

TEMA: PROTECCIÓN PENAL OTORGADA A LOS MENORES EN EDAD INFERIOR A LOS 14 AÑOS - El artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. / **ERROR DE PROHIBICIÓN** - Aquel aparece regulado en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, conforme al cual hay lugar a su reconocimiento cuando: Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. /

HECHOS: La Fiscalía Local decidió formular imputación el 1 de junio del año 2022, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en contra del joven BDML y en los mismos términos del artículo 208 del Código Penal. Posteriormente, la delegada de la Fiscalía solicitó la preclusión con base en el numeral 2° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la “existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal” y el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, es decir, “se obre con error invencible de la licitud de su conducta.”. Al darse traslado de la solicitud a los demás sujetos procesales e intervinientes, la avalaron la representante del Ministerio Público y la Defensa Técnica del joven imputado, no así el representante de víctimas, quien se opuso, en consideración a la edad de la menor víctima (11 años), afirmando que es “muy escasa para los repertorios sexuales” y que si bien es cierto ella misma expresó su deseo y consentimiento para que se presentaran las relaciones sexuales, lo que la ley protege es que tal consentimiento sea maduro, lo que aquí no aconteció. El juez de primera instancia accedió a la solicitud de la Fiscalía y declaró la preclusión de la investigación con base en las causales enunciadas y como consecuencia su archivo. Inconforme con la decisión la recurrió el defensor de víctimas, arguyendo que contrario a lo sostenido por el juez de primera instancia, no había lugar a decretar la preclusión de la investigación. Corresponde a la Sala establecer si, había lugar a la declaratoria de la preclusión formulada por la representante de la Fiscalía, por haberse configurado la causal prevista en el numeral 2° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, o si, por el contrario, hay lugar a continuar con la investigación en contra del joven imputado.

TESIS: Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos: “A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social. (...) Y si la ley civil de esa manera valida la relación matrimonial de menores entre los 14 y los 18 años, y de esta manera la necesaria convivencia íntima y sexual entre los mismos, no podría la ley penal extender la protección frente a la realización de actos sexuales consentidos a jóvenes y mujeres de esa edad, tornando delictivo lo que ha prohijado como lícito. Finalmente, la medida diferenciada sin dudas persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. Así pues, evitar que sobre menores de 14 años se ejerzan actos abusivos de tipo sexual cumple fielmente con los propósitos señalados por la Constitución para los niños, en este caso los menores de 14 años.”

(...) Ahora bien, entrando al asunto materia de estudio y respecto al error de prohibición, en un caso en el que, como el presente, se estaba discutiendo si en delitos como el acceso carnal con menor de 14 años puede aplicarse la causal eximente de responsabilidad por error invencible, tuvo a bien indicar la Corte Suprema de Justicia, en la ya citada sentencia SP390-2023, que: "(...) Teniendo claro que es viable el error de prohibición, conforme lo planteó el representante de la Fiscalía General de la Nación, en los delitos sexuales contra menores, lo primero que ha de advertirse es que aquel aparece regulado en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, conforme al cual hay lugar a su reconocimiento cuando: Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. "(...) En principio, la presunción iuris et iure en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, per sé no elimina el error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal. La admisión de una tal tesis, opuesta al principio de culpabilidad que orienta al derecho penal vigente contemplado en el artículo 12 del Código Penal, reviviría la proscrita responsabilidad objetiva. Bastaría establecer el injusto, para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente. En este sentido, que el consentimiento del menor de 14 años carezca de eficacia jurídica, haciendo en principio punible el acceso carnal tenido con él, no implica que su autor sea culpable. La presunción de derecho establecida a su favor y no en perjuicio del autor, no impide que éste aduzca haber obrado bajo un error invencible de prohibición, cuyo reconocimiento excluye la responsabilidad penal". (...) En definitiva, es innegable el acceso a la tecnología por parte del joven como bien lo adujo el recurrente, empero nada probó que la información a la que accede a través de dicho medio, sea para ilustrarse acerca de noticias relacionadas con delitos sexuales o de otra índole, pues las reglas de la experiencia y la sana crítica, enseñan que los temas de interés para la población adolescente a través de la tecnología y medios de comunicación así como televisión y radio, distan mucho de asuntos que los instruyan en lo jurídico, es más, la información consultada por ellos frente a temas sexuales, los impulsan a que tengan experiencias de tipo sexual a muy temprana edad y así lo hacen, pasando por alto que puedan ser objeto de sanción alguna, más cuando se dan situaciones como la aquí analizada en la que se trató de un aparente "noviazgo", donde la falta del componente violencia que sí es muy pregonado en todos los medios y pudo haberle permitido deducir lo injusto de su actuar, con mayor razón le pudo generar el convencimiento de que estaba haciendo algo, se reitera aunque no correcto, sancionable por las normas penales.

M.P. LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA

FECHA: 08/05/2024

PROVIDENCIA: AUTO



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA OCTAVA DE DECISIÓN DE ASUNTOS PENALES PARA
ADOLESCENTES

Medellín, ocho de mayo de dos mil veinticuatro.

Delito:	Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años
Asunto:	Apelación Auto que concede preclusión
Imputado:	B.D.M.L.
Víctima:	M.J.M.M.
CUI:	05 001 60 001239 2022 00129
Ponente:	Luz Dary Sánchez Taborda
Acta:	No. 123

ASUNTO A DECIDIR

Procede a la Sala a decidir el recurso de apelación formulado por el defensor de la víctima, frente al auto proferido por el Juez Sexto Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín el 21 de febrero de 2024, mediante el cual aceptó la solicitud de preclusión realizada por la Fiscalía 219 Seccional, dentro del asunto de la referencia.

RELACIÓN FÁCTICA

Los hechos que soportaron la solicitud fueron narrados por la Fiscalía, de la siguiente manera:

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Asunto: Apelación Auto que declara la preclusión
Acusada: B.D.M.L.
Víctima: niña M.J.M.M.
CUI: 050016001239202200129

“Da inicio a esta investigación la denuncia que presentó el padre de la niña, Néstor Andrés Muñoz Álvarez, quien puso en conocimiento cómo, para el 3 de febrero del año 2022, su hija M.J.M.M., para entonces con 11 años de edad, había sostenido relaciones sexuales consentidas con su novio, el menor Brayan David Moncada Loaiza, para ese entonces con 15 años de edad, situación que se habría registrado al interior del inmueble de la residencia del adolescente ubicado en el barrio campo Valdés de la ciudad de Medellín.

Así las cosas, la Fiscalía 123 local, decidió formular imputación el 1 de junio del año 2022, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en contra del joven Brayan David Moncada Loaiza y en los mismos términos del artículo 208 del Código Penal”.

LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La delegada de la Fiscalía solicitó la preclusión con base en el numeral 2° del artículo 332¹ del Código de Procedimiento Penal y el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal², para lo cual argumentó que, asignada la investigación, con el fin de dar el impulso procesal respectivo y luego de hacer un estudio de los elementos materiales probatorios (los cuales relacionó), pudo inferir que los hechos por los cuales se formuló la imputación al adolescente Brayan David Moncada Loaiza, en principio revisten la característica de un delito, que se encuentra consagrado en el artículo 208 del Código Penal, empero para establecer si se está frente a un hecho típico, antijurídico y culpable que demande su judicialización, advirtió que, como el bien jurídico que se protege en dicha normativa se encamina a salvaguardar a los menores de 14 años, a quienes el legislador tiene como incapaces para autodeterminarse en el campo sexual, pese que Brayan David, contó en su momento con el consentimiento de M.J.M.M. para sostener relaciones sexuales, no cabe duda que contradijo el ordenamiento legal y transgredió el bien jurídico tutelado por la norma citada.

¹ Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.

² Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Pero que en lo que respecta a la culpabilidad, tal reproche va a depender siempre de la capacidad del sujeto activo de actuar de otro modo y si se valoran las condiciones particulares de una persona y se advierte que no le era posible saber que su comportamiento estaba prohibido por el derecho, ha de concluirse que carece de razones para haber adecuado su comportamiento de acuerdo a los mandatos punitivos.

Tras referir a algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los que se analizaron casos de exclusión de responsabilidad por error de prohibición, en los que se dijo que la presunción de derecho frente al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años no elimina tal error como causal excluyente de responsabilidad, expresó que del acervo probatorio que enlistó, se pudo constatar que Brayan David, para el momento de ocurrencia de los hechos, era un menor de edad, en período de formación, vale decir, en etapa de instrucción, desde todos los ámbitos y que conforme a las reglas sociales, la instrucción que reciben los adolescentes en la primera etapa viene dada principalmente por el grupo familiar como responsable de su formación.

Que las relaciones sexuales ocurridas entre Brayan y la menor M.J. se dieron en el marco de una relación sentimental, fruto del amor, que hasta donde tuvo conocimiento la Fiscalía continuaba vigente y que no observó dentro de los elementos materiales probatorios, alguna relación de poder o sumisión por parte del joven imputado respecto a la niña M.J. como para que pudiera diezmar en ella ese consentimiento.

Que de la entrevista rendida por la madre del joven se pudo inferir que desconocía que circunstancias como las presentadas entre estos dos menores de edad se podía configurar un delito y que por eso no se le había instruido al joven en su casa en ese sentido.

Que, revisada la instrucción que se le dio al joven en la institución educativa en la que se encontraba cursando sus estudios, se pudo evidenciar que la educación

sexual está dirigida a que se ejerza la sexualidad como un derecho fundamental de los adolescentes, en atención a lo dispuesto por la Constitución Nacional, pero de una forma responsable, como, por ejemplo, evitando enfermedades de transmisión sexual y embarazos a temprana edad.

Que el joven investigado se encontraba en una imposibilidad fáctica de actualizar su conocimiento, de cara a esa prohibición del artículo 208 del Código Penal y en ese orden de ideas no tenía como adecuar su comportamiento en atención a las prohibiciones allí contenidas.

Que circunstancias similares se dieron en el núcleo familiar de la menor víctima, quien fue clara en su entrevista en manifestar que desconocía por completo que sostener relaciones sexuales con personas menores de 14 años, se consideraba delito en Colombia.

Razones que llevaron a la representante de la Fiscalía a solicitar que se declare la preclusión de la investigación por haberse verificado que se presentó una causal que exime de responsabilidad al joven investigado.

Al darse traslado de la solicitud a los demás sujetos procesales e intervinientes, la avalaron la representante del Ministerio Público y la Defensa Técnica del joven imputado, no así el representante de víctimas, quien se opuso, en consideración a la edad de la menor víctima (11 años), afirmando que es “muy escasa para los repertorios sexuales” y que si bien es cierto ella misma expresó su deseo y consentimiento para que se presentaran las relaciones sexuales, lo que la ley protege es que tal consentimiento sea maduro, lo que aquí no aconteció.

Que no está de acuerdo con lo argumentado por la Fiscalía porque el adolescente infractor tenía suficiente información de que la niña estaba en inferioridad, no solo en edad, sino conceptual reiterando que, aunque otorgó su consentimiento, el mismo no fue válido porque estaba muy pequeña.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El juez de primera instancia accedió a la solicitud de la Fiscalía y declaró la preclusión de la investigación con base en las causales enunciadas y como consecuencia su archivo, lo cual fundamentó de la siguiente manera:

Citó en primer lugar apartes de la providencia del 24 de mayo de 1983, de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Alfonso Reyes Echandía en la que señaló que, *“para que el error genere inculpabilidad, es indispensable que el caso posea la nota de insuperabilidad, es decir que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto. Evidenciada esta nota del error (su insuperabilidad) la culpabilidad no se da por ausencia de dolo en cuanto que faltarían unos elementos frente al conocimiento de la tipicidad de la propia conducta o lo que es igual del aspecto cognoscitivo del actuar doloso”*, así mismo trajo apartes de una decisión del Tribunal Superior de Pereira del 24 de febrero de 1989, M.P. Iván Santacoloma Jaramillo, respecto al concepto de error, en cuanto a que *“(…) El error se resuelve en la no presencia del acto contenido o representativo del hecho desde que al autor no le permite conocer la verdadera situación del hecho que fundamenta imputación criminal que se le hace, quien obra dentro del error lo hace siempre de buena fe como una actuación normal dentro de su existencia pero la exculpa no es solo la buena fe sino fundamentalmente el proceso cognoscitivo falso que hace posible el juicio de reproche sobre el acto voluntario (…)”*.

Se refirió seguidamente a la edad, tanto del joven infractor como de la víctima para el momento de los hechos (16 y 11 años, respectivamente) y a la versión que sobre los mismos rindió el primero, quien frente a la conducta que se le endilga expresó que para él era normal, porque existió consentimiento, dicho que corroboró la niña, quien indicó en la entrevista que eran novios y que tuvieron relaciones sexuales, lo que lleva al juzgador, según la doctrina a examinar *“si el error sobre la ilicitud de la conducta se soporta en la falta de conciencia antijuridicidad este apartado incluye un parámetro estimativo que nos permite construir un racero medio de conciencia antijuridicidad y es examinar en el agente si tiene actualizado el conocimiento del injusto dentro de la conducta, o lo que es lo mismo, la ilicitud de su conducta. Es el juzgador en cada caso quien después de examinar la condición psicofísica del*

agente, el grado de cultura, la adaptabilidad o medio social en que vive, la civilidad, la capacidad de discernir (...) que el sujeto tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento dentro del contexto propio de su conducta (...) (Derecho Penal General, Garcés Velásquez Jaime, Librería Jurídica Biblioteca Jurídica Diké, año 2001, páginas 130 y 131.).

Luego de hacer otras citas doctrinales, indicó el *a quo*, que las trae para resaltar la necesidad de que al momento de valorar el comportamiento de la persona que está siendo investigada, se tenga presente si de acuerdo con sus condiciones particulares, el joven imputado se encontraba en la condición psicofísica por su grado de cultura, capacidad de discernir y los valores socioculturales, en la posibilidad de saber si estaba o no realizando algo contrario a derecho, frente a lo cual dijo textualmente:

“(...) Se insiste, el mismo joven con su interrogatorio da las primeras bases para considerar que su actuar no era correcto, no era aceptable que el joven con una persona de tan escasa edad mantuviera un contacto sexual eso no era legítimo, eso no era legal, el consentimiento dado por la menor era intrascendente porque todos sabemos que menores de 14 años no están facultados legalmente para emitir esa autorización.

Se podría decir que el joven no conocía, así lo expresó tanto la menor como el adolescente en sus versiones, que tener relaciones con una persona menor de 14 años era ilegal, sin embargo, esa falta de conocimiento no podía considerarse que era insalvable para él, que él no pudiera indagar si esa conducta era o no aceptada en el medio social, en la cotidianidad no es normal este tipo de relaciones con tanta diferencia de edad, y el joven, si bien en la institución educativa en donde ambos estudian, y en la prueba allegada por la Fiscalía se da cuenta del tipo de preparación que se hace de los adolescentes, es verdad que en ninguna parte de ella, todos han tenido la oportunidad de visualizarla, al momento de informar la señora rectora la hermana (...) sobre el tipo de orientación que reciben los adolescentes o los estudiantes de ese centro, se aprecia que en el área de ciencias naturales de los grados 6°, al 11 se apoyan en el plan de área donde los contenidos son la reproducción en los seres vivos, el sistema reproductor femenino y masculino, los métodos anticonceptivos, las enfermedades de transmisión sexual, ETS, el reconocimiento y cuidado de nuestro cuerpo en general (...)

(...) Esta manifestación que se acaba de hacer indica que en ninguna parte de esa preparación que están recibiendo los jóvenes se habla de que a determinadas edades no pueden tener contacto sexual, se habla solo de generalidades, lo mismo ocurre en el informe de proyecto de educación sexual en los grados de primaria en donde se da cuenta que la educación sexual debe ser impartida de acuerdo con las

necesidades físicas, psíquicas y reproductivas de los educandos y en la parte inicial de la comunicación de la institución con respecto a la educación sexual, todos pueden observar que solo se hace en planteamientos de manera general sobre aspectos relacionados con la dimensión cognitiva, con el tema de los seres vivos, el cuidado del cuerpo, la dimensión socio afectiva, actitudinal y en ética, espiritual etc., pero en ninguna parte de esta ilustración que reciben los jóvenes en su preparación se hace mención de que en determinadas edades no es permitido tener relaciones sexuales.

Esta orientación es la que han tenido todos los intervinientes en este caso, es decir, la víctima y el presunto victimario y a su turno los padres, tanto el padre y la madre del joven como el padre de la niña, que fue el que formuló la denuncia, no se tiene información que surja de su declaración que hubiera ilustrado a su hija sobre lo indebido y lo ilegal de que se tuvieran relaciones sexuales a una determinada edad.

Sí entonces en la entrevista realizada o mejor la denuncia formulada por el señor padre de la víctima de ninguna parte de que la niña hubiera sido ilustrada sobre las implicaciones o la imposibilidad legal o familiar de que ella llegara a tener un contacto sexual con un compañero, cualquiera. Ambos son menores de edad personas que por su preparación no tenían por qué conocer toda la dimensión de las conductas que se consideraban ilegales y que carecían sobre cualquier medio de ilustración sobre el particular.

El entorno familiar y el entorno escolar no cumplieron con el deber de ilustrar a los jóvenes sobre lo indebido de sus actos. Es cierto y entendible que el joven tenía conocimiento de que su novia era menor que él, pero eso no lo llevaba a concluir que como era menor que él, entonces cualquier cosa que hiciera con él estaba mal hecha, más aún cuando fue consensuado así lo dijo la niña, así lo reconoce el joven.

En esas condiciones, teniendo en cuenta la orientación familiar que tenía el adolescente, la institución educativa que está probado en el expediente que no la ilustró ni a ella ni al joven sobre esos actos, y también conociendo que en los adolescentes su forma de actuar es muy diferente a la de los adultos (...)."

Para sustentar lo anterior, traje extractos del libro "El cerebro adolescente. Descubre cómo funciona para entenderlos y acompañarlos", del autor Bueno Torres David, Grupo Editorial Grijalbo, página 195 y concluyó que: "(...) no hay la menor duda de la realización de la conducta formalmente típica por la cual se está investigando al joven, pero desde el punto de vista de la antijuridicidad existe una gran imposibilidad para el mismo con la información que lo rodeaba, familiar y educacional, de comprender o de asimilar o de concluir que esa conducta que él estaba realizando de manera voluntaria con su presunta víctima era ilegal, no existía el deber más allá de la información que tenía en su hogar y en su estudio porque los dos pertenecían a la misma institución de comprender o asimilar que eso que estaban haciendo era

ilegal y que por lo tanto estaban cometiendo un delito y estaban violando el bien jurídico. Para él la relación que estaba sosteniendo era consensuada, fruto de una relación afectiva que se presentó y que incluso después de la denuncia sobrevivió unos meses, aunque sin más contacto íntimo, porque en el sentir de los jóvenes, de los adolescentes y con su desarrollo, ellos estaban viviendo su sexualidad, su amor, su compartir y no que estaban violando la ley.

En estas condiciones el juzgado comprende la posición del señor representante de la víctima en cuanto considera que no es legítimo validar la ocurrencia de un error de prohibición, porque dadas las características del joven y sus circunstancias personales, estaba en la posibilidad de actuar de manera distinta, pero eso desde luego sería razonable si, recordando a Aristóteles nos encontráramos frente a personas adultas con un desarrollo y una capacidad suficiente para dimensionar la trascendencia de sus actos y determinarse conforme a ese conocimiento. Estas palabras desde luego no se refieren a una inimputabilidad sino desde el campo de la responsabilidad y conocimiento del injusto de su conducta y el actuar en consecuencia, es decir, de manera diferente a como lo hizo.

Es evidente entonces para el juzgado, se comparte la posición de la Fiscalía y los demás intervinientes en cuanto a que propongan que se reconozca la causal de ausencia de responsabilidad de error de prohibición de la antijuridicidad porque el joven con las condiciones familiares en las que estaba, su familia no le había dado información sobre el particular y educacional y la institución tampoco lo hizo y así quedó demostrado en el expediente, estaba en la imposibilidad de salir del error y si bien reconoció que su novia era mucho menor, eso no lo llevaba a concluir que por ende estaba haciendo algo ilegal y en esa medida debía ser convocado a responder penalmente por este tipo de conducta. (...)

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la recurrió el defensor de víctimas, arguyendo que contrario a lo sostenido por el juez de primera instancia, no había lugar a decretar la preclusión de la investigación, porque si bien es cierto el fallador partió de una

premisa cierta, como es, valorar la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta, el juicio del último elemento no encontró respaldo y que ese representante tiene otra percepción de lo ocurrido que lo hace apartar de la decisión porque:

“(...) para informar el consentimiento no solamente la fuente familiar y la fuente académica es válida, se precisa de otras fuentes en las que un joven de 16 años tiene pleno acceso, como es la internet, como es la tv, y como es la radio que a diario en todos los horarios muestran situaciones y circunstancias en las cuales los adultos con respecto a los adolescentes y los adolescentes entre sí pueden tener problemas con la ley penal cuando incurren en conductas lesivas de bienes jurídicos.

Entonces este representante lo que censura es que si bien el despacho parte de una premisa cierta en cuanto las condiciones familiares y académicas del adolescente porque él valora que ni el colegio ni los padres de familia quizás ni de sus amigos había una fuente de información válida para que él supiera que tener relaciones con mi representada le pudiera acarrear problemas penales.

Entonces yo digo que arriba el despacho a una conclusión falsa en el sentido de que no es solamente la fuente familiar y la fuente académica la única válida para nutrir y dar pie a la vertebralidad de esa información que informe el consentimiento. Este representante honorables magistrados, entiende que el adolescente dispone de medios de comunicación efectiva como la prensa, la radio, la tv y muy utilizada por ellos, la internet, donde a diario le muestran casos donde los adolescentes tienen dificultades entre sí, por incurrir en actos como el que él incurrió.

Como quiera que el error de prohibición para que opere tiene que ser invencible, este representante cree que en el caso que nos ocupa, en frente de M.J., que al momento de incurrir en los hechos era una niña de escasos 11 años, y el caso de B.D. que ya tenía 16 él disponía de fuentes y él mismo lo demuestra cuando él al principio dice en la entrevista “me daba pereza arrimarme a ella o salir con ella o

abordarla porque era menor que yo”, ya su intuición le decía que ahí había algo incorrecto, sin embargo así como lo citó el despacho parafraseando a Aristóteles, en la época él reconoce que los adolescentes en esa época eran demasiado apasionados y que no medían el riesgo, pues a éste le pasó lo mismo, por el afán de incurrir en el repertorio socioafectivo, no midió el riesgo, pero lo que censura este representante es que él sí tenía la información y la tenía primigenia cuando él mismo reconoce que le daba pena, es decir, había un juicio de reproche interno del cual él no hizo caso, y aun así se autodeterminó, y este representante adiciona que él disponía de los medios masivos de comunicación actuales, la prensa, la radio, la tv y muy utilizada por el la internet, que le dice honorables magistrados que incurrir en esta conducta lo puede poner en problemas, como efectivamente lo puso con la ley penal.

El despacho entonces despacha la discusión arrojando el concepto de la fiscalía, de la representante del ministerio público, y de la defensa que todos al unísono dicen que el error era invencible, pues este representante piensa todo lo contrario, el error era vencible, y lo era porque a pesar de que el despacho advierte como premisa cierta que la familia falló, y la academia falló, pues la radio, la prensa y la comunicación no fallaron, pues a diario disparan, contenidos, videos, información válida y aprehensible de que incurrir en estos comportamientos y actos como en el que él incurrió, lo pueden llevar a problemas y a dificultades con la ley penal, aún así lo hizo y el supuesto amor que tanto se defiende en este caso, que la niña consintió porque estaban enamorados no duró, no duró porque después de que se dio el asunto ahí lo dice en la entrevista a la funcionaria de la fiscalía no volvió a tener contacto con él. Pero sí le quedó a los padres la frustración de que la niña incurrió demasiado pronto en repertorios socioafectivos.

Cree este representante entonces honorables magistrados que el adolescente no estaba en un error que le fuera invencible él disponía de otras fuentes efectivas para ilustrar su consentimiento a más de que el consentimiento de la menor representada por mí, M.J., pues no era válido, porque la ley lo dice por ella, es una norma de carácter imperativo supletivo que la saca del escenario porque aunque hubiese consentido, pues no era válido, el juicio de reproche es para el adolescente que a sus 16 años disponía de más información cualificada, solo que la enmascara en el tema de que su familia y el entorno académico pedagógico no le dice que estas

conductas los pueden poner en problemas con la ley penal, pero la tv, sí se lo dice, la prensa, la radio y la internet sí se lo dicen y estos son medios no son solamente al alcance sino efectivamente utilizados por el adolescente. (...)”.

Solicitó, por lo tanto, se revoque la decisión de primer grado.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

Tanto la representante del Ministerio Público como la defensa técnica del joven investigado reiteraron apoyar la solicitud de la Fiscalía, indicando la primera que no obstante lo argumentado por el defensor de las víctimas, el mismo no aportó prueba alguna que apoyara lo alegado.

CONSIDERACIONES

Es competente la Sala de Decisión para conocer del recurso interpuesto, a voces de los artículos 163, numeral 3° y 168 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

De acuerdo con la censura formulada por el representante de la víctima, el problema jurídico a analizar, se circunscribe a establecer si, había lugar a la declaratoria de la preclusión formulada por la representante de la Fiscalía, por haberse configurado la causal prevista en el numeral 2° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, consistente en la *“existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, siendo ésta según la solicitante, la establecida en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, “se obre con error invencible de la licitud de su conducta”*, o si como lo sostuvo el impugnante, de acuerdo a las circunstancias del caso, tal error de prohibición no se presentó y por lo tanto, hay lugar a continuar con la investigación en contra del joven imputado.

Para dilucidarlo, pertinente resulta aludir a lo siguiente:

Sea lo primero indicar que, la decisión no se centrará en zanjar discusión ni inconformidad alguna respecto a si el consentimiento de la menor víctima para

sostener las relaciones sexuales con el joven investigado tuvo incidencia en su conducta, dado que, decantado se encuentra por parte de la jurisprudencia de la máxima falladora en materia ordinaria penal como por ejemplo en la sentencia SP390-2023, dentro del radicado 54334, M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito, lo siguiente:

“El aparte del artículo 208 que reza “de catorce (14) años” fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia [C-876-2011](#), donde específicamente se consignó:

(...) Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años³ frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos:

A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social.

³ Artículos 208 y 209 del Código Penal, demandados. Debe tenerse presente que el bien jurídico protegido con las acciones que se tipifican es la Formación Sexual. En algunos casos, puede presentarse que esa formación se adquiriera antes de que el menor cumpla los 14 años. Así las cosas, un bien jurídico que no existe no puede ser contrariado, en otras palabras, y acorde con las voces del tipo penal se podría afirmar que es imposible corromper lo que ya está corrompido. Igualmente podría suceder que un menor mayor de 14 años, no tenga formación sexual debido a diferentes eventos como sería un retraso mental, evento en el cual se extendería la protección. En este orden de ideas, que el menor tenga menos de 14 años y pueda ser corrompido, pareciera ser un parámetro que inexorablemente puede no suceder, independientemente de la antijuridicidad material.

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Asunto: Apelación Auto que declara la preclusión

Acusada: B.D.M.L.

Víctima: niña M.J.M.M.

CUI: 050016001239202200129

Y si la ley civil de esa manera valida la relación matrimonial de menores entre los 14 y los 18 años, y de esta manera la necesaria convivencia íntima y sexual entre los mismos, no podría la ley penal extender la protección frente a la realización de actos sexuales consentidos a jóvenes y mujeres de esa edad, tornando delictivo lo que ha prohijado como lícito.

[...]

*Finalmente, la medida diferenciada sin dudas persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. Así pues, **evitar que sobre menores de 14 años se ejerzan actos abusivos de tipo sexual cumple fielmente con los propósitos señalados por la Constitución para los niños, en este caso los menores de 14 años.***” (Subrayado fuera del texto original).

(...) Lo que la Corte Constitucional sostiene en la decisión que declaró la exequibilidad referida, es que (i) los menores de 14 años no han desplegado totalmente su madurez volitiva y sexual; (ii) al sostener relaciones sexuales, aún con su consentimiento, enfrentan experiencias para las que no están preparados; (iii) su inmadurez les acarrea consecuencias indeseadas, como el embarazo prematuro (lo que acaeció en el sub examine); (iv) son sujetos de especial protección y además esa protección es reforzada conforme el artículo 44 de la Constitución. (...)” .

Así mismo y desde antaño, la misma corporación en la sentencia 13466 del 26 de septiembre de 2000, dijo:

“(...) No es entonces, que en esta clase de hechos la ley presuma violencia, como equivocadamente lo sostiene el Tribunal en el fallo impugnado. Lo que en ellos se presume es en la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estado de madurez que presentan sus esferas intelectivas, volitiva y afectiva.

Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto: iure et de iure, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y

por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención que el casacionista plantea con apoyo en un autor italiano y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, en los cuales se sustenta el estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea (...)”.

De acuerdo con lo anterior, el estudio del caso, en manera alguna puede centrarse para establecer si se presentó o no el error de prohibición en el consentimiento dado por la menor víctima para el sostenimiento de las relaciones sexuales que, de acuerdo con las probanzas arrojadas por la Fiscalía, quedó probado, pero que ninguna validez ha de otorgársele.

Ahora bien, entrando al asunto materia de estudio y respecto al error de prohibición, en un caso en el que, como el presente, se estaba discutiendo si en delitos como el acceso carnal con menor de 14 años puede aplicarse la causal eximente de responsabilidad por error invencible, tuvo a bien indicar la Corte Suprema de Justicia, en la ya citada sentencia SP390-2023, que:

“(...) Teniendo claro que es viable el error de prohibición, conforme lo planteó el representante de la Fiscalía General de la Nación, en los delitos sexuales contra menores, lo primero que ha de advertirse es que aquel aparece regulado en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, conforme al cual hay lugar a su reconocimiento cuando:

Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

(...) Para poder arribar a su aplicación es preciso contextualizar que el juicio de reproche involucra las condiciones individuales, personales o específicas del sujeto agente, puesto que nada más a partir de su propia situación, manifiesta en términos de experiencia y circunstancias singulares, es que puede valorarse el carácter injusto de su conducta.

(...) Estimando que toda persona debe disponer ex ante de la suficiente motivación para observar el sistema normativo, porque es lo que debe indicar o estimular a todas las personas en general y a cada una en particular, la manera como debe modular su comportamiento.

(...) La inobservancia deliberada de un mandato prohibitivo, y motivada hacia un propósito intencionalmente dispuesto al quebranto de la prohibición, constituye el fundamento del dolo, aspecto cognitivo que, como se dijo, depende de las condiciones específicas de la persona con respecto a su conocimiento sobre la existencia y significado de la norma, particularmente de las que implican un mandato prohibitivo.

(...) De tal suerte, para alcanzar la conclusión de aplicación del tipo doloso, conforme se viene indicando, es preciso que la persona haya dispuesto al momento de realizar la acción o haber omitido la que debió observar, conforme le haya sido demostrado, la suficiente conciencia sobre la existencia del tipo objetivo, en consecuencia, que su acción u omisión hace parte de las prohibiciones del sistema jurídico, y saberse vinculado a la obligación de apropiar su comportamiento conforme a la prescripción.

(...) Precisamente porque el error invencible de prohibición acontece cuando el agente desconoce en términos absolutos la existencia de la prohibición o, porque sin carecer de dicho conocimiento no acierta en la comprensión de lo prohibido por la disposición. (...)”.

En la sentencia SP921 de 2020, M.P. Gerson Chaverra Castro, y en la que se apoyó la Fiscalía para elevar la solicitud de preclusión, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, absolvió al procesado del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, porque actuó bajo error de prohibición y por lo tanto invencible (aunque en el sistema penal para adultos), diciendo que:

“(...) En principio, la presunción iuris et iure en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, per sé no elimina el error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal. La admisión de una tal tesis, opuesta al principio de culpabilidad que orienta al derecho penal vigente contemplado en el artículo 12 del Código Penal, reviviría la proscrita responsabilidad objetiva. Bastaría establecer el injusto, para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente.

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

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

Y como argumentos centrales para la absolución del procesado en aquella sentencia se consignaron los siguientes:

“(...) En este asunto, no deja de ser relevante la inexperiencia del acusado en la vida sexual. Sugiere la idea que tenía para la época de los hechos o aún tiene, de que el trato sexual es posible cuando existe una relación afectuosa, en tanto su iniciación coincide con el noviazgo con la joven. Que dicha visión no corresponda con la de otros, no la hace descartable.

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.

Para la Sala no pasa inadvertido que la escolaridad y el grado de educación, puedan mostrar que los estudiantes en razón de ella tengan la capacidad de distinguir entre lo que es delito y no lo es. Distinción que, desde luego, también dependerá de las condiciones personales, familiares, sociales y culturales de cada uno de ellos.

En el plenario lo único cierto es que el implicado adelantaba último año de educación media vocacional, 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” en esa materia en particular, como lo afirma el ad quem.

De tiempo atrás en los centros educativos se imparte educación sexual como parte del programa de formación de los estudiantes, pero en el juicio se ignora si la suministrada al acusado en el establecimiento en el cual adelantaba sus estudios, además de comprender las generalidades del comportamiento y vida sexual del ser humano, contemplaba la ilustración o información de las conductas que desde el ámbito del derecho penal son punibles.

Adicionalmente, no puede desconocerse que la educación media vocacional, no siempre ofrece a sus estudiantes los instrumentos y los recursos que les permita la formación integral en temas de sexualidad, en el sentido y alcance fijados en la sentencia impugnada. Por lo general, en ella la educación sexual impartida, se limita hacia la prevención y los medios que hagan posible su ejercicio responsable, con la finalidad de evitar consecuencias indeseadas.

Además, 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 de su grado de instrucción.

De otro lado, el hecho de que a Marco Antonio Correa, le pareciera normal la relación de su hijo con la menor, cuando este le contó de su noviazgo con M del M.M.S, al limitarse a pedirle que no olvidara sus estudios en vez de prevenirlo sobre las consecuencias de tener trato sexual con la joven o aconsejarlo que la terminara, contribuyó a que en el acusado persistiera la creencia errónea de estar obrando conforme a derecho.

También la explica, que el noviazgo de M del M.M.S y el acusado terminara, cuando la progenitora de la menor fue advertida por la madre de este sobre dicha relación afectiva, y no porque alguno de los dos hubiera advertido que el trato sexual que mantenían era punible. Hasta ese momento, el entendimiento de CORRERA PINILLA no era distinto al de estimarlo lícito por ser fruto del amor, afecto que en su sentir legitimaba el consentimiento de ella.

Los anteriores hechos relevantes en la configuración del error, a los cuales la sentencia les otorga otro alcance a partir de la prueba cuestionada, muestran que el estudiante, por causas razonables, no tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento potencial del injusto por el cual fue condenado en segunda instancia. (...)."

Queda claro entonces para la Sala que, la situación que hoy se analiza, presenta aristas similares a la que conoció la Corte Suprema de Justicia en la sentencia cuyos apartes se transcribieron, con un aspecto más para predicar por parte del aquí acusado que, en efecto obró bajo error invencible, como lo es, su minoría de edad y su etapa de formación como lo refirió el *a quo* en la providencia recurrida.

Lo alegado por el recurrente consistió en enfatizar que si bien el joven B.D. no tuvo la suficiente ilustración por parte de su familia e institución educativa acerca de que tener relaciones sexuales con personas menores de 14 años, en el sentido de que desconocía que constituían delito y que por lo tanto podía ser sujeto de sanciones penales, sí tuvo que haberse enterado a través de los medios de comunicación y la internet, muy usada por él y en especial por todos los jóvenes en la actualidad, sin embargo, tal argumento no encontró eco alguno, de una parte, porque se trató de una mera afirmación o especulación, de cara a las pruebas que sí presentó la Fiscalía, tales como las entrevistas realizadas tanto del joven como a su progenitora y el informe de la institución educativa del que claramente se evidencia que la educación que allí se imparte en materia sexual, en manera alguna se encauza a conocimiento jurídico alguno o a advertirles acerca de las sanciones o castigos a

los que pueden verse abocados los estudiantes, de sostener relaciones sexuales con sus pares o aún con menores.

Es innegable el acceso a la tecnología por parte del joven como bien lo adujo el recurrente, empero nada probó que la información a la que accede a través de dicho medio, sea para ilustrarse acerca de noticias relacionadas con delitos sexuales o de otra índole, pues las reglas de la experiencia y la sana crítica, enseñan que los temas de interés para la población adolescente a través de la tecnología y medios de comunicación así como televisión y radio, distan mucho de asuntos que los instruyan en lo jurídico, es más, la información consultada por ellos frente a temas sexuales, los impulsan a que tengan experiencias de tipo sexual a muy temprana edad y así lo hacen, pasando por alto que puedan ser objeto de sanción alguna, más cuando se dan situaciones como la aquí analizada en la que se trató de un aparente “noviazgo”, donde la falta del componente violencia que sí es muy pregonado en todos los medios y pudo haberle permitido deducir lo injusto de su actuar, con mayor razón le pudo generar el convencimiento de que estaba haciendo algo, se reitera aunque no correcto, sancionable por las normas penales.

Acreditado quedó que el joven procesado no había culminado sus estudios en secundaria (cursaba 9° grado), que para la fecha de los hechos tenía 16 años de edad y aun cuando la presunta víctima, contaba con una edad muy inferior lo cual era conocido por él puesto que así lo manifestó en la entrevista, al decir que sentía “pena” porque la chica era menor que él, tal situación no evidencia que actuó conociendo lo ilícito de su proceder, por el contrario, la Sala encuentra que, convencido se encontraba que estaba actuando, dentro de los cauces de la legalidad, razones por las que mal haría en someterlo a un juicio en el que muy seguramente habrá de probarse lo mismo, con el desgaste que traería para la administración de justicia el que se avance hasta esa etapa, con un resultado similar al que hoy encuentra la Sala, como de manera acertada lo hizo el juez de primera instancia.

De acuerdo con lo dicho y como la Fiscalía probó que aun cuando la conducta del adolescente imputado encuadró dentro del tipo penal contenido en el artículo 208 del Código Penal, en el presente asunto el agente obró bajo un error invencible sobre la ilicitud de su comportamiento, motivo por el cual se confirmará el auto impugnado.

DECISIÓN:

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín en Sala Octava de Decisión de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el auto del 21 de febrero de 2024 emitido por el Juez Sexto Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín,

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no proceden recursos.

Proyecto discutido y aprobado según acta No. 123 del 8 de mayo de 2024.

NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.

Los Magistrados,

LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA

GLORIA MONTOYA ECHEVERRI

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

Firmado Por:

Luz Dary Sanchez Taborda
Magistrado
Sala 005 De Familia
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gloria Montoya Echeverri
Magistrado
Sala 001 De Familia
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **348703ef3fbcaa543ae3003423ffbb4e15b1b61a5b572fe0f6d7092601957ce3**

Documento generado en 08/05/2024 02:56:47 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>