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 esta Sala.

Providencia: Auto - 2ª instancia - 11 de julio de 2017

Proceso:                 Penal – Confirma decisión que negó preclusión

Radicación Nro. : 66682310400120170004200

Acusados: LEONARDO GAÑAN ÁLVAREZ

Magistrado Ponente:  JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: NIEGA PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** [C]uando se habla de la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, es que una persona no puede ser juzgada y condenada por la mera relación causal entre un hecho y el resultado que de él se deriva, haciendo abstracción de toda consideración acerca de lo que constituye la siquis del sujeto agente. Siendo así, aplicar responsabilidad objetiva en el presente asunto sería dable asegurarlo si a una persona se le condenara por el uso de un menor en la comisión de un delito, no obstante establecerse que este, o sea el adulto, desconocía para ese instante que esa persona con la cual perpetró la ilicitud tenía la condición de menor de edad. O, por citar otro ejemplo, cuando el adulto a pesar de saber que esa persona es menor de edad, tenía claro en su mente que lo que éste realizaba no entrañaba una participación efectiva en el ilícito. Eventos en los cuales, sí se estimaría infringida esa prohibición de exoneración de responsabilidad objetiva. Pero ocurre, contrario sensu, que ninguna de esas hipótesis o algo parecido se está afirmando en el caso concreto.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, diez (10) de julio de dos mil diecisiete (2017)

 ACTA DE APROBACIÓN Nº 653

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Julio 11 de 2017, 9:08 a.m. |
| Procesado:  | Leonardo Gañán Álvarez |
| Cédula de ciudadanía: | 1.088.289.961 expedida en Pereira (Ra.) |
| Delito: | Uso de menores para la comisión de delitos |
| Bien jurídico tutelado: | La autonomía personal |
| Procedencia: | Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la representante de la Fiscalía contra el auto de mayo 05 de 2017, por medio del cual se negó la preclusión solicitada. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se pronuncia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Dan cuenta los registros, que el comprometido LEONARDO GAÑÁN ÁLVAREZ fue condenado como autor responsable en el delito de homicidio ocurrido en la persona de DANIELA MELISA TRIVIÑO RODRÍGUEZ quien para el momento del crimen se encontraba en embarazo, a consecuencia de un preacuerdo al que llegó la Fiscalía General de la Nación con el procesado debidamente asistido. En ese episodio según se supo, participó la menor M.C.CH.O. en calidad de coautora, evento por el cual la adolescente también fue condenada por parte del señor Juez Primero Penal para Adolescente con sede en esta capital. De esas actuación originaria se compulsaron copias para que se averiguara y estableciera la posible concurrencia del tipo penal de USO DE MENORES PARA LA COMISIÓN DE DELITOS (art. 188D C.P.), como una conducta autónoma e independiente que debía concurrir en cabeza del mismo adulto judicializado, no obstante la condena ya existente en su contra por el punible de homicidio cometido en coparticipación criminal.

1.2.- Luego de adelantar las labores investigativas pertinentes, la representante de la Fiscalía presentó solicitud de preclusión a favor del señor LEONARDO GAÑÁN ÁLVAREZ, la cual correspondió por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.), despacho ante el que hizo la sustentación con fundamento en los siguientes argumentos:

La conducta concursal que se atribuye al señor GAÑÁN ÁLVAREZ y por la cual se solicita preclusión, es la contemplada en el artículo 188D C.P., bajo el rubro de uso de menores de edad para la comisión de delitos, a cuyo efecto se adelantó el programa metodológico por los investigadores de policía judicial, y se logró allegar toda la actuación adelantada ante el juzgado penal para adolescentes, incluso el fallo proferido en esa jurisdicción en el cual se declaró la autoría en cabeza de la menor involucrada. De igual modo, un informe de siquiatría forense de enero 25 de 2013, el interrogatorio al adulto aquí comprometido, y varias entrevistas.

La solicitud de preclusión que ahora se formula, se soporta en lo establecido en la causal 6ª -imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia- del artículo 332 C.P.P., toda vez que a su juicio no se configura en el caso concreto ninguno de los verbos rectores que consagra el dispositivo en cita, antes por el contrario –asegura- si se analiza con detalle la peritación de la siquiatra forense, la cual fue emitida con miras a determinar la capacidad de comprensión y autodeterminación de la menor para el momento de la comisión del hecho criminoso, se podrá apreciar que de allí se extrae que la joven, de 16 años de edad para ese momento, no presentaba signos o síntomas de alguna alteración mental o trastorno, y se advierte que no presentaba inmadurez sicológica que le impidiera comprender las consecuencias de sus actos y actuar de acuerdo con esa comprensión. E incluso se indica que la adolescente no era manipulable, ni requería de la ayuda de un adulto para atreverse a cometer la ilicitud. Así que, si ella participó, fue única y exclusivamente por su propia voluntad, ya que era dueña de su propio liderazgo.

Solo existe un precedente del órgano de cierre en materia penal acerca de este tema –hace alusión al radicado 44931 de noviembre 02 de 2016-, y de allí se extrae que la infracción penal se comete en forma objetiva, es decir, por el solo hecho de utilizar a un menor de 18 años. Sin embargo, considera, que esa responsabilidad objetiva ha sido proscrita de nuestro ordenamiento jurídico, y por lo tanto es del criterio que se debe respetar al comprometido el “debido proceso”.

Adicionalmente, estima que el juez solo está sometido al imperio de la ley y que la jurisprudencia es solo un criterio auxiliar de la actividad judicial, con lo cual ese precedente “no obliga como ratio decidendi” con miras a sostener que por el solo hecho de haber utilizado a persona menor de edad en el delito ya está incurso en esta otra modalidad concursal, sin ningún otro ingrediente de orden subjetivo.

No hay forma por tanto de derruir esa presunción de inocencia que ampara al implicado, y por lo mismo estima que la causal de preclusión aludida debe imponerse en el presente asunto.

1.3.- El representante de Ministerio Público dijo no compartir la posición asumida por la delegada fiscal, por cuanto no le quedó clara la argumentación que esboza al sostener como causal de preclusión la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, que parte de la duda, pero en realidad en lo que se enfocó es en un escenario de tipicidad al sostener que lo sucedido no encuentra adecuación en el texto del dispositivo que consagra este punible, y que se estaría atribuyendo una responsabilidad objetiva. Quizá entonces lo que se entiende de la intervención es que el adulto presente en la audiencia fue manipulado por la menor para la comisión del homicidio, y siendo así, se opone a la pretensión preclusiva que formula el ente persecutor, a cuyo efecto esboza:

- La mera facilitación para que un menor cometa cualquier delito, es sancionable penalmente. En momento alguno la norma exige que el menor sea el gestor, el promotor o el líder de la empresa criminal en la cual participa.

- La jurisprudencia que refiere la delegada fiscal es totalmente contraria a los planteamientos que esgrime en su exposición, con lo cual no puede servirle de respaldo a su pretensión preclusiva.

- Lo importante es que el adulto facilite la consecución del objetivo que pretende el menor, independiente de que sea el adolescente quien lidera la acción.

- Precisamente por ello, en el caso en estudio no interesa si fue la menor quien ideó o planeó la ilicitud, o incluso quien señaló la fosa en la cual iban a enterrar el cadáver, porque lo cierto es que el adulto tenía su propia actividad controlada y era concomitante con el querer del menor hacía ese fin común que se buscaba.

- Este delito fue consagrado precisamente para garantizar la prevalencia de los derechos de los menores de edad, y para advertir a las personas que no pueden congraciarse con ellos para la conformación de una empresa criminal, porque ello implica una sanción penal adicional. Precisamente por ello, la Corte Constitucional en sentencia C-121/12, avaló la consagración de esa conducta penal autónoma.

- Así las cosas, muy a pesar que la siquiatra forense haya sostenido que la personalidad de la menor daba lugar a que fuera ella la gestora del crimen, esa situación no implica que se desvanezca la delictuosidad en el comportamiento del adulto, y por tanto la preclusión que se pregona es abiertamente improcedente.

- Finalmente, deja en claro que si se va a hablar de duda probatoria, ello tampoco existe en el presente caso, porque las evidencias que se tienen son suficientes para pregonar que hubo un consenso o un acuerdo mancomunado entre adulto y menor para alcanzar el objetivo propuesto.

1.4.- El defensor coadyuvó la solicitud del ente fiscal, por cuanto se configura la causal invocada, y en ese sentido indicó:

Está en lo cierto la señora fiscal cuando asegura que esta conducta no puede tenerse como una responsabilidad objetiva, que se sabe proscrita de nuestro ordenamiento jurídico penal. Es que en su criterio, no puede decirse que por el mero hecho de haberse cometido un determinado delito en coparticipación criminal con un menor, por el solo hecho de serlo, entonces está incurso el adulto en una doble modalidad delictiva.

No comparte la aseveración del Ministerio Público cuando asegura que al decir de la Corte Constitucional este es un tipo penal autónomo, porque eso no puede ser así.

No se puede por supuesto borrar la secuencia del macabro crimen por el cual ambos personajes fueron ya condenados, incluso la que era menor de edad para esa época ya es mayor y se encuentra el libertad. Y del recorrido del iter criminis se advierte que hubo una ideación, una preparación, una ejecución y una consumación de un reato, pero todo eso se llevó a cabo con una sola finalidad que ya fue juzgada.

Es cierto que la Sala de Casación Penal asegura que la sola facilitación de un menor en la comisión de un delito es sancionable, pero es que aquí no hubo una facilitación, sino que aquí lo que hubo fue una participación activa de la menor de edad, fue la determinadora, hay actos preparatorios efectuados por ella en forma autónoma sin la participación del señor GAÑÁN.

No se puede negar la participación en ese hecho de parte de su cliente y por eso preacordaron para que recibiera la condena que correspondía; pero es que aquí ya estamos frente a una situación distinta, porque se trata de establecer si su defendido fue quien utilizó a esta menor o fue al contrario, porque no podemos quedarnos en la tipicidad, hay lugar a estimar el bien jurídico tutelado, que no es nada distinto a la autonomía personal. Con el primer hecho se afectó el bien jurídico de la víctima y eso ya se juzgó, pero ahora hay que preguntarnos, a quién se está afectando, porque no puede ser a esta menor también condenada, porque dice: “no se puede dañar lo que ya está dañado”. Y no es que quiera apelar a la condición personal de la menor para censurar su comportamiento porque eso también ya fue juzgado, sino que en modo alguno puede considerarse como víctima de esta conducta autónoma; de allí la importancia de acoger ese dictamen siquiátrico para determinar que ella es líder, es autocontroladora de sus propios actos, y por lo tanto la influencia que pudiera tener sobre ella su representado es insignificante. Aquí no hubo un trauma adicional en ella por la coparticipación del señor GAÑÁN, y éste nunca tuvo la intención de inducir o facilitar a la menor la comisión del punible, porque ella hizo todo lo que estaba a su alcance y logró el objetivo.

Concluye sosteniendo que la ley no puede aplicarse en esos términos, porque sería injusta si se compara lo transcurrido en la judicialización de la menor y del adulto, ya que aquella que fue la ideadora y la ejecutora del homicidio recibió un castigo menor frente al que ya ha recibido y va a tener que recibir el señor LEONARDO.

1.5.- La funcionaria de primer nivel consideró que no le asiste razón en su petición al ente acusador y negó la preclusión invocada. Al efecto sostuvo:

En primer término, dejó en claro que si bien fue la falladora en el asunto originario, en momento alguno valoró prueba en cuanto todo surgió a partir de un preacuerdo, y por lo mismo no se siente inmersa en alguna causal de impedimento que le impidiera definir el presente asunto en cuanto a la preclusión solicitada.

En lo que tiene que ver con el fondo del debate, es del criterio que se debe compartir lo expuesto por el delegado del Ministerio Público, en cuanto aquí no están dadas las condiciones para cesar la acción penal con efectos de cosa juzgada, y explica:

- Está claro conforme al precedente que se cita, que el uso o instrumentalización de un menor en una conducta delictiva por parte de un adulto, se sanciona en forma independiente, con la mera o simple voluntad de parte del adulto de participar en la ilicitud con una persona que posea esa condición.

- Es sabido que en nuestra legislación penal no se reconoce capacidad para decidir de parte de los menores de edad, quienes incluso no están en capacidad de formular querellas. Se consideran incapaces y deben estar acompañadas de su representante legal.

- Es muy prematuro sostener desde ya que el señor **GAÑÁN** no es responsable de esta ilicitud porque aún restan por realizar actuaciones a efectos de verificar su compromiso en este particular punible. Observa que aquí no se ha allegado nada más distinto a lo que ya se tenía en los procesos anteriores, y no es suficiente con el dictamen siquiátrico al que se alude.

1.6.- Inconforme con la decisión adoptada, la delegado del ente acusador la impugnó, y procedió a sustentar su inconformidad en el acto.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscalía -recurrente-

Solicitó revocar la determinación adoptada por la juez de primer nivel, y en consecuencia se acceda a la preclusión invocada. En ese sentido expuso:

Estima que es suficiente la información aportada a la carpeta que proviene de las investigaciones adelantadas tanto al adulto como a la menor comprometida en ese homicidio. En particular llama la atención con respecto a la existencia de ese dictamen siquiátrico en el cual se estableció la autosuficiencia de la adolescente para el momento de la comisión del hecho delictivo, como quien dice que no era necesaria la ayuda del adulto para su perpetración, mucho menos cuando se sabe que fue ella quien ideó, planeó y llevó a cabo la ilicitud por tener un interés directo en el asunto.

Precisamente todo lo anterior fue suficiente para que el señor juez penal para adolescente concluyera acerca de la responsabilidad penal que le incumbía a quien en este momento figura como víctima en el delito de uso de menores para la comisión de delitos.

Insiste en que al señor **GAÑÁN** no se le puede condenar nuevamente por esa infracción a la ley penal, bajo el entendido que la ilicitud se perfecciona con la simple coparticipación de un menor, a sabiendas que no está probada su inmadurez sicológica. De obrarse así se estaría aplicando una responsabilidad objetiva que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento.

Llama la atención acerca del precedente de la Corte en cuanto no le es aplicable del todo al asunto que nos concita, porque en el caso analizado por el órgano de cierre se hizo énfasis en que se trataba de una organización criminal y en el uso indebido que esas bandas hacían de personas con minoría de edad, así ésta actuasen como líderes. De todas formas, la jurisprudencia no es obligatoria por ser un solo precedente y los jueces constitucionales solo están sometidos al imperio de la ley.

Concluye entonces en que a su juicio no existió dolo en la comisión del delito que se pretende atribuir, y por tanto la única determinación viable en derecho es la preclusión que depreca a favor del indiciado.

**2.2.-** Representante del Ministerio Público -no recurrente-

Solicitó se confirme la decisión adoptada por la juez de instancia, ya que hizo un análisis adecuado y ponderado de los argumentos expuestos en su oportunidad por él, todo lo cual está ajustado a la legislación penal.

Cita la sentencia C-468/09, para referir que aunque los adolescentes cuenta con mayor madurez que los niños hasta doce años, de todas formas no cuentan con la autonomía jurídica para autogobernarse.

No puede hablarse de una responsabilidad objetiva porque no se está censurando el simple hecho de haberse relacionado objetivamente con una adolescente, sino el hecho de haberse reunido con ella y haberle colaborado y facilitado la comisión de una conducta delictiva. Lo dicho, aún admitiéndose que ella fue la gestora o el principal motor del injusto, o incluso aceptándose el resultado del peritaje siquiátrico que la enseñan como una joven no sugestionable, porque es claro que el adulto tenía una capacidad mayor de comprensión y entendimiento y estaba por tanto obligado a garantizar la integridad de la adolescente.

En sentencia C-121/12, la Corte Constitucional habló del delito de uso de menores para la comisión de delitos, y definió lo atinente a que el legislador estaba autorizado dentro de su autonomía de configuración para crear este tipo nuevo no obstante que ya existiera la figura de la coparticipación criminal.

No es aceptable sostener que el precedente de la Corte Suprema que se cita no sea aplicable al caso que aquí se debate, porque si bien allí se habló de una banda criminal de la cual el adolescente era el líder, de todas forma de lo que se trató el análisis era rescatar la responsabilidad del adulto que actúa prevalido de la intervención de un menor.

También ese deber de protección de la integridad de un menor está consagrado en todos los instrumentos internacionales que atañen al interés superior de los menores y a los cuales el estado Colombiano está comprometido a efectos de desarrollar su legislación interna.

Para el caso en estudio la actividad desarrollada por el señor **LEONARDO** fue plenamente vinculante y comprometedora, como quiera que participó activamente a la realización del hecho y por demás sabía de la minoría de edad de la adolescente que estaba contribuyendo a su ejecución.

**2.3.-** Defensa -no recurrente-

El defensor solicita revocar la decisión y en su lugar se acceda a la preclusión deprecada por el señor Fiscal, de acuerdo con lo siguiente:

Comparte lo esbozado por la delegada fiscal en cuanto a que de llegar a condenarse a su protegido por esta conducta se trataría de una condena por responsabilidad objetiva. Y en ese sentido estima que no se debe tener presente lo anunciado por el inciso de la norma cuando dice que el consentimiento del menor se tendrá como no válido. Darle aplicación es a su juicio una infracción al principio del non bis in ídem, o no dos veces lo mismo, en contravía incluso de la realidad que vive nuestro país, a cuyo efecto analiza en el caso concreto lo atinente a los requisitos que la misma Corte Constitucional menciona respecto a la identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa, los cuales a su juicio concurren en el presente caso.

Estamos ante un derecho penal moderno, democrático, y no está bien que se protejan a los menores que cometen delitos, pero se deje de proteger a quienes no los cometen. Es cierto que el derecho del menor es superior, pero también lo es que la justicia penal para infancia y adolescencia se encuentra abarrotada de delincuentes. E incluso en el municipio de Santa Rosa es conocida la existencia de bandas conformadas por adolescentes sin ningún escrúpulo.

En su criterio, ninguno de los verbos rectores a los cuales alude la norma, fueron ejecutados por su cliente. Y no se puede mezclar su accionar con tantos otros procederes indebidos de personas inescrupulosas que se valen de niños para la comisión de delitos prevalidos de que la jurisdicción para adolescentes en verdad es más benévola.

Es verdad que la Corte Constitucional le dio su aval a esta tipo penal, pero eso sucedió porque los demandantes se quedaron cortos y prueba de ello es que la decisión presenta varios salvamentos de voto importantes y relacionados con este aspecto.

Estima que este caso es bien particular porque mirado a la luz del bien jurídico tutelado no se afectó para nada la autonomía individual de la menor que llevó a cabo la mayoría de los episodios criminosos para el logro final del resultado querido.

Concluye indicando que si bien corresponde analizar el contenido del proceso originario contra el adulto, también debería tenerse en cuenta lo allegado a la investigación que se adelantó en la jurisdicción para adolescentes frente a la menor que se dice afectada en el presente punible.

**2.4.-** La señora juez estimó que el recurso había sido debidamente sustentado y por ello lo concedió en el efecto suspensivo, a consecuencia de lo cual dispuso la remisión de los registros antes esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Para resolver, se considera

**2.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

**2.2.-** **Problema jurídico planteado**

El asunto que concita la atención de la Sala se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la decisión emitida por la primera instancia, por medio de la cual se negó la preclusión solicitada a favor del indiciado LEONARDO GAÑÁN, al considerar que no se encuentra acreditada la causal invocada por la representante de la Fiscalía.

3.3.- Solución a la controversia

Lo primero a decir por parte de la Corporación, es que existe una dicotomía en la presentación de la solicitud de preclusión por parte del ente acusador, porque no obstante aludir a la causal 6ª del artículo 332 C.P.P, consistente en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, la argumentación que se esboza hace relación con la atipicidad de la conducta investigada. A su turno, lo refrendado por la defensa va orientado no solo hacia la atipicidad del comportamiento atribuido a su cliente, sino además a la no antijuridicidad de esa conducta.

Sea como fuere, el Tribunal entiende que el sentido de lo que se anuncia, hace mención a que el indiciado en momento alguno actualizó uno o varios de los verbos rectores a los cuales hace alusión el precepto 188D C.P., cuando textualmente prescribe:, cuyo te, cuyo “El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años. El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.

Y así se asegura tanto por la Fiscalía como por la defensa, con fundamento en los siguientes argumentos basilares: (i) se trata de una norma que consagra una responsabilidad objetiva por el simple hecho de ser copartícipe en el delito un menor de edad; (ii) aquí la menor no fue utilizada y por lo tanto no se afectó en modo alguno, porque fue ella misma quien de manera voluntaria y con plena autonomía ideó, planeó y ejecutó el crimen, e incluso fue la adolescente quien manipuló al adulto para el logro de esa finalidad; y (iii) se cuenta con un dictamen siquiátrico en el cual se concluyó que la menor no requiere la ayuda para tomar sus propias decisiones, porque se trata de alguien autosuficiente quien es capaz de controlar sus propios impulsos, esto es, que poseía para ese momento la madurez suficiente para comprender la ilicitud y de autodeterminarse acorde con esa comprensión. A consecuencia de lo cual el señor Juez Primero Penal para adolescentes de esta capital la declaró responsable de la conducta de homicidio en la cual participó en forma voluntaria.

Para bien o para mal, lo que la Colegiatura -Sala mayoritaria- tiene para decir a todo ello, es que ya esta Corporación de tiempo atrás había penetrado en el debate que aquí se propone, motivo por el cual se pasará a transcribir in extenso todo lo que fue materia de razonamiento por la Sala en una decisión anterior, con miras a dejar esclarecido cuál es el pensamiento que se posee a ese respecto, y desde ya se anuncia que no se encuentra mérito a la solicitud preclusiva que en tan particulares términos propone la delegada de la Fiscalía General de la Nación. En esa anterior oportunidad textualmente se dijo:

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con los cargos enrostrados en contra del Procesado […] por incurrir en la presunta comisión del reato de *uso de menores de edad para la comisión de delitos*, tipificado en el artículo 188D C.P.[[1]](#footnote-1), considera la Sala mayoritaria de esta Corporación que en el presente asunto si se cumplen los presupuestos necesarios para la adecuación típica de esa conducta punible.

Para llegar a la anterior conclusión, la Sala tendrá como hecho cierto el consistente en que acorde con el acervo probatorio está demostrado que cuando el procesado pretendió atentar en contra de la integridad de unos jóvenes que residían en un barrio rival, lo hizo en compañía de dos menores de edad, tanto es así que uno de ellos de sexo femenino, a quien el acusado le entregó el arma de fuego en el momento en el que huían, terminó siendo enjuiciada ante la jurisdicción penal de infancia y adolescencia.

Hasta aquí está claro que estamos en presencia de un típico caso de coparticipación criminal. No obstante la claridad de esa situación, la inicial ponencia presentada a la Sala por el magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA sostenía que ello no era suficiente para pregonar que se encuentra acreditada la materialidad del delito de *uso de menores de edad para la comisión de delitos,* si se partía de la base que el interés jurídicamente protegido con el delito tipificado en el artículo 188D C.P. es la Libertad Individual en la modalidad de la Autonomía Personal. Y se agregó en esa inicial ponencia que dicha Autonomía Personal está relacionada con la capacidad o la potestad que tienen las personas de regirse y de determinarse por sí mismas en la toma de decisiones sin la intervención de otros, a consecuencia de lo cual se presentaría una vulneración de dicho Interés Jurídicamente protegido solo en aquellas hipótesis en las cuales un tercero ejerce actos de coacción, manipulación o de engaño sobre una persona con la finalidad que haga algo de lo cual no está de acuerdo o no es consciente.

La referida inicial ponencia con respecto a este específico tópico relacionado con el *uso de menores de edad para la comisión de delitos*,como ha quedado dicho, no fue compartida por la Sala mayoritaria de esta Corporación, a consecuencia de lo cual se derrotó y la ponencia acerca de ese aspecto puntual pasó al magistrado que le sigue en turno, siendo esa la razón por la cual la providencia quedó finalmente con ponencia compartida.

Como se aprecia, el argumento central de la ponencia derrotada consistía en que la esencia o la razón de ser del reato de “Uso de menores de edad en la comisión de delitos”, radica en el quebrantamiento de esa capacidad de autodeterminación que le asiste al menor de edad para poder llevar a cabo de manera consciente, libre y voluntaria ciertas actividades; lo cual, según se dijo, solo podía ocurrir cuando el menor era instrumentalizado, coaccionado, manipulado, utilizado, inducido, sugestionado para que de esa forma cometa o perpetre ilicitudes en las que no está actuando de manera libre, consciente y voluntaria. Y que, por tanto, cuando el menor de edad de manera libre, consciente y voluntaria y a sabiendas de lo que hace, activamente interviene en la comisión de un delito, no se estaría frente a un caso de instrumentalización, manipulación o coacción, sino de una típica hipótesis de coautoría o de coparticipación criminal.

Esa singular postura no es compartida por los integrantes de la Sala mayoritaria, porque consideramos que para la configuración del novedoso tipo penal de “uso de menores para la comisión de delitos” no se requiere analizar por parte del juez si el menor involucrado obró “a sabiendas de lo que hacía”, dado que este ingrediente es totalmente ajeno o extraño a tal ilicitud. Ni se podía tampoco exigirle a la Fiscalía que presentara prueba a ese respecto, en cuanto solo le bastaba por ley demostrar que en la ejecución del hecho se había “utilizado a un menor” y que quien lo hizo obró a sabiendas de esa minoría de edad de parte del copartícipe.

De ese modo, en relación con la pregunta: ¿de qué manera o en qué forma se viola o se pone en peligro el bien jurídico de la *autonomía personal* en cabeza del menor?, que es lo que en esencia preocupa a la tesis expuesta en la inicial ponencia, la Sala mayoritaria no duda en sostener que esa afectación se da, no únicamente cuando se obliga al menor en contra de su voluntad a ejecutar conductas delictivas, sino también cuando se cuenta con esa voluntad que se entiende viciada.

Lo que se acaba de afirmar por la Sala mayoritaria es contundente si en cuenta se tienen los siguientes argumentos tanto fácticos como jurídicos:

1.- El porte ilegal de arma de fuego trae como uno de sus agravantes específicos el hecho de “obrar en coparticipación criminal”; pero tal situación no entraña que esa coparticipación abarque “el uso de un menor de edad”. Y es así porque la citada agravante tiene fundamento en la coparticipación con otro, independientemente de la edad de la persona que es elemento adicional de mayor connotación y censurable en forma independiente en el tipo penal de *uso de menores de edad en la comisión de delitos*.

2.- Sea como fuere, para el caso singular esa agravante no fue ni siquiera atribuida al justiciable; luego entonces, sobran disquisiciones acerca de la posible existencia de un delito complejo que haga inviable el concurso material efectivo y se torne en aparente.

3.- El tipo penal de *uso de menores en la comisión de delitos*, es una figura especial llamada a concursar con el tipo penal de porte ilegal de arma de fuego como quiera que protegen bienes jurídicos distintos.

4.- El bien jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro en la conducta de uso de menor, como ya se dijo, es la autonomía personal, en cuanto se parte del entendido que esa utilización es un acto de aprovechamiento indebido de la condición de inmadurez en que se encuentra, porque de no mediar ese aprovechamiento el menor no habría tomado parte en el asunto. Razón por la cual es totalmente entendible que el dispositivo 188D que consagró el delito de *uso de menores en la comisión de delitos*, establezca expresamente que: **“el consentimiento del menor no es considerado causal de exoneración de responsabilidad penal”.**

Es que si lo anterior no fuera así, el tipo penal en comento sería virtualmente inaplicable, porque entonces quedarían por fuera situaciones de tanta gravedad como la utilización de menores sicarios, quienes están dispuestos a aceptar su participación con tal que exista de por medio una retribución, lo que por supuesto no quita ni pone al abuso que de él se hace de parte de terceras personas inescrupulosas, con miras a evadir la acción judicial. Y tiene que ser así, porque precisamente fue esto y nada diferente lo que llevó al legislador a la creación de este nuevo dispositivo autónomo e independiente.

Nótese que el punible se configura no solo con “constreñir” o “instrumentalizar”, como son los verbos rectores que podrían llevar a pensar que cuando el menor participa voluntariamente entonces no se incurre en esta ilicitud, sino además y por fortuna con la simple “UTILIZACIÓN” del menor, sin que por supuesto pueda asegurarse -como creemos lo pretende hacer ver equivocadamente el salvamento de voto de esta Sala- que ese uso del menor tenga que ser “sin la voluntad de este”, cuando de entrada se sabe que si el menor ofreció o concedió su voluntad la misma se consideraba viciada por inmadurez sicológica y por lo mismo ineficaz para todos los efectos legales. He allí precisamente el abuso y el aprovechamiento que se sanciona.

[…] lo que se acaba de asegurar no es nada diferente a lo que se extrae de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que trató a fondo el punto en controversia. Obsérvese:

En la sentencia C-121/12 se analizó la demanda de un ciudadano quien sostuvo que la nueva norma (artículo 188 d introducido por medio del artículo 7º de la Ley 1453 de 2011) que tipificó el uso del menores de edad en la comisión de delitos, infringe el principio del *non bis in idem* o no dos veces lo mismo en cuanto ese proceder ya era castigado por la ley mediante la figura de la autoría mediata o de la coparticipación criminal en grado de determinación. Luego de su análisis el órgano de cierre concluyó, con carácter vinculante, que esa aseveración no era válida porque no existía igualdad de objeto, e igualdad de causa, y por demás, el bien jurídico tutelado en cada caso era distinto. Los apartes más relevantes de ese precedente enseñan:

*“[…] contrario a lo expresado por el ciudadano [..] en su demanda, no se presenta vulneración de la mencionada garantía comoquiera que no concurre la triple identidad que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, debe concurrir para que una regulación legal se considere trasgresora de dicha prohibición […] para afirmar la vulneración al non bis in idem, en el evento de prohibiciones o sanciones concurrentes, se requiere acreditar la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones, o configuraciones normativas. Esta triple identidad no se presenta entre las dos regulaciones a que hace referencia el actor, para sostener la doble incriminación de una misma conducta.*

*[…]*

*La norma que penaliza de manera autónoma el uso de menores de edad para la comisión de delitos ampara el bien jurídico de la autonomía individual de los menores de edad, en tanto que a través de los tipos penales realizados por actores mediatos, determinadores, o instigadores que se valen de menores de edad para la comisión del delito, se protegen diversos bienes jurídicos como la vida en el caso del homicidio, el patrimonio económico en el de la estafa; la salud pública cuando los menores son usados para traficar con estupefacientes; la seguridad pública cuando se le involucra en actos terroristas, etc.*

*[…] A partir de la norma acusada, a una misma persona se puede formular reproche por la instrumentalización de un infante o adolescente para la comisión de un ilícito, y simultáneamente se le puede reprochar la afectación del bien jurídico que se protege con éste. Esto sin embargo, no entraña quebrantamiento a la garantía de la prohibición de doble incriminación por parte del legislador, toda vez que se trata de valoraciones que recaen sobre conductas que presentan diferentes contenidos y alcances, y que cumplen el cometido de proteger bienes jurídicos diferentes. No se trata en consecuencia, del mismo reproche, sobre una misma conducta y en relación con una misma persona.*

*[…] encuentra la Corte que el legislador, en desarrollo de su potestad de configuración normativa en materia penal, erigió en tipo penal autónomo el uso de menores para la comisión de delitos, conducta punible que puede presentarse de manera independiente, o en concurrencia con el ilícito fin para el cual ha sido instrumentalizado el menor de edad. Esta opción legislativa, representa sin duda un endurecimiento de la política penal para enfrentar la criminalidad que apela al uso de menores de edad, pero de ello no se deriva su inconstitucionalidad”.*

Es tan contundente el referido precedente en su postura frente a tan sensible tema, que incluso al penetrar la Corte Constitucional en el análisis de un tipo penal tan singular como el constreñimiento para delinquir agravado cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, que como es sabido está dentro del mismo bien jurídico tutelado de la autonomía personal, para efectos de establecer si ese dispositivo podría violar el *non bis in ídem* en caso de llegar a ser aplicado simultáneamente con el de uso de menor para delinquir, sostuvo la alta Corporación que aún en ese evento no se viola el referido principio de no doble punición. Veamos lo que textualmente se dijo:

*“Frente a la censura relativa a que la tipificación autónoma del delito de uso de menores de edad en la norma acusada, vulnera el non bis in idem, comoquiera que ya existe un tipo penal de constreñimiento para delinquir agravado cuando se comete sobre menor de 18 años (Arts. 184 y a85 Cod. P)[[2]](#footnote-2). Encuentra la Sala que en relación con esta hipótesis tampoco se presenta la triple identidad a que se viene haciendo referencia (persona, objeto y causa). Aunque se trata de tipificaciones establecidas para proteger el bien jurídico de la autonomía personal, son conductas que presentan configuraciones de muy diverso alcance. Mientras que en la nueva disposición, que corresponde al artículo 188 D del Código Penal, se reprocha el acto de usar al menor de edad a través de la inducción, el facilitamiento, la utilización, el constreñimiento, la promoción o apelando a cualquier otra forma de instrumentalización para cometer delitos; en el tipo penal de constreñimiento para delinquir (184), agravado “cuando la conducta se realice respecto de menores de 18 años” (185), se censura el solo constreñimiento, “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.*

Y remata el órgano de cierre con esta contundente aseveración:

*“En conclusión, la tipificación autónoma del delito de “uso de menores de edad para la comisión de delitos”, prevista en el artículo 7° de la Ley 1453 de 2011, no vulnera el principio del non bis in idem, como consecuencia de la existencia de normas generales que prevén dispositivos como la autoría mediata y la participación delictiva. No se presenta una identidad de objeto, causa y persona entre el delito previsto en el artículo 7° de la Ley 1453, y el hecho punible que se impute mediante las figuras de la autoría mediata, o cualquiera de las modalidades de participación de menores de edad en la conducta delictiva. Una y otra entidad delictiva presenta diversidad en la conducta y en el bien jurídico tutelado (causa). La penalización autónoma del uso de menores de edad con fines delictivos, representa una decisión de política criminal que desarrolla importantes fines constitucionales como es la protección a los niños y adolescentes de toda forma de violencia física o moral (Art. 44 C.P.). La creación de este tipo penal puede dar lugar al fenómeno del concurso de delitos (ideal o material), respecto de los cuales el legislador ha establecido mecanismo de racionalización de la respuesta punitiva (Art. 31 Cod. P). De cualquier modo, frente a concurso aparente de normas o tipos penales, el operador jurídico, en el ámbito de su autonomía, cuenta con herramientas interpretativas como los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, cuyo cometido es enfrentar, en el plano judicial, eventuales riesgos de vulneración del non bis in idem”.*

De este último aparte se aferró quizá el salvamento de voto de esta Sala para pretender la aplicación alternativa de alguna de esas figuras que dan viabilidad al concurso aparente en el presente asunto, pero ocurre que la realidad de todo el precedente indica que la Corte cerró filas en torno a asegurar que al menos en las hipótesis analizadas en el fallo, una de las cuales coincide con lo que en el presente asunto debate, no existe la más mínima posibilidad de plantear la existencia de una violación al non bis in ídem.

Siendo así las cosas, en atención a que le asiste total razón a los reproches formulados por la Fiscal recurrente, la Sala revocará el fallo opugnado, y en consecuencia se procederá a declarar su compromiso penal de conformidad con las conductas que le fueron endilgadas”.[[3]](#footnote-3)

Nótese de todo lo dicho, que si el Tribunal acogiera la tesis propuesta tanto por la delegada fiscal, como por el distinguido defensor, en el sentido que aplicar esa norma sería dar paso a una responsabilidad objetiva y a la infracción al principio del non bis in ídem, tendría que desconocer: en primer término, la ley, como quiera que el dispositivo en cita expresamente señala que el consentimiento otorgado por el menor para la comisión del delito no se tendrá en cuenta para efectos de la atribución de este delito a la persona del adulto; en segundo término, tendría el Tribunal que pasarse por alto un fallo de constitucionalidad, es decir, una sentencia C proferida por el órgano de cierre en materia de constitucionalidad, que como se sabe es de obligatorio acatamiento de parte de todos los actores en el proceso penal; en tercer lugar, tendríamos que hacer caso omiso al reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal, que fue citado por todos en la primera instancia, comenzando por la propia delegada fiscal; y, finalmente, en cuarto lugar, tendríamos que hacer caso omiso a nuestro propio precedente horizontal -el cual debe acatarse según sentencia T-049/07 de la Corte Constitucional-, como quiera que esta Corporación, mucho antes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ya había dejado decantada su posición sobre tan singular polémica, aunque fuera por Sala mayoritaria, y no hay razón atendible en este momento para cambiar de postura cuando con el paso del tiempo resultó refrendada por nuestro superior funcional.

Sea como fuere, importa destacar o quizá reiterar, que en la polémica se presenta un equivocado enfoque de lo que realmente es una responsabilidad objetiva o la violación al non bis in ídem, y explicamos por qué:

Como es sabido, lo que se quiere significa cuando se habla de la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, es que una persona no puede ser juzgada y condenada por la mera relación causal entre un hecho y el resultado que de él se deriva, haciendo abstracción de toda consideración acerca de lo que constituye la siquis del sujeto agente.

Siendo así, aplicar responsabilidad objetiva en el presente asunto sería dable asegurarlo si a una persona se le condenara por el uso de un menor en la comisión de un delito, no obstante establecerse que este, o sea el adulto, desconocía para ese instante que esa persona con la cual perpetró la ilicitud tenía la condición de menor de edad. O, por citar otro ejemplo, cuando el adulto a pesar de saber que esa persona es menor de edad, tenía claro en su mente que lo que éste realizaba no entrañaba una participación efectiva en el ilícito. Eventos en los cuales, sí se estimaría infringida esa prohibición de exoneración de responsabilidad objetiva. Pero ocurre, contrario sensu, que ninguna de esas hipótesis o algo parecido se está afirmando en el caso concreto.

Ahora, en cuanto a la violación del non bis in ídem, esta podría presentarse si se aceptara como argumento válido, según parece ser el enfoque que aquí se pretende hacer primar, el que un menor pudiera tener a salvo la capacidad de autodeterminación, cuando es sabido que, al menos en materia penal y en nuestro ámbito jurídico, esa posibilidad de autonomía de la voluntad ha sido desestimada para menor de 18 años. Basta decir que muchos otros delitos están edificados precisamente en la condición de ser menor de edad, como por ejemplo la pornografía con menores de edad (art. 218 C.P.) o el estímulo a la prostitución (art. 217 y 217 A ibídem), dado que el núcleo central de la afectación viene dado por el aprovechamiento de esa condición y por la protección integral que merece, independientemente de si poseía o no un mayor grado de madurez, o de que se pruebe, como en este caso por medio de un dictamen siquiátrico, que es capaz de idear y liderar el acto delictivo.

Nótese por tanto, que el eje central de discusión no está orientado por lo que se pueda probar acerca de las condiciones síquicas o anímicas de un determinado menor en un caso concreto, sino por el conocimiento de parte del adulto, en el sentido de saber que en la comisión del delito que realizó se encontraba una persona que tenía esa condición, y que antes que unir su acción a la de éste, a lo que estaba obligado era a evitarla.

Lo que existe es por tanto la presunción de una condición de garante en la persona de todo adulto para proteger la integridad de los menores, porque de estos se presume que no tienen capacidad de autodeterminación -presunción de derecho o iuris et de iure, y no legal o iuris tantum que admita prueba en contrario-.

Se dirá en síntesis, que a juicio de la Corporación -Sala mayoritaria-, y acorde con lo que se ha afirmado, la prueba de siquiatría en la que se pretende fundar una presunta condición de madurez de parte de la menor involucrada en el asunto, es inatendible judicialmente. Y siendo así, la argumentación soportada en ese dictamen debe correr la misma suerte.

Por lo expuesto, la Corporación avala la determinación adoptada por la primera instancia, en cuanto negó la preclusión en el presente asunto.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

-con salvamento de voto-

El Secretario de la Sala,

 WILSON FREDY LÓPEZ

1. Adicionado por el artículo 7º de la Ley 1.453 del 2.011. [↑](#footnote-ref-1)
2. ARTICULO 184. CONSTREÑIMIENTO PARA DELINQUIR. El que constriña a otro a cometer una conducta punible, siempre que ésta no constituya delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y y cuatro (54) meses.

ARTICULO 185. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta tenga como finalidad obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, grupos de sicarios, escuadrones de la muerte o grupos de justicia privada.

2. Cuando la conducta se realice respecto de menores de dieciocho (18) años, de miembros activos o retirados de la fuerza pública u organismos de seguridad del Estado.

3. En los eventos señalados en el artículo [183](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000_pr006.html#183). [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. sentencia de segundo grado de julio 19 de 2016, radicado 666823104001 2013 00047 02, ponencia compartida de los magistrados MANUEL YARZAGARAY y JORGE CASTAÑO. [↑](#footnote-ref-3)