

Proceso: 050016001239-2019-00537
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años
Menor Infractora: Y.A.U.M
Procedencia: Juzgado 5° Penal del Circuito para Adolescentes con
Función de Conocimiento de Medellín
Objeto: Auto que concede preclusión
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto: 010-2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 056

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la delegada del Ministerio Público contra la decisión del 28 de marzo de este año mediante la cual el Juez 5° Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de esta ciudad precluyó la acción penal a favor de la joven Y.A.U.M en relación con el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

1. ANTECEDENTES

Los hechos soporte de la solicitud de preclusión, fueron narrados por la Fiscalía a partir de la denuncia presentada por la señora Isabel Bedoya Avendaño quien es la Trabajadora Social del Comité Privado para la Asistencia a la Niñez-PAN- y quien puso en conocimiento que *“para el mes de agosto de 2019, sin fecha exacta solo refiere agosto de 2019, la menor Y.A.U.M para ese entonces con 15 años de edad había sostenido relaciones sexuales consentidas con otro menor interno dentro de esta misma institución, el menor J.S.H.O para ese entonces con 13 años. Indica esta Trabajadora Social que esta situación se había presentado de manera irregular al interior de esta institución-PAN- que se ubica en la calle 47 Nro. 16AA-86 de Medellín”*.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1 El 17 de noviembre de 2021, ante el Juez 3° Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación por el delito de acto sexual con menor de 14 años en disfavor de la joven Y.A.U.M. No hubo allanamiento a cargos.

2.2 El 16 de diciembre de 2021, la fiscalía presentó la solicitud de preclusión correspondiéndole para su conocimiento al Juzgado 5° Penal del Circuito para Adolescentes, audiencia que se concretó el 28 de marzo pasado y donde señaló que en este evento se encontraban satisfechos los art. 331 y 332 numeral 2° del C. de P.P., en concordancia con el numeral 11 del art. 32 del C.P.

La delegada Fiscal indicó que, si bien es cierto, por mandato del art. 250 de la C.N está obligada a investigar todas aquellas conductas que revisten las características de delito, también lo es que, al analizar si efectivamente se encontraba ante un hecho típico, antijurídico y culpable que demande un correspondiente juzgamiento, evidenció lo siguiente:

El bien jurídico que el legislador pretende proteger en el tipo penal del art. 209 del C.P no reside precisamente en el amparo a la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en preservar la libertad de aquellas personas que no tienen esa autonomía para determinarse en este ámbito, es decir, se trata de una presunción de pleno derecho en razón de ese interés superior del niño y la especial protección que esta situación conlleva.

Resaltó que de cara a estos hechos materia de investigación se puede afirmar que el actuar de la joven Y.A.U.M se adecua de manera clara e inequívoca a esa descripción del tipo penal de actos sexuales con menor de 14 años, sin embargo, se deben valorar las condiciones particulares del sujeto activo y así, al advertir que a ésta no le era posible saber que su comportamiento estaba prohibido por el derecho, se tendrá que concluir que carecía de razones para haber adecuado su comportamiento al mandato punitivo, tal cual lo expone la C.S de J en sentencia 33022 del 20 de octubre de 2010 donde señaló que *“del acervo probatorio van a existir hechos indicadores que se pueden constatar de modo material y por supuesto valorativo que pueden llevar a establecer una exclusión de responsabilidad del sujeto activo de la acción”*.

Agregó que la fiscalía, luego de agotar en debida forma los actos de investigación logró establecer que Y.A.U.M para el momento de ocurrencia de los hechos contaba con 15 años de edad y se encontraba, incluso desde mucho antes, vinculada a una institución de protección especial en modalidad de internado por no contar con un núcleo familiar que apoyara de manera adecuada su formación y acompañamiento; no obstante, en dicha institución la formación que se les daba a los menores en temas de sexualidad no estaba dirigida a informarlos sobre la ilicitud de sostener relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años, sino a temas de métodos de planificación y el cuidado personal para evitar enfermedades de transmisión sexual, en ese sentido las posibilidades de que la joven Y.A.U.M conociera la ilicitud de su comportamiento estaban plenamente reducidas.

Señaló que dicha joven, tal y como lo manifestaron los profesionales y trabajadores sociales que interpusieron la denuncia, tiene vida sexual activa y, al parecer, está acostumbrada a sostener relaciones sexuales con varios de sus compañeros del internado, además, se debe tener en cuenta, como ella misma lo reconoció en su entrevista, no sabía que tenerlas de manera consentida con menores de 14 años fuera un delito; por consiguiente una vez analizado el contexto en el que Y.A.U.M ha crecido, se puede inferir que se encontraba ante una imposibilidad fáctica de adecuar su comportamiento de cara a la prohibición legal de ese tipo penal. Así las cosas y ante la existencia de una causal eximente de responsabilidad, solicitó que se acogiera de manera favorable su pretensión de precluir la acción penal a su favor¹.

2.3 La delegada del Ministerio Público se opuso a la solicitud de la fiscalía en razón a que *“pone en la balanza los derechos de los adolescentes infractores”*, sin tener en cuenta que hay también unas víctimas menores de edad y el hecho de que la adolescente desconociera que su actuar era delictuoso, no le resta gravedad, por consiguiente, en atención a la protección de los derechos de las víctimas solicitó que se continúe con la investigación a fin de establecer si existe o no responsabilidad penal².

2.4 La Defensora de Familia dijo no contar con información relevante para este momento³, mientras que la Representante de las víctimas coadyuvó la solicitud realizada por la delegada del ente persecutor, en atención a que en nuestra legislación se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad penal objetiva, además de los elementos materiales probatorios puestos de presente se infiere que hay unas deficiencias y dificultades en el proceso de formación de los adolescentes infractores en punto a las consecuencias que se derivan de sostener relaciones sexuales con un menor de 14 años, pues tanto las instituciones educativas, como la familia, que es el primero de los filtros, fallaron en tanto se

¹ Audiencia de preclusión del 28 de marzo de 2022. Minuto: 11:05

² Ídem. Minuto: 32:50

³ Audiencia de preclusión del 28 de marzo de 2022. Minuto: 36:22

enfocaron en los diferentes métodos o mecanismos anticonceptivos, sin ir más allá.

Destacó que los medios con vocación probatoria son muy claros y dado que dichas relaciones sexuales fueron consentidas, dijo no oponerse a que se precluyera la acción penal.⁴

2.5 El defensor de la menor infractora, del mismo modo que su antecesora, dijo estar de acuerdo con la solicitud de la fiscalía y destacó que la información que reciben los menores proveniente de los diferentes medios de comunicación es diferente a la que en otros tiempos recibieron.

Resaltó que era claro que los adolescentes sabían lo que estaban haciendo, sin tener claro eso sí, las consecuencias de dichos actos, en ese sentido considera que el error de tipo se da en este caso, tal y como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia (sin mencionar exactamente qué decisión)⁵.

3. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El Juez 5º Penal del Circuito para Adolescentes de Medellín, accedió a la solicitud de la fiscalía.

Para el efecto, el juzgador luego de hacer un resumen de la intervención de los sujetos procesales, explicó que una vez analizados los elementos materiales probatorios puestos de presente por la fiscalía encontró satisfechas las exigencias legales para decretar en favor de la joven Y.AU.M la preclusión de la acción penal.

Señaló que, en la denuncia realizada por Isabel Bedoya Avendaño, Trabajadora Social del Comité Privado para la Asistencia a la Niñez-PAN-, se indicó que los

⁴ Ídem. Minuto: 40:30

⁵ Audiencia de preclusión del 28 de marzo de 2022. Minuto: 43:26

hechos ocurrieron en agosto de 2019, cuando Y.A.U.M contaba con 15 años y J.S.H.O con 13, del mismo modo resaltó, cómo en dicha institución aclaran los riesgos que en salud pueden llegar a padecer los menores si sostienen relaciones sexuales, pero no, de las consecuencias jurídicas que éstas puedan llegar a tener, asunto que reviste especial importancia, pues tal y como lo afirmó la joven infractora para esa fecha no sabía que relacionarse sexualmente con un menor de 14 años era punible y que pensaba que lo era, solamente *“cuando la persona era mayor de 18 años y cuando la cogían a la fuerza y era violento”*.

Recordó que el consentimiento suministrado por una persona menor de 14 años *“no elimina que sea delito”*, sin embargo, los menores implicados no tenían posibilidad de saber que esas relaciones constituían uno, máxime cuando J.S.H.O mentía sobre su edad y le decía a Y.A.U.M que tenía 14 años, en ese sentido, destacó que la joven sostuvo relaciones sexuales con su compañero con el convencimiento absoluto de que no incurrían en conducta punible, así las cosas, decretó la preclusión a su favor⁶.

La decisión fue recurrida por la Procuradora Judicial.

4. DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La delegada del Ministerio Público dijo estar inconforme con la decisión del juez de primera instancia, pues se debe tener en cuenta que los art. 208 y 209 del C. P. no establece excepciones frente al tipo penal cuando la víctima es menor de 14 años, es decir, no se tiene establecido que el consentimiento otorgado por ésta sea una causal de exoneración de responsabilidad, y si bien es cierto existe jurisprudencia que habla sobre el error de prohibición, también lo es que, este debe tenerse en cuenta cuando el infractor tenga alguna disminución de su capacidad mental, o estén trabajando o viviendo en un sitio apartado de los

⁶ Audiencia de preclusión del 28 de marzo de 2022. Minuto: 1:14:17

medios de comunicación, es decir que no tenga la posibilidad de enterarse por ningún medio de lo que es o no, un delito.

Agregó que el art. 26 del C. de Infancia y Adolescencia establece que *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”*; por tanto, se debe tener en cuenta lo indicado por la víctima, sin que sea viable *“achacarle a un error de prohibición que la adolescente Y.A manifieste que nadie le había dicho que eso era delito que creía que lo era cuando tenía 18”*, por esa razón, considera debe adelantarse el proceso, pues a falta del Estado y de sus instituciones educativa y de su familia, está el sistema de responsabilidad penal para adolescentes a efectos de enseñarles a modular sus conductas *“para que se les indique cuál es la forma en que se deben relacionar para ejercer sus derechos sexuales. Estos adolescentes son los que necesitan la intervención del Estado. Donde falló la familia y la sociedad se debe acoger el sistema de responsabilidad social”*.

Finalmente señaló que es un deber del Estado proteger a las víctimas, pues no tienen la capacidad de entender que lo eran, proteger a los infractores y no a éstos es *“caer en extremos”*. Por esas razones solicitó que la decisión del *a quo* fuera revocada para que se continúe la investigación y que la víctima tenga derecho a un debido proceso y a que se le realice un estudio psicológico⁷.

5. DE LOS NO RECURRENTES

5.1 La delegada de la Fiscalía solicitó que la decisión fuera confirmada y recordó que en efecto los art. 208 y 209 del C.P no establecen ninguna excepción y que

⁷ Audiencia de preclusión del 28 de marzo de 2022. Minuto: 1:40:35

obrar con el consentimiento del sujeto pasivo no excluye de responsabilidad, sin embargo, ese no fue su argumento para solicitar la preclusión, sobre todo cuando esta es una presunción de pleno derecho.

Recordó que nuestra legislación consagra unas causales eximentes de responsabilidad que no están enfocadas o dirigidas a un tipo penal específico y agregó que no hacía falta probar, como lo reclama la censora, que la joven tuviera algún tipo de discapacidad mental o que estuviera alejada de los medios para comprender la ilicitud, pues precisamente la información que les llega a estos adolescentes, es que, en un ejercicio responsable de su sexualidad se protejan de enfermedades de transmisión sexual y embarazos, pero en manera alguna les informan sobre las consecuencias de tener contacto sexual con un menor de 14 años, sobre todo cuando en el medio en que se desenvuelven todos son pares, diferente fuera donde se tratara de personas mayores de edad. Por consiguiente, no es un argumento jurídico advertir que porque no eran disminuidos mentales o estuviesen alejados de los medios no se puede alegar un error de prohibición.

Llamó su atención la afirmación que hace la censora de que estos menores deben ser atendidos por el sistema de responsabilidad penal, cuando el art. 139 de la ley 1098 de 2006 refiere *“que es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible”*, es decir, que no está para suplir las obligaciones de la familia o el Estado en cabeza de sus instituciones educativas y trasladar a los menores tales responsabilidades cuando se trata de personas que están en proceso de formación, de esa manera solicitó que la decisión del juez de primera instancia fuera confirmada⁸.

⁸ Audiencia de preclusión del 28 de marzo de 2022. Minuto: 1:53:02

5.2 La representante de las víctimas y la defensa de la joven YA.U.M recordaron haber coadyuvado la solicitud de la fiscalía, de esa manera solicitaron se tuvieran en cuenta sus intervenciones al momento de resolver la alzada⁹.

6. CONSIDERACIONES

6.1 Conforme lo reglado en el artículo 168 de la ley 1098 de 2006, las Salas Especializadas para Adolescentes de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial serán competentes para conocer de las apelaciones que se interpongan en contra de las providencias de primera instancia proferidas por los Juzgados Penales para Adolescentes, con funciones de conocimiento, del mismo distrito.

6.2. La Sala en primer lugar se encargará de establecer si la delegada del Ministerio Público, actuando como interviniente en la audiencia de preclusión de la investigación, solicitada por la Fiscalía en la etapa preliminar, ostenta legitimidad para impugnar la decisión del Juez de Conocimiento que accede a lo pedido y la decreta.

Al tenor de lo previsto por el artículo 176 del C. de P. P., la reposición y la apelación son recursos ordinarios; el segundo procede, salvo los casos previstos en el código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias y contra la sentencia condenatoria o absolutoria, del mismo modo el art. 177 ídem, modificado por el 13 de la Ley 1142 de 2007, establece que la apelación se concederá en el efecto suspensivo cuando se trata, entre otros, del auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.

No existe discusión alguna en que en la etapa de indagación y de investigación la Fiscalía es la única habilitada para solicitar la preclusión ante el Juez de Conocimiento, al tenor de lo previsto en los art. 332 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, el artículo 333 dispone que una vez aquella exponga su

⁹ Ídem. Minutos: 2:02:50 y 2:03:51, respectivamente

solicitud y fundamente la causal invocada se le conferirá la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor, en este caso, del joven infractor. De lo anterior se infiere que dichos sujetos procesales tienen la facultad de participar en la audiencia de solicitud de preclusión para avalar u oponerse a la pretensión de la Fiscalía, como en efecto ocurrió en el *sub examine*, en donde, como se dijo en párrafos que anteceden, la Procuradora Judicial manifestó su expresa oposición a la extinción de la acción penal. Si ello fue así, es lógico concluir que tiene interés jurídico para controvertir la decisión adoptada de manera contraria a su postulación.

En este punto, es válido recordar cómo la Corte Constitucional en Sentencia C-209 de 2007 fue enfática al precisar que el trámite de la solicitud de preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías. Sobre el particular dijo:

“El artículo 333 de la Ley 906 de 2004 prevé algunas: (i) la intervención del juez de conocimiento para la adopción de la decisión; (ii) la exigencia de que la solicitud del fiscal sea motivada y esté fundada en elementos materiales probatorios y evidencia física; (iii) la posibilidad de que la víctima, el Ministerio Público y el defensor del imputado, hagan uso de la palabra para controvertir la petición del fiscal; y (iv) que esté previsto que contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión proceda la apelación...”

En virtud de ello el Ministerio Público puede oponerse a la petición de la fiscalía y si está prevista la procedencia de la apelación contra la decisión, no es posible que *en el sub judice*, se admitan interpretaciones de la ley procesal que impidan el derecho de impugnar una decisión judicial tan trascendental como lo es ponerle fin al proceso con efectos la cosa juzgada, sobre todo cuando es elevada por quien está llamada a velar por la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en reiteradas decisiones¹⁰ que si la parte que solicitó la preclusión se encuentra conforme con la decisión que la niega, es porque desiste de procurar la extinción de la acción penal que sólo a ella le está autorizado solicitar durante la investigación; no obstante, cuando la decisión accede a lo pedido y la decreta sí están habilitados los demás intervinientes que antes lo estuvieron para oponerse, incluido el representante del Ministerio Público, inclusive la misma Corte Suprema de Justicia¹¹, especificó la posibilidad de que la víctima pudiera interponer el recurso de apelación contra una decisión de tal naturaleza, lo cual confirma que no es inimpugnabile.

6.3 Aclarado lo anterior, se encargará la Sala de establecer si el juez de primera instancia se equivocó o no, al precluir la investigación adelantada en contra de la joven Y.A.U.M, con fundamento en la causal 2 del art. 332 del C. de P.P en concordancia con el numeral 11 del art. 32 del C.P.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Nacional, la fiscalía está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la *“investigación de los hechos que revistan las características de delito”* conocidos a través de denuncia, petición especial, querrela o de oficio *“siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”*.

Lo anterior significa que se debe valorar en su integridad, de manera juiciosa y seria, la totalidad de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas mínimas recaudados, para establecer si a partir de ellos es posible inferir la posible ocurrencia de un delito, caso en el cual tiene entonces la obligación constitucional de dar inicio a la acción penal.

¹⁰ Auto de 1 de julio de 2009, radicado 31763, ratificado en autos de 15 de julio de 2009 radicado 31780, 15 de feb 2010, rad. 31767, 21 de mayo de 2014, rad 42570.

¹¹ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Radicado 36325 del 17 de agosto de 2011

No obstante, si al evaluar la evidencia recogida, encuentra que no hay prueba suficiente para acusar, debe solicitar la preclusión ante el Juez de conocimiento, e invocar la causal correspondiente conforme el artículo 332 de la Ley 906 de 2004:

“El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

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

Por tanto, la fiscalía deberá soportar su solicitud de preclusión con elementos fácticos y jurídicos de los cuales se deduzca con certeza que no hay mérito para continuar con la persecución penal; en todo caso de configurarse una causal diferente a las solicitadas, el juzgador podrá decretarla *“siempre que sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen”*¹².

6.4 En el *sub judice* la fiscalía solicitó la preclusión a favor de la joven Y.A.U.M de conformidad con el numeral 2º del artículo 332 del C. de Procedimiento Penal, pues en su sentir ésta actúo bajo el influjo de un error de prohibición descrito en el artículo 32 numeral 11 del C. Penal, ya que desconocía de un lado, que el menor J.S.H.O contara con 13 años para el momento de los hechos, y de otro, que tener relaciones sexuales con alguien menor de esa edad era considerado un

¹² Corte Suprema de Justicia. Radicado 37370 del 6 diciembre de 2012.

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Asuntos Penales para Adolescentes
Proceso radicado: 050016001239 2019-00537

delito; por tanto, no se lesionó el bien jurídico de la libertad y formación sexual de la presunta víctima.

Para sustentar su petición la fiscalía allegó los siguientes elementos materiales probatorios y evidencia física¹³: i) Formato único de noticia criminal del 21 de agosto de 2019, donde la Trabajadora Social del Comité Privado para la Asistencia de la Niñez-PAN- narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos materia de investigación, ii) solicitud de actos urgentes, iii) intervención o actuación del Comité Privado para la Asistencia de la Niñez, iv) fotocopia de la tarjeta de identidad de los menores Y.A.U.M y J.S.H.O., v) informe pericial de clínica forense No. UBMDE-DSANT-14182-2019 del 22 de agosto de 2019, donde se valoró al menor J.S.H.O, vi) entrevista recepcionada a la Trabajadora Social Isabel Bedoya Avendaño del 20 de noviembre de 2019, vii) formato de arraigo de la joven Y.A.U.M., viii) entrevista suministrada por la señora Blanca Ligia Ospina Betancur, madre del menor J.S.H.O., del 20 de noviembre de 2019, ix) informe de investigador de campo-FPJ-11 del 18 de diciembre de 2019, entrevista suministrada por el menor J.S.H.O., y x) formato de interrogatorio a indiciado FPJ-14 del 13 de diciembre de 2021, entrevista a la joven Y.A.U.M

Dicha postura fue respaldada por la representación de las víctimas y el defensor público de Y.A.U.M, del mismo modo a igual conclusión arribó el juez de instancia, quien luego de valorar los medios de convicción aportados, indicó que se encontraba acreditada la causal 2ª del art. 332 del C de P.P en tanto la joven Y.A.U.M desconocía de un lado, que sostener relaciones de índole sexual con un menor de 14 años era considerado delito, y de otro, tenía dudas acerca de la edad de J.S.

Inconforme con la decisión, la representante del Ministerio Público apeló para sostener, en primer lugar, que los art. 208 y 209 del C. P no establece excepciones frente al tipo penal, de ahí que el consentimiento no es una causal de exoneración

¹³ PDF 013 de Elementos 2019-00572 del Expediente digital.

de responsabilidad penal, en segundo término, que el error de prohibición debe tenerse en cuenta cuando el infractor tengan alguna disminución de su capacidad mental, o esté en imposibilidad, por sus condiciones sociales y familiares, de enterarse por cualquier medio que su conducta es constitutiva de un delito.

6.5 Respecto del primer tópico, es claro que el consentimiento que exonera de responsabilidad es el válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo (artículo 32 numeral 2 del Código Penal). No obstante, en el *sub judice*, J.S.H.O contaba con 13 años para el momento de los hechos, asunto que ha sido explicado por el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria así:

“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 ellas se presume, es 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 estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva.

Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto: iuris 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.

Significa esto, que al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento.

Mucho menos le es permitido desconocer la presunción que la norma establece, a partir de consideraciones de contenido supuestamente político criminal, como se hace en el presente caso con el fin de sostener que la edad que sirve de referente al legislador colombiano para suponer la inmadurez del menor, no se ajusta a lo que revelan la verdad social y cultural del país, y que la ley presume algo que la misma realidad contradice.

Este tipo de argumentaciones escapan del ejercicio de la función judicial de declaración del derecho. El juzgador no puede dejar de aplicar la norma, pretextando que las razones que llevaron al legislador a incriminar penalmente la conducta son equivocadas, y que no las comparte. Su obligación, por mandato constitucional, es someterse al imperio de la ley, y darle aplicación cuando corresponde hacerlo, no entrar en consideraciones de lege ferenda para justificar el apartamiento de ella, en cuanto entraña la subversión del sistema por vía de dar cabida a la derogatoria judicial de la ley.

(...)

Nada tiene que ver la presunción de incapacidad que la norma contiene, con la culpabilidad del sujeto agente. La ley presume la inmadurez del sujeto pasivo para decidir en materia sexual, en modo alguno el conocimiento de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta por parte del sujeto activo, ni la voluntad de su realización. Estos aspectos, propios de la

culpabilidad, deben ser objeto de prueba en el proceso, al igual que las otras categorías del delito.

Bien puede suceder que la conducta, siendo típica y antijurídica, no sea punible por ausencia de culpabilidad, como acontece, por ejemplo, cuando se demuestra que el sujeto agente actuó dentro del marco de un error invencible sobre la edad de la víctima (creyó razonablemente que la persona con la cual mantenía relaciones sexuales era mayor de 14 años) o sobre el límite de edad dentro de los cuales es permitido el libre ejercicio de la sexualidad (creyó que estaba fijada en 12 años y no en 14)... ”¹⁴.

De lo anterior, se puede concluir que la antijuridicidad surge desde el momento en que se mantienen relaciones sexuales con una persona que la ley supone incapaz de decidir libremente en esa materia, siendo indiferente el consentimiento que al respecto haya brindado, tal y como lo señaló la delegada del ente persecutor al momento de sustentar su petición y en su intervención como no recurrente, pues en manera alguna lo anterior fue argumento central de su petición.

6.6 De otro lado, sostiene la censora que el error de prohibición debe tenerse en cuenta cuando el infractor “*tenga alguna disminución de su capacidad mental*”, o cuando se encuentre acreditado un precario contexto socio-cultural que le impida conocer que su conducta era constitutiva de responsabilidad penal.

Y es que, respecto del error de prohibición, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

“Que una vez realizado el análisis se debe dar crédito a uno de los siguientes presupuestos i) si el juez concluye dadas las condiciones y características del autor o participe del injusto que jamás tuvo la posibilidad de conocer la prohibición normativa, el error será invencible;

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 13466 del 26 de septiembre de 2000.

ii) si está demostrada la existencia de un error, es decir, de una completa falta de conocimiento por parte del agente pero desde una perspectiva normativa esta situación carece de solidez suficiente para destruir la posibilidad de acceder al sentido prohibitivo de la norma. En otras palabras, la persona no sabía pero debía saber, la pena será reducida a la mitad. Por consiguiente para que el error de prohibición prospere en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años es necesario que exista una causal muy poderosa ligada a aspectos socio-culturales y económicos del autor para que pueda validarse como motivo suficiente, el cual le impidió conocer la prohibición normativa”¹⁵.

En el *sub examine* se cuenta entonces con la denuncia formulada por la Trabajadora Social Isabel Bedoya Avendaño, donde fue clara en afirmar que una vez enterados de los acontecimientos, les aclaran a los menores sobre los riesgos en términos de salud y los límites que, para su proyecto de vida, les generaría un embarazo, ya que no se cuenta con los recursos económicos y formativos para hacerse responsables de la crianza de un hijo.

Del mismo modo se destaca que en el formato de arraigo de la joven Y.A.U.M elaborado por la misma trabajadora social Bedoya Avendaño, se consignó que la menor fue ingresada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando contaba con 7 años, y a partir de ese momento ha permanecido en hogares sustitutos hasta que finalmente ingresa a institución cerrada y es trasladada en el año 2016 al internado Miraflores-PAN-, circunstancias que se acompaña con lo afirmado por la misma joven, quien al momento de rendir entrevista afirmó que la orientación sexual que recibía en la institución en la que se encontraba internada “*era sobre métodos de planificación y sobre enfermedades de transmisión sexual pero nunca sobre que era un delito*”. En ese sentido no resulta razonable para la Sala que a la menor se le exijan profundos conocimientos acerca de las consecuencias jurídicas de sostener relaciones

¹⁵ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Radicado 33022 del 20 de octubre de 2010.

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Asuntos Penales para Adolescentes
Proceso radicado: 050016001239 2019-00537

sexuales cuando su formación se contrajo a la prevención de enfermedades y embarazos no deseados.

No es cierto entonces, que el nivel de formación de la joven, el cual se redujo a la suministrada por los centros de internación en los que ha permanecido desde su infancia, le permitiera conocer que su comportamiento era contrario a derecho y con base en ello, estuviera en capacidad de determinarse en la realización de tal conducta. Al margen de lo anterior debe considerarse que el menor J.S.H.O lejos de revelar su edad, sostenía que tenía 14 años, tal y como lo indicó la menor infractora, sin que exista motivo alguno para dudar de la veracidad de sus dichos.

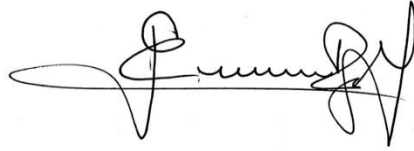
Por último, es cierto que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes tiene una clara connotación pedagógica. Sin embargo, ello no significa que con el pretexto de aquella característica se desconozcan institutos que obran en favor del activo de la delincuencia como lo son las circunstancias que excluyen la responsabilidad. Eso sería tanto como afirmar que un adulto, enfrentado a la misma situación que un adolescente sería tratado con mayores garantías que este, pues a aquel se le precluiría la actuación o se le absolvería mientras que al menor de edad se le procesaría. La conclusión es categórica, si se entiende estructurada, como en este caso, una causal de exclusión de responsabilidad, debe aplicarse por sobre cualquier otro tipo de interpretación, con mayor razón respecto de cualquiera otra que resulte odiosa a los intereses del pasivo de la acción penal.

En consecuencia, ningún reparo merece la decisión del *a quo* por lo que imperará su confirmación.

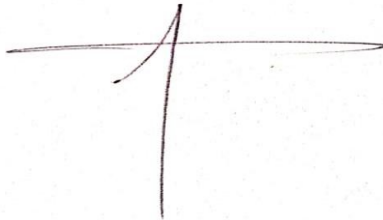
En consecuencia, la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve **CONFIRMAR** la providencias del 28 de marzo pasado, proferida por el Juzgado 5° Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Medellín, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA
MAGISTRADA



GLORIA MONTOYA ECHEVERRI
MAGISTRADA