

TÍTULO: LA AUSENCIA DE CONFIGURACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL, EN LOS DELITOS ABUSIVOS CON MENORES DE 14 AÑOS. Una mirada constitucional y social¹.

RESUMEN

Este trabajo de investigación pretende establecer si existen casos en que, aun cumpliéndose, el tipo objetivo de los delitos de acto sexual abusivo con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años; antijurídicamente, no exista materialmente una lesión al bien jurídicamente tutelado, debido a la tensión con derechos constitucionales y en consecuencia se pueda concluir que no hubo una verdadera lesión al bien jurídicamente tutelado, del sujeto pasivo de la conducta.

El Código Penal es claro en señalar, que, en casos de relaciones o actos sexuales con menores de 14 años, se debe punir al sujeto activo de la conducta; pero desconoce circunstancias tales como: La aceptación de la menor o el menor en la relación sexual y su no afectación al bien jurídico. El deseo de seguir esa relación sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta. El hecho de querer formar familia entre los sujetos de la conducta punible, y circunstancias análogas, que llevan a una posible tensión entre el bien jurídico que quiere proteger la norma penal y derechos constitucionales, tanto del procesado como de la presunta víctima.

Esta investigación, pretende ser una ayuda para el Juzgador y para una defensa, en casos en que la norma se queda escasa en la solución para situaciones difíciles, por lo que estudiará circunstancias en que aún, existiendo relaciones sexuales o actos sexuales con menores de 14 años, puede llegar a desvirtuarse la antijuridicidad material de la conducta, por ausencia de lesividad al bien

¹ Autora: María Angélica Avellaneda Peña. Abogada Universidad Santo Tomás Tunja. Correo electrónico: mariangel3737@gmail.com

jurídicamente tutelado y en consecuencia, no configurarse conducta punible, por faltar el elemento antijurídico de la misma.

PALABRAS CLAVE

Antijuridicidad, consentimiento, presunción de derecho, principio de lesividad, acceso abusivo, acto abusivo.

ABSTRACT

This research work aims to establish whether there are cases in which, even if the objective type of crimes of abusive sexual act with a minor under 14 years of age and abusive carnal access with a minor under 14 is met; Illegally, there is no material injury to the legally protected good, due to the tension with constitutional rights and consequently it can be concluded that there was no real injury to the legally protected good of the taxpayer of the conduct.

The Penal Code is clear in stating that, in cases of relationships or sexual acts with minors under 14 years of age, the active subject of the conduct must be punished; but it is unaware of circumstances such as: The acceptance of the minor or the minor in the sexual relationship and its not affecting the legal right. The desire to follow this relationship between the active subject and the passive subject of the conduct. The fact of wanting to form a family among the subjects of the punishable conduct, and similar circumstances, which lead to a possible tension between the legal right that the criminal law wants to protect and constitutional rights, both of the defendant and the alleged victim.

This research is intended to be an aid for the Judge and for a defense, in cases in which the norm remains scarce in the solution for difficult situations, so it will study circumstances in which there are still sexual relations or sexual acts with minors under 14 years, the material unlawfulness of the conduct may be distorted, due to

the absence of harm to the legally protected property and consequently not set up punishable conduct due to the lack of the unlawful element of the same.

KEY WORDS

Unlawfulness, consent, presumption of right, principle of injury, abusive access, abusive act

INTRODUCCIÓN

Desde la academia surgen las mejores ideas para la dogmática, pero desde la experiencia surgen los mejores problemas para el Juez y las partes. Este artículo pretende ser la unión de lo anterior, presentando una solución jurídica, dogmática y probatoria tanto para el Juez a la hora de resolver un caso de los denominados “Difíciles²” a voces del Maestro Dworkin, como pretender ser una perfecta estrategia de defensa. Afortunado aquel que le apasione el derecho penal y no pretenda criminalizarlo todo; ese día entenderá la verdadera finalidad del ius puniendi como última ratio.

Para poder hablar de una conducta punible, el Artículo 9º del Código Penal, define los elementos para configurar el delito; indicando que se entiende como toda conducta típica, antijurídica y culpable. Frente a la tipicidad desde la academia, se ha señalado como toda descripción de una conducta en una norma y su adecuación a una realidad, por lo que:

El legislador tiene un compromiso político-social que consiste en determinar en manera precisa, cuál o cuáles conductas perturban la convivencia pacífica, con el desconocimiento de bienes e intereses que en determinado momento histórico resultan de fundamental importancia para los individuos y para la sociedad que lo conforman (Bonilla, 2010).

² Dworkin entiende que estamos ante un caso difícil "cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; el juez -de acuerdo con esta teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido".

Dicha tipicidad, está relacionada con el principio de legalidad, que señala que toda persona debe ser juzgada conforme a las normas preexistentes al acto que se le imputa. Quiere decir esto, que por seguridad jurídica, la norma que castiga una conducta que trasciende al ámbito penal, debe estar previamente señalada como delito en el ordenamiento jurídico.

El segundo elemento que configura la conducta punible, es el referente a la culpabilidad. Según el Maestro Zaffaroni entendida como *“La reprochabilidad de un injusto a un autor, la que solo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna contraria a la norma violada”* (Zaffaroni). Esa culpabilidad, se manifiesta en la circunstancia de poder exigirle a una persona que actúe de otra manera, por su capacidad de autodeterminarse; y en el caso de haber infringido una norma penal, imputarle la responsabilidad que conlleva su actuar.

En último lugar, en cuanto al elemento de la antijuridicidad, hay que indicar que esta se divide en formal y material. *“la antijuridicidad formal indica oposición a una ley del Estado y material por cuanto compromete los intereses protegidos por dicha ley”* (Perez, 1997). Por tanto, la antijuridicidad debe ser entendida como lesión al bien jurídicamente tutelado. Dicha clasificación de la antijuridicidad, será la base de este artículo como en líneas adelante se señalará, indicando de manera previa, que en toda conducta punible; si bien, puede tener el elemento de la antijuridicidad formal, no siempre comprometerá una antijuridicidad material.

Para entender si se configura la comisión de un delito, no solamente se debe creer que es toda conducta descrita en la norma penal, sino que de conformidad con el artículo 9º del Código Penal, se hace imperativo que se cumpla con los tres elementos; Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Ahora bien, en cuanto a los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acto sexual abusivo con menor de 14 años, que, de ahora en adelante, se denominarán “DE LOS ACTOS ABUSIVOS”, como lo establece el capítulo II, Título IV, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, de los artículos 208 y 209 del Código Penal; surgen varios inconvenientes, orientados a que no siempre que haya relación o acto sexual con un menor de 14 años, se va a afectar su bien jurídicamente tutelado.

Se determinará, en qué casos, excepcionalmente puede llegar a desvirtuarse la antijuridicidad material de la conducta, por existir tensión entre el bien jurídico y derechos constitucionales del procesado y la presunta víctima, que permitirán así, excluir la antijuridicidad material de la conducta punible, por no existir afectación al bien jurídicamente tutelado, que la norma penal pretende proteger.

Este artículo no va orientado a estudiar a plenitud las diferencias conceptuales y jurisprudenciales frente a estos dos tipos penales, pero se hará una breve diferenciación de los mismos, pues resulta pertinente, aclarar al lector la postura frente a este artículo, pues según las diferencias dadas, será aplicada esta teoría única y exclusivamente en el caso del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y no en cuanto al delito de acceso carnal violento, siempre y cuando se logre probar la ausencia de antijuridicidad material, por lo que no pretende ser una vía para despenalizar dichos punibles en todos los casos.

Tampoco este artículo va orientado a una defensa en cuanto a un posible error de tipo o de prohibición como estrategia de defensa, que, si bien puede llegar a operar, es materia distinta a este objeto de estudio, dado no a una causal eximente de responsabilidad³ del artículo 32 del Código Penal, sino a desvirtuar el

³ De igual manera, el artículo 32 del Código Penal, frente a las causales eximentes de responsabilidad penal, en el numeral segundo, indica que existirá ausencia de responsabilidad cuando: “Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede

elemento antijurídico de la conducta punible. No es lo mismo hablar de una casual de justificación de la antijuridicidad (En donde se reconoce el elemento antijurídico, pero justifica su actuar); que hablar de una circunstancia en donde existe prueba que no se configuró la antijuridicidad material, desvirtuándose un elemento inescindible para que se cumpla la conducta penal.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Frente a los punibles que se estudiarán en este artículo de investigación, surgen varios problemas que a la hora de aplicar el derecho penal, no fueron previstos por el legislador, y el Juzgador casi siempre por obediencia y acatamiento a la norma y ley, ha aplicado el derecho penal, sin detenerse a analizar situaciones distintas a las que dieron origen a la tipificación de dichos punibles.

El primer inconveniente radica, en que según la norma penal, el menor de 14 años no tiene consentimiento para aceptar una relación sexual; el hecho que tenga relaciones sexuales, ya lo hace sujeto pasivo de una conducta punible. La norma fue tipificada protegiendo a un menor, pero también supone indiscriminadamente que este menor de 14 años no tiene voluntad, ni consentimiento para aceptar una relación sexual, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia.

Resulta pertinente suponer, que a voces del Doctor Zaffaroni existe una oposición a una ley, en este caso a los artículos 208 y 209 del Código Penal, que protegen la libertad, integridad y formación sexual de los menores de 14 años cuando tienen

disponer del mismo" (Código Penal, 2000). El delito aquí estudiado, parte de la base que el o la menor de 14 años no tienen consentimiento, por tanto, no operaría esta casual como eximente de responsabilidad, habida cuenta que el artículo 32 indica que existirá ausencia de responsabilidad penal cuando haya consentimiento de la víctima, pero siempre y cuando ella pueda disponer del mismo; pero por expresa prohibición legal, el menor no tiene esa capacidad de decisión, máxime como se estudiará más adelante; desde la jurisprudencia se tiene, como presunción de derecho la incapacidad del menor de 14 años al decidir tener una relación sexual.

relaciones sexuales; existiendo una presunción de derecho frente a la incapacidad del menor de 14 años, de consentir un acto o relación sexual; presunción que según la jurisprudencia, no admite prueba en contrario, anticipándose de una vez, a la postura que dicha presunción es una flagrante vulneración al derecho de defensa, siendo poco garantista con el procesado, y llevando a una mayor vulneración a los derecho del sujeto pasivo de la conducta.

El segundo inconveniente que se vislumbra, es que no siempre hay un verdadero compromiso de los intereses protegidos por dicha ley; es decir, el hecho de proteger el bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual, no quiere decir que en todos los casos se afecta gravemente dicho bien y en consecuencia, no se configura una antijuridicidad material en la conducta desplegada por el sujeto activo, desvirtuándose uno de los elementos de la conducta punible como se estudiará más adelante.

En tercer lugar, puede llegar a darse una contradicción entre la norma civil, la norma penal y la misma Constitución, por lo siguiente:

El Código Civil, señala en su artículo 140 numeral 2º las causales de nulidad del matrimonio en los siguientes términos:

Artículo 140. Causales de Nulidad. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

2o) Aparte tachado inexecutable cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce <atorce>, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.

Aparte subrayado declarado executable, tachado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-507-04 de 25 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, '...

entendido de que la edad para la mujer es también de catorce años.
(Código Civil, 1887)

La anterior norma establece, que es nulo el matrimonio de menores de 14 años; pero el matrimonio de los mayores de 14 años y menores de 18 años es válido siempre y cuando medie permiso de los padres. Ahora, a modo de ejemplo; ¿Qué ocurriría en el caso que un menor de 14 años, tenga relaciones sexuales con su pareja?; a priori se debe responder que según la norma penal esto se debe castigar penalmente de conformidad con los artículos 208 y 209 del Código Penal. En el mismo caso, ¿Qué ocurriría si ese menor de 14 años decide contraer matrimonio posterior a las relaciones sexuales con el sujeto activo de la conducta?; respuesta que con una primera leída del ordenamiento jurídico colombiano, no es nada fácil de responder, pero que al interior de este artículo se van a dar las distintas salidas jurídicas de defensa como de solución judicial para casos difíciles, en donde un simple análisis positivista⁴ jamás responderá a una verdadera justicia material y real.

Puede notarse cómo, por un lado, la norma penal, castiga el acto o acceso sexual abusivo con el menor de 14 años; pero pueden haber circunstancias, que, aún existiendo esa relación o acto sexual, ese menor quiera formar matrimonio o familia con el sujeto activo de la conducta. La norma penal establece que, si además de tener relaciones sexuales con una menor de 14 años esta resulta embarazada, se agravará la conducta. ¿Será que el derecho penal debe punir y llevar a la cárcel al sujeto activo de la conducta, cuando es su querer formar familia con la presunta víctima que considera el Estado?.

⁴ El positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho positivo, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre. Véase http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf

Todas las conductas formalmente típicas, no son antijurídicas. Ello es consecuencia del carácter formal de la descripción típica, que no puede abarcar el contenido de la antijuridicidad material que ha de entrañar una conducta. De esta forma podemos encontrar conductas típicas que no son antijurídicas y por tanto no pueden recibir ningún reproche jurídico penal. (cuesta)

Los tipos penales “de los actos abusivos”⁵ son claros en determinar que cualquier persona que tenga relaciones sexuales con menor de 14 años, es sujeto activo de esta conducta punible y por ende debe pagar una pena.

Empiezan a surgir problemas, de cómo deben actuar los distintos funcionarios frente a una realidad que la norma nunca fue capaz de prever; y cómo podría existir una defensa, cuando de manera desconsiderada recae una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, frente a la ausencia de consentimiento del menor de 14 años, para consentir una relación o acto sexual.

En último lugar, y que, si bien no es el objeto central de esta investigación, es que existe otra problemática, debido a que actualmente en Colombia no hay una diferencia clara en cuanto a el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y el delito de acceso carnal violento, pues no existe un consenso frente a la diferencia de los dos tipos penales cuando el sujeto pasivo es un menor.

Por un lado, hay quienes indican que el acceso carnal violento se da indistintamente de la edad del sujeto pasivo siempre y cuando haya violencia; es decir, si hay un menor de 14 años a quien lo accedieron carnalmente por la violencia, se estaría hablando de este tipo penal, mientras que, en el acceso carnal abusivo con menor de 14 años, primero no existe violencia y segundo el

⁵ La expresión “De los actos abusivos” hace referencia los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

sujeto pasivo de la conducta sería determinado o cualificado siendo un menor de 14 años.

Por otro lado, hay otras posturas de quienes señalan que el acceso carnal violento se consuma, cuando se accede violentamente a un sujeto pasivo siendo este mayor de 14 años; mientras que, en el acceso carnal abusivo con menor de 14 años, como el menor no tiene consentimiento para aceptar una relación sexual, ocurra con violencia o sin violencia, se estaría frente a este tipo penal, concepto que desde ya no se comparte y debe aclararse debido a que la postura que se estudiará en este artículo es en el entendido y en cuanto al tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de 14 años⁶; en el caso en que no hubo violencia, y se entiende abusivo por el único hecho de ser menor de 14 años y pese a la aceptación del menor en la relación sexual, esta se debe punir según la legislación Colombiana.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Existe la posibilidad de exclusión de la antijuridicidad material, en casos de los delitos de acto sexual abusivo y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cuando haya una posible tensión entre el bien jurídico y derechos fundamentales y, en consecuencia, se logre desvirtuar la afectación al principio de lesividad??

JUSTIFICACIÓN

Este trabajo de investigación, pretende presentar casos en los cuales, frente a los tipos penales de acto sexual con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con

⁶ Es importante aclarar, que este artículo va dirigido exclusivamente en cuanto al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y no frente al acceso carnal violento; pues su diferencia conceptual, permitirá entender la propuesta de esta investigación. Si bien la diferencia de estos tipos penales no es objeto de la investigación del presente artículo, si resulta pertinente señalarla brevemente, para afirmar la postura de la antijuridicidad exclusiva del acceso abusivo con el menor de 14 años en casos excepcionales.

menor de 14 años, se configuran desde su aspecto típico; pero, que frente al elemento antijurídico de la conducta punible, se puede llegar a desvirtuar dicho aspecto del injusto penal, por no existir materialmente una lesión al bien jurídicamente tutelado, debido a la tensión entre el bien jurídico y derechos constitucionales, por ausencia del principio de lesividad.

Para nadie es un secreto que en Colombia se tiende a punir y criminalizar cualquier problema social. El derecho no puede quedarse en retroceso, y los hechos y contextos de hace unos años, no son los mismos de hoy en día. Es así, como las generaciones van avanzando y el derecho no puede quedarse atrás respecto a cómo un menor puede ser tratado y si tiene o no consentimiento y capacidad de decisión.

Según el artículo 3º del Código Penal, “Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”. (Código Penal, 2000); razón por la cual, se debe analizar, si resulta necesaria una pena, cuando probatoriamente se concluya que no hubo lesión al bien jurídicamente tutelado.

El derecho penal no puede ser ajeno a una realidad que la norma nunca previó. Es necesario entender que el Estado no puede actuar como agente oficioso y reclamar una lesión a un bien jurídicamente tutelado que no existe.

Esta investigación, pretende ser una ayuda para el Juzgador y para una defensa, en casos en que la norma se queda escasa en la solución de situaciones difíciles.

OBJETIVO GENERAL

Analizar la posibilidad de exclusión de la antijuridicidad material, en casos de los delitos de acto sexual abusivo y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cuando haya una posible tensión entre el bien jurídico y derechos fundamentales y, en consecuencia, se logre desvirtuar la afectación al principio de lesividad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Definir qué se entiende por antijuridicidad y principio de lesividad
2. Determinar en qué casos se puede desvirtuar la antijuridicidad material, en los delitos de acto sexual abusivo y acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

METODOLOGÍA

- TIPO: Jurídica
- TEÓRICA
- ENFOQUE: Cualitativa
- TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS: Fuente primaria: Leyes, Jurisprudencia
- MÉTODO: Analítico (Descomponer)- descriptivo (Características).

ANTI JURIDICIDAD MATERIAL EN LOS DELITOS “DE LOS ACTOS ABUSIVOS”.

*Alguna vez dos niños se enamoraron. María de 13 años, entregó su amor a Carlos de 17 años. El final no siempre es como el que venden en un cuento de hadas. En esta historia, Carlos cumplió su mayoría de edad, se vió incurso en un proceso penal. Años después gracias a una justicia tardía, un Juez decidió condenado a vivir su amor tras las rejas, mientras María y el fruto de su amor Andresito, lo visitan domingo a domingo contemplando una justicia fallida tanto para la presunta víctima, como para quien condenaron como victimario. **¡Administrando justicia en el nombre de la Republica de Colombia, se ha condenado a una familia!***

Las anteriores líneas no son una típica novela negra, son un pequeño resumen de los hechos de las innumerables sentencias que se han proferido condenando injusticias.

Cuando un determinado comportamiento humano encuadra plenamente en la amplia descripción que de él hace el legislador, dicese que la conducta es típica; cumplida esa fase propedéutica el juez debe indagar, mediante juicio de valor, si al propio tiempo ella lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el interés jurídico que el Estado pretende tutelar; sin justa causa, el interés jurídico que el Estado pretende tutelar, es antijurídica. (Echandía, 1989)

El respetado Doctor Echandía en la anterior cita, ha dejado una carga tan grande al Juez, que tristemente no se ha cumplido años después por el operador judicial. Es claro que cuando se está frente al concepto de antijuridicidad, quien es el competente de verificar este elemento de la conducta penal, es el Juez, pues éste es el encargado de realizar dicho juicio de valor. Ese juicio de valor se debe entender como: *“El resultado jurídico objeto de juicio de antijuridicidad formal es el producto de una operación jurídica, mientras que el material es producto de una conducta”* (Jaime Bernal Cuéllar, 2019).

En cuanto a los delitos “de los actos abusivos”, es claro que existen resultados jurídicos objeto de un juicio de antijuridicidad, que claramente al ponerlo en contexto al tipo penal, se diría en principio que se está lesionando el bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual⁷. Sin embargo, si estudia el ámbito de la antijuridicidad material, frente a los casos que se plantearon al inicio de este artículo, es claro que dicha conducta puede constituir

⁷ La postura que se plantea es que frente a los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acto sexual abusivo con menor de 14 años, puede existir una antijuridicidad formal de la conducta; pero que en casos específicos, el elemento de la antijuridicidad material, será el que se podrá desvirtuar.

un resultado jurídico que no va a afectar gravemente el bien jurídico que quiere tutelar el Estado.

Visto esto, se puede deducir que, cuando se habla de tipicidad, el legislador se encargó de determinar en la ley (Código Penal), los elementos de la descripción típica que permiten hablar de delito; mientras que cuando se habla de la antijuridicidad, si bien es cierto, el legislador en cuanto a los tipos penales de acuerdo a la vulneración al bien jurídicamente tutelado, habla de la antijuridicidad, es claro que se debe realizar un juicio de valor, que permita definir si en el caso en concreto, existe no solo una antijuridicidad formal, sino también material.

Según Claus Roxin

“El injusto material de la lesión de bienes jurídicos, puede excluirse por el hecho de que en caso de colisión de dos bienes jurídicos se prefiere el interés por el bien jurídico más valorado sobre el menos valorado, con el que el resultado es que pese al sacrificio de un bien jurídico se produce algo socialmente provechoso o al menos no se produce un daño social jurídico penalmente relevante.” (Hidalgo, 2007)

Igualmente ocurriría en el caso de derechos sobre bienes jurídicos, cuando se prueba que no hubo afectación al bien jurídico, y en cambio, reconocer una presunta lesión que no fue grave, si llevaría a afectar directamente derechos tanto del procesado como de la presunta víctima. No se puede suponer o presumir una lesión que objetivamente no sucedió.

Cuando al estudiar un caso concreto el analista emite de manera positiva los juicios de conducta y de tipicidad, el paso siguiente es determinar si el actuar humano ubicable en dichas categorías contradice el ordenamiento jurídico en su conjunto o pugna con él y si, además, lesiona o amenaza el bien jurídico. Puede suceder que la

conducta típica no esté amparada por un permiso para actuar y que, sin embargo, tampoco sea antijurídica, porque no alcance a amenazar o a lesionar el bien jurídico amparado en cada caso concreto por la ley. (Velásquez, 2014)

Visto esto, es claro que no se puede suponer indiscriminadamente que siempre que haya relaciones o actos sexuales con un menor de 14 años, ya se cumple la tipicidad y antijuridicidad, sino que todo lo contrario; será cada caso específico, que permitiría demostrar, que si bien, puede ser una conducta típica, no siempre será antijurídica.

La antijuridicidad debe ser entendida como un juicio negativo de valor mediante el que se determina si la conducta típica y antinormativa pugna con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza o lesiona el bien jurídico tutelado. En otras palabras: no basta con la verificación de la ausencia de una norma o permisiva o causal de justificación-aspecto formal-, sino que es indispensable determinar si la conducta en estudio representa una amenaza o daño para el bien jurídico-aspecto material-. (Velásquez, 2014)

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Cuando se habla antijuridicidad, se debe señalar que está directamente relacionada con el principio de lesividad de la norma penal. Es decir, si una conducta no lesiona gravemente un bien jurídicamente tutelado, esta no puede concebirse como conducta punible.

Frente al principio de lesividad se ha indicado:

Si por la lesividad de una conducta se entiende de manera general la “perturbación de la estructura normativa de la sociedad” o un no mucho más preciso “daño social”, es difícil que el principio de ofensividad pueda operar

como un límite a la potestad punitiva y, en particular, que pueda impedir la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere “inmoral”. En resumidas cuentas, precisamente por su extrema generalidad e indeterminación, el principio de ofensividad interpretado en términos de lesividad del sistema social en general, antes que, de bienes jurídicos determinados en concreto, no es capaz de desenvolver ningún rol de limitación al arbitrio punitivo ni de garantía de las libertades individuales. En cambio, puede fundar y justificar formas anti-garantistas e iliberales de Derecho penal máximo y de maximización, caracterizadas por la intolerancia hacia el disenso, y puede operar sólo como fuente de legitimación, pero no de deslegitimación del Derecho penal. (Ferrajoli, 2012)

Conforme a lo anterior, si se tiene en cuenta que en Colombia la presunción de la falta de consentimiento del menor de 14 años, viene de años atrás; claramente se tendría que es una muestra, que dicha afectación al bien jurídico, seguramente está más ligada a un supuesto daño social, que a una afectación siempre a la víctima; pues en la práctica, no se está estudiando cada caso en específico, sino aplicando una norma de manera desconsiderada.

Podría llegar a pensarse, que muchas veces se puede ver las conductas del acto o acceso carnal abusivo con menor de catorce años, reprochable por un sistema judicial o social, porque no está bien visto que un menor de 14 años tenga contacto sexual. Claramente en todos los casos no pasa esto, pues en aquellos en que se permita probar que verdaderamente no hubo afectación al bien jurídicamente tutelado del menor, es claro que no hay afectación a ese principio de lesividad que pretende proteger el derecho penal.

Es innegable decir, que hay tipos penales que se deben punir, por grave afectación al bien jurídico. Pero en aquellos casos, en que no se vulnere ese bien jurídico, y no haya trasgresión a ese principio de lesividad, por más típico que sea,

no hay razón alguna para que se hable de la configuración de un punible, pudiendo evidenciarse, que lo que existe, a voces del Maestro Ferrajoli, se interpretaría como la lesividad del sistema social en general, antes que, de bienes jurídicos determinados en concreto.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Colombia). Sala Penal. Radicado. 31362. 13 de mayo del 2009 se indicó:

El principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en éste caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo espacial diferente. (C.S.J; 2009)

Conforme a lo citado, es claro que, si bien existen punibles, como los dos estudiados en esta investigación, el operador judicial debe ir más allá de lo expresado en la literalidad de la norma y verificar si existe o no, esa antijuridicidad material de la conducta expresada en principio de lesividad.

Resulta pertinente aclarar, que según la Corte Suprema hay una diferencia entre la antijuridicidad material y el principio de lesividad.

El principio político-criminal de lesividad, que dogmáticamente resulta aprehendido por la antijuridicidad material, guarda la denominación tradicional que viene desde el Código Penal actual, puesto que ya no

aparece como un mero referente para la construcción de la dogmática, sino que se trasluce en sus propias categorías con efectos sustanciales. Queda fortalecido con la introducción de la expresión “efectivamente” en cuanto a la afectación al bien jurídico(...). (princio de lesividad, 2006)

Quiere decir ello, que si bien el artículo 11 del Código Penal establece los dos conceptos referentes a la antijuridicidad y el principio de lesividad; el primero hace referencia a una característica dogmática, mientras que el segundo ,a un principio político criminal, de castigar con pena lo que afecte o lesione gravemente el ordenamiento jurídico.

Para poder entender si puede surgir una posible tensión entre el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, frente a derechos constitucionales, se hace necesario identificar sus diferencias.

Respecto al bien jurídico, *“siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el “bien jurídico” puede ser entendido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”* (KIERSZENBAUM, 2009). Frente a este concepto surgen varias dudas, en cuanto a qué se entiende como interés vital, si ese interés vital es individualizado, o por el contrario tiene que ser general a la sociedad.

Por otro lado, Claus Roxín define bien jurídico como *“Todas aquellas circunstancias dadas o finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo y para la realización de sus derechos fundamentales en el marco de un sistema estatal estructurado sobre la base de esa concepción de los fines”*.

Si se realiza una analogía entre los conceptos anteriores y el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual en los casos señalados en este artículo, se tendría, que si el bien jurídico se refiere a las circunstancias para el libre desarrollo

del individuo, en este caso del menor o la menor, y éste decide que su querer es continuar la relación con el presunto sujeto activo de la conducta formando familia; o existe prueba de la ausencia de lesión alguna sobre dicho bien, no habría configuración del elemento antijurídico, por ausencia de lesión del bien jurídico del sujeto pasivo. Se tiene al bien jurídico como un interés que debe ser respetado por la sociedad y que tiene protección legal; pero que no es en sí mismo un derecho, sino que tiende a irradiar su protección a los mismos derechos.

En cuanto al objeto de estudio, es claro que frente al caso en que se desvirtúe la antijuridicidad material, no habría lesión a un bien jurídico, y en cambio, se protegerían derechos constitucionales y sería una solución mucho más proporcional y justa, que aplicar una pena.

Conforme a lo anterior, el bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual, es individual; por lo que permitiría en casos concretos estudiar si en verdad hubo lesión al bien jurídicamente tutelado, y de probarse que no la hubo, se estaría frente a la ausencia de antijuridicidad material.

Cuando por un lado, se tiene que la protección de dichos tipos penales, está dada respecto del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, pero esta se ve confrontada frente a derechos como el libre desarrollo de la personalidad del menor, derecho a una familia, derechos de los niños; es claro que existe una tensión entre el bien jurídico vs derechos constitucionales, que la norma nunca previó.

Para poder saber si no existe lesión al bien jurídicamente tutelado, es necesario determinar conceptualmente a que se refiere dicho bien jurídico con cada uno de sus elementos.

El derecho a la sexualidad, *“es una construcción social y simbólica, que se forma a partir de la realidad biológica, psicológica, cultural, histórica de las personas en*

una sociedad determinada; e involucra aspectos emocionales, comportamentales, cognitivos y comunicativos para un desarrollo en el plano individual como en el social.” (Cartilla de aprendizaje: Caminemos juntos. Algunas orientaciones y herramientas para la, 2014)

La libertad sexual, se refiere a:

"Facultad del ser humano de autodeterminar y autorregular su vida sexual; está unida naturalmente a las finalidades específicas de la sexualidad humana y al concepto de dignidad que gravita sobre todo hombre".

El Derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexual del cuerpo Incluye la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la vida sexual propia, dentro de contexto de la ética personal y social. También están incluidas la capacidad de control y disfrute de nuestros cuerpos libre de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo. El derecho a fortalecer la autoestima y autonomía para adoptar decisiones sobre la sexualidad. (Parra, 2000).

El bien jurídico de la formación sexual, entendido como la protección a tener una educación en el ámbito de la sexualidad.

Frente a la definición de los elementos que configuran el bien jurídico, se debe concluir que es más amplia su conceptualización en cuanto a los derechos sexuales que desengloban el derecho a la libertad, integridad y formación sexual. Quiere decir lo anterior, que existe por un lado un bien jurídico que protege la norma penal, y por otro lado, disposiciones constitucionales, legales y convencionales que protegen ese mismo bien jurídico, pero como derechos.

Por lo anterior es claro, que no en todos los casos como lo presume la norma penal, el menor se ve afectado en su bien jurídico. Todo lo contrario, hay eventos

en que se les debe proteger sus derechos, para garantizar lo que Claus Roxin indicó, referente al libre desarrollo del individuo; para la materialización de sus derechos fundamentales.

DIFERENCIA ENTRE ACCESO CARNAL VIOLENTO Y ACCESO CARNAL ABUSIVO

Se hace necesario dedicar un espacio para diferenciar estos dos delitos, puesto que muchas veces ni la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha podido definir de manera unánime dicha diferenciación. Para poder entender su diferencia conceptual, es necesario hacer un recuento normativo de su tipificación en Colombia.

En el Código Penal de 1936, se tipificó el delito de Acceso Carnal, que indicaba, respecto a la violencia carnal:

Artículo 317. El que someta a otra persona al acceso carnal, sin su consentimiento y mediante el empleo de la violencia física o moral, está sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión.

A la misma sanción está sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia (Codigo Penal , 1936)

Posteriormente el Código Penal Decreto Ley 100 de 1980 en su artículo 298, frente al Acceso carnal violento, indicó:

El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, estará sujeto a la pena de dos (2) a ocho (8) años de prisión.

En cuanto al acceso carnal abusivo con menor lo consagró en el artículo 303:

El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

Actualmente el Código Penal, ley 599 del 2000, con sus respectivas modificaciones, los define:

Artículo 205. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años

Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. (codigo penal, 2000)

Como se puede evidenciar, desde el Decreto 100 de 1980, se empezó a diferenciar estos dos tipos penales, consagrándolos en artículos distintos.

Por otra parte, en el texto legal de 1936, las conductas violentas y abusivas se encontraban reunidas en el analizado artículo 316, respondiendo a la necesidad de penarlas del mismo modo, como modalidades comisivas de la conducta de violencia sexual. El Código Penal de 1980 separó estas conductas entre violentas y abusivas; es decir, según el modo comisivo o el medio para cometer el acceso carnal, porque se estimó, con razón, que ontológica no jurídicamente podía sostenerse que este acto fuese violento. (Flórez)

En cuanto a la diferenciación conceptual y dogmática respecto a los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acceso carnal violento, la postura que se mantiene es la siguiente:

En ninguno de los dos casos existe consentimiento. De hecho, cuando el legislador crea el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14

años lo hace para generar una presunción de que los menores de 14 años no pueden prestar válidamente su consentimiento para actividades sexuales; y esa es una presunción que no admite prueba en contrario. La diferencia entre el acceso carnal violento y el acceso carnal abusivo con menor de 14 años es el empleo de la violencia, en cualquiera de sus formas, es decir, tanto física como psicológica, que solo se da en el primero de los delitos mencionados. (Reyes, 2020)

Dicho esto, es que en casos en que haya violencia ya sea física o psicológica, se está frente al tipo penal de acceso carnal violento con independencia que sea un menor de 14 años, mientras que en el acceso carnal abusivo con menor de 14 años no existe dicha violencia. Debe aclararse que este artículo no va orientado a que en todos los casos del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años hay ausencia de antijuridicidad; sino única y exclusivamente, cuando se logre desvirtuar la antijuridicidad material, por falta de lesión al bien jurídico tutelado de la presunta víctima; por lo que será en casos particulares y específicos que con elementos materiales probatorios logre llegarse a dicha conclusión.

No en todos los casos de relaciones o actos sexuales con un menor de 14 años se produce grave afectación al bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual. En dichos delitos, es posible desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta cuando:

- El menor de 14 años sigue aceptando la relación sexual, sin que exista prueba de lesividad al bien jurídicamente tutelado
- Cuando el menor de 14 años quiere formar familia con el sujeto activo de la conducta.
- En los casos en que si bien, no existe ánimo de continuar la permanencia de la relación sexual, hay prueba de que existe ausencia de lesividad del bien jurídico, del sujeto activo de la conducta punible.

- En casos análogos a los anteriores, que permitan demostrar objetivamente la ausencia de lesividad al bien jurídico del menor de 14 años.

PRIMER ANTECEDENTE JURÍDICO DE INEXISTENCIA DE LA CONDUCTA PUNIBLE EN EL EVENTO DE CONTRAER RELACIONES SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS.

Desde el Decreto Ley 100 de 1980, se inició la diferenciación conceptual de los punibles de accesos violentos, de los accesos abusivos. Pues bien, en dicha década, existió una incongruencia en la norma penal y en la norma civil.

Por su parte la norma penal, condenaba el acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Por otro lado, la norma civil, permitía el matrimonio de la mujer menor de 14 años, mayor de 12 años, haciendo referencia de que operaba la nulidad de matrimonio del varón menor de 14 años y de la mujer menor de 12 años, siendo legalmente permitido el matrimonio de la mujer mayor de doce años y menor de dieciocho años siempre y cuando mediara el permiso de los padres.

En otras palabras, esto quería decir, que mientras el Código Penal prohibía las relaciones sexuales de la mujer menor de 14 años, siendo punible el realizarlas, el Código Civil permitía el matrimonio de la mujer menor de 14 años, mayor de 12, y claramente dentro de los deberes conyugales, la relación sexual.

Fue así, que mediante Sentencia No. C-146/94 (Demanda de inconstitucionalidad , 1994), que resolvió sobre la constitucionalidad de los artículos 303 y 305 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), se mencionó que:

Puede darse el caso -no contemplado por las normas impugnadas- de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio previamente o se haya establecido una familia por vínculos naturales. **En esos eventos es claro que no se habría cometido el delito pues existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita.** (Negrillas fueras del texto)

De lo descrito anteriormente, se debe tener en cuenta dos aspectos importantes: El primero, dicha sentencia fue en cuanto a la constitucionalidad del Decreto Ley 100 de 1980. En dicho Decreto fue desarrollado el primer supuesto que puede llegar a soportar jurídicamente, la hipótesis dada en este artículo, en cuanto a la ausencia de delito, pero por una justificación del hecho, como lo mencionó en ese entonces la Corte.

El segundo aspecto que toma relevancia, es que dicha interpretación de constitucionalidad, no fue en la vigencia de la Ley 599 del 2000, y si se tiene una visión exegética de interpretación, solo aplica dicho análisis para ese entonces el Decreto que estaba en vigencia. Ahora bien, como el derecho no es estático, es claro que si se tiene una interpretación sistemática, y supuestos similares, entiéndase que el tipo penal, en un caso análogo, esta sentencia sería el respaldo jurídico a la presente postura de inexistencia de delito, por razón del matrimonio o conformación de una familia, pero no como una causal de justificación de esa antijuridicidad, sino como ausencia de antijuridicidad material.

En ese breve análisis de la Corte, hay repercusiones que seguramente al día de hoy, nunca se han tenido en cuenta, y esto es referente al supuesto de hecho de que **“se haya establecido una familia por vínculos naturales”**. En esos eventos, es claro que no se habría cometido el delito pues existiría una clara

justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita, como lo indico en su momento la Corte.

Jurídicamente hablando, sería el único antecedente jurisprudencial, que permitiría dar vía a que en casos en que hayan relaciones sexuales con menor de 14 años, y se decida conformar familia, no serían punibles dichas relaciones, por lo que según todo el análisis realizado al interior de este artículo, el bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual, NO SERÍA VULNERADO, sino desplazado por uno prevalente como lo es el de la familia; dando lugar al adagio del principio de lesividad, consistente en que no hay delito sin daño. Es importante señalar, que la postura se comparte parcialmente, en el entendido que no habría delito en dicho caso, no por una causal de justificación de la antijuridicidad, sino como se ha venido desarrollando, una consecuencia de la ausencia de la antijuridicidad material.

EL CONSENTIMIENTO NO ES VÁLIDO PARA SUSTENTAR LA AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL, A LUCES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia, frente a los tipos penales objeto de análisis en el presente artículo, fue la SP921-2020 Radicación N° 50889 Magistrado Ponente GERSON CHAVERRA CASTRO del 06 de mayo de 2020, en dicho pronunciamiento indicó la Corte:

De lo expuesto, se concluye sin dubitación que contrario a lo afirmado por el demandante, la Sala reconoce que en el tipo penal del artículo 208 existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, razón por la cual, el bien jurídico tutelado se vulnera efectivamente cuando se accede carnalmente al menor de catorce años aún con su consentimiento.

De otro lado, desde el Código Penal del 36 que consideraba violación carnal el acceso carnal con menor de catorce años, el legislador siempre ha presumido iuris et de iure la inmadurez de juicio del sujeto pasivo para prestar el consentimiento y su falta de desarrollo para realizar tal acto. (Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, 2020)

De dicho análisis, se comparte parcialmente la postura adoptada por la respetada Corte Suprema de Justicia. Si bien, se comparte, que efectivamente al día de hoy en Colombia, no se permite prueba en contrario frente al elemento del tipo penal objetivo, entiéndase el sujeto pasivo de la conducta (menor de 14 años) y su ausencia de consentimiento; no se comparte la afirmación de la Corte, en cuanto a ampliar dicha presunción, a los distintos elementos de la conducta punible, como lo es presumir la vulneración al bien jurídicamente tutelado, sin que admita prueba en contrario.

De dicho pronunciamiento, es que se deduce que la Corte ha indicado la presunción de pleno derecho en cuanto la inmadurez del sujeto pasivo respecto de su consentimiento. Lo que se evidenció con el último pronunciamiento de la Corte, fue que dió por sentado, que dicha presunción iba no solo respecto del consentimiento, sino de la antijuridicidad, siendo grave dicha conclusión respecto al derecho de defensa que le concierne al procesado y respecto al principio de lesividad.

Es como si a priori, le dieran a entender al procesado, que ya el legislador y Juzgador, tienen por cierto que su conducta es típica y antijurídica, y que la única razón de su defensa sería respecto de la culpabilidad. Interpretación restrictiva y vulneradora de derechos para el procesado y para la misma víctima. Poco garantista dicha postura actual; pues el Estado no puede presumir como víctima, a

quien no se siente como tal y máxime cuando objetivamente se prueba que no hubo lesión alguna

LA PRESUNCIÓN IURIS ET DE IURE⁸ FRENTE AL CONSENTIMIENTO DEL MENOR DE 14 AÑOS.

La Corte Suprema de Justicia en vigencia del Código de 1980, entendió *“la presunción de la incapacidad del menor para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad y la invalidez de su consentimiento en aras de la supuesta ausencia de antijuridicidad cuando lo ha prestado”* (Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, 2020).

Dicha interpretación lleva a dos conclusiones: La primera a que el menor tiene incapacidad para determinarse en cuanto a la sexualidad; y la segunda, que no se permite el consentimiento del menor para alegar ausencia de antijuridicidad. Última conclusión, que lleva *prima facie* a decir que si bien, el consentimiento no es prueba de ausencia de antijuridicidad, no se puede negar *per se*, que puedan existir otros elementos probatorios que permitan concluir la ausencia de antijuridicidad, pues dicha presunción es exclusiva respecto de la ausencia de consentimiento del menor.

El Estado no puede responder, que independientemente de lo que se pueda probar en un juicio, la ley presume incapaz al menor para decidir sobre su sexualidad y que siempre que haya acto o acceso sexual con un menor de 14 años, es antijurídica la conducta. Precisamente es allí donde el operador judicial

⁸ La presunción iuris et de iure o de derecho o absoluta, como se conoce en la doctrina, es aquella que viene desde la ley y no admite prueba en contrario de lo que presume. Mientras que cuando se hace referencia a la presunción iuris tantum, ésta sí admite prueba en contrario, siendo posible refutar lo que presume.

debe analizar el caso en concreto, y determinar el problema jurídico base de esta investigación, en cuanto a si es antijurídica materialmente dicha conducta.

Más adelante en la misma providencia señala la Corte:

De lo expuesto, se concluye sin dubitación que contrario a lo afirmado por el demandante, la Sala reconoce que en el tipo penal del artículo 208 existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, razón por la cual, el bien jurídico tutelado se vulnera efectivamente cuando se accede carnalmente al menor de catorce años aún con su consentimiento. Lo anterior, porque lo que presume el legislador es la falta de capacidad del menor para comprender “el significado social y fisiológico del acto”, o mejor aún, las consecuencias que se derivan de él, al considerar que no está preparado para asumir o enfrentar los eventuales resultados que se derivan del trato sexual.

Llama la atención, cuando se señala que lo que se presume, es la falta de capacidad del menor de comprender “*el significado social y fisiológico del acto*”. El legislador lo presume, pero el Juez es quien lo resuelve, y no le queda nada fácil la tarea, sino llanamente de aplicar la pena, porque todos los presupuestos objetivos se cumplirían.

Según dichos fallos, hay presunción *iuris et de iure* en los delitos de acceso y actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Se debe tener en cuenta, si dicha presunción es respecto de los elementos del tipo, o también abarca la antijuridicidad.

La teoría expuesta en el presente artículo, va orientada a que dicha presunción cobija únicamente el aspecto típico de la conducta, es decir, en cuanto a uno de sus elementos, como lo es el sujeto pasivo, en este caso el menor de 14 años;

quien se presume no tiene consentimiento para tener una relación sexual. Siendo típica la conducta y desde la dogmática, no habría discusión en cuanto a los elementos del tipo penal.

Pero ahora bien, el motivo de disenso va en cuanto a que la conducta punible al no configurarse exclusivamente con la tipicidad de la misma, sino al necesitar ser antijurídica y culpable, dicha presunción no puede abarcar el elemento antijurídico.

Al procesado, debe garantizársele el debido proceso y el derecho defensa, y éste se debe manifestar, en el hecho de probar las circunstancias que se le acusan con los distintos elementos materiales probatorios. En este caso, frente a los tipos penales estudiados, la circunstancia de que el menor de 14 años sabe el significado social y fisiológico que implica el acto o acceso sexual y aunado ello, la víctima lo acepta tanto en juicio, como con las diferentes pruebas que se practiquen al interior del proceso, que no hubo lesión alguna a su bien jurídico protegido; no asistiría razón alguna, para que esas consideraciones no sean tenidas en cuenta en un juicio y en cambio opere de pleno derecho, dicha presunción que a este criterio, se torna anacrónico y poco garantista al derecho de defensa y al derecho de las víctimas; por lo que se concluye, que dicha presunción no opera respecto a la antijuridicidad, sino única y exclusivamente en cuanto a la ausencia de consentimiento del menor de 14 años.

Fíjese cómo, desde la misma Corte Suprema de Justicia existe una incongruencia en lo siguiente; indicó la Corte:

En principio, la presunción *iuris et iure* en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, per sé no elimina el error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal. La admisión de una tal tesis, opuesta al principio de culpabilidad que orienta al derecho penal vigente contemplado en el artículo 12 del Código Penal, reviviría la proscrita

responsabilidad objetiva. Bastaría establecer el injusto, para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente. (Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, 2020)

No podría creerse, que la presunción a la que se hace referencia, cobija también el ámbito de la antijuridicidad y per se no admita prueba en contrario. Esto daría lugar a la misma conclusión anterior, de que se estaría frente a un tipo de responsabilidad objetiva. Lo que sí debería entenderse, y es la propuesta que se ha discutido, es que dicha presunción sea respecto del tipo penal objetivo, en cuanto a su elemento “sujeto pasivo de la conducta”, y su ausencia de consentimiento para aceptar un acto o relación sexual, que no admite prueba en contrario. Pero en ningún caso, trascender dicha presunción al ámbito de la antijuridicidad, pues sería quebrantar garantías desde la dogmática penal, en cuanto al principio de lesividad, garantías del procesado y de la víctima.

Una cosa es el consentimiento y otra cosa muy distinta la forma en que se puede probar que no hubo antijuridicidad. En ningún momento, el ordenamiento jurídico colombiano, indica que la única forma de probar la antijuridicidad respecto a estos punibles, sea bajo el supuesto del consentimiento del menor. Todo lo contrario, a la defensa debe garantizársele probar, por qué, aun existiendo una relación sexual o acto sexual con un menor de 14 años; a pesar de ello, la conducta no es antijurídica, porque esta última no depende de un consentimiento, sino que en verdad dicho acto haya vulnerado el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual. Aspectos que al parecer, en la Corte aún no están claros, confundiéndose que al presumirse la inmadurez del menor de 14 años para consentir una relación sexual, por ende ya hay antijuridicidad en la conducta.

CONCLUSIONES.

1. Según las disposiciones legales y jurisprudenciales, actualmente en Colombia el consentimiento del menor de 14 años no admite prueba en

contrario, pues recae una presunción iuris et de iure o de derecho, respecto a la incapacidad del menor para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad.

2. El consentimiento del menor de 14 años, por sí solo no permite desvirtuar la antijuridicidad de la conducta. Es necesario acreditar y probar que no hubo afectación al bien jurídico del menor, con cualquier elemento probatorio que así lo demuestre.
3. No en todos los casos de relaciones o actos sexuales con un menor de 14 años, se produce grave afectación al bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual. En dichos delitos, es posible desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta cuando:
 - El menor de 14 años sigue aceptando la relación sexual, sin que exista prueba de lesividad al bien jurídicamente tutelado
 - Cuando el menor de 14 años quiere formar familia con el sujeto activo de la conducta.
 - En los casos en que si bien, no existe ánimo de continuar la permanencia de la relación sexual, hay prueba de que existe ausencia de lesividad del bien jurídico, del sujeto pasivo de la conducta punible.
 - En casos análogos a los anteriores, que permitan demostrar objetivamente la ausencia de lesividad al bien jurídico del menor de 14 años.
4. La teoría del caso de la defensa, de una persona investigada por cometer acto sexual o acceso carnal abusivo con menor de 14 años, puede estar dirigida a desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta. Al desvirtuarse la antijuridicidad material, no se podría hablar

de la consumación de una conducta punible, por ausencia del elemento antijurídico, que resulta ser inescindible para configurar el delito.

5. El operado judicial, puede absolver a un procesado por delitos abusivos contra menores de 14 años, cuando se logre probar que no hubo afectación grave a su bien jurídico, por ausencia de antijuridicidad material de la conducta, siendo jurídicamente posible, por falta de configuración de una categoría dogmática para conformar el delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, SP921-2020 Radicación N° 50889 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 06 de Mayo de 2020).

Bonilla, E. J. (2010). *Teoría del Delito*.

Cartilla de aprendizaje: Caminemos juntos. Algunas orientaciones y herramientas para la. (2014).

Código Civil, Ley 57 de 1887 (Congreso de la República de Colombia 20 de Abril de 1887).

Código Penal, LEY 95 DE 1936 (Congreso de la República 24 de 04 de 1936).

Código Penal, 100 (Congreso de la República 23 de 01 de 1980).

Código Penal, ley 95 de 1936 (Congreso de la República 24 de 04 de 1936).

Código penal, Ley 599 del 2000 (Congreso de la República 2000).

Constitución política de Colombia (Congreso de la República de Colombia 1991).

Cuesta, A. P. (s.f.). *tipicidad e imputación objetiva*. ediciones jurídicas cuyo.

Demanda de inconstitucionalidad, C 146-1994 (Corte Constitucional 23 de Marzo de 1994).

Echandía, A. R. (1989). *Antijuridicidad*. Bogotá : Temis.

Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, 100-114.

Flórez, M. C. (s.f.). Evolución jurisprudencial, doctrinal y normativa de los delitos de acceso carnal violento y abusivo con menor de cuatro años en Colombia: Especial referencia a la figura del consentimiento. En M. C. Cifuentes, *Gaceta judicial 130 años de historia jurisprudencial colombiana*.

Hidalgo, J. L. (2007). Derecho Penal Parte General. En J. L. Hidalgo, *Derecho Penal Parte general*.

Jaime Bernal Cuéllar, J. A. (2019). *Lecciones de derecho penal* . Bogotá: Universidad externado de colombia .

KIERSZENBAUM, M. (2009). EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL.ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS DESDE LA ÓPTICA DE LA DISCUSIÓN ACTUAL. *Lecciones y ensayos*, 187-211.

Parra, P. A. (2000). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Leyer.

Perez, L. C. (1997). *Tratado de derecho penal*. Bogotá: Temis.

princio de lesividad, 23843 (Corte Suprema de Justicia Sala Penal 19 de enero de 2006).

Reyes, Y. (26 de 06 de 2020). En los delitos sexuales sobre menores nunca es válido el consentimiento. *Semana*.

Velásquez, F. V. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Zaffaroni, E. R. (s.f.). *Tratado de derecho penal* . Buenos Aires: ediar.