

EL CONTACTO SEXUAL CONSENTIDO ENTRE MENORES DE EDAD
DELITO O EDUCACION

GLORIA XIMENA LONDOÑO JARAMILLO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL, CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA MILITAR

Junio de 2015

Tabla de Contenido

Resumen 2
Abstract 3
Palabras clave 4
Delito 4
La tipicidad 5
La antijuricidad 6
La culpabilidad 6
La sexualidad 7
Edades del delito 8
Adolescente 8
Sanción 9
Educación como sanción 10
Introducción 12
Delito sexual entre menores de edad 14
El delito sexual consentido entre menores de edad permite la aplicación del Principio de Oportunidad 24
Conclusiones 30
Referencias 33

Resumen

En virtud de los principios de especificidad y diferenciación, el legislador ha establecido el llamado Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, definido como el conjunto de principios, normas y procedimientos con enfoque pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, de la mano con la justicia restaurativa, la verdad y reparación del daño; es pues, un modelo alternativo de implementación cuyo fin es la prevención, el restablecimiento del derecho de los menores, la no repetición de la infracción y la ofensiva a la criminalidad, concretado en una reciprocidad entre derechos y deberes. Así entonces, tratándose de un sistema diferenciado respecto del sistema de penas establecido para los adultos dentro del marco normativo de la Ley 906 de 2004, debe preguntarse si ¿el principio de oportunidad aplicado al bien jurídico tutelado de la integridad sexual, cumple con las expectativas consagradas para este sistema penal en especial para lograr los fines establecidos en el artículo 178 de la ley 1098 de 2006? Así entonces, en este documento intentaremos precisar que dado que el Principio de Oportunidad se consagra en la Ley 1098 de 2006 como un principio rector sujeto a los parámetros de política criminal, causales taxativas y la implementación de un control judicial automático, obligatorio y material, es un mecanismo indicado para hacer efectiva la protección de los bienes jurídicos y garantizar los derechos de las víctimas y de los procesados.

Abstract

Under the principles of specificity and differentiation that the legislature has established to the so-called Criminal Responsibility System for Adolescents –defined as the set of principles, rules and procedures– the legislature has provided a special system with an approach that is pedagogical, specific and differentiated from the adult system, hand in hand with restorative justice, truth and damage reparations, as an alternative deployment model aimed at prevention, restoration of the right of minors, the non-repetition of the offense and the offensive against crime, which results in a reciprocity between rights and duties. Hence, in the case of a system differentiated from the system of penalties established for adults within the regulatory framework of Law 906 of 2004, one must wonder if the opportunity principle applied to the legally protected sexual integrity, meets those expectations consecrated for this criminal system in particular to reach the objectives set out in Article 178 of Law 1098 of 2006. Thus, this paper will try to point out that since the Principle of Opportunity is vested in Law 1098 of 2006 as core principle subjected to the parameters of criminal policy, restricted causes and implementation of an automatic, mandatory and material judicial control, it is an appropriate mechanism for the effective protection of the legal rights and for ensuring the victims and accused rights.

Palabras clave

Delito; la tipicidad; la antijuricidad; la culpabilidad; la sexualidad; edades del delito; adolescente; sanción; educación como sanción.

Delito

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La conducta por acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico es definida en el Código Penal como conducta punible, en los siguientes términos:

Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad. (Ley 555, 2000. Art. 9)

El diccionario jurídico colombiano (Bohórquez y Bohórquez. 2005) lo define como “La más grave de las contravenciones legales por suponer un ataque a los principios básicos que informan cualquier organización de vida en común. (...) para los que se establecen fuertes sanciones llamadas penas.” (p.608). En el mismo aparte expone que desde el punto de vista filosófico “es una violación voluntaria del orden jurídico universal que le hace acreedor a una sanción penal”; agrega Bohórquez que la sociología establece rivalidad con el anterior concepto porque dice que no corresponde a la realidad, argumentando:

No cabe presentar una serie de actos aceptados unánimemente por todos los pueblos y en todos los momentos de su historia como delitos, entiende por estos aquellas acciones que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento dado. ((Bohórquez y Bohórquez, 2005. p.608).

Es una definición que ve al delito como un hecho culpable, contrario a derecho y sancionado con una pena, acomodándose más a nuestro ordenamiento jurídico.

La tipicidad

Afirma Gaviria, C., Magistrado de la Corte Constitucional (Sentencia C-133, 1999) que:

Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. (Gaviria, C., 1999)

El Dr. Reyes A. en su diccionario de derecho penal (citado por Bohórquez y Bohórquez, 2005) anota que la tipicidad es el proceso mediante el cual un comportamiento humano se subsume en un tipo penal determinado. Que es directa cuando el Juez realiza en forma directa e inmediata el proceso de subsunción de una concreta conducta humana dentro de un tipo penal. Y es indirecta la adecuación típica cuando el juez debe realizar el proceso de subsunción de la conducta en el tipo de la parte especial a través de un dispositivo amplificador de la parte general (tentativa o coparticipación), de tal manera que la conducta debe encajar primero en uno de estos dispositivos y luego, por esa vía, en el tipo de la parte especial.

Afirma el Dr. Reyes (Bohórquez) que la tipicidad cumple con tres funciones esenciales, como son la fundamentadora o de concreción cuando se concreta una conducta antijurídica, señalándola con sus elementos, detalles y aspectos singulares, permitiendo diferenciar un tipo de injusto de otro. La función garantizadora, cuando están detalladas todas las conductas prohibidas o ilegales, y la función vínculo lógico entre la parte general y la especial del código penal.

Continúa citando que con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "*nullum crimen, nulla poena, sine lege*, significando que la descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción debe ser clara para que se conozca exactamente la conducta punitiva, y así se evitan tipificaciones subjetivas." Y el código penal al respecto dice que "La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo

penal”. (Ley 599 de 2000. Art. 10). Es así como en ese sentido el Magistrado Barrera A., (2000) indica que:

(...) la determinación de los tipos penales implica el señalamiento de los elementos que estructuran el tipo penal, que indican que es esa y no otra conducta que de manera objetiva da lugar a una sanción penal. Por consiguiente, siempre será de orden restrictivo, en cuanto limita el poder punitivo del Estado. (Barrera A. 2000. Sentencia C-996)

La antijuricidad

Este elemento esencial del delito y principio rector del código penal está constituido por la lesión o puesta en peligro sin justa causa de los bienes jurídicos tutelados, indicando de esta manera que las conductas inocuas no son punibles. Es un juicio de valor que establece la contradicción sustancial entre el fin perseguido por la acción criminal y los demás que garantiza y reconoce el derecho. La antijuricidad es formal cuando hay contrariedad de la conducta con la norma positiva; y es material cuando se revela una efectiva afectación del bien jurídico protegido produciendo así un daño social (Bohórquez y Bohórquez. 2005. p.609). El código penal reza: “para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.” (Ley 599 de 2000. Art. 11).

La culpabilidad

En el sentido amplio o *lato sensu* abarca el dolo y la culpa, y en el sentido restringido o *stricto sensu* solo la culpa, es decir que si es amplio implica una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar daño y resultar imputable al autor; y en sentido restringido el acto tiene como origen la impericia, negligencia o imprudencia eximiéndose el dolo (Bohórquez y Bohórquez. 2005. p.610). El código penal taxativamente indica que sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, quedando erradicada toda forma de responsabilidad objetiva (Ley 599 de 2000. Art. 11)

La sexualidad

El libro segundo, Título IV del Código Penal tutela la libertad, integridad y formación sexuales, que nace al considerar que el hombre (entiéndase ser humano) puede ejercer su sexualidad con plena libertad en cualquier tiempo de su etapa reproductiva, y de manera ideal mediando el consentimiento físico y psíquico de su pareja. Esa libertad sexual, permite elegir el momento y la persona con quien se ejercerá la sexualidad. Esa libertad sexual para que no se convierta en delito implica responsabilidad, medir consecuencias, es decir, que puede abstenerse conscientemente de ejercerla, lo que significa autodeterminación sexual. Al respecto Escobar R. (2005) precisa que:

(...) el maltrato sexual tiene distinta connotación según se trate de conductas entre adultos, o eventos en los que haya participación de menores, en la medida en que, entre adultos, la afectación del bien jurídico se produce, fundamentalmente, por la ausencia de consentimiento, al paso que, tratándose de menores, el ordenamiento se orienta a la proscripción general de toda conducta de índole sexual por incapacidad de consentir. De allí se desprende una diferencia en la configuración de los tipos penales y en la extensión de los mismos, de modo que, para las conductas que tienen lugar entre adultos se tiende a describir de manera más precisa las conductas que, en ausencia de consentimiento, son objeto de reproche penal, mientras que tratándose de menores, el enunciado tiende a ser más comprensivo. (Escobar R. Sentencia 674. 2005)

La integridad sexual involucra la parte física y psíquica, puesto que uno y otro expresan la sexualidad. La salud conlleva a ejercer de manera libre la sexualidad y por ende a no incurrir en la trasgresión de algún tipo penal. La formación sexual contiene elementos biológicos y psíquicos, siendo este último resultado de normas sociales aprendidas y que responden a lo biológicamente normal. Es así que cuando un individuo es víctima de un delito sexual, se atenta contra su normal desarrollo, especialmente si se trata de menores de edad o personas sin la madurez y un adecuado tratamiento que les permita enfrentar situaciones sexuales anómalas que afecten la integridad y la formación sexual.

Edades del delito

El código del menor administra el concepto de menor de edad cuando tutela los derechos de niños, niñas y adolescentes, establece normas sustantivas y procesales para su protección integral, el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política de Colombia y en las leyes legalmente aprobadas por nuestro país, interviniendo en su cumplimiento la familia, la sociedad y el Estado (Ley 1098 de 2006. Art. 2). Este grupo comprende el grupo etareo de mayores o iguales de 14 y 18 años incumplidos.

Cobra importancia para este estudio la diferencia de edad entre menores de 18 años, ya que se debe valorar la situación de un abuso sexual con ocurrencia entre dos personas con edades extremas de este grupo, es decir, un niño de 14 años recién cumplidos víctima de seducción sexual por una adolescente con poco menos de 18 años, en situación de una manifestación espontánea de consentimiento del acto. Los dos menores tienen una diferencia de cuatro años con experiencias de vida muy diferentes y una madures mental no equiparable, que pone en desventaja al más joven.

¿Desde qué edad se considera que el menor de edad infringe la ley penal?, “Cuando una persona menor de 14 años incurra en la comisión de un delito solo se aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento (...)” (Ley 1098 de 2006. Art. 143); quiere decir que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes regirá para personas mayores de 14 y menores de 18 años, bajo la Ley 1098 de 2006, si no son contrarias al interés superior del adolescente.

Adolescente

La Organización Mundial de la Salud (2015) considera que la adolescencia es una etapa comprendida entre los 10 a 19 años. La OPS (2003) clasifica las edades de los adolescentes según el desarrollo psicosocial que presentan y hace la salvedad que varía según las culturas, estilos de vida, rural o urbano y raza, así: pre-adolescencia: antes de los 10 años de edad;

adolescencia temprana: entre los 10 y 13 años de edad; adolescencia intermedia: entre los 14 y 17 años de edad; y adolescencia tardía: entre los 17 y 21 años de edad. (OPS, 2003, p.61). Así mismo, la OPS define que:

(...) la adolescencia es la etapa de la segunda década de la vida humana que se caracteriza por rápidos y múltiples cambios en los aspectos físico, psicológico, social y espiritual. Durante este período las personas completan el crecimiento y desarrollo físico, alcanzando la capacidad de reproducción, adquieren el pensamiento abstracto y la autonomía emocional de las figuras paternas, desarrollando una nueva identidad; modifican las relaciones sociales y alcanzan la capacidad de intimar sexualmente; (OPS, 2010, p.5)

Sanción

La Real Academia Española la define como la pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores (<http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=sanci%C3%B3n>). El Código Civil (Ley 57 de 1887. 2013) en su artículo 6 dice, “La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.”, entonces puede definirse como una reacción que tiene el orden jurídico establecido frente a la trasgresión de este con su conducta. Y anota la Corte Constitucional que:

Corresponde siempre a una medida adoptada por la autoridad e impuesta al responsable de la ofensa a título de correctivo, expiación o encarcelamiento y sin dificultad se comprende que, por ser lo contrario del premio o estímulo, causa en el sancionado desazón, congoja, trabajos y, en algunos casos, según la gravedad de la sanción, y el rigor del ordenamiento jurídico correspondiente, dolor, sufrimiento, aflicción, restricción en el ejercicio de libertades y derechos. (Escobar. R. 2002).

Según el código penal las consecuencias jurídicas de la conducta punible se dividen en principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial. Y como

pena sustitutiva se encuentra la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa. (Ley 599 de 2000)

Para el caso de los niños niñas y adolescentes, el código de infancia en el artículo 177 y siguientes, contempla las sanciones aplicables a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal, tales como la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semi-cerrado y la privación de libertad en centro de atención especializado. Y se cumplirán en programas de atención especializados del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, como por ejemplo asegurando que el adolescente esté vinculado al sistema educativo; y es función del Defensor de Familia controlar el cumplimiento de esta obligación y verificar la garantía de sus derechos. Por su parte, el juez que dictó la medida es el competente para controlar su ejecución. La finalidad de las sanciones está orientada a la protección, educación y restauración de derechos, con el apoyo de la familia y de especialistas. (Ley 1098 de 2006).

Educación como sanción

En ciertos casos la educación no solo brinda conocimiento sino esperanza para quien cumple una pena; es así como el Código penitenciario y carcelario refirió que el propósito del tratamiento penitenciario se centra en el logro de la resocialización del individuo; sobre este derecho también se ha pronunciado la Corte Constitucional en diferentes oportunidades tutelando a quien lo reclama, y lo cita el Código penitenciario en su articulado, así:

(...) tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario. (Ley 65 de 1993. Art. 10).

Pretelt. J.I. (2011) en Sentencia de la Corte Constitucional T-286 indica que “La actividad de estudio puede ser realizada por el interno sindicado o condenado, y será el juez competente el que determinará si dicha labor cumple con los requisitos exigidos para efecto de conceder la

reducción de la pena.”. El legislador ha establecido que a quienes estudien o trabajen se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio o de trabajo, debiendo computarse como un día de dedicación a estas actividades durante 8 horas, así sea en días diferentes.

Introducción

El código de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006), refiere que las sanciones dentro de este sistema de responsabilidad penal “(...) tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas. El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas.” (Art. 178); este es el punto de partida para el análisis de la aplicabilidad del principio de oportunidad según los fines propuestos en la ley. Los cuales están consagrados en el artículo 178 de la misma normatividad en la que se entrevé que las sanciones aplicadas a los adolescentes tienen como finalidad garantizar a los niños, niñas y adolescentes un desarrollo pleno y armonioso para que crezcan en el seno de la familia y la comunidad, estableciendo normas para su protección integral e indicando que la garantía y protección de ellos será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

El legislador ha previsto dentro de las normas procesales, como instrumento garante de derechos, el Principio de Oportunidad. La aplicación de este principio permite hacer reparación de daños y lograr conciliaciones, con connotaciones sociales más importantes que las que puede ofrecer la imposición de una sanción, y hacer que el menor de edad se resocialice adecuadamente con la ayuda y el seguimiento de entes especializados y la participación y el apoyo de su propia familia, más aún cuando se trata de la infracción la bien jurídico tutelable de la libertad, integridad y formación sexual concretado en relaciones sexuales voluntarias entre menores de edad.

Entonces, ¿Puede el principio de oportunidad cumplir con la función resocializadora cuando se incurre en un delito sexual consentido entre menores de edad? En otras palabras, se cuestiona si ante las relaciones sexuales consentidas entre menores de edad puede configurarse un delito, y en caso de ser afirmativo este cuestionamiento, establecer si es procedente sancionar o por el contrario dar aplicación al principio de oportunidad como principio rector de la jurisdicción de infancia y adolescencia. La práctica profesional de un Fiscal de Infancia y Adolescencia indica que la aplicación del principio de oportunidad en estos casos, obra mejor en la vida de los menores, en la familia y la sociedad que la imposición de sanciones.

Debe entenderse que la actividad sexual entre adolescentes de 14 y 18 años es una actividad cada vez menos regulada desde la educación familiar y trae consigo embarazos no deseados, abortos y la interrupción de un proyecto de vida dado el compromiso que genera la concepción y crianza de un hijo para la familia y la sociedad. La responsabilidad recae en el núcleo familiar, las instituciones educativas y del Estado, por ser estos los encargados de impartir valores y compromiso en la conformación de una familia; de igual forma influye la publicidad engañosa y mal intencionado que aborda el pensamiento de los menores sin ningún control por parte de un adulto responsable en estos aspectos tan sensibles como la sexualidad y la responsabilidad frente a ésta.

La protección de los menores de edad se tutela en el marco del Derecho Penal, logrando adecuados resultados si va acompañada de una apropiada educación sexual, en procura de la prevención de embarazos no deseados, abortos, infecciones de tipo sexual e interrupción del normal desarrollo de su proyecto de vida que idealmente es el educativo. Al respecto, en el año 2012 se presentó en la República del Perú un proyecto de ley que propuso despenalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes de 14 a 18 años. Posteriormente fue aprobada por la Comisión de Justicia del Congreso de ese país, y el 7 de enero de 2013 el Tribunal Constitucional aprueba el proyecto mediante Sentencia N° 00008/2012 PI/TC, declarando así la inconstitucionalidad del inciso 3, artículo 173 del Código Penal de ese país, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704, que penalizaba las relaciones sexuales consentidas entre y con adolescentes de 14 a 18 años de edad; este artículo fue publicado en Diario La República del Perú (Diario la República del Perú. 2013) en los siguientes términos:

“En dicho inciso la ley no distinguía si la relación sexual con o entre menores se producía con consentimiento o si se cometía violencia o agresión sexual. Por esta razón, el sujeto que tenía relaciones sexuales consentidas con una menor podía recibir una pena de hasta 30 años de cárcel”. (Diario la República del Perú. 2013)

La importancia de la Sentencia para los adolescentes de Perú estriba en que quita la “barrera para que esta población pueda acceder a tratamientos destinados a evitar el embarazo adolescente y prevenir infecciones de transmisión sexual” (UNFPA, 2013). Como se ve, son circunstancias

muy particulares de cada ordenamiento jurídico y social de un país, pero que trazan una conducta legislativa que favorece a los menores de edad.

El fundamento del tema es analizar si puede el principio de oportunidad cumplir con una función resocializadora cuando se incurre en un delito sexual consentido entre menores de edad; para ello se tendrá en cuenta el cumplimiento de los fines propuestos en la Ley 1098 de 2006, así mismo se identificarán los fines propuestos en el artículo 178 del mismo código de la Infancia y la Adolescencia; y por último, se determinará si dicha conducta punible entre menores de edad permite la aplicación del principio de oportunidad.

Contacto sexual entre menores de edad: ¿sanción o educación?

El bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual es de gran importancia en nuestro Estado Social de derecho, todavía más cuando se trata de víctimas menores de edad, motivo por el cual siempre es de preminencia llegar al esclarecimiento de los hechos y la identificación de sus actores.

Cuando se habla de contacto sexual consentido entre menores de edad, se debe pensar en primer lugar si para el caso en concreto, se encuentra establecida la conducta ilícita contemplada en la Ley 599 de 2000 - Libro Segundo, Título IV - Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, Capítulo Segundo - De los actos sexuales abusivos, bajo la denominación jurídica de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y si como consecuencia de este actuar se incurre en esta conducta de acuerdo a lo contemplado en el Código Penal (Ley 599. 2000) “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años...” (Art. 208).

En tal sentido se ha de señalar que la antijuricidad del delito en examen surge de la constatación conforme a la cual, la conducta típica no está permitida por ningún precepto legal, estableciéndose la doble connotación de formal, derivada de la contrariedad a la ley y material, en cuanto tiene que ver con un resultado concreto socialmente dañoso y afectante de los bienes jurídicos protegidos.

El juicio de reproche del injusto deviene de la ejecución de una conducta que está valorada en el Estatuto Penal, frente al cual tuvo el sujeto activo la libertad suficiente para optar por no vulnerar el bien jurídico protegido, a través de una acción objeto de sanción; sin embargo en este tipo de comportamientos los jóvenes adolescentes despliegan su autodeterminación orientándola al delito sin importar la consecuencias que de ello se derivan, tanto para ellos como para su familia.

Esa autodeterminación es la que hace que determinen como una persona capaz de comprender la naturaleza típica y antijurídica de su actuar como individuo entre los 14 a 18 años de edad incompletos, lo que los hace indefectiblemente responsables de asumir las consecuencias jurídicas de su comportamiento, acreditándose así la imputabilidad del agresor de la ley penal conforme a los artículos 139 y 169 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con el artículo 33 del Estatuto Penal.

Por cuanto la respuesta del Estado a una conducta que infrinja la ley penal donde los sujetos activo y pasivo son menores de edad, no solamente debe basarse en el factor objetivo que se traduce en la lesividad del punible, sino también en el factor subjetivo que refiere a los rasgos personales, la condición en que se encuentra y su situación dentro del núcleo familiar y social para que este sea proporcional, atendiendo el contenido del artículo 179 de la ley 1098 de 2006 junto con el desarrollo de la regla 5 de Beijing, registrada en Naciones Unidas (1985) conforme a la cual “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.” (ONU, 1985).

Ahora bien, de acuerdo a la modificación realizada por el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011 (publicada en el Diario Oficial 48110, junio 24 de 2011) al contenido del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, y en aras de garantizar la finalidad pedagógica del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y la efectividad de los objetivos de la justicia restaurativa, se indica que la aplicación de la privación de la libertad será para: “(...) los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual (...)” (Ley 1098, 2006)

Ello, dado el grave menoscabo y las profundas secuelas infringidas al sujeto pasivo, que puede generar este tipo de comportamiento ilícito, haciéndose necesario este correctivo, toda vez que el sujeto activo del delito, en su calidad de menor de edad, necesita formarse como persona de bien al servicio de la comunidad, e interactuar con la familia, la sociedad y en especial ejercitarse en el obedecimiento de reglas de conducta necesarias para una sana y pacífica convivencia social.

Así las cosas, la privación de la libertad para esta clase de delitos, así sea entre menores de edad, se considera proporcional, razonable y necesaria para lograr la plena formación del joven, su normal integración a la familia y a la comunidad, como mecanismo que pretende reencausar al sancionado en un proyecto vital que esté acorde con los mejores lineamientos sociales incluyentes; además que comprenda la gravedad de los hechos, aprenda a desenvolverse en un ambiente armónico de donde la ocupación de sus ratos libres le lleve a modificar la estructura cognitiva y por ende cambie o mute las conductas que lo llevaron a infringir la Ley. En ello necesita que el Estado y la familia, le brinden una apropiada protección con respecto a sus necesidades, en aplicación del principio de corresponsabilidad consagrado en la Carta Política y desarrollado en la Ley de Infancia y Adolescencia y demás normas concordantes.

Socha J. E. (2010) en sentencia de fecha 7 de julio de 2010, radicado 33510, señaló como fines de la sanción proteger al menor aislándolo de un entorno negativo y a su vez a la sociedad de la repetición de éste tipo de conductas, la índole pedagógica se encamina a que exista discernimiento de la lesividad del actuar desplegado, adopte principios e interiorice el respeto por los derechos y libertades, por ello señala de manera clara que lo pretendido finalmente se encamina a:

(...) la consolidación de sentimientos de propiedad y de relevancia social de los propios actos, proceso en el que debe garantizarse el libre desarrollo de la personalidad del menor, de manera tal que la imposición y ejecución de estas medidas le permitan experimentar dentro de un marco de legalidad la importancia y beneficios de la convivencia armónica, el civismo, la tolerancia, el respeto de sí mismo y de los derechos de sus semejantes (...). (Socha J. E. 2010).

Y continúa diciendo:

En el caso de los menores de edad autores o partícipes de un comportamiento definido como delito, la misma ley, en estricto acatamiento de estándares internacionales, ordena dispensarles un trato especial y diferenciado en relación con el que corresponde a los adultos que infringen el ordenamiento penal sustantivo.

Por otra parte, resulta conducente resaltar lo ya precisado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referenciada, en cuanto que en caso de aceptación de cargos por el adolescente infractor, si bien termina de forma abreviada el proceso, entendida la naturaleza y fin de lo perseguido en el Código de Infancia y Adolescencia, no le es aplicable el beneficio de rebaja, por cuanto la carga punitiva no tiene la calidad de pena como acontece para la Ley Penal o Procedimental Penal, afirmando sobre tal aspecto que ello: “(...) va en contra del interés superior del menor, pues al ser a priori, haría nulos e ineficaces los fines protectores y educativos inherentes a tales medidas (...)” (Zapata J. 2011)

Por lo anterior y atendiendo a tales lineamientos, en esta jurisdicción no es aplicable la diminuyente consagrada en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal:

“(...) También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. (Ley 906. 2004)”

Lo anterior en concordancia con los numerales tercero, séptimo y octavo del artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia, que expresamente prohíbe la aplicación de cualquier tipo de beneficios para conductas desplegadas dentro del marco normado por el código penal en cuanto a la agresión al bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual:

“3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8vo de la ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

“7. No procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva”.

En lo que refiere a la exposición de los hechos por parte de la víctima y la relevancia que su versión tiene en este tipo de punibles y el análisis al cual debe ser sometida, la Corte ha manifestado que este tipo de declaración cobra especial importancia en razón al entorno en el cual se perpetra este tipo de reatos, el cual generalmente se hacen en un ámbito que facilite su comisión, lejos del alcance de cualquier individuo distinto al victimario y la víctima, al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de marzo de 2010 expediente 32868 citó entre otros aspectos los siguientes:

“La credibilidad de los testimonios de las víctimas ha sido un tema de constante debate en la jurisprudencia que se ha ocupado de los delitos sexuales. Jueces/zas y magistrados/as, se han encargado de resaltar la credibilidad que se debe atribuir al testimonio de la víctima en este tipo de procesos, por ser estos delitos cometidos en la mayoría de casos en la intimidad, sin testigos, sin más partícipes que el agresor y la víctima. Es por esto que, especialmente en los casos donde las víctimas son menores de edad, la jurisprudencia ha reiterado que el dicho de la víctima cuenta con especial credibilidad y confiabilidad”. (Espinosa S. 2011)

Esta garantía implica la obligación en la judicatura por un lado, de estudiar y valorar en conjunto lo narrado en juicio oral así como lo planteado en anteriores sedes - como en las entrevistas previas- y por otro implica que este no pueda ser desestimado solo bajo el argumento de presentar inexactitudes, pues se ha señalado reiteradamente que lo fundamental es que se mantenga una línea lógica en los aspectos relevantes. En especial sobre el testimonio de menores de edad, incluidos los de niños y niñas, la Corte ha sostenido que no son de recibo las alegaciones que buscan restarle mérito a su dicho por el simple hecho de su edad prematura; y que su capacidad imaginativa y fantasiosa no son suficientes

para construir reglas de la experiencia que conlleven a afirmar que siempre que declaran lo hacen mintiendo. Así mismo, la jurisprudencia recuerda el interés superior que protege a los menores de edad, lo cual hace que la valoración de sus testimonios esté sujeta a un especial cuidado. (Espinosa S. 2011)

Así mismo, cuando se trata, la víctima de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia. (Espinosa S. 2011)

Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera”. (Espinosa S. 2011)

Sentencia que está plenamente relacionada con el contenido del fallo de la Corte Constitucional C 1095 de 2003 (Monroy M. G. 2003), sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 208 y 209 del Código Penal en el que ya se daban luces sobre el tratamiento jurisprudencial que nuestros máximos tribunales darían a la presunción de inmadurez psicológica para menores de 14 años que fueran agredidos en su espectro sexual, la presunción que a criterio de la corte es absoluta y no admite, por tanto, prueba en contrario. La jurisprudencia ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual.

Pese a lo indicado en párrafos anteriores, frente a la versión de las víctimas y su importancia dentro de este tipo de investigaciones penales, habrá que resaltar el tratamiento diferenciado que debe darse a los menores agresores de la ley penal, quienes en este tipo de delito sexual consentido, si no existiera otro camino diferente que aplicar la ley en estricto sentido, tendrían a favor el contenido de la regla 17 de la Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores especialmente en el literal b que la restricción a la libertad debe ser de carácter excepcional y luego de un riguroso análisis que lo amerite y en todo caso “se reducirán al mínimo posible.” (ONU, 1985). Ello igualmente en concordancia con la regla 19 que enseña

igualmente el confinamiento intramural como última ratio y el recurso extremo al cual debe acudir el fallador al momento de clausurar la instancia y decidir lo atinente a la mejor opción del enjuiciado. La misma se efectúa atendiendo a los lineamientos del numeral 4° del artículo 177 del Código de la Infancia y Adolescencia y se cumple con vinculación a los programas que para tal fin tenga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para su cumplimiento (Ley 1098, 2006).

Araujo J. 2003, en demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 294 de la ley 599 de 2000 por medio de la cual se expidió el código penal, profiere sentencia C – 356 del 6 de mayo de 2003, y sobre el principio de intervención mínima señaló:

“(…) en virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte de ser el último de los recursos (ultima ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen”. (Araujo J. 2003)

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 7 de julio de 2010 radicado 33510, señaló como fines de la sanción proteger al infractor aislándolo de un entorno negativo y a su vez a la sociedad de la repetición de éste tipo de conductas, la índole pedagógica se encamina a que exista discernimiento de la lesividad del actuar desplegado, adopte principios e interiorice el respeto por los derechos y libertades, por ello señala de manera clara que lo pretendido finalmente se encamina a:

“(…) la consolidación de sentimientos de propiedad y de relevancia social de los propios actos, proceso en el que debe garantizarse el libre desarrollo de la personalidad del menor, de manera tal que la imposición y ejecución de estas medidas le permitan experimentar dentro de un marco de legalidad la importancia y beneficios de la convivencia armónica, el civismo, la tolerancia, el respeto de sí mismo y de los derechos de sus semejantes (…)” (Socha J. E. 2010)

La ley 1098 del 2006 prescribe en su artículo 140 que en materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de “carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral, el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa la verdad y la reparación del daño.” (Ley 1098. 2006). Así mismo dispone el artículo 152 del Código de la Infancia y la Adolescencia que “(...) el adolescente declarado responsable por la autoridad judicial de la comisión de un delito sólo podrá ser sancionado con la imposición de las medidas definidas en la ley”. (Ley 1098. 2006)

Por su parte el artículo 161 del Código de infancia consagra la excepcionalidad de la privación de la libertad y le asigna una carácter netamente pedagógico, bajo los parámetros del artículo 178 que establece como fin específico de las sanciones en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes proteger, educar y restaurar la problemática que puede estar viviendo el joven dentro de su esfera, personal, social o familiar, sanciones que deberán aplicarse con el apoyo de la familia y de especialistas, norma que también dispone que el Juez podrá modificar las medidas impuestas en función de las circunstancias individuales del adolescente y su necesidades especiales.

Ahora bien, conforme con el contenido del artículo 187 del Código de la Infancia y la adolescencia, cuando se trate de delitos que afecten el bien jurídico de la libertad e integridad personal la sanción a imponer será la de privación de la libertad, como quiera que el delito por el que se procede tiene una pena mínima superior a los 6 años de prisión y el adolescente implicado como sujeto activo este entre los 14 y 18 años incumplidos para el momento de ocurrencia de los hechos; no obstante lo anterior, el párrafo sexto de la citada norma prevé la posibilidad de que parte de la sanción privativa de la libertad pueda ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098. 2006), norma respecto a la cual la Corte Suprema de Justicia, en decisión de 22 de mayo del 2013, señaló que:

“Aunque un examen literal de las disposiciones de la ley 1098 de 2006, conduce a deducir la sanción de privación de la libertad debe estar en ejecución para que se active la posibilidad de reemplazarla, la sensatez aconseja que la orden de sustituirla pueda

adoptarse en la sentencia, cuando el adolescente haya sido sometido a internamiento preventivo en centro especial o en su domicilio y los resultados asociados a ese tiempo en reclusión, más los demás elementos de juicio relacionados con sus circunstancias personales y necesidades especiales que obren en la actuación, deriven en un diagnóstico favorable de sustitución de la sanción privativa de la libertad (...)" (Zapata. J. 2013, p16)

Por lo anterior, y como quiera que puede existir durante el proceso de investigación penal avances significativos para el adolescente que permita establecer una adaptación en forma adecuada en cada uno de los espacios pedagógicos y terapéuticos a los que tuvo que ser sometido, dentro de este trato diferencial de justicia resocializativa, mostrando resultados en su autonomía, responsabilidad y grado de cumplimiento de la norma; el fiscal investigador y conocedor del caso puede y atendiendo a que la privación de la libertad solo se impondrá como último recurso y siempre y cuando no exista otra medida adecuada e idónea, solicitar al juez de garantías como juez constitucional, avale la sustitución de dicha sanción por una no privativa de la libertad de las contempladas en el art. 177 del Código de infancia y adolescencia, como son la amonestación, imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semicerrado y la privación de la libertad en centro de atención especializado. (Ley 1098. 2006, Art. 177)

En consecuencia, se deberá analizar la sanción no privativa de la libertad más adecuada para el caso, teniendo en cuenta los criterios enunciados por el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006: tales como la naturaleza y gravedad de los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción, las circunstancias y necesidades del adolescente y de la sociedad, la edad, del adolescente y el incumplimiento de los compromisos y sanciones impuestas previamente. (Ley 1098. 2006, Art. 179)

En primer lugar, no cabe duda respecto a la gravedad de la conducta realizada por el adolescente implicado como sujeto activo de la conducta, no obstante dicha gravedad no es el único aspecto a considerar para la determinación de la sanción a imponer, sino que además habrá que tomar en consideración otros aspectos como las necesidades del adolescente y la sociedad.

Así entonces y teniendo en cuenta que el joven necesita continuar formándose como persona de bien al servicio de la comunidad, interactuar con la familia, la sociedad y en especial,

interiorizar los valores y conductas de respeto a los derechos y bienes jurídicamente tutelados de los demás miembros de su comunidad, con el fin de que no se vuelva a repetir este tipo de comportamientos tan reprochables y garantizar así la finalidad pedagógica del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y la efectividad de los objetivos de la justicia restaurativa, es cuando entra en juego la revisión minuciosa por parte del titular de la acción penal en el sentido de considerar si es necesario llevar hasta sanción un delito sexual bajo las condiciones expuestas en párrafos anterior, o por el contrario es mejor para el interés superior del agresor y su víctima la aplicación del principio de oportunidad en cualquiera de las tres modalidades contempladas en la ley.

Lo anterior, atendiendo igualmente a lo dispuesto en la quinta de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing conforme las cuales “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.” (ONU. 1985), la decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

- a) la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;
- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.
- c) Sólo se impondrá la privación de la libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por una acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada (...)” (ONU. 1985)

Teniendo en cuenta lo anterior y que el art. 161 del Código de Infancia y Adolescencia consagra la excepcionalidad de la privación de la libertad y le asigna una carácter netamente pedagógico y que el artículo 178, como se indicó, establece que las sanciones en el sistema de responsabilidad penal, tiene una finalidad protectora educativa y restaurativa y deberán aplicarse con el apoyo de la familia y de especialistas; norma que también dispone que el Juez podrá

modificar las medidas impuestas en función de las circunstancias individuales del adolescente y su necesidades especiales, se advierte que de acuerdo al supuesto fáctico estudiado en este artículo, en el sentido que se trató de una relación sexual consentida, pese de haberse producido con una menor de 14 años o menos, el trato diferencial que existe en esta jurisdicción, da como punto de partida para estos casos, que antes de pensar en una judicialización bajo los parámetros anteriormente mencionados, se de plena aplicación al contenido del artículo 174 de la ley 1098 de 2006, que cita:

“Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima”. (Ley 1098. 2006)

**El delito sexual consentido entre menores de edad
permite la aplicación
del Principio de Oportunidad**

Para dar trámite a la solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad, a más de tener en cuenta el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que señala:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento (...). No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. (...). (Constitución Política de Colombia. 2005)

Y el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal que indican que las oportunidades de aplicación del principio de oportunidad son “(...) Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.(...)”(Ley 906. 2004), de manera especial se da estricta aplicación al artículo 174 del Código de Infancia y Adolescencia, el cual señala:

“Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio la aplicación preferente del Principio de Oportunidad. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan (...)”. (Ley 1098. 2006)

Sobre las causales de aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos de responsabilidad penal para adolescentes, se deben tener en cuenta no solamente las normas citadas, sino que deben interpretarse de conformidad con la jurisprudencia constitucional y con las normas consignadas en la Carta Magna, tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre Derechos del Niño, por medio del cual los estados protegen los derechos del niño a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad. La Convención sobre Derechos del Niño reconoce a los niños como sujetos de derecho, pero convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing proporcionan orientación a los Estados para que protejan los derechos de los niños y respeten sus necesidades cuando establezcan sistemas separados y especializados de justicia de menores.

A continuación se destacan los primeros instrumentos legales internacionales que detallaron de manera comprehensiva las normas para la administración de justicia de menores con un enfoque centrado en el derecho de los niños y su desarrollo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las sanciones no privativas de la libertad, y las Directrices de las Naciones

Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil o Directrices de Riad, que hacen hace principal énfasis en la prevención de la delincuencia juvenil, así como los criterios establecidos en la Opinión Consultiva 017 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se destaca:

“Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto (...)” y continúa diciendo “Por lo tanto es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento” (CIDH. 2011), atendiendo siempre el principio reiterado en los anteriores instrumentos y en nuestra propia legislación, denominado Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente como principio rector.

La Corte Constitucional (Monroy M. G. Sentencia C-738, 2008) estableció que las disposiciones en materia penal relativas a la aplicación del Principio de Oportunidad y a la concesión de beneficios penales a adolescentes deben interpretarse de conformidad con los fines y objetivos trazados por la Ley 1098 de 2006, es decir, ha de tenerse en cuenta “la protección de los derechos de los niños y adolescentes, la garantía de su pleno desarrollo y la preservación de las circunstancias propicias para su crecimiento” (Monroy. 2008). Como se extrae del código penal, resulta claro que la aplicación del Principio de Oportunidad en los procesos de responsabilidad penal para adolescentes, tiene una finalidad pedagógica, restauradora y formativa, para que el adolescente tome conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y en todo caso evitar las consecuencias perjudiciales de la intervención del sistema penal.

Por tal razón se erige el Principio de Oportunidad como principio rector del procedimiento penal para adolescentes, pues siempre es preferible acudir a una medida pedagógica que a la intervención del sistema penal en la vida de los adolescentes, de las cuales, hay que decir, son ciudadanos inacabados que se encuentran en fase formativa, en tal sentido las Reglas de Beijing destacan que la judicialización de los menores debe ser la última alternativa, debiéndose agotar los instrumentos y herramientas dispuestas legalmente para evitar dicha consecuencia.

De otra parte, existen sentencias proferidos por los Jueces Penales con Función de Conocimiento de Bogotá en los que en casos de delito sexual entre menores de edad consentido, Sentencia de Segunda Instancia, radicación No. 110016000709200801473 – 01, NI. 11674, calendada el 11 de octubre de 2010, legaliza la aplicación de un principio de oportunidad al advertir que la intervención estatal a través del aparato judicial resulta poco adecuada y exagerada para estos casos en concreto. En igual sentido, existe una imposibilidad de formular un reproche penal al adolescente infractor, debido a la explosión hormonal y desarrollo sexual precoz de los adolescentes, que los indujo a sostener relaciones sexuales prematuras, sumado a la inmadurez de la víctima y el victimario; siendo precisamente el reconocimiento de este prematuro despertar sexual en los adolescentes, el que hizo que la Honorable Corte Constitucional ordenara como obligatoria la cátedra de orientación sexual en los colegios.

En el marco de la investigación penal del delito sexual, como se indicó, la entrevista psicológica inicial es pieza fundamental para considerar si existe o no consideración judicial para dar curso a una formulación de imputación y dejar de lado la aplicación preferente del principio de oportunidad, dado que si en ella la menor afectada manifiesta que tuvo relaciones sexuales con el agresor, quien nunca la obligó, ni se sintió obligada a hacerlo, estamos frente a la posibilidad de solicitar ese principio favorecedor de las partes, que se funda al considerar que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es específico y diferenciado del sistema penal para adultos, cuya finalidad es pedagógica artículo 140 del Código de Infancia y Adolescencia, para lo cual debe tenerse en cuenta que las condiciones de un niño o adolescente en las que participa en una conducta de tipo penal son diferentes a la de los adultos, máxime si se trata de relaciones sexuales prematuras, auspiciadas por despertar sexual y hormonal que hoy se da en los adolescentes a temprana edad, lo que genera una secundariedad de la responsabilidad, sin que resulte necesaria una respuesta penal de Estado, teniendo en cuenta que la conducta realizada no amerita reproche social.

Tanto así que realizando una interpretación amplia del Código Civil se puede entender que estas relaciones consentidas estarían avaladas en la figura jurídica del matrimonio o uniones maritales de hecho para los menores de edad entre los 12 y 13 años. Lo anterior en consonancia con los argumentos de la Sentencia del Juzgado Primero de Adolescentes de Bogotá, en el

sentido de expresar que el único fin de esta clase de procedimientos es la reparación a la víctima y la educación del adolescente con intervención de I.C.B.F., para que reciba una información pedagógica y para lo cual se puede tomar otras medidas tendientes a educar tanto a la víctima como al victimario, sin que sea necesario otra respuesta del Estado, por lo que considera que se dan los presupuestos de la causal contemplada en el numeral 12 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, para la aplicación del Principio de oportunidad.

Aunque un delito de índole sexual por el cual se investigue a un adolescente infractor, es grave, resulta procedente de acuerdo a lo anteriormente expuesto que un Juez considere dar aplicación al Principio de Oportunidad en la modalidad de renuncia y en aplicación de la causal 12 de artículo 324 de CPP que dice “Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social” (Ley 906. 2004). En este sentido el Juez podría estimar el agotar diversas alternativas o vías para verificar el cumplimiento de las normas básicas de convivencia sin tener que someter a un infractor a las consecuencias de un proceso penal; es aquí cuando se sopesa por parte del juez, si los adolescentes de manera expresa asumen las consecuencias de la conducta inadecuada y si voluntariamente quieren continuar con sus estudios, que es la razón obligatoria que permite garantizar el restablecimiento de los derechos de los menores.

No sobra decir que la familia es parte primordial para el cumplimiento de todos estos presupuestos, en su deber de educar, pero también debe existir de parte del infractor la manifestación del compromiso de no volver a realizar ningún tipo de conducta delictiva, previa reflexión sobre las consecuencias de su actuar asumiendo el deber de continuar en un proceso adecuado de educación sexual, proceso que debe ser guiado por profesionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de sus programas especializados, y del Defensor de Familia que acompaña al equipo interdisciplinario.

El otro punto judicial que corresponde a la Fiscalía, es la evaluación de su caso en particular, el grado de culpabilidad y el daño causado o la amenaza a los derechos constitucionales fundamentales, los intereses jurídicos protegidos, la ocurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, las personales de los investigados y su historia delictual, los derechos e intereses de

las víctimas, el grado de afectación y la relación que tuvieran con el imputado o acusado; de esta manera el Fiscal podrá estimar pertinente dar aplicación o no al principio de oportunidad a favor de un adolescente. Lo anterior, sin desconocer que la conducta punible y su modalidad debe ser reprochada social y legalmente, pero también lo es, que cuando se dan los presupuestos para que el Estado dé especial atención al interés superior de los adolescentes, permita el desarrollo familiar dentro de su núcleo y además propenda por la formación integral dentro de la sociedad, para lo cual, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, deberá actuar de conformidad con las normas constitucionales de colaboración armónica, para restablecer los derechos de los adolescentes presuntamente implicados en una conducta penal de connotación sexual abusiva.

De esta manera puede darse aplicación especial al artículo 324, numeral 12 del Código de Procedimiento Penal, que indica que el Principio de Oportunidad se aplicará “Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social” (Ley 904. 2004). Por disposición del artículo 174 de la Ley 1098 de 2006, se dispone como principio rector la aplicación preferente del Principio de Oportunidad, requiriéndose el consentimiento de ambas partes, por lo que es deber de la Fiscalía solicitar que se pronuncien en ese sentido. Cumplido todo lo anterior, se puede afirmar que el Estado pierde todo interés en la persecución y sanción de los hechos, puesto que a la víctima no le asiste ánimo para ello; además, al realizar una ponderación de derechos constitucionales se encuentra exagerado que el Estado persiga penalmente la responsabilidad de los adolescentes en el tema de estudio. Bernal J. y Montealegre E. (2012) comentan que la doctrina ha destacado que el ejercicio del Principio de Oportunidad está sujeto a que se establezca la verdad de lo ocurrido y se disponga de mecanismos para hacer justicia y garantizar la reparación.

Conclusiones

Finalmente, ¿Cuál es la función social del principio de oportunidad en el contacto sexual consentido entre menores de edad? Deberá decirse entonces que la aplicación del principio de oportunidad a favor de menores de edad, que inician su despertar sexual de manera prematura desde una lectura sociológica muestra una ausencia en la educación y formación sexual de los adolescentes involucrados, a quienes la familia en compañía del Estado representado en las entidades estatales determinadas para tal fin, deberán proporcionar de manera eficaz las herramientas necesarias que le permitan orientarse adecuadamente en su vida sexual, ya que si bien es cierto la infracción a la norma penal dentro del cual los sujetos tanto activo como pasivos se encuentran enfrentados es un hecho grave a la luz de la normatividad penal, lo es también, que las consecuencias de su actuar, no siempre deberán suplirse con un reproche penal hacia la persona con quien decidió de manera libre y voluntaria sostener una relación sentimental, la que no encontró otras formas o manifestaciones de cariño que el contacto sexual consentido.

El cual en muchas oportunidades muy pocas veces exitosas, terminan en la conformación de una unión de las contempladas en el art 42 de la constitución política de Colombia, es decir por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformar una familia, responder económica y emocionalmente por ella y sus descendientes, durante el tiempo que esta unión lo permita. Sumando al hecho que es la misma ley Civil Colombiana la que permite la figura del matrimonio entre los 12 y 13 años.

Resulta procedente de acuerdo a lo expuesto anteriormente la aplicación al principio de oportunidad en cualquiera de las tres modalidades contempladas en la ley, cuando se vea comprometida la responsabilidad penal de un joven adolescente en la infracción del artículo 208 del Código penal, en el entendido que se trató de un hecho consentido entre menores de edad, ya que antes de judicializar al precitado ciudadano en proceso de formación, pueden agotarse

vías diversas para verificar el cumplimiento de las normas básicas de convivencia sin tener que someterlos a las consecuencias desafortunadas de un proceso penal, frente al cual efectivamente se realizó un acceso carnal, también lo es que la ley civil permite el vínculo natural para conformar una familia entre los 12 y 14 años de edad y por ende las relaciones sexuales consentidas dentro del ámbito familiar.

Que en el caso que se estudia se infiere inician dentro de un noviazgo y continúan muchas veces con resultado muy poco favorable, dentro de una unión marital de hecho o matrimonio, por tanto es claro que el juicio de reproche de culpabilidad resulta de tan secundaria consideración que hace de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social, tal y como lo contempla el numeral 12 del artículo 324 de la ley 906 de 2004, causal que además se relaciona con el postulado de mínima intervención, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos en que los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como exclusiva la intervención del derecho penal.

Así entonces se estima pertinente dar aplicación al principio de oportunidad a favor de un agresor de la ley penal bajo los criterios esbozados en este documento, pues no hay que dejar de lado que la conducta punible y su modalidad podrían ser reprochadas social y legalmente, pero también lo es que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger a los menores de edad sin distinción alguno, para garantizar su desarrollo armónico e integral, dentro del marco de una justicia restaurativa que propenda por el interés superior del niño, niña y adolescente y sus derechos; derechos que la misma Constitución política ha indicado prevalecen sobre los de los demás.

Por lo anterior, el Estado representado en este tipo de conductas por la Fiscalía general de la Nación y sus delegados en el área de responsabilidad penal, luego de un análisis de los elementos

materiales probatorios, intereses jurídicos protegidos, la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, las personales de los investigados y su historia delictual, los derechos e intereses de las víctimas, el grado de afectación de la víctima, pierde interés en la persecución y sanción de los hechos, puesto que a la víctima no le asiste este interés, y al realizar una ponderación de derechos constitucionales se encuentra exagerado que el Estado persiga penalmente la responsabilidad por esta conducta.

La doctrina ha destacado que el ejercicio del principio de oportunidad está sujeto a que se haya establecido la verdad de lo ocurrido y se disponga de mecanismos para hacer justicia y garantizar la reparación, y en el caso examinado dichos presupuestos se encuentran materializados. Adicionalmente existen criterios de políticas Criminal que sobre los cuales se edifica la aplicación del Principio de Oportunidad, conforme lo dispone el artículo 250 superior y por ello la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, “salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.” (Constitución Política de Colombia. 2005)

Teniendo en cuenta los argumentos presentados se concluye que, cuando existe una actividad sexual consentida entre menores de edad, y media la voluntad de las partes en conciliar el objeto de la sanción con medidas penales menos drásticas, y existe una reparación del daño con compromisos por parte del implicado, puede entonces entenderse que el juicio de reproche de culpabilidad es secundario y hace de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social, y por el contrario favorece la aplicación de este principio el desarrollo normal del menor infractor.

Referencias

- Araujo J. 2003. Corte Constitucional. *Expediente D-4313*. Recuperado Octubre, 30, 2014 desde <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-356-03.htm>
- Bohórquez y Bohórquez. (2005). *Diccionario Jurídico Colombiano*. Tomo I. Ed. 6. Editora Jurídica Nacional.
- Barrera A. (2000). Corte Constitucional. Sentencia C-996. Recuperado Noviembre, 2, 2014 desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-996-00.htm>
- Bernal J. y Montealegre E. (2012). *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I, Ed. 5, 2012.
- CIDH. (2011). Comisión interamericana de derechos humanos. *Justicia juvenil y derechos humanos en las américas*. Recuperado Marzo, 1, 2015 desde <http://www.cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjii.sp.htm>
- Constitución Política de Colombia. (2005). Legis editores S.A. Ed. 13.
- Diario La República del Perú. (2013). *Despenalizan relaciones sexuales*. Recuperado Octubre, 15, 2014, desde <http://www.larepublica.pe/09-01-2013/tc-despenaliza-relaciones-sexuales-consentidas-entre-menores-de-14-18-anos>
- Escobar R. (2002). Corte Constitucional. *Sentencia T-386*. Recuperado Noviembre, 2, 2014, desde <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-386-02.htm>
- Escobar R. (2005). Corte Constitucional. *Sentencia T-674 de 2005*. Recuperado Noviembre, 6, 2014, desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-674-05.htm>

- Espinosa S. 2011. Corte Suprema de Justicia. *Sentencia Proceso No. 35080-2011*. Recuperado Enero, 6, 2015 desde cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc...24 y desde [file:///D:/DATOS/Descargas/SJ_35080_110511%20\(1\).pdf](file:///D:/DATOS/Descargas/SJ_35080_110511%20(1).pdf)
- Gaviria, C. (1999). Corte Constitucional. *Sentencia C-133*. Recuperado Febrero, 15, 2015, desde <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-133-99.htm>
- Ley 57 de 1887 (2013). *Código Civil*. Leyer editores. Ed. 23.
- Ley 65 de 1993. (2015). *Código Penitenciario y Carcelario*. Recuperado Enero, 21, desde <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
- Ley 599 de 2000 (2013). *Código Penal*. Legis editores. Ed. 21.
- Ley 906 de 2004 (2013). *Código de procedimiento penal*. Legis editores. Ed. 21.
- Ley 1098 de 2006. (2013). *Código de Infancia y Adolescencia*. Ed. 21.
- Monroy M. G. 2003. Corte Constitucional. *Expediente D-4623*. Recuperado Febrero, 25, 2015 desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1095-03.htm>
- Monroy M. G. 2008. Corte Constitucional. *Sentencia C-738 de 2008*. Recuperado Enero 15, 2015 desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-738-08.htm>
- OMS. (2015). Organización Mundial de la Salud. *Salud del adolescente*. Recuperado Marzo, 12, 2015, desde http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/es/
- ONU (1985). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*. A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985). Recuperado Diciembre, 8, 2014, desde www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm

OPS. (2003). Organización panamericana de la salud.. *Salud sexual y desarrollo de adolescentes y jóvenes en las Américas: implicaciones en programas y políticas*. CLAP/SMR N° 1579. Recuperado Enero, 12, 2015, desde

[http://www.paho.org/mex/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=505&itemid=329 – 538k](http://www.paho.org/mex/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=505&itemid=329-538k)

Organización panamericana de la salud. (2010). *Sistema informático del adolescente*.

Recuperado Octubre, 23, 2014, desde

http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.paho.org%2Fclap%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D194%26Itemid%3D&ei=e22HVaOB0cb4yQTM5IH4Ag&usg=AFQjCNHaK2ds3x4B2CqYS6U2LWmOyvvg0Gw

Pretelt. J.I. 2011. Corte Constitucional. *Sentencia T-286*. Recuperado Marzo, 3, 2015, desde

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-286-11.htm>

Real academia española. <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=sanci%C3%B3n>

Socha J. E. 2010. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia 33510 del 7 de julio de 2010*. Recuperado Julio, 7, 2014 desde

<https://docs.google.com/document/d/1WKUaJVUnKf5CuZO-EeRn8-rLU4-bImP86dXKSNy0OfM/preview?pli=1>

Tribunal Constitucional pleno jurisdiccional del Perú. 2012. *Sentencia 00008/2012 PI/TC*.

Recuperado Octubre, 23, 2014, desde <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>

UNFPA. (2013). *Fondo de Población de las Naciones Unidas*. Recuperado Junio, 1, 2014, desde

<http://www.unfpa.org.pe/historico/2013/indexMar2013.html>

Zapata J. (2011). Corte suprema de justicia, sala de casación penal. *Proceso 32718*. Recuperado Enero, 4, 2015 desde [190.24.134.69/Sentencias/Penal/2011/Dr.../32718\(09-03-11\).doc](http://190.24.134.69/Sentencias/Penal/2011/Dr.../32718(09-03-11).doc)

Zapata J. (2013). Corte Suprema de Justicia, sala casación penal. *Proceso 35.431*. Recuperado Octubre, 5, 2014 desde [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Providencias/BOLETIN\(04-06-13\)/35431\(22-05-13\).pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Providencias/BOLETIN(04-06-13)/35431(22-05-13).pdf)