



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Medellín, martes diecinueve (19) de abril de dos mil veintidós (2022)

Aprobado en la fecha, acta Nro.: 57

Auto interlocutorio de segunda instancia Nro.: 26

Radicado: 05-001-61-00335-2018-01399

Delito: acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Indiciado: Santiago Cárdenas Ávalos

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: miércoles 20 de abril de 2022. Hora: 10:00 a.m.

Conoce esta Sala de Decisión Penal del recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público contra la decisión del 28 de marzo de 2022 del Juez Quinto Penal del Circuito Para Adolescentes de Medellín, quien accedió a decretar la preclusión de la indagación solicitada por la Fiscalía 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 sabe que el adolescente Santiago Cárdenas Ávalos de 14 años de edad sostuvo un noviazgo y relaciones sexuales con la menor de 12 años A.M.O., convirtiéndose en padres de una bebé en el mes de octubre de 2017, siendo conocido por los progenitores y responsables legales de los jóvenes que estos mantenían una relación amorosa que perduró por varios años, y tras la cual la pareja continuó con una buena amistad, además de velar por su hija.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- En sesión adelantada el 28 de marzo de 2022 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”.

2.- Tras escuchar al delegado de la Fiscalía, a la representante del Ministerio Público, al defensor del indiciado y a la representante de víctimas el a quo accedió a la pretensión preclusiva con fundamento en la causal invocada por el ente acusador.

3.- La anterior decisión dejó inconforme a la representante del Ministerio Público, 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 delegada de la Fiscalía, el defensor del indiciado, y la representante de víctimas se pronunciaron como no recurrentes.

LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

1. La delegada de la Fiscalía sostiene que si bien la conducta desplegada por el agente 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 en nuestro medio se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, develando el caudal probatorio recaudado en este caso varias circunstancias que indican que el sujeto activo, “obró con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de un delito”.

En esta dirección, y tal como lo dieron a conocer en entrevistas las madres de los menores y la postulada víctima, se tiene que para el momento de los hechos el indiciado no superaba los 15 años, y que la formación en educación sexual que se le impartía en el colegio estaba dirigida hacia los métodos de

planificación y a evitar el contagio de enfermedades de transmisión sexual, no a informarles sobre la ilicitud de tener relaciones con otros menores de edad que no superaran los 14 años, lo que tampoco les fue advertido por sus progenitores ya que estos tampoco sabían que era un delito.

Dichas circunstancias entonces redujeron la posibilidad que el adolescente debía de saber que estaba actuando contrario a la ley, estimando finalmente la delegada que analizado el contexto en el que esta persona y la postulada víctima crecieron y se instruyeron, el joven infractor se encontraba en “imposibilidad fáctica” de adecuar 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 en materia penal.

Estas, grosso modo, las razones por las que luego de correr traslado de los elementos materiales con vocación probatoria solicita se decreta preclusión de la indagación con fundamento en la causal del art. 332.2 de la ley 906/04.

2.- En traslado de la pretensión preclusiva la representante del Ministerio Público se opone a la misma argumentando que el pedimento que eleva la señora delegada de la Fiscalía no debe prosperar con base en un error de prohibición, pues aunado a lo que alega la peticionaria se debe tener en cuenta que de otro lado existe una víctima que para la fecha de los hechos tan solo contaba con 12 años. Por el contrario, estima que el proceso debe continuar y el sistema debe terminar acogiendo a ambos menores.

3.- A su turno la representante de víctimas refiere que una vez analizados los elementos dados en traslado por la Fiscalía, y pese a que no es lo usual, coadyuva la solicitud de preclusión que eleva el ente acusador, pues observa falencias en el proceso de formación sexual de los involucrados en los hechos que nos convocan, pues este se limita al uso de anticonceptivos, no se aborda la prohibición legal aquí ventilada, reflexiones que se hacen extensivas a las familias de los menores a quienes no se les puede trasladar una responsabilidad frente a la que la familia, las instituciones educativas, el Estado y la sociedad en general no han cumplido, agregando que el encuentro

sexual fue consentido y en últimas no se opone a la pretensión que en esta ocasión realiza el órgano persecutor.

4. Por su parte el defensor del indiciado manifiesta que se encuentra de acuerdo con la solicitud que realiza la Fiscalía en favor de su patrocinado, destacando que la evolución jurídica en relación con la figura del error en materia penal ha llegado al punto de superar la idea según la cual el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, a lo que se suma que los jóvenes reciben educación tanto de las instituciones educativas, como de la familia y la sociedad, y que en la actualidad los medios de comunicación les enseñan que es habitual tener relaciones con sus pares, más los aquí involucrados en los hechos que nos concitan desconocían las consecuencias legales de sus acciones, por lo que en este concreto caso estaríamos ante un error de tipo.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Como fundamento normativo de su decisión, el funcionario de primera instancia trae a colación el contenido del art. 250 Constitucional, canon 332.2 de la ley 906/04, y art. 32.11 de la ley 500/00, así como apartes de lo dado a conocer por las madres de los menores involucrados en este caso y la postulada víctima en entrevistas rendidas ante la Fiscalía, estimando que a la luz de dichas declaraciones se conoce que la madre de la menor no pretendía denunciar los hechos, y lo hizo siguiendo las instrucciones que le dieron en los centros de salud en que atendieron a la menor a raíz de su estado de gestación, al igual que en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Aunado a lo anterior, queda claro que los padres de los menores sabían y consintieron el noviazgo de los menores, que la relación sexual entre estos no estuvo mediada por amenazas, violencia o presión, sin que con ello se pretenda desconocer que los menores no pueden hacer uso de una libertad que no poseen en cuanto a disponer de su cuerpo para fines erótico sexuales, pero, agregando la menor que el amancebamiento fue consentido.

Igualmente se supo por este medio que los padres de los jóvenes desconocían que estos habían llegado a sostener relaciones sexuales, pero,

también, que si involucraban a un menor de 14 años y a otro en el rango de los 15 a los 18 años, el último cometía un delito, y simplemente al enterarse del embarazo de la menor preguntaron por qué no se cuidaron y finalmente les brindaron todo el apoyo, procediendo a comprar todo aquello que necesitaban para la bebé que esta en camino, y el padre del menor y este respondieron por el futuro miembro de la familia.

Fue tanto el asombro del grupo familiar y de la madre primeriza con el embarazo que hasta el último momento esta aseguraba que no se encontraba en estado de gestación, no mostraba ningún problema en el ámbito académico y ambos jóvenes se apenaban y reían cuando se les preguntaba si tenían relaciones sexuales, incluso la madre de la niña la regañó en el consultorio médico, y quien al ser entrevistada preguntó por qué era delito lo que había hecho, aceptando que había tenido relaciones sexuales consentidas con su novio antes de los 14 años, informando que en el colegio no les enseñan que está prohibido, y que su pareja y la familia de este respondieron por la bebé.

Mientras que la madre del indiciado adujo que su nieta tenía tres años, que inicialmente no sabía de la relación sentimental de su prole con la menor, la cual duró unos cinco años, o que la pareja había tenido relaciones sexuales, y agrega que le decía que en todo caso cuando tuviera novia se cuidara y que en el colegio hablaban de los métodos de planificación.

Así las cosas, estima el funcionario que lo que el sujeto activo pudo haber conocido de parte de la institución educativa a la que asistía y su familia, que debía cuidarse de un embarazo a tan temprana edad, así como del contagio de enfermedades sexuales, preocupaciones que se hacen extensivas a la esfera familiar en cabeza de los progenitores, mientras que el colegio no instruía adecuada y completamente en cuanto a que sostener relaciones con una personas menor de 14 años es un delito.

En este contexto los padres de los involucrados en los hechos aquí escrutados vieron con buenos ojos el noviazgo de los jóvenes, lo consideraron sano, no observaron amenaza alguna por parte del adolescente, al punto que

la relación de esta pareja duró cinco años y el que hayan tenido relaciones sexuales asombró a los padres, siendo un hecho que aquello que asustó a los adultos fue el embarazo de la menor más no que esta hubiera iniciado a tan temprana edad y con su novio esta etapa de sus vida.

En síntesis, estima que ha quedado demostrado el poco grado de instrucción académica en las madres de los jóvenes, aunado a las falencias en la forma de impartir la educación sexual en las instituciones educativas, ciñéndose a tratar de evitar simplemente el hecho de un embarazo y la transmisión de enfermedades sexuales, a lo que se suma que la asiste razón a la defensa cuando sostiene que los medios de comunicación incitan y facilitan el que ocurran este tipo de conductas entre menores, por lo que conforme al panorama develado concluye que en este caso el adolescente no tenía la posibilidad de conocer que incurría en una conducta punible, a lo que se suma que se comparte lo dicho por la representante de víctimas en cuanto a que nuestro ordenamiento jurídico proscribe toda clase de responsabilidad objetiva.

Estas, de manera sucinta, las razones para 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.

LA IMPUGNACIÓN

La representante del Ministerio Público indica en la sustentación del recurso vertical de apelación que el error de prohibición debe tenerse en cuenta cuando el infractor tenga algún tipo de disminución mental, o cuando viva en un lugar tan apartado que dicha circunstancia le impida conocer la ilicitud de su conducta.

En la dirección planteada, arguye la censora que incluso la propia víctima en cierto momento le habría indicado al indiciado que debían parar porque venía alguien, lo que denota que sabían que lo que estaban haciendo no era correcto, trayendo a colación el art. 26 del Código de Infancia y la Adolescencia, en el que se leen los fines que persigue el sistema penal para

niños, niñas y adolescentes, y con base en lo cual solicita que ambos menores sean cobijados por dicho sistema de manera integral, continuando con su proceso al interior de este, haciendo énfasis en el componente educativo a falta de un Estado y de una familia que les informe cómo deben comportarse sexualmente, pues bajo la óptica de lo aquí decidido el joven simplemente podría cometer un nuevo delito alegando que no sabía de su ilicitud.

Considera entonces la impugnante que por el hecho de que los menores no supieran que estaban cometiendo un delito no se va a detener el proceso penal, pues incluso resulta sumamente grave que para la fecha de los eventos aquí ventilados la niña solo contara con 12 años, mientras que el infractor de la ley penal tenía 15 años, debiendo recordar la judicatura que en este caso existen una víctima sometida a un embarazo a temprana edad y a lo que le dijera un joven que le llevaba tres años en su desarrollo etario, sin que se le pueda achacar a un error el que sostengan que no sabían que lo que estaban haciendo era considerado como un delito, cuando lo que se espera es que los adolescentes modulen sus conductas.

Estas las razones por las que solicita que se revoque la decisión adoptada por el juez de primer grado, y en su lugar se ordene a la Fiscalía continuar con la investigación de este caso.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

La delegada de la Fiscalía solicita que se confirme la decisión de primera instancia señalando que lo que se tiene que entender aquí es que en nuestro medio, hablando del mundo jurídico penal, no existe responsabilidad objetiva, siendo necesario que nos preguntemos cuál es la información que llega a los menores de edad a través de los medios de comunicación, siendo evidente que desde las mismas instituciones educativas lo que se está promoviendo es precisamente la sexualidad responsable, o sencillamente que no se presenten embarazos no deseados, más no se informa sobre la proscripción de las relaciones sexuales con sus pares, pues lo que saben es que la relación entre

un adulto y un menor de edad está mal, mientras que entre sus iguales se ve bien en los medios de comunicación.

De otra parte, considera que no es un argumento jurídicamente válido que se diga que para que se estructure el error de prohibición el agente debe presentar cierta discapacidad, a lo que se suma que el según el art. 135 del C.I.A. el objetivo del S.R.P.A. consiste en la investigación y judicialización de hechos punibles, no está pensado para suplir las obligaciones del Estado, la sociedad y la familia, siendo un hecho en este caso que por desconocimiento de las familias de los menores y la dinámica en sus colegios, les era imposible conocer al adolescente que estaba cometiendo un delito, sin que sea dable trasladar la responsabilidad a los menores, ni ampliar el objeto del sistema para suplir las falencias advertidas.

En este caso lo realmente importante es que los menores continuarán contando con una oferta institucional que les permita sobrellevar las posibles afectaciones que hayan sufrido a raíz de los hechos investigados, pero no bajo el S.R.P.A., en un caso en el que es evidente que el sujeto activo no contó con la posibilidad fáctica de conocer que cometía un delito y autodeterminarse con base en dicho conocimiento, aunado a que toda la información que le llegaba al agente precisamente contrariaba la indicaciones y previsiones del art. 208 del Estatuto Represor.

Por su parte la representante de víctima consideró suficiente lo dicho en su intervención inicial, por lo tanto, se abstuvo de pronunciarse como no recurrente.

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 de apelación contra la misma, es del caso significar consecuentemente que a la luz de lo normado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir de fondo el recurso de alzada interpuesto por la representante del Ministerio Público.

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

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta del 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.

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.

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 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

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

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

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.

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., 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

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

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

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 querella, 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 322 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

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

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

⁷ Ibid.

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

De acuerdo a los planteamientos expuestos por la impugnante, los sujetos procesales no recurrentes y el funcionario de primera instancia, es claro que la problemática jurídica que se le plante a la Sala en esta oportunidad gravita en torno al tema del error en materia penal.

Entonces, como “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”; resulta imperativo que la Sala aborde la conceptualización y el tratamiento doctrinario, así como jurisprudencial del fenómeno jurídico 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 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

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

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

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 ignorancia 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 Punitivo Nacional, art. 32.10, al consagrar las causales de ausencia de responsabilidad, indicando claramente que:

“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

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.

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 culposo y entonces responderá penalmente, siempre que el hecho realizado en tales condiciones esté consagrado en la ley como delito o contravención culposos.”¹³

Se tiene entonces, 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 considera 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.

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 10° 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:

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

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:

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

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

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.”

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.

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

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

Conforme entonces al panorama fáctico, normativo, jurisprudencial y doctrinario perfilado, en este punto puede anunciar la Sala que se encuentra de acuerdo con el juez de menores en cuanto a las conclusiones que se logran extraer con la información obrante en el averiguatorio, particularmente de las entrevistas realizadas a las madres de la postulada víctima y del indiciado, así como a la menor de edad, pues aunque hace parte de las iniciales pesquisas, logran develar el contexto y de vida en que se desenvolvía el sujeto pasivo y el activo, así como al ámbito situacional en que ocurrieron los hechos que nos concitan.

Particularmente entonces, las declaraciones de las progenitoras de los jóvenes y aquella de la postulada víctima desdibujan cualquier posibilidad de imputarle en los términos de la ley penal y las reflexiones jurisprudenciales y doctrinales vistas un comportamiento doloso por parte del agente desde la esfera subjetiva del comportamiento humano, quedando claro que dentro del concreto ámbito relacional debidamente contextualizado a lo sumo a los menores se les venía advirtiendo desde el ámbito académico y por parte de sus madres sobre la necesidad de adoptar medidas de protección con miras a evitar embarazos no deseados e infecciones por enfermedades de transmisión sexual, sobre cómo abordar con cierta responsabilidad su vida sexual con sus pares, siendo conscientes al interior del grupo de consanguíneos más cercanos que la pareja sostenía un noviazgo que a todas luces era bien visto y no generaba ninguna clase de suspicacias o temor por el comportamiento del adolescente.

Así mismo, huelga significar que del análisis de los elementos materiales con vocación probatoria arrojados legal y oportunamente por la Fiscalía en este caso, se logra extraer que el hecho que se encuentra visibilizado y del cual se hace eco en los centros educativos a los que acudían los menores, así como en los medios de comunicación, e incluso al interior de las familias, y por lo tanto, sobre el que mayor conciencia se tiene, consiste en hacer énfasis en que un adulto no puede tener relaciones sexuales con menores de edad, y consecuentemente en que dicho comportamiento se encuentra previsto como un delito, empero, no sucede lo mismo en cuanto a relaciones sexuales entre pares, así considere la censora que tres años hacen la gran diferencia

en este tipo de casos, sin recabar en el entorno en que viven los menores involucrados en estos hechos, las falencias en su proceso de formación académica y familiar desde el punto de vista del componente sexual, y que en todo caso el adolescente seguía siendo un menor de edad.

Tampoco resulta de recibo que para la configuración de un error en materia penal el infractor deba soportar algún tipo de disminución mental, pues en dicho escenario probablemente habría que entrar en el terreno de la inimputabilidad y no en el ámbito del error en materia penal. En la misma dirección, es preciso que en cada caso el fallador pondere adecuadamente el ámbito relacional en que se desenvuelven los menores de edad, ya que no siempre que un niño, niña o adolescente vive en las grandes urbes, o tiene acceso a los medios de comunicación y sistemas digitales, obtiene la información completa y necesaria para ser plenamente consciente de la ilicitud de comportamientos como el que analiza la Sala en esta oportunidad. Muestra irrefutable de lo anterior es que ni siquiera sus progenitores eran conscientes que si un adolescentes entre los 14 y 17 años sostenía relaciones sexuales con menores de 14 años, dicha conducta constituye un delito.

No se trata entonces de desconocer que lo deseable es que los menores de edad reciban una adecuada educación en el ámbito sexual, no solo 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 cuándo 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.

Como se puede ver, no se trata de negar que en este caso la postulada víctima terminó soportando un embarazo en una edad en verdad infantil, tan solo que estima la Sala que acorde a lo demostrado por la Fiscalía, en esta oportunidad la solución al conflicto social que genera el delito objetivamente cometido no pasa por el derecho represivo, sin que la responsabilidad en las

fallas más arriba analizadas puedan trasladársele a los involucrados en estos hechos, quienes a no dudarlo podían tener cierta conciencia de que lo que estaban haciendo no estaba bien, pero no que era un delito, perviviendo en todo caso y como bien lo refiere la delegada de la Fiscalía, la oferta institucional para tratar las posibles afectaciones que los hechos les hayan ocasionado, pero, se insiste, no a través del S.R.P.A., pues deben ser otros los medios o canales institucionales, sociales y familiares que le permitirán al adolescente y para usar las palabras de la impugnante, modular su comportamiento en la esfera sexual, siendo además un hecho que se debe afrontar desde las instituciones estatales, la sociedad en general y las familias, el constante bombardeo por parte de los medios de comunicación que incitan a los menores, adolescentes y jóvenes en general a tener relaciones sexuales con sus pares.

Así las cosas, pese a la evidente correspondencia entre el comportamiento desplegado por el agente en este caso en procura de la satisfacción sexual y la descripción objetiva contenida en 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 le asiste razón a la delegada del ente persecutor y al juez de primera instancia cuando concluyen que en el caso de la especie se estructura la causal de ausencia de responsabilidad penal vista, y por contera aquella alegada como causal preclusiva.

Bajo tales premisas, como la Fiscalía probó con solvencia que en este asunto el agente obró bajo un error invencible sobre la ilicitud de su comportamiento, y consecuentemente que si bien la conducta del agente 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 Ministerio Público, se confirmará en su integridad el proveído confutado.

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, quien accedió a decretar la preclusión de la indagación adelantada en contra del adolescente Santiago Cárdenas Ávalos, 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 al Código Penal”, y conforme a lo analizado en la parte motiva de este proveído.

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

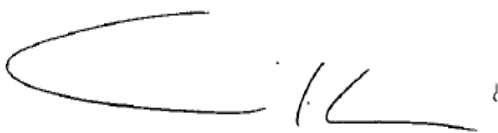
Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

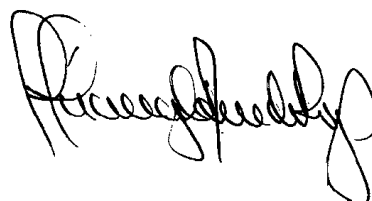
Los Magistrados,¹⁷



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO



DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ



FLOR ÁNGELA RUEDA ROJAS

¹⁷ 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”.