



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 050

(Sesión del 25 de abril de 2023)

Radicado: 05-001-60-01239-2022-00234
Procesado: Roberth Tailor Castillo Mosquera
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Asunto: Representante de la víctima apela decreto de preclusión
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 28 de abril de 2023

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró la Representante de la víctima contra la decisión proferida el pasado 29 de marzo por medio de la cual el Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Medellín, decretó la preclusión de la investigación adelantada en contra del joven Roberth Tailor Castillo Mosquera al haberse acreditado que obró amparado en una causal que excluye la responsabilidad penal.

2. HECHOS

Según denuncia formulada el 16 de marzo de 2022 por la señora Ana Betsabé Álvarez Cano, madre de la menor A.S.R.A.¹, se tiene que el día domingo 13

¹ Se omite identificar a la menor por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU, Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo normado en los artículos 47.8 y 193.7 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

inmediatamente anterior, su hija de 13 años de edad para ese momento, en la Calle 39 BE # 114B- 24 del barrio San Javier de esta ciudad, sostuvo relaciones sexuales consentidas con Roberth Tailor Castillo Mosquera, quien tenía 16 años y era su novio formal, con aquiescencia familiar desde hacía varios meses. Informó que la menor le comentó que habían usado protección pero que presentaba dolores en su zona íntima y dificultad para orinar por lo que procedió a llevarla a urgencias del Hospital San Vicente Fundación donde activaron el código fucsia y le dijeron que debía presentar denuncia penal en contra del joven.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 27 de septiembre de 2022 ante el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con función de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Roberth Tailor Castillo Mosquera como presunto autor del delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años consagrado en el artículo 208 del Código Penal, cargo que no fue aceptado por el adolescente.

3.2. El 29 de marzo del año en curso, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Medellín la Fiscalía General de la Nación solicitó preclusión de la investigación adelantada en contra del joven Roberth Tailor Castillo Mosquera.

3.2.1. Lo anterior, según expuso la delegada Fiscal, conforme lo establece el numeral 2° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, dada la existencia de una causal que excluye la responsabilidad en este caso según lo establecido en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal.

Al efecto, recordó la Fiscal que esta investigación inició el 16 de marzo de 2022 cuando la señora Ana Betsabé Álvarez Cano, madre de la menor A.S.R.A. quien contaba con 13 años para ese entonces, pone en conocimiento unos hechos de que su hija sostuvo relaciones sexuales con el joven Robert Taylor Castillo Mosquera quien tenía 16 años, que eran novios, que se enteró de la

relación sexual porque la menor tenía una infección vaginal, la llevaron a la EPS, allí contó que había tenido relaciones sexuales y fue entonces cuando se activó el código fucsia y le dijeron que tenía que denunciar. Informa la denunciante que ellos se habían puesto de acuerdo, que tuvieron sexo consensuado, de mutuo acuerdo y que ya llevaban un tiempo de relación.

Cuenta el Ente Acusador con copia de la historia clínica de la menor del 15 de marzo de 2022 del Hospital San Vicente Fundación, cuyo motivo de consulta fue que le "*ardía para orinar*", allí ella dio cuenta de haber perdido la virginidad con su novio de 16 años, que usaron preservativo y se anota lo que la menor le indicó a la psicóloga del hospital. En entrevista, la menor insiste en que fue consentido, que el joven era su novio y que ella quiso perder la virginidad con él, que sabía la edad que tenían, que había recibido educación sexual y que sabía que tener relaciones sexuales con alguien menor era un delito porque su mamá los sentó a ambos y les dijo que ella tenía 13 años y estar juntos era un delito.

En el auto que ordena la verificación de derechos para iniciar el proceso de restablecimiento, la madre de la menor manifestó que se enteró porque su hija sangraba y ella le comentó que ya había tenido relaciones sexuales con su novio Tailor, que había sido con su consentimiento pero que "*en el hospital lo tomaron como un abuso*". Manifestó igualmente la señora Ana Betsabé que ella les dio permiso de ser novios, que no quiere perjudicar al joven, que es una etapa que tienen que vivir, que no quiere que vuelva a pasar pero que busca brindarle calidad y amor a su hija.

También se cuenta con la entrevista recibida a la menor A.S.R.A. en la Comisaría de Familia donde manifestó que ella y Roberth Tailor seguían siendo novios y han tenido contacto, no personal, pero sí hablan y continúan con la relación, que le da mucho temor por lo que pueda pasar con este proceso pues siente que su novio no ha hecho nada malo, que no es un delincuente y simplemente es alguien que tuvo relaciones con su novia. Que cuando le contó a su mamá ella lloró y dijo que la decepcionó, pero de ahí fueron al hospital.

Tras la formulación de imputación, la Fiscalía obtuvo otros medios de prueba como son la entrevista a la señora Mirna Luz Mosquera Palacio, madre del joven Roberth Tailor Castillo Mosquera, quien manifiesta que ella conocía a la joven A.S.R.A. pues era la novia de su hijo y ambas familias lo sabían, pero, a raíz de esta situación les prohibieron seguirse viendo e incluso a A.S. la sacaron del colegio y le quitaron el celular porque seguía hablándose con su hijo. Adujo que la educación sexual que le dio a su hijo es que cuando fuera a tener relaciones sexuales se cuidara de no contraer enfermedades o embarazos no deseados, que usara condón, que respetara a las mujeres en el sentido de no tocarlas sin su consentimiento, que en el colegio clases como tal no les dan, que les dan charlas sobre sexualidad, pero propiamente del delito no les hablan. Afirma que ella no tenía conocimiento de que era delito tener relaciones sexuales entre menores y que se enteró fue por este proceso. Describió a su hijo como un joven que no es callejero, es respetuoso y juicioso, para ese momento cursaba noveno grado, es el único hombre entre 5 mujeres de su casa, que lo aceptaban en la casa de A.S. y la mamá dejaba que compartieran con su hijo, e incluso lo invitaban a salir a pasear o almorzar.

También se cuenta con la información dada por Roberth Tailor Castillo Mosquera mediante interrogatorio del 23 de noviembre de 2022 en donde afirma que quiere explicar lo que sucedió en el caso del delito en el que lo están investigando, que él no sabía que tener relaciones sexuales con su novia era un delito, que se vino a enterar por esta situación, que en el colegio nunca les dan esas clases, les dan algunas charlas casuales 2 o 3 veces al año donde les dicen que hay que protegerse para no contraer enfermedades sexuales y que deben usar anticonceptivos, pero que nunca les han dicho que eso es un delito, tener relaciones sexuales. Ha recibido orientación sexual por parte de sus padres en el sentido de que le hablan del cuidado personal, de usar protección cuando vaya a tener relaciones sexuales y de respetar a las mujeres, que dejó de ser novio de A.S. a raíz de este proceso porque los papás de ella no la dejan seguir con la relación, la sacaron del colegio y le quitaron el celular para que no hablen.

Por último, afirmó la Fiscal que se envió una solicitud a la Institución Educativa La Independencia a efectos de que indicaran si les han dado charlas a sus

estudiantes sobre las consecuencias jurídicas de tener relaciones sexuales entre ellos, pero hasta la fecha no se obtuvo respuesta. Solicitó entonces la Fiscalía General de la Nación, la preclusión de esta investigación al haberse obrado por parte de Roberth Tailor Castillo Mosquera con un error de prohibición, entendido este como cuando el sujeto realiza una acción sin tener conciencia de la antijuridicidad, es decir, con el desconocimiento de que su conducta se trata de un delito. Dicho desconocimiento se puede dar por diferentes factores como lo son el desconocimiento acerca de la existencia de la norma, la vigencia de esta, su mala interpretación o porque considera que existe una causal que justifica su accionar, sin que realmente sea así.

El error de prohibición se encuentra determinado por el análisis acucioso y diligente que se realiza sobre las particularidades propias del individuo, tales como vivencias, edad, educación, todo lo cual debe tenerse en cuenta para analizar este error de prohibición. Entonces, expone la Fiscal que en este caso se trata de un par de adolescentes que tuvieron sexo producto de la relación sentimental que tenían y por la que habían compartido previamente, que la menor le había manifestado a su novio que ya quería tener relaciones sexuales con él, que ambos estaban solos cuando lo hicieron y que además se cuidaron con preservativo; toda esta situación solo salió a la luz luego de que A.S. presentara una infección vaginal, pues tras la relación sexual había hablado con su madre de quería planificar y, entonces, se colige que la mamá o sabía que ya habían tenido relaciones o que las iban a tener.

Si bien la menor en la entrevista manifestó que su madre los había sentido a los dos a decirles que esto era un delito entre menores, la madre de la menor en toda la información que aporta tanto en la denuncia como en la Comisaría de Familia lo que manifiesta es que supo de que esto era un delito en el Hospital San Vicente Fundación donde le dijeron que tenía que denunciar, que allí activaron el código fucsia y fue por eso que ella denunció. En ninguna de las entrevistas rendidas por la señora Ana Betsabé esta afirma tal situación y, por su parte, si bien la menor indicó saberlo también es enfática en sus entrevistas en que no entiende la razón por la cual se dice que es un delito que ella tenga relaciones con su novio.

Entonces conforme a todos los elementos, la Fiscalía colige que quizás estos dos menores supieron las consecuencias de su conducta después de que el hecho sale a la luz, pudiéndose considerar que ambos fueron conscientes de la sanción, luego de todo este asunto; es claro que si bien luego de lo ocurrido les prohibieron tener contacto y por ello sacaron a A..S del colegio y le quitaron el celular, la misma madre de la menor afirma que se siguen hablando por correo, e incluso el psicólogo y el trabajador social de la comisaría de familia manifiestan que, por la manera en que se expresa A.S. respecto de Roberth Taylor, ellos siguieron en contacto mas no personalmente.

El joven imputado fue enfático en que habló con su madre sobre cuidarse al tener relaciones sexuales, por las enfermedades y embarazos, solamente. Y resalta la Fiscal que, por experiencia se sabe que en los colegios no existen materias destinadas a hablar sobre delitos o las consecuencias legales de ciertas conductas, aunque sí se dictan charlas por parte de la Alcaldía, y sin discriminar edades, sobre educación sexual en las cuales les hablan sobre prevención de embarazos y ETS, reparten preservativos y toallas higiénicas e incentivan la planificación familiar.

Arguye la Fiscal que por lo general cuando se pide información a las instituciones educativas sobre este tipo de materias, no contestan, contrario a si lo que se pide es información concreta de algún estudiante; es decir, no se sabe a ciencia cierta si en el colegio les dictan materias al respecto, sobre las edades en las que se puede configurar alguna conducta punible. Alude la Fiscalía a la sentencia con Radicado 50889 del 5 de mayo de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que absuelven a un adulto por estar amparado en una causal de ausencia de responsabilidad; en esta refieren que para determinar esa conciencia de antijuridicidad del sujeto activo se deben tener en cuenta circunstancias indicativas de que el sujeto actúa bajo un error de prohibición invencible, entonces establece, además de tener en cuenta calidad, aptitud y conocimiento personales del sujeto activo, algunas circunstancias tales como que el trato sexual fuera fruto de una relación sentimental y amorosa entre la víctima y el victimario, tal y como en este caso.

Se trata de una pareja de adolescentes que en uso de su libertad y formación sexual decidieron experimentar juntos su sexualidad dado su noviazgo, para el cual incluso habían pedido permiso a sus familias, recuérdese que la madre del joven afirmó no saber que el sexo entre menores era delito y que hablaba con su hijo, pero de cuidarse de embarazos o ETS y le inculcó el respeto a las mujeres, mas no que tener relaciones con su novia fuera delito, porque no lo sabía. Al respecto resalta la Fiscal que no es solo el colegio el que le da el grado de instrucción al adolescente, y si bien la Corte dice que *“la condición de estudiante no excluye el error y su invencibilidad, toda vez que la posibilidad de actualizar el conocimiento depende de la situación personal del autor en el caso concreto y no necesariamente su grado de instrucción”*, en este caso Roberth Tailor afirmó que les daban charlas unas 2 o 3 veces al año pero jamás les hablaron de conductas punibles relacionadas con la sexualidad.

Resalta nuevamente la Fiscal a la Corte sobre que *“Es cierto que, en el mundo moderno y la sociedad de hoy, la tecnología posibilita en mayor grado el conocimiento y el acceso a la información del hombre común. También las campañas oficiales en los medios de comunicación y las noticias relacionadas con los atentados sexuales y los delitos que suelen cometerse, permite la ilustración de las personas, y, por tanto, le posibilitan distinguir entre lo lícito y lo ilícito. Sin embargo, no siempre es así. Algunos, dadas las limitaciones económicas, las ocupaciones u otras razones, carecen de la oportunidad o tienen dificultad para acceder a los recursos tecnológicos, informáticos o de comunicación que les permita el conocimiento en el sentido señalado por el Tribunal. La probabilidad que ocurra, a pesar de la facilidad para acceder al conocimiento y la información, explica la consagración legal de la disculpante de la responsabilidad penal.”*

Entonces se cuestiona, cómo exigirle a este adolescente que actúe de una manera diferente cuando fruto de una relación sentimental ambos jóvenes deciden tener una relación sexual, de manera responsable si se tiene en cuenta que fue planeado y se cuidaron, la madre de la joven fue clara en afirmar que quien tomó como un abuso sexual esta relación fue el hospital.

Considera entonces la delegada del Ente Acusador que el joven Roberth Tailor sí estuvo amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, no tenía cómo vencer ese error pues estaba convencido de que no estaba cometiendo

ningún delito ni mucho menos atentando contra los intereses de su propia novia y, en consecuencia, solicitó se decrete en su favor la preclusión de esta investigación.

3.2.2. En virtud a lo anterior la Representante de la víctima advirtió que es claro que en este caso se trata de una menor que quiso tener relaciones sexuales con su novio, pero lo que se debe determinar es si el joven Roberth Tailor tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta pues según él afirmó, no sabía que ello constituía delito, en el colegio no tuvo la oportunidad de saberlo y si bien en su casa le hablaron del tema fue solo para prevención de enfermedades y embarazos.

Empero considera que, para sustentar en debida forma el error de prohibición, se deben cumplir algunas exigencias que no se dan en este caso. Arguye que la Fiscalía no puede aplicar unas reglas de la experiencia para determinar fehacientemente si el procesado tuvo o no conocimiento de la ilicitud de su conducta, porque no se sabe si el colegio lo hacía, pues no se cuenta con respuesta del colegio frente al tema. Reprocha que se haya solicitado esta audiencia de preclusión sin esa respuesta del colegio pues la misma Fiscal afirmó que la solicitud la colegio la envió el 27 de marzo de 2023, lo cual quiere decir que esa solicitud se hizo hace apenas 2 días, entonces se cuestiona cómo pretendía la Fiscalía obtener respuesta del colegio en 2 días, cuando la ley le da un tiempo prudencial para brindar una respuesta a la petición.

La Fiscalía entonces construye esa afirmación sobre las reglas de la experiencia, sin embargo, resalta que estas se construyen sobre hechos cuya cualidad en su repetición frente a los mismos fenómenos, bajo determinadas condiciones, para que así puedan ser tenidas como el resultado de prácticas colectivas sociales que por lo consuetudinario se repiten, dadas las mismas causas y condiciones, y producen con regularidad los mismos efectos y resultados. Afirma que ella ostenta la calidad de representante de víctimas desde hace aproximadamente 4 años, y con ello, puede indicar con seguridad que hay muchas instituciones educativas que informan que ellos, en su pensum académico sí incluyen materias que contienen información frente a ese tipo de delitos y sus consecuencias. Por ende, considera entonces la

Representante de la víctima que esa sustentación no es de recibo para la falta de un documento que, si lo hubiera solicitado con tiempo, lo más probable es que a la fecha se contaría con esa respuesta.

Hace alusión a lo referido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 33022 de octubre de 2010 MP Enrique Socha Salamanca en la que se plantea que existirán hechos indicadores que puedan constatarse de modo material y valorativo, iterando que en este caso se echa de menos esa respuesta por parte de la institución educativa. También indicó la Corte que corresponde valorar cualidades, aptitudes y conocimientos personales, mismos que tienen que ver con el ámbito familiar, social y educativo, pero este último no nos lo podemos imaginar basados en unas supuestas reglas de la experiencia que no es posible sustentar jurídicamente.

La Corte señala que, si bien no se cuenta con una lista taxativa de circunstancias indicativas de un error de prohibición invencible, si advierte un análisis de las condiciones que para cada caso concreto se deben tener en cuenta tales como que el trato sexual sea fruto de una relación sentimental y amorosa entre la víctima y el victimario, la inexperiencia sexual, las condiciones personales, sociales, familiares y culturales y la educación y formación en el hogar.

Finalmente concluye la Representante de víctimas que, dada la falta de ese documento de la institución educativa, se requiere más investigación por parte de la Fiscalía para poder sustentar una solicitud de este tipo y con las consecuencias jurídicas que se desligan de la misma, por ende, se opone a la preclusión deprecada.

3.2.3. La Defensa del joven imputado simplemente manifestó que coadyuvaba la solicitud de preclusión incoada en favor de su asistido.

3.3. Decisión que se revisa. El Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Medellín señaló que según lo afirmó la señora Fiscal, los hechos ocurrieron en el marco de una relación consentida entre Roberth Tailor Castillo Mosquera y A.S.R.A., bajo la

convicción de ambos sobre la licitud de su conducta y, en ese entendido, ubica esos hechos como un error de prohibición invencible el cual excluye la responsabilidad penal como sustento legal para solicitar la preclusión. Dentro de los elementos aportados se cuenta con declaraciones de Castillo Mosquera quien, con 16 años de edad afirma que no sabía que tener relaciones con una menor de 14 constituía delito, aunque sabía que debía cuidarse de ETS y embarazos; similar a su declaración se cuenta con la de Mirna Luz Mosquera, madre del joven, quien afirma que desconocía completamente que las relaciones sexuales entre menores eran un delito, que a su hijo le había inculcado el respeto a las mujeres y que se protegiera en las relaciones sexuales.

Entonces, en casos como estos el conocimiento de la prohibición legal que debe tener el agente se debe reclamar, en primer término, de la familia, no del sistema educativo. Ello, en tanto la Ley 1098 de 2006 en su título segundo, al hablar de la garantía de los derechos y la prevención de su vulneración, en el capítulo primero establece esa obligación en la familia en primer lugar y, en el artículo 39 describe las obligaciones de la familia, haciendo alusión el *a quo* a lo esbozado en el numeral 6° de dicha norma que establece “*ARTÍCULO 39. OBLIGACIONES DE LA FAMILIA. La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes: (...) 6. Promover el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y colaborar con la escuela en la educación sobre este tema.*”

Además, el párrafo 1° del artículo 42 que hace alusión a las obligaciones especiales de las instituciones educativas señala: “*ARTÍCULO 42. OBLIGACIONES ESPECIALES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS. Para cumplir con su misión las instituciones educativas tendrán entre otras las siguientes obligaciones: (...) PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 94 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Considerérese obligatorio que todas las instituciones educativas públicas y privadas estructuren un módulo articulado al PEI –Proyecto Educativo Institucional– para mejorar las capacidades de los padres de familia y/o custodios en relación con las orientaciones para la crianza que contribuyan a disminuir las causas de la violencia intrafamiliar y sus consecuencias*

como: consumo de sustancias psicoactivas, embarazo en adolescentes, deserción escolar, agresividad entre otros.”

Lo anterior para enfatizar en que el legislador ha radicado en cabeza de la familia la obligación de suministrar la orientación, información, conocimiento y divulgación acerca del ejercicio de la sexualidad de sus hijos, y no solamente frente a estos sino frente a la institución educativa, puesto que la obligación de los padres es colaborar con la escuela en la educación sobre estos temas de sexualidad. En lo que respecta al colegio como sistema educativo, sobre este tema, la Ley 1453 de 2011 establece en su artículo 94 como obligatorio para estos, dentro del proyecto educativo institucional constituir información adicional sobre embarazos de los adolescentes –deseados o no-.

En este caso se tiene que ninguno de los padres de los adolescentes involucrados les había informado ni a Roberth Tailor ni a A.S. sobre el ejercicio apropiado, adecuado y sobre todo lícito o no de la relación sexual, por el contrario se pudo establecer que por lo menos sí habían tenido el cuidado de advertirles acerca del respeto y el consentimiento que debe mediar las relaciones sexuales en las que se debe tener siempre el cuidado de evitar embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual. En la entrevista realizada a Castillo Mosquera este fue claro en señalar que su madre le había enseñado ese respeto y la precaución de evitar embarazos y el contagio de enfermedades, al igual que lo habían hecho en el colegio, más no que las relaciones sexuales entre menores, de ninguna naturaleza, edad o tipo constituían un delito.

Reclama la Representante de víctimas la certificación del colegio donde estudiaban los involucrados, para así establecer si, a partir de las obligaciones que ella considera tiene el colegio de divulgación sobre este tema, sin embargo, itera el *a quo*, no es así pues si bien es una fuente, es a los padres a quienes el legislador ha tenido como los responsables primarios de esta obligación. No obstante, se estableció de manera clara que los padres del joven Roberth Tailor Castillo Mosquera nunca le informaron sobre la ilicitud del comportamiento sexual con una persona menor de 14 años, A.S.R.A. para este caso, omisión esta que por supuesto se deriva del desconocimiento de los padres de este.

Aunado a lo anterior reitera el *a quo* entonces, con sobrada razón, la falta de conocimiento de Roberth Tailor de 16 años, respecto a que las relaciones sexuales con A.S.R.A. de 13, más aún en el contexto de una relación de pareja pues se trataba de su novia, eran un delito pues ni los padres ni el colegio le suministraron dicha información; hace énfasis en el contexto de este tipo de comportamientos especialísimos que ocurren en el periodo de la pre y adolescencia, cuando de manera mucho más intensa se producen los cambios en el ser humano en el orden hormonal, la aparición o la conciencia de la sexualidad propia y con los otros, y por ello con mayor razón debe exigírsele a los padres asesoría y orientación sobre la educación en temas de sexualidad, y también a los centros educativos que provenientes de esa educación radicada en los padres, quienes deben impartir a los adolescentes educación no solo sobre embarazos y ETS sino también sobre las conductas delictivas y las consecuencias que puede desencadenar ese desarrollo de su sexualidad.

En definitiva, considera que se trata de una conducta que excluye la responsabilidad penal de Roberth Tailor Castillo Mosquera, que fue debidamente acreditada por la Fiscalía y, por ende, conforme al numeral segundo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal se accede a la solicitud de preclusión en favor del imputado.

3.4. Apelación de la Representante de la víctima. Si bien se tiene manifestaciones de la menor A.S.R.A. en las que asevera que la relación sexual fue con su ánimo y consentimiento, insiste la apelante en que no se trata solamente de señalar el núcleo familiar de los involucrados y si conocían o no que tener relaciones sexuales constituía delito, sino que se debía establecer si ese desconocimiento era o no vencible para analizar, en conjunto, la información cercana del adolescente, pues él fue enfático en que ni en su colegio ni en su casa le habían informado sobre las consecuencias de tener relaciones sexuales con una menor de 14 años.

Arguye que se debía solicitar a la institución educativa esa información a efectos de tener certeza sobre el particular, y si bien la Fiscalía lo hizo fue solo 2 días antes de esta audiencia siendo apenas lógico que el colegio aun no

hubiese emitido una respuesta al respecto. Arguye que decretar en este caso una preclusión, tal y como se hizo, es trasladar la carga probatoria a la víctima y dejar únicamente en el infractor y su familia, la información que es necesaria y obligatoria y que se debe tener para analizar por parte de la Judicatura si existió o no ese conocimiento.

Considera que en este caso el estudio fue insuficiente por parte de la Fiscalía General de la Nación, porque era importante verificar y tener un conocimiento amplio de todas las condiciones familiares, sociales y escolares de estos jóvenes. Solicita en consecuencia, se revoque la preclusión decretada.

3.4.1. La delegada de la Fiscalía como sujeto procesal no recurrente.

Resalta que fueron varios los elementos que trajo a la audiencia a efectos de sustentar su solicitud de preclusión, mismos que en conjunto acreditan que Roberth Tailor no tenía como vencer ese error de prohibición y, por ende, actuó amparado en una causal de ausencia de responsabilidad.

Sobre la respuesta del colegio donde estudiaba el joven Castillo Mosquera, es cierto que se pidió 2 días antes de esta audiencia, sin embargo, tal y como lo señaló el *a quo*, no es obligación de las instituciones educativas, formar de manera jurídica a los niños, niñas y adolescentes; al respecto el numeral 10 del artículo 44 de la Ley 1098 de 2006 señala que entre las obligaciones de las instituciones educativas se encuentra la de "*Orientar a la comunidad educativa para la formación en la salud sexual y reproductiva y la vida en pareja.*".

Pero además no puede pretenderse que esa respuesta del colegio sea la única que pueda dar información sobre si el adolescente podía vencer o no el error en el que estaba de haber actuado como lo hizo de tener relaciones sexuales con su novia A.S.R.A. Al respecto, la Corte ha sido bastante clara en que no hay una tarifa probatoria, ni una lista taxativa de lo que se tiene que analizar cuando se habla del error de prohibición, sí habla de algunas circunstancias, entre ellas, la relación amorosa, la educación y la formación en el hogar, aspectos estos que sí se analizaron. Empero, radica en la familia orientar y formar frente al tema sexual, y si entonces en esta primaria institución no se

hace capacitación jurídica al respecto, no se puede delegar en otra institución esas falencias.

El colegio –que, insiste, no está obligado a orientar jurídicamente sobre el tema- no es el único que puede decir si el joven Roberth Tailor tenía conocimiento o no de la ilicitud de su actuar, él mismo dijo que no lo sabía, entonces la decisión de preclusión fue sustentada en todos los medios de prueba que se aportaron por la Fiscalía y, por ende, solicita se mantenga en firme la decisión de preclusión apelada por la representante de la víctima.

3.4.2. La Defensa de la Fiscalía como sujeto procesal no recurrente.

Solicitó mantener en firme la decisión impugnada al ser claro que en este caso se dio a cabalidad un error de prohibición.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer el asunto según lo dispone el artículo 168 de la Ley² 1098 de 2006.

4.2. Problema jurídico.

¿Debe precluirse la acción penal con fundamento en la causal que excluye la responsabilidad por que el imputado obró en error invencible de la ilicitud de su conducta?

4.3. Respuesta y solución al problema jurídico.

² **Artículo 168.** Composición y competencias de las salas de asuntos penales para adolescentes. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial contarán con Salas de Asuntos Penales para adolescentes, especializadas en los asuntos que versen sobre responsabilidad penal adolescente. Estas Salas estarán integradas por un (1) Magistrado de la Sala Penal y dos (2) Magistrados de la Sala de Familia o en su defecto de la sala Civil, del respectivo Tribunal Superior.

En los procesos de responsabilidad penal para adolescentes la segunda instancia se surtirá ante las Salas de Asuntos Penales para Adolescentes de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (Negrillas fuera de texto)

4.3.1. Previo al análisis de fondo sobre la resolución del problema jurídico planteado, precisa esta Sala determinar en primer lugar si la Representante de la víctima, actuando como interviniente en la audiencia de preclusión de la investigación solicitada por la Fiscalía en esta etapa preliminar del proceso, ostenta legitimidad para impugnar la decisión del Juez de Conocimiento que accedió a lo pedido y la decretó.

Pues bien, al tenor de lo previsto por el artículo 176 del Código de Procedimiento Penal, la apelación procede –salvo los casos previstos en el código-, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias y contra la sentencia condenatoria o absolutoria, del mismo modo el artículo 177 *ibídem* establece que la apelación se concederá en el efecto suspensivo cuando se trata, entre otros, del auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión. No existe discusión alguna respecto a que en la etapa de indagación e investigación la Fiscalía es la única habilitada para solicitar la preclusión ante el Juez de Conocimiento, ello conforme a lo previsto en los artículos 332 y siguientes.

Sin embargo, el artículo 333 dispone que una vez la Fiscalía exponga su solicitud y fundamente la causal invocada se le conferirá la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor, en este caso, del joven infractor. De lo anterior se infiere que dichos sujetos procesales tienen la facultad de participar en la audiencia de solicitud de preclusión para avalar u oponerse a la pretensión de la Fiscalía, como en efecto ocurrió en el *sub examine*, en donde la Representante de la víctima se opuso expresamente a la extinción de la acción penal. Luego entonces, resulta lógico concluir que, en efecto, tiene interés jurídico para controvertir la decisión adoptada en contravía de sus intereses.

Aunado a lo anterior, resulta procedente en este punto recordar que la Corte Constitucional en Sentencia C-209 de 2007 fue enfática en precisar que el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías y, al respecto, dijo:

“El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas: (i) la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; (ii) la exigencia de que

la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; (iii) la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal; y (iv) que esté previsto que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación...” (Negrillas de la Sala)

En virtud de ello, la Representación de víctimas puede oponerse a la petición de la Fiscalía y si está prevista la procedencia de la apelación contra la decisión, no podría admitirse interpretaciones de la ley procesal que impidan el derecho de impugnar una decisión judicial tan trascendental como lo es ponerle fin al proceso con efectos de cosa juzgada.

Si bien es claro para esta Sala que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado reiteradamente³ que si la parte que solicitó la preclusión se encuentra conforme con la decisión que la niega, es porque desiste de procurar la extinción de la acción penal que sólo a ella le está autorizado solicitar durante la investigación. También es claro que cuando la decisión accede a la declaratoria de preclusión, sí están habilitados los demás intervinientes que antes lo estuvieron para oponerse, incluida la Representación de la víctima; de hecho, la misma Corporación en providencia del 17 de agosto de 2011 con Radicado 36325 determinó la posibilidad de que la víctima pudiera interponer el recurso de apelación contra una decisión de tal naturaleza, lo cual confirma que no es inimpugnable.

4.3.2. Aclarado el anterior aspecto, procede esta Sala a resolver el problema jurídico planteado sobre si la decisión adoptada por el Juez de primera instancia estuvo o no acertada.

Para el efecto, partiremos por recordar que, tal y como se reiteró por las partes en la audiencia que ahora se revisa, conforme al artículo 250 de la Constitución Nacional, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la *“investigación de los hechos que revistan las características de delito”* conocidos a través de denuncia, petición especial, querrela o de oficio *“siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”*. Ello

³ Auto de 1° de julio de 2009 con Radicado 31763; Auto de 15 de julio de 2009 con Radicado 31780; Auto del 15 de febrero de 2010 con Radicado 31767; y Auto del 21 de mayo de 2014 con Radicado 42570, entre otros.

significa que se debe valorar íntegramente y en conjunto, la totalidad de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas recaudados para establecer si, a partir de ellos, es posible inferir la posible ocurrencia de un delito, caso en el cual tiene entonces la obligación constitucional de dar inicio a la acción penal. Empero, si al analizar la evidencia con que cuenta, colige que no hay prueba suficiente para acusar, debe solicitar la preclusión ante el Juez de conocimiento, e invocar la causal correspondiente conforme el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, que establece:

“El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

- 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
- 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.***
- 3. Inexistencia del hecho investigado.*
- 4. Atipicidad del hecho investigado.*
- 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
- 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*
- 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código. (...)” (Negrillas de la Sala)*

En consecuencia, para sustentar su solicitud, la Fiscalía deberá aportar elementos fácticos y jurídicos de los cuales se pueda establecer que no hay mérito para continuar con la persecución penal; en todo caso, de configurarse una causal diferente a las solicitadas, el juzgador podrá decretarla *“siempre que sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen”*⁴.

En el caso concreto tenemos que la Fiscalía solicitó la preclusión en favor del joven Roberth Tailor Castillo Mosquera con fundamento en el numeral 2º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, pues tras el análisis de los elementos materiales probatorios con que cuenta, concluyó que actuó amparado en un error de prohibición, descrito en el artículo 32 numeral 11 del Código Penal, pues desconocía que tener relaciones sexuales consentidas con su novia A.S.R.A. quien para la fecha de los hechos contaba con 13 años de edad, era considerado un delito.

Para sustentar su petición la Fiscalía allegó los siguientes elementos materiales probatorios y evidencia física: i) Formato único de noticia criminal

⁴ CSJ, Providencia del 6 de diciembre de 2012 con Radicado 37370.

del 16 de marzo de 2022, suscrito por la señora Ana Betsabé Álvarez Cano, madre de la menor, en donde esta dio cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos materia de investigación; ii) los actos urgentes realizados por el Ente Investigador; iii) fotocopia de los documentos de identidad de Roberth Tailor Castillo Mosquera y A.S.R.A.; iv) Resumen de la atención clínica y psicológica realizada a la menor en el Hospital San Vicente Fundación; v) informe de investigador de campo FPJ-11 en el que se le realizó otra entrevista a la menor; vi) acta de verificación de derechos de la Comisaría de Familia de la Comuna Trece San Javier, en donde se abstienen de abrir un proceso de restablecimiento de derechos; vii) interrogatorio al indiciado realizado al menor Roberth Tailor Castillo Mosquera el 23 de noviembre de 2022; y viii) entrevista realizada a la madre del joven, la señora Mirna Luz Mosquera Palacios.

Tras el acucioso análisis de los antedichos elementos, el Juez de primera instancia ratificó la conclusión arribada por la delegada de la Fiscalía, considerando que sí se encontraba acreditada la causal 2ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal en tanto resulta diáfano que Roberth Tailor desconocía completamente el hecho de que sostener relaciones de índole sexual con una menor de 14 años era considerado delito.

Inconforme con la decisión, la Representante de la víctima apeló para sostener que los elementos aportados no son suficientes para afirmar con total certeza que el joven Roberth Tailor Castillo Mosquera desconocía la ilicitud de su conducta; reclamaba, además de todos los elementos que obran en el expediente, alguna certificación de la institución educativa donde estudiaban tanto él como la menor A.S. en la que se afirmara si les habían dado o no clases o capacitaciones sobre el particular. Discrepa la Sala de tal postura y se observa imperioso recordar que en el sistema penal acusatorio rige el principio de libertad probatoria, regulado en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal y el cual señala:

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

Con relación a este principio, la Corte Constitucional ha referido:

“...el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada. De otro lado, nuestro sistema penal sólo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley.”⁵

“...lo que implica que el juez puede formar su convicción a partir de cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial.”⁶

Es decir, el Juzgador para tomar su decisión valora las pruebas practicadas sometiéndolas al tamiz de la sana crítica, la cual está conformada por las reglas de la experiencia, los postulados lógicos y las leyes de la ciencia. Pero además de este, también se encuentra el principio de selección probatoria, según el cual el funcionario no está obligado a hacer un examen exhaustivo de todos y cada uno de los elementos de persuasión incorporados al proceso, ni de todos y cada uno de los extremos asertivos, porque la decisión se haría interminable, sino que debe ocuparse únicamente de aquéllos que considere importantes para la decisión a adoptar, de suerte que sólo existirá error de hecho por omisión o supresión de prueba, cuando aparezca de manera clara que ese medio fue realmente ignorado siendo relevante para la resolución del asunto.

Pues bien, considera la Sala que lo afirmado por el joven Roberth Tailor y su madre Mirna Luz Mosquera Palacios, es razonable colegir que este desconocía las consecuencias jurídicas de su actuar. No tenía como vencer el error pues ni siquiera su madre, como principal obligada a formarlo sobre estos temas, lo sabía; y, según adujo el imputado, lo cual no fue controvertido por las partes, en el colegio jamás les habían hablado sobre ello pues las charlas de educación sexual que les impartían era sobre enfermedades de transmisión sexual, embarazos y planificación.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 2009.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2009.

La ley establece que se excluye la culpabilidad cuando se acredita la configuración de un error de prohibición directo que afecta la conciencia sobre la ilicitud de la conducta. Instituto reglado en el artículo 32 numeral 11 del Código Penal, al disponer que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando *“11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.”*

Tal yerro tiene lugar cuando el agente i) Desconoce la existencia de la norma que sanciona el comportamiento; ii) Conoce la disposición, pero yerra sobre su vigencia o; iii) Sabe de la norma, pero al interpretarla erróneamente la considera no aplicable al caso. Las consecuencias dependerán del carácter invencible o vencible del error, pues en el primero no habrá culpabilidad y tampoco responsabilidad penal, mientras que en el segundo se mantiene la imputación dolosa, pero se atenúa la pena por mandato del legislador, dado que hasta ese momento el agente ha realizado una conducta típica y antijurídica.

En consonancia con lo anterior, es preciso señalar que el error de prohibición, conforme a la legislación vigente (teoría estricta de la culpabilidad), no requiere conocimiento actual o conciencia de lo antijurídico de la conducta, pues como se precisa en el inciso 2° del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal *“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”*, en cuanto exigir al autor al momento de realizar el comportamiento la representación de estar actuando contra derecho, supone una acreditación probatoria difícil o imposible por tratarse de un estado subjetivo en el proceso de formación de la voluntad del individuo y por ello, no se exige demostrar el conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta, sino que tuvo la oportunidad de actualizar de manera razonable, esto es, conforme a la situación fáctica concreta y a sus condiciones personales, lo injusto de su actuar⁷.

⁷ CSJ Sentencia del 13 de julio de 2005 con Radicado 20929.

Sobre el error de prohibición, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

“Que una vez realizado el análisis se debe dar crédito a uno de los siguientes presupuestos i) si el juez concluye dadas las condiciones y características del autor o partícipe del injusto que jamás tuvo la posibilidad de conocer la prohibición normativa, el error será invencible; ii) si está demostrada la existencia de un error, es decir, de una completa falta de conocimiento por parte del agente pero desde una perspectiva normativa esta situación carece de solidez suficiente para destruir la posibilidad de acceder al sentido prohibitivo de la norma. En otras palabras, la persona no sabía, pero debía saber, la pena será reducida a la mitad. Por consiguiente, para que el error de prohibición prospere en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años es necesario que exista una causal muy poderosa ligada a aspectos socio-culturales y económicos del autor para que pueda validarse como motivo suficiente, el cual le impidió conocer la prohibición normativa”.

En el *sub examine* se cuenta entonces con las manifestaciones del menor quien fue enfático en que no sabía que tener relaciones sexuales con su novia, con quien llevaba un año saliendo con el permiso de sus padres, por el hecho de ella ser menor de 14 años constituía un delito, relató además que vive con su madre quien le ha inculcado el respeto a las mujeres y, sobre sexualidad, le enseñó que se debe cuidar de no contraer enfermedades de transmisión sexual y de embarazos no deseados, que en el colegio le dan charlas básicamente de lo mismo.

En consonancia con lo anterior, la madre del menor, la señora Mirna Luz Mosquera Palacios afirmó que ella desconocía que el sexo entre menores de edad era un delito, que su hijo es un joven estudioso, deportista y juicioso, al cual ella le ha enseñado a respetar a las mujeres, no tocarlas sin su consentimiento y a cuidarse de embarazos y de enfermedades.

Por su parte la menor A.S.R.A. relató cómo se dio el hecho, que Tailor es su novio con el que llevaba por lo menos un año –dice que lo sigue siendo porque de la boca de ninguno ha salido la afirmación de que terminan- que fue ella quien le dijo que estaba lista para tener relaciones sexuales, afirmó estar en condiciones para dar su consentimiento porque se consideraba “madura”. La madre de la menor, la señora Ana Betsabé da cuenta de que supo que su hija había tenido relaciones sexuales con el novio porque días después presentó problemas vaginales, entonces la llevó a la clínica en donde tomaron el hecho como un abuso, activaron el código fucsia y le dijeron que estaba en la

obligación de denunciar al muchacho ante la Fiscalía, entonces ella así lo hizo, aunque no quería meterlo en problemas.

Ahora bien, sobre la configuración de un error de prohibición directo invencible en el actuar de Roberth Tailor, es importante recordar que la categoría dogmática de la culpabilidad (teoría normativa) corresponde a un juicio de exigibilidad personal que recae sobre el autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, porque estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley, sin contar con una justificación⁸. En tanto el dolo, la culpa y la preterintención corresponden a formas de conducta (artículo 21 del Código Penal), la culpabilidad precisa de tres elementos: Imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

Así pues, además de los elementos aportados, para esta Sala sí es sensato considerar, tal y como lo resaltó la delegada de la Fiscalía, como una regla de la experiencia el que la orientación sexual que reciben estos jóvenes en sus instituciones educativas, generalmente es sobre métodos de planificación y sobre enfermedades de transmisión sexual, en charlas en las que les regalan toallas higiénicas y condones; ello en tanto constantemente se dan estos casos en los que menores de edad terminan sometidos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes por tener relaciones sexuales planeadas con otros menores, pero de 14, ante el desconocimiento de las consecuencias jurídicas que esas conductas les pueden acarrear.

En ese sentido no resulta razonable que al menor se le exijan profundos conocimientos acerca de esas consecuencias penales por sostener relaciones sexuales con sus pares tales como amigos, compañeros o pareja sentimental -como en este caso- cuando su formación se ha contraído por parte de su madre y del colegio, a la prevención de enfermedades y de embarazos no deseados, así lo afirmó él de manera clara, sus dichos no fueron desvirtuados y tampoco existe nada que permita colegir que miente, pues sus dichos han sido contestes y coherentes con la realidad de lo ocurrido incluso si se contrastan con las manifestaciones de su novia A.S. y de la madre de esta.

⁸ Cfr. CSJ AP del 20 de noviembre de 2013 con Radicado 42537.

Considera entonces esta Sala que, la causal invocada está configurada más allá de cualquier duda pues las pruebas aportadas para acreditarla determinan de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal⁹. Roberth Tailor no tenía forma de conocer que su comportamiento era contrario a derecho y, con base en ello, que estuviera en capacidad de determinarse en la realización de tal conducta y, por ende, la conclusión es categórica, si se entiende estructurada como en este caso, una causal de exclusión de responsabilidad, debe aplicarse por sobre cualquier otro tipo de interpretación, con mayor razón respecto de cualquiera otra que resulte odiosa a los intereses del pasivo de la acción penal. En consecuencia, ningún reparo merece la decisión del *a quo* por lo que la misma habrá de ser confirmada.

Con fundamento en lo expuesto, la **SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión proferida el pasado 29 de marzo por el Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de Medellín, que decretó la preclusión de la investigación en favor del joven Roberth Tailor Castillo Mosquera y, consecuente con ello, la extinción de la acción penal¹⁰ por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

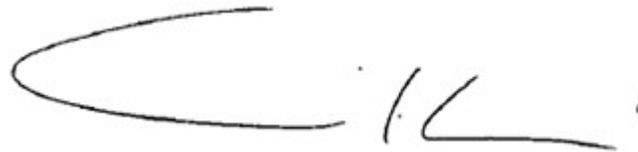

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

⁹ CSJ, AP3168-2018 con Radicado 53107.

¹⁰ **Artículo 173.** *Extinción de la acción penal.* La acción penal se extingue por muerte, desistimiento, prescripción, conciliación y reparación integral de los daños cuando haya lugar, aplicación del principio de oportunidad, y en los demás casos contemplados en esta ley y en el Código de Procedimiento Penal.



EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA
Magistrado



DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ
Magistrado