El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva sala.

Providencia: Sentencia - 18 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66001-60-00-036-2012-01141-01

Procesado: MARIO ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

Magistrado Ponente: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Tema: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS / SE PRESUME VICIO DE CONSENTIMIENTO / NO DESVIRTUADO / CONFIRMA CONDENA / SE ELIMINA GRAVANTE DE PROFESOR / “**“Superado el anterior impase, entonces la Sala tendrá como hecho cierto e indubitable el consistente en que la víctima, quien para la época de los hechos tenía 12 años de edad, cuando sostuvo el encuentro de tipo erótico-sexual con el Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ lo hizo de manera consciente y voluntaria, pero tal situación de mutua consensualidad no quiere decir, como lo alega el recurrente, que la conducta del procesado no sea delictiva por ausencia de antijuridicidad, porque en estos eventos, a pesar que la víctima exprese su aquiescencia a la relación carnal o erótica, si tiene ocurrencia una vulneración del interés jurídicamente protegido: la libertad, la integridad y la formación sexual, lo cual se debe a que existe una presunción, catalogada por la jurisprudencia como de derecho, en cuya virtud de la cual se presume que los menores de 14 años, por su grado de inmadurez en sus esferas intelectivas, volitivas y afectivas, no están en capacidad para consentir su participación en una relación de tipo erótico-sexual, por lo que su consentimiento se considera viciado y por ende no válido.”

(…)

Por lo tanto, si aplicamos en el caso en estudio la anterior línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se puede concluir que en el presente caso, contrario a lo aducido por el apelante, la conducta enrostrada al Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ si debe ser considerada como antijurídica, en atención a que a pesar que la menor “L.M.Z.T.” consintió la relación erótica-sexual acaecida entre ellos, su consentimiento, como consecuencia de la edad que tenía para ese momento: 12 años, se presume viciado y por ende no válido, lo que implica que sí se presentó una vulneración al interés jurídicamente protegido: la libertad, la integridad y la formación sexuales.

(…)

“Al aplicar lo anterior al caso en estudio, vemos que de un análisis de lo atestado por la víctima “L.M.Z.T.”, cuando expuso que a Ella le gustaba su profesor de música y que por eso le cursó una invitación de amistad por la red social Facebook, en la que después de chatear con el profesor se hicieron amigos, y que en varias ocasiones le expresó lo mucho que Él le gustaba, tanto es así que hasta llegó a enamorarse del acusado, quien en un principio estuvo un tanto reticente y retrechero ante esas manifestaciones amorosas, se desprende que en el presente asunto los hechos no ocurrieron como consecuencia de que el Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ haya sacado ventajas o provecho de su condición de profesor, sino porque entre Él y la ofendida tuvo ocurrencia una mutua seducción en la que la iniciativa prácticamente surgió a instancias de la agraviada.

En conclusión, para la Sala no existió una relación de causalidad entre el abuso sexual y la condición de docente del encausado, la cual no se puede catalogar como el factor determinante para la ocurrencia de los hechos.”

**Citación jurisprudencial:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 27 septiembre de 2000. Rad. # 13466. M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. / La sentencia del 7 de septiembre 2005. Rad. # 18455; / La Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Rad. # 30305; / La Sentencia del 28 agosto de 2013. Rad. # 41508; / La Sentencia del 5 de marzo de 2014. Rad. # 41778, y / La Sentencia del 31 de agosto de 2016. SP-12229-2016. Rad. # 41508. /

Corte Constitucional: Sentencia # C-876 del 22 de Noviembre de 2011

------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 1057 del 16 de noviembre de 2016. H: 2:00 p.m.

Pereira, diecioho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 8:46 a.m.

Procesado: MARIO ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Rad. # 66001-60-00-036-2012-01141-01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de fallo condenatorio

Decisión: Modifica fallo opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el veintitrés (23) de octubre del 2.013 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, dentro del proceso que se adelantó en contra del ciudadano **MARIO ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ**, quien fue acusado por parte de la Fiscalía General de la Nación de incurrir en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y acto sexual abusivo, en concurso homogéneo sucesivo.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con los medios de conocomimiento aducidos al juicio por parte del Ente Acusador, se tiene que los hechos ocurrieron en el barrio *“Villas del Prado”* de esta municipalidad en horas de la tarde de las calendas del 29 de enero del 2.012, cuando en el interior de la vivienda distinguida con la nomenclatura Mza 49 # 27, el ciudadano MARIO ALBERTO LÓPEZ, de 34 años de edad para ese entonces, sostuvo un encuentro de tipo erótico sexual consensuado con la adolescente ***“L.M.Z.T.”***, quien en ese momento tenía 12 años de edad.

Dicho encuentro erótico-sexual acaecido entre los antes aludidos se distinguió por ser eminentemente parafilico, en atención a que además de los característicos besos y caricias mutuas que suelen darse entre los amantes, la menor ***“L.M.Z.T.”*** le practicó una felación a su pareja, quien a su vez, después de manosearle la vagina, le efectuó un cunnilingus, lo que culminó cuando la joven masturbó a MARIO ALBERTO LÓPEZ, el cual eyaculó en sus manos.

De igual manera, en la actuación se pudo acreditar que para la época en la que ocurrieron esos hechos el Sr. MARIO ALBERTO LÓPEZ laboraba como profesor de música en el Instituto Educativo *“La inmaculada”*, en el cual estudiaba en 8º grado la joven ***“L.M.Z.T.”***, quien empezó a ponerse en contacto con el docente por intermedio de la red social *Facebook* y luego por el *chat* del teléfono móvil*.*

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 3 de agosto del 2.012 ante el Juzgado 6º Penal municipal de esta localidad con funciones de control de garantías, en las cuales se le imprimió legalidad a la captura del entonces indiciado MARIO ALBERTO LÓPEZ, a quien posteriormente se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo con el reato de actos sexuales abusivos. De igual forma en esas vistas al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación presentado por la Fiscalía data del 4 de agosto del 2.012, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el 18 de agosto de esa anualidad se celebró la audiencia de formulación de la acusación, en la que el Ente Fiscal reiteró los cargos que le fueron imputados al Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ. Posteriormente la audiencia preparatoria se realizó el 5 de diciembre de 2.012.
3. El juicio oral se llevó a cabo sesiones celebradas los días 29 de agosto y 27 de septiembre de 2.013. Finalizadas las fases procesales del caso, se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio. Luego el 23 de octubre del 2.013 se dictó la correspondiente sentencia, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, el veintitrés (23) de octubre del 2.013, en la cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ por incurrir en la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado; razón por la que como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, el aludido procesado fue condenado a purgar una pena de 192 meses de prisión.

Los argumentos expuesto por el Juzgado de primer nivel para pregonar la responsabilidad criminal endosada al Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ, los podemos resumir de la siguiente manera:

* En el proceso estaba plenamente demostrado que para la época de los hechos la joven***“L.M.Z.T.”*** tenía 12 años de edad y que estudiaba en el establecimiento educativo *“La inmaculada”*, en el cual el Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ se desempeñaba como profesor de música.
* Se le debe otorgar absoluta y total credibilidad al testimonio rendido por la adolescente ***“L.M.Z.T.”*** respecto de lo que sucedió entre Ella y el profesor MARIO ALBERTO LÓPEZ aquella vez en la que estuvieron a solas en la casa de este último, en atención a que la menor ofendida narró de manera clara, concisa, precisa y con lujo de detalles lo acontecido entre ellos. A lo que se le debe aunar la especial confiabilidad que ameritan sus dichos por tratarse de un testimonio rendido por una menor de edad que ha sido víctima de una agresión de tipo erótico-sexual.
* La credibilidad de lo dicho por la menor ofendida es reforzada por los peritajes psicológicos y médico legal rendido por la psicóloga patricia INÉS MENESES ESCOBAR y la médico forense LIGIA INÉS AGUILAR.
* La actuación procesal estaba permeada por una serie de pruebas de referencia que no le aportaban nada útil al proceso, las cuales tienen relación con lo atestado por varios testigos quienes repitieron lo que a ellos les dijo la ofendida respecto de lo que había sucedido entre ella y el procesado.

**LA APELACIÓN:**

La tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, gira en torno de los argumentos consistente en que la conducta punible endilgada en contra del Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ no podía ser catalogada como delictiva por ausencia de antijuridicidad, por lo que en su contra no era posible dictar un fallo de condena.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el apelante expuso lo siguiente:

* La agraviada no sufrio ningún tipo de daños ni menoscabos en su integridad, formación y libertad sexual, en atención a que está probado que Ella consintió la relación, tuvo una participación activa para que la misma sucediera debido a que en parte lo acontecido sucedió por iniciativa suya cuando le hizo saber al procesado en varias ocasiones que Él le gustaba.
* Lo acontecido fue producto del mutuo convenio de los actores ya que ambos querían lo que a la postre sucedió, por lo que acorde con los avances científicos y el progreso de la civilización no pueden ser de recibo las presunciones de derecho relacionadas sobre el límite de la edad de la víctima para consentir válidamente una relación sexual.

De igual forma, de manera subsidiaria el recurrente expresó su inconformidad porque en el fallo se pregonaron en contra del procesado las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el # 2º del articulo 211 C.P.P. las cuales no eran procedentes porque en sentir del apelante ni la condición de docente que ostentaba el procesado ni la relación docente-discípulo se constituyeron en los factores determinantes para que acaecería lo sucedido entre el procesado y la ofendida.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicita la revocatoria del fallo opugnado y la subsecuente absolución del procesado, o que en su defecto se modifiquen las penas impuestas al acusado como consecuencia de la exclusión de las circunstancias de agravación punitiva # 2º del articulo 211 C.P.P.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término del traslado para alegar como no recurrente, la representante de los intereses de la víctima presentó sus correspondientes alegatos de conclusión en los cuales se oponía a las pretensiones del apelante y por ende solicitaba la confirmación del fallo opugnado.

Expone la no recurrente que no le asiste la razón a la tesis de la inconformidad expresada por el apelante, porque la misma contradice las disposiciones del artículo 44 de la Carta que consagran *el interés superior del menor,* en cuya virtud, a fin de procurar la protección de sus derechos, se debe entender que en aquellos eventos en los que un menor de 14 años de edad presta su consentimiento en asuntos de tipo erótico-sexual, carece de la capacidad y madurez que se requiere para comprender y entender lo que está haciendo.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal Municipal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades que de una u otra forma puedan viciar de nulidad la actuación procesal.

**- Problemas jurídicos:**

Acorde con los argumentos del disenso esgrimidos por el recurrente y la no apelante, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿La conducta endilgada en contra del Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ no podía ser considerada como punible por ausencia de antijuridicidad, por lo que al no cumplirse con uno de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para dictar un fallo de condena, se debió dictar en su favor una sentencia absolutoria?

¿En el proceso no se cumplían con los requisitos necesarios para considerar que los cargos endilgados en contra del Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ, por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, podían ser considerados como agravados acorde con las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el # 2º del articulo 211 C.P.P.?

**- Solución:**

Para poder resolver el principal de los problemas jurídicos que han sido propuestos en el presente asunto por parte del recurrente, quien ha propuesto la tesis consistente en que la conducta punible endilgada en contra del Procesado no podía ser considerada como punible por ausencia de antijuridicidad, puesto que no se vulneró el interés jurídicamente protegido en atención a que el encuentro de tipo erótico-sexual acaecido entre la víctima y en el enjuiciado fue consensuado, ya que ambos querían lo que a la postre sucedió, la Sala, acorde con los cimientos en los que se asienta la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, partirá de la base consistente en que el apelante ha admitido que en efecto entre la joven ***“L.M.Z.T.”*** y el ahora Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ tuvo ocurrencia un encuentro de tipo erótico-sexual, cuando la menor ofendida tenía 12 años de edad, en el cual de manera consensuada las personas que intervinieron en ese evento llevaron a cabo una serie de actividades propias de la parafilia, tales como la mutua masturbación, la felación y el cunnilingus.

Por lo tanto, para la Sala no pueden ser de recibo las críticas que el recurrente en su disentir ha formulado en contra de la credibilidad que amerita el testimonio rendido por la menor ***“L.M.Z.T.”***, el cual ha sido tildado por el apelante de mecanizado porque estuvo recitando una lección aprendida, ya que con ese proceder la Defensa está incurriendo en una conculcación del principio de la lógica de «*la no contradicción»*, debido a que con tales críticas que le efectúa al testimonio de la víctima al mismo tiempo está infirmando o contradiciendo la hipótesis con la que sustenta su inconformidad con el fallo opugnado: *“Que el procesado si sostuvo relaciones eróticas con la agraviada, pero como las mismas fueron consensuadas estas no pueden ser consideradas como delictivas por ausencia de antijuridicidad…..”*, tesis esta que irónicamente se sustenta en todo lo dicho por la agraviada respecto del encuentro erótico-sexual que sostuvo en horas de la tarde de las calendas del 29 de enero del 2.012 con el ahora Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ.

Ahora bien, si es del caso analizar el contenido del testimonio rendido por la adolescente ***“L.M.Z.T.”*** a fin de determinar el grado de credibilidad que merecían sus dichos, la Sala es de la opinión que la *A quo* estuvo atinada cuando decidió concederle total y absoluta credibilidad al relato absuelto por la joven de marras cuando contó lo acaecido entre ella y su profesor de música, en atención a que la agraviada ofreció una narración clara, detallada, concisa y precisa de lo acontecido; igualmente explicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como esos hechos lujuriosos tuvieron ocurrencia, sin que se avizorara ningún deseo de revanchismos o de querer causarle daño al procesado.

Superado el anterior impase, entonces la Sala tendrá como hecho cierto e indubitable el consistente en que la víctima, quien para la época de los hechos tenía 12 años de edad, cuando sostuvo el encuentro de tipo erótico-sexual con el Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ lo hizo de manera consciente y voluntaria, pero tal situación de mutua consensualidad no quiere decir, como lo alega el recurrente, que la conducta del procesado no sea delictiva por ausencia de antijuridicidad, porque en estos eventos, a pesar que la víctima exprese su aquiescencia a la relación carnal o erótica, si tiene ocurrencia una vulneración del interés jurídicamente protegido: la libertad, la integridad y la formación sexual, lo cual se debe a que existe una presunción, catalogada por la jurisprudencia como de derecho, en cuya virtud de la cual se presume que los menores de 14 años, por su grado de inmadurez en sus esferas intelectivas, volitivas y afectivas, no están en capacidad para consentir su participación en una relación de tipo erótico-sexual, por lo que su consentimiento se considera viciado y por ende no válido.

Frente a lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de vieja data se ha expresado de la siguiente forma:

*“La propuesta de ataque del casacionista en este punto comprende dos aspectos: La ubicación que el tribunal hace del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años de edad dentro de la esfera de los delitos sexuales donde predomina la violencia como medio comisivo, y sus argumentaciones en el sentido de que la presunción que la norma contiene en relación con la incapacidad del sujeto pasivo para determinarse y actuar libremente en el ámbito sexual, admite prueba en contrario.*

*En ambos aspectos les asiste razón al demandante y la procuradora delegada. El primer error de tribunal se presentó al considerar que el acceso carnal consentido con menor de 14 años de edad continuaba siendo sancionado como delito de violación, e interpretar su contenido con los criterios hermenéuticos que resultaban válidos frente al antiguo artículo 316 del Código Penal de 1936, donde a dicha conducta se la trataba como violencia carnal impropia o presuntiva.*

*Hoy día esta presunción no tiene cabida. El código de 1980 clasificó los delitos contra la libertad y el pudor sexuales a partir de la forma comisiva de la acción, o modalidad empleada por el sujeto agente en la realización de la conducta delictiva, distinguiendo al efecto tres especies: De la violación, el estupro, y los actos sexuales abusivos, según el medio empleado para la obtención del resultado propuesto fuese violento, engañoso o abusivo; y, en idénticos términos, lo hizo la Ley 360 de 1997, aunque bajo el concepto de delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana.*

*En esta nueva clasificación, el acceso carnal consentido con menor de 14 años, que en el Código Penal de 1936, como ya se dijo, hacía parte del título de la violencia carnal, fue reubicado en el de los actos sexuales abusivos, pues se estimó, con razón, que ontológica ni jurídicamente podía sostenerse que el acto fuese violento, y que en la realización de esta conducta lo que realmente se presenta es un aprovechamiento abusivo por parte del sujeto agente de la condición de inmadurez de la víctima, derivada de su minoridad.*

*No es, entonces, que en esta clase de hechos la ley presuma violencia, como equivocadamente lo sostiene el tribunal en el fallo impugnado. Lo que en ellas se presume, es la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentren en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectiva, volitiva, y afectiva.*

*Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto: iuris et de iure, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención que el casacionista plantea con apoyo en un autor italiano, y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, en los cuales se sustenta el estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea.*

*Significa esto, que al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuricidad de la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento.*

*Mucho menos le es permitido desconocer la presunción que la norma establece, a partir de consideraciones de contenido supuestamente político criminal, como se hace en el presente caso con el fin de sostener que la edad que sirve de referente al legislador colombiano, para suponer la inmadurez del menor, no se ajusta a lo que revelan la verdad social y cultural del país, y que la ley presume algo que la misma realidad contradice.*

*Este tipo de argumentaciones escapan del ejercicio de la función judicial de declaración del derecho. El juzgador no puede dejar de aplicar la norma, pretextando que las razones que llevaron al legislador a incriminar penalmente la conducta son equivocadas, y que no las comparte. Su obligación, por mandato constitucional, es someterse al imperio de la ley, y darle aplicación cuando corresponde hacerlo, no entrar en consideraciones de lege ferenda para justificar el apartamiento de ella, en cuanto entraña la subversión del sistema por vía de dar cabida a la derogatoria judicial de la ley…”[[1]](#footnote-1).*

La anterior línea de pensamiento de manera pacífica y uniforme se ha mantenido vigente, como bien se desprende, entre otros, del contenido de los siguientes precedentes: La sentencia del 7 de septiembre 2005. Rad. # 18455; La Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Rad. # 30305; La Sentencia del 28 agosto de 2013. Rad. # 41508; La Sentencia del 5 de marzo de 2014. Rad. # 41778, y la Sentencia del 31 de agosto de 2016. SP-12229-2016. Rad. # 41508.

Incluso, las base centrales que cimientan esa línea jurisprudencial, han sido avaladas por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

*“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.*

*(::::)*

*En suma, no hay razón para extrañar la protección específica de las normas demandadas, ya que lo abusivo no son los actos en sí mismos -exentos de violencia en este caso- sino su realización en personas sexualmente menores. En consecuencia, no hay vulneración del artículo 44 constitucional, ya que no existe para las personas entre 14 y 18 un deber de protección especial en esta materia a la manera de los menores de 14 años…”[[2]](#footnote-2).*

Por lo tanto, si aplicamos en el caso en estudio la anterior línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se puede concluir que en el presente caso, contrario a lo aducido por el apelante, la conducta enrostrada al Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ si debe ser considerada como antijurídica, en atención a que a pesar que la menor “L.M.Z.T.” consintió la relación erótica-sexual acaecida entre ellos, su consentimiento, como consecuencia de la edad que tenía para ese momento: 12 años, se presume viciado y por ende no válido, lo que implica que sí se presentó una vulneración al interés jurídicamente protegido: la libertad, la integridad y la formación sexuales.

Ahora bien, no desconoce la Sala que en la actualidad existe una tendencia por parte de la doctrina la cual pregona que se deben revaluar los criterios para considerar como presunciones *iuris et iure* las consagradas en los artículos 208 y 209 C.P. para que de esa forma sean consideradas como presunciones *“iuris tantum”*, en atención a que en el escenario del derecho penal no hay nada que repugna más con el derecho fundamental de la presunción de inocencia que ciertos hechos no admitan pruebas en contrario y que por ende se deban considerar como verdades absolutas e irrebatibles.

Pero en estos eventos, o sea de admitirse que tal presunción deba ser considerada como *“iuris tantum”,* le asiste a la parte interesada la obligación o la carga de desvirtuar los supuestos en los cuales se erige la presunción: “Que un menor de 14 años por su inmadurez no se encuentra en capacidad de consentir una relación erótica-sexual”, y de esa forma demostrar que a pesar que la víctima era menor de 14 años, a partir del momento en el que expresó su aquiescencia para sostener una relación de tipo erótico-sexual no sufrió ningún tipo de menoscabo o desmedro en su libertad, integridad y formación sexual, como acontecería, a modo de ejemplo, en los eventos en los que se esté en presencia de una persona que desde las esferas volitivas e intelectivas ya estaba formada o desarrollada sexualmente y que por ende tenía el conocimiento claro de lo que quería y hacía.

En el caso *subexamine*, se tiene que a pesar de los esfuerzos de la Defensa cuando contrainterrogó a la joven “L.M.Z.T.” del testimonio rendido por la agraviada se desprende que se estaba en presencia de una persona que carecía de experiencia y conocimiento en asuntos de estirpe erótico-sexual, tanto es así que lo acontecido con el Procesado fue la primera experiencia que la ofendida tuvo en esos tópicos, por lo que no tenía ningún tipo de madurez en esa clase de menesteres.

Por lo tanto, en la eventualidad que se diga que las presunciones consagradas en los artículos 208 y 209 C.P. si admiten pruebas en contrario, para la Sala la Defensa no cumplió con la carga que le asistía de desvirtuar dicha presunción.

En resumidas cuentas, mírese desde la óptica en la que se quiera mirar, la Sala es de la opinión que acorde con todo lo expuesto, en el presente asunto no puede prosperar la hipótesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, porque la conducta endilgada en contra del Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ si debe ser considerada como antijurídica porque se vulneró el interés jurídicamente protegido, en atención a que se presume como viciado el consentimiento ofrecido por la víctima para acceder la relación de tipo erótico-sexual que sostuvo con el acusado.

En lo que atañe con la 2ª tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, la cual tiene que ver con la improcedencia de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el # 2º del articulo 211 C.P.P. como punto de partida, observa la Sala que en efecto el factor determinante para que se pregonara en contra del Procesado dichas circunstancias de agravación punitiva tienen que ver con que el encausado fungía como profesor de música de la ofendida el Instituto Educativo *“La inmaculada”*, por lo que en un principio válidamente se podría afirmar que como consecuencia de la relación profesor-alumna, en el presente asunto se estaba en presencia de un típico abuso de las condiciones de autoridad que dan génesis a dichos agravantes.

Por lo tanto, de lo antes expuesto se podría decir que la razón de ser de dichas circunstancias específicas de agravación punitiva radican en que como consecuencia del abuso o aprovechamiento de las relaciones de confianza, subordinación, consanguinidad, etc…. habidas entre el agresor y la víctima, se le facilita al sujeto agente el poder perpetrar con mayor facilidad o ventajas el ilícito, es obvio que debe existir una relación de causalidad entre el abuso y las condiciones de autoridad, o sea que tales condiciones se constituyan en el factor determinante para la ocurrencia de los hechos.

En tal sentido la doctrina se ha expresado de la siguiente forma:

*“En todos el criterio dominante debe ser la relación de dependencia entre los sujetos activo y pasivo, o el ascendiente moral del victimario sobre su víctima…”[[3]](#footnote-3).*

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, vemos que de un análisis de lo atestado por la víctima “L.M.Z.T.”, cuando expuso que a Ella le gustaba su profesor de música y que por eso le cursó una invitación de amistad por la red social *Facebook,* en la que después de chatear con el profesor se hicieron amigos, y que en varias ocasiones le expresó lo mucho que Él le gustaba, tanto es así que hasta llegó a enamorarse del acusado, quien en un principio estuvo un tanto reticente y retrechero ante esas manifestaciones amorosas, se desprende que en el presente asunto los hechos no ocurrieron como consecuencia de que el Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ haya sacado ventajas o provecho de su condición de profesor, sino porque entre Él y la ofendida tuvo ocurrencia una mutua seducción en la que la iniciativa prácticamente surgió a instancias de la agraviada.

En conclusión, para la Sala no existió una relación de causalidad entre el abuso sexual y la condición de docente del encausado, la cual no se puede catalogar como el factor determinante para la ocurrencia de los hechos.

Siendo así las cosas, la Colegiatura es de la opinión que le asiste la razón a los reproches que de manera subsidiaria han sido propuestos por parte de la Defensa en contra del fallo opugnado, porque en efecto no se cumplían con los requisitos para pregonar en contra del Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el # 2º del articulo 211 C.P.P. razón por la que el fallo opugnado debe ser modificado en lo que atañe con el delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del proceso, el cual no será el de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años, sino el reato básico, o sea el tipificado en el artículo 208 C.P. De igual forma, en consecuencia, se deben redosificar las penas impuestas en contra del encausado al excluir los incrementos punitivos propios de dichos agravantes específicos, por lo que siguiendo los mismos criterios de dosificación punitiva esbozados en la sentencia opugnada, la Sala es de la opinión que al Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ se le debe aplicar la pena mínima del delito básico, o sea el tipificado en el artículo 208 C.P. la cual correspondería a 12 años de prisión, la correspondería con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como conclusión de todo lo antes expuesto, la Sala confirmará la sentencia confutada en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad criminal efectuada en contra del Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ, pero aclarará que tal declaratoria de responsabilidad criminal no lo es por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, sino por la de dicho reato en su modalidad básica o simple.

De igual forma se modificará el fallo opugnado en lo que tiene que ver con las penas impuestas al Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ, las cuales corresponderán a 12 años de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual.

Por el mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **MODIFICAR** la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, el veintitrés (23) de octubre del 2.013, en el sentido que la declaratoria de responsabilidad penal efectuada en contra del Procesado **MARIO ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ** lo es por incurrir en la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

**SEGUNDO**: Como consecuencia de lo anterior, se redosificaran las penas impuestas al Procesado MARIO ALBERTO LÓPEZ, las cuales corresponderán a doce (12) años de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual.

**TERCERO:** Declarar que en contra del presente fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el que deberá ser interpuestos y sustentados dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 27 septiembre de 2000. Rad. # 13466. M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional: Sentencia # C-876 del22 de Noviembre de 2011. [↑](#footnote-ref-2)
3. ARENAS, ANTONIO VICENTE: Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial. Página # 353. 6ª Edición. Editorial Temis. 1.986. [↑](#footnote-ref-3)