

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISION PENAL

Auto N°:	011
Radicación:	520016000485- 2018-00804-01 N. I. 26184
Imputado:	EABJ
Delito:	Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.
Acta de Aprobación:	9 del 4 de febrero del 2019

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE MENORES DE 14 AÑOS DE EDAD - Ámbito de protección.

CONSENTIMIENTO DE MENORES DE 14 AÑOS EN DELITOS SEXUALES - Se presume de derecho y como tal no admite prueba en contrario la incapacidad jurídica de los mismos para disponer de su sexualidad.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN - CAUSAL 2ª ART 332 del CPP: Le corresponde a la Fiscalía demostrar la causal de preclusión invocada.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN - ERROR SOBRE LA EDAD DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES DE 14 AÑOS: Su reconocimiento exige plena prueba.

No hay lugar a la preclusión de la investigación adelantada por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, la cual fue solicitada alegando la atipicidad subjetiva de la conducta imputada, basada en “error de tipo” sobre la edad de la víctima, siendo que no se encuentra acreditada fehacientemente la causal postulada, por cuanto existe base demostrativa de que el imputado sabía a ciencia cierta que la víctima era menor de 14 años, lo cual la colocaba en el espectro de protección jurídica para sus derechos sexuales y reproductivos, presumiéndose su incapacidad para auto-determinarse libre y conscientemente hacia el ejercicio de su sexualidad; sin embargo, esto no lo detuvo o no lo inhibió para ejecutar la conducta legalmente prohibida de sostener contactos sexuales con personas que se encuentran en esa fase etaria, surgiendo un importante principio evidencial del dolo con el que actuó; estableciéndose que el ente instructor ha actuado con mucha ligereza al acudir a dicha vía, sin adelantar otros esfuerzos investigativos para establecer la realidad ontológica que permita aproximarnos a decisiones jurídicas justas y con corrección sustancial. /

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, catorce (14) de febrero del dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO A DECIDIR

Procedente del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto (Nariño) ha llegado el proceso penal que por el probable delito de Acceso

Carnal Abusivo con menor de catorce (14) años se adelanta en contra del señor EABJ. Corresponde a la Sala pronunciarse en segunda instancia respecto de la solicitud de preclusión de la investigación que ha extendido el Fiscal 52 Seccional de Pasto, Dr. Jairo Fajardo Rondón, en beneficio del filiado, con fundamento en la causal 2ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal (error de tipo), la cual fue despachada negativamente en auto proferido el 14 de agosto de 2018.

ANTECEDENTES QUE INTERESAN A LA DECISIÓN

Cuenta la historia procesal que el día 4 de mayo de 2018, en horas de la mañana, fue capturado el señor EABJ por funcionarios adscritos a la Subestación de Policía del corregimiento de Genoy, en circunscripción territorial del municipio de Pasto – Nariño, en virtud que fue advertido en plena vía pública de la Vereda Cocha Alta que conduce al Corregimiento de Mapachico sosteniendo relaciones heterosexuales con la jovencita MYNP¹ dentro de un vehículo automotor de servicio público, del cual era él mismo su conductor, la cual resultó ser menor de catorce (14) años, por ser nacida el 14 de enero de 2005, según se colige de la copia del registro civil que reposa a folios 46 de la carpeta.

El día 5 de mayo de 2018 se llevaron a cabo las audiencias preliminares concentradas para legalización de captura, formulación de imputación como autor material del delito de ACCESO CARNAL

¹La Sala suprimirá del texto de la providencia cualquier nombre o información que pueda conducir a la individualización de la víctima menor de edad, no solo por ser un sujeto de especial protección como lo impone el artículo 44 de la Constitución Política y la Ley 1098 de 2006, sino para proteger su intimidad, derecho fundamental de todas las personas, consagrado en el artículo 15 de la CP.

ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, establecido en el artículo 208 del Código Penal, la cual no fue aceptada por el imputado, e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario, la cual se encuentra soportando.

El 4 de julio de 2018 fue radicado en contra de BJ escrito de acusación ante el centro de servicios judiciales de Pasto, cuyo trámite de conocimiento fue asignado al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, en donde se emitió orden verbal para convocatoria a audiencia de formulación de acusación para el martes 14 de agosto de 2018, fecha en la cual el Fiscal 52 Seccional informó al despacho de conocimiento que la defensa del imputado le había hecho entrega de una variedad de elementos probatorios que –en su sentir- modificaban sustancialmente la situación fáctica y probatoria inicial, al punto que extendió solicitud de preclusión de lo actuado con fundamento en la causal 2º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, específicamente porque las evidencias le permitían concluir que EABJ había actuado bajo “Error de Tipo”, porque la menor lo había engañado respecto a la edad, al indicarle que era mayor de 15 años, cuando en realidad aun no alcanzaba el límite etario de los 14 años. Unido a lo anterior, aportó la entrevista y valoración psicológica realizada a la menor M.Y.N.P. en el Instituto Colombiano de Bienestar familiar por el psicólogo Javier Almeida, a quien le manifestó que ella le había mentado a E sobre la edad, diciéndole que tenía más de 15 años, porque tenía miedo de perder la relación que sostenía con él desde noviembre del año 2017. También aportó entrevistas realizadas por la defensa a personas que conocían a la jovencita, las que

reportan que esta reflejaba una edad superior a 15 años, amen que la misma madre de la menor refería que su hija llorando le comentó que ella se sentía culpable de lo ocurrido porque ella le comentó falsamente a su pareja que ella tenía más de 15 años de edad, motivo por el cual había sido detenido. También aportó concepto médico o dictamen pericial privado sobre estimación de edad de la jovencita M.Y.N.P. en la que se concluye científicamente que presenta un desarrollo físico de una persona mayor de 15 años.

Esta solicitud de preclusión fue descorrida a las demás partes e intervinientes, siendo asentida por la representación de la víctima y por la defensa, pero fue inaceptada por la funcionaria titular del despacho de conocimiento, quien emitió auto interlocutorio despachando negativamente la preclusión, el cual fue impugnado por la Fiscalía.

ARGUMENTACIONES DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Indica el despacho de primer grado que con los elementos materiales de prueba, las evidencias físicas y los argumentos expuestos por la Fiscalía se ha podido determinar que para el día 4 de mayo de 2018 la menor MYNP, de 13 años de edad, fue accedida carnalmente por el señor EABJ, al parecer en un contexto de relación sentimental o de noviazgo. Dice que éste hecho se constituye objetivamente en un delito de acceso carnal abusivo, en tanto la edad de la niña fundamenta la presunción de que no está en capacidad de decidir sobre su sexualidad.

Refiere que la menor ha sostenido ante la Policía judicial y en otras oportunidades que ella le mintió a BJ en punto a su edad, convenciéndolo de que tenía 15 años de edad, lo cual podría ser el fundamento para concluir que en el acusado existió un error de tipo, en cuanto al elemento normativo relativo a la edad, lo cual podría convertir en atípica la conducta que se le atribuye. Pero que sin embargo existe una información muy valiosa que no permite dar por consolidada la causal de preclusión esgrimida por la Fiscalía, cuando afirma que al procesado lo conoce desde que tenía 5 años de edad, porque su hermano Wilson de 20 años de edad jugaba con él y la llevaban a ella a verlos. Que desde los 11 años se saludaban y que cuando tenía 12 años le propuso tener una relación sentimental, la cual ella aceptó y mantuvieron esa relación hasta cuando ocurrió el acontecimiento libidinoso que ocasionó su captura y ha motivado el presente trámite.

Para la Jueza de conocimiento estos datos resultan relevantes para concluir que no resulta creíble ni lógico que el procesado BJ no hubiera conocido la real edad de la menor, pues se trataba de una desconocida para él, sino de la pequeña hermana de su amigo de juegos, a quien tuvo ocasión de tratarla desde su primera infancia, prácticamente desde los 5 años.

Concluye que no está debidamente probada la causal de ausencia de responsabilidad esgrimida para precluir la investigación (artículo 32 numeral 10 del Código Penal), motivo por el cual resuelve negativamente la solicitud.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El Fiscal 52 Seccional de Pasto, doctor JAIRO FAJARDO RONDÓN, interpuso el recurso de apelación, el cual sustentó oralmente, indicando que el hecho de que la víctima haya manifestado que conoce al imputado desde temprana edad, no es asumible de por sí que éste conociera realmente la edad de la víctima. Aduce que las edades entre 14 y 15 años son cercanas, y que ello puede generar confusión.

Afirma que no se ha tomado en cuenta la prueba técnica, la cual indica que la jovencita presentaba una edad clínica de 15 años, lo cual muestra que la menor presenta un desarrollo corporal superior al de su edad cronológica.

Afirma que además hay manifestaciones consignadas en entrevistas, y hasta la versión de la misma víctima, que indican que ella siempre informaba que tenía una edad de 15 años. Por eso insiste en que así pudo generarse el error en el acusado, motivo por el cual debe revocarse el fallo de primera instancia y proceder a decretarse la preclusión en favor de BJ, en virtud del reconocimiento del “error de tipo”.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

1.- ¿Hay lugar a precluir la investigación penal seguida en contra del señor EABJ, respecto del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, con fundamento en la causal 2 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal?

2.- ¿Se ha acreditado debidamente que haya incurrido el imputado BJ en error de tipo invencible, que torne en atípico el comportamiento por el cual ha sido denunciado?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia.-

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto es competente para conocer este asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la revisión por vía de apelación de un auto proferido en primera instancia por un Juez Penal del Circuito de éste distrito judicial.

2.- Anotaciones preliminares.-

En orden a definir el caso, con la corrección jurídica que corresponde, la sala estima necesario abordar anticipadamente algunas conceptualizaciones básicas sobre las figuras jurídicas de la preclusión de la investigación, el ámbito de protección de los derechos sexuales y reproductivos de menores de 14 años de edad, la posibilidad de incurrir en “error de tipo” en las tipologías de abuso sexual contra menores, cuando se desconoce la edad de la víctima, para – finalmente – abordar el caso concreto. Lo anterior debido a que son estos los elementos jurídicos conjugados por el delegado de la

Fiscalía como sustento de su *petitum* de absolución temprana para el imputado BJ.

3.- Sobre la Preclusión de la investigación.

Sea lo primero señalar que a partir del acto legislativo 003 de 2002, que modificó – entre otros – el artículo 250 de la Constitución Política Colombiana, se le atribuyó a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal en virtud de la cual debe investigar los hechos de connotaciones punibles, siempre y cuando obtenga elementos de juicio suficientes sobre su probable configuración. Este dispositivo aparece desarrollado en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004.

Esta misma legislación procesal prevé que cuando la Fiscalía no encuentre mérito para acusar a una persona indiciada o imputada, debe acudir al juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la investigación según las causales previstas en la ley. Bajo esa órbita, debe entenderse que el citado instituto procesal conlleva la terminación de la actuación penal sin que haya lugar a agotar todas las etapas del proceso, ante la ausencia de mérito para formular cargos en contra del acriminado. Se trata, por tanto, de una determinación de carácter definitivo adoptada por el juez con funciones de conocimiento, por cuyo medio se ordena cesar la persecución penal respecto de los hechos materia de investigación, la cual hace Tránsito a Cosa Juzgada Material.

Son los artículos 331 a 335 del Código de Procedimiento Penal los que regulan la preclusión de la investigación, estableciendo que

puede ser decretada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, incluso antes de la formulación de la imputación, esto es en las fases de indagación, investigación y hasta en la de juzgamiento, cuando encuentre acreditada una de las situaciones contempladas en el artículo 332 de dicha codificación adjetiva; todo esto generalmente a solicitud de la Fiscalía, siempre que haya necesidad de valoraciones respecto de aspectos subjetivos y, excepcionalmente, con capacidad de postulación de las partes cuando se trata de causales eminentemente objetivas. Las siguientes son las circunstancias que dan lugar a Preclusión de la Investigación: ⁽¹⁾Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal (muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querella, desistimiento, pago, indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley), ⁽²⁾Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal², ⁽³⁾Inexistencia del hecho

² Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

- 1.- En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
- 2.- Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
- 3.- Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
- 4.- Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

- 5.- Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
- 6.- Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

- 7.- Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

- 8.- Se obre bajo insuperable coacción ajena.
- 9.- Se obre impulsado por miedo insuperable.
- 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.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

investigado, ⁽⁴⁾Atipicidad del hecho investigado, ⁽⁵⁾Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, ⁽⁶⁾Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, y ⁽⁷⁾Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho Código.

Debe precisarse que las causales 1 y 3 del canon 332, relativas a la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, son aquellas que también pueden ser solicitadas por el Ministerio Público o por la Defensa en la etapa de juzgamiento.

También debe referirse que, según precedente o decisión de la Corte Constitucional³, avalado por la Corte Suprema de Justicia, es posible que una vez incoada la preclusión por la Fiscalía la defensa coadyuve la petición, invoque una causal no esbozada y controvierta los argumentos de los demás intervinientes, con lo cual el juez tendrá

11.- 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.

12.- El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

³ Sentencia C-648 del 24 de agosto de 2010, por cuyo medio se declaró inexecutable la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, así: “En efecto, la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, si bien tiene sentido en relación con las víctimas y el Ministerio Público, constituye una medida de intervención desproporcionada del legislador en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, por cuanto no busca la consecución de ningún fin constitucionalmente admisible. Sin lugar a dudas, permitirle a la defensa tan sólo una intervención limitada, excepcional y poco consecuente con su actuación en el curso de una audiencia de petición de preclusión, es una medida que no apunta a (i) racionalizar un proceso penal de corte acusatorio; (ii) tampoco constituye un rasgo definitorio o esencial de aquél, ni (iii) mucho menos atenta contra los derechos y las garantías de las demás partes e intervinientes en el proceso. Por el contrario, facultar al defensor del imputado para que interviniera no sólo en caso de oponerse a la petición del fiscal, sino además cuando desee desplegar otras actuaciones más acordes con su papel en el proceso penal, tales como (i) coadyuvar a la solicitud de la Fiscalía; (ii) alegar una causal de preclusión distinta de la planteada por la órgano investigador; o (iii) controvertir los argumentos de los demás intervinientes, le permitirá al juez de conocimiento contar con más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de petición de preclusión”.

más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de la solicitud.

De igual manera, se ha precisado jurisprudencialmente que *“Constituye carga ineludible de la Fiscalía demostrar la causal de preclusión invocada, lo cual implica entregar a la judicatura elementos de juicio que comporten certeza, plena prueba o conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la estructuración de la misma⁴. Excepcionalmente⁵ se puede llegar a ella por aplicación del principio in dubio pro reo previsto en los artículos 29 de la Carta Política y 7º de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se haya desplegado un trabajo investigativo integral sobre todas las hipótesis delictivas derivadas de la noticia criminal y agotado el acopio de los medios de convicción racionalmente recaudables, sin que se pueda despejar la incertidumbre en torno a los elementos del delito”⁶.*

4.- Sobre el ámbito de protección de los derechos sexuales y reproductivos de menores de 14 años de edad, a través del artículo 208 del Código Penal Colombiano.

El legislador Colombiano, ejerciendo su labor constitucional de desarrollar la política criminal del Estado, materializó en el libro segundo, título IV de nuestra legislación penal sustantiva (ley 599 de 2000) la protección de los derechos a la libertad, integridad y formación sexuales de los ciudadanos colombianos; pero específicamente con el artículo 208 penal buscó salvaguardar los derechos sexuales y reproductivos de los niños y niñas menores de 14 años, quienes son sujetos de especial protección dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro.

⁴ Ver auto del 1 de febrero de 2012, radicado 36407. MP: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

⁵En este sentido se ha pronunciado la Sala en anteriores ocasiones, por ejemplo en el proveído del 14 de noviembre de 2012, Rad. No. 40128.

⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de abril de 2013, radicado 40.367. MP. María del Rosario González Muñoz.

La anterior es una situación que va en concordancia con normas como el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), la que específicamente en su artículo 18, determina lo siguiente: *“Derecho a la integridad personal: Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario. Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.”*

Y de igual forma dicha disposición guarda correspondencia con nuestra norma de normas, donde se establecen las garantías fundamentales de los niños, específicamente en el Art. 44 de la Constitución Nacional se determina: *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.*

Vale destacar en este punto la premisa final establecida por este artículo, que determina en gran parte el fundamento de la política criminal creada para la protección de los menores, dado que su estado de vulnerabilidad manifiesta y su inmadurez emocional en aspectos valorativos exigen del Estado una amplia defensa y resguardo de estos pequeños seres, porque constituyen el futuro de nuestra Nación.

También la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre las razones o motivos fundamentales por los cuales se reconocen a los derechos de los niños una categoría y valor especial, según se extracta:

“La jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección reforzada de los derechos de los niños y de las niñas encuentra sustento en varias razones, entre las cuales se resaltan tres. La primera es que la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defender los de otros grupos que no se encuentran en tal situación. La segunda es que es una manera de promover una sociedad democrática, cuyos miembros conozcan y compartan los principios de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. La tercera razón tiene que ver con la situación de los menores en los procesos democráticos. La protección especial otorgada por el constituyente a los menores es una forma corregir el déficit de representación política que soportan los niños y las niñas en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate parlamentario”.⁷

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 507 del 2004. M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

En conclusión, es a través de este espectro normativo y jurisprudencial que podemos definir la gran importancia que tienen los derechos de los niños, infantes y adolescentes en nuestro Estado Social y Democrático, de donde se funda la necesidad de crear políticas criminales lo suficientemente valederas y representativas que efectivamente permitan el pleno desarrollo integral de los menores, materializando de esta forma las agudas normas nacionales e internacionales que se han percatado de la necesidad de reforzar el amparo hacía los niños, porque son la base primordial de una sociedad.

De esta manera se ha instaurado a través del derecho penal la tutela de estos importantes bienes jurídicos (vida, integridad personal, libertad, integridad y formación sexuales, indemnidad de los derechos reproductivos, etcétera), para que la protección de los mismos sea holística y realmente materializada, a efecto que los menores puedan crecer en un ambiente sano y lleno de armonía; estableciéndose de este modo que -para nuestro caso en concreto- lo que se tutela a través del Art. 208 del Código Penal es la integridad y formación sexual de los menores de 14 años, quienes jurídicamente no están habilitados para disponer libremente de sus derecho sexuales y reproductivos, dado que el legislador creó una presunción de derecho o de carácter *“iuris et de iure”*, es decir de carácter absoluto y que no admite prueba alguna en contrario, al establecer en los artículos 208 y 209 del Código Penal (modificados por los artículos 4 y 5 de ley 1236 de 2008) fuerte conminación o amenaza con la imposición de largas penas privativas de la libertad (prisión) a quien *“... acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años”* o *“... realizare actos sexuales diversos del*

acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales"; para el primer evento la penas establecidas son de prisión entre 12 y 20 años, mientras que en el segundo evento la prisión va de 9 a 13 años.

De lo indicado emerge cantarino que las personas que se encuentren en ese rango etario (menores de catorce años) no gozan de capacidad legal alguna para auto-determinarse libre y conscientemente hacia el ejercicio de su sexualidad, razón más que suficientes para concluir - en primer lugar- que el grado de inmadurez de los menores de 14 años no les permite auto dirigir sus conductas amoratorias de una forma adecuada, en cuanto a las consecuencias negativas que para su vida, desarrollo y formación integral les acarrea el hecho de empezar una vida sexual temprana; es por ello que a través de nuestra legislación punitiva se ha buscado resguardar estos derechos, que son de suyo fundamentales, y de contera se protege a la infancia que es la base primordial de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. En segundo lugar, y a manera de conclusión, debe indicarse que la aparente voluntad sexual expresada por los menores de 14 años no puede ser tomada en cuenta como aspecto determinante para exonerar a alguien de la responsabilidad penal que acarrea el haber ejercido conductas de acceso carnal o actos diversos del acceso carnal con estos menores, o en su presencia, debido a que estos preadolescentes no se pueden dirigir a sí mismos en sus conductas sexuales y, por ello, se presume de derecho y como tal no admite prueba en contrario la incapacidad jurídica de los menores de catorce (14) años para disponer de su sexualidad o concupiscencia, es decir que resulta jurídicamente inexistente cualquier expresión de lubricidad

que estos hagan, de suerte que son las personas mayores de edad quienes deben abstenerse y de cualquier manera evitar la realización de comportamientos sexuales con estos menores o en su presencia, porque la ley penal califica estos reatos como abuso sexual y sanciona con prisión el aprovechamiento de esa inmadurez psicológica, según se indicó en la lectura de los artículos 208 y 209 del Código Penal vigente.

Al respecto ha dicho el alto tribunal de justicia penal ordinario:

“Reitera la Sala la fuerza de dicha presunción y su condición de incontrovertible, por manera que cualquier esfuerzo por demostrar que el joven menor de 14 años estuvo de acuerdo con sostener contacto sexual con otra persona que ya contaba con la capacidad de auto determinarse en este aspecto, en orden a ser desligado de toda responsabilidad penal, resulta inocuo, al igual que aquel dirigido a acreditar que el menor no sufrió ningún tipo de afectación a su libertad, formación e integridad sexuales, pues dada la presunción de derecho que lo protege, toda interferencia libidinosa con un joven o niño menor de 14 años, va dirigido a inducirlo u obligarlo a realizar conductas determinantes para el desarrollo de un ser humano, que aún no está en capacidad de comprender”.⁸

5.- El manejo jurídico del “error sobre la edad de la víctima” (error de tipo), en los delitos de abuso sexual contra menores de 14 años.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de agosto del 2011, radicado 33.006, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

Es de antiquísimo uso⁹ el argumento del error en la apreciación de la edad del menor abusado sexualmente, como estrategia defensiva para excusarse de responsabilidad penal, en asuntos como el que se tiene entre manos; es que al tener establecida la ley penal el límite de los catorce (14) años de edad para presumir “*iuis et de iure*” el momento en el que se adquiere capacidad o poder de disposición sexual por los ciudadanos, resulta obvio que en los casos del sujeto que de manera invencible considera que la persona con quien mantiene la relación (acceso carnal o acto sexual diferente) es mayor de catorce (14) años, se configura una casual de ausencia de responsabilidad (ERROR DE TIPO)¹⁰, que elimina el dolo y por supuesto la tipicidad de la conducta.

Igual se está de acuerdo con la doctrina que “... no siempre se acierta en la edad aproximada de una persona, y en los casos de impúberes en tránsito a su adolescencia, la cuestión se puede tornar más difusa. De allí que muchos puedan fundadamente equivocarse ...”. “Otra cosa es el aspecto probatorio del asunto. Si se trata de un mero recurso defensivo o de una realidad, es cuestión que corre con la contingencia de su prueba. En la práctica, se apela a los dictámenes médico legales sobre la apariencia de la menor, a circunstancias externas que puedan indicar el conocimiento o no, y a la misma impresión empírica que el Juez pueda hacerse de la menor, guardada la aproximación temporal con el hecho”¹¹

⁹ Ver: ARBOLEDA VALLEJO, Mario. RUIZ SALAZAR, JOSE ARMANDO. “MANUAL DE DERECHO PENAL”. Tomo II, Parte Especial, Los Delitos en Particular. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2002. Páginas 226 y 227. TORRES TÓPAGA, William. “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES”. En texto colectivo “LECCIONES DE DERECHO PENAL”. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2003. Página 830.

¹⁰ Consecuente con esta descripción, la Sala Penal de la Corte en sentencias del 23 de mayo de 2007 (radicado 25405) y del 23 de mayo de 2018 (radicado 46992) ha señalado que esta figura «se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa»¹⁰. En otras palabras, el error de tipo se concreta cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad.

¹¹ TOCORA, Luís Fernando. “DERECHO PENAL ESPECIAL”. Octava edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá D.C. 2002. Página 266.

El problema no es entonces plantear el fenómeno jurídico del “Error de Tipo”, sino de probarlo certeramente, toda vez que los precedentes jurisprudenciales del alto tribunal de justicia penal establecen que para el reconocimiento de causales de ausencia de responsabilidad se requiere plena prueba, esto es que cada causal alegada *“...debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esta actitud justificable no existió”*¹².

6.- Análisis del caso concreto.

Anticipa la Sala su conformidad con el fallo de primer grado, en cuanto negó el decreto de preclusión del asunto seguido contra EABJ, al no encontrar que la conducta que se le atribuye sea atípica por falta de dolo o que se haya demostrado fehacientemente la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, como es la establecida en el artículo 32 numeral 10 del Código Penal, conocida como “Error de Tipo”; las argumentaciones fácticas, jurídicas y probatorias que sirven de soporte a esta tesis son las siguientes:

6.1.- Los elementos materiales de prueba recopilados en la investigación han permitido establecer que la menor MYNP es nacida el día 14 de enero del año 2005, de suerte que ha sido el mismo día del año que avanza cuando cumplió los 14 años de edad, que es el límite fijado por el sistema jurídico Colombiano para adquirir la libertad o poder de disposición responsable de la sexualidad propia. (Ver registro civil de nacimiento con indicativo serial 38205501 a folio 46 de la carpeta).

¹² Sentencias del 25 de julio de 1948, 28 de noviembre de 1950 y 8 de febrero de 1995.

6.2.- Los hechos base de imputación penal han tenido ocurrencia aproximadamente a las 11:20 horas de la mañana del día 4 de mayo de 2018, cuando fue sorprendido en situación de flagrancia delictual el señor EABJ, por miembros de la Policía Nacional, momento en el cual sostenía relaciones sexuales con la menor MYNP al interior de un vehículo automotor de servicio público, siendo inmediatamente capturado como autor material del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, establecido en el artículo 208 del Código Penal vigente, merced a que la jovencita le reportó a los uniformados que contaba con 13 años de edad en ese momento.

Para la Sala de decisión resulta visiblemente demostrada la tipicidad objetiva de dicho reato criminal, merced a la información entregada bajo la gravedad del juramento por el funcionario captor de la Policía Nacional, adscrito a la Subestación de Genoy – Pasto - Nariño, ROBERT RUALES MONCAYO, en entrevista rendida ante investigador del CTI. De la Fiscalía, el mismo día de los hechos (folios 54 a 56 de la carpeta), lo cual igualmente lo consignó y rubricó en el informe de Policía de Vigilancia (folio 57), el cual sirvió como noticia criminal para dar curso a la investigación penal contra EABJ.

6.3.- Estos acontecimientos fueron ratificados por la misma menor MYNP en entrevista forense semiestructurada realizada formalmente por el funcionario psicólogo investigador del CTI de la Fiscalía JONNATHAN DAVID ORBES CHAVES, debidamente autorizado por la madre de la menor, la cual se llevó a cabo aproximadamente desde las 16:45 horas del mismo día de los hechos (4 de mayo de 2018) en

un consultorio de psicología del Hospital Infantil los Ángeles de la ciudad de Pasto, en la cual la menor refirió que contaba con 13 años de edad y relató pormenorizadamente cada uno de los actos previos, concomitantes y posteriores al sorprendimiento que les hiciera la Policía a ella y a EABJ sosteniendo relaciones sexuales dentro de un vehículo automotor y en plena vía pública.

Dicha entrevista fue debidamente filmada a través de cámara de video, de la cual aparece una copia entre folios 41-42 de la carpeta. En ella resulta igualmente relevante el apartado de interrogatorio visible y audible en el record 07:24 a 08:18, que tiene el siguiente contenido:

Psicólogo Investigador: Tú me hablas de un amigo que se llama E,

¿Te sabes el nombre completo de E?

Menor MYNP: Sí.

Psicólogo: ¿Cuál es el nombre completo?

MYNP: EABJ.

Psicólogo: ¿Tú sabes qué edad tiene él?

MYNP: 29 años.

Psicólogo: ¿E sabía qué edad tenías tú?

MYNP: Sí.

Psicólogo: ¿Y tú por qué crees que él sabía tu edad?

MYNP: Porque él me preguntó a mí cuando comenzamos a ser amigos.

Psicólogo: ¿Hace cuánto son amigos?

MYNP: 3 años.

Psicólogo: Aparte de la amistad, ¿Ustedes tienen otro tipo de relación?

MYNP: Sí, de novios.

Psicólogo: ¿Hace cuánto son novios?

MYNP: Unos 3 años.

Resulta asaz indicante la forma tranquila como la menor enfrenta las preguntas de su interrogador, así como la espontaneidad y desprevenición como emite cada una de las respuestas. No se la observa evasiva, ni vacilante; por el contrario es asertiva y directa, entrega la ciencia de sus dichos y pormenoriza los fundamentos de sus réplicas. Cuando se produce esa entrevista solo habían pasado escasas 5 horas desde la ocurrencia del hecho criminoso, de suerte que la jovencita tenía vívidos sus recuerdos y su proceso de rememoración no ofrecía dificultades, amen que no sopesaba la trascendencia de cada una de las respuestas que ofrendaba, ante la profesionalmente dirigida entrevista que se le realizaba. No se advierte interés mezquino en incriminar a su “novio” EA, como tampoco se colige de sus manifestaciones que se orientara a favorecerlo falazmente; la neutralidad en lo informado, no deja duda.

De la naturalidad, franqueza y hasta ingenuidad de su relato emerge una importante base demostrativa de que el imputado EABJ sabía a ciencia cierta que ella era menor de 14 años, lo cual la colocaba en el espectro de protección jurídica para sus derechos sexuales y reproductivos, situación que no lo detuvo o no lo inhibió para trasegar en los devaneos amorosos, a pesar de su conocimiento de que existe prohibición legal de sostener contactos sexuales con personas que se encuentran en esa fase etaria, surgiendo un importante principio evidencial del DOLO con el que actuó, en los términos del artículo 22 del Código Penal.

Esta afirmación no resulta insular, aparece respaldada en otro elemento de corroboración periférica, el que se deduce de un apartado de la entrevista rendida por la misma menor MYNP el día 22 de mayo de 2018, cuando ante el psicólogo JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA del ICBF expresó que era novio de EA desde que ella tenía 12 años, y que además *“...yo lo conozco a él desde los cinco años porque mi hermano W el que tiene 20 años sabía ir a jugar con él y mi hermano nos llevaba a verlos jugar y ya bien desde los 11 años ya él me saludaba o yo lo saludaba, yo ya sabía quién era él y él pasaba y me saludaba...”*.

Precisamente porque EABJ acompañó cercanamente el proceso de crecimiento de la citada MYNP desde temprana edad, no resulta admisible admitir ligeramente la tesis defensiva del desconocimiento o engaño en el que supuestamente se encontraba sobre la edad de la menor, respecto de la cual a través de varios medios de convicción pretende acreditar que íntimamente estaba convencido que tenía más de 15 años de edad al momento de los hechos libidinosos que se le atribuyen.

6.4.- Lo que realmente no resulta franco ni espontáneo es la tesis defensiva del “error de tipo”, la cual se encuentra favorecida por el escaso manejo investigativo entregado por el Delegado de la Fiscalía a tan importante evento, quien al Juez de conocimiento ni siquiera le puso de presente los dictámenes científicos sexológico – forenses producidos por medicina legal o por otros funcionarios investidos de funciones de Policía Judicial que abordaron el caso durante la materialización de los llamados “actos urgentes”, a pesar que en el escrito de acusación se refiere que en su poder se encuentra copia de la historia clínica elaborada por el médico ALEXANDER RAMÍREZ

PABÓN, que atendió a la menor ofendida en el Hospital Infantil Los Ángeles de Pasto, ante la ocurrencia del hecho criminal.

Extraña que al auto-convencimiento de la atipicidad subjetiva de la conducta imputada a BJ, basada en “error de tipo”, sobre la edad de la víctima del delito sexual investigado, que es lo que sirve de fundamento a la petición preclusiva, haya llegado el Fiscal 52 Seccional de Pasto con fundamento exclusivo en las informaciones, elementos de prueba y/o material evidencial que le entregara el apoderado de la defensa, cuando ya había radicado el escrito de acusación; peor aún que teniendo a su disposición todo el sistema de Medicina Legal no se haya dado siquiera a la tarea de verificar científicamente con sus peritos oficiales si realmente la menor MYNP tenía un desarrollo físico mayor al que reportaba su edad cronológica, como sí lo concluyó la médico particular YENIFER JIMENA YACELGA ROSERO en su informe rendido el 5 de julio de 2018 al defensor de confianza del acriminado (Ver folios 23 a 25 de la carpeta), el cual, además, no resulta ser una pieza científica conclusiva que otorgue certidumbre en su contenido, toda vez que no cumple a cabalidad con los protocolos legales para su emisión, según pasamos a ver:

Recuerda la Colegiatura que, de acuerdo al Reglamento Técnico para la Estimación de Edad Clínica Forense (versión 03 de diciembre de 2011), la valoración de una paciente para estos menesteres debe hacerse de manera personal, puesto que se deben realizar ciertos procedimientos formales que exigen su presencia física, tales como: a) la toma de la huella del índice derecho, que debe constar en el informe pericial; b) realizar una explicación a la persona que va a ser

examinada sobre la importancia de dicho examen; c) contar con el consentimiento informado por parte de los padres, en caso de que se trate de un menor de edad o incapaz; d) de ser posible, tomar registro fotográfico de la persona que va a ser examinada.

Pero no solo por el cumplimiento de estos requisitos formales es necesaria la comparecencia de la persona a examinar, sino también en la realización misma del examen, puesto que en principio el médico legista debe indagar sobre los antecedentes personales, familiares y sociales *“los que el perito considere de importancia para la interpretación de los hallazgos y la estimación de edad clínica (...)”*¹³, posteriormente deberá interrogar al médico sobre los antecedentes médico-legales que pueda tener la persona *“resaltando aquellos relacionados con eventos o exámenes similares realizados previamente (...)”*¹⁴; Una vez realizado esto, se desarrollará el examen de la cavidad oral que busca *“valorar los parámetros odontológicos para la estimación de la edad clínica”*¹⁵; por último se realizará un examen exterior, que evalúa ciertas características antropométricas y/o sexuales que permitirán realizar una estimación próxima a la edad clínica de la persona examinada.

Dicho examen se dividirá en 2 partes, a saber: la primera tendiente a la toma de medidas antropométricas, entre las que se destaca el peso y la talla de la persona que está siendo examinada; en segundo lugar se debe establecer la ausencia o presencia de caracteres sexuales secundarios, entre los cuales es necesario tener en cuenta -en el caso de las mujeres- los siguientes rasgos: a) características del vello

¹³Reglamento Técnico para la Estimación de Edad Clínica Forense versión 03, diciembre de 2011- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

¹⁴In ídem

¹⁵In ídem

axilar y púbico como grosor, color y distribución; b) características de los senos; c) características de los genitales exteriores femeninos.

En el evento sometido a examen se advierte que el concepto médico o dictamen de estimación de edad clínica forense suscrito por la doctora YACELGA ROSERO no cumple con esos parámetros mínimos y, a pesar de ello, con una simple verificación o examen de la cavidad oral de la jovencita MYNP y de la verificación de sus caracteres sexuales secundarios, sin mayores explicaciones concluye que presentaba para el 5 de julio de 2018 “Hallazgos para una edad clínica aproximada de 15 años”. En la valoración oral advierte que su dentadura era incompleta, que estaba aún en fase de erupción dentaria en sedes incisal y oclusal, lo cual es propio de los preadolescentes; respecto de los caracteres sexuales en zona mamaria (proyección areolar y papilar, forma resalte secundario al nivel de la mama) indica que presentaba “TANNER IV-V”, y a nivel genital, por lo que llama “normoconfigurados femenino” y el vello púbico que observó extendidos por la superficie radial de muslos, determinó que presentaba “TANNER V”.

La ESCALA DE TANNER¹⁶ (o estadios de Tanner) es una valoración de la maduración sexual a través del desarrollo físico de los niños, adolescentes y adultos. La escala define las medidas físicas de desarrollo basadas en las características sexuales externas primarias y secundarias, tales como el tamaño de las mamas, genitales, volumen testicular y el desarrollo del vello púbico y axilar. Estas tablas son usadas universalmente y permiten una evaluación objetiva

¹⁶ (https://es.wikipedia.org/wiki/Escala_de_Tanner).

de la progresión puberal. Esta escala fue ideada por el pediatra británico James Tanner. Hay una variación natural muy amplia entre personas sanas de todo el mundo en el rango de inicio de la pubertad, condicionado por patrones sexuales, familiares y étnicos.

TANNER I O PREPUBERAL	Sin tejido glandular; la areola sigue los contornos de la piel del tórax. Edad normalmente de 10 años o menor.
TANNER II	Botón mamario, con una pequeña zona de tejido circundante glandular; la areola comienza a ensancharse. Edad entre 10 y 11,5 años.
TANNER III	La mama comienza a elevarse, y se extiende más allá de los límites de la areola, que continúa aumentando, pero permanece dentro del contorno mamario. Edad entre 11,5 y 13 años.
TANNER IV	Elevación y aumento de tamaño de los senos; areola y pezón forman un montículo secundario que sobresale del reborde de la mama. Edad entre 13 y 15 años.
TANNER V	La mama alcanza su tamaño definitivo de adulto; la areola vuelve al nivel de la superficie mamaria, pero el pezón sigue haciendo prominencia. Edad 15 años o mayor.

Este dictamen no puede asumirse como concluyente ni certero, se mueve entre determinación de TANNER IV y V para la menor víctima del abuso sexual (edad entre 13 y 15 años), a pesar que en las manifestaciones de lo observado por la médica YACELGA ROSERO, de quien siquiera se conoce ni se aporta su experiencia y formación especializada en temas forenses, no se advirtió que las mamas de la jovencita ya hubieran alcanzado su tamaño definitivo, aspecto que

indefectiblemente la colocaría en un desarrollo sexual para edad clínica de 15 años o más, como fue lo concluido por ella.

Al tenor del artículo 420 Procesal Penal, para la apreciación de la prueba pericial debe tenerse en cuenta la claridad y exactitud de las respuestas del testigo perito, como el grado de aceptación de los protocolos o principios científicos en que se apoya, como la consistencia del conjunto de sus respuestas. Como todo esto falla en el dictamen examinado, porque se trata de conclusiones simples y carentes de explicación de las razones para arribar a tan importante conclusión, sobre la determinación de la edad clínica de la menor MYNP aproximada de 15 años, entonces –por ahora- no hay lugar a reconocerle verosimilitud a dicho dictamen para fines exculpativos anticipados (preclusión).

6.5.- En virtud de lo anterior, al establecerse la existencia de elementos evidenciales e información legalmente obtenida que se contraponen a la labor demostrativa de la figura del “*error de tipo*”, en la que pudo actuar el señor EABJ, basado en la errónea apreciación de la edad verdadera de la víctima, se arrima a la conclusión que en el presente evento la Fiscalía no ha demostrado certeramente la causal de preclusión postulada y que ha actuado con mucha ligereza al acudir a dicha vía, sin adelantar otros esfuerzos investigativos para establecer la realidad ontológica que permita aproximarnos a decisiones jurídicas justas y con corrección sustancial. Consecuencia inexorable de lo anterior es confirmar la providencia venida en apelación.

Sin otras consideraciones el Tribunal Superior del Distrito Judicial de
Pasto – Sala de Decisión Penal –,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio proferido por el
Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, en desarrollo de la
audiencia celebrada el 14 de agosto de 2018, a través de la cual se
despachó negativamente una solicitud de preclusión de la
investigación que había extendido la Fiscalía en favor del señor EABJ,
por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14
AÑOS, de acuerdo a las razones consignadas en precedencia.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que
contra ella no procede recurso alguno.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

HÉCTOR ROVEIRO ÁGREDO LEÓN
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario