



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 052

(Sesión del 29 de mayo de 2018)

Radicado: 05-001-60-00207-2013-00181
Procesado: J. I. Y. G.
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años
Asunto: Fiscal delegado apela sentencia absolutoria
Decisión: Confirma absolución
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 1 de junio de 2018

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, resuelve el recurso de apelación que instauró la delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia del 12 de septiembre de 2017 por la cual el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, absolvió a J. I. Y. G. de los cargos de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

2. HECHOS

En el año 2011, cuando YDAR tenía 12 años de edad y estudiaba en el colegio Ferrini de esta ciudad, comenzó a salir con J. I. Y. G. en calidad de amigos. Aproximadamente un año después, esto es, agosto o septiembre de 2012, tuvieron una relación sexual consecuencia de la cual la menor resultó en embarazo.

El 22 de junio de 2013, cuando YDAR tenía 14 años y 5 meses, dio a luz el hijo que engendró con J. I. Y. G.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de septiembre de 2016, la Fiscalía General de la Nación por conducto de su delegado formuló imputación a J. I. Y. G. por el punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Como el ciudadano no aceptó los cargos, la delegada presentó el escrito de acusación que por reparto correspondió al Juzgado Octavo Penal del circuito de esta ciudad.

La audiencia de acusación oral se agotó el 9 de febrero de 2017. Al tanto que la audiencia preparatoria de se llevó a cabo el 12 de mayo de esa misma anualidad.

La etapa de juzgamiento se verificó el 12 y 13 de julio; y, 10 de agosto del año inmediatamente anterior. En la última sesión se anunció sentido de fallo absolutorio.

3.1 SENTENCIA IMPUGNADA.

Al resolver el asunto, luego resumir la prueba y la actuación, la *a quo* destacó que para dictar sentencia de condena en los términos que deprecó la Fiscalía General de la Nación, la delegada debía probar más allá de toda duda razonable: *i*) la existencia del hecho, es decir el acceso carnal en menor de catorce años; *ii*) la autoría del procesado; y, *iii*) la responsabilidad en el hecho doloso.

En relación con punto referente la existencia del hecho, la jueza destacó que en el proceso quedó plenamente demostrado que entre los meses de agosto y septiembre de 2012, en el inmueble de un amigo común de YDAR y el procesado hubo una relación sexual consistente en acceso carnal cuando la menor tenía trece años de edad.

La autoría del justiciable en el acceso carnal con la menor también quedó acreditado con la declaración de esta quien anotó que el día del encuentro

Radicado: 05-001-60-00207-2013-00181
Procesado: J. I. Y. G.
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años

sexual con J. I. Y. G. ella no acudió al colegio, sino que se marcharon a la casa de Santiago un amigo y cuando este abandonó el inmueble aprovecharon para llevar a cabo la cópula.

En cuanto a la responsabilidad del ciudadano en los hechos por los que fue acusado, la funcionaria de primera instancia resaltó la necesidad de verificar si este obró con conocimiento de que su comportamiento se ajustaba a la descripción típica del delito. Esto es, que el acceso carnal se ejecutaba con una menor de catorce años.

En la audiencia de juicio oral YDAR declaró que nunca habló con J. I. Y. G. de su edad. Por su parte, el procesado, aunque reconoció el coito con la menor, aclaró que de este punto nunca habló con esta.

Ahora, en cuanto a la declaración de la madre de YDAR quien expuso que en una ocasión abordó a J. I. Y. G. para advertirle que no se metiera con su hija porque era menor de edad, es necesario aclarar que ese reclamo se presentó cuando la progenitora se enteró del estado de gravidez de la adolescente. Es decir, tiempo después del acceso carnal.

Por lo demás, cuando J. I. Y. G. declaró en el juicio, manifestó que YDAR no se veía como una niña sino como una muchacha y así comportaba. Es más, la menor salía con personas del grado noveno del colegio donde estudiaba y frecuentaba a los mismos amigos mayores del procesado.

Resulta razonable concluir que efectivamente J. I. Y. G. desconocía la edad de YDAR y ese yerro genera error respecto de un elemento del tipo penal.

Al respecto, la doctrina ha dicho que el error de tipo recae sobre uno de los elementos que integran el tipo penal, ya sea factico o normativo, de tal suerte que el sujeto no sabe que ha realizado el tipo penal. Entonces, como el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo, el error sobre alguno de ellos lo excluye.

Por lo anterior, el análisis individual y colectivo de las prueba permite concluir que el justiciable obró con error respecto de la edad de la menor YDAR cuando su presentó el coito con esta.

Ahora como el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años solo admite la comisión dolosa, es irrelevante analizar si el error es vencible.

3.2. Del recurso.

La delegada de la Fiscalía General de la Nación recurrió la decisión adversa a sus intereses. Para el efecto adujo que en la audiencia de juicio oral la menor fue muy clara al exponer que desde los doce años de edad cuando cursaba el grado sexto entabló una mistad con el procesado y por ello compartían casi todos los días. Que si bien nunca le dijo a J. I. Y. G. cuántos años tenía, él si sabía su edad porque su hermana mayor así se lo hizo saber cuándo le reclamaba precisamente por salir con ella.

Es claro que el procesado sabía que se estaba involucrando en una relación sentimental que terminó en una relación sexual con una menor de catorce años, por lo que no es viable como lo hizo el despacho, concluir que se presentó un error de tipo.

La Constitución Política de 1991 y la legislación protegen de manear especial a los menores; razón por la cual su consentimiento se predica viciado para experimentar actividades de tipo sexual. El menor de catorce años no tiene capacidad física, psicológica ni mental suficiente para consentir de manera válida una relación de esta naturaleza.

Según el examen de medicina legal que ingresó al juicio como evidencia mediante estipulación probatoria indica que la menor tiene una edad aparente entre 14 y 15 años, siendo valorada cuando ya tenía los 14 años de edad. Lo que indica que la edad de la menor no es aparente por lo que no es aceptable lo que dice el procesado en el sentido de que pensaba que la niña era mayor de catorce años. la menor aparentaba la edad que biológicamente tenía.

Radicado: 05-001-60-00207-2013-00181
Procesado: J. I. Y. G.
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años

El procesado no obró bajo “*error de prohibición*” como le hizo creer al despacho. Ello es una estratagema para evadir su compromiso con la administración de justicia. “*De manera objetiva como lo establece la ley sostener relaciones sexuales con una menor de 14 años en Colombia constituye delito*”.

La madre de la menor junto con la hermana mayor, por lo menos en tres ocasiones llamaron la atención de J. I. Y. G. para que se alejara de YDAR porque era muy niña para él.

A diferencia de lo que considera el fallo de primer grado, en la causa si hay prueba suficiente que indica que el acusado sí conocía la edad de la menor y pese a los llamados de atención decidió continuar con la relación de amistad que luego se tornó amorosa, terminando con el acceso carnal.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si que el acusado incurrió en error respecto de los elementos facticos del tipo penal y las consecuencias jurídicas de ese error.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

Contraria a la afirmación de la recurrente, la Sala aclara que en el ordenamiento jurídico penal patrio está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. El principio rector de la culpabilidad aplica para

1 Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

cualquier procesado independientemente de que la víctima sea un menor de edad. El interés superior de los menores y la especial protección que les prodiga el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, no habilita el desconocimiento de la tradición democrática en materia penal según la cual “sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva².

En este orden de ideas y como se dijo en la primera instancia, además de la materialidad, esto es, la secuencia fáctica, a la delegada de la Fiscalía General de la Nación le correspondía probar la responsabilidad del enjuiciado.

De la ocurrencia del acceso carnal no existe duda. Al juicio oral se llevó suficiente prueba de que el procesado accedió en una ocasión a YDAR. La menor lo dijo, la prueba científica dio una probabilidad del 99.9999999% de que el padre del hijo de la YDAR es J. I. Y. G., y finalmente está la declaración del justiciable quien en juicio dijo que un día cuando la joven no asistió a clase concurrieron a la casa de un amigo y allí se presentó la cópula. Igual explicación de este punto dio la menor.

De la edad de YDAR para el momento en que sostuvo el acceso con el procesado, menos de catorce años, tampoco hay duda. De hecho en un acto de lealtad procesal esta circunstancia fue probada mediante estipulación.

Ahora, como ya se indicó, no basta con probar la objetividad de un delito para sustentar el reproche penal. Es necesario acreditar en el debate que el agente conocía y quería llevar a cabo todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo penal, pues sin ese estado de conocimiento y voluntad no hay dolo³

² Artículo 12 del Código Penal *Culpabilidad*.

³ Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

En juicio adelantado contra J. I. Y. G. la delegada de la Fiscalía General de la Nación no probó que este sabía que YDAR, con la que compartió como amigos durante un tiempo y con la que tuvo una relación sexual, era menor de catorce años.

En el juicio oral la menor claramente dijo que J. I. Y. G. no sabía cuál era su edad. Y si bien refirió que su hermana mayor le reclamó a su amigo por salir con ella y le pidió que la dejara buscar porque era una niña, de ello no se deriva que en efecto la hermana le transmitió el conocimiento respecto de la edad que tenía YDAR.

Por su parte, la progenitora de YDAR quien también concurrió al juicio, solo se enteró del estado de gravidez de su hija al sexto mes de embarazo, por lo que los reclamos que con vehemencia hizo al justiciable para que no se metiera con la descendiente porque era una menor de edad, se materializaron cuando ya había ocurrido el encuentro sexual.

Ahora, aunque la menor y la madre refirieron que J. A. A., hermana e hija mayor respectivamente, también requirió a J. I. Y. G. por salir con YDAR, y le hizo saber que era menor, en el juicio no se estableció qué le dijo exactamente ni el momento cuando lo dijo, pues la fiscal no llamó a declarar a esta persona.

Finalmente, y respecto de la afirmación de la psicóloga vinculada al Cuerpo Técnico de Investigación –CTI, quien aplicó el protocolo SATAC a YDAR, y resaltó que en la entrevista la menor dijo que J. I. Y. G. sí sabía cuál era la edad, debe aclararse que en el *sub examine* no se dan los presupuestos legales para asignar mérito probatorio a la declaración vertida por fuera del juicio oral⁴. De hecho la menor concurrió a la audiencia pública y declaró sin

⁴ **Artículo 438.** *Admisión excepcional de la prueba de referencia.* Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) Adicionado por el art. 3, Ley 1652 de 2013.

dificultad. Amén de que nunca se alegó y menos se demostró que la práctica de su testimonio sería perjudicial para ella, al punto de que se pudiera aplicar las potestades insertas en el artículo tercero de la Ley 1652 de 2013⁵.

Que la versión de la menor en el juicio sea antagónica respecto de la que ofreció en la etapa de instrucción, es un asunto que la delegada de la Fiscalía General de la Nación debió sortear con los procedimientos que para el efecto prevé el rito procesal de la Ley 906 de 2004⁶, si pretendía sacar adelante su teoría de caso. Empero, como el dicho de la afectada en el interrogatorio y en el contrainterrogatorio es certero respecto del punto en discusión la Sala no podría llegar a conclusiones diferentes, no obstante la especial protección que merece la afectada.

La circunstancia, entonces, de que el procesado ignorara la edad cronológica de YDAR, al menos en el juicio no se probó, tiene, contrario a la tesis de la recurrente, efectos en la resolución del asunto, pues la diferencia entre lo que ocurrió y la conciencia de ello en el autor necesariamente excluye el dolo.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia SP 2933-2016, radicación 39464 del 9 de marzo de dos 2016, precisó:

“Pues bien, como lo tiene sentado la Sala, el error de tipo surge cuando hay divergencias entre lo conocido por el autor y lo realmente ocurrido. Si recae sobre el tipo objetivo, esto es, respecto de los elementos descriptivos o normativos, planteamiento propuesto por el demandante, excluye el dolo por afectar su aspecto cognoscitivo incidiendo en la responsabilidad, aun cuando se configura el aspecto volitivo, porque el agente obra voluntariamente. Así las cosas, lo que en realidad sucede es que el sujeto activo ignora que su comportamiento se adecúa en el tipo penal, pero para que tenga la entidad de exonerar de responsabilidad penal, tal estado debe tener la connotación de invencible.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

⁵ e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos [138](#), [139](#), [141](#), [188a](#), [188c](#), [188d](#), del mismo Código.

⁶ **Artículo 347. Procedimiento para exposiciones.** Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

Ahora, se dirá que el error del agente se hubiera superado fácilmente con un mínimo de diligencia, pues si la menor era estudiante de secundaria, bastaba con preguntarle directamente a ella o a los amigos con los que departía cuál era su edad. Circunstancia que configuraría lo que se conoce como error de tipo vencible, esto es, error superable respecto de los elementos que configuran el tipo penal.

Empero, no siempre que se obre con error vencible de que no concurre en la conducta un hecho constitutivo de la descripción típica, se sanciona penalmente al autor, pues en los términos del artículo 32 del Código Penal citado, la conducta es punible si el delito tiene prevista su modalidad culposa. *“(...) el error inevitable descarta la tipicidad dolosa y la culposa, mientras que el evitable excluye la dolosa, pero deja subsiguiente la culposa siempre y cuando la ley haya previsto el hecho como tal”*⁷

En nuestro ordenamiento penal, a diferencia de la regulación en otras latitudes, la modalidad culposa de algunos delitos son los que específicamente menciona la ley. Por ejemplo, el homicidio⁸, las lesiones personales⁹ y el peculado¹⁰, entre otros.

En este sentido, y dado que el Acceso sexual abusivo por los que se llamó a juicio a J. I. Y. G. no tiene prevista su modalidad culposa, no podrá reprocharse la acción que ejecutó en la menor YDAR.

⁷ Fernando Velásquez V. Manual de Derecho Penal. Parte General. Librería Jurídica COMLIBROS. Pág. 313

⁸ Artículo 109. Homicidio culposo. El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁹ Artículo 120. Lesiones culposas. El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.

¹⁰ Artículo 400. Peculado culposo. El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas

Radicado: 05-001-60-00207-2013-00181
Procesado: J. I. Y. G.
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en el nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia del 12 de septiembre de 2017 por la cual el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, absolvió a J. I. Y. G. de los cargos de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado