



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Medellín, martes once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro.: 55

Auto interlocutorio de segunda instancia Nro.: 20

Radicado: 05-001-60-01239-2022-00355

Delito: acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Indiciados: Hemerson Alexander Zea Gómez, Jowuar José

Baute Rasuk

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: miércoles 12 de abril de 2023. Hora: 08:00 a.m.

Conoce esta Sala de Decisión Penal del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión del 24 de febrero de 2023 proferida por el Juez Quinto Penal del Circuito Para Adolescentes De Medellín, quien despachó desfavorablemente la solicitud de preclusión elevada por la señora delegada con fundamento en la causal segunda del artículo 332 de la Ley 906/04, a saber, por la “Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal”.

HECHOS

Según el sustrato fáctico ventilado, se conoce que el 12 de abril de 2022 los adolescentes de 15 años Hemerson Alexander Zea Gómez y Jowuar José Baute Rasuk llegaron hasta la residencia de la menor de 12 años M.M.M., quien se encontraba sola la calenda de los hechos y sostuvieron relaciones sexuales con la niña a quien accedieron por vía vaginal y anal durante el mismo acto sexual.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En sesión adelantada el 24 de febrero de 2023 ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito para Adolescentes de Medellín, la Fiscalía solicitó la preclusión de la indagación con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º del art. 332 de la Ley 906/04, esto es, por la “Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal”. La representante del Ministerio Público, de víctimas y el defensor se muestran de acuerdo con los argumentos de la fiscal.

2. Tras escuchar a la delegada de la Fiscalía, el a quo despachó desfavorablemente la petición de preclusión.

3. La anterior decisión dejó inconforme a la delegada, quien interpuso el recurso vertical de apelación que sustentado en forma adecuada y de manera oral abre las puertas a la competencia de esta Sala de Decisión Penal para resolver el asunto en su fondo. Por su parte la representante del Ministerio Público y la representante de víctimas se abstuvieron de pronunciarse como no recurrentes, mientras que el defensor solicita que se tengan en cuenta los argumentos expuestos por su contraparte.

LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La delegada de la Fiscalía sostiene que, si bien la conducta desplegada por los adolescentes encuadra objetivamente en la descripción del tipo penal consagrado en el art. 208 del C. Penal bajo el nomen iuris de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, adentrándonos en el terreno de la culpabilidad destaca que el caudal probatorio recaudado deja en evidencia varias circunstancias que indican que los sujetos activos obraron con error invencible.

En esta dirección, y tal como lo dieron a conocer en entrevistas las madres de los menores, la propia víctima y los propios encartados en estos hechos, se tiene que para el momento del acontecimiento aquí ventilado los adolescentes no superaban los 15 años, y que la formación en educación sexual que se le

impartía en las instituciones educativas estaba dirigida a prevenir embarazos a temprana edad, más no se los ilustraba en cuanto a que es un delito sostener relaciones sexuales con menores de 14 años; circunstancia que igualmente afectaba a sus progenitores, quienes en consecuencia no contaron con la posibilidad de prevenir a su prole sobre el particular.

Por otra parte, si bien la menor inicialmente expuso que se sintió incómoda e insegura pese a que ya había tenido relaciones sexuales con Hemerson Alexander, pero no con Jowuar, en ningún momento desplegó actos de rechazo, una acción inequívoca dirigida a hacerles saber que no deseaba sostener la relación sexual de manera grupal, máxime que estos no estaban desplegando violencia o intimidando. Aunque se reconoce que al respecto opera una presunción legal que protege a los menores víctimas de esta clase de delitos, la delegada arguye que en este caso la relación se presentó en un contexto de exploración sexual.

Aunque durante la valoración sexológica inicialmente la víctima adujo que no quería sostener la relación con los dos adolescentes, posteriormente en entrevista señaló que su intención era tenerla con Hemerson, quien llamó al otro menor y le indicó que la penetrara por el ano. Que lo que sucedió fue algo de momento y se dejó llevar, que no sabía si dejar que procedieran y como decían que no los hacía venir ella solo quiso complacerlos. Manifestaciones a su vez corroboradas por la madre y una tía de la niña, quienes en ningún momento refirieron que los menores actuaran con violencia, emergiendo del contenido de los elementos recabados una relación consentida entre los tres menores.

Dichas circunstancias fueron advertidas durante el desarrollo del programa metodológico, quedando claro que se reducían ostensiblemente las posibilidades de que los adolescentes conocieran efectivamente que estaban actuando en contra de las disposiciones legales en la materia, además de descartar la violencia como tipo objetivo del tipo penal. En conclusión, que analizando el contexto personal y situacional expuesto, entre otros, mediante las entrevistas recolectadas en este caso, aunado al plan de estudios de los colegios de los menores, puede decirse que los adolescentes se encontraban

en imposibilidad de actualizar su conocimiento y adecuar finalmente su comportamiento de cara a la prohibición legal consagrada en el art. 208 del Estatuto Represor, quedando aquilatada de esta manera la existencia de una causal eximente de la responsabilidad según el ordenamiento jurídico penal.

Estas, grosso modo, las razones por las que luego de correr traslado de los elementos materiales con vocación probatoria solicita se decrete preclusión de la indagación con fundamento en la causal del art. 332.2 de la ley 906/04 y lo dispuesto en el art. 32.11 del C. Penal.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Destaca el funcionario que en casos similares ha aceptado la tesis propuesta por la Fiscalía, sobre el error de tipo invencible, sin embargo, en esta ocasión no accederá a la preclusión, recordando que desde la jurisprudencia se tiene aquilatado que en orden a aplicar dicha figura jurídica para la terminación del proceso no cabe la duda.

En esta dirección destaca que a diferencia de lo que ocurre cuando, por ejemplo, se trata de una joven pareja que, aunque menores de edad, se encuentra unida por un sentimiento de amor que incluso los lleva a procrear hijos dentro de la relación, circunstancias estas que según la jurisprudencia, sin ser taxativas, se subsumen en aquellas que dejan en evidencia la existencia del error de prohibición, mientras que lo que ocurre en el sub examine es que la Fiscalía arguye que la relación se dio en un contexto de exploración sexual, aunado a que se observan algunos ingredientes que llevan a que se genere duda, resaltando que durante el reconocimiento sexológico la menor dice una cosa y posteriormente otra en la entrevista.

Para sumar en razones aduce el a quo que tampoco se observa que la relación se haya dado en una situación de igualdad, ni siquiera numéricamente hablando, y en todo caso se trataba de una menor de 12 años cuyo desarrollo evolutivo no puede equiparse a la de dos adolescentes de 15 años, en medio de una relación sexual con dos jóvenes al mismo tiempo, aliviando que frente al uso de fuerza o coerción la literatura enseña que en veces esta se traduce en que la víctima entre en pánico, en shock, no tiene

que ejercer acciones expresar de repulsa para que no se dude que existió dicho condicionante.

En este contexto considera que tampoco puede pasar inadvertido para la judicatura que en la historia clínica de la niña quedó consignado que esta manifestó que no quería tener ese contacto o trato sexual con los dos jóvenes, por lo que esta nota igualmente genera inquietudes jurídicas en el despacho que se traducen en válidas dudas y llevan a negar la solicitud de preclusión.

Estas, de manera sucinta, las razones para no acceder a la preclusión de la indagación esgrimida por la Fiscalía con base en la causal contemplada en el numeral 2° del art. 332 de la Ley 906/04, y el art. 32.11 del Estatuto Represor.

LA IMPUGNACIÓN

La delegada en esencia itera sus iniciales argumentos, destacando que la menor no desarrolló acciones que expresamente le indicaran a los jóvenes que no deseaba la relación sexual, entrando en detalles durante la entrevista en la que dio a conocer que solo quería complacerlos, sin que los elementos recabados evidencien que aquellos la sometieron; agregado que contrario a lo que estima el a quo en su criterio en este caso no existió superioridad y que esta no se puede basar exclusivamente en el número de involucrados, ni violencia, evento en el cual se configuraría el delito de acceso carnal violento.

Así, reprocha el que la primera instancia no haya tenido en cuenta que las circunstancias vistas permiten concluir que no es dable exigir de los adolescentes el conocimiento actualizado de la prohibición aquí ventilada. Su intención no era cometer el delito y por lo tanto estima que de esta manera se estructura la causal alegada. Por lo tanto, solicita que se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se decrete la preclusión de la indagación.

INTERVENCIÓN COMO NO RECURRENTES

La defensa solicita que se tengan en cuenta los argumentos de la Fiscalía.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

Inicialmente cabe precisar que de acuerdo con el artículo 176 de la ley 906 de 2004, la decisión apelada tiene la condición de un auto interlocutorio que resuelve un aspecto sustancial de la actuación y contra el cual proceden los recursos ordinarios.

En este sentido cabe precisar que el art. 177 del C.P.P prevé que la apelación se concederá en el efecto suspensivo, entre otros, contra «el auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión», es decir, que la decisión mediante la cual se niega o decreta la preclusión de la investigación es un auto interlocutorio, criterio pacífico adoptado por la Sala de Casación Penal de la CSJ¹.

A su vez el trámite del recurso de apelación contra autos, reglado por el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 90 de la Ley 1395 de 2010, dispone que: «...Se interpondrá, sustentará y correrá traslado a los no impugnantes en la respectiva audiencia. Si el recurso fuere debidamente sustentado se concederá de inmediato ante el superior en el efecto previsto en el artículo anterior.»

Teniendo clara la naturaleza de la decisión adoptada por la primera instancia y la procedencia del recurso vertical contra la misma, es del caso significar que de lo normado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, dimana que es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir de fondo el recurso de alzada interpuesto por la delegada de la Fiscalía.

Por lo demás, no observa este cuerpo colegiado factores invalidantes, por lo tanto, procederá a resolver de fondo la problemática que se le plantea en esta oportunidad como juez de segunda instancia.

¹ CSJ AP, 21 de mayo de 2014, rad. 43764, CSJ AP, 27 Feb. 2013, rad. 40736 y CSJ AP, 16 abril de 2008, rad. 29540, entre otras.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta el momento procesal en que se formula la petición de preclusión, esto es, con anterioridad a la etapa de juzgamiento, ningún reparo se formula en cuanto a la legitimación de la solicitante para deprecar la terminación anticipada del trámite (para el caso indagación) por una cualquiera de las causales contenidas en el art. 332 de la ley 906/04.

Bajo tal perspectiva, y como acostumbra la Sala en este tipo de eventos, consideramos válido traer a colación como obligado prefacio, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta Política a la Fiscalía General de la Nación le corresponde el ejercicio de la acción penal y en desarrollo de dicha obligación le compete adelantar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, formulando cuando a ello haya lugar la respectiva acusación o solicitando en su defecto preclusión de la investigación, pues frente a dicha posibilidad tiene decantado la jurisprudencia opera el principio de reserva judicial.

Esto dijo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

“La decisión de preclusión corresponde adoptarla al juez de conocimiento, dado que se trata de una función jurisdiccional de la cual fue despojada la Fiscalía General de la Nación en el nuevo esquema procesal oral acusatorio, pues constituye una concreción del derecho a la justicia, en tanto que comporta la cesación de la acción penal y en algunos eventos se materializa la inocencia del investigado, concluyendo así un conflicto sometido al conocimiento del aparato judicial de forma definitiva, con igual fuerza de cosa juzgada.”²

Por su parte la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene aquilatado que debido a los efectos de cosa juzgada material que produce el decreto preclusivo, art. 334 de la Ley 906/04, se exige que la causal que la funda se encuentre demostrada con un grado de certeza que supere cualquier duda razonable; de lo contrario, como se anunció, corresponde al ente persecutor continuar con el trámite del proceso, tal como lo dispone el artículo

² CSJ, SP. Auto del 7 de noviembre del 2018, radicado AP4924-2018, 52.232, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

250 de la Constitución Política³, o, en todo caso, a la judicatura negar la petición de terminación extraordinaria del trámite ante las dudas en la configuración de la causal preclusiva alegada.

En este sentido: “la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que, si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite”⁴.

Como puede discernirse de los argumentos esbozados y de la jurisprudencia traída a colación, en lo que a la preclusión atañe es exigencia indiscutida la cabal demostración de la causal invocada, y tal carga de acreditación, en el sub examine, excluye la posibilidad de dudas sobre la existencia de una causal excluyente de la responsabilidad penal a la luz del Estatuto Represor, que es la que invoca la Fiscalía en este concreto caso, en lo que se encuentra de acuerdo la primera instancia.

Despejados los anteriores puntos, cabe precisar lo que también ha dicho la jurisprudencia sobre las causales genéricas y específicas, objetivas y subjetivas que la normatividad legal consagra como generadores del fenómeno jurídico de la preclusión de la investigación:

“De la norma transcrita se desprende que la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento únicamente pueden declararse con base en las causales genéricas o específicas taxativamente señaladas en la ley. Son genéricas la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía propia, la prescripción, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, y la retractación y el pago en los casos previstos en la ley (artículo 82 Ley 599 de 2000, y 38 Ley 600 de 2000), y específicas, la inexistencia o atipicidad de la conducta punible, la demostración de alguna causal excluyente de responsabilidad, o la acreditación de que el procesado no fue quien realizó el comportamiento delictivo objeto de la actuación penal (artículo 39 Ley 600 de 2000).

Oportuno se ofrece agregar que la doctrina y la jurisprudencia han distinguido entre causales objetivas y subjetivas de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento. Por las primeras se entienden, la muerte del procesado, la prescripción, etc.,

³CSJ, SP, radicado AP3724-2015 (43407) del 1 de Julio de 2015.

⁴CSJ, Auto del 30 de Julio de 2014, Rad. 44042.

denominadas, comúnmente, de improseguibilidad de la acción, pues impiden a la administración de justicia continuar adelantando el proceso y debe declararlas el funcionario en el momento en que se manifiesten a la vida jurídica, sin condicionamientos valorativos de ninguna naturaleza. Las subjetivas, en cambio, se relacionan con fenómenos de tipicidad, ausencia de responsabilidad (justificación e inculpabilidad), etc., y se erigen como motivo de improseguibilidad solamente cuando se hallan plenamente demostradas en el proceso.”⁵

Es claro, además, que también procede la preclusión en cualquier etapa del trámite por extinción de la acción penal, art. 77 del Estatuto Procedimental Penal, a saber, por la muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, oblación, amnistía, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados en la ley, como ocurre con las previsiones del art. 82 del C. Penal, que contempla el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley, como causales extintivas de la acción penal.

Bajo el anterior marco teórico cabe precisar igualmente que: “... una vez instaurada la denuncia o iniciada de oficio la indagación, el Fiscal elaborará el programa metodológico orientado a constatar la materialidad u autoría de los hechos investigados. Si luego de desplegar amplias y suficientes labores investigativas, a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, logra establecer la configuración del delito e inferir razonablemente la autoría o participación en el mismo, imputará cargos al investigado. Por el contrario, si no obtiene dicha convicción y, además, encuentra presente alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906/04, podrá solicitar la preclusión de la investigación.”⁶

*Por lo tanto, y en ello insiste la Sala: “... la causal que se invoque debe estar debidamente probada, lo que implica que quien solicite la preclusión tiene la obligación de entregar los elementos de prueba y argumentos suficientes para demostrar, **más allá de toda duda**, que se configura el motivo...”⁷ (Negrillas de la Sala).*

⁵CSJ, SP. Auto del 01/11/07, radicado 28.482, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁶ CSJ, SP. Auto del 18 de marzo del 2020, SP916-2020, 55.629, M. P. Éyder Patiño Cabrera.

⁷ Ibid.

Frente a la pretensión que eleva la Fiscalía en el caso de autos, huelga señalar con apoyo en la jurisprudencia especializada que: “La preclusión es una forma de terminación de la indagación y de la investigación, a la que se llega cuando la evaluación de lo adelantado permite concluir que se está en frente de uno de los motivos previstos en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.”⁸

De acuerdo a los planteamientos expuestos por la impugnante y el funcionario de primera instancia, es claro que la problemática jurídica que se le plantea a esta Magistratura en esta oportunidad gravita en torno al tema del error en materia penal.

Entonces, como acostumbramos en este tipo de casos, es menester indicar que: “tampoco hay tipicidad si el agente, a pesar de haber realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no obra con el dolo exigido y/o con los elementos subjetivos requeridos”. De ahí que resulta imperativo abordar la conceptualización y el tratamiento doctrinario, así como jurisprudencial de la figura jurídica del error, insistimos, en materia penal, para descender en la especie del error de tipo y su necesaria diferenciación con el de prohibición, así como en la subespecie del error de tipo invencible, y de esta manera arrojar luz sobre la solución que amerita el caso concreto y que ocupa nuestra atención.

Inicialmente entonces cabe señalar que con atino tiene acuñada la doctrina que: “Desde un punto de vista empírico el error consiste en una falta de correspondencia entre lo que existe en el campo de nuestra conciencia y lo que hay en el mundo exterior; trátase, pues, de una equivocada valoración de la realidad. La ignorancia, en cambio, es aquel estado intelectual que implica inexistencia de conocimiento sobre algo. Quien ignora no tiene conocimiento alguno del hecho; quien yerra posee un conocimiento equivocado de él”⁹. “Significa una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad, esto

⁸ CSJ, SP. Auto del 18 de marzo del 2020, SP916-2020, 55.629, M. P. Éyder Patiño Cabrera.

⁹ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, Novena reimpresión de la Undécima Edición. Ed. Temis S.A. Bogotá-Colombia 2017, pág. 238.

es, supone que el autor se represente de manera equivocada lo existente (falta de conciencia pero la realidad existe)”¹⁰.

Por su parte la división realizada por los teóricos alemanes dio origen a las categorías de error de tipo (*Tatbestandsirrtum*) y error de prohibición (*Verbotsirrtum*). “La distinción entre estas dos categorías de error es, de acuerdo con SAUER, la siguiente: mientras que el error de tipo se refiere a un defecto en la consideración de un elemento particular de este, el de prohibición afecta a la valoración conjunta del acto, sin que la circunstancia de que el error sobre un elemento particular tenga por consecuencia un desconocimiento de la prohibición, lo convierta en ignorancia relativa a la prohibición... El primero de ellos se refiere a las equivocaciones que afectan el fenómeno de la tipicidad y comprenden dos hipótesis: a) el error sobre la existencia misma del tipo incriminador; es la clásica *ignorantia legis*, y b) el error sobre uno cualquiera de los elementos del tipo (sujetos, objetos y conducta). Como una subespecie de esta clase de error bien podría incluirse aquella que versa sobre los ingredientes normativos del tipo, equivocación que supone valoración incorrecta de su alcance...”¹¹

El error será de tipo: “cuando el momento cognoscitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura. En otras palabras, hay error de tipo cuando no existe conocimiento de que se realiza el aspecto objetivo del tipo, deviniendo la conducta en atípica.”¹² Otros eventos excluyentes de la tipicidad dolosa pueden consistir en yerros sobre elementos normativos o descriptivos de la conducta; por su parte el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta desplegada u omitida por el agente.

La última fórmula es la que acoge el Estatuto Represor en el art. 32.10, al consagrar las causales de ausencia de responsabilidad, indicando claramente que:

¹⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición. Temis S.A. Bogotá – Colombia 1.997, pág. 414.

¹¹ REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal, Parte General*, Novena reimpresión de la Undécima Edición. Ed. Temis S.A. Bogotá-Colombia 2017, pág. 241.

¹² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición. Temis S.A. Bogotá – Colombia 1.997, pág. 414.

“Artículo 32. 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.”

Queda claro que cuando se presenta el fenómeno del error de tipo, este elimina el dolo y por ende la tipicidad dolosa del comportamiento del agente. Ahora, “La inculpabilidad de los errores sobre el tipo y sobre la antijuridicidad depende, además, como se indicó y como expresamente lo exige la norma en comento, de que el error del agente sea invencible, es decir, que no haya podido superarlo con la diligencia y cuidado que le eran exigibles dadas sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó. En caso contrario el error será culposos y entonces responderá penalmente, siempre que el hecho realizado en tales condiciones esté consagrado en la ley como delito o contravención culposos.”¹³

Entonces, se tiene que si el agente con algo de esfuerzo podía salir del yerro aplicando la diligencia y el cuidado debidos, el error se considera vencible; por el contrario, se estima inevitable o invencible si aun aplicando razonablemente aquellos, esto es, en el contexto de vida de relación, atendidas las particulares circunstancias que rodean tanto al individuo como a la conducta desplegada por éste, no podía salir de su equivocada percepción de la realidad.

A manera de epílogo, podemos concluir que el error de tipo invencible descarta tanto la tipicidad dolosa como la culposa, en tanto el vencible o permisivo, sólo la primera, subsistiendo la responsabilidad culposa en este último caso siempre y cuando la ley prevea el hecho de esta manera, y que: “... si la persona se representa como posible el carácter injusto de su acción, no obstante lo cual la realiza, actuará con conciencia actual de su antijuridicidad, en cuyo caso, analizar si podía superar el error resulta irrelevante porque ha actuado bajo ese conocimiento.”

¹³ REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal, Parte General, Novena reimpresión de la Undécima Edición*. Ed. Temis S.A. Bogotá-Colombia 2017, pág. 244.

Por su parte la línea jurisprudencial sobre el error de tipo trazada por la Sala de Casación Penal del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, se puede condensar de la siguiente manera:

“...en radicado **33.492** de 14 de diciembre de 2010, se dijo:

De una parte, el error de tipo contemplado en el numeral 10º del artículo 32 del Código Penal se configura cuando el agente de manera equivocada se representa la realidad, desconoce alguno o todos los elementos del tipo, y como ese falso conocimiento o falta del mismo conduce a excluir el dolo, por consiguiente, se debe tener el comportamiento como atípico, a menos que esté legalmente prevista la forma conductual culposa.

Así mismo, en el expediente **34.718** de 29 de septiembre de 2010, se afirmó:

Es sabido que en el error de tipo el sujeto activo de la conducta que prohíbe la norma, actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

En el consecutivo **35.062**, indicó esta Colegiatura:

La tipicidad integrada en sus fases objetiva y subjetiva, siendo de las segundas, el dolo en su doble condición de conocimiento y voluntad, de donde el error de tipo supone la ausencia del elemento cognitivo (conocimiento) del dolo, en tanto, que el error de prohibición, el sujeto sí quiere y conoce lo que hace, sin embargo, asume que su conducta no está prohibida por la ley, por lo tanto, le está permitida.

Igualmente en el radicado **36.294** de 25 de enero de 2012, se expresó:

El error de tipo se presenta cuando se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (error de tipo invencible) o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad (error de tipo indirecto invencible o permisivo, también llamado ‘error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación’. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. De ello se desprende que el error invencible, entendido como la errada interpretación que no es posible superar, ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, y el error vencible, aquella falsa representación que el agente puede superar¹⁴.

Por otro lado, en el proceso **17.701** de 3 de diciembre de 2002, se expuso:

¹⁴ Sentencia del 11 de marzo de 2009, radicación No 25.355, entre otros.

Para la época del fallo de primera instancia regía el código penal de 1980, el cual contemplaba el dolo como una de las formas de la culpabilidad (artículo 35), y como causal excluyente de la misma el error sobre el tipo (artículo 40-4).

Este tipo de error, hoy en día recogido por el artículo 32-10 de la ley 599 de 2000 como causal de ausencia de responsabilidad, encuentra configuración, como lo tiene dicho la Sala (Cfr. sentencia 14 de marzo de 2002, Rad. 14254), cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, la cual, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la prohibición comportamental contenida en el tipo cuya realización se imputa, y que, según la concepción del delito de que se participe, conduce a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de la conducta delictiva que no admite modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error como motivo que rechaza el dolo, para cuyo reconocimiento es necesario que sea absoluto, socialmente insuperable o invencible.

*Con todo, la persona que dirige su actuar por el curso punitivo, integra en su conciencia dos componentes: **uno, cognitivo** referido a la adhesión y acoplamiento –entre ella y el delito-, en tanto, el sujeto activo se ajusta al precepto, lo hace suyo e incondicional a él y, bajo tal entendimiento, no le importa vulnerarlo y le son indiferentes las consecuencias allí exhibidas, por tanto, sabe de antemano que la conducta está prohibida por el legislador, de cara a los elementos descriptivos y normativos condensados en el tipo; **dos**, el factor **volitivo**, implica un querer directo de ejecutar, consumir, realizar o perpetrar el comportamiento elevado a ilícito por mandato legal.”¹⁵*

Como puede colegirse fácilmente, el estudio sistemático del tema permite concluir que: “no basta, sin embargo, una simple equivocación respecto de uno cualquiera de los elementos integradores del tipo penal dentro del cual se subsume la conducta ejecutada por el actor para que le sea reconocible inculpabilidad; es necesario que haya actuado bajo la convicción sincera de ese error y que no hubiese estado en condiciones de evitarlo o superarlo teniendo en cuenta sus características personales y las circunstancias en que se desarrollaron los hechos. Quiere esto decir que no es suficiente alegar un error para lograr su reconocimiento judicial, necesario es que emerja del proceso la comprobación de su existencia.”

¹⁵ CSJ, SP. Sentencia del 4 de julio del 2012, radicado 38.254, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Se sabe igualmente que tratándose de solicitudes de preclusión realizadas en etapa de indagación es preciso: "... entender que el alcance del procedimiento es el mismo reglado cuando de actuaciones ante el juez de control de garantías se trata, esto es, que se pueden indicar elementos materiales probatorios y evidencia física que sustenten la petición, sobre los cuales podrán pronunciarse las partes e intervinientes y serán sopesados para resolver."¹⁶ Cabe anotar igualmente que la práctica de prueba en estricto sentido escapa a los fines del instituto jurídico pretextado en esta oportunidad por la delegada del ente acusador.

Por otra parte, huelga significar que:

"... el legislador siempre ha presumido iuris et de iure la inmadurez de juicio del sujeto pasivo para prestar el consentimiento y su falta de desarrollo para realizar tal acto.

La Corte en sentencia del 12 de diciembre de 1967, sostuvo que:

"Si la víctima del acceso carnal es menor de catorce años (varón o mujer), se tiene también violencia carnal, pues esa persona no puede aceptar legítimamente el acto sexual, porque carece de madurez necesaria para ello...

La presunción establecida en el inc. 2º del artículo 316 del C.P. es de derecho, no admite prueba en contrario. Basta, por tanto, para que pueda hablarse de violencia carnal, que se haya cumplido el coito con persona menor de catorce años de edad, aunque no haya existido la menor violencia"

A partir del Decreto 100 de 1980, los delitos contra la libertad sexual y el pudor sexuales, fueron clasificados no a partir del resultado sino de la modalidad de ejecución de la conducta: violencia, engaño y abuso.

Respecto de esta última categoría, se dijo que "Cuando una persona se aprovecha de la inmadurez, de las condiciones de inferioridad psíquica, o de la inconsciencia de otra, no está ejerciendo violencia ni engaño. Simplemente está usando mal, esto es abusando de su relativa superioridad, natural o Casación No. 50889 Cristian Camilo Correa Pinilla 17 accidental"⁵. Con fundamento en ello, consideró al acceso carnal con menor de catorce años como acto abusivo, sin eliminar la presunción de derecho sobre la invalidez del consentimiento..." ().

¹⁶ CSJ, SP. Auto del 16 de julio del 2014, rad. SP9245-2014, 44.043, M. P. José Luis Barceló Camacho.

Hechas las anteriores precisiones, en principio, “debe quedar claro que 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 definida por el legislador. 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.”¹⁷

De ahí que, en cada caso corresponda al fallador ponderar la prueba arrojada con el fin de establecer la existencia de la causal de ausencia de responsabilidad, el error bajo el cual se dice obraron los agentes y si era invencible o no, por lo que en orden a determinar si la conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento les era conocida, estimamos que las circunstancias que rodearon el apartado fáctico bajo escrutinio no pueden generar duda, siendo menester además entrar a analizar aquellas que rodean la vida de los inculpados, sus cualidades, aptitudes y conocimientos personales.

En orden entonces a despejar cualquier duda que pueda surgir en el proceso de constatación que permite el material con vocación suasoria recabado y arrojado al trámite, no puede pasar inadvertido que aunque en entrevista la menor manifestó que lo que sucedió con los dos varones fue algo del momento, que se dejó llevar, y que en razón a que estos le decían que no los hacía venir su deseo fue complacerlos, de igual manera con otros medios cognitivos se acredita que la víctima dejó claro se sentía incómoda con la presencia de Jowuar, insegura porque en pretéritas oportunidades había tenido relaciones sexuales con su exnovio Hemerson Alexander, más no con Jowuar, y finalmente no sabía si dejar que siguiendo las instrucciones de su de su ex novio, este último procediera como lo hizo finalmente a penetrarla al unísono, uno por la vagina y el otro vía anal; pero fundamentalmente, en la historia clínica se dice que la víctima expuso que no deseaba dicha relación sexual, que le hacía señales a Jowuar indicándole que no quería, sin embargo los dos comenzaron a besarla la cogían brusco y la volteaban, se sentía

¹⁷ CSJ, SP. SP921-2020 Radicación n° 50889 (Aprobado Acta No.91) Bogotá D.C., seis (06) de mayo de dos mil veinte (2020), M.P. Gerson Chaverra Castro.

incómoda y como no dijo nada ellos pensaron que deseaba aquel trato y contacto sexual, observando como resultado de las maniobras eróticas y de la penetración que su vagina estaba sangrando al igual que el miembro viril de uno de los menores.

También es verdad que los dos presuntos infractores de la ley penal involucrados en estos hechos manifestaron que fue la menor quien los invitó a tener relaciones sexuales, primero al exnovio por el que aún sentía algo, y luego al amigo de este, quien sostiene que inicialmente se negó, e incluso que la menor les pidió repetir el encuentro sexual luego de ingerir algunos alimentos a la hora del almuerzo, aceptando el entrevistado que sabe que debe usar preservativos y que cuando una mujer no quiere sostener relaciones sexuales no la debe obligar.

Por su parte en interrogatorio al indiciado, HEMERSON ALEXANDER, coincide con el anterior en señalar que la menor de 12 años fue quien lo invitó a la recámara se desnudó y sostuvieron relaciones sexuales, luego de lo cual asegura que esta invitó al otro menor de edad y se produjo el encuentro erótico entre los tres, e incluso afirma que la niña quiso repetir el acto, pero ellos se negaron. En fin, que incluso tras la denuncia esta lo continuó buscando, pero el no le hacía caso.

Ante la psicóloga del colegio VIVIANA CRISTINA GUTIERREZ AGUDELO la menor expuso que se sintió intimidada frente a los insultos que recibió de ambos adolescentes por no querer tener relaciones con el segundo joven, que accedió a tener relaciones con su exnovio más se sintió intimidada, pero por la persuasión de este accedió pero sin querer, se sintió obligada “y luego de eso como no quería empezaron a insultarla, destacando la profesional que no evidenció que pudiera estar fantaseando frente a los hechos que describió.

En definitiva, que los padres y las instituciones educativas en donde se forman los menores involucrados en estos hechos dejan claro que la catedra de formación sexual se dirige a la prevención de embarazos prematuros y a lo mejor sobre transmisión de enfermedades de transmisión sexual, pero en modo alguno se enfoca en informar sobre la prohibición legal de sostener

relaciones sexuales con menores de 14 años, y que los propios progenitores desconocían sobre la ilicitud del comportamiento descrito en el art. 208 del C. Penal, y que para el caso que nos concita se traduce en que los adolescentes entre los 15 y 17 años que así actúen serán objeto del sistema penal para adolescentes.

Frete a estas últimas temáticas cabe señalar que para la Sala es claro que en las sociedades contemporánea, y más cuando se trata de dos jóvenes de 15 años, el acceso a la información por medio de canales de televisión, telediarios, noticias, el internet y las diferentes redes sociales expande exponencialmente la posibilidad de conocimiento en la generalidad de la población, sobre los delitos sexuales que afectan a menores de 14 años y su expresa prohibición legal.

Y aunque ello no siempre sea así por factores diversos que van desde lo económico hasta lo cultural. “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”¹⁸.

Sin embargo, para la Sala tampoco puede pasar por alto, tal y como lo destaca el juez de primer grado, que en este asunto no deja de ser relevante la diferencia de edad, como quiera que la presunta agraviada sólo contaba con 12 años, edad pueril, frente a los 15 años de quienes además se dice que ya venían haciendo esto mismo con otras niñas, solo que en palabras de la propia ofendida, al observar que sangraban su exnovio le puso de presente que esto no le había pasado con otras menores de edad, con quienes también cocinaban y luego tenían contacto sexual que al igual habrían llevado hasta la cópula.

En fin, que lo único cierto es que, “sin existir elementos de juicio demostrativos de que sus estudios le hayan proporcionado la “suficiente formación” sobre la sexualidad, sus aspectos y delitos, a partir de los cuales se establezca la “capacidad de raciocinio para elegir entre lo lícito y lo ilícito”

¹⁸ *Ibid.*

en esa materia en particular...¹⁹, tampoco puede negarse que tras el ponderado análisis de los testimonios y demás medios cognoscitivos que se consideran determinantes para establecer y demostrar que los adolescentes actuaron bajo un error de prohibición, impera reconocer que en el caso de marras subsiste duda, repárese, por ejemplo, que de demostrarse que la presunta víctima actuó bajo constreñimiento moral o físico, de ello devendría necesariamente analizar si se configura el delito de acceso carnal violento, siendo menester recordar en todo caso que se precluyen hechos y no calificaciones jurídicas.

En suma, concluye la Sala que el a quo acertó al concluir que bajo el escenario de cosas analizadas no se puede tener por demostrado que los menores presuntos infractores de la ley penal actuaron al amparo de la excluyente de responsabilidad penal alegada por el ente persecutor, siendo menester las válidas dudas en cuanto al comportamiento desplegado en este caso que imposibilitan el que se acceda a decretar la preclusión reclamada.

Y es que en orden a predicar la existencia de la disculpante alegada se colige fácilmente que los argumentos se centran en alegar esencialmente que la relación sexual fue consentida; que no se usó violencia ni coacción; y que no se le advirtió a los adolescentes de la ilicitud de su comportamiento por parte de la familia, ni de la instituciones educativas en la que recibían instrucción académica en materia de sexualidad responsable, subsistiendo válidamente dudas que se extraen del propio caudal de elementos con vocación probatoria recaudados en el averiguatorio, cuando se sabe que al analizar la información y las evidencias obrantes no pueden quedar duda sobre la configuración de la causal pretextada para terminar anticipadamente y con efectos de cosa juzgada el trámite.

Para la Sala es claro entonces que en el concreto ámbito relacional y situacional debidamente contextualizado y escrutado en este caso a través de los medios cognoscitivos arrojados a instancias de la Fiscalía, no se logra descartar la presencia de duda que por lo tanto exige despachar desfavorablemente la petición preclusiva.

¹⁹ *Ibid.*

No se trata entonces de desconocer que lo deseable es que los menores de edad reciban una adecuada educación en el ámbito sexual, no sólo para precaver embarazos a temprana edad o enfermedades de transmisión sexual, o para saber sobre los métodos anticonceptivos existentes, o que no toda relación sexual con sus pares se encuentra legalmente permitida, también, para tener suficientes herramientas a la hora de decidir cuando es el momento propicio para iniciar una vida sexual activa, y que en todo caso se deben aunar esfuerzos para precaver que los menores que se encuentren en la etapa de la infancia, tengan este tipo de vivencias que indefectiblemente terminan interfiriendo en su normal desarrollo sexual.

Así las cosas, aunado a la evidente correspondencia entre el comportamiento objetivamente decantado y desplegado por los adolescentes en esta ocasión, amoldado su comportamiento a las acciones que contempla el modelo típico previsto en el artículo 208 del C. Penal, en el cual se exige la minoría de edad de la víctima –menos de 14 años-, y la presunción iuris et de iure que opera en relación con la capacidad de disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales por parte de quien no ha superado el mencionado rango etario, el análisis agotado por la Sala permite concluir que además subsiste duda en aspectos esenciales que impiden sumar en razones para concluir que actuaron al amparo de una causal eximente de responsabilidad penal.

Bajo tales premisas, como en nuestro criterio la Fiscalía no probó con solvencia que en este asunto los agentes obraron bajo un error invencible sobre la ilicitud de su comportamiento, y consecuentemente que si bien su conducta se amolda objetivamente a la descripción que recoge el art. 208 del Estatuto Represor, deviene penalmente atípica desde el punto de vista subjetivo, sin que encuentre eco en la Sala los argumentos expuestos por la representante del ente persecutor, se confirmará en su integridad el proveído apelado.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Asuntos Penales Para Adolescentes del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE:

CONFIRMAR la decisión adoptada por el Juez Quinto Penal del Circuito Para Adolescentes de Medellín en el asunto del rubro, conforme a lo analizado en la parte motiva de este proveído.

En consecuencia, se dispone que el expediente sea enviado al juzgado de origen.

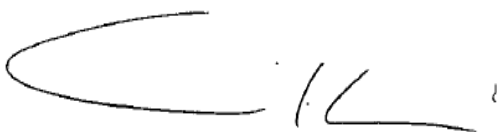
Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

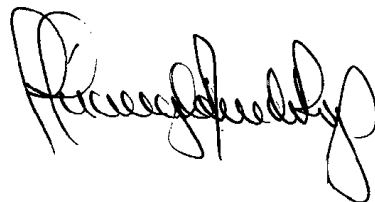
Los Magistrados,²⁰



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO



DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ



FLOR ÁNGELA RUEDA ROJAS

²⁰ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.