18 de mayo de 2022
Oficio N° 2113

NOTIFICACIÓN
PROVIDENCIA 2ª INSTANCIA

Señor
ABEL CANACUE LOSADA – PROCESADO
Finca la primavera, Vereda Corozal
Corregimiento de san Luis – Neiva

Proceso: **41001 60 01 279 2013 00008 02**
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de
catorce años y otro.
Procesado: **Abel Canacue**
Losada

Comendidamente me permito notificarle que mediante audiencia virtual de fecha 17 de mayo de 2022, mediante la cual se dio lectura a la decisión proferida por la Sala Tercera de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso:

“PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia de fecha y origen anotados, mediante la cual se condenó a **ABEL CANACUE LOSADA**, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años, de acuerdo con los argumentos expuestos.

SEGUNDO. - Esta providencia se notifica en estrados y en forma virtual, sin perjuicio de acudir a la previsión del inciso 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal.

TERCERO. - Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá interponerse dentro del término señalado en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el 98 de la Ley 1395 de 2010.”.

“Notifíquese y Cúmplase.

Carrera 4 No. 6 - 99 Oficina 1013
Palacio de Justicia “RODRIGO LARA BONILLA”
Tel - Fax: 098 - 8713536 - 098 - 8711932
Email: secspnei@cendoj.ramajudicial.gov.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARIA SALA PENAL

(fdo) **INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA.**

Magistrada

(fdo) **HERNANDO QUINTERO DELGADO**

Magistrado

(fdo) **GERMÁN LEONARDO RUÍZ SÁNCHEZ**

Magistrado

(fdo) **LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ**

Secretaria”

Lo anterior, para su conocimiento y fines pertinentes.

Anexo: Copia íntegra de la Providencia.

Atentamente,

CHRISTIAM ANDRÉS MACHADO CABRERA
Escribiente Secretaría Sala Penal
Tribunal Superior de Neiva



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARIA SALA PENAL

Neiva, 18 de mayo de 2022
Oficio N° 2114

NOTIFICACIÓN
PROVIDENCIA 2ª INSTANCIA

Señora
AURORA OLAYA ORTIZ – VÍCTIMA
Vereda Corozal
Corregimiento de San Luis - Neiva
Cel. 320 396 8300 – 319 527 6990

Proceso: **41001 60 01 279 2013 00008 02**
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de
catorce años y otro.
Procesado: **Abel Canacue**
Losada

Comendidamente me permito notificarle que mediante audiencia virtual de fecha 17 de mayo de 2022, mediante la cual se dio lectura a la decisión proferida por la Sala Tercera de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso:

“PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia de fecha y origen anotados, mediante la cual se condenó a **ABEL CANACUE LOSADA**, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años, de acuerdo con los argumentos expuestos.

SEGUNDO. - Esta providencia se notifica en estrados y en forma virtual, sin perjuicio de acudir a la previsión del inciso 3° del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal.

TERCERO. - Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá interponerse dentro del término señalado en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el 98 de la Ley 1395 de 2010.”.

“Notifíquese y Cúmplase.

“(fdo) **INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA.**

Magistrada

“(fdo) **HERNANDO QUINTERO DELGADO**

Magistrado

“(fdo) **GERMÁN LEONARDO RUÍZ SÁNCHEZ**

Carrera 4 No. 6 - 99 Oficina 1013

Palacio de Justicia “RODRIGO LARA BONILLA”

Tel - Fax: 098 - 8713536 - 098 - 8711932

Email: secspnei@cendoj.ramajudicial.gov.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARIA SALA PENAL
Magistrado
(fdo) LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria”

Lo anterior, para su conocimiento y fines pertinentes.

Anexo: Copia íntegra de la Providencia.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Christian Andrés Machado Cabrera'.

CHRISTIAM ANDRÉS MACHADO CABRERA
Escribiente Secretaría Sala Penal
Tribunal Superior de Neiva



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA TERCERA DE DECISIÓN PENAL**

Neiva, tres (3) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente

INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA

Radicación: 41001 60 01 279 2013 00008 02

Aprobado Acta No. 481

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Defensor de **ABEL CANACUE LOSADA**, contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2020, a través de la cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva, lo condenó como autor responsable de los punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años - artículos 208 y 209 del Código Penal -.

ANTECEDENTES.

I. HECHOS:

Fueron objeto de acusación los siguientes:

"...tuvieron ocurrencia en la finca del señor Eliecer ubicada en la vereda Corozal corregimiento de San Luis y en la vivienda donde residía la

menor, igualmente en la vereda Corozal corregimiento de San Luis en el año 2012, cuando la menor C.B.O., nacida el 14 de mayo de 1999, contaba con 13 años de edad. // En relación a lo anterior, se tiene que la menor frecuentaba la finca del señor Eliecer, un amigo de la familia quien aproximadamente tenía 90 años, el cual le regalaba productos que se cosechaban en su finca tales como naranjas, cachacos y en ocasiones le daba comida para que la menor llevara para su casa, que en varias ocasiones la menor se acostaba a dormir en la cama de don Eliecer y el señor **ABEL CANACUE LOSADA** aprovechó tal situación y le realizaba a la víctima tocamientos en su vagina, la cola, le daba picos en la boca y en los senos, que también le tocaba la vagina con el pene y palabras textuales de la menor "le salía esa cosa que se llama semen". // Asimismo señala que para junio del 2012, ella se encontraba en la finca de su amigo ayudándole a barrer y a regar las matas, que **ABEL** la había cogido a la fuerza, le tocó la vagina, los senos y que la había violado. // Que a veces la llevaba al monte, le quitaba la ropa y este se le subía encima, le sobaba el pene en la vagina, que eso le dolía, que eso pasó en 5 oportunidades. // Que el aquí investigado le decía a la víctima que no fuera a decir nada a nadie que él le hacía esas cosas, que de igual manera señala que él le daba plata tanto a ella como a su hermana. // Indica la menor que **ABEL** aprovechando que su mamá no estaba, iba hasta su casa ubicada en esa misma vereda y la accedía carnalmente, que su vagina le dolía, que a veces le daba plata y otras veces le daba comida, que estos hechos ocurrieron en varias ocasiones y que además los vecinos se daban cuenta cuando el acusado llegaba hasta la residencia de la menor. // Que la menor no le contaba a su madre porque no le tenía confianza, entonces le contó a una vecina que es enfermera de nombre Mercedes lo que **ABEL** le hacía, la cual procedió a contarle a la madre de la menor lo que estaba pasando, que en razón a ello Mercedes la llevó donde el médico para ver si estaba embarazada, pero los resultados fueron negativos y se la había llevado para el Bienestar Familiar quedando en custodia de esa entidad hasta que fue entregada a su padre Gilberto Barragán Quintero el 25 de

febrero del 2013. // El Dr. Félix Martín González Bautista, profesional Universitario del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, realizó examen sexológico a la víctima, encontrándose dentro de los hallazgos "himen con desfloración antigua con bordes del himen ligeramente engrosados, de aspecto fibroso, las partes distales de los bordes de himen son anguladas, se observan desgarros antiguos..."¹.

II. ACTUACIÓN PROCESAL:

El 07 de abril de 2017, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva, la Fiscalía formuló imputación contra **ABEL CANACUE LOSADA** y radicado el escrito de acusación correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta capital. El 26 de julio siguiente, fue acusado formalmente como autor del punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años, tipificados en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 2 de abril de 2018, habiéndose apelado el decreto de prueba por parte de la Defensa, recurso que fue desistido posteriormente ante esta instancia. En tanto, luego de improbarse un preacuerdo suscrito entre las partes, inició el juicio oral el 19 de marzo de 2018 y culminó el 10 de septiembre de 2020.

Finalmente, el 20 de octubre de 2020, el Juzgado anunció el sentido del fallo y profirió sentencia condenatoria, decisión contra la cual el Defensor presentó y sustentó el recurso de apelación objeto de estudio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

¹ Audiencia celebrada el 26 de julio de 2017. Récord 03:34...

Luego de referirse a los hechos investigados, identificación del acusado, la actuación procesal surtida, a los alegatos de conclusión, a las estipulaciones y a la prueba recaudada, la *A quo* determinó que con el acervo probatorio se demostró más allá de toda duda razonable que **ABEL CANACUE LOSADA** incurrió en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años.

Aludió que el relato de la menor C.B.O., donde señala los actos libidinosos de que fue víctima desde los 13 años y al procesado como su autor, es creíble, sin que existen motivos para que mintiera sobre hechos de tal gravedad y encuentra respaldo en prueba de corroboración periférica, como el testimonio de la profesional en medicina del INML, Diana Galezo Chávarro, ante quien expuso idénticos señalamientos, aunque en ese momento no permitió la práctica del examen físico al área genital anal.

Además, resaltó, el médico forense Félix Martín González Bautista, el 6 de noviembre de 2013, practicó valoración sexológica a la menor C.B.O., encontrando: *"i) borde del himen ligeramente engrosado de aspecto fibroso, ii) las partes distales de los bordes son anguladas y iii) se observan desgarres antiguos a las 3, 7 y 12"*. // Seguidamente explicó que: *"el himen es una membrana que separa el introito del canal vaginal y se rompe cuando hay penetración vaginal, por pene erecto o por otro tipo de manipulaciones"*, testificó que debido a las características macroscópicas era imposible determinar la fecha en que se realizaron esos desgarres. // Expuso que en el acápite de análisis, interpretaciones y conclusiones plasmó lo siguiente: *"menor de 14 años, quien asegura haber sido abusada sexualmente en repetidas ocasiones... al realizar examen sexológico se encuentra himen con desfloración antigua"*. // Al respecto, declárese que con el dictamen pericial sexológico, se acredita que la menor C.B.O. tuvo un desgarro

del himen con ocasión del paso del miembro viril por su cavidad vaginal, circunstancia que refuerza la sindicación contra el acusado, máxime cuando la menor asevera que era con la única persona que había tenido un acercamiento de carácter sexual; por lo tanto, no tiene el juzgado alternativa distinta que conferirle valioso poder de convicción a esta probanza, la cual termina por fortalecer el ya sólido bloque incriminatorio existente contra el procesado”.

Agregó que el testimonio de la ofendida era coherente con lo narrado por la señora Doris Barrera, vecina que cuidó a la menor cuando la promotora Mercedes Bonilla la llevó a su casa mientras llegaba el ICBF; así como con el de su progenitora Aurora Olaya Ortiz, que aseveró haberse enterado por sus vecinos de los hechos y con el de Mercedes Bonilla Correa, auxiliar de enfermería de la E.S.E. Carmen Emilia Ospina, persona que adujo haber traslado a la menor al ICBF dadas las dificultades económicas que atravesaba su familia.

En cuanto a la supuesta relación de pareja entre el procesado y la menor ofendida, decantó que, contrario a lo indicado por la Defensa, no existió, mucho menos se estableció que estuviera avalada por la madre, testigo que negó haber tenido conocimiento de los hechos; aunado a que el 30 de enero de 2013, la víctima indicó ante la perito Diana Cecilia Galezo, *“que el procesado la agarraba a la fuerza, le tocaba la vagina, los senos y la violaba; además cuando la menor víctima fue interrogada por el defensor el 3 de septiembre de 2019, esta señaló al procesado como la única persona que le había causado daño, asimismo en el contrainterrogatorio de la fiscalía, al indagársele por qué consideraba que le había hecho daño, respondió: “pues porque me tocaba, me penetraba, todo eso”, aclarando que “el juicio de valor censura la arbitrariedad de aquel que, como el acusado, en plena capacidad física y psicológica, despliega actos tendientes a afectar la normal formación en materia sexual de una persona menor de 14 años que, por previsión legal, no está en posibilidad de decidir sobre su sexualidad. Es que, en*

este caso, no puede pasarse por alto, que al momento de los hechos ABEL CANACUE LOSADA tenía 54 años de edad, mientras que la víctima contaba con escasos 13 años”.

Así mismo, la *A Quo* no encontró probadas las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas alegadas por el Defensor.

En suma, condenó al acusado a 155 meses de prisión, junto con la pena accesoria de rigor de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal, habiéndole negado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

RECURSO DE APELACIÓN.

El Defensor alegó la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, aceptando la concurrencia de los juicios de tipicidad y antijuridicidad, no así la demostración de la culpabilidad, por lo que no se satisface el estándar de conocimiento que permita concluir más allá de toda duda razonable que la conducta cometida por su defendido es típica, antijurídica y culpable, ya que *“a lo largo del proceso se pudo vislumbrar que el autor no sabía que sus conductas contradicen los mandatos y prohibiciones contenidas en las normas jurídicas y por lo tanto no se puede emitir juicio de exigibilidad cuando claramente no posee el conocimiento ni la formación para comprender la antijuridicidad de sus comportamiento”.*

Agregando que ese conocimiento es el de cualquier ciudadano, el del hombre medio – artículo 63 del Código Civil – y en virtud del principio de igualdad, alegó, debe ser juzgado atendiendo esa causal de ausencia de responsabilidad.

Replicó que entendiendo el dolo como la posibilidad de conocimiento de que trata el artículo 32 numeral 11 inciso 3º del C.P., *"se debe acoger la realidad del condenado toda vez que se trata de un campesino agricultor, sin formación académica, un hombre de 63 años quien vive con la idea de que el hombre es el proveedor del hogar y por ello, actuando motivado por el amor, quería suplir las necesidades de quien consideraba su pareja y por tanto, las posibilidades de corregir su ignorancia eran inexistentes pues su quehacer, su cosmovisión del mundo y su realidad se limitan a su casa en la vereda Corozal del corregimiento de San Luis"*, por lo que el procesado no tuvo la posibilidad actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

Invocó la Defensa el error de prohibición invencible, inevitable o absoluto porque su prohijado es una persona que a sus más de 60 años *"ha vivido únicamente en el campo, sin acceso a la educación y sin la posibilidad de hacer parte del mundo globalizado que hoy nos permite comprender lo que pasa en los diferentes ámbitos de la vida, difícilmente puede, atendiendo su capacidad de raciocinio, comprender la licitud de su actuar cuando a lo largo de su vida ha visto que las parejas en el campo no tienen consideración de la edad o la formación, así como la realidad de ser el hombre quien provee lo necesario para el hogar, tal como lo manifiestan los testigos en el juicio,... no se trata de una persona con antecedentes, no se demuestra que sea un hombre agresivo o que haya tenido esos comportamientos con otras mujeres de la vereda, sino más bien, una persona que actuó motivado por el amor y que pretendía atender y cuidar a la persona con quien comparte su vida, pues la menor, en su testimonio también manifestó que a veces se quedaba con él en una cueva en el monte,... constituyéndose un caso de ignorancia legis"*.

Tras aludir a jurisprudencia sobre el tema, el apelante demandó un fallo absolutorio, solicitando resolver sobre la causal de ausencia de responsabilidad, atendiendo el desarrollo normativo, dogmático y

jurisprudencial del error de prohibición en el derecho penal, aplicando el principio de igualdad *"toda vez que el juicio de exigibilidad no se puede aplicar en este caso"*.

No hubo intervención de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES.

La Sala es competente para conocer del recurso de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal - C.P.P. -, por tratarse de una apelación interpuesta contra sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito de este Distrito Judicial. Alzada que se aborda teniendo presente los principios que la rige, como es ceñir la decisión a lo que es objeto de disenso, extendiéndola a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al motivo de discordia.

Empiécese por señalar que el recurrente no cuestiona la tipicidad del punible ni la autoría en cabeza de su prohijado, en su lugar, argumenta que **ABEL CANACUE LOSADA** actuó bajo una casual excluyente de responsabilidad, esto es, el error de prohibición invencible.

En ese orden, destáquese que ha sido prolija la jurisprudencia del Órgano Vértice de la Justicia Penal Colombiana al definir en qué consiste el eximente alegado por el apelante, como se observa en la sentencia SP727-2022, del 9 de marzo de 2022, que a continuación se cita:

"Acercas de esta causal de exclusión de responsabilidad, la jurisprudencia ha señalado:

"El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que por lo tanto lo excluye de responsabilidad penal. En otras palabras, supone que hay unas

condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora.

Luego en el error de prohibición la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad" (CSJ SP, 15 Jul. 2009, Rad. 31780).

El artículo 32, en cuanto a las figuras del error señala:

"ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a 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.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

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 conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. [...]."

Reiterando lo que la Sala ha dicho sobre el tema, cabe anotar que el inciso primero del numeral 10º del precepto transcrito se refiere al error de tipo, es decir, aquel que recae sobre los elementos que integran el llamado tipo objetivo, que tiene la virtualidad de excluir la tipicidad dolosa y culposa y, por contera, la responsabilidad penal cuando es invencible, vale decir, aquel en el cual se incurre pese a haber aplicado la diligencia debida atendida la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor; en tanto que si a él se llega por negligencia o falta de cuidado, sólo excluye la tipicidad dolosa y subsiste la culposa, luego el autor en estos casos será responsable a título de culpa si la conducta está prevista en la ley bajo esa modalidad.

En el mismo inciso del numeral 10º del artículo 32 de la citada codificación, se consagra el error sobre los aspectos objetivos que posibilitan la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, también conocido como error de tipo permisivo, que no obstante ser una modalidad de error de prohibición

indirecto, para efectos punitivos se le asignan las consecuencias del error de tipo, acorde con la teoría limitada de la culpabilidad.

El inciso primero del numeral 11º del referido precepto hace alusión al error de prohibición, es decir, aquel que recae sobre la licitud del comportamiento, comprende tanto el directo como el indirecto, y sus consecuencias dependerán de la modalidad invencible o vencible del error, pues en el primer evento no habrá culpabilidad y consecuentemente tampoco responsabilidad penal, en tanto que en el segundo subsiste la imputación dolosa pero se sanciona con pena atenuada, lo cual se explica, entre otras razones, porque para esa fase de la conducta el autor ya ha realizado el injusto, esto es, la conducta típica y antijurídica". (CSJ SP, 20 Nov. 2013, Rad. 42537)".

En conclusión, obra en error de prohibición quien creyendo actuar lícitamente vulnera el bien jurídico tutelado, creencia equivocada que puede provenir porque ignora que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico, o porque cree que lo ampara una eximente de responsabilidad, análisis que en la actualidad se aborda en sede de culpabilidad.

El apelante sostiene que su prohijado desconocía la ilicitud de su comportamiento, dado que por su edad superior a los 60 años, su lugar de residencia en el campo en una vereda y su oficio como agricultor, no tenía la posibilidad de actualizar su conocimiento sobre la ilicitud de su proceder, mismo que obedeció a sus convicciones provenientes de ese medio social y cultural, entendiendo que como hombre, era su deber satisfacer las necesidades de la víctima por ser su pareja, sin tener relevancia alguna su edad para mantener ese vínculo sentimental que condujo a sostener con aquella relaciones sexuales.

Sobre la posibilidad de alegar el error de prohibición, también se pronunció el Alto Tribunal en lo Penal:

"En principio, la presunción iuris et iure en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, per sé no elimina el

error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal. La admisión de una tal tesis, opuesta al principio de culpabilidad que orienta al derecho penal vigente contemplado en el artículo 12 del Código Penal, reviviría la proscrita responsabilidad objetiva. Bastaría establecer el injusto, para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente.

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

Por esta razón, en cada caso particular y concreto, a partir de la prueba incorporada en el juicio oral, corresponde establecer la existencia del error bajo el cual obró y su invencibilidad, siempre que haya sido insinuada por él y alegada a su favor”².

Por consiguiente, analizará la Sala si resulta predicable la existencia de la pluricitada excluyente en el comportamiento atribuido a **ABEL CANACUE LOSADA**.

Como prueba de cargo, la Fiscalía trajo como testigo a la víctima, quien para la fecha de los hechos contaba con 13 años y narró que el procesado le ofrecía dulces, le daba plata y comida a cambio de tener relaciones sexuales con él, por eso accedía, pero no la obligaba, lo cual ocurría en la casa de un vecino llamado Eliécer o en una cueva, en el monte; que sus vecinos al darse cuenta de lo que ocurría le contaron a una enfermera de nombre Mercedes y que ella no le comentó a su madre porque no le tenía confianza y nunca le habló de eso.

Por su parte la progenitora Aurora Olaya Ortíz ratificó en juicio su desconocimiento sobre lo ocurrido, al paso que la enfermera Mercedes Bonilla dio cuenta de que la situación económica de la ofendida era muy precaria, motivo por el que la llevó al ICBF. Expresó Bonilla:

² Corte Suprema de Justicia SP921-2020 del 6 de mayo de 2020. M.P. Gerson Chaverra Castro

"...en vista de que la mamá es muy bajita de recursos económicos, tenía 5 niños y ella estaba bajita de recursos o sea no tenía con qué sostenerlos y ella, la niña, estaba ya pues como quien dice iba para el colegio sin comer y sin nada, entonces yo le dije, nos pusimos de acuerdo con la mamá y le dije yo, pues yo quiero llevar a la niña para el bienestar, entonces ella con un acuerdo la trajimos al bienestar".

De lo expuesto por la menor queda claro que el acceso carnal del que fue víctima no era consentido por la madre, no tuvo su génesis en ninguna relación con la niña, tampoco provino de lazo sentimental alguno. Todo lo contrario, los encuentros eran propiciados por el procesado en lugares ocultos, como la cueva a la que alude la ofendida, de tal forma que no salieran a la luz los vejámenes a los que sometía a la niña, a quien le ofrecía a cambio alimentos o \$10.000, los cuales aceptaba C.B.O. en medio de la difícil situación económica que afrontaba su familia, circunstancias que denotan el pleno conocimiento de **CANACUE LOSADA** acerca de su ilícito proceder.

En este sentido, queda claro que el sentenciado precisamente, aprovechó la precaria posición económica de la ofendida para accederla, a sabiendas que esa era la razón por la que C.B.O. acudía a la vivienda de su vecino o a la cueva para permitirle tocarla y tener relaciones sexuales, a cambio de irrisorias sumas y de los alimentos que le procuraba, corroborándose su pleno conocimiento de la ilicitud de sus acciones.

Sobre el punto, no pierde de vista la Sala que, ya siendo mayor de edad en el juicio, varios años después, C.B.O. atestiguó que **CANACUE LOSADA** no la obligó; no obstante, esa afirmación no logra acreditar la existencia de la alegada relación sentimental que predica la Defensa y mucho menos una casual de exculpación, como quiera que en los albores de la investigación, la víctima dio cuenta de que los encuentros sexuales eran en realidad acciones cometidas contra su humanidad,

aspecto que ratificó también cuando fungió como testigo de la Defensa, de suerte que mal podría deducirse - ni siquiera en el grado de duda - que el encausado desconocía la ilicitud de su actuar.

En efecto, la perito Diana Cecilia Galezo Chávarro decantó:

*"La menor manifiesta que los hechos ocurrieron en junio del año 2012, yo la valoré el 30 de enero del 2013, ella manifestaba que había un señor de nombre **ABEL** que la agarraba a la fuerza, le tocaba con las manos la vagina, los senos y la menor dice que él la violaba, que la llevaba hacia el monte, le quitaba la ropa que se le acostaba encima, que le sobaba el pene en la vagina, que eso pues dolía un poco, que eso había ocurrido como 5 veces y que la última vez había sido el año anterior, pero que ella no recordaba las fechas, pero que había sido antes de lo que era navidad.*

...como dije anteriormente, la menor manifiesta que le agarraba a la fuerza, le tocaba con las manos la vagina y los senos y que él la violaba y que le sobaba el pene en la vagina, fue lo que mencionó la menor en su momento".

Por su parte el doctor Félix Martín González Bautista, perito adscrito al INML, que practicó valoración médico legal a la víctima, explicó:

"El informe no solamente incluye el relato sino también los antecedentes, y los antecedentes usualmente los refiere el usuario no el padre, aquí está escrito que en los antecedentes ginecológicos no se encuentra embarazada, no utiliza métodos anticonceptivos, esto lo refiere obviamente el usuario, antecedentes sexuales, no tuvo relaciones sexuales en la semana inmediatamente anterior a los hechos, no usó condón, métodos empleados por el agresor amenazas, hechos relacionados con el uso de sustancias embriagantes no sabe y que actividades sexuales se relacionaron con los hechos besos, tocamientos, desnudez forzada, retiro de prendas, eyaculación adentro sin condón y sin lubricantes, esa información se saca del usuario, se toma del usuario.

Fiscal: es decir la víctima, ¿cierto?

Perito: Si señor fiscal, la víctima".

Por si fuera poco, es C.B.O. quien ilustra con precisión lo que en realidad significaron esos encuentros sexuales en su vida, mismos que aún le producen un sentimiento de "vergüenza":

"Fiscal:... sumerced ha manifestado cuando se le pregunta que alguien le había hecho daño cierto, en qué consistió ese daño y concretamente indíquenos... ¿Quién le hizo daño y en qué consistió ese daño?"

*C.B.O.: No pues el señor **ABEL CANACUE**, pues el daño, el daño pues que, sí yo estuve con él.*

Fiscal: Usted dice que estuvo con él, ¿en qué consistió ese estar con él?"

C.B.O.: pues que, sí yo estaba con él pues a cambio de dulces, plata, comida y muchas cosas.

*Fiscal: indíquenos, usted ha señalado que **ABEL CANACUE** fue el único que le hizo daño, ¿porque dice usted que le hizo daño?"*

C.B.O.: No pues porque sí me tocaba, me penetraba, todo eso."

Con todo, la Sala no deja de lado las consideraciones que tuvo la honorable Corte Suprema de Justicia al analizar el error de prohibición en un asunto que cursaba por el mismo reato, causa en la que absolvió al acusado y en la que los supuestos fácticos tenidos en cuenta fueron los siguientes:

"En el proceso quedó establecido que CRISTIAN CAMILO CORREA y la joven M. de M.M.S., ambos estudiantes en la época de los hechos, se hicieron novios y durante esa relación sentimental, mantuvieron trato sexual cuando ella aún no había cumplido los 14 años de edad. También que la madre del acusado advirtió a la de la menor, sobre la existencia de dicha relación ocultada por la pareja. Sobre tales hechos, el Tribunal sustenta la sentencia. De los testimonios de M. de M.M.S, de Marco Antonio Correa García y del inculpado, apreciados en su integralidad como lo pide el recurrente, se advierte que CORREA PINILLA actúo en situación de error invencible que le impidió comprender la ilicitud de su conducta, bajo su convencimiento de que el trato sexual consentido por la menor y producto de la relación amorosa y estable que mantenían era permitido, y por tanto, no punible. Inicialmente, resulta pertinente señalar que M. del M.M.S. fue la primera novia del acusado. Que éste a pesar de sus dieciocho años, no había iniciado su vida sexual al igual que ella.

De otro lado, el hecho de que a Marco Antonio Correa, le pareciera normal la relación de su hijo con la menor, cuando este le contó de su noviazgo con M. del M.M.S., al limitarse a pedirle que no olvidara sus estudios en vez de prevenirlo sobre las consecuencias de tener trato sexual con la joven o aconsejarlo que la terminara, contribuyó a que en el acusado persistiera la creencia errónea de estar obrando conforme a derecho. También la explica, que el noviazgo de M. del M.M.S. y el acusado terminara, cuando la progenitora de la menor fue advertida por la madre de este sobre dicha relación afectiva, y no porque alguno de los dos hubiera advertido que el trato sexual que mantenían era punible. Hasta ese momento, el entendimiento de CORRERA PINILLA no era distinto al de estimarlo lícito por ser fruto del amor, afecto que en su sentir legitimaba el consentimiento de ella³.

Emerge diáfano que los hechos que aquí se juzgan distan profundamente de los que halló probados el Máximo Tribunal en lo Penal, conduciendo a establecer que, muy por el contrario, **ABEL CANACUE LOSADA** no actuó en situación de error invencible y que comprendía la ilicitud de su conducta, por cuanto no existía ninguna relación de pareja o sentimental entre él – un hombre de 64 años - y la ofendida – un niña de solo 13 años -, **CANACUE LOSADA** se encargó de que su contacto con la menor permaneciera oculto, al punto de buscar lugares realmente clandestinos - como una cueva - para consumir los actos sexuales que, por demás, tuvieron su sustento en el afán de la niña por solventar necesidades primarias y de lo que se valió el enjuiciado, pues los mismos estaban acompañados de la entrega de sumas mínimas de dinero y de alimentos, actos que generaban en la ofendida sentimientos de vergüenza y que eran entendidas como un “daño” a su integridad y formación sexuales.

Bajo este panorama, imposible es dar crédito a las afirmaciones del recurrente, único sustento de la tesis que planteó en la alzada, cuando nada acredita en el plenario que **CANACUE LOSADA** actuó bajo la convicción de que estaba protegiendo a su pareja y que desconocía la ilicitud de sus acciones; en su lugar, como ya se decantó, todo el acervo

³ SP921-2020. Radicación 50889 del 6 de mayo de 2020. M.P. Gerson Chaverra Castro.

refuta este planteamiento, como atinadamente concluyó la primera instancia.

La única prueba de la defensa fue el testimonio directo de C.B.O., ni siquiera se cuenta con el dicho de **CANACUE LOSADA**, al menos para contrastar cuál era su convicción; de forma opuesta, solo se tiene la alegación de la defensa, quien construye una hipótesis huérfana de todo sustento, siendo ello insuficiente para dar al traste con lo que con suficiencia probó la Fiscalía en punto de la culpabilidad del acusado en el punible, razón de más para despachar desfavorablemente su pedimento.

Con todo, la Colegiatura no olvida que el jurista planteó la imposibilidad de su prohijado de actualizar su conocimiento dada su residencia en el campo, su ocupación de agricultor y su edad, dígame al respecto que las explicaciones ya reseñadas prueban que **CANACUE LOSADA** actuó bajo el conocimiento de que su conducta era ilícita; sin embargo, súmese a las anteriores disquisiciones, lo que sobre el tópico ha decantado la jurisprudencia:

"De ahí que, en principio, de quienes desarrollan su personalidad y proyecto de vida en entornos sociales en los que predominan las estructuras culturales e institucionales hegemónicas siempre podrá predicarse la posibilidad razonable de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. Ello explica la consagración constitucional del deber de todo ciudadano de acatar las leyes y la presunción de que las conoce⁴, sobre lo cual la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

«El deber de observar el comportamiento prescrito por las normas jurídicas o afrontar las consecuencias negativas que se siguen de su transgresión, es presupuesto de todo ordenamiento normativo, bien sea que se lo formule explícitamente, como en la norma que se analiza, o que se halle subyacente e implícito, como en los regímenes donde prevalece el derecho consuetudinario.

⁴ Art. 95 de la Constitución Política.

La necesidad fáctica de ese presupuesto se confunde con el carácter fatalmente heterónomo que ostentan las normas jurídicas, puesto que la convivencia ordenada (propósito justificativo del Estado), no es dable si los deberes jurídicos no son exigibles con independencia de las representaciones cognitivas y de los deseos de quienes conforman la comunidad política. En otros términos: la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita.

Porque es preciso admitir que en el seno de la comunidad pueden darse diversos modos de enjuiciamiento de la conducta humana que se traducen en valoraciones discordantes acerca de la licitud o ilicitud de un acto, cada una de las cuales reclama para sí un título de prioridad. Es preciso entonces que alguien, asumiendo una actitud personificadora de la comunidad, respaldado en el poder soberano, establezca un esquema cierto e indiscutible a partir del cual pueda calificarse la conducta humana, en tanto que conducta interferida, como lícita o ilícita. El esquema en cuestión no es otro que la norma jurídica, y la conformidad con ella la juridicidad"⁵.⁶.

Y más adelante en este pronunciamiento concretó:

"Así, el reconocimiento de tal error – es decir, del que recae sobre la configuración de una causal justificante - reclama que la representación equivocada no sea «fantasiosa y alejada totalmente de lo objetivo», sino que se sustente en una apreciación «razonable frente a las circunstancias»⁷.

Lo contrario – extender la protección jurídico-penal a las representaciones equivocadas que no pueden ser racionalmente verificadas – comportaría, en esencia, la entronización de la arbitrariedad judicial, el quiebre del principio de igualdad y, en últimas, el restablecimiento de sistemas de justicia basados en el pensamiento místico, superados hace siglos, que no propenden por la protección de bienes jurídicos sino de idearios espirituales ajenos a la organización político-constitucional actual.

....Con todo, "la irrelevancia exculpatoria de tal actitud es algo imprescindible para la pretensión de regular supraindividualmente la actividad del hombre en sociedad"⁸. De ahí que «no puede ser

⁵ Sentencia C – 651 de 1997.

⁶ SP3218-2021. Radicación 47063, del 28 de julio de 2021. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁷ CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 38635, reiterada en CSJ SP, 6 nov. 2019, rad. 53849.

⁸ *Ibidem*.

tolerado un hecho realizado por razones de conciencia que infrinja las bases del orden estatal", ni invocarse aquéllas "para intervenir en derechos fundamentales de otras personas"⁹. Esto, desde luego, sin perjuicio de quienes se encuentran en verdaderas situaciones de diversidad socio cultural y de los efectos que a ello reconoce el orden jurídico¹⁰ (mismos que, no sobra mencionar, de todas maneras no se extienden a la permisión de atentar contra la dignidad humana, que es el pilar axiológico fundamental de la organización sociopolítica vigente¹¹)".

En este sentido, las condiciones aludidas - que no acreditadas - por el profesional del derecho no ubican a **CANACUE LOSADA** en condiciones que le impidieran comprender que su comportamiento era antijurídico; nada en el plenario prueba que por residir en una vereda o por tener más de 60 años, desconocía que no podía dar dinero a una menor de 13 años a cambio de que le permitiera realizar actos libidinosos; de forma opuesta, su modus operandi, su ajenidad con la menor, demuestra su pleno conocimiento de que tocar y acceder sexualmente a una niña de 13 años no le estaba permitido.

Corolario, la prueba no acredita la presencia de un error invencible en el proceder del encausado; no obstante, sí arrojó en el grado de conocimiento exigido, más allá de toda duda razonable, que **ABEL CANACUE LOSADA** actuó bajo el conocimiento de que su conducta era ilícita y por ende, que es responsable de los hechos que se le enrostran; por consiguiente, confirmará la Sala la sentencia confutada.

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

RESUELVE:

⁹ ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible. Ilícito y justificación*, V. III. Ed. Hammurabi, Buenos Aires (2015), p. 692.

¹⁰ Al respecto, sentencia C - 370 de 2002.

¹¹ Por ejemplo, SU-510 de 1998.

Radicación: 41001 60 01 279 2013 00008 02

Procesado: Abel Canacue Losada.

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años y Actos Sexuales con Menor de Catorce Años.

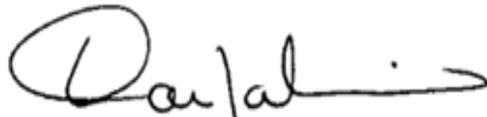
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia de fecha y origen anotados, mediante la cual se condenó a **ABEL CANACUE LOSADA**, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años, de acuerdo con los argumentos expuestos.

SEGUNDO. - Esta providencia se notifica en estrados y en forma virtual, sin perjuicio de acudir a la previsión del inciso 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal.

TERCERO. - Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá interponerse dentro del término señalado en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el 98 de la Ley 1395 de 2010.

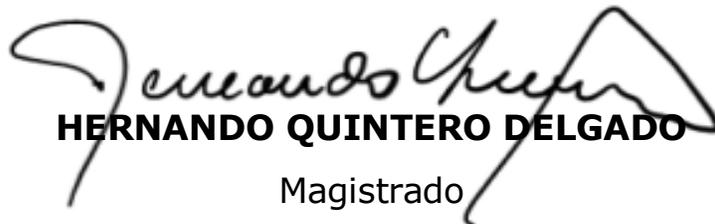
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Decisión adoptada de forma virtual)



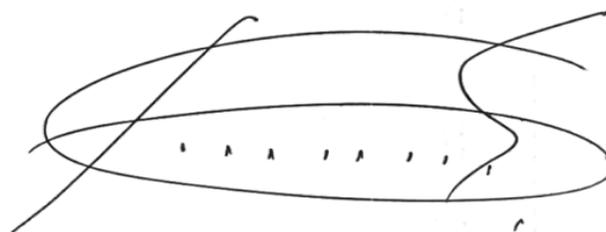
INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA

Magistrada



HERNANDO QUINTERO DELGADO

Magistrado



Radicación: 41001 60 01 279 2013 00008 02

Procesado: Abel Canacue Losada.

Delito: Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años y Actos Sexuales con Menor de Catorce Años.

GERMÁN LEONARDO RUÍZ SÁNCHEZ

Magistrado

LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ

Secretaria

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Gerardo Ruiz Sánchez". The signature is written in a cursive style with a large initial "G" and "R".