

LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL POR AUSENCIA DE LESIVIDAD EN LOS
DELITOS ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS EN COLOMBIA. UNA MIRADA
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL

MARÍA ANGÉLICA AVELLANEDA PEÑA
MANUEL RODRÍGUEZ ACEVEDO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA
TUNJA
2022

LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL POR AUSENCIA DE LESIVIDAD EN LOS
DELITOS ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS EN COLOMBIA, UNA MIRADA
CONSTITUCIONAL Y SOCIAL

MARÍA ANGÉLICA AVELLANEDA PEÑA
MANUEL RODRÍGUEZ ACEVEDO

Tesis para obtener el título de Magister en Derecho Penal y Procesal penal

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA
TUNJA
2022

RESUMEN

El presente trabajo de investigación emerge de la inquietud de analizar los elementos objetivos de los tipos penales abusivos de la libertad, integridad y formación sexuales, y a partir de ellos identificar en qué casos, no obstante recaer la conducta punible en menores de catorce años, no se lesiona el bien jurídico referido.

Para arribar a la resolución del problema jurídico se tuvo que analizar el concepto dogmático de la antijuridicidad, bien como categoría autónoma del delito o como elemento esencial para determinar en qué eventos se lesiona o pone efectivamente en peligro el bien jurídico.

Así mismo, nos apoyamos en diversas decisiones proferidas por las Honorables Cortes Constitucional, Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Jueces de la República, al interior de las cuales se estudiaron casos similares como los que nos interesa concluir en los que no se actualizó el concepto de lesividad y que por lo mismo se acudió en la mayoría de ellos a la preclusión de la investigación, lo cual no obsta para que bajo las mismas circunstancias se profiera una sentencia absolutoria en favor del sujeto activo de la acción.

Por último, y en lo que concierne a la capacidad del menor para disponer libremente sobre su sexualidad, nos apoyamos en ciencias tales como la psicología y la sociología para fundamentar que no es lo mismo analizar el comportamiento y desarrollo de un menor de edad al momento de construir la norma jurídica que pretende proteger sus intereses y los actuales adolescentes que si bien ostentan una minoría de 14 años, no por ello pueden calificarse automáticamente como incapaces desde la órbita del derecho penal.

Palabras Clave: Antijuridicidad material, principio de lesividad, delitos abusivos con menores de 14 años, familia, consentimiento.

ABSTRACT

The present research work emerges from the concern to analyze the objective elements of the abusive criminal types of sexual freedom, integrity and training, and from them to identify in which cases, despite the relapse of the punishable conduct on minors under fourteen years of age, the aforementioned legal good is not injured.

To arrive at the resolution of the legal problem, the dogmatic concept of anti-juridically had to be analyzed, either as an autonomous category of the crime or as an essential element to determine in which events the legal good is injured or effectively endangered.

Likewise, we rely on various decisions issued by the Honorable Constitutional Courts, Supreme Courts of Justice, Superior Courts of the Judicial District and Judges of the Republic, within which similar cases were studied such as those that we are interested in concluding in which the concept of harmfulness was not updated and that for the same reason most of them resorted to the preclusion of the investigation, which does not prevent under the same circumstances from issuing an acquittal in favor of the active subject of the action.

Finally, and with regard to the ability of minors to freely dispose of their sexuality, we rely on sciences such as psychology and sociology to establish that it is not the same to analyze the behavior and development of a minor when constructing the legal norm that aims to protect their interests and the current adolescents who, although they hold a minority of 14 years, they cannot therefore be automatically classified as incapable from the orbit of criminal law.

Keywords: Material illegality, principle of harmfulness, abusive crimes with minors under 14 years of age, family, consent.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Problema de investigación

Planteamiento del problema

Pregunta problema

Hipótesis

Objetivo General

Objetivos Específicos

Justificación

Estructura Metodológica Empleada

TÍTULO I. La categoría dogmática de la antijuridicidad y del principio de lesividad en el Derecho Penal Colombiano a partir de su desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal.

Capítulo 1. Desarrollo histórico, conceptual y normativo de la categoría dogmática de la antijuridicidad y de la tipificación de los delitos abusivos.

Capítulo 2. Desarrollo Jurisprudencial de la categoría dogmática de la antijuridicidad y del principio de lesividad, frente a los delitos abusivos.

Capítulo 3. ¿Qué comprende la antijuridicidad como elemento dogmático del delito?

TÍTULO II. Estudio de casos

Capítulo 1. Algunos casos resueltos por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sede de Casación Penal, Corte Constitucional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial e incluso Jueces Penales del Circuito.

Capítulo 2. Problemas que se derivan a partir de las reglas fijadas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, al momento de resolver los casos por delitos abusivos con menores de 14 años.

TÍTULO III. Hacia la consolidación de una propuesta encaminada a que el juzgador analice cada caso en particular, cuando se enfrente a situaciones en que no se lesiona el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, pese a recaer en menor de catorce años.

Capítulo 1. Casos que pueden dar lugar a excluir antijuridicidad material en los delitos abusivos.

Capítulo 2. Posibilidad de incluir el consentimiento del menor de 14 años, como presunción que admita prueba en contrario.

Capítulo 3. Sustento constitucional y legal que permite la aplicación de la propuesta.

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del presente trabajo surge a partir de la interacción entre los dos extremos de la relación académica – profesor – alumno, cuando en el trasegar diario se encuentran algunos de éstos últimos inquietos por el estudio del derecho penal, ávidos de auscultar temas de tanto impacto social como lo son los atentados contra el bien jurídico libertad, integridad y formación sexuales, concluyendo que el análisis de algunos tipos penales no puede detenerse única y exclusivamente en el encuadramiento de la conducta meramente objetiva como si fuera una lista de chequeo, sino que como lo exige la misma judicatura en sus distintos niveles, se requiere un estudio concienzudo, puntualmente del elemento antijuridicidad material, para concluir si evidentemente nos hallamos ante una conducta objeto de reproche o si por el contrario deviene en atípica o antijurídica por echarse de menos éste elemento esencial de la estructura del tipo penal.

El advenimiento del Código Penal – Decreto Ley 100 de 1980 trajo al Derecho Penal Colombiano un cambio de paradigma sobre la forma de interpretar la dimensión del concepto de delito a partir de la fórmula tripartita de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, cual si se tratasen de tres elementos diferentes y aislados para atribuir a una persona la comisión de una conducta reprochable desde la órbita del derecho punitivo.

El Código Penal – Ley 599 de 2000 parte de una concepción dogmática de delito, arraigada como ha sido costumbre al interior del derecho penal colombiano, de la doctrina alemana, bajo la égida de la escuela finalista, sin dejar de lado ideas esenciales de las Escuelas Clásica y Positiva de la doctrina italiana, de gran influencia en nuestros Códigos Penales de 1890 (fundamentalmente clásico) y de 1980 (con gran influencia positivista).

El artículo 12 del Código Penal vigente como forma de materialización del principio constitucional de acto señala que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”, permite así la incorporación al derecho penal colombiano de la teoría de la “imputación objetiva” como institución doctrinal y normativa que señala el horizonte para solucionar las discusiones dogmáticas que inspiraron los códigos anteriores.

No obstante ello, actualmente hay algunos puntos discutibles sobre el significado, alcance y criterios de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, lo cual ha traído como era de esperarse, un ambiente de inseguridad jurídica ante la disimilitud de criterios a la hora de resolver asuntos con aristas análogas, acudiendo en algunos casos a conceptos de antijuridicidad, otras veces sosteniendo que nos encontramos ante eventos de ausencia de lesividad o por qué no decirlo, ante una causal de justificación.

Como lo dijera el maestro Nódier Agudelo Betancur¹ en su obra *La Estructura del Delito en el Nuevo Código Penal*:

“Con la definición dogmática del delito coexisten otras corrientes del pensamiento penal que es necesario no olvidar en orden a aprovechar toda una cultura jurídico-penal dada entre nosotros;

No ha habido una cesura o corte abrupto: no se trata de una revolución jurídica que desconozca elementos actuantes hace años en nuestro ámbito jurídico; se trata más bien de una evolución que mantiene puntos permanentes de las doctrinas tradicionales, pero puestas en contacto con tendencias más modernas, consolidadas unas, apenas en discusión de otras”.

No cabe duda que en el análisis de la conducta punible a partir de la influencia de conceptos dogmáticos disímiles de las diferentes corrientes clásica, positiva,

¹ AGUDELO BETANCUR, Nódier. *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 17

finalista y funcionalista vaya a existir unanimidad, pero lo único cierto es que indistintamente desde la óptica que lo miremos, vamos a hallarnos en casos particulares en los cuales el Estado debe dejar al lado su pretensión punitiva en tanto no se actualice el concepto de antijuridicidad material.

De allí que, con la finalidad de no perder el horizonte de nuestra investigación, concentraremos nuestra atención en el concepto de la ausencia de antijuridicidad material en tratándose de delitos abusivos con menor de catorce años.

Autores como Estrada Vélez dicen que: “la relación de antijuridicidad se consigue, no solamente con la simple confrontación formal de la norma de la conducta humana, sino con la dañosidad o lesividad de la acción producida por el sujeto (...) esa antijuridicidad material”².

En el mismo horizonte, el artículo 11 de la Ley 599 de 2000 consigna una definición en esencia similar, cuando dice: “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”³

Con base en lo anterior, el principio de antijuridicidad en sus dimensiones tanto formal como material, requiere para su estructuración la verificación de tres conceptos a saber: (i) que la conducta que se impute sea típica; (ii) que lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico penalmente tutelado; (iii) que ello sea sin justa causa.

Nuestra atención la centraremos en el segundo de ellos, es decir, verificar en qué casos no se lesiona o se pone efectivamente en peligro el bien jurídicamente tutelado y concretamente el de la “libertad, integridad y formación sexuales” a que

² ESTRADA VÉLEZ, Federico. *Principios rectores y culpabilidad, en conferencias sobre el Nuevo Código Penal Colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1981. p. 13

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599, Op. Cit

alude el Título IV del Código Penal Colombiano, puntualmente en los delitos abusivos con menor de catorce años.

Vale la pena indicar, que nuestra legislación penal fusiona en un solo artículo los conceptos de antijuridicidad formal y material, como si fuera un único concepto, de donde podemos afirmar tal como lo sostiene el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau⁴ en su obra el principio de la antijuridicidad material, que la antijuridicidad material:

- a. No encuentra una regulación nominalmente expresa, sino tácita.
- b. Poca importancia le había dado el legislador, la doctrina y la jurisprudencia en otras épocas.
- c. No está concebida en una forma precisa y delimitada en su contenido, necesitando, obviamente, de concreción y desarrollo,
- d. Toca con la filosofía del derecho penal.

Por lo que, el concepto de antijuridicidad material está sujeto al desarrollo doctrinal y jurisprudencial que al respecto se haga.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del año 2016 asumiendo el estudio de la conducta penal de destinación ilegal de combustible, abordó el análisis cuidadoso del principio de lesividad. En aquella oportunidad la Corte puntualizó, refiriéndose al concepto de antijuridicidad previsto en el artículo 11 del Código Penal, que: “la antijuridicidad exige la superación de la simple oposición entre la conducta realizada y el derecho penal. Es necesario,

⁴ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *El principio de la antijuridicidad material*. Séptima Edición. Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 40

además, que de manera efectiva se ponga en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección.”⁵

Destacando la misma Corporación en otro de sus fallos lo siguiente:

“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 témporo espacial diferente.»⁶

Lo anterior, nos lleva a concluir que la mera causalidad de la conducta realizada, no nos permite atribuir objetivamente el resultado y por lo mismo el reproche penal, en razón a que se exige además que la acción delictiva lesione efectivamente el bien jurídicamente tutelado.

Esta aseveración no es más que la materialización de la dogmática inspiradora de nuestro Código Penal que propugna por la eliminación de la teoría de la responsabilidad objetiva en el derecho penal.

De allí, que el presente trabajo se sustenta a partir de conceptos meramente teóricos, pasando por las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales, hasta arribar a un estadio evidentemente imprescindible, como lo es plantear posibles soluciones a casos en los cuales verificaremos que no se lesionó ni se puso efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador, puntualmente, la libertad, integridad y formación sexual en aquellos casos que

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación 40089, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación 31362, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

empero hallarnos frente a un sujeto pasivo menor de 14 años, el derecho penal no debe intervenir por actualizarse una situación de ausencia de antijuridicidad material.

Se debe mencionar, que el presente trabajo, inició con su problematización e hipótesis, plasmadas en un artículo de investigación, del programa de especialización en derecho penal y procesal penal de la Universidad Santo Tomás, mismo, que se decidió ampliar en el programa de Maestría bajo este trabajo investigativo.

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

A partir de la descripción normativa, jurisprudencial y doctrinal, se busca determinar en qué casos es procedente absolver al acusado ante la ausencia de antijuridicidad material, en tratándose de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

Para poder hablar de una conducta punible el Código Penal⁷, en su artículo 9, define los elementos que permiten la estructuración de un delito, indicando que: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”

En cuanto al elemento de tipicidad, ésta se refiere a toda descripción de una conducta en una norma y su adecuación a una realidad, por lo que, según Bonilla “el legislador tiene un compromiso político-social que consiste en determinar de manera precisa, cuál o cuáles conductas perturban la convivencia pacífica, con el desconocimiento de bienes e intereses que en determinado momento histórico

⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) “Por la cual se expide el Código Penal” Diario Oficial: 44.097

resultan de fundamental importancia para los individuos y para la sociedad que conforman”.⁸,

Dicha tipicidad, está ligada con el principio de legalidad, que señala que toda persona debe ser juzgada conforme a las normas preexistentes al acto que se le imputa. Es así como uno de los pilares fundamentales del principio de seguridad jurídica, deviene en que cualquier conducta punible, debe estar previamente señalada como delito en el ordenamiento jurídico, a fin de garantizar igualmente el principio de legalidad.

El segundo elemento que configura la conducta punible es el referente a la antijuridicidad; concebida desde Welzel como objetiva y subjetiva, ahora último con las concepciones funcionalistas de Claus Roxin y Günter Jakobs entendidas como formal y material.

Autores como Pérez indican que: “la antijuridicidad formal indica oposición a una ley del Estado y material por cuanto comprometen los intereses protegidos por dicha ley”⁹.

En consecuencia, la antijuridicidad debe ser entendida una lesión al bien jurídicamente tutelado y que si bien, una conducta puede tener el elemento de la antijuridicidad formal, no siempre ésta comprometerá la antijuridicidad material.

De otro lado, la culpabilidad según Zaffaroni¹⁰ es 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. Esa culpabilidad se manifiesta en la circunstancia de

⁸ Bonilla, E. J. *Teoría del Delito*. 2010

⁹ Pérez, Luis C. *Tratado de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1997.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar. 2006, p. 523

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”.

Para entender si se configura una conducta punible, no basta con que se encuentre descrita en la norma penal, sino que de acuerdo a lo establecido en el artículo 9º del Estatuto Punitivo, es necesario, que se cumplan con los tres elementos axiológicos, a saber: tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad.

Ahora bien, en cuanto a los delitos de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años y Actos Sexuales 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, para referirse a estos dos punibles de la Ley 599 de 2000, arts. 208 y 209, surgen varios inconvenientes.

El primero, radica en que, según el Código Penal, el menor de 14 años no tiene la capacidad de dar su consentimiento para sostener una relación sexual. De allí, que el sólo hecho de que tenga relaciones sexuales, ya lo hace sujeto pasivo de una conducta punible. Es claro, que el legislador con la tipificación de dicha norma buscó la protección de los menores, circunstancia que no dista de esta propuesta, pero que, no obstante, con la tipificación de la norma, y con los precedentes jurisprudenciales que se han dado en torno a estos punibles, se supone indiscriminadamente que cualquier menor de 14 años que tenga relaciones sexuales, no tiene consentimiento ni entendimiento de lo que implica aceptar una relación sexual, en ninguna circunstancia.

Dicho lo anterior resulta pertinente suponer, que:

“Existe una oposición a una ley, en este caso a la Ley 599 de 2000, arts. 208 y 209, que protege la libertad, integridad y formación sexuales de los menores de 14 años cuando tienen 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 a la postura de que dicha presunción es una flagrante vulneración al derecho de defensa, siendo poco garantista con el procesado, como se estudiará en los capítulos posteriores”¹¹.

El segundo problema encontrado, es que a pesar de que haya relaciones sexuales con menores de 14 años, no en todos los casos hay lesión al bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual, llevando en consecuencia, a que no se satisfaga la categoría de la antijuridicidad.

En tercer lugar, encontramos que el Código Civil¹² en su artículo 140 numeral 2º, señala las causales de nulidad del matrimonio, estableciendo que es nulo el matrimonio de menores de 14 años, mientras que el matrimonio de los mayores de 14 años y menores de 18 años es válido siempre y cuando medie permiso de los padres.

Por su parte, el artículo 32 del Código Penal enuncia las causales eximentes de responsabilidad penal y en su numeral 2º, señala 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 disponer del mismo”¹³.

En cuanto a los delitos de actos abusivos, se parte de la base que el menor de 14 años no tiene consentimiento, para decidir libremente sobre una relación sexual y por consiguiente no se podrá alegar esta casual como eximente de responsabilidad penal. Lo anterior obedece a que el Código Penal es claro en señalar que existirá ausencia de responsabilidad, cuando haya consentimiento de

¹¹ AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. *La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social*. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

¹² CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 57 (6 de mayo de 1873) "Por la cual se expide el código civil".

¹³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) "Por la cual se expide el Código Penal" Diario Oficial: 44.097.

la víctima, **pero siempre y cuando ella pueda disponer del mismo**; y que tal como queda evidenciado, frente a los delitos abusivos con menor de 14 años, existe prohibición legislativa para emitir consentimiento el menor.

Esto quiere decir, que actualmente en Colombia el menor de 14 años no tiene consentimiento libre para aceptar una relación sexual, y que además de dicha prohibición legal, la misma interpretación de la Corte Suprema de Justicia, ha estado orientada a concluir que la incapacidad de emitir este tipo de consentimiento por parte del menor de 14 años, es una presunción que no admite prueba en contrario.

Es por tal razón que se debe concluir que:

“No todas las conductas formalmente típicas, 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 penal¹⁴”.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2.1. Pregunta problema

Acorde con las anteriores consideraciones, construimos la siguiente pregunta de investigación:

¿En qué casos es posible excluir la antijuridicidad material, en tratándose de delitos atentatorios de la libertad, integridad y formación sexuales con menor de catorce años, ante la tensión entre la potestad punitiva del Estado y derechos de raigambre constitucional?

¹⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Tipicidad e Imputación Objetiva. Mendoza - Argentina, Ediciones Jurídica Cuyo. 1999, p. 72

1.2.2. Hipótesis

Es posible considerar, y a esa conclusión pretendemos arribar, que en aquellos casos en que el menor de 14 años, consciente de lo que significa una relación sexual, decide libremente, no solo sostener relaciones sexuales con su pareja para satisfacer sus deseos libidinosos, sino que las acepta y consiente con la única finalidad de conformar una familia, aspecto que daría lugar a la ausencia de configuración del elemento dogmático de la antijuridicidad.

No obstante, de igual manera este trabajo de investigación se ocupará de analizar aquellos eventos en los cuales, empero, no desear proseguir con el vínculo sexual, se llega a probar que, con el comportamiento del sujeto activo, en manera alguna se lesionó el bien jurídico al hallarnos ante una situación de ausencia de antijuridicidad material.

El Código Penal, desde el elemento típico, prescribe que, en casos de relaciones o actos sexuales con menores de 14 años, esto configura una conducta punible; 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 una 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”¹⁵.

Estas circunstancias llevan a que no exista lesión al bien jurídico del menor y en consecuencia no se configure delito alguno, por falta de antijuridicidad.

¹⁵ AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

Para tal cometido, se formularon las siguientes hipótesis, que dan lugar a la ausencia de antijuridicidad material:

- a. Cuando el menor de 14 años sigue aceptando la relación sexual, y existe prueba de ausencia de lesividad al bien jurídicamente tutelado.
- b. Cuando el menor de 14 años quiere conformar una familia con el sujeto activo de la conducta.
- c. En los casos en que si bien, no existe ánimo de continuar la permanencia de la relación sexual, se demuestra ausencia de lesividad al bien jurídico.

Objetivo general

Determinar en qué casos es posible excluir la antijuridicidad material, en tratándose de delitos atentatorios de la libertad, integridad y formación sexuales con menor de catorce años, ante la tensión entre la potestad punitiva del Estado y derechos de raigambre constitucional.

Objetivos específicos

1. Analizar la categoría dogmática de la antijuridicidad y del principio de lesividad en el derecho penal colombiano a partir de su desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal.
2. A partir del estudio de casos, evidenciar que no siempre se lesiona o pone eficazmente en peligro el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, por recaer la conducta en un menor de catorce años.
3. Realizar una propuesta encaminada a que el juzgador analice cada caso en particular, cuando se enfrente a situaciones en que no se lesiona el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, pese a recaer en menor de catorce años.

Justificación

Se consideró necesario abordar este trabajo de investigación ante las reiteradas decisiones judiciales al interior de las cuales se está acudiendo a una interpretación exclusivamente literal y exegética de las disposiciones previstas en la Ley 599 de 2000, arts. 208 y 209, al interior de las cuales se penaliza al sujeto activo que sostenga una relación sexual con el sujeto pasivo, por el solo hecho de recaer en menor de catorce años, desconociendo los avances de la ciencia del derecho penal foráneo, en donde se ha pretendido construir una teoría del delito, a partir de las concepciones dogmáticas de la escuela finalista y funcionalista, que permiten valorar el juicio de antijuridicidad al interior de la tipicidad, que por lo mismo, permitiría concluir que en casos como los que se van a analizar, sea posible absolver al inculpaado, por ausencia de antijuridicidad material de la conducta o eventualmente acudir de forma anticipada a una solicitud de preclusión de la investigación por la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

Este trabajo de investigación nace a raíz de los problemas sociales que actualmente suceden en Colombia, como lo son, la conformación de una familia entre menores de 14 años, y el interés temprano sobre la sexualidad, llevando a que este grupo de la población, ya hayan iniciado su vida sexual, teniendo una madurez fisiológica y mental sobre lo que conlleva la misma, pero encontrándose frente a unas normas penales, que de manera indiscriminada presumen sin que se admita prueba en contrario, que ese menor de 14 años no tiene el nivel de madurez para consentir la relación sexual,

No se puede desconocer, que siempre debe primar el derecho de los niños, y es por esa misma razón, que en casos en que ese menor de 14 años no se siente afectado ni lesionado, emitió su consentimiento libre de cualquier vicio, y adicional a ello existe prueba objetiva de que no hubo lesión alguna a su bien jurídico, no se

debe sancionar penalmente, máxime cuando el derecho penal debe ser considerado como ultima ratio.

El derecho no puede quedarse en retroceso de lo que avanza la sociedad, pues las generaciones van evolucionando de acuerdo a lo que la sociedad les ofrece, y es por ello, que el derecho no puede desconocer este tipo de circunstancias, pues es una realidad, que en Colombia muchos menores de 14 años comienzan a temprana edad su vida sexual, y que no en todos los casos se ve lesionado el bien jurídico.

El artículo 3º del Código Penal, frente a los principios de las sanciones penales indica que: “La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”¹⁶, razón por la cual, se debe analizar, si resulta necesaria una pena, cuando probatoriamente se concluya que no hubo lesión al bien jurídicamente tutelado.

Estructura Metodológica Empleada

La presente investigación de Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal se desarrolla bajo una estrategia metodológica, que comprende: el tipo de investigación, el método de investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el enfoque de la investigación utilizados; así como la acotación material de la investigación, aspectos que se describirán a continuación.

1. Tipo de investigación

El tipo de investigación que se manejará es la básica jurídica, en tanto busca resolver un problema jurídico, partiendo de la interpretación y garantía que nos

¹⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) “Por la cual se expide el Código Penal” Diario Oficial: 44.097

proporciona el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de la temática investigada, en donde construiremos ciertas hipótesis al interior de las cuales es viable absolver al acusado siempre y cuando se actúe bajo algunos factores sociales que influyen en su realización tales como el consentimiento de la víctima quien considera estar en capacidad de decidir libremente sobre la relación sexual. Se desarrolla bajo un modelo descriptivo, explicativo y propositivo¹⁷ por cuanto se procede a enunciar las diferentes posturas legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre la temática: ausencia de antijuridicidad material por falta de lesividad en los delitos abusivos con menor de catorce años en Colombia.

Se adelantará a través de la descripción del problema, analizándolo y proponiendo: **conceptualizaciones**, para clarificar sus diferentes aspectos a partir del deber ser normativo, jurisprudencial y doctrinal; **contextualizaciones**, estableciendo los elementos comunes que permiten ubicarlo en el ser o realidad; y **caracterizaciones**, construyendo a partir de lo anterior los elementos que permiten elaborar una propuesta con el objeto de dar solución al problema de investigación.

En cuanto al carácter de investigación básica-jurídica, el criterio se toma y asume de las consideraciones y recomendaciones contenidas en los textos de investigación de Daza González¹⁸, quien reiterativamente en sus textos alude al concepto de investigación jurídica básica para precisar que *la misma se concreta y concentra en la norma jurídica*.

En efecto, en el presente ejercicio investigativo se parte esencialmente de la definición normativa del principio, para luego ir desarrollando y construyendo sus

¹⁷ Vanegas, Estupiñan, y Castillo, 2004.

¹⁸ El principio de oportunidad en la decisión sobre la punibilidad del imputado [...] Se trata de una investigación básica jurídica, porque el objeto de estudio lo constituye la norma jurídica [...] La justicia restaurativa establecida en la Ley 906 de 2004 frente al fin del proceso penal [...] Se trata de una investigación básica jurídica porque el objeto de estudio lo constituye la norma procesal penal [...].

contenidos a partir de los aportes jurisprudenciales y doctrinales, para finalizar con una propuesta racional sobre sus componentes.

Evidentemente, lo anterior en el entendido que esta investigación fundamentalmente atenderá a conceptos y categorías en lo concerniente al manejo dado por el legislador frente a los delitos atentatorios de la libertad, integridad y formación sexuales cuando dicha conducta recae en personas menores de catorce años, partiendo de la realidad social, evolución de la tecnología y desarrollo prematuro de nuestros jóvenes; para ello se hará necesario determinar si el legislador ha tenido en cuenta tales aspectos al momento de construir este tipo de sanciones penales.

2. Método de investigación

Este trabajo utiliza el método de investigación científico-dialéctico: lógico, cualitativo.

Lógico, pues pretende la utilización del pensamiento y el razonamiento para ejecutar deducciones, análisis y síntesis), derivadas del estudio de casos en los cuales el poder punitivo del Estado debe abstenerse de actuar.

Cualitativo en cuanto busca *“identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, y dar razón plena de su comportamiento y manifestaciones”*¹⁹ Es decir que este aspecto metodológico, *“estudia cualidades o entidades cualitativas y pretende entenderlas en un contexto particular”*²⁰.

En efecto, dentro del presente trabajo se buscó obtener amplitud y profundidad de las premisas conceptuales de los delitos atentatorios de la libertad, integridad y

¹⁹ Martínez, 2006, pág. 128.

²⁰ Quecedo & Otros, 2002, pág. 9

formación sexual, cuando estas conductas recaen en persona menor de 14 años y su ausencia de lesividad, bien por la comprensión y capacidad de autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión frente a dichas conductas; ahora, cuando el menor desea conformar una familia con el sujeto activo de la conducta; o en otros casos, por acreditarse una verdadera ausencia de lesividad al bien jurídico.

De manera complementaria se acudió al **método dialéctico** dado el objeto de la investigación, en cuanto es un método que está constituido por las categorías de tesis, antítesis y síntesis, que, como estructura fundamental de la dialéctica, nos lleva al constante cambio y elaboración de nuevo conocimiento, un conocimiento más elaborado, que refleja de mejor manera la realidad.

En este sentido, nos identificamos con Ferrajoli para quien el método dialéctico comporta una elevada dogmática, al indicar:

“Un modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática, filosofía política y sociología del Derecho. Una ulterior dimensión pragmática de la teoría del Derecho proviene, como se ha dicho, más allá de la divergencia interna que existe en el Derecho entre su deber ser constitucional y su ser infra constitucional, por sus divergencias externas: la divergencia empírica entre deber ser jurídico y ser de hecho, y la axiológica entre deber ser ético-político y ser de Derecho”²¹.

De otro lado, pero en el mismo orden de ideas, el objetivo primordial del trabajo investigativo, es construir, proponer y aportar elementos que se integren a la dogmática desde la realidad social y permitan la debida interpretación y aplicación de los principios de inutilidad del derecho penal en casos concretos, bien por ausencia de lesividad o cuando la imputación subjetiva de la acción, la califiquen

²¹ Ferrajoli, L. *La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos*. En: Ferrajoli, Moreso, Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. pp. 117-132. Catedrático de la Universidad de Roma y uno de los teóricos del garantismo jurídico más importantes, 2008.

como de merma de significación jurídica y social, estimando que: “la construcción dogmática no persigue más que hacer segura para el individuo la aplicación del derecho en un Estado de Derecho”²²; considerando que “En suma: la dogmática es un sistema de conceptos que tiene la finalidad de racionalizar la práctica de la aplicación de la ley y de evitar una aplicación de la ley basada simplemente en supuestas intuiciones de justicia difícilmente controlables”²³

3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Por tratarse de un estudio de corte cualitativo, se emplean las técnicas propias de esta metodología de investigación. De gran valía es la investigación documental informativa con carácter expositivo y crítico, porque deberá recopilarse material relacionado con el tema para decantar lo pertinente con el problema jurídico expuesto.

El análisis documental y de información estará enfocado al estudio del estado del arte y a la determinación y definición de las principales categorías que delimiten el marco conceptual.

Adicionalmente, se realizará el análisis documental de la normatividad nacional e internacional, derivada de las normas que integran el Derecho Constitucional, en armonía con las disposiciones que regulan los valores, principios, derechos y deberes fundamentales, así como las garantías constitucionales, convencionales y universal, con la finalidad de determinar y describir las principales tensiones que se presentan entre los fines constitucionales y la norma positiva penal; apoyados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Colombia; y de los conceptos autorizados de la doctrina nacional y comparada, en

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar. 2006, p. 523

²³ BACIGALUPO, Enrique. *Breves consideraciones sobre la racionalidad de la práctica de las profesiones jurídicas*. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Madrid, 2000, p. 208

aras de formular una propuesta que apunte a construir hipótesis en las cuales se hace innecesaria la respuesta del Estado, puntualmente el Derecho Penal, ante la ausencia de antijuridicidad material por falta de lesividad.

4. Enfoque de la investigación

La presente investigación utiliza un enfoque cualitativo que tiene como características: recolección de la información, registro, evaluación, interpretación, análisis y síntesis, de la documentación que forma el estado del arte y el marco teórico: histórico, conceptual y jurídico.

En efecto, como quiera que la investigación es de tipo básica-jurídica, en la medida en que su eje temático se remite al Derecho Constitucional y Penal, en este caso en particular al análisis de los tipos penales abusivos con menor de catorce años, contemplados en la Ley 599 de 2000, arts. 208 y 209 del Código Penal Colombiano, con el propósito de clarificar, precisar, puntualizar y exponer los componentes esenciales de la estructuración del tipo penal, para lo cual se tomarán como apoyo, las tesis de los doctrinantes, las consideraciones y determinaciones de las altas cortes, y el análisis de las normativas nacionales e internacionales, desde un enfoque de tipo cualitativo, por cuanto en la elaboración del marco referencial del trabajo investigativo (estado del arte y marco teórico), se aplicará el método análisis – síntesis, en la medida en que se elaboró a partir de un seguimiento y exploración de documentos (normativas, jurisprudencia y doctrina) que contienen la descripción del desarrollo y evolución tanto del fundamento como del mismo Derecho que tienen las presuntas víctimas frente a éste tipo de conductas, estableciendo los precedentes existentes.

En cuanto al desarrollo de los objetivos de la investigación se aplicó un enfoque analítico, ya que se tomaron los criterios expuestos y bajo consideraciones aplicativas críticas se elaboraron las propuestas.

TÍTULO I
LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y DEL PRINCIPIO DE
LESIVIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

CAPÍTULO 1

DESARROLLO HISTÓRICO, CONCEPTUAL Y NORMATIVO DE LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE ANTIJURIDICIDAD Y DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS ABUSIVOS

Algunos autores ubican las primeras manifestaciones de los delitos atentatorios de la libertad sexual a la época de la Colonia, momento histórico en el cual se empezó a sancionar este tipo de comportamientos cometidos por los propios indígenas. Conductas como el paganismo, el canibalismo y la perversión sexual fueron los tres grandes reproches, considerados incluso como los tres grandes pecados capitales, que permitía negarles a sus autores, las garantías y libertades que les conferían los Reyes de Castilla.²⁴

Las relaciones sexuales en las sociedades nativas eran naturalmente diferentes a las reguladas conforme a los cánones morales y sociales de los conquistadores. Entre los nativos, apoderarse de una mujer constituía un elemento esencial para el prestigio y poder del hombre. La noción de honor sexual no figuraba entre los cánones de comportamiento de la sociedad indígena; por esta razón, no se podía siquiera pensar en un atentado contra el honor de aquellas.

Con relación a las leyes de indias, dictadas en diferentes épocas, las leyes de Castilla cumplían la función de normas supletorias para completar vacíos y aclarar su sentido.

En el ámbito del derecho penal, el derecho castellano, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, fue aplicado de manera amplia.

²⁴ FRIEDERICI, Georg. El carácter del descubrimiento y de la conquista de América, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1973, p. 213.

Más adelante, el derecho español, producto de la sociedad medieval, estuvo fuertemente influenciado por las concepciones morales de la iglesia católica, de allí que los comportamientos sexuales de las personas, en especial, lo concerniente a las mujeres, estuvo estrictamente regulado. No obstante, las mujeres eran consideradas moral y mentalmente inferiores a los hombres, en razón a su tendencia al mal y debilidad ante la tentación.

Posteriormente los movimientos de emancipación estuvieron inspirados en las ideas de la ilustración. De allí, que las reformas legislativas posteriores estuvieron siempre sustentadas en el concepto de igualdad. Así las cosas, los cambios legislativos tuvieron lugar, generalmente, en la segunda mitad del siglo XIX. En lo que concierne a nuestro estudio, debemos señalar que la ley del 13 de mayo de 1825, Orgánica del Procedimiento, estableció un orden de observancia de las leyes en tribunales y juzgados, ya civiles, militares o eclesiásticos, tanto en materia civil como en materia criminal. No obstante, ante la pluralidad de decisiones, el caos fue total, razón por la cual se profirió la ley del 8 de abril de 1826 mediante la cual se declararon válidas las sentencias dictadas, tanto por los tribunales republicanos, como por aquellos que habían sido nombrados por la Corona, exceptuándose aquellas decisiones emanadas de jueces españoles contra personas procesadas por delitos contra la Corona.

En ese mismo año, el parlamento aprobó un proyecto de Código Penal que el ejecutivo no sancionó.

Durante la dictadura de Bolívar (1828-1829) se dictaron decretos y circulares, señalando procedimientos breves y sumarios para castigar a traidores y conspiradores. El 7 de octubre de 1832 Francisco de Paula Santander asume la presidencia y ordena al Consejo de Estado la elaboración de un Código Penal, que según lo indicó Arturo A. Quijano al interior de su tesis de grado de la Universidad Republicana en el año 1898, nació de un proyecto de José Ignacio de

Márquez, cuyos aspectos filosóficos y normativos se plasmaron casi que en idéntica forma del Código Penal Francés, sin que se pueda negar la influencia del Código Español.

Comulgamos con lo expuesto por el maestro Zaffaroni, quien manifiesta que nuestros legisladores al redactar nuestros códigos han importado modelos foráneos “casi siempre sin comprender su ideología, casi nunca tomando en cuenta la realidad local, en veces, combinando soluciones de diferentes modelos de forma poco coherente”²⁵. No obstante, Bolívar en el discurso de instalación del Congreso de Angostura en enero de 1819, exhortaba a los noveles legisladores a mirar la realidad de la tierra y de las gentes, antes de hacer las leyes.

Fue entonces en 1834 cuando se presentó ante la Cámara Alta, el primer proyecto de Código Penal, el cual fue sancionado el 27 de junio de 1837. Nació así nuestro primer Código Penal, “cuyas normas fundamentales se mantuvieron a pesar de los vaivenes administrativos, hasta que se implantó el Código de 1936”²⁶

Finalmente, el 24 de abril de 1936 se aprobó el nuevo Código Penal, el cual entró a regir el 1º de julio de 1938, compendio normativo que constaba de dos libros, el primero dedicado a la parte general, que, si bien seguía muchos principios de la escuela positiva y el proyecto de Ferri, también seguía muchos principios de la escuela clásica.

Durante la dictadura militar (1953-1958) el código fue objeto de suspensiones y adiciones. Ya en 1972, siendo presidente Misael Pastrana Borrero, se comienza a redactar un nuevo Código Penal, que incluso se prolongó hasta el gobierno de Turbay Ayala, decidiéndose definitivamente expedir el Decreto Ley 100 de 1980, que en su título XI, contempló el bien jurídico “delitos contra la libertad sexual y el

²⁵ FERRÉ, Olive, J. et al. Derecho Penal Colombiano. Bogotá, Editorial Ibáñez, 2010. p. 146

²⁶ PÉREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal, T. 1, Bogotá, Editorial Temis, 1967. p.217

pudor sexuales”, el cual en su artículo 303 penalizó el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y en su artículo 305 lo concerniente a los actos sexuales con estos menores, calificándolos para aquella época como un acto de Corrupción.

Como se pudo evidenciar, estos tipos penales han tenido múltiples modificaciones, principalmente en lo que concierne a la pena, las cuales van desde la Ley 599 de 2000 hasta la Ley 1236 de 2008, considerando definitivamente en sus artículos 208 y 209 que ha de penalizarse tanto el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, como los actos sexuales con este tipo de sujetos, imponiendo penas que oscilan entre 12 y 20 años (para el primer delito) y de 9 a 13 años, respecto de los simples actos.

Frente al tema dogmático penal, en el Código del 80 se hablaba de hecho punible (no como delito y muchos menos como conducta punible), concepciones propias que debemos abordar al interior de este estudio, pues son de gran relevancia desde las diferentes escuelas dogmáticas del delito.

El Código Penal de 1936, establecía el delito de Acceso 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”.²⁷

²⁷ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 95 (24 de abril de 1936) Por la cual se expide el Código Penal. Diario oficial: 23316

El Decreto Ley 100 de 1980²⁸ en el artículo 298, frente al delito de acceso carnal violento, establecía: “El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, estará sujeto a la pena de dos (2) a ocho (8) años de prisión”.

Frente 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”²⁹.

Actualmente el Código Penal, ley 599 del 2000, tipifica estos delitos así:

“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”.³⁰

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que desde el Decreto 100 de 1980, se empezó a diferenciar estos dos delitos, al punto de tipificarlos en artículos separados.

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

²⁸ CONGRESO DE COLOMBIA. Decreto 100 (23 de enero de 1980) "Por la cual se expide el nuevo Código Penal". Diario oficial 35461

²⁹ Código Penal, Decreto Ley 100 (Congreso de la Republica 23 de 01 de 1980).

³⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) “Por la cual se expide el Código Penal” Diario Oficial: 44.097

medio para cometer el acceso carnal, porque se estimó, con razón, que ontológica no jurídicamente podía sostenerse que este acto fuese violento³¹.

Ahora bien, respecto a la diferencia de los elementos que tipifican 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”.³²

De acuerdo con dicha diferenciación, es que en aquellos eventos en que haya violencia ya sea de manera física o psicológica, se tipifica la conducta 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, sino que la edad es un elemento objetivo del tipo. No obstante ello, debemos aclarar lo siguiente:

“Este artículo no va orientado a que en todos los casos del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años haya 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;

³¹ Flórez, M. C. (s.f.). Evolución jurisprudencial, doctrinal y normativa de los delitos de acceso carnal violento y abusivo con menor de catorce años en Colombia: Especial referencia a la figura del consentimiento. En M. C. Cifuentes, Gaceta judicial 130 años de historia jurisprudencial colombiana.

³² REYES, Yesid. En los delitos sexuales sobre menores nunca es válido el consentimiento. Semana. (26 de 06 de 2020).

por lo que será en casos particulares y específicos que con elementos materiales probatorios logre llegarse a dicha conclusión”³³.

De esta manera, es que se estudiará al interior de este trabajo, que no en todos los eventos 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 y por tal motivo se determinará en qué casos es posible desvirtuar la antijuridicidad material en la conducta.

1.1 ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El artículo 1º de la Constitución de 1991³⁴, señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Según la Sentencia T-149 de 2002 de la Corte Constitucional³⁵:

“El Estado de Derecho con énfasis en lo social, se adoptó como forma de Estado para Colombia en el que añade al Estado liberal de derecho los derechos sociales fundamentales, pone en cabeza de las autoridades públicas precisos deberes a favor de grupos y personas en condiciones de debilidad manifiesta y establece fines sociales al Estado tendientes a alcanzar diversos objetivos sociales que permitan la realización de los derechos constitucionales y los deberes sociales de todos los colombianos artículo 2º, Constitución Política”.

³³ AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

³⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 1. Gaceta Asamblea Constituyente de 1991

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Marzo 01 de 2002. Sentencia T-149.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La misma Corte Constitucional ha reiterado, que esta cláusula no es retórica, que en realidad el Estado debe instaurar medidas a favor de los grupos que por su condición económica física o mental, se encuentren en situación de debilidad manifiesta.

Sobre el particular los artículos 42 y 44 *ibid.*, contemplan postulados de orden superior, tales como el derecho a la familia y los derechos de los niños, indicando el primero que:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”³⁶.

Al realizar un análisis de la Ley 57 de 1887, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se basan en esta normativa, adicionalmente, se rigen por la Ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de y todo matrimonio cesará por divorcio de acuerdo a su previo arreglo de conformidad la ley civil. También tendrán

³⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 42. Gaceta Asamblea Constituyente de 1991

efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictados por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas de acuerdo a los consiguientes derechos y deberes.

Por su parte, el artículo 44, impone que:

“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”³⁷.

1.1.1 Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho

Cuando hablamos de un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, debemos entender que este constituye el punto de partida que nos permite integrar tanto la teoría del delito como la función y los límites que debe cumplir la pena. De allí, que los diferentes elementos que componen la teoría del delito, indistintamente las corrientes dogmáticas o teóricas, operan como límites al poder, puntualmente lo concerniente al derecho penal subjetivo, entendido como la facultad constitucional que se otorga al Estado para imponer sanciones, y por consiguiente, cada concepto teórico establece un límite y a la vez una garantía, a la hora de imponer una condena, puntualmente y para nuestro caso, cuando nos

³⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 44. Gaceta Asamblea Constituyente de 1991

encontramos frente a conductas punibles tales como el acceso carnal o el acto sexual cuando el sujeto pasivo es un menor de catorce años.

1.1.2 Elementos estructurales del delito

Autores como Santiago Mir Puig³⁸, en su obra Derecho Penal, Parte General, señala que no son tres los elementos estructurales del delito, sino que nos encontramos ante una concepción bipartita integrada por la antijuridicidad y la culpabilidad, dentro de las cuales, la conducta y su tipicidad se encuentran comprendidas dentro de la antijuridicidad, mientras que la culpabilidad se refiere a las condiciones psíquicas de normalidad en que el autor comete el hecho antijurídico.

De lo anteriormente expuesto se puede explicar la diferente terminología que los citados Códigos Penales han utilizado para referirse al delito. Cuando se menciona el tipo penal, se hace referencia al que cumple una función indiciaria de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), mientras que cuando se menciona al tipo de injusto, alude a la relación que integra el tipo con la antijuridicidad (*ratio essendi*).

Ahora, independientemente del aspecto terminológico referido, nuestro sistema penal colombiano consagra un concepto analítico tripartito contemplando las categorías dogmáticas del tipo penal, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, conforme se observa en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 599 de 2000.

El artículo 32 en su numeral 11 del Código Penal Ley 599 de 2000 a propósito de la conciencia de la antijuridicidad y del error sobre la ilicitud de la conducta, consagra que “para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el

³⁸ PUIG, Santiago Mir, (2011). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Reppertor .

conocimiento del injusto de su conducta³⁹”, de donde pareciera que el legislador equipara el concepto “*injusto*” con la “*antijuridicidad*”, sin involucrar en dicha dialéctica a la conducta típica o al tipo.

En lo que concierne al concepto tipicidad, ésta debe ser analizada desde dos puntos de vista, uno meramente estático o básico y otro, descriptivo-valorativo, a través de los cuales el Estado Social y Democrático de Derecho cumple sus finalidades. De allí, que un primer instrumento utilizado por el legislador es aquel conocido comúnmente como “*tipo penal*”, y otro ya, de carácter dinámico-valorativo que le corresponde al juez determinarlo a través de su actividad, denominado “*adecuación*”, que no es más que una simple subsunción de un comportamiento humano en una descripción abstracta contenida en el tipo.

Un segundo elemento, es la antijuridicidad, aspecto que según el artículo 11 del Código Penal, para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. De allí que, en términos generales, se puede señalar que una conducta o comportamiento es antijurídico cuando esta contradice las reglas establecidas por el derecho y que son necesarias para la convivencia social; y cuando hablamos del derecho nos referimos a todas las ramas; regula a través de sus normas las relaciones humanas, de tal manera que establece una serie de obligaciones, derechos y deberes necesarios para convivir en sociedad. Así tenemos que el Derecho Penal, se encarga de establecer una serie de prohibiciones a través de la ley penal, las cuales buscan garantizar la seguridad jurídica de las personas, y en particular, proteger los bienes jurídicos de los cuales somos titulares.

³⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) “Por la cual se expide el Código Penal” Diario Oficial: 44.097

Por consiguiente, si una persona contradice las normas del Derecho Penal, comete un acto antijurídico. No obstante, la anterior afirmación, se debe indicar que la antijuridicidad puede ser tratada desde dos puntos de vista: uno formal y otro, material.

La antijuridicidad formal ha de ser entendida como la simple contradicción del acto con las normas penales.

Por lo tanto, cuando una persona trasgrede cualquiera de los tipos penales enlistados en la parte especial del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), automáticamente podemos afirmar que con su comportamiento contravino los bienes jurídicos protegidos por el legislador, pues precisamente la distribución del Código Penal, además de contener una parte general, contiene una especial, al interior de la cual, se contemplan unos títulos, que no son más que los propios bienes jurídicos objeto de tutela.

En resumen, una conducta será antijurídica si concurren dos circunstancias:

- Que la conducta que se lleve a cabo sea típica, es decir, que se encuentre esa prohibición recogida en un precepto del Código Penal, y
- Que en la realización de esa conducta antijurídica no concorra una causal de justificación.

Ya en lo que concierne a la antijuridicidad material, no basta con la sola contradicción con la norma prohibitiva, sino que además se requiere que el comportamiento haya lesionado o puesto efectivamente en peligro el bien jurídico. De allí, que el concepto de antijuridicidad material va directamente ligado al principio de lesividad, el cual será analizado más adelante.

Un último componente de la estructura del tipo penal, lo es la culpabilidad, según el cual una conducta típica y antijurídica ha de ser objeto de reproche, siempre y cuando se cometa con culpabilidad.

De allí, que la culpabilidad no es más que la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica.

Debemos recordar que un principio general del derecho penal es que *“No hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena, no puede superar la medida de la culpabilidad”*

Históricamente ha variado mucho la forma de entender la culpabilidad, pues ha pasado por variados momentos tales como la “concepción psicológica de la culpabilidad”, las “teorías normativistas” y el “libre albedrío”, centrándose esta última corriente en la discusión de si es posible determinar empíricamente si el sujeto podía o no haber actuado de otro modo, con base precisamente en ese libre albedrío, que permite al ser humano comportarse de cierta manera a partir de su comprensión y autodeterminarse evitando al máximo concurrir en la realización de la conducta.

Recordemos que mientras la concepción psicológica de la culpabilidad fijaba la atención en el aspecto psicológico del sujeto activo en donde lo relevante era la capacidad de comportarse de una u otra forma, en la teoría normativa, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a estos sujetos que tienen la capacidad de obrar conforme a la norma a fin de que se les pueda atribuir ese juicio de reproche.

Al respecto, en el año 1907 Frank enuncia la teoría normativa de la culpabilidad propugnando que la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad de la

formación de la voluntad y de su actuación. Se trata de la valoración normativa de una situación psíquica y su actitud frente a ella.

Gracias a Jakobs⁴⁰ ha aparecido la discusión acerca de un tercer concepto de culpabilidad, que él mismo ha denominado “concepto funcional de culpabilidad”, según el cual la culpabilidad no es ya algo que ontológicamente se dé en la persona del autor o pre-exista a la imposición de la pena, sino que es algo que se le imputa normativamente, al igual que el delito o la pena. Culpabilidad que ha de imputársele al sujeto de acuerdo con conceptos tales como la necesidad de la pena (principio de prevención general positiva) el cual hace parte de la misión que tiene el derecho penal de mantener y reforzar la estabilidad normativa de cada sociedad.

Superadas las teorías citadas, surge la concepción moderna de culpabilidad, la cual supone la acreditación de tres requisitos esenciales, a saber:

- La imputabilidad del sujeto
- La conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento
- La exigibilidad de otra conducta

Al interior del primer elemento se ha de analizar la concurrencia o ausencia de causales de inimputabilidad; en el segundo, se abordan problemas atinentes al error de prohibición o antijuridicidad de su actuar, y en el tercero ya se analizan causales de inexigibilidad, debiendo constatar si pudo comportarse en una forma diversa, evitando concurrir en la realización del delito.

⁴⁰JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad en Derecho Penal y Criminología, núm. 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, pp. 125 s.s.

Conforme a todo lo anterior, se determinó frente a qué delito es el que se basará esta investigación, y frente a qué categoría dogmática se centrará su estudio, como lo es antijuridicidad material.

CAPÍTULO 2

Desarrollo Jurisprudencial de la categoría dogmática de la antijuridicidad y del principio de lesividad, frente a los delitos abusivos.

En cuanto a la ubicación dogmática de la antijuridicidad, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009) Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca⁴¹, señaló:

“El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de Derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger”.

En Sentencia del 15 de septiembre de 2004, radicación 21064, se indicó igualmente que:

“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 este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo-espacial diferente”.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación 31362, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Si no fuera de esta manera, es decir, si el principio de lesividad careciera de incidencia alguna al momento de constatar el ingrediente del bien jurídico por parte de los funcionarios, habría que investigar por un delito contra la administración pública al servidor público que tomó una hoja de papel de la oficina y la utilizó para realizar una diligencia personal, o procesar por una conducta punible contra la asistencia de la familia al padre que de manera injustificada tardó un día en el pago oportuno de la cuota de manutención, o acusar por un delito en contra de la integridad a los bromistas que le cortaron el pelo al amigo que se quedó dormido, etcétera.

Ahora bien, como el aparato punitivo sólo puede operar en tanto medie la afectación significativa o relevante de un bien jurídico que sea susceptible de protección por parte del derecho penal, ya sea por lesión directa o efectiva puesta en peligro del mismo, no sobra recordar que el concepto de bien jurídico no corresponde a la noción de objeto material como elemento del tipo.

Lo anterior, sin embargo, no implica que la apreciación acerca de la lesividad de un bien jurídico pueda desligarse de la situación fáctica, real y concreta que significó el objeto material de la conducta.

Según Roxin el “bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción”⁴².

En primer lugar, conforme a lo expuesto en precedencia, no es cierto que el problema de la afectación del bien jurídico le corresponda determinarlo únicamente al legislador en virtud de la política criminal que subyace a la elaboración de los tipos penales, sino también le compete valorarlo en cada caso

⁴² ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, t. 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2a edición alemana. Editorial Civitas. Madrid, p. 24

concreto al juez, al igual que a los demás operadores jurídicos, respecto de todos los asuntos que asuman en las distintas fases de la actuación y con base en la aplicación de principios ineludibles para un Estado Social de Derecho como **son los de lesividad, prohibición de exceso, necesidad, mínima intervención y naturaleza fragmentaria del derecho penal, entre otros.**

Así mismo, la Corte ha sostenido similar postura respecto del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*. Es decir, que a pesar de ser un tipo de peligro abstracto para la pluralidad de bienes jurídicos llamados a proteger (orden económico y social, salud pública y seguridad pública), el riesgo producido termina siendo insignificante cuando el objeto material de la acción, analizado en función de los derechos individuales, está destinado al consumo de quien lo porta, así supere en cantidad a la de las dosis legalmente permitidas⁴³.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C-988 de 2006, mediante la cual declaró exequible el numeral 10 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal⁴⁴, reconoció la producción de riesgos insignificantes en delitos de peligro abstracto como los relacionados con la administración pública y la administración de justicia, en la medida en que la afectación del bien jurídico se trata de un criterio graduable y apreciable por el juez en cada caso.

En consecuencia, el artículo 11 del Código Penal debe interpretarse en el sentido de que el tipo siempre requiere de un desvalor de resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presuma el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en

⁴³ Cf., entre otras, sentencias de 8 de agosto de 2005, radicación 18609; 8 de octubre de 2008, radicación 28195; y 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

⁴⁴ Artículo 324-. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: / [...] 10-. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria.

el artículo 9 del referido ordenamiento, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia.

2.1 Del principio de lesividad y las tendencias que lo cuestionan o revalúan en el derecho penal

En la literatura especializada de los últimos años⁴⁵, se ha venido tratando el problema de una progresiva expansión que experimenta el derecho penal, relacionada con la globalización económica, la integración entre naciones y la necesidad de proteger intereses colectivos diversos a los bienes jurídicos tradicionales, como respuesta a la aparición de varios tipos de delincuencia, vinculados con el crimen organizado y su carácter transnacional.

Estos fenómenos de globalización, integración transnacional y poder económico han suscitado la aparición de otras modalidades de delitos, así como la consagración de nuevas formas de conductas punibles, que al ser abordadas según los principios del derecho penal ilustrado acarrearán problemas de diversa índole, muchos de ellos directamente relacionados con la teoría del bien jurídico y la exigencia de lesividad.

Por un lado, cada vez se ha hecho más fuerte la tendencia en virtud de la cual la legitimidad de la protección que brinda el derecho penal no radica en la existencia de bienes jurídicos individuales o colectivos valorados en función de los derechos de la persona, sino en el mantenimiento de la vigencia de la norma, de manera que conductas poco riesgosas o dañinas podrían colegirse como desestabilizadoras (y, por lo tanto, punibles), a pesar de que desde la perspectiva

⁴⁵ Cf., entre otros, Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.; y Mendoza Buergo, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 68 y ss.

de la lesividad habría que excluirlas debido a su manifiesta irrelevancia⁴⁶.

Así, por ejemplo, en los delitos contra el patrimonio económico, un sector de la doctrina ha sostenido que incluso la pequeña criminalidad que opera en este campo (como la de los hurtos de objetos poco valiosos en almacenes de cadena y supermercados) de ninguna manera podría resolverse como simples infracciones administrativas, sino dentro del ámbito nuclear del derecho penal.

Por el contrario, si se parte de la protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal, tal criterio no podría mantenerse.

En el campo nuclear del derecho penal las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo penal en caso de delitos de un cierto peso. Pero en cambio, aunque en principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el 'ámbito nuclear' y por ello se le asignen al derecho penal, **nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo (como p. ej. el anterior 'hurto de comestibles', que actualmente está configurado de forma modificada como delito perseguible sólo mediante denuncia) se calificaran como contravenciones**⁴⁷.

La Corte Constitucional⁴⁸ en la sentencia C-237, mayo 20/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló: **"Carácter de última ratio.** "El derecho penal, que en un estado democrático debe ser la última ratio, puede ser utilizado, sin vulnerar la Constitución, para sancionar las conductas lesivas de bienes jurídicos ajenos que se estiman esenciales y cuya vulneración, en consecuencia, debe asociarse a una pena. La Corte, en función de la competencia que le ha sido atribuida, puede valorar la norma atendiendo sólo criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

⁴⁶ Cf. Silva Sánchez, Jesús María, *Op. cit.*, p. 119.

⁴⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, t. 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2a edición alemana. Editorial Civitas. Madrid, p. 24

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. 20 de mayo 1997. Sentencia C-237 M.P. Carlos Gaviria Díaz

En igual sentido la Sentencia de la CSJ Nro. 18609⁴⁹, frente al **principio de lesividad**, expone que además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, atendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo. Que, ante la insignificancia de la agresión, ante la levedad suma del resultado, es inútil o innecesario la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela.

En suma, la conducta objeto de debate ha carecido de relevancia jurídica y social, pues a pesar de que había sido por lo menos formalmente típica, no superó el análisis de la antijuridicidad, debido a que en razón de su irrisoria cuantía e insignificante cantidad no afectó el patrimonio económico de los socios del supermercado, y, por consiguiente, hubo un desvalor de la acción, mas no del resultado, razón por la cual no fue vulnerado el bien jurídico que la norma pretende proteger.

2.2 Relación del principio de lesividad con la antijuridicidad

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que los dos conceptos (lesividad y antijuridicidad) son diferentes, conforme quedó sentado en la Sentencia CSJ SP radicado 23843, al reproducir los argumentos de la ponencia para primer debate y pliego de modificaciones en la Cámara de Representantes:

“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 traducen sus propias categorías con efectos sustanciales. Queda fortalecido con la introducción de la expresión “efectivamente” en cuanto a la

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de agosto de 2005, radicación 18609, M.P. Herman Galán Castellanos.

afectación al bien jurídico, lo cual obliga a replantear la discusión en torno a la existencia y efectos de la admisión de la categoría de los delitos de peligro presunto, precisando también que aquél debe ser entendido desde la perspectiva de los bienes que protege el derecho penal⁵⁰.

Con base en lo anteriormente expuesto por la Corte, el principio de lesividad es solo un componente de la antijuridicidad material, pero en manera alguna se puede afirmar que sean lo mismo.

Conforme a ello, es que para que exista una conducta punible se requiere de tres elementos fundamentales; la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Lo que se pretende con esta investigación es desvirtuar el elemento antijurídico en los tipos penales de acto y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pero únicamente en casos específicos.

Cuando se habla de 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”⁵¹.

En cuanto 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

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 19 de enero de 2006 radicado 23843, M.P Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁵¹ AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

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”⁵².

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 frente a un caso específico, esa antijuridicidad material de la conducta expresada en el principio de lesividad.

Es así como frente al desarrollo del principio de lesividad, la misma Corte, en análisis de otros tipo penales, ha indicado que debe existir esa afectación relevante y significativa del bien jurídico, y que ésta se deriva del estudio fáctico y concreto del caso situacional, pero que como se ha evidenciado, por parte de la misma corporación, en cuanto a delitos abusivos con menores de 14 años, pareciera que presumiera de igual manera la afectación al bien jurídico tutelado, sin que existiese análisis alguno frente a si verdaderamente hubo transgresión o no al mismo.

De igual manera, la valoración de la afectación al bien jurídico, la debe realizar no el legislador, sino el juzgador y los demás operadores jurídicos. Quiere decir esto, que el mismo Código Penal y de Procedimiento Penal, definen etapas procesales, y herramientas, que permiten al interior de un proceso, darlo por terminado antes de un juicio, o estando en juicio, solicitar absolución perentoria o simplemente emitir sentencia absolutoria. Es un deber tanto del juez como de la Fiscalía, analizar cada caso en concreto, y determinar si en él, existe o no esa afectación real al bien jurídico y claramente al principio de lesividad.

⁵² FERRAJOLI, Luigi (2012). El principio de lesividad como garantía penal. Nuevo Foro Penal, 100-114.

De los análisis emitidos por diferentes sentencias de la Corte, se tiene que casi que se asemeja la misma presunción de incapacidad del menor, a la lesión del bien jurídico, aspecto que conlleva a una evidente vulneración al principio de lesividad y de defensa, pues recuérdese que son 3 los elementos del tipo penal y que la defensa tiene el derecho de controvertir cada elemento de la conducta, y según la Alta Corporación, no ha permitido un desarrollo en cuanto al elemento antijurídico, y su real lesividad.

De acuerdo con el contenido del artículo 11 del Código Penal los tipos penales, siempre requieren de un desvalor de resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presume el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, es decir, ha de permitírsele a la defensa desvirtuar esa presunta lesión.

Es importante señalar que las condenas de estos tipos penales no pueden basarse exclusivamente en el principio de prevención general positiva de la pena, pues el derecho penal en un Estado Social de Derecho como el colombiano debe estar orientado hacia la protección exclusiva, subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos.

No puede entonces, sancionarse al sujeto activo de la acción bajo el pretexto de reafirmar la norma penal, pues quedaría claro que se está utilizando a la persona como medio para reafirmar el sistema, lo que conllevaría sostener que para una sociedad es más importante la preservación del sistema penal como medio de estabilización del ordenamiento punitivo del estado, que el propio individuo, dejando de lado principios tales como la proporcionalidad, necesidad, razonabilidad, intervención mínima y utilidad de la pena.

Recordemos que estos principios propugnan por la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal en la resolución de todos los asuntos, en

tanto supone que el poder sancionador del estado no debe utilizarse cuando existan otros medios efectivos para la protección de los principios y normas que rigen la convivencia social. De allí, que el derecho penal debe tener un carácter de ultima ratio para la protección de bienes jurídicos, sin que sea necesario acudir a él para dirimir todos los conflictos sociales.

Por las anteriores razones, no es posible concluir que en todas las investigaciones penales que se adelanten contra personas que sostuvieron relaciones sexuales con menores de 14 años, además de ser consentidas, en manera alguna invadieron la órbita de la antijuridicidad material.

Recordemos como se expresó en acápites precedentes, que ha sido la misma Corte Constitucional la que ratifica el carácter de última ratio del derecho penal, el cual ha de utilizarse para reprimir conductas lesivas del orden jurídico, sin que se deba acudir a él para solucionar todos los conflictos sociales⁵³. Criterio igualmente replicado por la misma Corte Suprema de Justicia al interior del radicado número 18609⁵⁴, en donde se habla que ante la insignificancia de la lesión o ante la levedad de la misma, es inútil e innecesario acudir al derecho penal.

No entendemos entonces el motivo por el cual la misma Corporación no aborda análisis como el nuestro con la misma rigurosidad en casos donde se acredite evidentemente una ausencia de lesividad que conllevaría a la absolución del acusado.

No significa lo anterior como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, que todos los casos merezcan igual tratamiento, pues lo que se debe analizar en cada uno, es si realmente se conculcó efectivamente el bien jurídico

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. 20 de mayo 1997. Sentencia C-237 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 8 de agosto de 2005, radicación N 18609. M.P Herman Galán Castellanos.

protegido por el legislador y por lo mismo verificar si el derecho penal debe intervenir o no.

Es así, como el contenido del artículo 16 de la Constitución Política (según el cual los asociados sólo tienen como límite para el libre desarrollo de su personalidad tanto el orden jurídico como los derechos de los demás) y del artículo 11 de la ley 599 de 2000 (que requiere la lesión o efectiva puesta en peligro del bien jurídico), de los cuales coligió que el Estado Social de Derecho colombiano postula en el ámbito punitivo una concepción material de la antijuridicidad, tal como lo han reconocido tanto la Corte Constitucional como la misma Corte Suprema de Justicia.

CAPÍTULO 2

Qué comprende la antijuridicidad como elemento dogmático del delito

*“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 República de Colombia, se ha condenado a una familia!**”⁵⁵.*

Según Alfonso Reyes Echandía:

“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; si la conclusión es positiva, la conducta enjuiciada, además de típica, es antijurídica”⁵⁶.

Cuando se está frente al concepto de antijuridicidad, quien es el competente para verificar este elemento de la conducta punible en principio son tanto el Fiscal como el Juez, quienes deben realizar dicho juicio de valor. Juicio que 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”⁵⁷

Para que se entienda que hay una conducta punible, como se mencionó en líneas anteriores, se requiere que esta sea típica, antijurídica y culpable.

⁵⁵ AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

⁵⁶ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Antijuridicidad. Cuarta Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. 23

⁵⁷ BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de Derecho Penal, Parge General, Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2019

“La antijuridicidad penal requiere la previa descripción del hecho en la ley como constitutivo de delito, esto es, la tipicidad. A su vez como las normas penales únicamente se ocupan de acciones o conductas humanas, la tipicidad presupone siempre una acción. Por ello los autores definen el delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Frecuentemente se añade a estas características la punibilidad, debido a que algunos delitos requieren elementos que no pertenecen a la tipicidad, antijuridicidad ni culpabilidad para que la conducta pueda ser sancionada. La antijuridicidad, revela la relación de contradicción de la conducta con el Derecho Penal, esto es, expresa que la conducta infringe la norma penal, que está prohibida por el Derecho penal; y el segundo, la culpabilidad o, mejor, la imputación personal, hace responsable de la conducta antijurídica a su autor, esto es, se le atribuye o imputa personalmente”.⁵⁸

Respecto a los delitos “de actos abusivos en menor de 14 años”, si se 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 un resultado jurídico que no va a afectar gravemente el bien jurídico que quiere tutelar el Estado.

Según el profesor Santiago Mir Puig⁵⁹,

“En sentido formal antijuridicidad penal significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho penal. Pero este concepto no responde a la cuestión de qué contenido ha de tener un hecho para ser penalmente antijurídico o, lo que es lo mismo, de ¿por qué un hecho es contrario al Derecho penal? Al dar respuesta a esta cuestión viene el concepto de antijuridicidad penal material. No se trata de limitarse a constatar que son penalmente antijurídicos los hechos que el Derecho penal define como tales —los comportamientos humanos típicamente antijurídicos—, sino de analizar qué es lo que tienen estos hechos para que el Derecho penal haya decidido desvalorarlos. En ello consistirá la antijuridicidad penal material —o también, su contenido de injusto”.

⁵⁸ BURÓN, Javier. Psicología médico-forense, la investigación del delito, Segunda Edición. Biblioteca de Psicología, Editorial Desclee de Brouwer, Sevilla, 2003, p. 17

⁵⁹ PUIG, Santiago Mir, (2011). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Reppertor .

Conforme a lo anterior, es que cuando se habla de tipicidad, el legislador se encargó configurar en el código penal, los elementos que configuran la categoría dogmática de la tipicidad; en cambio cuando se refiere a la categoría de la antijuridicidad, es claro que quien el operador judicial debe realizar un juicio de valor, que permita determinar si en el caso en concreto, existe no solo una antijuridicidad formal, sino también material.

“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”⁶⁰.

De este modo, es que no se puede suponer que en todos los casos en que haya relaciones o actos sexuales con un menor de 14 años, ya se configuran tanto las categorías dogmáticas de la tipicidad y la antijuridicidad, sino que se deberá estudiar en cada caso específico, si en efecto hubo antijuridicidad material de la conducta, razón por la cual, este juicio de valor deberá realizarse por el operador judicial, en cada caso en concreto.

“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 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”⁶¹.

⁶⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal, Parte General, Editorial Comlibros, Bogotá, 2014

⁶¹ Ibid.

Si bien es cierto, el artículo 11 del Código Penal establece los dos conceptos referentes a la antijuridicidad y el principio de lesividad; se debe indicar que el primero hace referencia a una categoría dogmática, mientras que el segundo, a un principio político criminal.

Nuevamente, Puig, en su texto *Antijuridicidad Objetiva y Anti-normatividad en Derecho Penal*, sobre el tema abordado, manifiesta:

“La antijuridicidad objetiva no es anti-normatividad plena. La norma primaria tiene un sentido prescriptivo, directivo, imperativo, y se dirige a motivar al ciudadano en contra de la realización de determinadas conductas capaces de producir hechos negativos para los bienes jurídico-penales. Al menos así es en un Derecho penal llamado a proteger a la Sociedad como es el propio de un Estado social y democrático de Derecho. La norma primaria se dirige, pues, a la mente del ciudadano y presupone la posibilidad de ser recibida y cumplida por su destinatario. Solo tiene sentido prohibir al sujeto algo que el pueda evitar y advertir que se le prohíbe. La antijuridicidad como infracción de la norma primaria supone la capacidad personal de evitación y de conocimiento de la norma”⁶².

Ahora bien, para poder determinar la tensión entre el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, frente a derechos constitucionales, se debe identificar qué compone cada uno.

Respecto a la definición de bien jurídico, ha de decirse: “el bien jurídico puede ser entendido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”⁶³ 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.

⁶² PUIG, Santiago Mir. *Antijuridicidad objetiva y anti normatividad en Derecho Penal*.

⁶³ 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.

Claus Roxín define el concepto de 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”⁶⁴.

“Quiere decir lo anterior, que, si el bien jurídico se refiere a aquellas circunstancias para el libre desarrollo del individuo, y éste se debe proteger en casos de relaciones sexuales con menor de 14 años, se debe en este caso del menor o la menor, y éste decide voluntariamente continuar la relación con el presunto sujeto de la conducta formando una familia; o existe prueba de la ausencia de daño, no habría configuración del elemento antijurídico, por ausencia de lesión al bien jurídico del sujeto pasivo. Recordemos que al bien jurídico se le tiene 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”⁶⁵.

El bien jurídicamente tutelado de la libertad, integridad y formación sexual es individual; por lo que se debe estudiar en cada caso específico si se lesionó el bien jurídicamente tutelado. Esta lesión, en el ámbito de la antijuridicidad material, puede verse enfrentada a otros derechos.

“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 al libre desarrollo de la personalidad del menor, derecho a una familia o derechos de los niños; es claro que existe una

⁶⁴ ROXÍN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, t. 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2a edición alemana. Editorial Civitas. Madrid,

⁶⁵ AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

tensión entre el bien jurídico y derechos constitucionales, que la norma nunca previó”⁶⁶.

Puede ocurrir como en algunos casos citados en el presente trabajo, que so pretexto de proteger el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, se termina trasgrediendo otros como la familia o los mismos derechos de los niños, en eventos tales en lo que tanto el sujeto activo como pasivo de la acción decidieron conformar una familia habiendo procreado a otros menores de edad, por lo que la incursión del derecho penal terminaría afectando postulados constitucionales consagrados en los artículos 42 y 44, bajo la excusa de proteger a la madre menor de edad.

Para nadie es un secreto que los Jueces de la República Colombiana, tienen la difícil tarea de impartir justicia en cada caso en particular, en los que no es suficiente aplicar solamente preceptos consagrados en la norma especial diseñada por el legislador para la resolución de los casos, por lo que se debe en su gran mayoría hacer interpretaciones sistemáticas que involucran postulados tanto constitucionales como del bloque de constitucionalidad, de allí que en muchos caso se debe acudir al principio de proporcional aplicado a través del test de ponderación para poder establecer si un derecho debe ceder ante otro a fin de evitar un fallo injusto.

Es así como en casos como el enunciado consideramos inútil y por supuesto más gravoso llevar a la cárcel a un padre de familia a cargo de su esposa y varios menores de edad, bajo el amparo de proteger a la madre que sostuvo la relación sexual cuando era menor de 14 años, de allí que ratificamos que haciendo uso del test de ponderación, el derecho de la menor víctima de una presunta agresión

⁶⁶ AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

sexual debe ceder ante derechos de igual categoría como el de los niños habidos de dicha concepción y el de la familia como núcleo esencial de la sociedad.

Como punto de partida de lo expuesto en antecedencia y para poder determinar en las hipótesis planteadas, si hay ausencia de lesión al bien jurídicamente tutelado, es necesario definir qué se entiende por el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual.

En primer lugar, el derecho a la sexualidad, “es una construcción social y simbólica, que se forma a partir de la realidad biológica, psicológica, cultural e 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”⁶⁷.

Por otro lado, la libertad sexual, se refiere a la facultad que tiene el 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 un 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, y el derecho a fortalecer la autoestima y autonomía para adoptar decisiones sobre la sexualidad”⁶⁸.

“La libertad es un atributo propio de la persona, del ser que subsiste en una naturaleza perfecta, es decir, del individuo que existe en sí y por sí como un todo

⁶⁷ Cartilla de aprendizaje: Caminemos juntos. Algunas orientaciones y herramientas 2014

⁶⁸ PARRA, P. A. (2000). Manual de Derecho Penal. Bogotá: Leyer.

completo con sus determinaciones esenciales y sus características accidentales integradas en el acto de ser que ejerce por su propia cuenta”⁶⁹.

De allí, que el hombre por naturaleza no se debe a otro, sino que por el contrario, goza de una individualidad que se refleja en sus actos, “Pues bien, la persona humana es, en razón de su subsistencia y de su naturaleza, dueña de sí misma, no puede estar sometida a otro, no es ni puede ser esclava de nadie, Es dueña de sí y de sus actos”⁷⁰

En tal sentido, nadie puede someter a otra persona a actos o acceso carnal sin que esta de su consentimiento.

En lo que concierne al concepto integridad, el autor Pedro Alfonso Pabón Parra expresa que: “El reconocimiento de la dignidad de la persona significa su integridad de tal, de ahí el principio de indemnidad personal, básico para entender la determinación del presente objeto jurídico, esto es, que las conductas contempladas en este Título atentan contra la dignidad concreta de la persona, es decir, se convierten en elemento de sometimiento y desigualdad”⁷¹

Y por último, el concepto de formación sexual tiene que ver que la alteración de la debida formación sexual de los menores que empero el legislador fijar una edad cronológica para ello, se alejó de analizar los retos actuales que van de la mano con las rápidas transformaciones de nuestra época, las cuales plantean un reto para el estado de analizar en cada caso concreto si el menor de 14 años estaba en capacidad de comprender la relación sexual o si por el contrario, la misma derivó en la afectación de su formación en este aspecto de su vida.

⁶⁹ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. “El concepto de persona y los Derechos Humanos”, Universidad de La Sabana. Bogotá, 1991, p. 188 y 189.

⁷⁰ Ibíd., HOYOS CASTAÑEDA, p. 189.

⁷¹ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, “Manual de Derecho Penal”. Quinta Edición, Editorial Leyer. Santafé de Bogotá, 2000, p. 550.

TÍTULO II

ESTUDIO DE CASOS

CAPÍTULO 1

Algunos casos resueltos por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sede de Casación Penal, Corte Constitucional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial e incluso Jueces Penales del Circuito.

Con el Decreto Ley 100 de 1980, se comenzó a diferenciar los elementos que componen los punibles de acceso carnal violento y abusivo. Pues bien, en dicha década, existió una incongruencia marcada entre la norma penal y la norma civil.

“La norma penal, condenaba el acceso carnal abusivo con menor de 14 años. No obstante ello, la norma civil, permitía el matrimonio de la mujer menor de 14 y mayor de 12 años, haciendo referencia de que operaba la nulidad del matrimonio del varón menor de 14 años y de la mujer menor de 12 años, siendo legalmente permitido el matrimonio de la mujer de dicha edad 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 su realización, el Código Civil permitía el matrimonio de la mujer entre los 12 y los 14 años, dentro de cuyos deberes conyugales obviamente se hallaba el de sostener relaciones sexuales”⁷².

Fue así, como mediante **Sentencia No. C-146/94**⁷³, se resolvió la constitucionalidad de los artículos 303 y 305 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), al interior de la cual se mencionó lo siguiente:

⁷² AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Marzo 23 de 1994. Sentencia No. C-146. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“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 fuera del texto)

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

El segundo aspecto que toma relevancia es que dicha interpretación de constitucionalidad no fue en la vigencia de la Ley 599 de 2000, y si se tiene una visión exegética de interpretación, solo aplicaría dicho análisis para ese entonces, cuando estaba en vigencia la Ley 100 de 1980”⁷⁴.

En otras de sus providencias, Sentencia C-146 del 23 de marzo de 1994 y C-1095 del 19 de noviembre de 2003, se consideró que la única excepción que tiene la presunción de incapacidad para decidir sobre la sexualidad por parte de los menores de edad se da en el marco de las relaciones sexuales consentidas entre menores de 12 a 14 años que están unidos en vínculo matrimonial. Allí la Corte advirtió que teniendo en cuenta la normatividad civil que establece que los menores entre 12 y 14 años tienen la capacidad para contraer matrimonio, dicha circunstancia conlleva a que no se presente delito cuando la relación sexual se sostiene entre dichos menores hallándose casados.

⁷⁴ AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

Como se puede analizar, esta esta sentencia resulta ser, el primer antecedente jurídico a la postura planteada en este trabajo de investigación de no configuración del 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.

Por tal razón en el evento en que “se haya establecido una familia por vínculos naturales”, resulta 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 indicó en su momento la Corte.

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, como consecuencia de la ausencia de antijuridicidad material”⁷⁵.

Retomaremos el análisis de la sentencia de constitucionalidad citada en precedencia a partir de la decisión proferida **el 24 de julio del año 2006 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, siendo ponente el doctor Jorge Arturo Castaño Duque. En aquella oportunidad el Tribunal, resolvió una solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía. El ente acusador solicitaba se precluyera la acción por atipicidad dada la ausencia del abuso, debido al interés tanto del sujeto activo como pasivo de conformar una familia.

Esta providencia, muy acertadamente, hace un análisis del elemento antijuridico de la conducta, y estudia la misma sentencia C-146/94, en donde aclara, que si bien, hacía referencia en ese entonces a los casos en que cuando se tenían

⁷⁵AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

relaciones sexuales con una niña entre los doce y los catorce años y contraía matrimonio o hacía vida marital de hecho, con el sujeto activo de la conducta, esas relaciones de pareja eran socialmente permitidas.

Al respecto, indicó el Tribunal⁷⁶ lo siguiente:

“Pero sucedió, que fue la misma Corte Constitucional, en la Sentencia C-507 de 2004, la que declaró la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil que permitían el matrimonio de mujer mayor de doce y menor de catorce años, las que podríamos entender aplicables por extensión al amancebamiento, y procedió a excluir tal permisividad para dejar establecido que tanto la mujer como el hombre deben ser mayores de catorce años para poder conformar una relación de pareja estable por medio del matrimonio”.

No obstante lo dicho, la Corte hizo una apreciación bien singular con respecto a las uniones de hecho, pues en el mismo fallo último citado, aclaró:

“En primer lugar, debe resaltarse que la afectación a esta libertad, en el caso de igualar la edad mínima para contraer matrimonio, es menor, puesto que la mujer entre los 12 y los 14 años puede, de hecho, conformar una familia. Bajo la Constitución Política de 1991 el matrimonio no es la única forma de conformarla, puesto que cabe la voluntad de constituirla sin contraer matrimonio (art. 42, CP). Es decir, el derecho a conformar una familia no se vería anulado, solamente se limitaría una forma de ejercerlo, por ejemplo, por vía de matrimonio, hasta que alcance la edad para contraerlo”⁷⁷.

Conforme a las citas precedentes, es que el Tribunal concluye que el hecho de que un menor de 14 años tenga relaciones sexuales, y decida conformar familia con el sujeto activo de la conducta, es un aspecto que se debe analizar en la categoría dogmática de la antijuridicidad y que muy a pesar de haberse retirado del ordenamiento Civil las disposiciones que conferían potestad para contraer nupcias a la mujer entre 12 y 14 años, a nivel Constitucional sigue estando

⁷⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Penal, Sentencia del 24 de julio de 2006, radicación 2006/03289, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque.

⁷⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Penal, Sentencia del 24 de julio de 2006, radicación 2006/03289, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque.

facultada para conformar una familia de hecho y por esa vía se exime de reproche penal dicha conducta.

La anterior decisión, además de acompasarse perfectamente a nuestra investigación al interior de la cual pretendemos concluir que no es correcto en todos los casos en los que se accede carnalmente a una menor de catorce años, judicializar al sujeto activo de la acción bajo el pretexto de que nos encontramos ante una presunción *juris et de iure*, la cual no admite prueba en contrario. Prueba que pretendemos cimentar bajo la égida de la ausencia de antijuridicidad, precisamente por el desarrollo evolutivo del ser humano, uniforme con los avances tecnológicos, la precocidad de nuestros jóvenes y el acceso a la información en principio vedada a este sector de la población.

Mírese cómo fue la misma Corte Constitucional en sentencia **C-507 del 25 de mayo de 2004**, cuando estudió la exequibilidad del numeral 2º del artículo 140 del Código Civil, relacionado con la nulidad del matrimonio civil cuando ha sido contraído por mujer menor de catorce años, quien apoyada en estudios realizados por expertos en Psicología consignó lo siguiente:

“Para la Directora del Departamento de Psicología de Los Andes, el momento de los acontecimientos como contraer matrimonio varía en cada persona, pero con base en factores asociados a las diferentes áreas de desarrollo y no necesariamente de género. La forma en la que cada cual está preparado para estos acontecimientos, está regido por características individuales a lo largo del desarrollo y por exigencia y restricciones culturales. Si bien es cierto que los individuos se desarrollan de acuerdo a lo que se ha denominado el reloj biológico, entendiendo éste como el cronómetro interno que mide el desarrollo del ser humano, las diferencias del movimiento de ese cronómetro no están determinada por el género.” Para que el ser humano esté preparado para asumir la responsabilidad del matrimonio partiendo de una relación amorosa, no basta ser púber, se requiere *intimidad, pasión, decisión y compromiso*.”

“El desarrollo fisiológico está relacionado con el resto de las dimensiones de la persona, pero no se da necesariamente al mismo tiempo. De hecho, al lado de un desarrollo sexual temprano, anterior al desarrollo físico general, se encuentra un desarrollo psicológico, cada vez más tardío.⁷⁸ **En contraste, el desarrollo fisiológico es cada vez más precoz, como lo indicaron los médicos**”.⁷⁹ (la negrilla es nuestra)

Obsérvese que es la misma Corporación apoyada en especialistas, la que arriba a la conclusión de declarar inexecutable la expresión “de doce” contenida en el numeral 2º del artículo 140 del Código Civil. Pero dicho análisis se realizó hace más de dieciocho años, aspecto que refuerza nuestra conclusión al advertir que existen casos en que la relación sexual sostenida por una menor de catorce años con la finalidad de conformar una familia hace nugatorio el reproche penal al advertirse evidentemente que nos encontramos ante un caso de ausencia de antijuridicidad material, la que hoy por hoy con fundamento en la escuela finalista de la acción, tornaría la conducta evidentemente en antijurídica.

Y si lo anterior fuera poco, en la misma providencia citada, la misma Corte indica que el concepto de sexualidad se ha transformado, debido a los avances científicos, la precocidad de nuestros jóvenes y el acceso a las tecnologías de la información.

Reitérese entonces que son estos mismos estudios los que refuerzan una vez más nuestra investigación, en tanto como expusieron las expertas, la pubertad en la mujer comienza a los ocho años y culmina a los doce. Entiéndase pubertad como el período de vida de la persona en el que se desarrollan los caracteres sexuales secundarios y se alcanza la capacidad de reproducción.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. 25 de mayo de 2004. Sentencia C N°507. M.P, Manuel José Cepeda Espinosa.

No se entiende la incongruencia en la persistente interpretación que ha efectuado el legislador y la hermenéutica utilizada en múltiples decisiones proferidas por la propia Corte Suprema de Justicia en sede de Casación Penal e incluso Corte Constitucional, insistiendo en la incapacidad absoluta que tienen todos los menores de catorce años para sostener relaciones sexuales, cuando ésta última en sentencia de tutela T-142 del 29 de marzo de 2019 analizando la aplicación de un principio de oportunidad donde los dos extremos de la relación sexual – “víctima – victimario”, eran menores de edad, acudió a la excepción de inconstitucionalidad respecto de la aplicación del numeral 8º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) bajo el argumento que la inaplicación del principio de oportunidad resultaba desproporcionada e innecesaria frente a la aplicación de una sanción penal. En dicha decisión dijo la Corte lo siguiente:

“Respecto de la menor de edad víctima, se tiene que (i) **de acuerdo con el informe médico legal y sexológico recaudado no presenta afectaciones físicas o psicológicas derivadas del hecho que desencadenó el proceso**; (ii) asistió a la fundación “Creemos en ti” para recibir apoyo psicológico y formación sexual, todo en coordinación con el ICBF y; (iii) participó de manera adecuada dentro del proceso penal y consintió, junto con sus representantes legales, la solicitud de aplicación del principio de oportunidad en favor de M.A.L.P.

En línea con lo anterior, esta Sala considera que teniendo en cuenta que el principio constitucional perseguido en este caso es común, debido a que los sujetos eran menores de edad al momento en que acaecieron los hechos, en este caso, se encuentra probado que los representantes de la menor, previo a obtener el consentimiento de la menor de edad, estuvieron de acuerdo con la aplicación del principio de oportunidad a favor del procesado, lo cual demuestra que a diferencia del accionante, los familiares de la víctima prefirieron dar aplicación a la justicia restaurativa por encima de la retributiva⁸⁰.

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. 29 de marzo de 2019. Sentencia T N°142. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Denótese que fue el propio órgano Constitucional quien, en el acápite resaltado, acepta la tesis de que existen casos al interior de los cuales se echa de menos afectaciones físicas o psicológicas derivadas del hecho, para el caso particular, un acceso carnal con menor de catorce años. Quiere decir lo anterior, que sí podemos encontrarnos en escenarios al interior de los cuales no se lesionó el bien jurídico y por lo mismo existe ausencia de antijuridicidad material que impide proferir una sentencia condenatoria en contra del inculpado.

Ahora, al interior del radicado **50889 del 6 de mayo de 2020**, siendo ponente el doctor Gerson Chaverra Castro, la misma Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en respuesta a un caso en donde la menor de 13 años y 7 meses, mantuvo relaciones sexuales consentidas con su novio, y después de hacer *in extenso* un análisis histórico a este tipo de conductas punibles desde el Código Penal de 1980, y en relación a la posible ausencia de antijuridicidad material, puntualizó lo siguiente:

“La presunción establecida en el inc. 2º del artículo 316 del C.P. es de derecho, no admite prueba en contrario. Basta, por tanto, para que pueda hablarse de violencia carnal, que se haya cumplido el coito con persona menor de catorce años de edad, aunque no haya existido la menor violencia.

La razón de los preceptos acusados reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y auto-control propios de la persona mayor Sentencia No. C-146/94”⁸¹.

De dicho análisis, se comparte parcialmente la postura adoptada por la respetada Corporación con fundamento en lo siguiente:

⁸¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de mayo de 2021, radicación No. 50889. M.P Gerson Chaverra Castro.

Si bien, se reconoce que 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; disintimos la afirmación que hace la Corte, en cuanto ampliar dicha presunción, a los distintos elementos de la conducta punible, como lo es presumir la vulneración al bien jurídicamente tutelado, sin que se admita prueba en contrario.

Lo que se evidencia con el último pronunciamiento de la Alta Corporación, es que da por sentado, que dicha presunción rige no solo respecto del consentimiento, sino también sobre la antijuridicidad de la conducta, siendo criticable dicha conclusión, pues trasmite esa presunción de pleno derecho a dos de los elementos de la conducta punible, llevando a restringir el derecho de defensa y desconociendo lo que implica el principio de lesividad y la categoría dogmática de la antijuridicidad material.

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; 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”⁸².

Luego de buscar casos con presupuestos similares a los que se abordan en esta investigación, tendientes a probar ausencia de lesividad material al bien jurídicamente tutelado, se encontró que la Doctora Adriana Espinosa Becerra (Psicóloga forense), y el Doctor Hugo Martínez Sandoval (Abogado defensor del caso), en un texto denominado **“Prueba pericial psicológica en presunta víctima del delito sexual. Un caso de ausencia de antijuridicidad material”**, se

⁸² AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021

analizó un hecho puntual al interior del cual la Fiscalía, acusó al presunto sujeto activo a título de autor del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, al interior del cual se esboza análisis juicioso sobre la ausencia del elemento antijuridicidad material.

Al momento de los hechos, la menor tenía la edad de 13 años, quien comenzó una relación amorosa con el sujeto activo de la conducta, y fruto de ello quedó embarazada.

El abogado defensor, al igual que la propuesta que se trae con este trabajo de investigación, pretendía demostrar la ausencia de antijuridicidad material de la conducta.

Su teoría se orientó en la prueba psicológica forense tendiente a demostrar la ausencia del requisito objeto de reproche, en tanto se pretendía: “Demostrar las características psicológicas de la evaluada y establecer aspectos de capacidad, y madurez para toma de decisiones, entre otros aspectos, relacionados con los hechos materias de investigación⁸³”. Esto parecía ser tarea difícil para el abogado y los psicólogos forenses, pues recuérdese que el consentimiento del menor a luces de la jurisprudencia de la Corte Suprema no admite prueba en contrario.

La investigación fijó unos objetivos puntuales dentro de los cuales se pudo advertir lo siguiente:

“En el presente caso, se requirió, por parte de la defensa y previa autorización del juez de control de garantías, una evaluación psicológica forense a la presunta víctima de un acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por la condición de embarazo con el fin de probar una ausencia de antijuridicidad material toda vez que **la teoría del caso de la defensa aseguraba la no lesividad del bien jurídico tutelado** en la

⁸³ MARTÍNEZ SANDOVAL Hugo; ESPINOSA BECERRA Adriana. *Prueba pericial psicológica en presunta víctima del delito sexual*. Un caso de ausencia de antijuridicidad material.

presunta víctima, es decir, que no fue afectada en su integridad, formación y libertad sexual, tal y como lo expone la ley penal.

Luego del desarrollo de la actividad pericial, se concluyó que la presunta víctima es una persona con elevada capacidad para solucionar problemas, plantear la mejor forma de resolver conflictos y que posee un adecuado proceso de toma de decisiones ajustadas a sus propios parámetros éticos y morales; que cuenta con capacidad de imponerse frente a la postura del otro y sin ningún tipo de manifestación asociada a un daño psicológico producto del hecho victimizante. **Finalmente, se obtuvo la absolució del procesado** debido a la aceptación de la teoría del caso de la defensa por parte de un juez penal del circuito con funciones de conocimiento, **dando especial ponderación probatoria a la prueba pericial psicológica”⁸⁴.**

Del caso anteriormente estudiado, se tiene que fue una menor de 13 años, consiente quien decidió libremente contraer relaciones sexuales con persona de 18 años, y que fruto de ellas quedó en estado de embarazo.

El abogado defensor, bajo la teoría de la ausencia de antijuridicidad material, logró por medio de la prueba psicológica forense demostrar que no hubo lesión alguna a la menor de 14 años. Por medio de un Juez de control de Garantías, se permitió realizar a la defensa, prueba psicológica a la presunta víctima, en donde se pudo concluir la no afectación al bien jurídicamente tutelado por el legislador.

Ello quiere decir, que objetivamente un Juez de la República de Colombia, tuvo en cuenta una prueba, para fundamentar la inexistencia de uno de los elementos dogmáticos de la conducta punible, como lo es la antijuridicidad material.

Así mismo, se logró demostrar apoyado en la psicológica forense, la no afectación a la menor de 14 años, y en consecuencia quedó abierta la posibilidad de acudir a medios probatorios científicos, rendidos por expertos en la materia, a través de los cuáles se demuestra que existen casos puntuales en los que empero, sostenerse

⁸⁴ Ibid.

una relación sexual con menor de 14 años, no se conculca el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales.

Ello permite llamar la atención en que no debe acudirse únicamente a criterios objetivos para señalar que en todos los casos en que el sujeto pasivo es menor de 14 años se conculca automáticamente el bien jurídico.

No podemos ubicar esta decisión dentro del contexto de precedente, en tanto fue una decisión de primera instancia de la cual se desconoce su suerte definitiva, pero que científicamente constituye un hito para controvertir la presunción *juris et de iure* consignada en los artículos 208 y 209 del Código Penal Colombiano, en cuanto a la no vulneración del bien jurídico, fin último del derecho punitivo del Estado.

Otra de las decisiones relevantes para nuestra investigación corresponde a la proferida el 6 de diciembre del año 2011 por la **Sala de Decisión Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Radicado 07-2007-00150-01** siendo ponente la doctora Olga Gómez Mariño, al interior de la cual se analizó un caso similar en donde una niña afectada psicológicamente por los tratos que recibía en su hogar decide conformar una familia con el presunto agresor.

Al igual que el Tribunal de Pereira, se analizó la tensión de derechos que se presentaba entre el derecho a constituir una familia y la integridad sexual de los menores al ser considerados sujetos pasivos de la acción.

La ponente resaltó que al amparo del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, la conformación de una relación de hecho hace que se justifique la acción del sujeto activo, desde el punto de vista constitucional, aunque legalmente se contemple otra situación.

Igualmente consideró la providencia que no en todos los casos en que nos hallamos ante una relación sentimental surgida entre una niña y un adulto, podemos ubicar la actitud de éste como abusiva o engañadora, menos aún, cuando la pretensión del investigado más allá de contenido sexual es conformar una familia.⁸⁵

Como es habitual, la noticia criminal en este tipo de conductas arriba a la Fiscalía General de la Nación a través de comunicación remitida por parte de los centros de salud u hospitales, una vez se verifica que la concepción se consolidó cuando la joven gestante aún no tenía catorce años de edad; más no porque la presunta víctima se sienta transgredida en sus garantías fundamentales.

En similar horizonte, uno de los coautores de la presente tesis, fungiendo como **Juez Penal del Circuito de Chiquinquirá (BOY) al interior del radicado 15-001-60-08-832-2011-00104-00 (N.I. 2016-00047)** seguido en contra de un ciudadano vinculado como presunto autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado con ocasión del estado de embarazo en que quedó la presunta víctima, accedió a una solicitud de preclusión de la investigación el día 4 de octubre del año 2016 en donde se efectuó un análisis al concepto de antijuridicidad material, para concluir que en manera alguna se lesionó el bien jurídicamente tutelado respecto de la menor madre de familia, pues de un lado, fue ella quien indujo al autor de la conducta a sostener la cópula sexual y en segundo lugar, porque nunca si quiera se puso en peligro el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual.

En algunos de los apartes tenidos en cuenta para edificar la decisión y analizando el concepto de antijuridicidad material, se consignó lo siguiente:

⁸⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación No. 07-2007-00150-01. M.P Olga Gómez Mariño.

“La antijuridicidad alude no solo a que el actuar sea contrario a la ley, sino que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. De ahí parte la distinción de antijuridicidad formal y material.

Descendiendo al caso en concreto, dicho comportamiento en manera alguna alcanzó a ser antijurídico en razón a que no menoscabó el interés jurídico protegido por el legislador, encontrándonos, entonces, se repite, frente a una conducta que no es antijurídica por imperio del postulado de la antijuridicidad material, que no se detiene en la mera contradicción formal, conducta-ley, sino que exige la violación o puesta en peligro de los intereses sociales que la norma penal tutela.

De ahí que, se insiste, en manera alguna se vulneró el interés jurídico (libertad, integridad y formación sexuales) que tutela el tipo sustantivo atribuido al implicado, pues como se expuso en acápites precedentes, su acción estuvo auspiciada en gran medida por la propia actitud de la presunta víctima, que pese a ser más joven que el supuesto agresor, era una mujer consciente de sus actos, conocedora de los avances tecnológicos, de cuarto grado de bachillerato, a su corta edad sufragar con su trabajo su propia manutención, hechos fácilmente indicadores que en manera alguna se lesionó el bien jurídico tutelado por el legislador.

La norma penal, lo que busca es proteger al conglomerado social y puntualmente a los menores, de eventuales ataques contra el desarrollo armónico de su sexualidad, aspecto que se echa de menos en el presente asunto”⁸⁶.

En el mismo fallo, el funcionario además de sustentar la pretensión preclusiva de la Fiscalía efectuó un juicio de ponderación de derechos para concluir que debían unos ceder en garantía de los otros, habida cuenta que esta pareja ya había constituido una familia al interior de la cual existían dos menores de edad.

“Es decir, que el derecho de la presunta víctima de la agresión sexual debe ceder ante la institución de la familia y los menores habidos al interior de este nuevo núcleo, al estar ubicados técnicamente en un nivel superior de la Constitución dada su importancia, si en cuenta se tiene que hoy por hoy,

⁸⁶ Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Chiquinquirá (BOY), Sentencia del 4 de octubre de 2016, Radicación 2016/00047, Juez: Manuel Rodríguez Acevedo.

como se consignó, la institución de la familia ha perdido su esencia natural como pedestal de la sociedad, ante la proliferación de hogares monoparentales producto del abandono por parte de uno de sus miembros.

La Corte Constitucional nos ha enseñado que, en este tipo de conflictos el juez está llamado a aplicar el método de la ponderación, es decir, a sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, y definir cuál ha de prevalecer. Consideramos que es precisamente este método el más apropiado para la resolución de los problemas planteados en este asunto, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los derechos en juego, a saber, de una parte, los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de una agresión sexual, y por otro lado, los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

Así las cosas, de persistir el Estado en restringir la libertad del procesado al interior de la presente actuación, desnaturalizaríamos la protección constitucional de uno de sus miembros, y sí por el contrario atentaremos contra dos de ellos, quienes quedarán a la deriva ante la ausencia de su único proveedor”.

Es por tanto, que de conformidad con los anteriores argumentos, el funcionario accedió al pedimento preclusivo elevado por la Fiscalía 18 Seccional de Chiquinquirá, a favor del entonces indiciado, por atipicidad del hecho investigado, al acreditarse como se ha expuesto la ausencia de antijuridicidad material en la conducta.

Estos casos puntuales, nos llevan a afirmar que sí es posible, en eventos muy particulares apartarnos del reproche meramente objetivo de este tipo de comportamientos, para concluir que nos encontramos ante una evidente ausencia de antijuridicidad material de la conducta.

**Reglas que ha sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –
Sala de Casación Penal, respecto a los delitos abusivos con menores
de 14 años**

Autores como Durkheim indican que, a diferencia de la teoría de la acción social, las formas de obrar, actuar y sentir son exteriores del individuo. Ahora bien, en cuanto a la propuesta de investigación, que está orientada a determinar, 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, cuando los sujetos quieran conformar una familia.

Frente a la teoría de Durkheim, respecto al hecho social, y de acuerdo a la propuesta de investigación, se debe indicar que legalmente, está tipificado el hecho de contraer relaciones sexuales con un menor de catorce años, y que aparte de ser ilegal, la sociedad toma dicha conducta como inmoral, pues ¿Cómo podría justificarse una relación sexual con menor de 14 años, cuando ha existido un condicionamiento de rasgos y actitudes culturales, que influyen en el individuo a prohibir dicha conducta?

El hecho de conformar una familia se convierte en una realidad, que la norma penal no previó, pues independientemente de lo que quieran los presuntos sujetos del tipo penal, los predisponen a actuar y pensar de una determinada manera, con coerción, materializada en punibilidad.

Todas esas disposiciones culturales externas del individuo, moldean a los sujetos y los predisponen a comportarse y pensar de una determinada manera: “no se puede contraer relaciones sexuales con menor de 14 años, porque en todos los casos es delito”, olvidándose por completo, de lo que sienten y quieren tanto

sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta, en este caso, el querer conformar una familia.

Conforme a lo dicho, es que esta teoría puede ser aplicada, pero no como forma de solución de la pregunta problema, sino como parte de la problematización del mismo, pues el hecho social, impone el “querer, actuar y sentir del individuo”, sin tener en cuenta las circunstancias específicas como el querer conformar una familia, pues actualmente pesa más el hecho social exterior, que implica una pena, independiente de las manifestaciones individuales de quienes son parte en dicha conducta.

Es importante aclarar, como se ha insistido a lo largo de nuestra investigación, que la propuesta no va orientada a despenalizar dichas conductas en todos los casos, pues decir ello, sería afirmar que al no haber coerción, desaparecería el hecho social y en consecuencia sostener, que en ningún caso de relaciones sexuales con menores de 14 años, habría pena, llevando claramente dicho supuesto a la impunidad.

Visto ello, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, cuando se está frente a delitos abusivos contra menores de 14 años, se han fijado unas reglas que imposibilitan hoy en día desvirtuar la antijuridicidad de la conducta, reglas que desconocen aspectos exógenos de la misma.

De la ratio decidendi extraída de sentencias sobre supuestos fácticos a los planteados en este trabajo de investigación se tiene que según la Corte Suprema de Justicia:

- El consentimiento de la víctima menor de 14 años no tiene la potencialidad de desvirtuar la antijuridicidad a luces de la jurisprudencia de la Corte.
- La presunción iuris et de iure frente al consentimiento del menor de 14 años, no admite prueba en contrario.
- El abuso se cargaría al autor, por obrar sobre una persona menor de 14 años de edad, que no está en condiciones de asumir responsablemente el acto sexual. Nada interesaría, para estos fines, que la misma hubiera asentido el hecho, porque para tomar esas decisiones la ley la tiene como inmadura por la edad.
- 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.
- Para la estructuración del tipo penal es indiferente que el menor tenga noción y conocimiento de qué es y en qué consiste la sexualidad.

CAPÍTULO 2

Problemas que se derivan a partir de las reglas fijadas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, al momento de resolver los casos por delitos abusivos con menores de 14 años.

Colombia como Estado Social de Derecho tiene la obligación de observar en toda actuación judicial o administrativa, el respeto irrestricto al debido proceso. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 29 de la Constitución Política consagra el debido proceso como un derecho fundamental aplicable “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. En términos generales, la jurisprudencia constitucional ha definido este derecho “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”.⁸⁷

Del mismo modo, la Corte Constitucional ha señalado que el respeto a este derecho fundamental supone que todas las autoridades judiciales y administrativas, dentro del ámbito de sus competencias, deben ejercer sus funciones con sujeción a los procedimientos previamente definidos en la ley, respetando las formas propias de cada juicio, a fin de que los derechos e intereses de los ciudadanos incursos en una relación jurídica cuenten con la garantía de defensa necesaria ante posibles actuaciones arbitrarias o abusivas, en el marco de la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una sanción.⁸⁸

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. 1 de diciembre de 2010. Sentencia C-980. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁸ Consultar, entre otras, las sentencias C-214 de 1994, T-073 de 1997, T-146 de 2005 y C-1189 de 2005.

En esa medida, el debido proceso se erige como una garantía y a la vez un principio rector de todas las actuaciones judiciales y administrativas del Estado, lo cual implica que las autoridades deban realizar sus funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos, permitiendo ejercer control sobre la función pública. Bajo esa premisa, el derecho al debido proceso se manifiesta como desarrollo del principio de legalidad y como un límite al ejercicio del poder público, en la medida en que toda competencia asignada a las autoridades públicas no puede desarrollarse sino conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, en procura de la garantía de los derechos de los administrados.

Como se desprende de lo establecido en el mismo artículo 29 de la Constitución, el derecho al debido proceso cubre tanto las actuaciones judiciales como las administrativas. En efecto, como se señaló en la sentencia C-034 de 2014⁸⁹, “Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales”.

Bajo este entendido, el debido proceso se enmarca dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, lo cual comprende “todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cubre todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, 29 de enero de 2014. Sentencia C-034. M.P. María Victoria Calle Correa.

respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”.⁹⁰

Dentro de los contenidos que cobijan este principio, tenemos el derecho de contradicción probatoria, el cual se constituye una de las principales garantías que tiene el acusado dentro del derecho penal, para defenderse, refutar y oponerse a los cargos atribuidos por el estado a través del ente acusador como lo es la Fiscalía General de la Nación.

Como bien lo sostiene el artículo 15 de la Ley 906 de 2004⁹¹, el procesado tiene el derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. Quiere decir ello, que la pretensión acusatoria de la Fiscalía puede infirmarse a partir de los medios probatorios igualmente aducidos e incorporados en debida forma por el acriminado, situación que se torna nugatoria cuando por el solo hecho de que la conducta recaiga sobre un menor de 14 años, se le proscriba al procesado su posibilidad de demostrar, que empero lo anterior, no conculcó en manera alguna el bien jurídico protegido.

Recordemos que el artículo 9º del Código Penal – Ley 599 de 2000, impone que “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable.” Además de ello, es necesario verificar un nexo de causalidad entre la acción y el resultado. No obstante lo anterior, debe determinarse si en efecto esa relación causal es relevante para la tipicidad y para ello necesariamente hay que acudir a los conceptos desarrollados a través de la imputación objetiva, pues como lo pregonaba el mismo artículo 9º “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. 9 de febrero de 2016. Sentencia T-043. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) “Por la cual se expide el Código Penal” Diario Oficial: 44.097.

La teoría de la imputación objetiva, elaborada para superar el causalismo propio de las ciencias naturales que impregnó al derecho penal hasta el siglo XIX y principios del siglo XX, de lo cual era muestra el artículo 21 del derogado Decreto ley 100 de 1980, fundamenta la atribución de un resultado a su autor y reformula la teoría del delito que se estructuraría desde la tipicidad en dos juicios de atribución: imputación objetiva y subjetiva.

A través de la misma se pretende introducir consideraciones jurídicas valorativas inherentes al tipo penal en sustitución de la causalidad natural, que es incapaz de hacerlo, para poder definir cuándo un resultado le es atribuible al autor como una obra suya, pues de hecho la determinación de cuándo un resultado es imputable a una persona es un problema normativo o jurídico, mientras la causalidad es solo el punto de partida de la imputación jurídica; por eso, el tipo penal hoy contempla dos categorías: la causalidad y la imputación.

Vale la pena indicar que hoy por hoy, la teoría del delito se ha nutrido de los diferentes esquemas del delito que pasan desde la teoría clásica, neoclásica, positiva hasta el finalismo de Claus Roxin, sin embargo, ello no quiere decir que la teoría del delito pueda considerarse como anticientífica, en tanto ésta deba adaptarse al método de la ciencia jurídica por ser parte de ella, debiendo dejar a un lado el criterio meramente causalista de las ciencias naturales y acudir a la doctrina de la imputación encargada de sistematizar las diferentes categorías.

Roxin⁹² indica que la dogmática penal se encarga de estudiar las normas penales, sus presupuestos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), sus consecuencias jurídicas, modalidades de conducta (dolo, culpa y preterintención), para luego de ello, decidir si es necesario o no castigar al individuo.

⁹² ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, t. 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2a edición alemana. Editorial Civitas. Madrid.

De allí, que la teoría del delito como límite al ius puniendi estatal, cumple quizá una de las más importantes funciones al interior del derecho penal como lo es garantizar la coherencia y sistematicidad de las categorías del delito.

Mírese cómo esas categorías del delito, tales como la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, se constatan de manera lineal en forma de código binario (acción/ausencia de acción; tipicidad/atipicidad; antijuridicidad/causales de justificación; culpabilidad/inculpabilidad). En la primera hipótesis, si se da la acción ya contamos con una condición necesaria para estructurar el elemento tipicidad; sin embargo, dicho elemento no es suficiente, en tanto se requiere verificar que además de típica sea antijurídica.

En el actual modelo procesal colombiano, la categoría central es el injusto, en tanto éste, aglutina valoraciones que limitan sin duda alguna la teoría de la acción desde un punto de vista negativo; de ahí, que lo relevante para el actual esquema del delito no es la acción en sí, sino su la valoración.

Quiere decir lo anterior, que el juez al momento de hacer la valoración de la conducta, no debe dedicarse a constatar única y exclusivamente la causalidad entre la acción y el resultado, sino que además debe valorar los fines de ese resultado, que es lo que conocemos como antijuridicidad material, es decir, le corresponde verificar si existe lesión o no al bien jurídico, con un ingrediente adicional que se enlista en la ley 599 de 2000, y es que la lesión debe ser efectiva más no una simple oposición de la acción respecto del bien jurídico.

Es aquí donde hacemos el primer cuestionamiento a los problemas dogmáticos efectuados por la Corte Suprema de Justicia al analizar este tipo de conductas abusivas en donde el sujeto pasivo es menor de 14 años. El Juzgador se limita a hacer un análisis meramente objetivo, sin detenerse a analizar a fondo el concepto de antijuridicidad material por posible ausencia de lesividad.

Al respecto Sánchez, Esiquio⁹³ señala:

“La teoría de las estructuras lógico-objetivas parten del supuesto según el cual el objeto desvalorado por el derecho existe con anterioridad e independencia de la desvaloración misma que se haga de tal objeto; por esa razón, cuando el derecho desvalora una acción, dándole el estatus de delito, por ejemplo, no está creando dicha acción, pues ella existe independientemente de la desvaloración jurídica que se haga. Las estructuras lógico-objetivas en particular ligán al legislador con la estructura de aquello que desvalora, le permiten conocer la estructura del ente y hacer que la desvaloración respete esa estructura, pues, de lo contrario, la legislación sería imperfecta; por tanto, las estructuras lógico-objetivas son en Welzel una base sólida de racionalización en la conformación del derecho⁹⁴”.

Y sobre el tema puntual de la antijuridicidad, el mismo autor señala:

“Es claro entonces que toda conducta típica, es decir, que realice objetiva y subjetivamente la descripción conceptual plasmada en el tipo es, per se, antinormativa, en tanto que contraría la prohibición de la norma; pero ello, aunque es un indicio de antijuridicidad, no es la antijuridicidad misma, en otras palabras, no toda conducta típica (y por tanto antinormativa) es antijurídica⁹⁵”. (p. 149)

Así las cosas, debemos recordar que el derecho penal no responde exclusivamente a aspectos objetivos que aparenten estar en presencia de la comisión de un delito, sino que el juicio de responsabilidad de la persona humana ha de pasar por diferentes estancias o momentos para poder predicar o concluir de manera categórica que se ha violado la ley penal y que se merece una sanción punitiva, comportando analizar objetivamente la presencia de la antijuridicidad, pero no una formal, consistente en aquella que refiere meramente a la presentación externa, al empaque de la acción ejercida por el hombre, sino que se requiere es la antijuridicidad material o si se nos permite sustancial, que

⁹⁴ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. LA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO - Evolución Científica del Sistema del Delito. Monografías de Derecho Penal. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Agosto de 2011. Páginas 147 y 149.

⁹⁵ Ibid.

efectivamente ese acto del hombre aparentemente contrario a los postulados de la norma, efectivamente lesiona un bien jurídico tutelado o lo ponga en peligro.

Significa entonces lo anterior que no basta con que la apariencia enseñe sobre la comisión de un delito, sino que esa conducta humana, debe, ineludiblemente, haber generado en verdad un daño o lesión al bien jurídicamente tutelado, o realmente haberlo puesto en peligro.

De igual manera las reglas sentadas por la alta corporación van directamente en contravía del principio de lesividad, y este es precisamente uno de los temas más criticables, la consagración de presunciones de derecho en los tipos penales, que violan el principio de antijuridicidad material y el derecho de defensa.

Indica el autor Gómez Pavajeau⁹⁶:

“Tradicionalmente se venía afirmando que en estos tipos penales la puesta en peligro del bien jurídico tutelado se presumía *iuris et de iure*, sin posibilidad alguna de aportar prueba en contrario en tanto se trata de una presunción de derecho. Como se ha demostrado a lo largo del trabajo ello no puede ser admitido

La verificación de la adecuación típica misma da cuenta de una presunción de afectación al bien jurídico, presunción *iuris tantum*, debiéndose atacar en el ámbito de la antijuridicidad. Desvirtuado el indicio de antijuridicidad material que comporta la realización típica en estos eventos la conducta no es antijurídica, pero sigue siendo típica”.

menor de 14 años, automáticamente lo hace acreedor de una sanción penal.

Si bien es cierto, frente a este tipo penal, no se admite prueba en contrario de cara al consentimiento del menor, una cosa es desvirtuar un elemento objetivo del tipo

⁹⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material. Séptima Edición. Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 244

penal (que en este caso está prohibido), y otra cosa muy distinta es poder desvirtuar el elemento antijurídico de la conducta. Dicha presunción que no admite prueba en contrario no puede extenderse al elemento antijurídico, y de hacerlo, sería única y exclusivamente frente a la antijuridicidad formal, pero está claro, que a la defensa se le debe garantizar poder controvertir si frente a un caso en específico, se está vulnerando efectiva, material y real el bien jurídico que pretende proteger el Estado.

TÍTULO III

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA PROPUESTA ENCAMINADA A QUE EL JUZGADOR ANALICE CADA CASO EN PARTICULAR, CUANDO SE ENFRENTA A SITUACIONES EN QUE NO SE LESIONA EL BIEN JURÍDICO DE LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES, PESE A RECAER EN MENOR DE CATORCE AÑOS.

CAPITULO 1

Casos que pueden dar lugar a excluir antijuridicidad material en delitos abusivos con menores de 14 años

La propuesta de este trabajo de investigación está orientada a considerar supuestos fácticos, que pueden dar lugar, a la ausencia de antijuridicidad material, a pesar de contraerse relaciones sexuales con menores de 14 años.

Desde la adolescencia temprana (13 años), los adolescentes expresan diferentes hábitos sexuales que van desde los besos hasta la relación sexual que para muchos inicia en esta etapa⁹⁷. Razón por la cual, muchos inician su vida sexual a temprana edad, en contra vía a lo que establece el Código Penal.

Paralelamente, el comportamiento sexual del adolescente suele ser más abrupto que el de los adultos, principalmente por lo que están aprendiendo a mediar sus deseos, impulsos y afectos que van en conjunto con el desarrollo de su organismo.⁹⁸

Esto los hace, más propensos a querer informarse y saber lo que implica un acto sexual. Es una realidad, que el menor de 14 años ya haya iniciado su vida sexual. Al mismo tiempo, la actividad sexual adolescente se ve mediada por las diferentes perspectivas de los roles sexuales y de género que tienen presentes, puesto que en algunos grupos se establecen las pautas de interacción que se producen entre los pares de igual y diferente sexo⁹⁹.

De la misma forma, hay otros factores psicosociales que afectan la actividad sexual de los adolescentes, como su experiencia sexual, sus preocupaciones por

⁹⁷ García, Díaz & Hernández, 2007; González et al., 2015; Castro, Bermúdez, Buela-Casal & Madrid, 2010.

⁹⁸ (Fraga, 2006; Ortega, 2000; citados por García, Díaz & Hernández, 2007).

⁹⁹ (Gómez & Gómez, 2013).

enfermedades, su adaptación social, familiar y escolar, entre otros¹⁰⁰.

Sumado a esto, “los adolescentes tienen diferentes actitudes hacia la sexualidad, donde tanto hombres como mujeres aceptan relaciones sexuales libres y aprobadas, por lo que la relación sexual consentida es una actitud existente ante la sexualidad”¹⁰¹.

Todo lo anterior quiere decir, que el interés sexual del ser humano viene desde mucho antes, al establecimiento de una edad cronológica para poder tener relaciones sexuales libremente en Colombia que es de 14 años. Todo esto puede ser un desarrollo cultural y social, no previsto por la norma y es diferente para cada individuo, según su fuero y desarrollo interno.

Es casi imposible encasillar a todos los jóvenes en un mismo patrón de comportamiento de cara a la sexualidad, en tanto para poder establecer si alguno de ellos tiene el concepto más fortalecido que otros, ello depende de diferentes variables tales como el sexo, la edad, tener novio/a, grado de instrucción, profesión u ocupación de los padres, capacidad económica, información recibida sobre sexualidad, utilización de métodos anticonceptivos, religión, etc.

Adicional a ello, no puede perderse de vista que las actitudes sexuales vienen condicionadas por aspectos de la personalidad, de la percepción, de las actitudes parentales, del auto-concepto, entre otros.

Es por ello, que no puede generalizarse el conocimiento y la capacidad que tienen todos los menores de 14 años, para comprender el sentido y responsabilidad que conlleva una relación sexual.

¹⁰⁰ (Castro, Bermúdez, Buena-Casal & Madrid, 2010).

¹⁰¹ (Martínez, 2001).

No se pretende como propuesta investigativa, disminuir la edad para poder contraer relaciones sexuales, como lo traen estos autores al decir que a los trece años un menor ya tiene conocimiento sobre las implicaciones de las relaciones sexuales, sino que dependerá de cada caso en específico y de cada sujeto, quien deberá ser valorado por el profesional en el área - psicólogo forense, y sexólogo especializado en educación sexual, para determinar la capacidad cognitiva del menor de consentir una relación o acto sexual.

“Las primeras relaciones amorosas y sexuales son un período importante en la adolescencia, **exponiendo que la actividad sexual consensuada no es patológica ni victimizante, sino que es parte del desarrollo del ser humano.** La sexualidad adolescente es importante en la construcción de la realidad del joven con el mundo y puede generar impactos positivos en el comportamiento del mismo”¹⁰².

Conforme a dicho argumento, es que se entiende que, desde la adolescencia, es que empiezan a surgir los intereses y deseos sexuales frente al otro, por lo que será necesario determinar, en qué etapas se desarrolla el ser humano, a efectos de poder concluir si tiene o no capacidad y consentimiento para decidir sobre una relación sexual.

Con esta investigación, se pretende realizar una propuesta orientada, tanto para el Juez como para la defensa, y por qué no, para la misma fiscalía, cuando en un caso en concreto, a pesar de haber existido actos o accesos abusivos con menores de 14 años, se prueba al interior del proceso, que no existió afectación al bien jurídico, y en consecuencia hay ausencia de antijuridicidad material de la conducta. Los casos propuestos son los siguientes:

¹⁰² Parra & González, 2010, citados por Zuleta, 2014; Muñetón, Pinzón & Vergara, 2014.

- a. Cuando el menor de 14 años quiere conformar familia con el sujeto activo de la conducta.
- b. En los casos en que si bien, no existe ánimo de continuar la permanencia de la relación sexual, se demuestra ausencia de lesividad al bien jurídico.
- c. Cuando el menor de 14 años sigue aceptando la relación sexual, y existe prueba de ausencia de lesividad al bien jurídicamente tutelado.

a. Cuando el menor de 14 años quiere conformar familia con el sujeto activo de la conducta.

El primero de los casos propuestos, que pueden dar lugar a ausencia de antijuridicidad material, se daría cuando el menor de 14 años quiere conformar familia con el presunto sujeto activo de la conducta punible.

Para este caso, se debe mencionar la sentencia estudiada en capítulos anteriores, que fue la C/146 de 1994, en donde precisamente la Corte Constitucional analizó, que en supuestos de hecho en que el menor de 14 años, mayor de 12 años, contrajera matrimonio, le era permitido sostener relaciones sexuales con su cónyuge. Recuérdese que mientras el Código Civil, le permitía contraer matrimonio, por su parte el Código Penal, penalizaba el hecho de sostener relaciones sexuales con la menor de 14 años y fue esta sentencia la que aclaró, que en dichos eventos estaba justificado el hecho de la relación sexual que el Código Penal proscribía.

Por dichas consideraciones, indicó la Corte en su momento, que en los casos en que se “*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.

Ahora bien, en casos en que la menor de 14 años haya sostenido relaciones

sexuales, y posterior a ello quiera contraer matrimonio con el presunto sujeto activo de la conducta, es donde el juzgador debe analizar en concreto y verificar si en efecto, hubo la afectación al bien jurídico que predica la norma, o si por el contrario, aplicar esta norma penal, resultaría más lesiva.

En consecuencia, se diría, que en dichos casos, habría una tensión entre una presunta vulneración al bien jurídico *“libertad, integridad y formación sexual”*, que pretende proteger el Estado; y por otro lado, *“los derechos de la menor y por qué no, en casos en que haya quedado en embarazo aquella, los derechos de ese nasciturus”*, aspectos que la norma no previó, y que hoy por hoy son derechos materializados en el libre desarrollo de la personalidad, derecho a tener una familia, y derecho de los niños además de tenerla, a no ser separados de ella.

Esa circunstancia en específico, es la que deberá analizar el Juez, y determinar si objetivamente existe la vulneración al bien jurídico, pues no puede seguir aplicando una norma penal, de manera indiscriminada, casi que presumiendo una lesión al bien jurídico en todos los casos; pues una cosa es presumir que un menor de 14 años, no tiene consentimiento para aceptar una relación sexual, y otra cosa muy distinta, es presumir que en todos casos hay afectación al bien jurídico, diferencia que al parecer, no es tomada en cuenta hoy en día por la generalidad de los administradores de justicia en el área penal.

Viso esto, se hace pertinente diferenciar, que una cosa es hablar de un elemento de la tipicidad objetiva, entiéndase que la menor o menor de 14 años, no tiene consentimiento para asentir una relación sexual, y otra cosa totalmente distinta, es hablar de la afectación al bien jurídico como elemento antijurídico de la conducta punible, sobre el cual, actualmente en el ordenamiento jurídico, no existe proscripción alguna respecto a poder demostrar su afectación o no.

En cambio, a luces del artículo 9 del Código Penal, debe existir una división

tripartita del delito, y en ausencia de alguno de los elementos del mismo, no habría configuración de conducta punible.

El derecho jamás puede estar alejado de la sociedad, de hecho, hoy por hoy, existe interdependencia de las distintas ciencias y disciplinas, y lo que hace tiempo atrás se consideraba como derecho positivo o teoría pura del derecho, hoy ha avanzado, al punto de necesitarse de otras ciencias para resolver los casos.

En el ámbito témporo espacial, esta investigación es respecto al derecho Colombiano, y en consecuencia no debe dejarse al margen, las costumbres y arraigos culturales que varían según cada región del país, y que si bien, no son estudiados en sede de culpabilidad (discusión distinta a la aquí planteada), sirven para fundamentar la ausencia de lesión frente a algún caso en específico.

Si bien es cierto, esta investigación no pretende ser de tipo sociológica, uno de los componentes de la misma, está dirigido a tener una visión Constitucional y social; y justamente dicho aspecto social, permitirá entender, por qué, en distintas regiones de Colombia, existen matrimonios o intereses de conformar una familia a temprana edad, no bajo un aspecto de culpabilidad por biodiversidad, sino bajo un concepto de elementos objetivos (pruebas que permitan demostrar la ausencia de lesión),; aspectos que deberán ser valorados por el juez al momento de decidir el asunto puesto en conocimiento.

Esta realidad, hace que el Derecho deba ser cambiante, y que deba tener en cuenta estas condiciones exógenas, que no fueron previstas en la norma. Es una realidad que en Colombia, se sostienen relaciones sexuales con menores de 14 años, y que objetivamente hablando no se les lesione el bien jurídico tutelado, y en consecuencia, exista un querer de conformar familia, por lo que el Estado colombiano, so pretexto de proteger un bien jurídico que formalmente puede verse vulnerado, no puede desconocerle derechos Constitucionales, que son de mayor

valor a ese menor.

La Constitución Política de Colombia¹⁰³ en su artículo 42 indica

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o **por la voluntad responsable de conformarla.**

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes¹⁰⁴.

Conforme al citado artículo, el derecho a la familia es un derecho fundamental, que debe ser garantizado por el Estado. Si bien es cierto en Colombia, el menor de 14 años no puede contraer matrimonio, y los mayores de 14 años, menores de 18, deben hacerlo con el permiso de sus padres, la realidad es que para conformar una familia, no se requiere matrimonio, y legalmente no existe una prohibición respecto a que el menor de 14 años no pueda conformar familia. Una cosa es el matrimonio, y otra cosa distinta es la conformación de una familia.

Será entonces, el Juez, en cada caso específico que deba valorar si existe afectación con la imposición de una pena, cuando tanto sujeto activo y pasivo de la conducta quieren, o ya tienen conformada una familia. Es importante recalcar, que para ello será necesario el trabajo interdisciplinar de distintas ciencias como la psicología forense, trabajo social, sexología, o aquella que resulte aplicable, que permitan emitir concepto tendiente a definir si la familia está o quiere ser conformada, que no existe constreñimiento, ni error, o coacción en el consentimiento del menor, y que éste, entiende mental y físicamente, el sentido biológico que implica la relación sexual y la conformación de una familia, pues no se pretende llevar a la impunidad casos que son contrarios al ordenamiento jurídico, sino precisamente, casos *in concreto* en donde se pueda concluir que hay ausencia de antijuridicidad de la conducta, por conformación de familia.

El concepto antijurídico, implica no solamente, que vaya en contra o lesione un bien jurídico, sino que debe abarcar todo un ordenamiento jurídico, de ahí que sea antijurídico, y no anti normativo, o anti penal.

Entonces, si en un caso en concreto, se evidencia que existe el ánimo de

¹⁰⁴ Constitución Política de Colombia 1991. Congreso de la República

conformar una familia, o se establece conformada ya una familia, la protección constitucional de ésta, siempre estará por encima de la aplicación de cualquier norma que vaya en contravía de ella. Por tal motivo, será superior la protección de derechos fundamentales de esta familia, que la imposición de una pena, y en consecuencia esta conducta ya no es antijurídica materialmente.

Ahora bien, es importante aclarar que una cosa es querer conformar familia y otra cosa el matrimonio. En Colombia el menor de 14 años no puede contraer matrimonio, y el menor de 18 mayor de 14 años, puede siempre y cuando haya permiso autorización de sus padres. Pero lo realmente importante, y el concepto protegido constitucionalmente, es el derecho a la familia, y este no implica un contrato de matrimonio.

Conforme a lo anterior, se puede indicar que en Colombia no hay prohibición alguna de edad para conformar familia, por lo que en estos casos deberá el juez ponderar este derecho constitucional, frente a la facultad punitiva del Estado.

Del análisis de casos, se pudo verificar, entre ellos, el resuelto por uno de los coautores de este trabajo investigativo, en calidad de Juez, como terminaron precluyendo la investigación por atipicidad del hecho, valorando que el injusto penal en sus elementos (tipicidad y antijuridicidad), no se cumplía para seguir con la actuación penal.

La razón de dichas decisiones se centró en que el hecho de querer o estar conformada la familia, hizo que la conducta ya no fuera antijurídica, y en consecuencia no se configurara el injusto penal.

En igual sentido, basándose en el referente constitucional, de la sentencia C-146/94, en donde aclara, que si bien, hacía referencia en ese entonces a los casos en que cuando se tenían relaciones sexuales con una niña entre los doce y los

catorce años y contraía matrimonio o hacía vida marital de hecho, con el sujeto activo de la conducta, esas relaciones de pareja eran socialmente permitidas que excluía la responsabilidad penal, cuando había conformación de la familia.

b. En los casos en que si bien, no existe ánimo de continuar la permanencia de la relación sexual, se demuestra ausencia de lesividad al bien jurídico.

El segundo de los casos propuestos es en el supuesto que si bien, no existe ánimo de continuar la permanencia de la relación sexual, hay prueba objetiva de que a pesar de que existieron relaciones sexuales consensuadas, hay ausencia de lesividad al bien jurídico de ese menor.

Este caso se puede concretar, cuando un menor de 14 años tuvo relaciones sexuales consensuadas con el presunto sujeto activo de la conducta, cesaron las mismas y no hay ánimo de conformar una familia; pero que a pesar de todo lo anterior, objetivamente se demuestra que hay ausencia de lesividad al bien jurídico del mismo.

Lo que se deberá analizar, es *in concreto*, si frente a este caso, existió o no afectación al bien jurídico del menor. Las siguientes son hipótesis que podrían dar lugar a la ausencia de lesividad:

- Las relaciones o actos sexuales siempre fueron consensuadas.
- No hubo nunca violencia, coacción, fuerza, ni constreñimiento alguno.
- El menor tenía conocimiento acerca de lo que implicaba una relación sexual
- El menor posiblemente ya había iniciado su vida sexual.
- El menor manifiesta no sentirse lesionado.
- Existe prueba psicológica forense que concluye que el menor no tiene afectación alguna a su libertad, integridad y formación sexual.

- Existe prueba de sexología que indica que no hubo lesión alguna, y que el menor tenía ya educación sexual.
- Las relaciones sexuales fueron consentidas. Este concepto de consentimiento es extraído bajo concepción científica, no legal como lo establece el ordenamiento jurídico colombiano, pues recuérdese que el Colombia, el menor de 14 años no puede disponer de su consentimiento.
- Se prueba madurez psicológica del menor.
- Existe prueba que el menor conocía que implicaba una relación sexual, sus efectos y consecuencias.

Todo lo anterior, siempre será bajo aspectos objetivamente demostrables y esto es, a través de las pruebas, allegadas y practicadas en el proceso, que permitan demostrar la ausencia de lesión.

Para ello, se requerirá de un profesional experto, que tenga los siguientes objetivos de evaluación¹⁰⁵:

1. Determinar las características de personalidad del menor.
2. Determinar el coeficiente intelectual, en relación con el concepto de inteligencia, resolución de conflictos y toma de decisiones.
3. Identificar el nivel de desarrollo moral y su relación con eventos asociados a los hechos materia de investigación.
4. Identificar los síntomas psicológicos y psicosomáticos asociados al daño psicológico producto del presunto hecho victimizante.
5. Explorar los diferentes aspectos relacionados con el autoconcepto y su relación con los hechos materia de investigación
6. Explorar las dinámicas familiares y su injerencia en el manejo del conflicto.
7. Determinar si hubo afectación a su libertad, integridad y formación sexual.

¹⁰⁵ Adriana Espinosa Becerra & Hugo Martínez Sandoval. *Prueba psicológica en presunta víctima de delito sexual. Un caso de ausencia de antijuridicidad material.*

8. Identificar si el menor tenía suficiente conocimiento y madurez sobre lo que implicaba una relación sexual.

Frente a este caso, se debe señalar, que será imperioso en la prueba psicológica forense, indagarle al menor frente a su madurez psicológica, y si él se siente afectado o no en cuanto a la relación sexual. Si conoce sus implicaciones y lo que significan. Pues no en todos los casos opera igual, si el menor en efecto tiene esa inmadurez psicológica, deberá ser punible el delito, máxime si éste menor manifiesta alguna repercusión, y verdaderamente lesión a su bien jurídico.

Es por ello, que no pretende ser este trabajo de investigación, un escenario de impunidad, sino precisamente un escenario de proporcionalidad, entre el derecho penal, y el bien jurídicamente tutelado que pretende proteger, por lo que será fundamental el estudio del menor y sus manifestaciones en cuanto a la relación o acto sexual.

c. Cuando el menor de 14 años sigue aceptando la relación sexual, y existe prueba de ausencia de lesividad al bien jurídicamente tutelado.

Este supuesto de hecho es en los casos, en que si bien, no existe ánimo de conformar una familia, tanto sujeto activo como sujeto pasivo manifiestan su querer en la continuación de la relación sexual.

No bastará únicamente el consentimiento del menor, como prueba para demostrar la ausencia de afectación, sino que tal como en los anteriores casos, será a través de prueba objetivamente demostrable que se permita concluir que a pesar de haber existido la relación o actos sexuales abusivos, este menor no tiene afectación al bien jurídico, por lo que operarían los mismos presupuestos que el anterior supuesto de hecho.

Frente a este aspecto, es importante señalar que se debe indagar frente a lo que siente este menor, y si existe amor entre sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta. Seguramente, es un concepto, que toma de manera desprevenida al operador judicial, pero recuérdese que existe el derecho fundamental al amor.

Que ocurrirá si el menor de 14 años, indica en la prueba psicológica forense “estoy enamorado”, La pregunta con connotación jurídica, sería: ¿Ese menor, tiene derecho fundamental al amor? La respuesta obviamente es que sí.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 44 frente a los derechos de los niños, indica que ellos, tienen derecho al amor y a la libre expresión de su opinión, por lo que, en ese entendido, bajo una interpretación sistemática, el operador judicial, deberá valorar y ponderar estos derechos constitucionales, frente a la facultad punitiva del Estado. Si el menor manifiesta, y se prueba objetivamente que no se produjo ninguna lesión a su bien jurídicamente tutelado, el Estado no puede desconocer dichas circunstancias, y como si de justicia ciega se tratase, condenar un acto que no vulnera el bien jurídico que pretende proteger.

Recuérdese que cuando se habla de antijuridicidad, esta debe ser en contra de todas las normas jurídicas y no solo penales, de no ser así su concepto sería típico, antipenal y culpable. Esto significa que el concepto de antijuridicidad irradia todo el ordenamiento jurídico, y entre éste, nada más y nada menos, que a la Constitución Política de Colombia, como norma de normas.

Ahora, en casos como los propuestos, se podría hacer uso de ciencias como la medicina, y la psicología forense, tendientes a evaluar la parte cognitiva de aquel menor de 14 años, que haya contraído relaciones sexuales, y con base a ella, poder soportar probatoriamente que dicho consentimiento fue libre de cualquier vicio y por tanto con plena capacidad de consentir el acto o relación sexual, por lo que la solución no radica en reducir la edad límite de contraer relaciones sexuales,

sino en establecer la posibilidad de que cuando exista el consentimiento y aunado a ello la ausencia de lesión al bien jurídico del menor, poder absolver, por ausencia de configuración de la conducta punible.

Frente a esta hipótesis, otro de los coautores de este trabajo investigativo, en su labor de abogada defensora, en estos momentos, tiene un caso cuyo objetivo es ejercer la defensa de quien es procesado, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, bajo los siguientes supuestos fácticos:

Presenta denuncia la madre de la menor, con el fin de dar a conocer las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos, en los cuales resultó víctima su menor hija. Precisa que todo se remonta al mes de enero del año 2018, cuando se entera que su hija la andaba pretendiendo un muchacho mayor que ella, y mayor de edad, la niña tenía en ese momento 13 años, nació el día 10 de noviembre del año 2004, se conversó con ella y según la misma denunciante, trataron de hacerla entrar en razón. El denunciado, empezó a colocar fotos en las redes besándose con ella, y a raíz de eso la madre de la menor, hizo la solicitud al bienestar familiar para que los asesorara sobre el caso, se habló con el grupo interdisciplinario del bienestar, y citaron al joven denunciado al bienestar en el mes de mayo, en el que se acordó junto con su hija que no se iban a volver a ver y al joven se le indicó cuál era el delito por ser él mayor de edad y ella por ser menor de edad, quien tan solo tenía 13 años.

El día 30 de agosto de 2018, siendo las 02:30 a.m., la denunciante manifiesta que fue a buscar a su hija a su habitación con la sorpresa de que ella no estaba en la cama, de inmediato acudieron junto con su esposo a la policía para desplazarse al sitio donde residía el denunciado.

Una vez allí con el acompañamiento de los policías de vigilancia proceden a tocar la puerta de la habitación, el denunciado abre y niega que su hija este con él, pero ella alcanzó a ver los zapatos y la ropa interior de su hija, y grita que salga de donde está escondida, ella sale y le dice que se vista y le tira la ropa interior, ella se viste y capturan al inculcado.

De los hechos se le indagó a la menor y efectivamente corroboró la concurrencia de dos eventos en los que sostuvo relaciones sexuales con el denunciado, ambos cuando ella tenía 13 años, el primero en junio de 2018, en fecha posterior cuando acudieron al ICBF y se le hicieron las

recomendaciones para que se abstuviera de frecuentar a la menor, y el segundo el 30 de agosto de 2018, en este último contaba con 13 años y 10 meses de edad y fue en una casa donde el procesado tenía una habitación.

Los anteriores fueron los hechos, objeto de acusación. De los elementos probatorios trasladados por la fiscalía, y de las conversaciones sostenidas con el procesado, está claro que la estrategia defensiva, no está para ser manejada por aquellos eventos en que se puede alegar un error de tipo, o error de prohibición, pues el sujeto activo de la conducta, sabía la edad de la menor, y según su formación académica bachiller, tenía conocimiento que estar con un menor de 14 años, podía ser delito, máxime cuando fue informado de dicha circunstancia por el ICBF, por lo que una causal de justificación de la responsabilidad no puede ser la teoría del caso para ser demostrada por esta defensa.

Prima facie, se puede decir, que se cumplen tanto los elementos objetivos, como subjetivos del tipo penal. Que no existe ninguna causal que excluya la responsabilidad penal, y que no estamos frente a un caso de inimputabilidad, para excluir la culpabilidad. Ahora bien, el único elemento con el que cuenta esta representación, para garantizarle una defensa al procesado, y poder solicitar una absolución, será en cuanto a desvirtuar el elemento de la antijuridicidad material de la conducta.

Cuando se revisan minuciosamente los elementos probatorios tanto de la Fiscalía, como los elementos que se tienen para preparar la defensa, se extrae lo siguiente:

1. La menor fue quien salió de su casa (en horas de la madrugada), a la vivienda del procesado para tener la relación sexual.

Esto puede ser un indicio, de que la menor, estaba en plena capacidad de comprender que el hecho de ir, a la casa del procesado, en horas de la madrugada, implicaba un acto de disposición por parte de ella, orientado a que se

materializara ese acto sexual.

El historial remitido por la trabajadora social indicó:

Entrevista con la menor, ella indica que las relaciones con la madre son conflictivas debido a exceso de protección, a que no se le permite tener relaciones afectivas ni compartir con amigos como lo hacen las personas de su edad. También reporta que siente que la madre protege y es más afectiva con su hermano de 15 años, la paciente cursa 8° de bachillerato en el colegio Francisco Julián Olaya sede A, refiere tener adecuadas calificaciones y muy buenas relaciones interpersonales con los compañeros, la paciente refiere que inició relación sentimental con un joven de 19 años hace aproximadamente 8 meses, y que debido a la prohibición de sus padres de salir con el joven, ella se escapaba tres veces a la semana para verse con él en su casa y allí poder intimar con él. También refiere que el sabía los riesgos de cárcel que corría si continuaba con esa relación.

De esta entrevista realizada por la trabajadora social, se puede inferir, cómo la menor tenía tal madurez psicológica, que era ella misma quien salía de la casa de su mamá, para verse con su pareja sentimental, que entendía que el hecho de tener relaciones sexuales era un delito, y que aun así ella de manera voluntaria, sin coacción ni fuerza, fue quien quiso trasladarse a la casa del procesado para intimar.

2. La menor tenía una relación amorosa con el procesado.

Este hecho, hace ver la posible tensión, entre derechos fundamentales del menor (artículo 44 de la Constitución Política), que establece el derecho al amor, y a la libre opinión, frente a la potestad punitiva del Estado.

En la entrevista con psicología forense, así como la entrevista con la trabajadora social, y en su visita al ICBF, la menor siempre manifestó que tenía una relación amorosa con el procesado. Tan es así, que el mismo procesado, manifestó que él

quiso oficializar su relación con la menor, que mostró su interés en tres ocasiones por presentársele a la madre de la menor, como la pareja, y para lo que ellos denominaban “el permiso de ser novios”, pero que la madre de la menor no aceptó dicha relación por la situación económica del procesado. Estos aspectos son importantes, pues deberán ser analizados de igual manera por profesionales en psicología y trabajo social, que permitan objetivizar que la relación sexual, nunca fue inducida por error, o indefensión, sino que fue producto del amor que se profesaban como pareja, aspectos que claramente deberán ser valorados en sede de antijuridicidad por parte del juzgador.

3. La menor, hacía uso de las redes sociales (Facebook e Instagram), por medio de las cuales mantenía conversaciones de tipo explícito con el procesado.

Frente al uso de las redes sociales, la menor era quien le compartía contenido sexual al vinculado, lo que permite inferir su conocimiento frente a lo que implica una relación o acto sexual. Se tienen como evidencias, las conversaciones sostenidas entre los dos, en dónde ella era quien le manifestaba su interés en intimar, al punto que le enviaba fotos explícitas de ella y de sus partes íntimas, usando vocabulario frente al tema sexual, que denota conocimiento de lo que implica una relación sexual. No es lo mismo hablar, de casos en que un mayor de edad “abusa de esa condición de menor de 14 años”, para intimar con éste, que hablar de casos como el del presente asunto, en dónde es la menor quien ya tenía el conocimiento sobre lo que implica una relación sexual, al punto que fue quien incitó al procesado a que la realizaran.

4. La menor era estudiante de una institución educativa de grado 8.

Por lo que se requerirá al colegio, se informe, si para la época de los hechos, al interior de la institución educativa, había charlas de educación sexual para los

estudiantes del grado que cursaba la menor, con el fin de determinar si tuvo la información necesaria para comprender lo que implica una relación sexual.

5. La menor le manifestó al procesado que ella ya había iniciado su vida sexual.

Esto permite objetivizar que, si la menor ya había iniciado su vida sexual, sabía lo que implicaba la misma, y que su bien jurídico, ya no se veía afectado. De igual manera, se tienen pruebas testimoniales, que permiten demostrar que ésta menor, ya había iniciado su vida sexual, y que, en el tiempo de la relación sentimental entre la menor y el procesado, aquella, sostenía al tiempo relaciones amorosas y sexuales con más compañeros de colegio. Estos hechos son fundamentales y resultan pertinentes para ser analizados en sede de antijuridicidad.

6. La menor físicamente aparenta una edad y desarrollo mayor.

Si bien es cierto, dicho argumento no sirve para alegar un error de tipo, pues como se dijo anteriormente, existe evidencia que el procesado conocía la edad de la menor, si sirve para fundamentar un posible desarrollo físico y psicológico de esta, tendiente a demostrar la madurez sexual que tenía a pesar de su edad menor a 14 años.

7. Las dos relaciones sexuales, fueron cuando la menor tenía 13 años 6 meses de edad, y 13 años 11 meses de edad.

Todos estos hechos, que resultan relevantes para la teoría de la defensa, permitirán demostrar, que la menor tenía conocimiento de lo que implica una relación sexual.

Estas circunstancias tienen que ser trascendentales para el derecho penal, y

brindarles una solución jurídica que no puede ser penada. ¿Acaso qué hace que un menor de 13 años y 10 meses tenga menos capacidad y madurez mental que el menor de 14 años?, ¿Esa madurez mental depende de dos meses de diferencia?, o de un análisis pericial que permita determinar que estaba o no en capacidad de comprensión acerca de lo que implica un acto sexual, razón por la cual, se requerirá de un profesional psicólogo que permita hacer la explicación científica que amerita este análisis.

Frente a este caso en específico, se debe indicar, que no son especulaciones, o simples argumentos sin sustento de estrategia defensiva, sino que, del mismo material probatorio trasladado por la fiscalía, se pueden extraer argumentos sólidos que permiten evidenciar la ausencia de antijuridicidad material en este asunto.

Se trasladaron a la defensa cuatro elementos probatorios que resultan relevantes para esta investigación. El primero el informe de clínica forense, el segundo es el informe de psicología forense, el tercero concerniente al informe de la trabajadora social y en último lugar la entrevista forense en Cámara Gesell. A continuación, vamos a analizar cada uno.

1. El informe de clínica forense:

El informe pericial de clínica forense concluyó:

Aspecto general: De buena apariencia general, aspecto cuidado, tranquila relatando lo sucedido sin ningún problema, **incluso de forma despectiva como algo normal**

Valoración sexológica: 1, menor de edad con relato de relaciones sexuales consentidas. La paciente relata que el sexo fue consensuado y el examen clínico

soporta el relato por la ausencia de signos de trauma o lesiones personales.

Valoración de lesiones: No existen huellas externas de lesión reciente al momento del examen que permitan fundamentar una incapacidad médico legal. Paciente sin lesiones externas de ningún tipo, genitales íntegros sin desgarros antigua o recientes, no se observan lesiones en piel, mordeduras o succiones. Sin signos clínicos de embarazo o enfermedades venéreas. La paciente relata que el sexo siempre fue consensuado el examen clínico soporta el relato por la ausencia de hallazgos. Se solicita valoración de trabajo social y psicología.

Otras Recomendaciones:

Paciente en buenas condiciones, sin signos de violencia, actividad sexual consensuada. Se solicita valoración por trabajo social y psicología. la paciente relata que las relaciones siempre fueron consensuadas y que nunca sufrió ningún tipo de violencia

De este informe, se pudo evidenciar dos hechos relevantes. El primero que las relaciones siempre fueron consentidas. El segundo que no hubo ninguna lesión o afectación física a la menor, y el tercero que la menor relató este hecho de manera tranquila, incluso de manera despectiva como un hecho completamente normal. Estos aspectos son trascendentales para valorarse en sede de antijuridicidad material.

2. Informe de psicología forense de salud psicológica.

El objetivo de esta valoración era el estudio de la salud psicológica de la menor, por el motivo de presunto acceso carnal abusivo.

En cuanto al examen mental, se concluyó, que es un persona consiente sin

alteraciones senso-perceptivas (sin alucinaciones, ni ilusiones), su pensamiento es coherente y la presentación personal es organizada y aseada, utiliza un tono de voz moderado, durante la valoración estableció contacto visual y su postura es adecuada, no presenta dificultad para conciliar el sueño, emocionalmente estable, se observa tranquila, no presenta ideación suicida, no se observan rasgos de agresividad en su personalidad, ni alteraciones cognitivas, no se percibe dificultad para expresar sus ideas, realiza narraciones de situaciones cotidianas. respondiendo todos los interrogantes realizados, manteniendo siempre la cordialidad, otorgando respuestas

Frente a la valoración por áreas se evidenció:

Área emocional-afectiva

Durante la valoración, la menor se observa emocionalmente estable, proporciona información sin ninguna dificultad, evidencia sentimientos de adaptación al entorno, se le facilita expresar emociones y sentimientos, muestra capacidad de dar y recibir afecto sin dificultad

Área cognitiva - adaptativa

Evidencia un adecuado desarrollo de procesos mentales y conductuales de adaptación se le facilita relacionarse de manera asertiva comparte e interactúa de manera fluida lo que facilita su adaptación al medio.

Área del lenguaje

El lenguaje se caracterizó por tener buena articulación, vocalización de las palabras y fluidez verbal, su tono de voz fue suave y moderado, evidencia facilidad para expresar ideas de manera elocuente, no se observa ninguna alteración en el

lenguaje

Área sensorio - motriz

No se evidencia ninguna alteración en su desarrollo psicomotriz. Se observa adecuada predominancia de lateralidad. Muestra soltura, v espontaneidad en los movimientos, los procesos de aspecto motor son observados en diferentes actividades donde interactúa con movimientos acordes a su desarrollo

Finalmente, en cuanto al concepto de salud psicológica concluyó:

Durante la Valoración Psicológica se observó a la menor emocionalmente estable, no presentó dificultad para expresar sus pensamientos y sentimientos se mostró colaboradora y activa, respondió los interrogantes realizados, aportó información personal y familiar que se condensan en el presente informe, evidencia estado mental conservado sin alteraciones significativas.

Frente a la situación reportada la menor realiza un relato donde manifiesta que establecía una relación de noviazgo hace aproximadamente 8 meses, en la cual sostenían relaciones sexuales, en algunas ocasiones sin protección, se observan sentimientos de preocupación frente a la situación con el Joven ya que es consciente que es un delito lo sucedido.

Del anterior informe, se pudo concluir objetivamente que no existe afectación emocional afectiva de la menor, que su área cognitiva se encuentra en perfecto estado, que su área sensorio motriz no tienen ninguna alteración y que en consecuencia su salud psicológica esta emocionalmente estable, al punto que se observaron sentimientos de preocupación frente a la situación con el procesado ya que la menor era consciente que era un delito lo sucedido, y entendía que las relaciones sexuales se surgieron en torno a su relación de noviazgo.

Estos aspectos permiten también dar solidez al argumento de la ausencia de antijuridicidad material de bien jurídico de la menor, porque si bien, hubo relaciones sexuales, éstas no repercutieron con ninguna afectación a la menor en su aspecto psicológico.

3. Informe de trabajo social.

En entrevista con la menor, ella indica que las relaciones con la madre son conflictivas debido a exceso de protección, ya que no se le permite tener relaciones afectivas ni compartir con amigos como lo hacen las personas de su edad. también reporta que siente que la madre protege y es más afectiva con su hermano de 15 años, la paciente cursa 8°, refiere tener adecuadas calificaciones y muy buenas relaciones interpersonales con los compañeros, la paciente refiere que inicio relación sentimental con un joven de 19 años hace aproximadamente 8 meses y que debido a las prohibiciones de sus padres, ella se escapaba tres veces a la semana para verse con él en su casa y allí poder intimar con el. La prohibición de sus padres de salir con el joven, ella se escapaba tres veces a la semana para verse con él en su casa y allí poder intimar con él.

Este informe de trabajo social permite evidenciar que la menor era quien salía de su casa, para verse con el procesado, y que encontró en él un refugio que no sentía en su hogar.

Los anteriores informes de clínica forense, de psicología forense y de trabajo social, resultan tan trascendentales tanto para la teoría del caso de la defensa, como para el desarrollo de este trabajo investigativo, pues permiten objetivizar que el hecho de haber tenido relaciones sexuales esta menor, no tuvo ninguna afectación ni física ni psicológica, a su integridad libertad y formación sexual, al punto ella misma, y tal y como lo menciona en el informe la psicóloga forense, toma como un hecho normal el haber tenido la relación sexual. Es importante

señalar, que estas pruebas no son de la defensa, sino de las trasladadas por la misma fiscalía, por lo que refuerzan aún más nuestra teoría de ausencia de lesión al bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de la menor.

Finalmente, en la entrevista forense en cámara Gesell la menor manifestó un hecho que resulta importante para ser valorado en sede de la antijuridicidad material.

Refiere la menor que hace seis meses no está con él, desde la segunda vez que fue a bienestar familiar. Dice que después de la primera vez que fue a bienestar y habló con la comisaria para hacer acuerdos, ella no los cumplió porque volvió con él porque lo “quería”, y “aún lo quiere”. Manifiesta que fue ella quien lo buscó a él, aunque sabía las consecuencias, hablaban y se veían, pero se sentía muy segura con él. Manifiesta que se comunicaba por teléfono con él porque ella era quien lo llamaba.

El análisis de los anteriores hechos relatados por la víctima, resultan relevantes, porque adicional a lo ya estipulado en los informes, ella manifestó que fue bajo un sentimiento compartido que se produjeron las mismas, y que fue ella, quien no cumplió con la caución de alejamiento, al punto que ella lo buscaba y lo llamaba al sujeto activo de la conducta, porque lo “quería”.

Estas circunstancias de igual manera deberán ser valoradas por el juez, en sede de la antijuridicidad material, pues no existe razón alguna, para creer que hubo una lesión al bien jurídico de la menor, cuando ésta nunca manifestó verse afectada, todo lo contrario, refiere su preocupación al hecho de encarcelamiento de su pareja. Adicional a ello, las mismas conclusiones de 3 profesionales distintos, como fueron la médica, la psicóloga y la trabajadora social, concluyen que no hubo afectación física ni psicológica de la menor, y que el único hecho por el que se cree la afectación a la libertad, integridad y formación sexual, fue por la

manifestación realizada por la menor, respecto a que hubo dos actos de relaciones sexuales.

Esta situación deberá ser analizada por la judicatura, pues no se puede pretender volver el derecho penal en un “derecho de responsabilidad objetiva”, que por el simple hecho de existir una relación sexual, el procesado ya sea responsable de una conducta, típica, antijurídica y culpable, pues será el objetivo de la defensa, demostrar que son 3 los elementos de conducta punible, y que en este caso en específico, no se cumple el elemento de la antijuridicidad material.

Para poder materializar esta teoría claramente el contrainterrogatorio será el arma de defensa, en donde se permitirá que las tres profesionales, se pronuncien frente al ámbito de la lesión y afectación al bien jurídico de la menor, y frente a su madurez en el entendimiento de lo que implica la relación sexual y sus consecuencias. Esto de acuerdo a sus informes presentados, y la técnica que el contrainterrogatorio implica.

Adicional a ello, por parte de la defensa, se pretenderá en la audiencia preparatoria hacer solicitudes probatorias testimoniales, orientadas a demostrar:

- Que la menor ya había iniciado su vida sexual, mucho antes de haber estado con el procesado,
- Que la menor era quien buscaba permanentemente al procesado.
- Que la menor entendía el concepto de sexualidad, al punto que solía hacer manifestaciones sobre este tema a sus compañeros.
- Que la menor era la pareja sentimental del procesado para el momento de los hechos.
- Que la menor tenía vida sexual activa con otras parejas sentimentales distintas al procesado.

De igual manera, se presentará como peritos a un sexólogo y psicólogo forense, cuyo objetivo será determinar si esa menor entendía el sentido fisiológico¹⁰⁶ de lo que implica la relación sexual y si ésta se vio afectada por haberlas consentido. En segundo lugar, para que valoren, el contenido enviado por la menor por medio de las redes sociales al procesado (fotografías explícitas de sus partes íntimas y vocabulario sexual usado), con el fin de demostrar si ella entendía el concepto y consecuencias de las relaciones sexuales, y si en algún momento se pudo haber visto lesionada con ocasión a las mismas.

Finalmente, es importante señalar, que será necesario tener la acuciosidad necesaria en las preguntas formuladas, orientadas única y exclusivamente a probar la ausencia de lesividad material de la conducta, pues en ningún caso se pretenderá abrir un escenario con el fin de revictimización de la menor, sino única y exclusivamente en cuanto el derecho de contradicción a que tiene el procesado, orientado a desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta.

¹⁰⁶ Este concepto en el entendido que al Corte Suprema de Justicia ha manifestado que los menores de 14 años no comprenden el sentido fisiológico de la relación sexual

CAPITULO 2

Posibilidad de incluir el consentimiento del menor de 14 años, como presunción que admita prueba en contrario.

Según la jurisprudencia Colombiana, el menor de 14 años no puede consentir una relación sexual, y su consentimiento no es prueba válida para determinar su capacidad de asentar la misma.

Como bien se ha manifestado a lo largo de esta investigación, la propuesta no va orientada a determinar un límite de edad distinto al que consagra la legislación colombiana, sino a que en casos específicos, se permita probar que ese consentimiento dado por el menor de 14 años, fue libre, consiente, voluntario; y que con prueba objetiva, se pueda demostrar que ese menor entiende el sentido fisiológico que conlleva una relación sexual, existiendo ausencia de lesión a su libertad, integridad y formación sexual.

Por ello, se hará un breve estudio comparado, sin que la investigación quiera trascender a ese ámbito, sino única y exclusivamente a orientar, cómo un mismo delito, es concebido en términos de edad y consentimiento, de manera distinta en diferentes legislaciones.

Claramente, no es lo mismo hablar de un país desarrollado, a uno en vía de desarrollo, pues aspectos sociales y culturales son distintos; aspectos que son reflejados de manera diferente en sus codificaciones. Independiente de cada desarrollo social de estos países, lo que se pretende poner de referente y contexto, es la razón por la cual la edad y consentimiento es diferente en cada país objeto del análisis, a efecto de determinar, si esto obedece a un aspecto meramente circunstancial, social o científico.

En legislaciones como la de Argentina, el límite de edad para poder contraer

relaciones sexuales es a partir de los 13 años, pues el Código Penal en su título III, frente a los delitos contra la integridad sexual, en su artículo 119 establece:

“Artículo 119. Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera **menor de trece (13) años** o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción¹⁰⁷”.

Pero en el artículo posterior, también castiga las relaciones sexuales con menor de 16 años, pero incluyendo un ingrediente subjetivo del tipo, en el entendido de que sea aprovechándose de su inmadurez sexual.

“Artículo 120. Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona **menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual**, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado¹⁰⁸”.

Ahora frente al menor de 18 años, en la legislación Argentina, se consagra el delito de corrupción de menores.

Por otra parte, el Derecho Penal Español en el TÍTULO VIII consagra los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en su capítulo II, de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años indica lo siguiente:

“Artículo 183 1. El que realizare actos de carácter sexual con un **menor de dieciséis años**, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

¹⁰⁷ CODIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. LEY 11.179 (T.O. 1984)

¹⁰⁸ Ibidem.

Artículo 183 bis. El que, con fines sexuales, **determine** a un **menor de dieciséis años** a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años¹⁰⁹”.

Es importante señalar, que, en España, si un menor de 18 años, mayor de 16 años, es engañado para sostener relaciones sexuales también es considerado como delito.

Hasta aquí es claro, que el hecho de tener relaciones sexuales con un menor de 16 años es considerado como delito en España. Pero lo destacable, en la legislación española, es lo siguiente:

“El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica¹¹⁰”.

Es importante tener esta visión de derecho comparado, no porque se trate de una investigación tendiente a analizar las distintas legislaciones, sino a determinar que no sólo legalmente, sino que socialmente, una conducta (relaciones sexuales con menor de 18 años), es vista de manera distinta, y que el consentimiento del menor como ocurre en España, a pesar de estar tipificadas las relaciones sexuales con menores de 16 años, si éste prestó su consentimiento, existe ausencia de responsabilidad, en casos en que el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, es decir agregándole un aspecto subjetivo a efecto de emitir responsabilidad o eximirla.

Así las cosas, en la legislación española, el consentimiento del menor de 16 años, sí admite prueba en contrario, y en consecuencia se puede obtener la absolución

¹⁰⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

¹¹⁰ Ibidem

de la persona que haya contraído relaciones sexuales con el menor.

Por otro lado, en la mayoría de los estados de México, establecen la edad mínima de **12 años**, para contraer relaciones sexuales. Por ejemplo, en el estado de Morelos, en su Código Penal artículo 154, se establece:

“Se aplicará la pena privativa de libertad prevista en el artículo 153, cuando el agente realice cópula, o introduzca cualquier elemento o instrumento distinto vía vaginal o anal con fines lascivos o erótico-sexuales **con persona menor de doce años de edad** o que no tenga capacidad para comprender, o por cualquier causa no pueda resistir la conducta delictuosa. Si el sujeto activo convive con el pasivo con motivo de su parentesco en cualquier grado, tutela, curatela, guarda o custodia, relación docente o como autoridad o empleado administrativo en algún centro educativo, religioso, laboral, médico, cultural, deportivo, doméstico o de cualquier índole, se le impondrá una pena de treinta a treinta y cinco años de prisión”¹¹¹.

De acuerdo a ello, en varios estados de México, la edad mínima concebida para poder contraer relaciones sexuales es de **12 años**. “Esta protección jurídica obedece al escaso desarrollo fisiológico, psíquico y cultural de estos menores, quienes aún no son aptos para la vida sexual de relación y para los fenómenos reproductores, del mismo modo que aún no pueden comprender el significado y trascendencia del acto sexual. Tomando en cuenta que por aspectos cualitativos estos menores no están en posibilidad de conducirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, el consentimiento sexual que otorgan no tiene validez jurídica.

La ley penal considera que por su edad los menores de 12 años carecen de libre discernimiento sobre la conveniencia o no del concubito carnal. Al no poseer la madurez necesaria para elegir consciente y responsablemente entre el coito y la abstinencia, el tipo penal de violación equiparada protege como bien jurídico su

¹¹¹ Código Penal para el Estado de Morelos. Última Reforma 28-07-2021
<http://marcojuridico.morelos.gob.mx/archivos/codigos/pdf/CPENALEM.pdf>

normal desarrollo psicosexual, un bien jurídico absolutamente indisponible en virtud del daño que causa en la salud sexual. La calidad del sujeto pasivo se indica por un solo factor, “la minoría de edad”: el sujeto pasivo es calificado ya que la persona no tiene la edad legal mínima de doce años para el consentimiento sexual lo que implica la antijuridicidad de la conducta sin que existan causas de justificación”¹¹².

Como se pudo evidenciar, por un lado, Colombia establece el mínimo de edad en 14 años, por su lado España, lo establece en 16 años, pero permitiendo excluir la responsabilidad en casos de consentimiento del menor. Argentina se mantiene en la edad de 13 años, y sanciona a quien tenga relaciones sexuales con menor de 16 años, siempre y cuando se aproveche de la inmadurez sexual; y en último lugar en México, varios de sus estados, tienen como edad mínima los 12 años para contraer relaciones sexuales.

Actualmente la legislación Colombiana, presume sin que admita prueba en contrario, que el menor de 14 años, bajo ninguna circunstancia puede entender como la misma Corte lo ha indicado “*el significado social y fisiológica del acto*”, mientras que por otro lado, el avance de la ciencias, permiten establecer que sí existen casos en que menores de 14 años, pueden entender el significado del acto o relación sexual, estando entonces frente a un retroceso del derecho, pues no avanza a la par de la sociedad y de las ciencias que permiten probar lo contrario a lo que afirma la norma.

Según la Organización Mundial de la Salud “el Abuso Sexual Infantil se entiende como una acción en la cual “se involucra a un menor en una actividad sexual que él o ella no comprende completamente, para la que no tiene capacidad de libre

¹¹² José Julio Nares Hernández. *Edad legal mínima para el consentimiento sexual: garantía del derecho humano de los niños a la salud sexual*. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-51362019000200105&script=sci_arttext

consentimiento o su desarrollo evolutivo (biológico, psicológico y social) no está preparado, o también, que viola las normas o preceptos sociales. Los menores pueden ser abusados sexualmente tanto por adultos como por otros menores que tienen –en virtud de su edad o estado de desarrollo– una posición de responsabilidad, confianza o poder sobre la víctima, con el fin de gratificar o satisfacer a la otra persona” (o a un tercero)..¹¹³

Por otro lado, la actividad sexual es entendida como: “una expresión conductual de la sexualidad personal donde el componente erótico de la sexualidad es el más evidente. La actividad sexual se caracteriza por los comportamientos que buscan el erotismo y es sinónimo de comportamiento sexual”. En la anterior definición se hace referencia al erotismo entendido como “la capacidad humana de experimentar las respuestas subjetivas que evocan los fenómenos físicos percibidos como deseo sexual, excitación sexual y orgasmo, y, que, por lo general, se identifican con placer sexual”.¹¹⁴

Los anteriores conceptos, son necesarios, a la hora de entender qué comprende los tipos penales de los actos abusivos con menor de 14 años y para ello, es necesario de igual forma, definir los elementos que constituyen el bien jurídico, como lo son la libertad, integridad y formación sexual, para poder explicar si un menor de 14 años puede llegar a disponer y tener madurez para elegir sobre ese bien jurídico.

¹¹³ Adaptada de: World Health Organization “Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence” (Geneva, 2003) y de Butchart, A., Phinney, A., Mian, M., Furnis, T. “Preventing child maltreatment: a guide to taking action and generating evidence”. World Health Organization and International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect” (2006). Disponibles en <http://whqlibdoc.who.int/publications/2004/924154628X.pdf> y http://whqlibdoc.who.int/publications/2006/9241594365_eng.pdf respectivamente (abril 15 de 2009).

¹¹⁴ “Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la Acción”. Actas de una Reunión de Consulta convocada por Organización Panamericana de la Salud (OPS) y Organización Mundial de la Salud (OMS), en colaboración con la Asociación Mundial de Sexología (WAS), celebrada en Antigua Guatemala, Guatemala 19 al 22 de mayo de 2000. Disponible en: <http://www.infoabu.com/Salud-Sexual-Promocion-PAHO-OMS.pdf> (abril 15 de 2009).

En primer lugar, la libertad sexual “es el derecho que se tiene para decidir libre y responsablemente, y según su propia conciencia, acerca del ejercicio de su sexualidad y la regulación de su fertilidad. Incluye, entre otros, el derecho de la persona para disponer de su cuerpo, en lo sexual y lo erótico. Dado el respeto a la dignidad del ser humano, es obvio que nadie, cualquiera que sea su raza, sexo, edad, condición social, económica o moral, puede ser sometido sin su consentimiento, a cualquier tipo de actividad sexual¹¹⁵”.

En segundo lugar, cuando se habla de Integridad Sexual “se hace referencia a la armonía que debe existir entre cada una de las partes que conforman la personalidad como un todo y particularmente a su relación con la identidad sexual.

La integridad sexual, implica un concepto físico y psíquico. El cuerpo, y la posibilidad de que este sea expresión de la sexualidad, debe permanecer sin lesión, es decir, íntegro, lo que implica tener la salud y el bienestar que permitan un disfrute libre de la sexualidad. En la medida que se viole la libertad sexual, de alguna manera suele lesionarse física y psíquicamente la integridad sexual¹¹⁶.

En último lugar frente al concepto de formación sexual, esta es entendida “como la capacidad para determinarse frente a la asunción de la sexualidad y sus consecuencias, la cual se adquiere a través del tiempo en un proceso normal de maduración y puede verse afectada cuando se expone a un menor de 14 años a cualquier tipo de actividad sexual, ya que la ley presume su falta de madurez

¹¹⁵ Guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales. <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/40473/Gu%C3%ADa+para+la+realizaci%C3%B3n+de+pericias+psiqui%C3%A1tricas+o+psicol%C3%B3gicas+forenses+en+ni%C3%B1os%2C+ni%C3%B1as+y+adolescentes+presuntas+v%C3%ADctimas+de+delitos+sexuales..pdf/92f2a895-a717-fde9-f65c-12484302749f>

¹¹⁶ Del Río González, Enrique, “Delitos con la libertad, integridad y formación sexuales”, martes 12 de agosto de 2008, disponible en www.enriquedelriogonzalez.com/2008/08/delitos-contra-la-libertad-integridad-y.html (noviembre 4 de 2009).

psicofisiológica para asumir el ejercicio de la sexualidad y sus implicaciones”¹¹⁷.

Ahora bien, en cuanto al consentimiento del menor, ha señalado la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal que el legislador “quiso prohibir cualquier ejercicio de sexualidad en los menores de 14 años porque presume la incapacidad para la libre disposición sexual toda vez que ha valorado ‘que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva’”¹¹⁸.

Lo anterior quiere decir, que el legislador, fue quien de manera expresa prohibió la sexualidad de un menor de 14 años, con una presunción generalizada de la incapacidad de disponer ese bien jurídico. Por ello, es que el Juez, indistintamente del caso así sea de los considerados *sui generis*, ha tenido que condenar, al haberse construido por el legislador una presunción que no admite prueba en contrario

El diccionario de la Real Academia Española define el consentimiento como “acción y efecto de consentir” y consentir como “permitir algo o condescender en que se haga”, “otorgar, obligarse”, “soportar, tolerar algo, resistirlo”. Se lo vincula a la conformidad de las partes sobre el contenido de un contrato y a la “manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente”¹¹⁹

¹¹⁷ Guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales. <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/40473/Gu%C3%ADa+para+la+realizaci%C3%B3n+de+pericias+psiqui%C3%A1tricas+o+psicol%C3%B3gicas+forenses+en+ni%C3%B1os%2C+ni%C3%B1as+y+adolescentes+presuntas+v%C3%ADctimas+de+delitos+sexuales..pdf/92f2a895-a717-fde9-f65c-12484302749f>

¹¹⁸ 32 Sentencia de Casación, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia No. 13.466 del 26 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente Fernando Arboleda Ripoll.

¹¹⁹ Real Academia Española (2017). Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2017. Consultado en <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Si bien es cierto, debe haber un margen de edad para poder tipificarse dicha conducta punible, esta propuesta no va orientada a disminuir el límite de edad para ser sujeto que consienta una relación sexual, pues debe ser el caso *in concreto*, en el que se deba valorar si ese menor, pese haber contraído relaciones sexuales, no tuvo lesión alguna al bien jurídico protegido por la norma.

Por ello, es que esa presunción no debe ser de derecho, sino concebirse como una presunción legal que admita prueba en contrario (sin indicar que el único elemento que excluye la antijuridicidad sea el consentimiento del menor); pues de ser así, se abriría la puerta a encuadrar cualquier caso de absolucón, bajo el presupuesto del consentimiento del menor.

Si bien, el consentimiento es un elemento importante, es decir (si no hubo consentimiento por parte del menor claramente hay punible), lo que se deberá valorar el Juez, es en el caso en que hubo consentimiento, éste haya sido libre, espontáneo, sin error o inducción, y adicional a ello que no existió lesión alguna a la libertad, integridad y formación sexual del menor, por lo que el sólo consentimiento, no bastará para alegar la ausencia de antijuridicidad material, sino que deberá estar acompañado de pruebas objetivas que así lo permitan concluir y demostrar.

El consentimiento sexual “es un constructo problemático que está atravesado por varias dimensiones y permea diversos ámbitos”¹²⁰.

“Si bien tiene importantes implicaciones en la vida cotidiana de las personas, su definición no ha alcanzado un consenso, y se discute desde tres corrientes teóricas: la jurídica, la psicológica y la sociológica feminista, aunque aún de forma

¹²⁰ Lockwood, K. (2009). The communicative criterion: Establishing a new standard for non-violent sexual encounters by reframing consent. *Thirdspace* 9(1), 1-19.

insuficiente especialmente en América Latina¹²¹".

Para poder entender si un menor de 14 años puede llegar a tener la suficiente madurez y capacidad para la toma de decisiones referentes a la autonomía de su sexualidad, es necesario explicar cuáles son las etapas del desarrollo humano.

Según Mansilla¹²², las etapas del ser humano son las siguientes:

- 0 – 5 años: primera infancia
- 6 – 11 años: segunda infancia
- **12 – 17 años: adolescencia**
- 18 – 24 años: jóvenes
- 25 - 39 años: adultos jóvenes o adultos primarios
- 40 – 49 años: adultos o adultos intermedios
- 50 – 64 años: adultos mayores o adultos tardíos.

De las anteriores etapas, es claro que, para este autor la etapa de adolescencia empieza desde los 12 años y va hasta los 17 años. Etapa que toma relevancia para esta investigación, pues será importante determinar si entre estas edades, un menor adolescente, puede llegar a comprender la magnitud de sus actos, entre ellos los concernientes al ámbito sexual, a efecto de emitir un consentimiento válido.

Otros autores como, Papalia, Duskin y Martorell¹²³, hacen la clasificación de las etapas del desarrollo humano, de la siguiente manera:

¹²¹ Pérez, Y. (2016). Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. Revista Mexicana de Sociología, 78(4), 741-767. Recuperado de: <https://www.mendeley.com/viewer/?fileId=2723c6cd-baf7-8d31-12a4-a5f86dc4d95d&documentId=be460cf2-58bc-356c-bf98-b1fa127a7c68>

¹²² Mansilla, M. G. (2000). Etapas del desarrollo humano. Revista de investigación en psicología, 3 (2), 108-109.

¹²³ Papalia, D., Duskin, R. y Martorell, G. (2012). Desarrollo humano. México D.F: McGraw-Hill

- Prenatal: concepción – nacimiento
- Infancia: nacimiento – 3 años
- Niñez temprana: 3 años – 6 años
- Niñez media: 6 años – 11 años
- **Adolescencia: 11 años – 20 años**
- Adultez temprana: 20 años – 40 años
- Adultez media: 40 años – 65 años
- Adultez tardía: 65 años

Como se puede evidenciar, para estos autores, la edad de la adolescencia comienza desde los 11 años. Así las cosas, los conceptos de pubertad y adolescencia, serán necesarios tenerse en cuenta, pues permiten identificar un cambio mental y físico de quien era concebido como niño, para hacer tránsito a una etapa nueva, que inicia con la pubertad y se desarrolla con la adolescencia, etapa en la cual, el ser humano tiende a incrementar la libido, aspectos científicos y biológicos, que, por obvias razones, hacen que tanto hombre como mujer, empiecen a tener el deseo sexual frente al otro.

“Si bien es cierto es muy notable confundir e igualar la pubertad con la adolescencia, no obstante la pubertad es aquella que da inicio o apertura a la etapa de la adolescencia y es el momento donde se alcanza la capacidad de reproducción, es decir, los órganos sexuales necesarios para la reproducción se agrandan y dan paso a la madurez sexual con manifestaciones como la producción de espermatozoides y la menstruación. La espermaquia se presenta alrededor de los 12 y 14 años, y la menarquia puede tener lugar en la mujer incluso desde los 9 años”¹²⁴.

Biológicamente el cuerpo empieza a tener cambios, dependiendo de si es hombre

¹²⁴ Consentimiento ejercido por el sujeto pasivo del acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos Paulo Andrés López Torres y Nohora Johanna García Romero

o mujer. Si bien es cierto, existe una media de los 12 años, depende de cada caso en específico para desarrollarse esta etapa a plenitud.

“Como lo explican Buck y Platt (2011), la lutropina también llamada hormona luteinizante (LH) y la hormona folículo estimulante (FSH) son dos hormonas reproductivas clave en el desarrollo sexual, anteceditas por la hormona liberadora de gonadotropina (GnRH), la cual inicia el proceso de cambios propios de la pubertad. En el hipotálamo ocurre el incremento de GnRH, la cual da orden a la hipófisis que secrete en el torrente sanguíneo la hormona luteinizante y la hormona folículo estimulante. En las mujeres estas hormonas dan inicio a la menstruación, indicando la producción de estrógeno a los ovarios, y en los hombres inicia la secreción de testosterona y androstenediona, lo cual da como resultado los cambios propios de la pubertad y, por supuesto, la producción de espermatozoides. Esto ocurre por lo general entre los seis u ocho años. Luego de la producción de dehidroepiandrosterona encontramos la maduración de los órganos sexuales, que luego se eleva a niveles adultos. (Mc Clintock y Herdt, 1996)”¹²⁵.

Los delitos de los actos abusivos con menores de 14 años han sido norma penal, durante décadas, sin sufrir modificación alguna en cuanto a los elementos del tipo penal ni su interpretación, sino solamente han surtido cambios para incrementos punitivos. Es claro, que siempre, se debe salvaguardar los derechos de los niños, y esta propuesta investigativa, no pretende incentivar la impunidad, sino que en algunos casos específicos verdaderamente se pueda concluir que, si no existió afectación alguna al menor, se deba en consecuencia absolver al procesado.

La razón de esta propuesta, no sólo se queda en un aspecto dogmático, entendiéndose excluir la antijuridicidad material de la conducta, sino que debe tener un aspecto objetivo y probatorio, como lo es un análisis y dictamen por un

¹²⁵ Consentimiento ejercido por el sujeto pasivo del acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos Paulo Andrés López Torres y Nohora Johanna García Romero

profesional, que permita concluir sin dubitación alguna, que ese menor no fue afectado en su libertad, integridad y formación sexual.

La Dra. Audry Mary Matallana, reconocida endocrinóloga de la ciudad de Cali indica que:

“Hay un consenso acerca de que el término pubertad indica un período caracterizado por una serie de cambios químicos, que producen transformaciones físicas y psíquicas en la persona. Más que un momento exacto en la vida, se trata de una etapa que empieza en las mujeres alrededor de los ocho años y se prolonga aproximadamente hasta los *doce*, y en los hombres va, aproximadamente, desde los diez hasta los *catorce*. Esta etapa culmina, en ciertos aspectos, en el momento en que se adquiere la capacidad reproductiva. De todos modos, el que empiece antes o después depende de factores genéticos, ambientales y alimenticios entre otros, por lo que no podría establecerse con términos muy precisos de inicio y fin”¹²⁶.

Para ello, es necesario entender las etapas del desarrollo humano, para poder explicar que lo que hace años el legislador quiso presumir sin prueba en contrario respecto a la ausencia de consentimiento por parte del menor de 14 años, hoy en día gracias a los avances tecnológicos y científicos, se ha podido determinar que un menor de 14 años, puede sin constreñimiento, ni error, ni vicio, decidir sobre su autonomía sexual, aspectos que claramente no son de dominio de la norma, sino de las ciencias.

¹²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. 25 de mayo de 2004. Sentencia C N°507. M.P, Manuel José Cepeda Espinosa.

CAPITULO 3

Sustento Constitucional y Legal que permite la aplicación de la propuesta.

Este capítulo, pretende ser el blindaje jurídico, de la propuesta de este trabajo de investigación, pues es evidente que una de las preocupaciones seguramente del funcionario judicial, cuando se le presenta esta iniciativa tendiente a la absolución, es la siguiente: ¿Si absuelvo por un delito de acceso carnal abusivo, puedo incurrir en un delito de prevaricato por omisión? Lo primero que debemos indicar es que no. Si bien es cierto el temor del funcionario es el anterior, se debe indicar que su sustento serán las normas constitucionales, y legales que le permitirán fundamentar una providencia, bien de preclusión o finiquitado el juicio oral, de absolución, como se desarrollarán en este capítulo.

Al interior de la elaboración de esta tesis, al comentar con colegas, quienes ejercen el derecho penal, en las distintas áreas (rama judicial, fiscalía, defensoría), hemos coincidido que estos casos, sí merecen especial atención, pero que el temor, de solicitar una preclusión, o resolver una absolución fundamentada en la ausencia de lesividad del bien jurídico, es atreverse a cambiar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a este tema.

Claramente al elaborar esta propuesta existe el riesgo de encontrar críticos quienes de manera conservadora y tajante indicarán que siempre será delito, el hecho de tener relaciones sexuales con un menor de 14 años; pero lo cierto es que se demostrará en este capítulo, cómo puede existir un blindaje jurídico, sin necesidad de incurrir en un tipo de prevaricato, o en impunidad.

Lo primero a indicar es que como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, no se pretende que sea para todos los casos que se aplique esta teoría, sino única y exclusivamente cuando se pruebe que en verdad no existe afectación al bien jurídico del menor.

Para ello, se debe partir de la base constitucional en donde exista una ponderación de derechos de víctima y victimario, en el sentido que se garantice que no habrá impunidad alguna.

Así las cosas, se debe partir desde el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, que indica el deber de asegurar la justicia, justicia que implica dar a cada quien lo que le corresponde, por lo que el Estado no puede ser ajeno a las realidades que se están presentando y que la norma no previó cuando fue sancionada, máxime cuando lo ha indicado la misma Corte, que si bien, el legislador consagró unos tipos penales, que en principio contienen una antijuridicidad formal, quien debe hacer ese juicio de valor, frente a la lesividad del bien jurídicamente tutelado, y comprobación de la antijuridicidad material, es el Juez, esto desde el primer concepto que trae la Constitución Política de Colombia, cuyo deber es hacer justicia.

De igual manera, el artículo 2, al consagrar los fines del Estado, está garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por lo que si bien, dentro de sus deberes está el poder punitivo, debe tenerse en cuenta que primero, se deben garantizar los derechos constitucionales tanto de la presunta víctima que apela al Estado, como los del sujeto activo de la conducta punible.

El artículo 4 de la Constitución, establece la primacía de la misma como norma de normas, es decir, que entre incompatibilidades entre otros textos (como bien podría ser los tipos penales aquí estudiados), se deberán aplicar las disposiciones constitucionales.

Por su parte, el artículo 5, establece que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Es decir, desde los primeros

artículos, y como los denomina el mismo texto constitucional son principios fundamentales, y deberes del Estado, amparar a la familia como institución básica de la sociedad, por lo que dichas estipulaciones, empiezan a otorgar el blindaje jurídico al operador judicial, para que en la hipótesis planteada de “formar familia sujeto activo y pasivo de la conducta”, al funcionario judicial, desde la constitución política le es consagrado como deber, proteger a la familia.

El artículo 16 establece que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, y es en este escenario en dónde deberá haber una interpretación interdisciplinar, en el entendido, que la Constitución le protege no a los mayores de edad, sino a todas las personas, incluyendo a los menores de 14 años, el libre desarrollo de la personalidad, y será la valoración de aquellos profesionales, que evalúen al menor de 14 años, si en su libre desarrollo de la personalidad, se refleja en el hecho de querer conformar una familia, en desarrollar libremente su sexualidad, sin que haya afectación alguna a su bien jurídicamente tutelado, debiendo en consecuencia valorarse en mayor grado estos derechos constitucionales, frente a la presunta vulneración al bien jurídico que pretende proteger la normal penal.

Si es superior la protección de un derecho constitucional, es claro que éste deberá protegerse sobre cualquier norma penal.

Luego el artículo 29, que consagra el derecho al debido proceso, pero que sin embargo, con análisis tan restrictivos, como los que ha interpretado la Honorable Corte Suprema, en lo referente a los delitos abusivos con menores de 14 años, hace que se vulnere este derecho fundamental.

Dentro de las prerrogativas de este artículo, se encuentra que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Esto significa, que si el Estado investiga la presunta

comisión de una conducta punible, como lo puede ser un acto o acceso carnal abusivo con menor de 14 años, la defensa tiene el derecho de controvertir los elementos de la conducta punible, entre ellos la antijuridicidad.

Se debe aclarar que, según la postura dada por la Corte Suprema de Justicia, el consentimiento el menor no admite prueba en contrario. Pero recuérdese que ese es un elemento objetivo del tipo penal (en cuanto al sujeto pasivo de la conducta punible), y que otra cosa distinta es el elemento de la antijuridicidad, en dónde no existe prohibición ni legal, ni jurisprudencial que niegue la posibilidad de controvertir prueba frente a este aspecto.

Es decir, que perfectamente la Fiscalía, para solicitar una preclusión, o la defensa, pueden llevar a juicio los elementos objetivos, que demuestren esa ausencia de lesión al bien jurídico, y al desvirtuarse la misma, no estarían estructurados los tres elementos de la conducta punible.

Creer que la defensa no pueda controvertir este elemento de la antijuridicidad, sería claramente violar el derecho de defensa y no garantizar lo que concierne al principio de lesividad.

Ahora, en cuanto al derecho a la familia, se encuentra protegido constitucionalmente en el artículo 42. De allí nace el deber del Estado de garantizar la protección integral de la familia, por lo que el Juez y el Fiscal, están en la obligación de verificar que, si en un caso específico existe el querer e intención de formar una familia, el derecho penal como última ratio, no puede entrar a resolver esta situación, y que por más tipicidad objetiva que haya de la conducta, siempre deberán primar estos derechos de raigambre constitucional.

Por su parte, el artículo 44, señala cuáles son los derechos de los niños, dentro de estos se encuentra también el derecho a tener una familia y a no ser separados de

ella. En este caso, se debe realizar una interpretación sistemática, en el entendido que no sólo se puede referir al derecho de familia, y relación entre parientes consanguíneos, sino también en cuanto a compañeros permanentes.

Está claro, que Colombia tiende a ser un país con tendencia conservadora, y a que se rechacen situaciones en las cuales menores de 14 años, ya se encuentran en estado de embarazo y conviven con el padre del menor. Lo cierto es que esto es una realidad, realidad que no puede ser desconocida por el derecho. No es lo mismo hablar de situaciones desde la capital del país, de jóvenes y niños que en su mayoría pueden tener acceso a la información sobre educación sexual; que hablar desde regiones marginadas del país, en donde sus costumbres son totalmente distintas a las de otras partes del país.

Se debe aclarar que este análisis no se realiza en sede de culpabilidad por (biodiversidad étnica o cultural), sino bajo el elemento de la antijuridicidad material, partiendo que estas situaciones, frente al caso en específico puedan claramente excluir el elemento material de la antijuridicidad, por ausencia real y efectiva al principio de lesividad.

En el mismo artículo se encuentra el derecho al amor a la libre expresión de su opinión. Estos derechos, que muchas veces, son leídos sin la acuciosidad necesaria, y que permiten ser el fundamento constitucional, que puede dar lugar a la ausencia de lesividad del bien jurídico que pretende tutelar el Estado.

Se debe ser muy cuidadoso frente a esta interpretación y protección en pro del menor. Es decir, en estos casos si bien es cierto se le debe garantizar al procesado la protección al derecho de defensa, lo cierto es que esa verificación de lesión del bien jurídico del menor siempre debe ser tomada en cuenta como el núcleo esencial de la misma. Sus manifestaciones y dictámenes son condiciones sin las cuales no podría inferirse si existió o no lesión.

En igual sentido, y en casos que no son ajenos a la sociedad, cuando esta menor de 14 años, queda en estado de embarazo, deberá existir una ponderación de derechos, pues en este evento, ya serían dos menores a quienes se les debe garantizar sus derechos, en caso de querer conformar una familia, la menor que ostenta la calidad de madre o el menor que está por nacer. ¿Qué resulta menos lesivo: condenar al sujeto activo de la conducta, o absolverlo, y permitirle a él, a la menor y al hijo producto de su relación, su derecho a conformar una familia? Es una pregunta que el funcionario judicial debe responder, y que claramente no es fácil, pero gracias al estudio interdisciplinar, perfectamente en casos en que se pruebe la ausencia material de antijuridicidad, se pueda absolver, sin temor a incurrir en impunidad o un prevaricato, pues como se acaba de estudiar, cuenta con suficientes herramientas constitucionales de protección.

En último lugar, el artículo 230 de la Constitución Política, señala que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, y que la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Quiere decir lo anterior, que si bien, la ley penal tiene tipificadas estas conductas, lo cierto es que la tipicidad no basta para condenar, y será bajo el segundo elemento de la antijuridicidad que se podrá absolver.

La doctrina como elemento y criterio auxiliar de la actividad judicial, tomará un papel fundamental en estos casos, pues como se ha evidenciado, existe doctrina que critica primero las presunciones de derecho que no admiten prueba en contrario en los delitos, y sustentan cuáles son sus peligros. Segundo, la misma doctrina establece que sí pueden existir menores de 14 años, que tengan la suficiente madurez psicológica para comprender lo que implica un acto o relación sexual, razón por la cual, se requerirá de esta fuente auxiliar para resolver dichos eventos, haciendo la claridad que no sólo será doctrina jurídica, sino

interdisciplinar, entiéndase (psicología, sexualidad, desarrollo humano, medicina) entre otras.

Ahora en cuanto al sustento legal, lo primero a indicar, es que el mismo Código Penal, en el artículo 9º, establece que para que la conducta sea punible, se requiere que ésta sea típica antijurídica y culpable. Tres elementos, sin los cuales, no se puede condenar.

El mismo artículo, prescribe, que la causalidad por sí sola no basta para la imputación del resultado, por lo que pareciera que las interpretaciones dadas por la Corte, en cuanto a estos tipos penales abusivos con menores de 14 años, desconocieran la prohibición de cualquier tipo de responsabilidad objetiva.

Visto esto, será el Fiscal, quien deberá verificar estos elementos a efecto de presentar acusación o preclusión y por su parte el Juez, al verificar probatoriamente la ausencia de alguno de estos elementos, proceder a absolver.

En el capítulo referente a estudio de casos, se analizaron algunas providencias incluida una emitida por uno de los coautores de esta tesis al desempeñar el cargo de Juez. En dichos casos, los supuestos de hecho eran similares, sujeto activo y sujeto pasivo, deciden formar una familia. Como se pudo evidenciar, tuvieron la univocidad de acudir a la preclusión, basados en que no se evidenció que la conducta fuese antijurídica desde la órbita material.

Frente a lo anterior es necesario hacer una precisión, que será necesaria al momento de resolver este tipo de asuntos.

La primera posibilidad jurídica frente a estos casos sería solicitar la preclusión, como se estudió en las providencias citadas. Una cosa es solicitar la preclusión por “atipicidad del hecho”, y otra cosa es solicitar la absolución “por ausencia de

antijuridicidad material”. La diferencia no radica en que no se hable del concepto de antijuridicidad, sino dependiendo de la escuela dogmática del delito en donde se ubique este elemento del injusto penal.

Si hablamos de una postura finalista, es claro que existe la división tripartita del delito, entiéndase: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, razón por la cual, bajo esta teoría podrá fundamentarse nuestra hipótesis, y en consecuencia poderse desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta.

Ahora bien, en cuanto a las providencias estudiadas que terminaron precluyendo la acción, la razón no es porque la conducta no sea típica, porque de acuerdo a la escuela finalista, se dirá que en efecto se cumplen los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo penal. La aclaración radica, en que se podría aplicar esa causal, de preclusión “por atipicidad de la conducta”, basados en la teoría de la imputación objetiva, en donde el injusto penal, se compone tanto del elemento típico, como del elemento antijurídico, razón por la cual, se podrá acudir a esta vía jurídica como lo es la preclusión, máxime cuando el artículo 332 del código de procedimiento penal que habla de las causales de preclusión, no incluye ninguna que diga “ausencia de antijuridicidad de la conducta”. De allí, que el principio de lesividad se encuentra imbuido como elemento negativo de la tipicidad (esquema funcionalista de Roxin), convirtiendo la conducta en atípica que por lo mismo ha de accederse a la causal de preclusión enlistada en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

De acudirse al esquema neoclásico o neokantiano la lesividad se hallaría en el escenario de la antijuridicidad como categoría dogmática independiente de la tipicidad, sin contar en nuestro Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004 con la herramienta jurídica para resolver el caso por ausencia de antijuridicidad material.

Una cosa es la existencia de causales que excluyan la responsabilidad penal, que según el artículo 32 del Código Penal, pueden ser causales de justificación de la antijuridicidad, o de exculpación de la culpabilidad; y otra cosa distinta es decir que no se configura la antijuridicidad.

Frente al concepto de la antijuridicidad formal hasta la teoría de la imputación objetiva, autores como Jorge Fernando Perdomo indican lo siguiente:

“Entonces, valorar un hecho y estudiar las categorías dogmáticas a partir de los efectos que produzca un comportamiento en el mundo empírico o teniendo como pauta el momento en el que se llevó a cabo dicho comportamiento, marca trascendentales diferencias. Se puede decir, sin temor a equivocación, que hoy en día el criterio de valoración del hecho, a partir del resultado, ha sido sustituido por la perspectiva de la acción y que, en consecuencia, el tipo penal actualmente cobra mayor importancia y desarrollo que la misma categoría de la antijuridicidad”¹²⁷.

Quiere decir lo anterior, que esa misma naturaleza histórica y social del derecho penal, hace que pueda llegarse a hablar de atipicidad de aquellas conductas que se enmarquen en un tiempo histórico como normalmente aceptadas o socialmente adecuadas, razón por la cual, si traemos dicha aplicación a nuestro objeto de estudio en esta investigación, el hecho de conformar una familia, se debe mantener dentro de la protección de la libertad social de acción, y en consecuencia sería atípica la conducta, bajo la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva, pudiendo acudirse a la preclusión de la conducta como se expuso.

¹²⁷ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Estudios penales a partir de libertad y solidaridad. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2009. p, 128

CONCLUSIONES

1. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, la presunción de la ausencia de consentimiento del menor de 14 años no admite prueba en contrario, razón por la cual, actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano, no se admite como prueba el hecho de la aceptación del menor para la relación sexual.
2. La presunción que no admite prueba en contrario sólo debe entenderse respecto a uno de los elementos objetivos del tipo penal, entiéndase en cuanto al consentimiento del sujeto pasivo de la conducta, mas no en cuanto a la antijuridicidad de la misma. Frente a este último elemento, no puede existir prohibición alguna de desvirtuarla, pues de ser así, se vulneraría el derecho a la defensa, y el mismo principio de lesividad; por lo que están legitimados tanto la defensa para usar la ausencia de antijuridicidad material de la conducta como teoría del caso, la fiscalía para solicitar preclusión, como el Juez para proferir sentencia absolutoria, por ausencia de lesividad material de la conducta.
3. Serán dos los escenarios procesales, en que se podrá hacer aplicación de esta tesis. La primera, solicitando preclusión de la investigación, por atipicidad de la conducta, ésta entendida bajo la teoría de la imputación objetiva, en donde el injusto penal está compuesto por la tipicidad y la antijuridicidad. La segunda, será en sede de proferimiento de sentencia, en donde se podrá absolver al procesado, por ausencia de antijuridicidad material de la conducta, si la misma se demostró al interior del proceso, de acuerdo a la escuela finalista, que consagra la división tripartita del delito, demostrándose que no se configura uno de los elementos de la conducta punible, como lo es el referente a la antijuridicidad material y en consecuencia se deberá absolver.

4. Para poder validar las hipótesis de ausencia de antijuridicidad material de la conducta, se requiere que las distintas ciencias permitan probar y demostrar objetivamente la ausencia de lesión al menor. Para ello, será necesario acudir a la medicina, psicología forense y profesionales en sexología y trabajo social.
5. Del estudio de casos, se pudo evidenciar, que han sido pocos aquellos funcionarios que en el evento de conformar una familia sujeto activo y pasivo de la conducta, han manifestado la ausencia de antijuridicidad material de la conducta, y por ende han optado por precluir la investigación. Sin embargo, se puede concluir, que sí hay evidencia de que en este evento sea posible hablar de antijuridicidad material de la conducta.
6. Al interior de esta investigación, se pudo determinar, que si bien muchos de los profesionales en derecho, ejerciéndolo desde distintas áreas (como jueces, fiscales y defensores), están de acuerdo que existen casos en que verdaderamente no se evidencia una lesión al bien jurídico del menor, no se han atrevido a solicitar preclusiones o absolver, por el miedo a incurrir en un prevaricato por omisión o inclusive por acción, razón por la cual, se puede concluir, que aquel funcionario que quiera acudir a esta teoría de la ausencia de antijuridicidad material, no está incurso en delito alguno, siempre y cuando al interior del proceso, o en torno a la solicitud de preclusión, se logre demostrar objetivamente que a pesar de que el menor de 14 años, tuvo relaciones sexuales, éste no se vio afectado física ni psicológicamente en su libertad, integridad y formación sexual. Su fundamento será constitucional, tal como se pudo estudiar en el último capítulo de este trabajo, como legal y probatorio. A no dudarlo también será necesario acudir a las fuentes auxiliares del derecho como la doctrina y un desarrollo interdisciplinar.
7. En el desarrollo de esta investigación, se demostró cómo uno de los coautores de este trabajo, en su calidad de Juez, decidió decretar la preclusión de la investigación, haciendo aplicación a la teoría aquí propuesta, por ausencia de

antijuridicidad material por el hecho de la conformación de la familia; por lo que refuerza y valida que es jurídicamente posible su aplicación, frente a este caso en específico, a pesar de haber existido relaciones sexuales con menor de 14 años.

8. En cuanto al segundo coautor de este trabajo investigativo, en calidad de abogada defensora, tendrá como objetivo lograr probar la ausencia de antijuridicidad material, con relación a las segundas dos hipótesis propuestas en este trabajo de investigación, referentes a la ausencia de lesividad al bien jurídico de la menor, a pesar de no existir el interés de conformación de la familia. Para ello, se requerirá fundamento fáctico, jurídico y probatorio e interdisciplinar, tendiente a demostrar que la menor de 14 años no sufrió lesión alguna a su bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual a pesar de haber existido la relación sexual.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUDELO BETANCUR, Nódier. La estructura del delito en el nuevo Código Penal. Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 17
2. Aggeo, M. Á. (1996). Concurso de delitos en materia penal. Universidad Buenos Aires.
3. Andrea Lobo R, A. E. (2016). Psicología forense en el proceso penal con tendencia acusatoria. El manual Moderno.
4. AVELLANEDA PEÑA, María Angélica. Artículo "La ausencia de configuración de la antijuridicidad material, en los delitos abusivos con menores de 14 años. Una mirada constitucional y social. Universidad Santo Tomás de Aquino. Tunja, 2021
5. BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2019.
6. BURÓN, Javier. Psicología médico-forense, la investigación del delito, Segunda Edición. Biblioteca de Psicología, Editorial Desclee de Brouwer, Sevilla, 2003, p. 17
7. BACIGALUPO, Enrique. Breves consideraciones sobre la racionalidad de la práctica de las profesiones jurídicas. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Madrid, 2000, p. 208
8. Cartilla de aprendizaje: Caminemos juntos. Algunas orientaciones y herramientas para la. (2014).
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Marzo 01 de 2002. Sentencia T-149. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
10. CORTE CONSTITUCIONAL. 20 de mayo 1997. Sentencia C-237 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

11. CORTE CONSTITUCIONAL. Marzo 23 de 1994. Sentencia No. C-146. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
12. CORTE CONSTITUCIONAL. 25 de mayo de 2004. Sentencia C N°507. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
13. CORTE CONSTITUCIONAL. 29 de marzo de 2019. Sentencia T N°142. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
14. CORTE CONSTITUCIONAL. 1 de diciembre de 2010. Sentencia C-980. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
15. CORTE CONSTITUCIONAL. 29 de enero de 2014. Sentencia C-034. M.P. María Victoria Calle Correa.
16. CORTE CONSTITUCIONAL. 9 de febrero de 2016. Sentencia T-043. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
17. CORTE CONSTITUCIONAL. Marzo 23 de 1994. Sentencia No. C-146. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
18. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de noviembre de 2016, radicación 40089, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
19. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación 31362, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
20. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de noviembre de 2016, radicación 40089, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
21. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 8 de agosto de 2005, radicación 18609; 8 de octubre de 2008, radicación 28195; y 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.
22. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de agosto de 2005, radicación 18609, M.P. Herman Galán Castellanos.

23. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 19 de enero de 2006 radicado 23843, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
24. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación 31362, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
25. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 8 de agosto de 2005, radicación N 18609. M.P Herman Galán Castellanos.
26. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de mayo de 2021, radicación N 50889. M.P Gerson Chaverra Castro.
27. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) "Por la cual se expide el Código Penal" Diario Oficial: 44.097.
28. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) "Por la cual se expide el Código Penal" Diario Oficial: 44.097.
29. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000) "Por la cual se expide el Código Penal" Diario Oficial: 44.097. Conducta punible: "Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad".
30. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 57 (6 de mayo de 1873) "Por la cual se expide el código civil".
31. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 95 (24 de abril de 1936) Por la cual se expide el Código Penal. Diario oficial: 23316.
32. CONGRESO DE COLOMBIA. Decreto 100 (23 de enero de 1980) "Por la cual se expide el nuevo Código Penal". Diario oficial 35461.
33. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 1. Gaceta Asamblea Constituyente de 1991.

- 34.DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Tipicidad e Imputación Objetiva. Mendoza - Argentina, Ediciones Jurídica Cuyo. 1999, p. 72
35. ESTRADA VÉLEZ, Federico. Principios rectores y culpabilidad, en conferencias sobre el Nuevo Código Penal Colombiano. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1981. p. 13
- 36.FERRAJOLI, Luigi. La teoría del derecho en el sistema de saberes jurídicos. Segunda Edición. En Luigi Ferrajoli. José Juan Moreno y Manuel Atienza. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009, p. 63
- 37.Fernández, F. M. (s.f.). Antijuridicidad penal y sistema del delito. Madrid: Universidad autónoma de Madrid.
- 38.FRIEDERICI, Georg. El carácter del descubrimiento y de la conquista de América, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1973, p. 213.
- 39.FERRÉ, Olive, J. et al. Derecho Penal Colombiano. Bogotá, Editorial Ibáñez, 2010. p. 146.
- 40.FLÓREZ, M. C. (s.f.). Evolución jurisprudencial, doctrinal y normativa de los delitos de acceso carnal violento y abusivo con menor de catorce años en Colombia: Especial referencia a la figura del consentimiento. En M. C. Cifuentes, Gaceta judicial 130 años de historia jurisprudencial colombiana.
- 41.FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. Nuevo Foro Penal No. 79, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, p. 110-114
- 42.GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material. Séptima Edición. Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 40
- 43.GALÁN CASTELLANOS, Herman. Módulo Teoría del Delito, Plan de Formación de la Rama Judicial, Programa Formación Especializada Área Penal. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010. p. 33de
- 44.Hidalgo, J. L. (2007). Derecho Penal Parte General . En J. L. Hildalgo, Derecho Penal Parte general.

- 45.HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. “El concepto de persona y los Derechos Humanos”, Universidad de La Sabana. Bogotá, 1991. P. 188 y 189.
- 46.JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad en Derecho Penal y Criminología, núm. 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, pp. 125 s.s.
- 47.Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Chiquinquirá (BOYACÁ), Auto del 4 de octubre de 2016, radicación 2016/00047, J.P. Manuel Rodríguez Acevedo.
- 48.KIERSZENBAUM, Mariano, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas, Lecciones y ensayos, 2009 p. 198
- 49.MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, 8a Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2006, p. 150
- 50.MIR PUIG, Santiago. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal.
- 51.MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004.
- 52.MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal Chileno. Revista de Derecho Valdivia, Universidad Austral de Chile. 2011.
- 53.Meini, I. (2014). Lecciones de derecho penal. parte General, teoría jurídica del delito. Perú: Fondo Editorial.
- 54.Nassar, S. A. (2019). Epistemología psicología forense . Bogotá: Manual Moderno.
- 55.Parra, P. A. (2000). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Leyer.
- 56.PÉREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal, T. 1, Bogotá, Editorial Temis, 1967. p.217

57. PÉREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Bogotá, Editorial Temis, 1967. p.465
58. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Estudios penales a partir de libertad y solidaridad. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2009. P. 128
59. Pushaina*, J. J. (2016). La apreciación técnico científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y formación sexuales de los menores de edad.
60. Ramírez, G. A. (2011). Teoría de la ley penal y del delito. México: Porruá.
61. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, t. 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2a edición alemana. Tr. Diego Manuel Luzón Peña, Miguél Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 41
62. REYES ECHANDÍA, Alfonso. Antijuridicidad. Cuarta Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. 23
63. Reyes, Y. (26 de 06 de 2020). En los delitos sexuales sobre menores nunca es válido el consentimiento. *Semana*.
64. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, t. 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2a edición alemana. Editorial Civitas. Madrid, p. 24
65. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. LA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO - Evolución Científica del Sistema del Delito. Monografías de Derecho Penal. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Agosto de 2011, pp. 147 y 149.
66. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.; y MENDOZA BUERGO, Blanca, El derecho penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001, pp. 68 y ss.

67. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 2001, p. 119
68. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira (RISARALDA). Sala de Decisión Penal, Sentencia del 24 de julio de 2006, radicación 2006/03289, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque.
69. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali (VALLE). Sala de Decisión Penal, Sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 07-2007-00150-01, M.P. Olga Gómez Mariño.
70. VANEGAS TORRES, Gustavo, et al. Guía para la elaboración de proyectos de investigación en derecho. Segunda Edición. Bogotá, Facultad de Derecho Universidad Libre. 2004.
71. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal, Parte General, Editorial Comlibros, Bogotá, 2014.
72. VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el principio del daño, en Henfendehl Roland (ed.), la teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 181
73. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, Ediar. 2006, p. 523
74. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, Parte General, tomo 1. Buenos Aires, Ediar. 1987, p. 230