

**La reducción de edad en los sujetos pasivos de las conductas abusivas: un
acercamiento a la realidad socio cultural colombiano**

María Camila Guarín Parra

Universidad Santo Tomás de Aquino

Tunja

2020

Dedicatoria

*Se la dedico a mi padre celestial porque es mi roca y mi fortaleza quien me anima a seguir adelante, a mi familia por ser quienes me forjaron con pensamientos de éxito y excelencia en mi vida
Los amo.*

Agradecimientos

A mis padres, por ser quienes forjaron en mí el pensamiento de estudiar, por el apoyo incondicional en mis decisiones.

A mi asesor: Dr. Manuel Rodríguez excelente profesional, distinguido en su labor conocedor por sus maravillosos juicios, el cual me brindó su valiosa colaboración y guía en la elaboración del presente trabajo.

A la Universidad Santo Tomás, por brindarme la oportunidad de desarrollar capacidades y competencias, otorgándome el título de abogada.

Contenido

	Pág.
Introducción	1
Problema Jurídico	3
Objetivos	4
Objetivo General	4
Objetivos Específicos	4
Método	5
Capítulo I. Aproximación a la Realidad Socio Cultural de los Niños, niñas y Adolescentes en el Estado Colombiano	6
Capítulo II. Conceptos Básicos del Derecho Penal Colombiano y Regulación de los Delitos Abusivos	11
Conceptos del derecho penal colombiano	11
Actos sexuales abusivos regulados en la ley 599 del 2000	15
El precedente jurisprudencial en materia de los actos abusivos en personas menores de catorce años	24
Derechos de las víctimas	30
Capítulo III. La Prostitución como Fenómeno Social en la Cultura Colombiana y su Incidencia en Niños, Niñas y Adolescentes	36
Regulación de la prostitución en Colombia	36

Jurisprudencia colombiana frente a la prostitución	38
Capítulo IV. Material Probatorio Idóneo al Momento de Desvirtuar la Culpabilidad del Sujeto Activo	41
Capítulo V. Materias Permisivas Frente a Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes	48
Regulación del trabajo de menores de edad en Colombia	49
Capítulo VI. Desarrollo Mental de los Niños, Niñas y Adolescentes	53
Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes y jóvenes	58
Capítulo VII. Análisis Jurisprudencial de la Corte Constitucional Frente a Delitos Abusivos	62
Conclusiones	84
Bibliografía	90

Lista de tablas

	pág
Tabla 1. Regulación del trabajo de menores de edad en Colombia	50
Tabla 2. Comportamientos sexuales comunes en la infancia	54
Tabla 3. Sentencia de constitucionalidad C-164/19 Diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019). Luis Guillermo Guerrero Pérez	62
Tabla 4. Sentencia de constitucionalidad C-876/11 Noviembre 22 de 2011 Mauricio González Cuervo	65
Tabla 5. Sentencia De Constitucionalidad C-521/09 04 de agosto de 2009 María Victoria Calle Correa	68
Tabla 6. Sentencia de constitucionalidad. C-146/94 23 de marzo de 1994. José Gregorio Hernández Galindo	71
Tabla 7. Sentencia de constitucionalidad c-1095 de 2003 19 de noviembre de 2003 Marco Gerardo Monroy Cabra	73
Tabla 8. Sentencia de tutela T-078/10 11 de febrero de 2010. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva	75
Tabla 9. Sentencia de Tutela T 116/17. 23 de febrero de 2017. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez	80

Introducción

El ordenamiento jurídico colombiano desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia en 1991 ha tenido, dentro de sus principales enfoques, el cuidado y protección de la integridad de los niños, niñas y adolescentes, tales preceptos se evidencian, a priori, en relación al artículo 44 constitucional, donde se evidencia que los menores de edad poseen el mismo catálogo de derechos fundamentales que toda persona colombiana, sin embargo, resulta imperioso mencionar que el mismo artículo establece la primacía de los derechos de los niños cuando se vea la necesidad de ponderar o cuando dos derechos fundamentales puedan verse bajo confrontación, por dicha razón, esta población adquiere la connotación de sujetos de especial protección, razón por la cual el ordenamiento jurídico colombiano, y en general, las tres ramas del poder público (judicial, a través de la expedición de normatividad que cubije tales derechos fundamentales; ejecutivo, donde se realiza la implementación de políticas públicas que beneficien el desarrollo normal de la infancia; y la rama judicial mediante la cual los jueces, por un lado, hacen efectivo su poder coercitivo a partir de sentencias donde se vean vulnerados tales garantías, y por otro lado, la expedición de jurisprudencia de las altas cortes, las cuales crean precedente y son de inmediata aplicación al evidenciarse casos similares).

De igual manera, con la expedición del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) , donde su objetivo es la búsqueda y salvaguarda de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, fuera del contexto normativo, la realidad socio cultural colombiana connota uno de los mayores índices o tasas de embarazos a más temprana edad, lo que pone de manifiesto (salvo en los casos de accesos carnales violentos) el conocimiento de los niños niñas y adolescentes frente a la educación sexual; el legislador colombiano, bajo regulación del ordenamiento internacional, ha

considerado que la edad donde el menor es consciente de sus actos es la edad de catorce (14) años, por tal razón, la redacción de los delitos tipificados como “De los Actos Sexuales Abusivos” atribuye como sujeto pasivo de la acción a los niños y niñas menores de catorce años; pero, conforme a lo anteriormente establecido, debería plantearse la posibilidad de reducir la edad, ya que es evidente que la juventud y adolescencia colombiana (al menos a la edad de catorce años) posee claros conocimientos de educación sexual, y frecuentemente, hasta se presentan casos de núcleos familiares conformados por niños y niñas de esas edades y aún inferiores.

Por consiguiente, al reducir la edad del sujeto pasivo, se obtendría una exteriorización de la realidad colombiana, puesto que se ha convertido en un patrón factico el ver aquellos menores de la edad en referencia, pero aparentado una edad mayor, como una de las consecuencias del desarrollo biológico; sin desconocer que el Estado Social de Derecho busca proteger los intereses y cuidado de los niños, niñas y adolescentes, por lo que disminuir la edad puede contraponerse a dichas garantías al desproteger a la infancia y juventud, empero, atendiendo al carácter dinámico del derecho donde se constituyen las normas las cuales deben armonizarse y acompasarse con la sociedad, y puntualmente la población colombiana (tal y como es el caso de la regulación laboral para los niños, niñas y adolescentes, al interior de la cual sí está permitido por la legislación colombiana, y aunque se aparta del ámbito penal, connota las garantías y libertades que adquieren los menores en Colombia), lo que en cierto modo ayudaría a la comprensión de los delitos sexuales, y por otro lado a la descongestión de los despachos judiciales, siendo un escenario expuesto en muchas ocasiones a llevar acabo denuncias por este tipo de delitos, los cuales terminan siendo archivados en razón al consentimiento expresado por los infantes o sus representantes legales.

Problema Jurídico

Se formula el siguiente problema jurídico: ¿Se debe reducir la edad del sujeto pasivo en las conductas punibles atentatorias de la libertad, integridad y formación sexual, que recae sobre menores de catorce años?.

Objetivos

Objetivo General

Establecer la viabilidad de reducir la edad del sujeto pasivo tratándose de delitos sexuales donde son menores de catorce años.

Objetivos Específicos

Determinar las principales doctrinas y jurisprudencias nacionales correspondientes a la regulación de los delitos sexuales abusivos.

Estudiar el desarrollo normativo de los delitos sexuales donde el sujeto pasivo sea niño, niña o adolescente.

Analizar los aspectos psicológicos y sociales que han conllevado a que los menores de edad tengan un mayor desarrollo sexual en los últimos años.

Método

El método llevado a cabo en la presente investigación fue Analítico Descriptivo, el cual consiste en un estudio y desarrollo minucioso de cada uno de los objetivos propuestos con anterioridad, estableciendo así, la relevancia jurídica que adquiere dicha temática en el ordenamiento jurídico colombiano.

El análisis se llevó a cabo mediante observación y examen de un hecho en particular; lo cual significa que el presente estudio se realizó teniendo en cuenta los siguientes enfoques:

- Análisis de providencias judiciales expedidas por las Honorables Cortes de Colombia, particularmente, Corte Suprema y Corte Constitucional.

- Interpretación y alcance de la norma en el ámbito jurídico y social.

- Descripción de datos y cálculos que definen la situación actual del país frente al desarrollo sexual de N.N.A.

Capítulo I. Aproximación a la Realidad Socio Cultural de los Niños, niñas y Adolescentes en el Estado Colombiano

La inspiración es erigir el campo del derecho actualmente en Colombia, bajo el marco de situaciones sociales y pautas que a diario la sociedad va construyendo y que son motivo de conocimiento del hombre para limitar su comportamiento, por lo anterior y puntualizando en la realidad social, donde el pensamiento acerca de la inmadurez en la toma de decisiones sobretodo en el ámbito sexual deja de ser un veto, y a medida que hay más crecimiento social el ritmo y caminar del derecho y los legisladores debe reformar.

Por tanto, el término o punto de equilibrio para precisar si ciertamente ¿una edad es lo que establece la capacidad de un individuo para tomar decisiones?

Para responder el interrogante, es necesario referirnos un poco acerca de las tasas de embarazos de niñas y adolescentes ya que se ha constituido como una problemática social en el territorio colombiano, dado que cada vez son mayores los niveles de embarazos presentados en menores de edad, conforme a cifras entregadas en el año 2014 por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

“En Colombia desde inicios del año 2008 hasta el año 2014, nacieron 4.729.258 niños y niñas hijos de madres entre los 10 y 19 años de edad. En Colombia se analizaron los números de niños y niñas con madres entre los 10 y 14 años de edad en las diferentes ciudades, en donde se encontró que la capital, Bogotá, cuenta con el mayor número de casos con 417, en segundo lugar se encuentra Medellín con 232, le siguen Cartagena con 186, Cali con 177 y Barranquilla con 162” (Reales, 2018).

Si bien no se han publicado cifras actualizadas sobre dicha estadística, del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) es la única entidad que ha publicado cifras oficiales acerca de los embarazos de niñas entre los 10 y 14 años obteniendo los siguientes resultados:

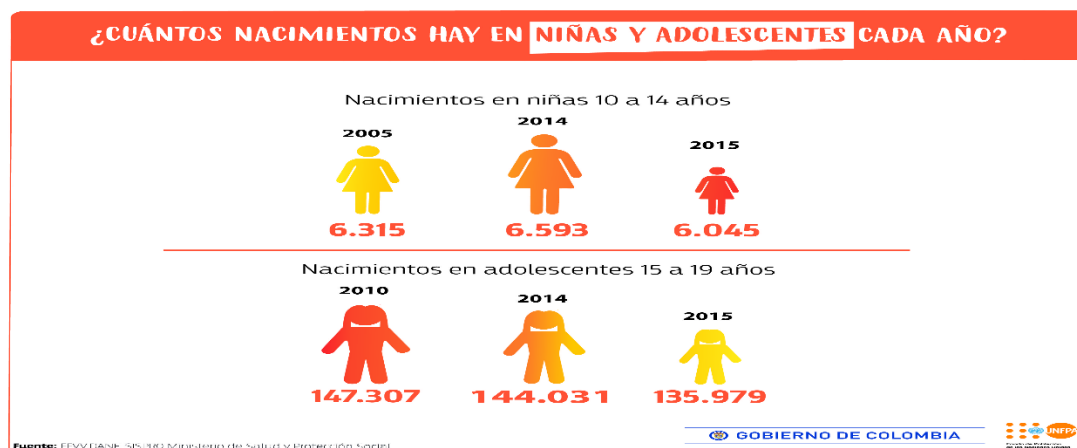


Figura 1. Índices de embarazos de niñas entre 10 y 14 años (período 2014 y 2015)

Fuente: Montserrat (2017)

No obstante, al exponer esta situación se busca ejemplificar los cambios sociales y culturales que se evidencian en territorio colombiano en la medida en que los niños, niñas y adolescentes han adquirido no solo una mayor madurez sexual, sino además que presentan un desarrollo “precoz” fisiológicamente hablando, lo cual configura una necesidad de cambiar los paradigmas jurídicos y políticos acerca de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; la Constitución Política colombiana por un lado establece en el artículo 44 que los derechos de los menores de edad predominarán sobre los de cualquier otra persona o ciudadano, tal y como se plasmó en el acápite introductorio.

Pero por otro lado, el artículo 42 constitucional establece que la familia es el núcleo de la sociedad, y en términos más coloquiales insta a la familia como un “vínculo de amor”, por lo tanto surge una dicotomía, debido a que si una niña menor de catorce años, consciente y voluntariamente decide formar una familia junto a un hombre mayor de edad. ¿Debe darse prioridad a la voluntad de querer formalizar el vínculo familiar o *a contrario sensu* se debe aplicar el derecho penal en contra del sujeto mayor de edad al presumirse que está interfiriendo en el desarrollo de la menor?

Ante esta primera cuestión, se ha establecido jurisprudencialmente:

“Que toda persona tiene derecho a la preservación de la unidad familiar, en esencia la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En consecuencia, las autoridades públicas “mantendrán de abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”. (Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, Tunja, 2017)

A partir de lo estatuido jurisprudencialmente, se demuestra la postura judicial de darle prioridad al derecho en la creación del núcleo familiar, sobre las acciones penales que puedan iniciar contra el potencial sujeto activo, lo cual connota que el precedente jurisprudencial avala la necesidad o la intención de modificar de un modo más laxo las conductas punibles abusivas que configura la normatividad penal colombiana, aunque resulta claro que cada caso debe ser examinado y estudiado de forma particular, puesto que en la jurisprudencia bajo revisión se analizaba un vínculo familiar en el cual existía una reciprocidad además del cumplimiento de los deberes alimentarios por parte del hombre mayor de edad, sin embargo,

se constituye como un importante precedente dentro de la materia de estudio al configurar el posible delito como atípico pues será ausente la antijuridicidad y culpabilidad en tal caso.

Es necesario enfocar la praxis judicial en la realidad colombiana, frente a las relaciones sexuales sostenidas por mayores de edad con menores de catorce años, que cada día acrecientan inesperadamente, pero bajo la observación de aquella situación donde la mayoría prestan su consentimiento, aceptan el trato erótico o “sexual” e incluso manifiestan un sentimiento de “amor” sobrepasando la estructura formal señalado a por el legislador en la norma penal.

Claramente sin desconocer los postulados frente a los derechos de la libertad integridad y formación sexual de los sujetos pasivos menores de 14 años, acarreado el cambio en el contexto cronológico propiciando una verdadera eficacia y validez de la norma con relación a la constitución por medio de una decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, recalcando el elemento voluntad y conciencia.

Capítulo II. Conceptos Básicos del Derecho Penal Colombiano y Regulación de los Delitos Abusivos

Si bien un concepto como la “madurez” tiende a ser netamente subjetivo en la medida en que cada persona se hace consciente de sus actos y conductas en diferentes momentos de su vida, sí es posible establecer lo regulado en materia legal frente a los delitos abusivos, dado que el legislador colombiano ha considerado que los menores de catorce años no poseen una madurez o una autonomía de la voluntad adecuada para tomar decisiones que pueden llegar a tornarse trascendentales, es por esta razón que antes de entrar en materia, se deben aclarar ciertos conceptos básicos en derecho penal que permitirán entender los elementos necesarios para que se configure una conducta punible conforme a lo estipulado en el ordenamiento jurídico colombiano (en este caso en lo regulado en la Ley 599 del 2000).

Conceptos del derecho penal colombiano

Una de las principales características del derecho penal colombiano es la calidad de ser un derecho de acto, es decir, en el cual debe constar la exteriorización de una conducta humana, el cual difiere del derecho penal de autor, respecto a esto la Corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos:

En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por las cualidades físicas o externas, dando así un juicio de valor únicamente enmarcado en la potencial conducta del autor, dejando de lado factores como la conducta expresa o la comisión u omisión de un hecho. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo,

previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción”.

(Corte Constitucional, Sentencia C-077/06, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Renteria).

Al respecto, la Honorable Corporación advierte la importancia de distinguir los dos conceptos, pues si bien el fallador al momento de conocer de algún proceso en referencia con el tipo penal, será necesario aclarar sobre que o quien versa el acto , para evitar así nulidades procesales y no solo eso sino en relación al asunto en estudio, tratar de prevenir desafueros

Por otra parte, frente a los elementos de tipo penal, se ha configurado la llamada figura de CTAC (Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad), los cuales se pueden definir de la siguiente manera: El Art. 9 del Código Penal se establece que

Para que la conducta sea punible o delictiva, se requiere que sea típica, antijurídica y culpable:

“La tipicidad se describe como la definición que hace la Ley de manera inequívoca, expresa y clara de las características básicas estructurales del tipo penal.

La antijuridicidad exige que se lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

En cuanto a la culpabilidad, se entiende como la actitud consciente y voluntaria del agente, de lo antijurídico, que da lugar a un inevitable juicio personal de reproche que contrasta con la forma sabida en que aquel hubiere podido o debido actuar, o que determina la conciencia subjetiva de reprochabilidad” (Código Penal Colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 9).

Frente al desarrollo de la culpabilidad en el presente estudio surge la necesidad de desarrollar los postulados de la escuela finalista dado que sus fundamentos se acomodan a la realidad del tema bajo estudio; dicho lo anterior:

“En la escuela finalista, el análisis de la estructura del delito debe hacerse desde una triple perspectiva, aun cuando bajo una misma unidad ontológica; así: primero, desde una perspectiva psicológica, pues la acción implica la voluntad, siendo su parte esencial; segundo, una perspectiva epistemológica dado que el sujeto de conocimiento no puede variar el objeto del conocimiento; y tercero una perspectiva lógica, en tanto que el dolo como objeto valorado, debe distinguirse de la valoración misma”. (Salazar, Carlos Gabriel, 2011, Filosofía del derecho penal: iusnaturalismo – finalismo)

En continuación de lo prenombrado, será preciso dilucidar como el Estado colombiano penaliza las conductas humanas que se encuentren tipificadas y que son antijurídicas. Por el lado de la Culpabilidad, es ineludible clarificarla bajo los parámetros del Dolo, la Culpa y la Preterintención. El Dolo conformado por dos elementos, siendo estos el elemento volitivo (tener la intención de causar daño a otro), y el elemento cognitivo (saber o conocer que el actuar constituye una conducta punible o delito).

Ahora bien, frente a los sujetos intervinientes en las conductas penales se han establecido principalmente el Sujeto Activo y el Sujeto Pasivo, ante lo cual se han definido como:

Sujeto Activo: Es la persona o sujeto que comete la acción penal, enmarcado en el ámbito de la culpabilidad. (Vega, H. 2016, ant *El análisis gramatical del tipo penal*. En *Justicia*, 29, 53-71.).

Sujeto Pasivo: *“Es el titular del bien jurídico tutelado. La ubicación de este elemento del tipo depende de ubicar primero el bien jurídico y luego entonces deducir quién sería su*

dueño y por ende ese sería el sujeto activo. “Es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito” (Antollicei, F. 1960. Manual de derecho penal. Buenos Aires: UTHEA)

En el caso que nos atañe el sujeto activo será hombre o mujer con preponderancia de edad y por otro lado, el sujeto pasivo será el o la menor de catorce años.

En efecto, se deriva del fondo del asunto al instituirse bajo el marco de la sexualidad , que recabe en la evolución de la vida y en el espíritu de la legalidad anudado en la interpretación de la norma ,centrado en el punto de partida de si es viable disminuir la edad del sujeto pasivo en acciones sexuales donde se ve comprometida su libertad, integridad y formación sexual , problema que surge sobre (hombre o mujer) menor de catorce años, cuando otorga su consentimiento y el sujeto agente realiza el hecho con ánimo absolutamente diferente del de delinquir o trasgredir.

Admitiendo la voluntad (deseo, querer) del sujeto pasivo desvirtuando el dolo del actor ya sea por error de tipo al desconocer la edad de la víctima o sin voluntad de causar daño o agravio con su comportamiento.

Por lo que, el legislador colombiano deberá considerar evidenciar los cambios abismales en el entorno que se rodean los menores (catorce años) y demostrar que su edad psicológica es patrón clave y necesario para obtener la madurez excepcional, que es indiciaria para tener la capacidad de escogencia y discernimiento en el desenvolvimiento de su sexualidad, superando el marco legal sobre la base de una ficción mas no de una realidad.

Actos sexuales abusivos regulados en la ley 599 del 2000

Luego de estudiados los postulados fundamentales del derecho penal colombiano, se deben establecer las conductas que el legislador colombiano ha incluido como “Actos

Sexuales Abusivos”, inmersos en el bien jurídico denominado “Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual”:

El artículo 208 de la Ley 599 del 2000 establece: *“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”*. (Ley 599 del 2000, artículo 208).

Frente al referido, la primera observación del tipo penal, es que demuestra un Sujeto Pasivo determinado, dado que el texto implica que la conducta debe cometerse contra un menor de catorce años, por otro lado, el sujeto activo es indeterminado ya que no se establece ninguna característica específica para el actor de la conducta punible.

Por su parte, el artículo 209 de la mencionada ley establece: *“actos sexuales con menor de catorce: El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”*. (Ley 599 del 2000, artículo 209).

Según el artículo 208 del código penal, tres son las modalidades de la conducta que puede revestir este delito:

a) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años, es decir, siendo el menor de edad un interviniente de forma directa de dichos actos sexuales b) realizar esta clase de actos en presencia del menor, esto es, que el menor sea observador y no intervenga en los actos sexuales y, por último c) inducir al menor en prácticas sexuales, a partir de lo cual se entiende que los sujetos activos de la conducta buscan persuadir e instigar al menor a hacer parte de actos sexuales.

Siguiendo el derrotero señalado en el Código Penal (Ley 599 de 2000) donde están descritos los delitos que van en contra de la libertad, integridad y formación sexual de la persona humana, focalizando (objeto de estudio) la edad del sujeto pasivo, corolario que este

no posea la posibilidad de disponer de su cuerpo de manera libre y consciente. (CSJ, Sentencia de 7 de septiembre de 2005).

Aclarando que frente al proveído, no se presenta, ya que busca el cumplimiento de políticas garantistas; no obstante, la esencia de la libertad sexual es tener una decisión espontánea y con suficiente capacidad de elegir la manera, ocasión incluso la persona con quien se realiza la relación carácter sexual, por lo que sí se vería reflejada “la libertad al tener una verdadera auto determinación y autorregulación de la vida sexual”.

En correlación a esto, el autor Welzel (1980), principal exponente de la escuela finalista, ha establecido frente a la libertad: ´

“La persona en cuanto es libre se autodetermina, ontológicamente es dueña de sí misma, “tiene en su estructura constitutiva no solo la capacidad natural para apropiarse de las cosas y para disponer de ellas, sino que tiene naturalmente cosas que por sí son suyas” por ello la persona ejerce dominio -dominus- sobre su propio ser y sobre sus actos, que le son propios y por los cuales debe responder. Este dominio se manifiesta ontológica y moralmente. (Welzel, H. 1980. Derecho penal alemán. Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas del Sur.

Claramente el citado argumento se constituye acerca del estadio actual de la sexualidad ,sobre todo de menores por el que ha sido sancionado penalmente especialmente en el comportamiento de quien sostiene la relación carnal con menor de tal edad, por no ser este sujeto capaz de otorgar su consentimiento valido, pero cuando se contempla cumplido el requisito de consentir el ayuntamiento ya sea animada por un sentimiento o porque el desarrollo físico reclama el ejercicio libinidioso de aquel, suscitando que aquel sujeto (menor de catorce años) pueda disponer de un mínimo grado de autonomía en sus decisiones,

considerando que la voluntad de aquel no está viciada y que al aceptar la ejecución del trato sexual sería factor determinante para constatar su capacidad y madurez donde va inmersa una verdadera decisión libre, exteriorizando su independencia dilucidando que la edad cronológica no es óbice para establecer la suficiencia y aptitud del sujeto en disenso.

Frente a esta excluyente de responsabilidad, se ha definido el error de tipo, como aquél que: *“...se presenta cuando el agente desconoce los elementos descriptivos o normativos, es decir, los elementos objetivos del tipo penal. Cuando este error se comete, existe una exclusión del dolo y la conducta es atípica”*. (Velasco Abogados, 2018)

Acorde al error de tipo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta figura:

“Se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP1783-2018).

Es decir, el error de tipo se presente cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su conducta se configura como conducta punible y actúa sin dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad.

Dicho precedente jurisprudencial resulta perfectamente aplicable al presente estudio dado que aquella providencia el fundamento fáctico se sustentaba en que el sujeto pasivo de la conducta punible, donde aparentaba tener una edad mayor a la que realmente tenía en el momento de la comisión de los hechos, por tanto, se puede concluir en este punto que la jurisprudencia en este tipo de casos se ha decantado por eximir de toda responsabilidad al

sujeto activo de la conducta, lo cual connota un importante punto a favor de la presente proposición.

En otro caso analizado por la Corte Suprema, el agente al desconocer la edad, queda inmerso en una situación de error, por considerar que la mujer que accedió carnalmente tenía más de la edad permitida, porque “así se lo manifestó ella y su progenitora. Caso que fue tratado por la honorable corte, y al no declarar la culpabilidad del agente, considero la causal de inculpabilidad que refiere el error de tipo.

Por otro lado, la doctrina colombiana se ha referido al error de tipo en los siguientes términos los cuales sirven igualmente de referencia:

“El error de tipo puede recaer sobre:

El objeto (in obiecto): o sea el objeto material del delito. En general, se refiere a un error que no provoca o pone en movimiento la eximente de responsabilidad penal porque para la conducta descrita en la norma son indiferentes, en principio, las características del objeto material, toda vez que lo protegido son los bienes jurídicos (Salazar, M. 2001. Injusto penal y error. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.) .

La persona (in personam): es decir, el sujeto en quien recae la acción delictiva.”
(Bustos, J. 1999. Lecciones de derecho penal. Volumen II. Madrid: Editorial Trotta).

Cabe destacar que se podría estar hablando acerca de una causal de eximente de responsabilidad penal, regulada en el artículo 32, numeral 2º del Código Penal Colombiano, al no existir daño en la formación sexual, puesto que el sujeto pasivo ya se encuentra formado sexualmente por lo que no habría antijuricidad.

Frente a la presencia de una causa de justificación conlleva no solamente carencia de antijuricidad sino atipicidad; Velásquez Velásquez hace referencia al art. 32 del código penal

, deberá interpretarse como un importante instrumento que ayuda a entender cuando hay ausencia de responsabilidad penal, sin llegar a extremar que allí está regulada toda la materia.

Por ende, no se imputará responsabilidad penal cuando la conducta accionada carezca de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

“Es de gran importancia en referencia a las situaciones que producen atipicidad, por cuanto la conducta del mundo real no encaja en el tipo: no se da la calidad de los sujetos; no existen o no se dan las condiciones del objeto material o de la vulneración al bien jurídico; no se cumplen exigencias de la conducta, de las denominadas usualmente circunstancias de modo, tiempo y lugar”. (Velásquez, F. (2013). *Manual de derecho penal*. Editorial Temmissar).

En esencia, los argumentos del autor frente a los elementos negativos del tipo, rompen con un gran esquema que generan nuevos indicios a tener en cuenta en materia investigativa por parte de las autoridades competentes, donde se quebrantan supuestos los cuales atendiendo a lo expuesto donde la presunta víctima en relación al caso de estudio el o la menor de 14 años, enuncia la situación fáctica de los hechos donde recaen en inconsistencias e incoherencias claramente depende de la condición y el caso en particular, pero en sustancia frente al objeto materia, son los casos, los cuales exponen que fueron agredidas o trasgredidas su integridad sexual por el sujeto activo mayor de edad y que por obvias razones tienen protección primordial, pues si bien, tras indagar profundamente sobre el tema se encuentra que niños y niñas entre los 12, 13 y 14 años, tienden a cambiar la versión de los hechos ya sea porque su voluntad está viciada por un tercero o porque evidentemente ocultan la realidad del acto.

Todo en tendencia de ocasionar un daño al sujeto activo por razones de sentimientos como “amor” o “venganza”, ya sea por pena al descubrimiento de la pérdida o juzgamiento

de su pudor por parte de la sociedad o demás sucesos; por los cuales incrementan a diario, ocasionando que la tipificación del tipo penal requiera de una variación apropiada a la realidad.

Constituye un verdadero desgaste para la administración de justicia el hecho de llevar a cabo etapas de investigación e imputación en aquellos casos donde se archivarán tales actuaciones por presentarse errores de tipo, ante lo cual debería presentarse una rebaja de edad de los sujetos pasivos, aduciendo a que la edad de entre 12 y 13 años sería la adecuada para establecerse en pro de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes; no se puede establecer que ante esta proposición se pretende vulnerar dichas garantías, puesto que, se busca obtener un mayor número de normas o leyes que estén en armonía con la realidad social colombiana, y aquel mandato es más que suficiente para generar un cambio a lo preceptuado legalmente; ahora bien, el desarrollo jurisprudencial frente a los artículos hace alusión a lo propuesto, dado que en el último precedente (Sentencia C-164 de 2019), la Corte Constitucional se declaró inhibida en la materia, sin embargo, constituye un buen ejercicio el conocer los precedentes dados por la Corte Constitucional colombiana sobre el particular.

Conforme a la jurisprudencia de la C.S,J en cuanto al error de tipo, se ha establecido lo siguiente:

“Analizados los elementos probatorios consignados en precedencia, se ha de concluir que por las circunstancias ambientales de subcultura en que vivían y en que actuaron los protagonistas de los sucesos investigados, y por los hechos y circunstancias que se han evidenciado con los medios probatorios analizados, que el sentenciado incurrió en un error de tipo, en cuanto por información recibida de la madre o de la propia ofendida y por la conducta sexual que este desarrollaba antes, actuó con la convicción

errada de que la menor tenia quince años en el momento del ayuntamiento sexual”.

(CSJ, Cas. Penal, Sent. Feb. 28/90, Rad. 3925 M.P. Edgar Saavedra Rojas).

En virtud de lo ulterior el libelista Emilio López se cimenta la idea de la inducción intencional como agravante y atenuante el cual sugiere varias condiciones psicológicas que influyen en el grado de la exigencia dentro del marco sancionador y de acuerdo a tal situación nombra otro factor que es la inculpación la cual se funda en el error y por el que una persona actúa a partir de juicios basados en percepciones falsas que lo llevan a una representación equivocada de la realidad. (Emilio Miray López, manual de psicología jurídica, buenos aires, el ateneo, 1954)

El sujeto activo actúa conforme a la realidad que vive en ese momento y que le es muy difícil salir de ella por lo que connota una seria de actividades que denotan veracidad y certeza, al igual sucede cuando el actor mantiene una relación con la o el menor de 14 años de edad y surgen circunstancias las cuales es muy difícil salir del error pues más allá de su aspecto físico y la manera como se comportan llevan a otros factores externos y sociales como la familia y amigos dan credibilidad a lo que está experimentando y llevando acabo; por tanto el autor se refiere en este punto a que aquella persona sufre un proceso cognoscitivo donde se forma un sesgo imperceptible para el propio sujeto, de modo que su reflejo de la realidad queda distorsionado y su conducta seria adecuada si fuera real esa falsa circunstancia, y al no serlo vulnera la regla penal sin poder experimentar subjetivamente el conflicto de hacerlo, sin la culpa de estar incurriendo en una trasgresión.

Puesto que, el factor social y psicológico que ahora detentan las y los niños de las mencionadas edades, no se asemejan a las que normalmente tenían o deberían tener, ya que ostentan un desarrollo de conocimiento más amplio frente a la sexualidad que les permite el

desenvolvimiento en la creación y manejo de relaciones afectivas, y como quiera que su aspecto físico y mental indique otra cosa pues reiterando su comportamiento sea igual que el de una persona (mujer o hombre) mayor de edad y por las demás circunstancias en las que hayan sucedido los hechos , produzcan que aquel sujeto activo recaiga en error y en la creencia más allá de que aquella persona con quien sostuvo una relación “erótica” o “afectiva” no tuviera la madurez según lo plantea el legislador para sostenerla.

El precedente jurisprudencial en materia de los actos abusivos en personas menores de catorce años

En la sentencia C-1095 de 2003, el demandante sostiene que los artículos acusados son inconstitucionales, porque mientras el Código Civil y la legislación internacional señalan que las mujeres mayores de 12 años tienen derecho a formar una familia y, por tanto, a tener relaciones sexuales, la norma del derecho penal establece la interdicción sexual absoluta a los 14 años, penalizando las relaciones sexuales que se dan entre los 12 y los 14. Sin embargo, la Corte Constitucional en referida sentencia establece que:

“El legislador penal ha debido tomar en cuenta esa regulación y no lo hizo, pues consagró las aludidas conductas delictivas partiendo de la base de la ausencia de consentimiento del menor de catorce años, mientras a tal consentimiento se le dio plena acogida en materia matrimonial”. (Sentencia C-1095 de 2003, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra).

Conforme lo anterior, puede darse el caso 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 tales circunstancias no se predicará delito dado que hay una clara justificación aunque no haya sido reglamentada por el legislador, ante lo cual surge una excepción al principio de taxatividad. En concordancia a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido:

“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”. (Corte Constitucional, Sentencia C-146 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo)

En otra sentencia se ha estipulado:

“La diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años persigue fines constitucionalmente legítimos, pues es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente. Así las cosas, la medida tomada resulta idónea y adecuada debido a que, aun existiendo el consentimiento del menor de 14 años, lo cierto es que su capacidad de comprensión y valoración del acto sexual no es adecuada para su edad..” (Corte Constitucional, Sentencia C-876/11, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo).

A partir de lo establecido por la Corte Constitucional, se determina una total primacía de los derechos de los menores de edad, además con lo relacionado respecto a la formación e integridad sexual de los menores de edad, dado que el precedente jurisprudencial considera que el desarrollo sexual de los menores de edad no puede verse afectado o perturbado antes de la edad de catorce años siendo la base considerada como referente para establecer dichas garantías fundamentales.

En este punto, existe un precedente jurisprudencial que denota un mayor alcance de las garantías de los menores de edad sin ninguna prerrogativa, siendo óbice al tenerse en cuenta que el carácter dinámico del derecho y de la jurisprudencia permite analizar desde otra perspectiva dicho fenómeno, razón por la cual se acogen diferentes fenómenos sociales y jurídicos que se presentan aun en el Estado colombiano, tal como el trabajo infantil, el cual se encuentra regulado y es permitido en el Estado colombiano; de igual forma la prostitución, puesto que es ejercida por una gran población menor de edad (y en muchos casos dicha actividad se realiza de manera consciente y libre).

El enfoque va dirigido a los casos previstos por la jurisprudencia como en relación a los pronunciamientos derivados por el Tribunal superior de Bogotá, al señalar que la presunta víctima menor de catorce años al tener un trato erótico con varias personas (hombre o mujer), habiendo perdido de antaño su pudor, no puede entenderse vulnerado un bien jurídico que no se tiene ni se conserva, y de libre disponibilidad reflejando un libre discernimiento de esta persona en su sexualidad, aun siendo menor de catorce años. (Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal, Sentencia de marzo 14 de 1984. Magistrado ponente, doctor Raúl Trujillo Cortes)

La jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha establecido una importante diferencia entre los delitos carnales y abusivos, debido a que siempre que se realiza el acceso carnal con un menor de catorce años, se presume que el sujeto pasivo está

en incapacidad de dar su consentimiento, por falta de madurez, de capacidad de emitir un juicio y porque antes de los catorce años no parece ser la edad indicada para iniciarse en la vida sexual. Se trata de una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario; por otro lado, el acceso carnal abusivo con menor de catorce años tiene lugar, aunque este haya dado su consentimiento porque este se presume inválido. Esto implica que estas normas han buscado proteger siempre la formación y el desarrollo sexual libre de interferencias tempranas.

De conformidad con lo regulado jurisprudencialmente, se ha establecido una garantía en favor de los menores de catorce años ya que se protege su derecho a la libertad e integridad y formación sexuales mediante una presunción de derecho; ahora bien, al adquirir la edad de catorce años dicha presunción puede ser desvirtuada con el consentimiento o voluntad del menor de edad, ante lo cual dicha presunción debería ser modificada puesto que en el tema de estudio se busca reducir dicha edad base de catorce años, por una edad más joven, siendo esta, los doce años.

Según Correa (2007), en la doctrina se distinguen tres puntos de vista: El primero lo denomina Consentimiento Presunto, el cual es una continuación de la idea del Consentimiento y establece que existe una colectividad ya que juntos condicionan determinados factores ajenos o externos, ante lo cual resulta que en el caso concreto de no observación de una regla positivamente establecida o taxativizada; por otro lado, solicita, respecto a la figura del Consentimiento Presunto como causal de justificación en el derecho penal, luego que debe requerir que el autor haya tenido la voluntad de actuar en sentido autorizado, razón por la cual debe formar una causal de justificación completamente independiente.

Es decir que la conducta del sujeto pasivo resulta necesaria para ser tomada como consentimiento presunto, ante lo cual no se podría predicar una culpabilidad por parte del sujeto activo en estos términos.

Frente a delitos sexuales no habría cabida a un consentimiento presunto, pues el sujeto activo no puede presumir o creer que el sujeto pasivo (menor de 14 años) solo por sus manifestaciones de afecto o verbales indiquen que está dando su consentimiento en la ejecución de algún acto “erótico” o en la concepción del ayuntamiento, aclaro que un niño o niña entre los 12 a 14 años al ser consciente de sus actos, deberá manifestarlo para que tenga plena validez ya que su amplitud y conocimiento frente a la sexualidad es algo muy personal e inherente, esto en referencia al estudio psicosocial, por lo que, en relación a lo anterior si es su deseo está el querer acceder a las pretensiones del actor solo debería tomarse en cuenta una verdadera declaración de consentimiento y voluntad pero jamás presumirse.

Esto en concordancia a que podría llegar a ser prueba indiciaria o causal de justificación y para ser viable la disminución de la edad tratándose de delitos sexuales, siendo radical en el momento de la normalización, por el que, el legislador podría tomar en cuenta las declaraciones de las dos partes implicadas en el acto y al existir y verificar una verdadera intención y deseo será eximente responsabilidad y válidamente ajustado a la ley en protección de garantías sobre todo del sujeto pasivo en rango entre los 12 a 14 años; pero llama en particular la atención que en varios casos el sujeto activo al ser persona mayor donde se cree que por tener cierta superioridad frente al menor es más capaz y maduro y no sería óbice para tomar su testimonio en cuenta, pues se confunde que por su condición que predomina, podría estar viciado, empero al hacer énfasis en cuestiones en que el sujeto activo haya tenido esa convicción errada e invencible, por el que ese (hombre o mujer) sujeto pasivo expreso una

edad la cual no era conforme a lo prejuzgado, y en su creer erróneo como consecuencia de su actuar acarrearía un delito penal.

En conclusión, el consentimiento tiene dos funciones claras en materia de delitos sexuales: la primera, actuar como elemento diferenciador entre los delitos sexuales violentos y abusivos, y la segunda, determinar la tipicidad o atipicidad de dichas conductas. Atipicidad que no se predica cuando no hay una oposición o resistencia al ataque, si bien en este punto se puede presentar un interesante debate jurídico, puesto que por otra parte, el mismo alto tribunal ha explicado lo siguiente:

La Violencia en los delitos sexuales, es la fuerza que impide o vence la resistencia de la víctima. Se le clasifica como física y moral. La violencia física ocurre cuando la cópula se obtiene por la fuerza del poder material o con medios coercitivos de acción física que recaen directamente en el cuerpo de la víctima, son los más comunes y característicos del delito de violación. Según el tratadista Luis Fernando Tocora, Se subdivide en Fuerza Física Efectiva o *Vis Absoluta*, donde se confrontan el respectivo despliegue de energía de la víctima que se resiste; y Fuerza Física Tácita o *Vis Compulsiva*, donde la víctima no emplea su energía para resistir, pues la intimidación producida en ella por la inminencia de una violencia efectiva seria, la inhibe de cualquier reacción”. (Sentencia 043 caso de 2011, Juzgado Segundo Penal del Circuito, Chiquinquirá, Juez Alma Gertrudis Chamat Lozano).

Ahora bien, conforme a la doctrina y sentencia estudiada, se infiere que la *Vis Compulsiva* ocurre cuando el sujeto pasivo no realiza ninguna acción forzosa o resistencia al ataque sexual, por motivos de intimidación o de miedo insuperable, por tal motivo se

considera que puede existir una presunta contradicción en la jurisprudencia de la Corte Suprema en la medida en que en la jurisprudencia citada se hace alusión a que el consentimiento, del cual se deriva el no forcejeo o la resistencia, son causales para desvirtuar la culpabilidad del autor, sin embargo, en la misma medida, la jurisprudencia dista al establecer que en algunos casos el no ejercer resistencia se debe al miedo de la situación o el temor, por tanto, a manera de conclusión considero que la Corte Suprema no ha hecho alusión al diferenciar en qué casos procede la atipicidad sustentada en el consentimiento, y en qué casos se predica la fuerza física tácita.

Derechos de las víctimas

Frente a los derechos de las víctimas o sujetos pasivos de las conductas punibles abusivas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido una serie de garantías o prerrogativas en favor de dichos sujetos, las cuales a continuación se procederán a mencionar:

-Trato digno, privado y respetuoso:

Lo cual se resume en que es menester asegurar a la víctima una posición de tranquilidad o de paz mental que puede ser en muchos casos traumática, por tales circunstancias se predica un acompañamiento enmarcado en las bases del respeto y garantizando sus derechos fundamentales a la dignidad e información personal.

-Asistencia médica, legal y social:

Posteriormente, es una obligación de los entes de salud, bien sea públicos o privados, de asegurarle a la víctima una valoración y seguimiento médico a fin de conocer la integridad del sujeto, aunado a recibir asesoramiento jurídico frente a los posibles trámites judiciales que se pueden presentar; por último, el acompañamiento debe extenderse a todo su círculo o

ámbito social a fin de seguir de cerca el comportamiento y desarrollo en el entorno de la víctima.

-Información de los procedimientos legales:

Relacionada con la inmediatamente anterior, es deber de las entidades estatales brindar una asesoría continua respecto a los trámites judiciales que se den, ante lo cual dicha facultad recae en la Fiscalía General de la Nación como único sujeto activo de la acción penal en Colombia, aunque los demás asesoramientos o acompañamientos pueden darse por parte de la Defensoría del pueblo y demás.

-Información de un servicio disponible para atender las necesidades que haya generado el delito.

-Servicio de orientación y consejería gratuito para la víctima y su familia.

-Acceso gratuito a:

Examen y tratamiento para la prevención de enfermedades venéreas y Sida:

Dicho derecho se garantiza a toda víctima a fin de evitar un perjuicio que puede resultar irremediable para la víctima, tal y como lo puede llegar a constituir una Enfermedad de Transmisión Sexual, por lo tanto el acompañamiento médico va mas allá de una mera revisión o chequeo, ya que deben garantizarse tales procedimientos en pro de asegurar la salud de toda víctima.

-Examen y tratamiento para las consecuencias físicas y emocionales que haya ocasionado el delito:

El tratamiento psicológico puede llegar a ser clave para la salud mental de la víctima, especialmente en menores de edad, donde se realizarán procedimientos o acompañamientos más técnicos dados la complejidad de ciertos casos.

-Recopilación de evidencia médica legal.

-Ser informada sobre la posibilidad de recibir indemnización por los perjuicios:

Por último, una de las prerrogativas que se brindan a la víctima es la de informarle, dentro de los trámites judiciales, las posibles indemnizaciones de las que puede llegar a solicitar en contra del sujeto activo de la conducta punible, puesto que pueden configurarse diferentes tipos de perjuicios, bien sea patrimoniales o morales.

De acuerdo con lo planteado por Rodríguez (2013), para la Corte Constitucional, la figura de la víctima se rige por las siguientes reglas decantadas:

(i) la existencia de una tendencia de protección universal a la víctima, que se fundamenta en el respeto de la dignidad humana.

(ii) el reconocimiento de la calidad de víctima a través de la prueba de la existencia de un daño efectivo.

(iii) Búsqueda de la víctima por obtener garantías de verdad, reparación y no repetición

(iv) la interdependencia y autonomía de los derechos de la víctima de un hecho punible traducidos ya que la víctima dentro del proceso penal puede estar interesada “en el establecimiento de la verdad o en el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización.

Frente a los fallos de la Corte Constitucional respecto a los derechos fundamentales de las víctimas se ha establecido lo siguiente:

“Cuando quiera que la consecución de la protección y eficacia de los derechos fundamentales se ven obstaculizadas con la comisión de la conductas punibles, las autoridades estatales, en particular las judiciales, en cumplimiento de sus facultades, tienen que adoptar las medidas necesarias, adecuadas y pertinentes con el objeto de

restablecer los derechos quebrantados de las víctimas en la medida de lo posible y aplicar las sanciones previstas a los responsables, ya que solo así se pueden sentar las bases de la convivencia pacífica entre los individuos y lograr un orden social justo, ambos valores fundamentales del régimen constitucional” (Corte Constitucional. C-775, sep. 9/2003.).

De conformidad con los autores Cepeda y Ramírez (2016), la aplicación de la justicia restaurativa exige la determinación de las causas y las consecuencias del crimen, por tanto involucra el fortalecimiento de las instituciones que hacen parte de la política criminal y que deben satisfacer las necesidades de la sociedad. Sin embargo, es necesario mencionar que existen distintas prácticas restaurativas; se encuentran la mediación tradicional entre víctima y ofensor, las juntas de reparación comunitarias, los diálogos de grupos familiares o los programas de restitución; frente a la utilización de los programas de justicia restaurativa se han establecido dos categorías de parámetros, que pueden ser caracterizados de “procedimiento” y “sustantivos”: dentro de los primeros se establece, que:

- 1) su utilización se puede dar en cualquier momento del proceso;
- 2) las obligaciones tomadas deben ser razonables y proporcionadas;
- y 3) la seguridad de las partes.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta:

- 1) Las diferencias o desigualdades (culturales, sociales, económicas) entre las partes;
- 2) debe presentarse un consentimiento libre informado del victimario y la víctima para llevar a cabo;

y

3) se requiere un alto grado de material probatorio a fin de demostrar la culpabilidad del autor. (Cepeda, E. y Ramírez, C. (2016). Reparación integral de niños víctimas de los delitos

El autor Josep Tamarit (2017), establece que las experiencias de victimización sexual no refieren a situaciones puntuales sino que tienden a perpetuarse en el tiempo, de igual manera afectan a múltiples contextos en los que el menor se relaciona; además, esas experiencias presentan una importante relación con otras formas de victimización, sexuales o no sexuales. Lo cual manifiesta una condición vital de violencia para los niños y niñas. En conclusión, frente a la victimización sexual contra la infancia (como el abuso y el acoso sexual infantil), evidencian factores de riesgo y vulnerabilidad que evidencian que la intervención de la sociedad es posible, pero dicha obligación recae principalmente en las familias y los profesionales, quienes tienen un papel fundamental en la prevención de las experiencias de victimización sexual como en la intervención de sus víctimas. (Tamarit, J. 2017. La victimización sexual de menores de edad).

Como aporte personal, se pueden analizar las garantías fundamentales que la Corte Constitucional y la doctrina le han asignado a las víctimas de conductas punibles; sin embargo frente a delitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales hay que mencionar que el tema no ha sido desarrollado del todo, debido a que pueden presentarse situaciones que atenten contra la dignidad de los menores, de igual manera se puede presentar la llamada re victimización y no habría ningún fundamento en ella y más en relación a los derechos de los menores , pues la ley trata de que ellos en la calidad que ostentan salgan lo menos perjudicados y afectados , puesto que por su edad pueden generar algún complejo o “trauma” a lo largo de su ciclo normal de vida ; por lo demás, una posible propuesta a aplicar en este tipo de delitos sería la de incluir o darle aplicación a la justicia restaurativa, lo cual

podría desarrollarse dentro de otro tema de estudio, aunque se considera que existen muchas trabas o muchos puntos en contra de este tipo de medidas las cuales se pueden resumir en:

- “1) la seguridad de la víctima puede estar comprometida;*
- 2) desequilibrios de poder entre la víctima y el victimario;*
- 3) potencial de los delincuentes para manipular el proceso;*
- 4) imposibilidad de determinar la “originalidad” de las disculpas originadas;*
- 5) incertidumbre de los mecanismos de participación de la comunidad; otrora, como puntos a favor de considerar dicha medida pueden ser:*

1) dar voz a las víctimas y empoderarlas; 2) otorgar un mayor grado de responsabilidad del infractor; 3) propiciar un ambiente alternativo sensible a las víctimas; y 3) generar mayores oportunidades para el diálogo”. (Tamarit, J. (2017). La victimización sexual de menores de edad).

La finalidad que conlleva al hacer hincapié en este tema, es que sucesos como : la mayoría de edad, generan que el sujeto activo que la ostenta siempre sea visto como agente de mayor influencia de poder o responsabilidad ,puesto que por su índole o estado genera superioridad y mayor control cuando se compara con un menor de edad, por consiguiente la aspiración sería generar un cambio más abiertamente en el pensamiento que se tiene frente a los niños, ya no ver tanto a los adolescentes como personas vulnerables que no pueden tomar decisiones o que son incapaces de mentir o, de realizar alguna conducta indebida, pues si bien, en la actualidad los infantes no están exentos de generar algún crimen, y gracias a que el estado los tiende a sobreproteger estos se aprovechan de su condición empleando maniobras o engaños para cometer algún tipo de delito a su favor, y como quiera que el país al evidenciar tanta delincuencia se encuentra en una posición donde debe endurecer las penas para los adolescentes, por lo que connotan un incremento y alcance en la vida delincencial,

sobrellevando de alguna manera que ya no sean objeto de manipulación o alcance de uso por parte del sujeto activo (mayor de edad).

Capítulo III. La Prostitución como Fenómeno Social en la Cultura Colombiana y su Incidencia en Niños, Niñas y Adolescentes

Si bien el enfoque central del presente trabajo es establecer una posible flexibilidad en materia penal frente a la reducción de la edad de los niños, niñas y adolescentes al momento de ser presuntos sujetos de delitos abusivos previamente consagrados en la legislación penal, en este apartado exactamente se captara una de las problemáticas sociales y culturales que atañen al Estado colombiano desde hace varios años, dado que este estudio tiene la finalidad de concientizar a la sociedad colombiana frente al Dinamismo del derecho en la medida en que los presupuestos jurídicos y sociales han tomado otro rumbo.

Como consecuencia de las problemáticas sociales, que es precisamente por factores ajenos (en muchos casos) a su voluntad, que se termina ejerciendo la prostitución como forma de conseguir un “mínimo vital” de garantías que permitan obtener una vida digna. En este punto del estudio se hace un llamado de atención al Estado y sus instituciones en el deber de asegurarle a cada niño, niña y adolescente una real protección de sus garantías fundamentales, ya que se debería dar aplicación a las normas leyes que buscan salvaguardar los derechos fundamentales de la población objeto del presente estudio, puesto que esta evidente negligencia es la que deriva en que se presenten tantos casos de desnutrición y de extrema pobreza, lo cual conlleva a realizar actividades como la prostitución a fin de obtener un mínimo grado de subsistencia, sin embargo, dadas las prerrogativas anteriores, es una realidad en la sociedad colombiana tales circunstancias que afectan en gran medida las garantías básicas de los sujetos de especial protección constitucional, en este caso, de los menores de edad.

Regulación de la prostitución en Colombia

En el año 2013 el senador Benedetti presentó el proyecto de ley 079 el cual buscaba regular el ejercicio de la prostitución en Colombia. El proyecto llegó a primer debate y fue a plenaria en el Congreso, sin embargo, la propuesta no ha tenido más avances, los cuales tuvo como propuesta temas referentes a la afiliación al Sistema de Seguridad Social en materia de salud, a no recibir vejaciones en su integridad tanto moral como físicamente por parte de la sociedad (entiéndase clientes, empleadores, y demás trabajadores), recibir vacunas gratuitas contra infecciones de transmisión sexual y demás actividades en relación al pleno ejercicio de la prostitución conforme a la concesión de varios derechos y garantías.

Que no esté aprobada la ley, no significa que en Colombia todo esté permitido.

La Ley 1336 de 2009 contempla como delito la explotación sexual, la pornografía con menores de edad y el turismo sexual. (Revista Semana, ¿Se podrá regular la prostitución en Colombia?, 2015).

Al contrastar la posibilidad de intentar regular la prostitución, nacen circunstancias ajenas que no permiten que esto salga adelante, dichos factores obedecen a la corrupción, de lo cual se deriva la informalidad, pues a muchos proxenetas les beneficia que las actividades sexuales se desarrollen bajo esa inobservancia, dado que se eximen de muchas obligaciones con sus trabajadoras o trabajadores sexuales, y por tanto, ven la informalidad como un medio de facilitar la prostitución, aunque esto conlleve al rompimiento de muchas garantías constitucionales y legales de las trabajadoras sexuales, y más aún cuando los comerciantes o negociantes les es más factible y viable el contratar a niños (hombre o mujer) pues al presumir el desconocimiento de aquellos frente a sus derechos de acceso justo que normalmente se deben dar en cualquier trabajo o actividad si estuviese regulada, les es más hacedero para el negocio.

Jurisprudencia colombiana frente a la prostitución

La Corte Constitucional, en su sentencia T-629/2010, M.P: Juan Carlos Henao Pérez, se ha pronunciado frente a la prostitución dejándola en un vacío legal aún más relevante, ya que no legaliza la prostitución, pero tampoco la tacha como un delito; por otro lado, el estudio que se realiza en la jurisprudencia brinda los siguientes argumentos:

En base a tres modelos:

El **prohibicionista** por el que excluye el comercio carnal, de modo que es contemplado normativamente, pero a fin de prohibirlo o no permitir su aplicación, el modelo **abolicionista** el cual pretende, desde el punto de vista jurídico, la ausencia total de reconocimiento del fenómeno y de las actividades conexas por parte del orden jurídico. Sus argumentos se fundan en la protección de la familia como estructura básica del Estado, además de predicar o garantizar la dignidad de la población femenina en dicha actividad. Por ende, no existe una sanción por ejercer dicha, aunque se puede perseguir la organización de negocios destinados a la prestación de servicios sexuales; y el modelo **reglamentista**, tiende a reconocer la prostitución como un mal social que, al no poderse combatir, debe ser regulado a fin de evitar los efectos perniciosos relacionados con la salud, el orden social, la convivencia y buenas costumbres, que pudieren derivar de su ejercicio.

A partir de lo mencionado anteriormente, será necesario indicar que aquellos tipos que de cierto modo colocan a los actuales Estados Sociales de Derecho en algún tipo de dualidad, ya que, a partir de la publicación de toda constitución donde se establezca el Estado Social de Derecho, no debería de existir ninguna jerarquía de los derechos, sino por el contrario, todos los derechos deben ser tratados de la misma manera, esto es, sin importar que sean derechos fundamentales, de primera o segunda categoría.

Puntualizando el decurso del análisis, haciendo énfasis en la Ley 599 de 2000 la cual tipifica como conducta punible, frente a la prostitución, el estímulo a la protección de menores, otra muestra de amparo a los menores de edad frente a cualquier práctica que influya en el desarrollo de su sexualidad:

“Artículo 217. Estímulo a la Prostitución de Menores. El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Dichos artículos o conductas punibles constituyen los mencionados actos abusivos contra personas menores de catorce años, por este motivo es dable entender que las conductas punibles deben ser modificadas en su contenido dogmático, dado que como se ha establecido inicialmente, los cambios culturales y sociales de la realidad colombiana han determinado que los niños, niñas y adolescentes adquieren mayor capacidad de raciocinio o entendimiento frente a los postulados de educación sexual y la conformación de familias o vínculos afectivos.

En consecuencia surge la luz dado que en los últimos tiempos se ha venido estableciendo la figura del error de tipo con bastante frecuencia en casos donde ocurren relaciones sexuales con un menor de catorce años, pero que por factores como la fisionomía o rasgos antropométricos del sujeto pasivo se llega a tener la creencia de que se está ante una persona mayor de edad.

A manera de conclusión se puede determinar que no existen cifras oficiales de los menores de edad que ejercen la prostitución como medio de supervivencia; la falta de estadísticas se fundamentan en las cifras, las cuales aumentan año tras año motivo por el cual

resulta ardua tarea la de identificar promedios de esta variable; por esta razón es evidente que la prostitución ha sido desde siempre un problema de Estado ante lo cual será deber de emitir una nueva política pública que obedezca a la regulación o protección de los trabajadores/as sexuales, principalmente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes que ejerzan una actividad de manera consciente y voluntaria.

Persistiendo la obligación por parte del legislador, al demostrar el cambio progresivo del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, lo cual concatena el principal objetivo de la presente investigación que es hacer énfasis en la característica dinámica del derecho, dejando atrás la rigidez que representan muchas instituciones nacionales y que solo han derivado en consecuencias perjudiciales para el país y su población en especial la más vulnerable como son los niños, niñas y adolescentes.

Capítulo IV. Material Probatorio Idóneo al Momento de Desvirtuar la Culpabilidad del Sujeto Activo

De conformidad con lo mencionado anteriormente, el sujeto activo de la conducta punible en muchas ocasiones se ve enfrascado en errores de tipo debido a que las menores de edad en inmersos casos aparentan tener una edad mayor a la que realmente tienen, por estas situaciones resulta pertinente analizar las pruebas que se pueden aportar en el desarrollo del proceso penal a fin de demostrar los cambios sociales y culturales de los que ya se han hablado y que se harán énfasis en los acápites siguientes; por ende, de conformidad con la jurisprudencia y doctrina estudiada, existen técnicas utilizadas dentro del procedimiento penal que permiten tener una aproximación a la conducta del sujeto activo y a la psiquis del menor de edad.

Por tales circunstancias, psicólogos y especialistas han dado uso a la técnica denominada SATAC, esas cinco fases justamente llevan los nombres de sus siglas SATAC, de conformidad con la sentencia n° 043 caso n° 2010-000112, expedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con fecha del 01 de septiembre del año 2011, en donde se hace primero un acercamiento de simpatía que correspondería con la S inicial, en donde la persona que está entrevistando hace ese encuadre empático para que el menor se sienta completamente tranquilo en el momento de narrar los hechos.

A, Anatomía, donde se explora la conciencia y claridad que tiene el niño frente a su propio cuerpo y frente a su anatomía; es precisamente en el cual se debe hacer un énfasis principal debido a que en la actualidad los menores de edad adquieren un mayor conocimiento sexual, lo cual se evidencia en las altas tasas de embarazos en menores de catorce años, razón por la cual los tabúes o paradigmas sociales han tenido un cambio radical.

La T, significa tocamientos, en donde el entrevistador tiene que empezar a explorar y adentrarse en el tema de interés que son la presunción de una situación de abuso y de tocamientos.

A, que se conoce como abuso en donde puntualmente se indaga y se exploran las circunstancias mismas del abuso

C de SATAC, que es el cierre, en donde se hacen preguntas de cierre.

Por otro lado, en el año 2013 se expidió la Ley 1652 de 2013 la cual regula el procedimiento de las entrevistas a los menores de edad al ser víctimas de delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual, la cual establece:

-La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación:

En este escenario se deberá dar o solicitar la presencia de la Defensoría del pueblo o del Procurador delegado para aspectos de familia dado que se debe garantizar los derechos fundamentales del menor.

-En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado:

A partir de este postulado se le da cumplimiento al principio de inmediatez y de concentración, puesto que el hecho de no contar con personal del C.T.I o de la Fiscalía, se deberán buscar los medios o personal idóneo para cumplir con dicha etapa.

-Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.

-En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad:

Se debe garantizarle al menor el acompañamiento de familiares dentro del desarrollo de todo el proceso, aunque en este punto debe hacerse la claridad que de conforme con el tema estudiado, puede darse una versión que esté viciada o inducida al error en muchos de los casos, dado que se ha evidenciado casos en los cuales los familiares de los menores obligan a éste a mentir en su testimonio.

-La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito:

Este aspecto adquiere una significancia relativa en el estudio, puesto que se connota un abandono de los entes estatales en la medida en que no se cuentan con muchas cámaras de Gesell en territorio colombiano, por tanto, hay regiones o poblaciones quienes no cuentan con estos espacios idóneos para llevar a cabo tales procedimientos.

-El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

-El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado:

Dicha actuación se surte a fin de empalmar la información brindada por el menor dentro de la entrevista, por tanto es importante conocer las conclusiones a las que llega el profesional capacitado, ya que brindará los parámetros a seguir dentro de cada caso particular.

En la actualidad no se cuestiona la validez del testimonio de un menor en ausencia de otras pruebas en situaciones de abusos sexuales, sin embargo deben concurrir diversos elementos a fin de que adquieran validez:

En primera medida, la ausencia de retractaciones y el mantenimiento de la acusación a lo largo de todo el proceso judicial. Esta a su vez, se identifica bajo cuatro etapas: i) negación del abuso; ii) revelación del abuso, iii) retractación, cuando se contradice con lo dicho inicialmente y iv) reafirmación.

Se alude también a la necesidad de que no existan intereses espurios contra el agresor que justifiquen la imputación del delito y resten credibilidad al testimonio de la/el menor.

También debe tenerse en cuenta la presencia de pruebas indirectas circunstanciales que puedan corroborar el relato de la/el menor; por tanto, debe decirse que las dificultades de lenguaje y de memoria no convierten al menor de edad en un testigo incompetente, sino al contrario, la comprensión de sus capacidades debe influir en la manera de entrevistarlo e interpretar sus intervenciones (Lameiras M., 2002, Abusos Sexuales en la Infancia: Abordaje psicológico y jurídico).

En materia probatoria debe anteponerse como fundamento la protección de la dignidad de la víctima y la garantía de sus derechos, siendo una técnica demostrativa donde recae sobre aquella que sufre la violencia sexual, es necesario que en desarrollo de recolección y adquisición probatoria su ejecución se produzca bajo ciertos métodos, los cuales no agredan sus derechos; Ahora bien, cuando el menor se opone a la práctica y realización de distintos procedimientos y bajo el panorama creado por el operador judicial acerca de la “inmunidad sexual”, por aquellos menores de edad no se hallen obligados a ciertos parámetros que puedan afectar su sexualidad y desarrollo en su vida cotidiana.

“La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto

con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido”. (Corte Constitucional, Sentencia T-078 de 2010, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

En cualquier escenario si el menor de edad manifiesta el no querer, en efecto, será tomado en cuenta, pues la ley no obliga a ninguna persona al sometimiento de métodos valorativos y demostrativos que vayan en contra de su voluntad, sin embargo no será motivo por el cual la autoridad se abstenga de continuar con la investigación; si por el contrario ya fue sujeto a dicha práctica la normatividad establece prohibición de no ser objeto de “revictimización” como resultado de no revivir dos veces los efectos traumáticos y evitar generar un daño mayor.

Es así donde la ley a pesar de cualquier abstención, omisión o falta en la cooperación por parte de la víctima en la recolección de elementos probatorios o en la ejecución del proceso , esta se presumirá de veracidad y autenticidad , puesto que su condición al ser un menor de edad le atribuye cierta confianza.

Consecuencialmente se ha creado un entorno donde concebimos la idea que el niño por tener la edad que presume, no está en la insuficiencia de mentir o crear situaciones fantásticas que pueda verse inmersa su integridad sexual.

Por consiguiente, el menor al verse en un estado de vulnerabilidad genera un estigma de abatimiento y franqueza y ante esto la ley judicial despliega una serie de investigaciones las cuales evalúan con detenimiento la necesidad conveniencia y pertinencia de cada sistema, garantizando la participación de la víctima, pero según lo expuesto la víctima no estará en

obligación, pues la autoridad no tiene potestad suficiente para doblegar a una persona a efectuarlo.

Con todo, la práctica probatoria se pone en aviso o prevención porque bajo todo el sistema de investigación que surte la autoridad competente como lo es, el recolectar elementos de prueba referidos no solo al hecho específico de violencia sexual, si no impactos de la damnificada en su familia o comunidad , al encontrarse en una situación donde la presunta víctima acepta sostener relaciones sexuales con consentimiento pero sin el deseo bilateral de sostenerlas suscitando que derechos como la autonomía, la libertad y la razón se vuelven condiciones sine qua non para la versión contemporánea del fenómeno.

En comento a la idea planteada por el prosista y conforme a lo subrayado donde se considera que los infantes a la edad entre los 11 a 14 años ya gozan de capacidad para distinguir la realidad de la ficción y para desplegar conductas bajo el razonamiento; puesto que la conducta según Pérez González es la resultante final del proceso psicológico donde deviene el sujeto pasivo observador y conocedor de la realidad, orientado por sus necesidades, motivaciones y conocimientos.

La realidad que subsume lo expuesto, es que frente a los menores pues la idea de conceptos y acciones no se vera de la misma manera como lo ve una persona adulta ya que el tiempo conforme a las vivencias es diferente; sin embargo, es de importancia resaltar, que aun así bajo el tiempo elocuente respecto a su edad ,se crean sus propias perspectivas de vida y ya obedecen bajo esa capacidad de elocuencia frente a distintos puntos sociales.

Continuando el autor refiere a la función integradora que es la conciencia, como quiera que es la posibilidad global del sujeto de hacerse cargo no solo de su realidad circundante de (conocerla y reflejarla), sino de su propio psiquismo y las relaciones entre ambos; exteriorizando la realidad propia.

Y frente a la conculcación de los referidos derechos en materia probatoria emane la pregunta de si todas las personas jurídicamente capaces de consentir son igualmente libres, autónomas y racionales para hacerlo, es decir, ¿las condiciones de posibilidad objetivas (materiales) y subjetivas (conocimiento y apropiación de los derechos) están generalizadas?

¿O solo porque yo tengo mayor edad carezco de mayor credibilidad, o si cambio mi versión de los hechos al ser una persona adulta es punto clave de desvirtuar mi credibilidad a diferencia de un menor que por el simple hecho de su condición al cambiar la versión de los hechos no quiere decir que falta a la verdad?.

Otro de los factores a tener en cuenta en materia probatoria consiste en que el pudor se erige como factor que influye en la dificultad probatoria del hecho sexual, ya que son frecuentes los casos en que el pudor o recato es factor donde la víctima o perjudicado se resisten a colaborar con la investigación de los hechos

Frente al fenómeno judicial dadas las connotaciones íntimas o personalísimas del objeto probatorio algunas pruebas son admisibles: como la prueba pericial que por lo general existe el examen físico de la persona que los funcionarios no siempre están dispuestos autorizar en casos de violación; o la prueba de la frigidez femenina, consiste en la exploración física de la mujer que le permite la práctica de posturas sexuales admitidas por la sexología. (Pabón P. 2005. Delitos Sexuales: La sexualidad humana y su protección penal. Editorial doctrina y ley.).

Vale mencionar que de conformidad con la jurisprudencia expresa por la Corte Suprema, se puede hablar de una contradicción al momento de valorar el testimonio de los menores de edad, debido a que maneja dos posturas o tesis:

- a. Por un lado establece que el testimonio de los N.N.A tiene una especial condición de credibilidad o veracidad, el que no debe ser dejado de lado o no tenido en

cuenta solo por la edad del testimonio, lo cual lo configura como un tipo de tarifa legal de carácter interpretativo y valorativo en términos de esta prueba.

- b. La otra tesis o postura de la Corte hace alusión a que el testimonio del menor se recibe como cualquiera otra prueba, careciendo de algún tipo de especialidad, además se asume que no siempre debe tomarse por creíble o válido tal testimonio, puesto que debe hacerse un análisis holístico con las demás pruebas que reposan dentro del proceso en particular

En el caso que nos concierne lo anterior radica en el hecho de que si bien existe un amplio pero a la vez restringido campo de valoración probatoria , la cual al enfocarlo concisamente en los menores es más limitado puesto que sus derechos se ven más expuestos por lo tanto no se podría vulnerar sus bienes jurídicos y como consecuencia acarrearía bastantes yerros al trasladarlo al ámbito probatorio, y más puntualmente cuando de desvirtuar la presunta agresión o violación se trata ;Luego será más difícil desvirtuar la ejecución del acto por parte del sujeto activo.

Capítulo V. Materias Permisivas Frente a Derechos de Niños, Niñas y

Adolescentes

Reiterando lo mencionado con anterioridad, vale recalcar que “ningún derecho es absoluto”, postulado que resulta correcto en su aplicación debido a que como se conoce, a priori, ni siquiera la vida es un derecho absoluto al considerarse las causales jurisprudenciales de practicar el aborto asistido, dicho fundamento nos permite considerar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes tampoco tienen el carácter de absolutos, lo cual no signifique el Estado colombiano tenga una discriminación por dichos sujetos de especial protección, por tal razón es pertinente mencionar situaciones en las cuales la normatividad colombiana es un tanto más flexible frente a la garantía de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y permite, entre otras, la formación de una familia desde los doce o trece años.

De conformidad con el derecho internacional y los tratados afines a la materia, se establece que los derechos de los niños, niñas y adolescentes poseen un carácter especial de preponderancia en el ordenamiento jurídico colombiano, debido a que se configuran como sujetos de especial protección, lo cual no constituye en esencia una garantía o materia permisiva; sin embargo, la configuración de una mayor libertad y protección frente a los medios de comunicación y publicación de material en el que conste información privada o personal si puede configurarse como una diferencia frente a los demás grupos poblacionales, debido a que como se mencionó anteriormente, en la actualidad, el uso de las redes sociales y del internet ha conseguido que la intimidad se vea perdida, razón por la cual no debería existir un trato diferencial en este punto debido a que el actor es responsable de todo contenido o publicaciones que se encuentren en todas las redes o medios de comunicación.

Regulación del trabajo de menores de edad en Colombia

Siguiendo con el discurso planteado anteriormente, es evidente que el trabajo en Colombia puede ser ejercido por menores de edad, esto de conformidad con lo regulado por la propia Ley 1098 de 2006, la cual, *per se*, establece unos parámetros o requisitos “mínimos” que deben ser cumplidos por los menores de edad, los cuales, constituyen como un permiso solicitado ante el Inspector de Trabajo del ente territorial local, de lo contrario se estaría hablando de explotación infantil, ciertamente constituye una conducta punible sancionada en el país; a partir de lo mencionado se establecerán las edades y horarios permitidos para el trabajo infantil de conformidad con lo regulado en la Ley 1098 (artículos 35 y 114) de 2006 y las disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo:

Tabla 1. Regulación del trabajo de menores de edad en Colombia

Edad del niño, niña o adolescente	Jornada laboral permitida
Menores de 5 años	Solo realizan actividades culturales y que tengan como finalidad ayudar al desarrollo físico y mental del menor.
Niños y niñas de 5 a 14 años	Solo pueden trabajar 14 horas semanales
Adolescentes de 15 a 17 años	Jornada diurna máxima de 6 horas diarias y 36 semanales, no pudiendo exceder de las 6:00 PM su jornada
Adolescentes mayores de 17 años	Jornada diurna máxima de 8 horas diarias y 40 semanales, no pudiendo exceder de las 8:00 PM su jornada laboral
Adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años en estado de gravidez	No podrán exceder de cuatro horas diarias a partir del séptimo mes de gestación y durante la lactancia

En aquellos casos en que la infante en estado de embarazo sea menor de 14 años y se encuentre trabajando, la normatividad vigente colombiana entenderá que la menor de edad fue víctima de abuso sexual, por lo tanto, se evidencia otra garantía estatal a favor de los niños, niñas y adolescentes dado que se presume que la menor que se encuentra trabajando ha sido sujeto pasivo de un delito que atentó contra su libertad y formación sexual.

Por el contrario, al evidenciar la normatividad laboral frente al trabajo infantil es dable aludir que se presentan salvedades o flexibilidades frente a los derechos de los menores de edad al momento de trabajar, puesto que, en ocasiones se ha debatido si el trabajo puede ser ejercido por los menores de edad, por ende, lo que se trata de analizar va encaminado a que existen ramas del derecho las cuales son más permisivas con los menores de edad, tal y como lo son el derecho laboral y el derecho privado como se citó con anterioridad.

En relación a que los niños deben gozar de ciertos privilegios la ley no les prohíbe que puedan trabajar para que logren el alcance de materiales útiles para su crecimiento , y como quiera que es un estímulo que les ayuda para tener una perspectiva y enfoque de mayor logro, por esta razón la normatividad se ciñe específicamente en los trabajos que pueden realizar los menores, otorgando cierta libertad en la toma de decisiones siendo también un factor de riesgo donde su libertad como integridad la cual se ve inmersa.

Regulación de derecho penal para niños, niñas y adolescentes:

Quizá uno de los temas más polémicos en la actualidad o realidad colombiana es el referente a las sanciones o castigos que reciben los N.N.A que cometen una conducta punible, si bien no se profundizara mucho en el tema dado que es un estudio que tiene otra naturaleza al tema bajo análisis, si hay que mencionar que en los últimos años se han suscitado debates acerca de si se deben aplicar las mismas sanciones o condenas tanto para menores como para

mayores de edad, dicha polémica ha surgido en cuanto los niveles de delincuencia juvenil ha aumentado de manera alarmante; de conformidad a lo anterior, el diario nacional El País publicó en el año 2018 cifras donde se establece que el 90% de niños entre los 8 y 14 años han cometido al menos una vez, una conducta delictiva. (El País, 2018)

Reiterando lo mencionado en el acápite anterior, solo a manera de mención se expondrá las reglas punitivas aplicables a los menores de edad:

De acuerdo con Castellón (2012), *“en los casos en los que se envían a la cárcel, el delincuente debe tener entre 14 y 18 años, de lo contrario la pena será restaurativa y educativa. Los delitos en los que un joven tiene una condena de este tipo es cuando comete un delito doloso, extorsión, agresión física o sexual contra otra persona; La duración de privación de la libertad para aquellos menores que cometan estos delitos va desde los dos años hasta los ocho años, sin posibilidades de redimir la condena”*. (Castellón Y. (2012). La privación de la libertad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia).

Ahora bien, tal y como se establece en la ley 599 de 2000, la pena máxima de cárcel para un condenado mayor de edad será de sesenta (60) años, lo cual presupone una diferencia de cincuenta y dos años entre la máxima condena aplicable para menores y mayores de edad; la realidad colombiana y como se ha evidenciado en recientes noticias e informes demuestran casos impactantes de menores de edad que cuentan con un amplio historial criminal; por lo anterior, el legislador colombiano debería plantearse o cuestionarse la viabilidad de aumentar las condenas o castigos para menores de edad.

Capítulo VI. Desarrollo Mental de los Niños, Niñas y Adolescentes

En los anteriores capítulos se ha hecho un análisis minucioso de la normatividad colombiana frente a los delitos sexuales abusivos, es decir, aquellos que recaen contra menores de catorce años, de igual manera se hizo énfasis en una gran problemática que atañe a la sociedad colombiana tal y como lo es la prostitución, estudio que se hizo con la intención de dar otro enfoque a la investigación dado que es una situación a la cual las entidades estatales y privadas deberían prestarle atención en la medida que es el diario vivir de muchos niños, niñas y adolescentes, lo cual no habla muy bien del discurso “garantista” que se predica en la Constitución y demás normas frente al derecho de los menores, de igual manera y en armonía con esto, al hacer mención de las ocasiones en que el legislador colombiano ha sido flexible y permisivo en materia de derechos fundamentales de dicha población (tales como formar un vínculo familiar o trabajar, aspectos que cuentan con un alto nivel en la vida de cualquier persona). Ahora bien, al haber realizado dichos estudios e indagaciones, se deben establecer los parámetros psicológicos de los niños, niñas y adolescentes como una medida que permita establecer la incidencia que tiene dicho factor para obtener la ya denominada “madurez sexual” y autonomía de la voluntad de los N.N.A que tanto se ha puesto en duda

En el desarrollo de la presente temática, es de igual importancia tener en cuenta los aspectos referentes al desarrollo mental y físico que se presentan en los niños, niñas y adolescentes, esto es, el enfoque psicológico; a partir de lo anterior, deben establecerse algunas concepciones que permiten establecer las conductas o comportamientos que posteriormente se tornarán en su identidad y formación sexuales; es menester establecer que los estudios psicológicos y sociológicos dan paso a establecer que la época o las edades comprendidas entre los 7 a los 12 años de los menores de edad permiten establecer los primeros acercamientos o contactos sexuales, motivo por el cual, se refuerza la teoría de que

la edad de los sujetos pasivos debe reducirse en la medida en que es a los doce años el momento en que se puede hablar de una “madurez sexual”, a partir de la siguiente tabla se pueden evidenciar con más especificaciones los comportamientos físicos y sexuales de los niños, niñas y adolescentes:

Tabla 2. Comportamientos sexuales comunes en la infancia

Niños (menores de 4 años)	Preescolares	<ul style="list-style-type: none"> Explorar y tocarse las partes privadas, en público y en privado. Frotarse las partes privadas (con la mano o contra objetos) Mostrar las partes privadas a otras personas Tratar de tocar los pechos de la madre u otras mujeres Quitarse la ropa y querer estar desnudo Tratar de mirar cuando otras personas están desnudas o desvestiéndose (por ejemplo cuando están en el baño) Hacer preguntas acerca de su cuerpo (y el cuerpo de otras personas) y las funciones corporales Hablar con otros niños de la misma edad acerca de funciones corporales como “popó” y “pipí”.
Niños (aproximadamente entre 4 y 6 años)	Pequeños	<ul style="list-style-type: none"> Tocarse las partes privadas a propósito (masturbación), ocasionalmente en la presencia de otros Tratar de mirar a otras personas cuando están desnudas o desvestiéndose Imitar comportamientos de pareja (como besarse o tomarse de las manos) Hablar de las partes privadas y utilizar “malas” palabras, aunque no comprendan su significado Explorar las partes privadas con otros niños de la misma edad (por ejemplo “jugar al doctor”, “te enseño el mío si me enseñas el tuyo”, etc.)
Niños en Edad Escolar (Aproximadamente 7-12 años)		<ul style="list-style-type: none"> Tocarse las partes privadas a propósito (masturbación), usualmente en privado Jugar con niños de la misma edad a juegos que involucran comportamiento sexual (como “verdad o consecuencia”, “jugar a la familia”, o al “novio/novia”) Tratar de mirar a otras personas cuando están desnudas o desvestiéndose Mirar fotos de personas desnudas o semidesnudas Ver/escuchar material de contenido sexual a través de los medios de comunicación (televisión, películas, juegos, Internet, música, etc.) Querer más privacidad (por ejemplo rehusar a desvestirse delante de otras personas) y resistirse a hablar con los adultos acerca de temas sexuales Empezar a sentir atracción sexual e interés hacia otros niños o niñas de su edad

Fuente: NCTSN, The natural child Traumatic Stress, (2012).

El autor Ernesto Pérez González, (2015), sugiere la idea de la evolución del pensamiento por etapas de desarrollo, donde una persona logra la capacidad de pensamiento desde sus orígenes o principios alcanzando progresivamente hasta adquirir ciertas facultades; el libelista menciona a PIAGET el cual aborda el tema sobre 3 etapas progresistas del pensamiento donde establece:

Los niños entre (0-3 años) adquieren la etapa sensorio motriz, la cual se basa en que aquellos infantes obtienen una relación del mundo por medio de los sentidos.

Entre los (3-7 años) es preoperatoria, por el que acogen un análisis de complejidad creciente y distinguen la fantasía de la realidad, a la edad de (7-11 años) operatoria es la fase de independencia de conocimientos y empiezan a realizar operaciones y actividades y por ultimo dentro de (11-14 años) operaciones formales fase la cual no solo distinguen lo concreto, sino que son capaces de llegar al nivel de la abstracción y la creación. (Pérez, E. 2015. Psicología, derecho penal y criminología. Editorial Temis, Bogotá D.C.).

Para concertar el interrogante en mi opinión y como lo he mencionado al transcurso de mi estudio, es que factores como el desarrollo corporal y el medio que se rodean generan influencia en el concepto de madurez, entonces los estudios realizados acerca de las etapas del desarrollo humano como la niñez, adolescencia y la adultez, empero el espacio entre la psicología y un espacio cognoscitivo, vislumbran que no todos los cambios intervienen en los procesos de crecimiento o actitudes relacionadas con el sexo, sino también en el comportamiento social del adolescente, es claro mi enfoque al sintetizar acerca de la capacidad de un adolescente que si bien la ley establece que es desde los doce años , lo cual torna ineficaz y carente de antijuricidad de la norma.

Cabe recalcar la importancia frente a este parámetro y la relación central al punto que nos concierne, esto es , que a lo largo de numerosos estudios y análisis su finalidad arroja un mismo resultado y es que si bien el desarrollo sexual proviene desde el nacimiento y va encaminado con la psiquis sería este un derecho que como es propio del origen, cualquier persona en su etapa de crecimiento puede tener la libertad de disponer sobre él, pero surgen casos excepcionales como expresa el autor donde : la violación de menores de dos o tres años tendría su sujeto pasivo que aún no tiene ni siquiera la noción de libertad sexual, y en cuyo

caso se tendría que hablar de “una voluntad viciada por falta de discernimiento” mas no de ausencia de voluntad.

Bajo este orden de ideas el legislador conforme a la protección de personas vulnerables como son los niños desarrolla un amplio margen en virtud de su salvaguarda evitando que derechos como su libertad integridad y formación sexual se afecten, ya que es evidente que si hay factores donde por obvias razones no pueden manifestar su voluntad ; por tanto al tipificar el tipo penal de actos sexuales precisando que la acción sea contra sujeto pasivo: menor de 14 años , legislando puntualmente la edad , que en su sentir es el tiempo conforme a parámetros donde un joven adulto todavía no es capaz de manifestar su voluntad ya que no ha alcanzado el auge de su madurez, desviando el marco factico por cuanto debió encaminarse a tipificar el delito penal no conforme al orden cronológico , si no a la psicología, siendo la fuente que realmente da certeza generando una verdadera voluntad consiente y sintiente.

Frente a la discrecionalidad del legislador en la fijación de la edad de la víctima en delitos sexuales la Corte Constitucional ha dicho: Debe observarse que la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años.

“El legislador consideró que hasta esa edad debería brindarse la protección mediante la proscripción de tales conductas. Era de su competencia propia definir la edad máxima de quien sea sujeto pasivo de los enunciados hechos punibles, fijando uno u otro número de años, sin que a su discrecionalidad pudiera interponerse el límite de una determinada edad previamente definida por el constituyente, pues este no tipificó la conducta ni estimó que fuera de su resorte hacerlo”. (Corte

Constitucional., Sent. C-146, mar. 23/94, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo).

Para Pabón (2005), grandes son los supuestos los cuales es evidente que bajo el entorno psicosocial ya existe una maduración temprana en conocimiento de la sexualidad por parte de los niños por el que ya adquieren esa conciencia y deseo sexual , ahora acorde este precepto el autor hace referencia a los conceptos normal y anormal desde la esfera psíquica , donde deben sufrir variaciones en este plano por el que debería hablarse de madurez e inmadurez sexual el cual se considerara madura siempre y cuando culmine con todas las etapas del desarrollo Sico-sexual.

En otras palabras el preservar mi “integridad” quiere decir que el cuerpo en el aspecto físico y subjetivo deber permanecer integro, para así, poder ser disfrutado de la sexualidad sin factores que lesionen y agredan; lo expuesto en precedencia es para precisar acerca de un desarrollo normal de la sexualidad de aquellos menores que necesitan una protección especial del estado bajo un marco de igualdad y equilibrio, si bien, un adolescente en la de edad de 12 años, por la proyección de todo los factores ya mencionados, que median en su progresión integral, ya se encuentra formado sexualmente por tanto no se estaría lesionando el bien jurídico.

En antítesis de lo mencionado, la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia ha establecido que: “los menores de 14 años son personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, y lo son por ese simple hecho, puesto que su proceso de desarrollo los pone en condición de indefensión”. (Corte Constitucional, Sentencia C-164, Abr. 10/19.)

La seguridad sexual iría enfocada de acuerdo a los índices de error y frente al margen cronológico que niños y niñas desde los 12 años no se encuentran facultadas pero que por encima de esta tienen una concepción y desarrollo más amplio frente al tema y su

convencimiento y entendimiento es más amplio a la hora de tomar decisiones ; aparte que de acuerdo a la realidad sociocultural a esa edad mantienen un alto desarrollo de procreación y con quien constituyen su familia son personas (hombres o mujeres) de mayores edades , donde brindan más estabilidad tanto económica como emocional.

Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes y jóvenes

“Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía”. A partir de dicho postulado dado por la Corte Constitucional en sentencia T 477 de 1995 se logra enfatizar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuentan con un alto grado de autonomía de la voluntad, motivo por el cual se infiere que adquieren una libertad que no puede verse soslayada por ninguna voluntad externa o ajena; es evidente que frente al desarrollo sexual y reproductivo de los N.N.A siempre se tendrán cierto tipo de tabúes o prerrogativas dado que se tiene la concepción de que los menores no cuentan con unos conocimientos precisos o claros frente a dichas temáticas lo cual como ya se ha expuesto en reiteradas ocasiones resulta falaz; si bien el concepto de “Libertad” es un tanto subjetivo debido a que cada persona la puede definir de una manera distinta, motivo por el cual a concepto personal y particular, la libertad sexual de los niños y adolescentes no debe verse nunca soslayada por el uso de las ”buenas prácticas o costumbres”, dado que la sociedad colombiana tiende a ser bastante moralista con este tipo de postulados en los cuales se puede derivar espacios de polémica o debate, sin embargo, la realidad dista de ello dado que siempre surgirán críticas o ataques en contra de quien piense o actué diferente a como lo hacen las mayorías, además, un país que evita firmar un acuerdo de paz solo puede connotar ser un país lleno de moralistas que evitan el avance económico, social y cultural de las instituciones.

Resulta de interés lo que señala la profesora García (2008), en el desarrollo de su tesis llamada “La enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el derecho penal sustantivo cubano”, en cuanto a la “inducción”, pues sustenta que la influencia de otros no transcurre pasivamente en el psiquismo del “inducido”, ya que no basta la idea original de delinquir que esta haya sido inculcada o incitada por otros delincuentes o la propia víctima para considerarlo mecánicamente irresponsable o menos responsable que la persona inductora.

Frente a esta apreciación surge un interrogante y es si ¿un menor de edad según la dinámica de la psiquis será influenciado por otra persona que ostente la mayoría de edad?, en principio sí, pues los sujetos pasivos en referencia, no tienen la suficiencia para valerse por sí solos, por lo tanto siempre necesitaran de alguien que si pueda brindarles algún apoyo para sobresalir, pero esta perspectiva dependerá de la edad ,la cual será la base para determinar si podría un adolescente entre los 12 a 14 años teniendo los conocimientos que debería detentar según su edad, podría recaer en la inducción de alguna practica delictiva o como es del caso en la realización de alguna conducta sexual creyendo que debe hacerlo, porque quien se lo solicita es mayor o tiene una superioridad frente a él, por lo cual se verá intimidado a realizarlo y donde la autoridad al igual que la edad versa como pauta clave para desvirtuar o aclarar la existencia de la inducción.

En consonancia con lo anteriormente plasmado, es claro que las nuevas tecnologías y el uso del internet han derivado en que haya una mayor curiosidad por descubrir lo que a priori, resulta curioso; en este punto vale la pena recordar que son los mismos medios masivos los que se encargan de vender una imagen “sexualizada” de la sociedad, lo cual no puede criticarse o ponerse en tela de juicio, puesto que el ser humano por naturaleza siente una inclinación a ser un consumidor empedernido de todo lo que produzca morbo; lo que

quiere decir en este punto de la investigación que no se puede culpar a los niños o a los padres de que se presenten dichos cambios en los paradigmas culturales de las edades más jóvenes, sino que en realidad debe adjudicarse principalmente dichos cambios a la necesidad de la mercadotecnia y la publicidad de vendernos la imagen de que la madurez solo se consigue mediante una libertad sexual y reproductiva, pensamiento que aunque se defienda o se ataque resulta válido dado que al hablar en el discurso de libertades, la de empresa es un tipo de ellas; por lo tanto, deben respetarse dichos postulados que permitan que la economía se mantenga de una u otra forma, aunque se presenten circunstancias en las que una sociedad moral como la colombiana, trate de decir que es diferente.

En términos de libertad sexual, Pabón (2005) se ha pronunciado en los siguientes términos:

La libertad sexual enunciada en la legislación colombiana como bien afectado con la realización de las conductas descritas en el respectivo título, solo comprende su aspecto “negativo”, es decir, solo toleraría la posibilidad de abstención; en otras palabras: la virtud de la castidad, entendida como la privación total o parcia del ejercicio de la función sexual y lo que el derecho protege no sería la libertad sino la abstinencia sexual.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció desde hace varias décadas sobre el bien jurídico protegido por el Título: “por otra parte, el bien que primordialmente trata la ley de proteger en estos casos es la libertad y no la honestidad sexual, como claramente se deduce de la calificación que el Código Pena de la al título XII del libro 2º, en que está incluido el capítulo de la violencia carnal.

Cosa distinta es que el autor de una violencia carnal con una menor de catorce años quede exento de responsabilidad cuando se compruebe que aquél a la verdadera edad de la

víctima” (Pabón P. (2005) *Delitos Sexuales: La sexualidad humana y su protección penal*. Editorial doctrina y ley).

En base a lo referido por el autor al comprender la libertad sexual como facultad de autodeterminación voluntaria, intencional y consciente de la persona ante los actos y relaciones inherentes a la vida sexual claramente no puede ser violentada (acceso y actos sexuales violentos) , presumiendo la invalidez del consentimiento por menor de catorce años o por persona que se encuentre en estado de inconsciencia , por consiguiente al estudiar que aquel bien jurídico que se pretende proteger debería tornarse más conforme a la seguridad sexual , pues aun cuando su consentimiento carece de validez para desvirtuar la legalidad del acto ,la falta de capacidad versaría frente a cualquier actuación desplegada por aquella persona a la edad de 14 años, Pero no es así , ya que la ley permite que ciertas actuaciones o actividades como trabajar o el constituir una familia si sean aprobadas, y donde su integridad y libertad también se ven inmersas .

Capítulo VII. Análisis Jurisprudencial de la Corte Constitucional Frente a Delitos Abusivos

Tabla 3. Sentencia de constitucionalidad C-164/19 Diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019). Luis Guillermo Guerrero Pérez

Norma demandada

- Artículo 208 de la ley 599 del 2000.
- Artículo 209 de la ley 599 del 2000.
- Artículo 211 de la ley 211 de la ley 599 del 2000.

Problema jurídico enunciado por la corte

Le corresponde a la Corte establecer si se vulnera el principio del non bis in ídem previsto en el artículo 29 del Texto Superior, cuando el legislador dispone, en relación con los punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y de actos sexuales con menor de catorce años, que uno de los elementos constitutivos de ambos delitos (ser el sujeto pasivo menor de 14 años) opere a su vez como una circunstancia de agravación punitiva (la vulnerabilidad en razón de la edad, al no superar la víctima el número de años previamente señalado), y de la cual no podrá sustraerse quien incurra en tales conductas, en virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal.

Normas jurídicas relevantes para el caso

- Sentencia C-521 de 2009
- Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia.
- Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Decisión

Primero.- Declararse Inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de los artículos 208 y 209 del Código Penal, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo.- Declarar la Exequibilidad Condicionada de la expresión: “Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad” contenida en el numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

Argumento de la decisión

Problema jurídico resuelto por la corte

Le corresponde a la Corte establecer si se vulnera el principio del non bis in ídem previsto en el artículo 29 del Texto Superior, cuando el legislador dispone, en relación con los punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y de actos sexuales con menor de catorce años, que uno de los elementos constitutivos de ambos delitos (ser el sujeto pasivo menor de 14 años) opere a su vez como una circunstancia de agravación punitiva (la vulnerabilidad en razón de la edad, al no superar la víctima el número de años previamente señalado), y de la cual no podrá sustraerse quien incurra en tales conductas, en virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal.

Ratio decidendi

-Las razones que fundamentan la protección especial que demandan los niños, entre ellos, los menores de 14 años, son: “(i) el respeto de la dignidad humana (...); (ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social; y, (iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos.

-Para que se configure la vulneración del citado principio del non bis in ídem, siguiendo la jurisprudencia reiterada de este Tribunal[110], es preciso verificar (i) que la conducta agravada recaiga sobre el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) que la investigación y/o sanción a imponer se fundamenten en idénticos ordenamientos punitivos; (iii) que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo; y (iv) que la causal de agravación carezca de un móvil que la justifique, de suerte que en realidad no pueda considerarse que se trata de una modificación a la responsabilidad sustentada en circunstancias de tiempo, modo y lugar que acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico protegido.

En consecuencia y siguiendo lo expuesto, es claro que aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 7, del Código Penal, en lo relativo a que la conducta se cometiere sobre personas menores de 14 años en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, a

quienes incurran en los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita, viola el principio del *non bis in ídem* (CP art. 29) y, por ese motivo, en esas circunstancias, es inconstitucional. No obstante, como quiera que la causal de agravación es aplicable frente a otros tipos que protegen el mismo bien jurídico (como ocurre con el acceso carnal violento, el acoso sexual, o el acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir), y que, además, su rigor normativo incluye otros sujetos distintos a los menores de 14 años, como sucede con los adultos mayores o los adolescentes entre 15 y 18 años, no cabe proceder a su expulsión del ordenamiento jurídico.

Argumentos no esenciales

Obiter dicta resaltables

Desde la Constitución, los niños han sido categorizados como sujetos de especial protección constitucional (CP art. 44), asignando al Estado y a la sociedad el deber de protegerlos y de velar por sus derechos. En respuesta a esta finalidad, la jurisprudencia de la Corte ha seguido un criterio uniforme, por virtud del cual se considera que los menores se encuentran en situación de vulnerabilidad al tratarse de una población frágil, en proceso de formación y en desarrollo de sus facultades y atributos personales, circunstancia que los hace merecedores de especial atención.

Comentario

En la presente sentencia se establece un marco conceptual pertinente e idóneo frente a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente cuando resultan ser sujetos pasivos de conductas punibles que vulneren su integridad o sexualidad; por lo anterior, el demandante considera que se vulnera el principio de *non bis in ídem* en la medida en que hay normas taxativas o preestablecidas que sancionan la comisión de conductas punibles sobre personas menores de catorce años, pero no se puede dejar de lado que cada caso o conducta punible en particular obedece a ciertos criterios de diferenciación, por lo tanto, considero que en el presente caso no se puede hablar de una vulneración al principio de *non bis in ídem* debido a que cada caso es particularmente estudiado.

Aclarando que no se desconoce la protección y el trato particular que deben tener, sin embargo el bien jurídico puede ser afectado varias veces pero la comisión del delito

frente a la misma persona puede variar respecto a su condición, pues si la primera vez se cometió contra sujeto pasivo (menor de catorce años) y el agente reincide en el mismo tipo penal pero ahora la situación cambia, ya que aquel sujeto que fue perjudicado la primera vez en el ulterior episodio ya no ostentaba la misma edad o “condición”, como quiera que no habría precedente, por las mismas circunstancias luego las condiciones cambiarían.

Tabla 4. Sentencia de constitucionalidad C-876/11 Noviembre 22 de 2011 Mauricio González Cuervo

Norma demandada

-artículos 208 (parcial)
y 209 (parcial) de la ley 599 de 2000

Problema jurídico enunciado por la corte

La Corte Constitucional decidirá si, al excluirse de la protección penal frente al abuso sexual a los menores adultos -entre 14 y 18 años-, (i) se vulnera el artículo 44 constitucional que ordena la protección especial de los menores todos, y (ii) el artículo 13 constitucional que prohíbe cualquier tipo de discriminación.

Normas jurídicas relevantes para el caso

Decisión

Declarar EXEQUIBLES las expresiones “...de catorce (14) años...” contenidas en los artículos 208 y 209 de la ley 599 de 2000.

Argumento de la decisión

Problema jurídico resuelto por la corte

¿Al excluirse de la protección penal frente al abuso sexual a los menores adultos -entre 14 y 18 años-, (i) se vulnera el artículo 44 constitucional que ordena la protección especial de los menores todos, y (ii) el artículo 13 constitucional que prohíbe cualquier tipo de discriminación?

Ratio decidendi

La diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años persigue fines constitucionalmente legítimos, pues es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente. Así las cosas, la medida tomada resulta idónea y adecuada debido a que, aun existiendo el consentimiento del menor de 14 años, lo cierto es que su capacidad de comprensión y valoración del acto sexual no es adecuado para su edad. Por eso la Ley lo protege, aún de su propia decisión, con el fin de salvaguardar no solo sus derechos sexuales y reproductivos sino el libre desarrollo de su personalidad

La medida diferenciada sin dudas persigue un fin constitucional por cuanto el artículo 44 constitucional señala a los menores no solo como sujetos de especial protección sino además sujetos de una protección reforzada. Así pues, evitar que sobre menores de 14 años se ejerzan actos abusivos de tipo sexual cumple fielmente con los propósitos señalados por la Constitución para los niños, en este caso los menores de 14 años.

A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social. En efecto, de acuerdo con documentos de la Organización Mundial de la Salud, los menores entre 10 y 14 años tienden a ser mucho menos activos sexualmente que aquellos entre los 15 y los 19 años. Los diferentes estudios al respecto, si bien no definen claramente una edad promedio de inicio de la actividad sexual, permiten aseverar que es perfectamente justificable que el Legislador establezca que los menores de 14 años no puedan ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su voluntad. En tal circunstancia considera el Legislador que los actos sexuales con menores

son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de incapaces absolutos ante la ley

Argumentos no esenciales

Obiter dicta resaltables

-Los tratados internacionales de derechos humanos en momento alguno desconocen la potestad de los Estados, a través de su órgano legislativo, para regular las materias señaladas por el legislador. De la definición de edad del menor en 18 años que trae la Convención -para el ámbito de ella misma- no se colige necesariamente que la protección que el orden jurídico brinde a los menores deba ser idéntica para todos los menores, con prescindencia absoluta de la edad.

Comentario

Como se evidencia por parte de la Corte Constitucional, se establece que la edad de catorce años es la edad “base” para que los menores puedan tener autonomía sobre su desarrollo sexual, sin embargo, a partir de los mismos argumentos dados por la Corte, se puede evidenciar que los altos niveles de embarazos en niñas menores de catorce años connota un cambio en la sociedad colombiana dada que se presenta una madurez temprana en la población infantil y en la juventud colombiana, razón por la cual los niños niñas y adolescentes en la actualidad presentan un mayor desarrollo mental y social al que se presentaba hace unos años.

Por consiguiente, la Corporación enuncia los cambios abismales que los avances tecnológicos ocasionan en los menores ya que el internet y redes sociales han creado un estigma y percepción distinta sobre la vida sexual, ahora los menores tienen tendencia a un desarrollo de iniciación de la vida sexual más acelerado donde tienen conocimiento frente al tema a más temprana edad, generando cierta curiosidad y deseo para efectuar la práctica sexual.

Por tal razón, la intervención de los padres y del estado frente a la regulación de este asunto no debería ser tan restringido, pero si vigilado e bien informado ya que entre mayor prohibido sea ,ara cada vez que aquellos adolescentes continúen con un pensamiento que a

medida que incrementa los perseguirá embarazos no deseados a temprana edad y demás factores perjudiciales en su vida.

Tabla 5. Sentencia De Constitucionalidad C-521/09 04 de agosto de 2009 María Victoria Calle Correa

Norma demandada

artículo 211, numeral 4°, Ley 599 de 2000 –modificado por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008 – ‘Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual’-

Problema jurídico enunciado por la corte

¿Viola el derecho al debido proceso, que el legislador contemple al mismo tiempo un elemento constitutivo del tipo penal como circunstancia de agravación punitiva, de suerte que quien realice el comportamiento descrito en el tipo no pueda sustraerse de la agravación punitiva?

Normas jurídicas relevantes para el caso

- artículos 29 y 93 de la Constitución Política
- artículos 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
- artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Decisión

Declarar EXEQUIBLE el numeral 4° del artículo 211 del Código Penal

Argumento de la decisión

Problema jurídico resuelto por la corte

¿Viola el derecho al debido proceso, que el legislador contemple al mismo tiempo un elemento constitutivo del tipo penal como circunstancia de agravación punitiva, de suerte que quien realice el comportamiento descrito en el tipo no pueda sustraerse de la agravación punitiva?

Ratio decidendi

-El legislador tiene una amplia potestad para configurar los delitos y para establecer las penas, pero tal potestad debe ser ejercida dentro del respeto por los demás mandatos y prohibiciones constitucionales, en particular, los derivados de la existencia de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

-La Corte ha identificado que el principio *non bis in idem* acarrea para el legislador la prohibición de (i) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada –absuelta o condenada- en un proceso penal anterior terminado; (ii) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia en firme; (iii) penar a una persona por un hecho por el cual ya había sido penada por una sentencia en firme; y, (iv) agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

Argumentos no esenciales

***Obiter dicta* resaltables**

-Debe señalarse que el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho persigue evitar que el legislador penal agrave injustificadamente las penas imponibles a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito.

Al prohibir que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo penal y en causa de agravación del mismo, el principio *non bis in idem* persigue evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito. Los elementos constitutivos de una infracción penal fundamentan la responsabilidad penal. Las circunstancias de agravación, en cambio, modifican la responsabilidad penal. Por eso mismo las circunstancias de agravación se justifican en la ley penal, cuando el ilícito es cometido en determinadas circunstancias que se estiman más reprochables porque, por ejemplo, suponen un mayor peligro o lesión para el bien jurídico.

Comentario

La Corte Constitucional realiza un análisis frente a la exequibilidad del agravante punitivo en las conductas punibles que se realicen contra personas menores de catorce años; en esta medida la Corte Constitucional establece que el principio constitucional de “non bis in ídem” no se ve afectado en ninguna medida ya que considera que las conductas punibles reguladas en los artículos 208 y 209 de la ley 599 del 2000 ya regulan dicho comportamiento o conducta; por esta razón, debe tenerse en cuenta que la Corte no enfatiza en la comisión de dichas conductas sino por el contrario, se preocupa por esclarecer lo relacionado con el principio de no ser inculcado dos veces por la misma conducta en razón a que ya hay un tipo penal descrito y que desarrolla tal situación; considero que es un buen ejercicio el realizado por la Corte en dicha jurisprudencia debido a que declara la exequibilidad de dicho agravante ya que diferencia la tipicidad de la legalidad en la medida en que es clara al admitir que dicho agravante no vulnera el non bis in ídem (legalidad) puesto que el mismo legislador se ha encargado de crear una conducta penal independiente para tales circunstancias (tipicidad).

El asunto en particular no permite que se cometa el mismo delito contra una misma persona y más aún cuando el bien jurídico que se vulnera ostenta una calidad preponderante en el ordenamiento jurídico, por tal razón en el código penal tiene su apartado dando entender la prioridad y relevancia contra quien se comete el tipo penal.

Tabla 6. Sentencia de constitucionalidad. C-146/94 23 de marzo de 1994. José Gregorio Hernández Galindo

Norma demandada

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 303 y 305 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal)

Normas jurídicas relevantes para el caso

Decisión

Declárense EXEQUIBLES, por no ser contrarios a la Constitución, los artículos 303 y 305 del Código Penal (Decreto 100 de 1980). Es entendido que no se cometen los delitos plasmados en ellos cuando el acceso carnal o los actos sexuales diversos del mismo se tengan con mujer mayor de doce (12) años con la cual se haya contraído previamente matrimonio o se haya conformado con anterioridad una familia por vínculos naturales, según lo previsto en el artículo 42 de la Constitución.

Argumento de la decisión

Ratio decidendi

-El artículo 303 como el 305 del Código Penal tipifican conductas que afectan a menores de catorce años: la una consiste en el acceso carnal abusivo y la otra radica en la ejecución de actos sexuales diversos del acceso carnal, con el menor o en su presencia, así como en la inducción a prácticas sexuales.

-El legislador consideró que hasta esa edad debería brindarse la protección mediante la proscripción de tales conductas. Era de su competencia propia definir la edad máxima de quien sea sujeto pasivo de los enunciados hechos punibles, fijando uno u otro número de años, sin que a su discrecionalidad pudiera interponerse el límite de una determinada edad previamente definida por el Constituyente, pues éste no tipificó la conducta ni estimó que fuera de su resorte hacerlo.

-Al tenor del artículo 5° de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Uno de ellos es el indicado en el artículo 12, según el cual nadie será sometido a tratos degradantes. Los actos sexuales y el acceso carnal no lo son para una persona mayor, enteramente dueña de su comportamiento, mientras los lleve a cabo en forma voluntaria y libre; pero sí lo son, y en alto grado, cuando se obtienen de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación, como en el caso de los menores.

-Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 42 de la Carta Política, la familia 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.

Argumentos no esenciales

Obiter dicta resaltables

-Considera la Corte Constitucional que no es de su incumbencia controvertir o poner en tela de juicio el límite de edad establecido en la ley, pues él resulta indiferente para los fines del control de constitucionalidad, en cuanto, sea una u otra la edad señalada, se está ante una determinada figura delictiva, puesta en vigencia por el legislador dentro de la órbita de sus atribuciones. La norma que consagra un delito debe reputarse constitucional en cuanto sea proferida por el legislador, único constitucionalmente autorizado para establecerla, y mientras la correspondiente figura delictiva no vulnere "per se" la Constitución

Comentario

Es claro que debido a la fecha de la sentencia, se puede establecer como una de las primeras jurisprudencias en tratar el tema de los delitos abusivos cometidos ante personas menores de catorce años, en la sentencia citada, la Corte observa que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se constituyen como primordiales en la sociedad colombiana dado que son sujetos de especial protección, sin embargo también es enfático al determinar que la familia es el núcleo esencial de todo Estado razón por la cual si un sujeto menor de catorce años tiene la disposición de acceder a vínculos matrimoniales lo puede hacer dado que lo que se trata de resguardar son los preceptos de la reproducción de la raza humana, motivo por el cual se puede determinar que la sentencia fundadora de dicho tema analizado

tiene enmarcada la importancia de la preservación de la familia, aunque de igual manera protege los derechos fundamentales de los menores de edad que se encuentren en situaciones donde su libertad y desarrollo sexual se encuentren en disputa, sin embargo, como se ha mencionado ya con anterioridad, debe recordarse que la juventud actual tiene mayores conocimientos y desenvolvimientos sociales y culturales, razón por la cual, atendiendo al carácter dinámico del derecho, se deben modificar las garantías fundamentales de los menores de edad, pues vale la pena recordar que como la misma Corte ha mencionado reiteradamente en su jurisprudencia: “ningún derecho es absoluto en su aplicación”.

Tabla 7. Sentencia de constitucionalidad c-1095 de 2003 19 de noviembre de 2003 Marco Gerardo Monroy Cabra

Norma demandada

artículos 208 y 209 del Código Penal

Normas jurídicas relevantes para el caso

- Ley 12 de 1991
- Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño
- Artículos 44 y 45 de la Constitución Política de Colombia
- Artículo 34 Código Civil Colombiano

Decisión

Declarar EXEQUIBLES los artículos 208 y 209 del Código Penal –ley 599 de 2000-

Argumento de la decisión

Ratio decidendi

- Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 42 de la Carta Política, la familia 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

- Al tenor del artículo 5° de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Uno de ellos es el indicado en el artículo 12 Ibidem, según el cual nadie será sometido a tratos degradantes. Los actos sexuales y el acceso carnal no lo son para una persona mayor, enteramente dueña de su comportamiento, mientras los lleve a cabo en forma voluntaria y libre; pero sí lo son, y en alto grado, cuando se obtienen de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación, como en el caso de los menores

-En materia de capacidad para contraer matrimonio y de la consagración constitucional de la unión responsable sin matrimonio como forma de constituir una familia, 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

Argumentos no esenciales

Obiter dicta resaltables

-De conformidad con la ley 12 de 1991, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad

-La ley aplicable en Colombia es el artículo 34 del Código Civil, a cuyo tenor se llama impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce. Según el mismo precepto, es adulto el que ha dejado de ser impúber. De donde se concluye que las normas acusadas se aplican a los impúberes

Comentario

El derecho constitucional colombiano se recubre de un garantismo que puede llegar a ser extremista en muchas situaciones, puesto que el ordenamiento jurídico ha materializado en gran medida los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, tal y como se menciona, puede tornarse negativo en cierto punto en la medida

que resguardar la autonomía y la libertad sexual de los niños, niñas y adolescentes puede ser contraproducente; es un hecho que la sociedad colombiana y en general, en la mayoría de Estados actualmente se han presentado variaciones o cambios en las denominadas “buenas costumbres” o reglas de la sana experiencia. A día de hoy se torna una complicada tarea hablar de la inocencia de los niños, niñas y adolescentes que tal vez pudo existir en épocas pasadas; dicho argumento se refuerza con los proyectos o trámites de ley los cuales buscan unificar la normatividad penal para menores y mayores de edad, propuesta que ha tomado vida dado los crecientes crímenes o conductas punibles que los N.N.A han realizado con bastante frecuencia a nivel nacional. Ahora bien, si hay materias jurídicas como la rama laboral y la rama del derecho de familia, en las cuales se le brinda posibilidades de libertad a los menores de edad en aspectos que van en armonía con su libre desarrollo de la personalidad, acorde a esto, el legislador tendría que ser consciente de dichos postulados sociales y darle un nuevo enfoque a la libertad sexual de los menores de edad.

Tabla 8. Sentencia de tutela T-078/10 11 de febrero de 2010. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Hechos
<p>-NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO, actuando como apoderado de MARÍA y de su hija menor de edad LAURA, interpone acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación — Unidad Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena — Fiscalía Cuarta y la Fiscal Seccional 21 de Cartagena, para la protección inmediata de los derechos al debido proceso, acceso a la justicia, igualdad e interés superior del menor.</p> <p>-La alegada vulneración de los derechos fundamentales se predica de la decisión de segunda instancia proferida por la Unidad Delegada de la Fiscalía General de la Nación ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena, Fiscalía Cuarta, mediante la Resolución 064, dentro del sumario 192.801, fechada el 19 de mayo de 2009 y notificada el 11 de junio de 2009, que confirmó la decisión de preclusión de la investigación que había sido proferida en primera instancia el 2 de diciembre de 2008 por la Fiscalía 21 Seccional de Cartagena, dentro del mismo expediente.</p>

-Los hechos que configuran la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales invocados en la tutela, tuvieron lugar en una investigación penal que se adelantó entre los años 2006 y 2009 en la ciudad de Cartagena

La referida investigación judicial se inició a partir de una denuncia presentada por la señora María, por el presunto delito de “Actos sexuales abusivos cometidos en menor de catorce años”, los cuales se habrían cometido sobre su hija Laura, quien para la época de los hechos tenía apenas tres años de edad, y en el que se vinculó como sindicado al padre de la menor, Juan.

-En el mencionado proceso se aportaron, decretaron y practicaron como pruebas de tipo médico- psicológico las siguientes: a) concepto de la Dra. Mónica Patricia Vejarano Velandía, a partir de una valoración psicológica que realizó sobre la niña Laura; b) valoración sexológica del médico Dr. Gabriel Villalba Cañellas, adscrito al CTI de la Fiscalía General de la Nación; c) concepto de la Dra. Alexa Liliana Rodríguez Padilla, psicóloga que se desempeñaba profesionalmente para el Instituto de Medicina Legal. Todas estas pruebas, de modo unánime, coinciden en afirmar que existieron actos de abuso sexual en contra de la niña Laura.

-El primero de los conceptos mencionados, esto es, la valoración psicológica efectuada por la Dra. Mónica Patricia Vejarano, que fue la que motivó la interposición de la denuncia penal por parte de la madre de la niña, tuvo lugar el 11 de marzo de 2006 y en el documento respectivo se refieren las técnicas que la profesional de la psicología utilizó en la sesión respectiva, para obtener de modo espontáneo la revelación de un “secreto” que tenía la niña Laura en relación con su padre, y respecto del cual su madre, María, había comenzado a tener graves sospechas de posible abuso sexual.

-En la investigación penal también se practicó prueba pericial por parte de la Dra. Alexa Liliana Rodríguez Padilla, psicóloga especialista forense, funcionaria del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Bolívar. El dictamen correspondiente fue rendido el 27 de Marzo de 2006 y en el mismo se afirma que de acuerdo con la solicitud de la fiscal, se practicó evaluación psicológica a la menor Laura. Luego de varias páginas en las que se relatan los pormenores de la entrevista que tuvo la psicóloga con la niña y su madre, se afirma que la menor padece claros síntomas de abuso sexual infantil.

-Sostiene el apoderado de la demandante, que pese a la contundencia palmaria e irrefutable de las anteriores pruebas, las dos instancias del ente investigador las descartaron como pruebas de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años, y para ello se valieron, a su juicio, de las más inaceptables razones que se describen así en la demanda: i) descartar el concepto de la Dra. Vejarano por cuanto no cumplía con la ritualidad propia de un dictamen pericial; (ii) el dictamen del Dr. Villalba por cuanto no le pareció a los Fiscales respectivos que tal dictamen fuera creíble, a la luz de un diccionario jurídico que se consultó y; (iii) el dictamen de la Dra. Alexa Rodríguez Padilla, por cuanto aunque sí cumplía con las formalidades de un dictamen pericial, la experta no había empleado unas técnicas de entrevista específicas para llegar a las conclusiones a las que arribó.

Problema jurídico enunciado por la corte

Determinar, si en el presente caso, se configura una causal de procedibilidad de la acción de tutela, por una indebida valoración probatoria realizada por las resoluciones proferidas dentro de la investigación penal adelantada por el delito de actos sexuales abusivos en menor de catorce años en la persona de Laura.

Normas Jurídicas Relevantes Para El Caso

-Ley 600 de 2000 (artículo 266)

-Ley 906 de 2004 (383, inciso segundo)

Decisión

Primero.-TUTELAR los derechos al debido proceso y al interés superior de la menor LAURA. En consecuencia **REVOCAR** las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Penal, mediante fallos de 28 de julio y 8 de septiembre de 2009.

Segundo: **DEJAR SIN EFECTO** la Resolución No. 92 de 2 de diciembre de 2008, proferida por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, que precluyó la investigación, y la Resolución 064, de la Unidad Delegada ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena (Fiscalía Cuarta), proferida en Cartagena el 19 de mayo de 2009, mediante la cual se confirmó la decisión preclusiva de primera instancia.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Unidad Delegada de la Fiscalía ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena (Fiscalía Cuarta) que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con (i) los argumentos expuestos en este fallo en relación con la valoración de las pruebas aportadas al proceso y con (ii) los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

Cuarto: En tanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con sede en Cartagena ha estado enterado de los pormenores de este caso, se le ordena que de manera inmediata, realice las diligencias para amparar a la menor, mientras dure el proceso, con las medidas que crea conveniente para la eficaz protección contra toda forma de abuso sexual por parte de su padre.

Quinto: Compulsar copias de esta sentencia y del expediente al Consejo Seccional de la Judicatura de Cartagena y al Consejo Superior de la Judicatura, para que, si lo consideran del caso, adelanten las investigaciones disciplinarias a que haya lugar contra la Fiscal Seccional 21 de Cartagena y la Fiscal Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, que intervinieron en la investigación penal que dio origen a esta acción de tutela.

Argumento de la Decisión

Problema jurídico resuelto por la corte

Determinar, si en el presente caso, se configura una causal de procedibilidad de la acción de tutela, por una indebida valoración probatoria realizada por las resoluciones proferidas dentro de la investigación penal adelantada por el delito de actos sexuales abusivos en menor de catorce años en la persona de Laura.

Ratio decidendi

El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa

para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.

El artículo 193 del código de la infancia (Ley 1098 de 2006) que dispone que en los procesos judiciales en los que haya víctimas niños o niñas, la autoridad judicial tendrá en cuenta que no se les deben generar nuevos daños (a los niños) con el proceso judicial de los responsables. El deber de los fiscales que fallaron la investigación de este caso, era velar por la protección del interés superior de la menor, y no deducir consecuencias jurídicas de una falta de comparecencia que no era legalmente exigible.

Argumentos No Esenciales

***Obiter dicta* resaltables**

La doctrina contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.

En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, se tiene que tanto en la Ley 600 de 2000 (artículo 266), como en la Ley 906 de 2004 (383, inciso segundo) se establece que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

Comentario

El principio pro infante establece que el derecho de los niños, niñas y adolescentes prevalece sobre cualquier derecho con el que se pondere, motivo por el cual siempre que la libertad, integridad y formación sexual de un menor de edad se vea en riesgo, habrá que preponderar los derechos del menor; sin embargo, vale la pena establecer que de conformidad con el tema de estudio, dicho principio de pro infante debe ser flexibilizado o

dinamizado puesto que la reducción de edad de los sujetos pasivos en conductas abusivas va encaminado a darle un mayor grado de autonomía y libertad a los menores de edad. El fin del presente estudio ha sido analizar los cambios o paradigmas sociales y culturales que han ocurrido en Colombia y en el mundo en los últimos años frente al desarrollo sexual y psicológico de los menores de edad, quienes de una u otra manera se ven más expuestos a todos los contenidos que brindan las redes, lo cual no quiere decir que sea malo o bueno, es un juicio de valor que el lector dará, sin embargo, es una propuesta orientada a hacer entender y analizar el carácter dinámico del derecho en una sociedad.

Tabla 9. Sentencia de Tutela T 116/17. 23 de febrero de 2017. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Hechos

La acción de tutela objeto de estudio surge con ocasión del proceso penal que adelanta el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio en contra del señor BBB, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. En el mismo proceso, para la etapa del juicio oral, la defensa del sindicado solicitó que se decretara como prueba el testimonio de la menor. Sin embargo, el juez de conocimiento negó la práctica con la finalidad de evitar su revictimización. Impugnada la decisión, el superior jerárquico la revocó en el entendido que, más allá de las garantías especiales para llevarse a cabo la práctica de testimonios de menores en estos casos, el ordenamiento no prevé una prohibición para que comparezcan. Asimismo, el aquem advirtió que en el presente caso no se observa que la menor haya manifestado su voluntad en uno u otro sentido sobre rendir el testimonio, ni que se cuente con un reporte pericial fehaciente en el que de manera concreta se pueda concluir que existiera un riesgo real de revictimización para la niña con tal práctica probatoria.

El juez de tutela de primera instancia resolvió amparar el derecho a la dignidad humana de la menor, aunque para ello no accedió a lo solicitado por la accionante en el sentido de revocar la providencia cuestionada. En su lugar, ordenó al juez de conocimiento del proceso penal que adoptara las medidas para que la niña pudiera expresar su opinión en relación con la práctica del testimonio y que, además, requiriera a los profesionales tratantes

de la menor para que presentaran un informe en el que dieran cuenta de su estado psicológico actual.

En cumplimiento de lo anterior, y antes de que se surtiera la segunda instancia en el proceso de tutela, el juez penal de conocimiento convocó audiencia pública en la que la menor, en compañía de una defensora de familia y una psicóloga distintas a las que ya la habían tratado, manifestó su voluntad de no rendir testimonio. En consecuencia, el fallador consideró innecesario pedir el informe sobre el estado psicológico actual de la niña, pues en todo caso ésta ya había expresado su negativa y no podía ser obligada. Por tanto, prescindió de la práctica de la prueba testimonial en controversia.

Por su parte, el juez de tutela de segunda instancia confirmó el fallo del a quo, pues en el proceso penal se había demostrado, a partir del material probatorio, los conceptos de los especialistas que advertían sobre la inconveniencia de que rindiera versión sobre hechos traumáticos del pasado, y además, se contaba con la propia manifestación de voluntad de la niña en contra de practicar la prueba, por lo que llevarla a rendir testimonio implicaría una revictimización.

Problema jurídico enunciado por la corte

Corresponde a la Corte determinar si la entidad accionada, al proferir el auto del 18 de enero de 2016, que ordena la práctica del testimonio de la niña XXX dentro del proceso penal en el que la misma tiene la calidad de víctima del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, genera una revictimización de la menor y, con ello, vulnera su derecho fundamental a la dignidad humana en relación con el principio de interés superior de los niños y niñas.

Decisión

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2016, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, confirmó la sentencia proferida el 19 de abril de 2016, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Argumento de la decisión

Problema jurídico resuelto por la corte

Corresponde a la Corte determinar si la entidad accionada, al proferir el auto del 18 de enero de 2016, que ordena la práctica del testimonio de la niña XXX dentro del proceso penal en el que la misma tiene la calidad de víctima del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, genera una revictimización de la menor y, con ello, vulnera su derecho fundamental a la dignidad humana en relación con el principio de interés superior de los niños y niñas.

Ratio decidendi

La participación de menores en el proceso penal está subordinada al cumplimiento de reglas estrictas y medidas específicas de protección. En especial, cuando la niña, niño o adolescente es la presunta víctima del hecho delictual, estas medidas se refuerzan para evitar su doble victimización. Entre ellas, el ordenamiento rodea al menor, en la diligencia que lo involucra, de especiales garantías, como el acompañamiento de familiares y profesionales especializados, o la adecuación del lugar donde se realice, de tal modo que la prueba testimonial pueda ser llevada al juez de conocimiento en la audiencia de juicio oral, minimizando sus efectos negativos. Pero de manera particular, debe destacarse que, de conformidad con las medidas de protección establecidas en el artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, “en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión”.

La Corte advierte que las reglas observadas en relación con la participación de los menores en los procesos penales, sobre todo cuando se trata de rendir testimonios, constituyen un imperativo para las autoridades que participan en el proceso penal,

Argumentos no esenciales

Obiter dicta resaltables

El ordenamiento legal colombiano ha establecido distintas medidas orientadas a proteger a los menores cuando sus derechos se vean involucrados en estas situaciones.

Específicamente, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece, en el artículo 383, que el testigo menor de 12 años deberá estar asistido por su representante legal o pariente mayor de edad, y que el juez podrá disponer que la diligencia se realice fuera de la sala de audiencias.

El paso del tiempo puede generar una revictimización de los menores y afectar el medio probatorio, debe tenerse en cuenta que la estructuración y lógica del proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, previó la posibilidad de que se practiquen pruebas anticipadamente para luego incorporarlas al juicio oral. Al respecto, el artículo 284 establece que “[d]urante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente”, para lo cual la misma norma establece como requisitos que (i) sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías, que (ii) sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112, (iii) que sea solicitada por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y, además exige que (iv) se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Conclusiones

De conformidad a lo analizado con anterioridad, se debe establecer la necesidad de reducir la edad de los sujetos pasivos de las conductas punibles abusivas, debido a que en la actualidad se han presentado diversos cambios en los paradigmas sociales y culturales, dado que los niños, niñas y adolescentes adquieren un mayor desarrollo tanto físico como mental, razón por la cual la edad de dichos sujetos pasivos debe adecuarse; siendo la edad de doce (12) años la adecuada para la procedencia de dichas conductas punibles que atenten la libertad, integridad y formación sexual.

En la misma medida, vale recalcar el peso jurídico que se le ha otorgado al consentimiento al momento de llevar a cabo los actos sexuales, debido a que la voluntad del menor de edad puede ser suficiente para desvirtuar la culpabilidad del agente, razón por la cual debe hacerse una precisión frente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, ya que en los delitos carnales existe una presunción de derecho en la cual toda relación sexual (sea o no consentida) presumirá la culpabilidad del autor, mientras que en los delitos abusivos, demostrar el “mero” consentimiento hace trámite a desvirtuar la culpabilidad del autor, lo cual, per se, significaría la atipicidad de la conducta imputada.

En cuanto a la aplicación de la teoría de la escuela finalista, se concluye que en dicha dogmática no se aplica la culpabilidad (o juicio de reproche) si la conducta obedece a un error, bien sea de tipo o de prohibición; como se analizó, a nivel jurisprudencial ha existido precedente en el cual el error de tipo se alega como eximente de responsabilidad penal frente a la consumación de este tipo de delitos, lo cual infiere que dicha propuesta se desarrolla bajo el marco de la escuela finalista, debido a que para dicha escuela, solo se configurará delito cuando al momento de la realización de los hechos se comprende la criminalidad de los actos y se obre de acuerdo a dicha comprensión (capacidad de culpabilidad), además que se exige

que el sujeto activo tenga conocimiento de la antijuricidad (teoría del dolo) o teoría de la culpabilidad, lo cual queda totalmente descartado con la aplicabilidad del error de tipo, consagrado en el artículo 32 de la normatividad penal colombiana vigente (Ley 599 del 2000).

Es evidente que en la sociedad colombiana, fenómenos como la Prostitución son una realidad alarmante, especialmente en la población juvenil, razón por la cual es menester del gobierno colombiano, darle paso a la creación de una política pública adecuada que satisfaga los intereses de la población juvenil, especialmente en aras de garantizar condiciones mínimas o básicas de subsistencia para todo niño, niña y adolescente para erradicar condiciones que atenten contra la integridad y la sexualidad de dicha población.

En cuanto a la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional frente a la materia, se debe mencionar que existe una interpretación bastante amplia frente a los postulados legales debido a que, de conformidad a la jurisprudencia, los niños, niñas y adolescentes que se encuentren entre las edades de 12 y 14 años pueden constituir un núcleo familiar, la cual, en términos constitucionales, constituye la base esencial de la sociedad; mientras que para la ley penal especial, cualquier acto sexual que se realice sobre una persona menor de 14 años constituye delito. Motivo por el cual se logra concluir que la jurisprudencia reconoce la constitución de la familia como elemento esencial en la sociedad colombiana a fin de salvaguardar la subsistencia de la especie humana.

De igual manera, la jurisprudencia de la misma y Honorable Corporación se ha caracterizado por preservar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, a partir de la sentencia fundadora del tema bajo estudio (C-146 de 1994) se puede establecer que la Corte ha cimentado una libertad “relativa” para los menores de catorce años facultándolos a la posibilidad de la creación de un vínculo familiar como se ha

dicho. Por lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en dichos postulados, ante lo cual se puede hablar de una línea jurisprudencial estática debido a que no se han presentado cambios que generen impacto en la normatividad colombiana, sin embargo, por los avances socio culturales presentados por los niños, niñas y adolescentes colombianas, resulta necesario revisar y cambiar las garantías de los menores, a modo de que se entiendan un tanto más laxas puesto que no hay ninguna garantía fundamental que pueda predicarse absoluta en su aplicación.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano resulta ser más permisivo frente a los derechos de los menores de edad en su desarrollo de personalidad, tal y como se evidencia en la regulación del trabajo infantil cumpliendo los requisitos pertinentes y en materia civil al permitir el matrimonio de un menor de edad en aras de conservar la familia. Por tanto, si se atiende a la característica del derecho penal como derecho de “última ratio”, debería ser más dinámico al momento de catalogar los delitos abusivos dado que se han presentado cambios en los paradigmas sociales y culturales que ya se han mencionado.

Al hacer alusión de la aplicación del derecho penal en los niños, niñas y adolescentes, se deberían aumentar las penas o castigos aplicables a dicha población dados los alarmantes casos y cifras de crímenes o delitos cometidos por menores de edad, aunque si bien ese no sea el tema de estudio, pone de manifiesto la necesidad de entender y aplicar los estamentos de la escuela finalista en el ordenamiento jurídico nacional y de supeditar el carácter vertiginoso del derecho aplicado en la vida real y cotidiana colombiana.

Frente al método denominado SETAC, aplicado por psicólogos y especialistas en los delitos contra menores de edad, puede llegar a ser el medio de defensa pertinente, útil y necesario por los potenciales sujetos activos de las conductas punibles abusivas, debido a que

en este examen psicológico se puede evidenciar el conocimiento y experiencia que adquieren los menores de edad frente al desenvolvimiento sexual. Por lo cual se debe entender que dicho mecanismo ayudaría a sustentar lo propuesto a lo largo del presente estudio debido a que puede determinar el desarrollo psicológico y social de los niños, niñas y adolescentes colombianos.

Uno de los puntos más relevantes tratados dentro del presente estudio es el referente a la dicotomía que se presenta dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, puesto que por un lado la corte se ha decantado por establecer que cualquier relación sexual que no sea consentida, además de ejercer resistencia o fuerza constituye conducta punible, sin embargo, en el mismo sentido, una de las jurisprudencias analizadas establecía que al no ejercer resistencia o fuerza en contra del actor no constituía delito; sin embargo como se analizó en el acápite pertinente, se establece que existen fuerzas físicas o morales, y el hecho de no ejercer resistencia simplemente puede derivarse de sentir un temor o miedo en contra del sujeto activo, lo cual no deja muy en claro cuál es la postura final del Alto Tribunal. Motivo por el cual en mi opinión personal existe una vaguedad jurisprudencial en dicho tema la cual debe ser aclarada en una futura jurisprudencia a fin de unificar conceptos.

La autonomía de la voluntad y la libertad sexual de los menores de edad están enmarcados en derechos fundamentales de dicha población, razón por la cual el Estado colombiano tiene el deber de asegurarle a todo niño, niña y adolescente el acceso a la educación, incluyendo la educación sexual, debido a que en muchos casos la desinformación resulta más perjudicial para las edades más jóvenes puesto que se encuentran en un estadio de su vida donde la curiosidad de conocer el entorno resulta algo necesario, por lo tanto, el acompañamiento de entidades estatales y privadas resulta necesario frente a estas situaciones.

Ante lo expuesto en precedencia y en relación a lo arrojado en el presente estudio, al determinar amplios factores tanto físicos como cognoscitivos los cuales guardan una muy fuerte y estrecha relación con las situaciones emocionales y sociales, el actuar de los menores va encaminado a que diariamente se alimentan del entorno, por lo que la ley debería ser ajustada conforme a la realidad en la que se vive situaciones donde una edad no decide si yo tengo la madurez para realizar algo, puesto que si el legislador en otras normas previó que a la edad de 12 años es suficiente para constituir una familia o para trabajar, esto implicaría que si se es capaz a dicha edad de desarrollar aquellas actividades, de igual manera también se es apto e idóneo para tomar decisiones claramente sobre el cuerpo y la sexualidad, eligiendo que quiere hacer con ella y con quien; pero bajo un marco de responsabilidad y limite frente a este.

Más allá conforme a tantas situaciones que se presentan en el país, la problemática se asienta en que el futuro de Colombia son los menores y se debe velar por la protección de sus derechos y que atesoren y gocen de un desenvolvimiento normal en su vida, que sus ciclos de crecimiento no sean afectados, proponiendo un arduo esfuerzo y control por parte de las autoridades, pues son quienes ostentan la calidad y facultad para lograrlo, al igual que la familia donde surgen los primeros pensamientos y por el cual exteriorizan muchas conductas que son basadas en lo que viven dentro de ellas pues siendo el hogar un componente esencial , por tal motivo deben ser totalmente intervinientes en el desarrollo de los adolescentes, para evitar que sucesos como embarazos no deseados, violaciones y enfermedades sean las protagonistas del diario vivir, con todo generando una nueva perspectiva abriendo una oportunidad más a los adolescentes para que participen en las relaciones de la sociedad, tengan un libre designio y se sientan y consideren parte importante, para evitar sean ejecutados más delitos , al igual que se velara por la defensa y amparo ,pero

reiterando que sean legitimados para disponer de capacidad y autoridad frente a sus derechos en nexa a su libertad integridad y formación sexual y según al título de los delitos sexuales, que efectivamente sean libres frente a la toma de decisiones , corroborando ciertamente la verdadera autonomía que predicaría el presente estudio.

Bibliografía

- Antollicei, Francesco. (1960). *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: UTHEA.
- Arturo, Zamara. (2016). *El papel de las asociaciones de trabajadores sexuales y de las entidades privadas que trabajan con población dedicada a la prostitución en la regulación del trabajo sexual en Colombia*. (1991-2016). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Colombia.
- Benedetti, Armando. (2013). Proyecto de ley 079 de 2013
- Bustos, Juan José. (1999). *Lecciones de derecho penal*. Volumen II. Madrid: Editorial Trotta.
- Castellón Yaéns. (2012). *La privación de la libertad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia*.
- Cepeda, Emerson. y Ramírez, Claudio. (2016). *Reparación integral de niños víctimas de los delitos sexuales en Colombia: restricciones y posibilidades a la luz de la jurisprudencia*
- Constitución Política de la República de Colombia, 1991. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Correa, Ana. (2007). Fundamento del consentimiento presunto como causal de justificación en el derecho penal. Disponible en <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2533>
- Corte Constitucional en sentencia T 477 de 1995 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional, Sentencia C-077/06, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, sentencia C-146, marzo 23 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-516 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. C-775, sep. 9/2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 28 de 1990, Radicado 3925. Magistrado Ponente: Edgar Saavedra Rojas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia mar. 8/88, Rad. 2037. M.P. Guillermo Duque Ruiz.
- Corte Suprema de Justicia, SP1783-2018 Radicación n.º 46992, 23 de mayo de 2018, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.
- Echandía, Alfonso. Derecho penal. (2017). T. V. 2ª ed. Bogotá, Edit. Temis.
- Diario El Punto (2018). El creciente caso del embarazo adolescente en Colombia.
- García Gustavo. (2008). La enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el derecho penal sustantivo cubano. Universidad de la Habana.
- Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, Tunja, 2017, 15-001-60-08-832-2013-00053-00 (N.I. 2017-00024), Juez: Manuel Rodríguez Acevedo.
- Lameiras María. (2002), Abusos Sexuales en la Infancia: Abordaje psicológico y jurídico.

- Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y de la Adolescencia). Código de la Infancia y la Adolescencia. Disponible en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm
- Ley 1336 de 2009. Lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/3706:Ley-1336-de-2009>
- Ley 1652 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53771>
- Ley 599 del 2000 (Código Penal Colombiano). Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal Colombiano). Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>
- López Emilio. (1954). *Manual de psicología jurídica*, Buenos aires, el Ateneo.
- Montserrat, Grace. (2017). *La sexualidad se vive en paz. Semana Andina de Prevención de Embarazo en la Adolescencia 2017* Disponible en <https://colombia.unfpa.org/es/news/la-sexualidad-se-vive-en-paz>
- NCTSN, (2012). *Centro nacional sobre el comportamiento sexual de la juventud. Desarrollo sexual y conducta en los niños.* Disponible en

- Pabón Pedro. (2005) *Delitos Sexuales: La sexualidad humana y su protección penal*. Editorial doctrina y ley.
- Pérez, Ernesto. (2015). *Psicología, derecho penal y criminología*. Editorial Temis, Bogotá D.C.
- RAE (2014). Diccionario de la Real Academia Española. (Vigesimotercera edición, octubre de 2014). Recuperado de <http://www.rae.es/>.
- Reales, Laura. (2018). *El creciente caso del embarazo adolescente en Colombia*. El Punto. Programa comunicación social y periodismo. Disponible en <http://www.periodicoelpunto.com/el-creciente-caso-del-embarazo-adolescente-en-colombia/#.X11tJE9Kjcs>
- Revista Semana, (2015) *¿Se podrá regular la prostitución en Colombia?*. Nación. Disponible en <https://www.semana.com/nacion/articulo/se-podra-regular-la-prostitucion-en-colombia/438560-3>
- Rodríguez, Lina María. (2013). *La víctima y sus derechos en Colombia*
- Salazar, Carlos Gabriel. (2011). *Filosofía del derecho penal: iusnaturalismo – finalismo*. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/427>
- Salazar, Mario. (2001). *Injusto penal y error*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sentencia C-1095/03. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1095-03.htm>
- Sentencia C-164/19. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30036418>

- Sentencia C-521/09. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20030269>
- Sentencia C-554/01. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-554-01.htm>
- Sentencia C-876/11. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-876-11.htm>
- Sentencia de constitucionalidad C-1095 de 2003 19 de noviembre de 2003 Marco Gerardo Monroy Cabra <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1095-03.htm>
- Sentencia de constitucionalidad C-164/19 Diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019). Luis Guillermo Guerrero Pérez <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30036418>
- Sentencia de Constitucionalidad C-521/09 04 de agosto de 2009 María Victoria Calle Correa
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_7616074e2f13b0f8e0430a010151b0f8
- Sentencia de constitucionalidad. C-146/94 23 de marzo de 1994. José Gregorio Hernández Galindo <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20011888>
- Sentencia de tutela T-078/10 11 de febrero de 2010. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-078-10.htm>

- Sentencia T-629/10. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao. Sala Tercera de Revisión. (13 de agosto de 2010). Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm>
- Sentencia 18455 de septiembre 7 de 2005 Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal magistrado Ponente: Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta 65 Bogotá, D.C., siete de septiembre de dos mil cinco http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759920420fd7f034e0430a010151f034
- Sentencia. 043 Juzgado Segundo Penal Del Circuito de Chiquinquirá, Boyacá. Septiembre 1° de 2011. Caso No. 2010-000112, juez Alma Gertrudis Chamat Lozano
- Tamarit, Josep María. (2017). *La victimización sexual de menores de edad*.
- Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal, Sentencia de marzo 14 de 1984. Magistrado ponente, doctor Raúl Trujillo Cortes.
- Vega, Harold. (2016). *El análisis gramatical del tipo penal*. En *Justicia*, 29, 53-71. <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1233>
- Velasco Abogados, (2018). *El error de tipo y el error de prohibición*, recuperado de <https://www.velascoabogados.com.co/error-de-tipo-error-de-prohibicion>
- Velásquez, Fernando. (2013). *Manual de derecho penal*. Editorial Temmis
- Welzel, Hans. (1980) *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas del Sur.