



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Magistrado Ponente

SP390-2023

Radicado 54334

Aprobado Acta 176

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

VISTOS

Se resuelve¹ el recurso de casación interpuesto por la defensa de EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN en contra de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por cuyo medio confirmó, con modificaciones, la decisión que el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de esta ciudad dictó el 30 de mayo de ese mismo año, que lo declaró penalmente responsable del delito de *acceso carnal abusivo*

¹ Derrotada la ponencia inicialmente presentada por el H. Magistrado Hugo Quintero Bernate.

con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

ANTECEDENTES PERTINENTES

1. Fácticos

1.1. En la ciudad de Bogotá, para el mes de junio del año 2014, E.R.S., madre de la menor L.V.C.S. de 13 años y nacida el 3 de abril de 2001, se percató que su hija sostenía una relación de noviazgo con EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN, de 23.

1.2. Tras ese suceso, la progenitora de L.V.C.S. les prohibió la relación. HERRERA BARRAGÁN se alejó, pero, meses después, la menor «hace caso omiso»² y deciden retomar el noviazgo.

1.3. A comienzos del mes de noviembre de ese mismo año el procesado y L.V.C.S. comenzaron a sostener relaciones sexuales. Enterada, la madre de la menor les pide que se asesoren en cuanto a métodos de planificación. Acuden para tal fin a la EPS Cruz Blanca en aras de recibir la instrucción respectiva. No obstante, a finales de ese mismo mes sospechan que L.V.C.S. está en embarazo. El 7 de diciembre de 2014 HERRERA BARRAGÁN y L.V.C.S. le cuentan de esa situación a E.R.S., confirman el estado de gravidez y, con aquiescencia de sus familias, desde esa

² Según se plasmó en el escrito de acusación.

misma época deciden conformar un hogar dentro del cual nació J.D.H.C., el 11 de agosto de 2015.

1.4. A la fecha, la unión marital de hecho persiste, con apoyo y orientación de la Comisaría de Familia.

2. Procesales

2.1. El 24 de agosto de 2015, la delegada Fiscal le imputó a EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN el delito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado* en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 31, 208 y 211.6 del C.P.) ante el Juzgado 21 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá. No se allanó a los cargos ni se solicitó la imposición de medida de aseguramiento³.

2.2. El escrito de acusación se presentó, en idénticos términos fácticos y jurídicos, el 8 de octubre de 2015, y el proceso correspondió al Juzgado 21 Penal de Circuito de Conocimiento de Bogotá, ante quien se adelantó la audiencia respectiva el 17 de febrero de 2016⁴.

2.3. Ante impedimento formulado por el titular del Juzgado 21, el proceso fue asignado al despacho 35 homólogo. Ese funcionario adelantó la audiencia preparatoria el 17 de mayo de 2017⁵. El juicio oral inició el

³ Folio 21 c.1

⁴ Folios 25 y 29, respectivamente del c.1

⁵ Folios 40 y 52, respectivamente c.1

23 de enero de 2018 y finalizó el 31 de enero siguiente con sentido del fallo condenatorio⁶.

2.4. En sentencia del 30 de mayo de 2018, condenó a EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN como autor del delito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado* en concurso homogéneo y sucesivo. Le impuso la pena principal de 204 meses de prisión⁷.

2.5. Apelada esa decisión por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 24 de septiembre de 2018, la confirmó, pero modificó la pena privativa de la libertad para fijarla en 199 meses y 6 días de prisión⁸. En el mismo lapso readecuó la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. De otra parte, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁹.

2.6. La defensa recurrió en casación y en auto del 9 de diciembre de 2019 se admitió la demanda. La sustentación se realizó digitalmente bajo las pautas del Acuerdo 20 de 2020 proferido por esta Sala en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional.

⁶ Folio 71, Cuaderno de Primera Instancia.

⁷ Folios 95 ss, cuaderno de primera instancia.

⁸ Tras advertir que la falladora quebrantó el debido proceso al apartarse, en la dosimetría de la sanción, del mínimo de la pena con fundamento en cuatro de los cinco aspectos que abordó, toda vez que aquellos ya estaban comprendidos en el marco del tipo penal por el que fue condenado.

⁹ Folio 12 ss, Cuaderno de Segunda Instancia.

LA DEMANDA

3. Al amparo de la causal primera del artículo 181 del CPP, acusó las sentencias de violar directamente la ley sustancial al interpretar erróneamente los artículos 208 y 209 del CP, 44 de la Carta Política y 140 del Código Civil.

3.1. Afirmó el casacionista que no se desvirtuó la presunción de antijuridicidad material, pues el carácter abusivo de los actos debe darse con una persona que no haya llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y que no tenga madurez volitiva y sexual.

3.2. Acudió a la sentencia C-876/11 para indicar que la ley civil valida la relación matrimonial de menores entre los 14 y los 18 años, por lo que la ley penal no puede volver delictivo lo que ha prohijado como lícito.

3.3. Trajo a colación también la sentencia C-146/1994 para ejemplificar que cuando las relaciones sexuales con mujer menor de 14 años y mayor de 12 pueden justificarse si con ella se contrajo matrimonio previamente o se estableció una familia por vínculos naturales, más cuando el artículo 117 del Código Civil permite la unión de un varón con una mujer mayor de doce años, y en este caso, la madre de la menor L.V.C.S dio su consentimiento para que su hija y el procesado vivieran como pareja, situación que, además, es objeto de seguimiento por el ICBF.

3.4. Para el defensor, los argumentos de las instancias perjudican los intereses de la familia y del menor J.D.H.C. (hijo del procesado y la menor LVCS). Desconocen la protección reforzada de los derechos de los niños y el derecho a formar una familia, en contravía de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23).

3.5. La errónea interpretación, para el censor, está dada en considerar que todo acto o relación sexual con menor de catorce años, es un delito que no admite prueba en contrario por tratarse de una presunción de derecho, lo que influyó en la sentencia de condena

3.6. Solicitó que se casara el fallo y se absolviera a su prohijado.

Sala Casación Penal @ 2023

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO Y ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

4. La defensa

4.1. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y expuso como fundamento los siguientes hechos:

El joven Edwin Gerardo Herrera Barragán, por intermedio de una amiga en común, conoció a la menor LVCS, y con quien inicialmente mantuvo una relación de novios; la señora Edith Rubiela Sánchez León, madre de la menor, le manifestó que era imposible mantener esa relación en atención de que su hija era una menor de edad, observación que acato (sic.) el joven Herrera

Barragán, retirándose del grupo de amigos de la menor LVCS. La menor contrariando la manifestación de su progenitora, se acercó por segunda vez, reiniciando con joven Herrera Barragán su noviazgo y, es en este periodo, en que ya sostienen relaciones sexuales y fruto de ello, la menor queda en embarazo.

Con esta noticia, la progenitora pone en conocimiento de la Comisaria de Familia, quien le aconsejo (sic.) estar pendiente del estado de la salud de la menor LVCS, ofreciéndole todo el asesoramiento y seguimiento al tratamiento médico del embarazo y de su parto, posteriormente esta entidad puso en conocimiento de las autoridades de los hechos que hoy, son de nuestra atención.

Que conocido el estado de embarazo de la menor LVCS, el joven Herrera Barragán, se presentó en la residencia de la señora Sánchez León, para asumir desde entonces, la responsabilidad al cuidado y manutención de la menor y de su hijo JDHS, nacido en agosto de 2015, siendo así, hasta la presente fecha, y a pesar de las dificultades, se ha desempeñado como un esposo y padre ejemplar proveyendo de lo básico para mantener este hogar estable, conformado desde los finales del 2014.”

4.2. Transcribió apartes de la sentencia C-1095/2003, para reiterar las consideraciones plasmadas en la decisión C-146/1994 frente a la justificación del hecho cuando se establece una familia.

4.3. Aseguró que el avance de la tecnología robustece de información a la juventud por lo que la edad psicológica se desarrolla más rápido, lo que permite consentir un noviazgo, una relación sexual y conformar un hogar.

4.4. Para el defensor, el hijo de la pareja tiene el derecho a tener una familia y no ser separado de ella conforme lo

establecen la Constitución, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la sentencia C-313/2014 y los artículos 14 y 22 del Código de Infancia y Adolescencia.

5. Fiscalía General de la Nación

5.1. Solicitó no casar la sentencia por la causal invocada por la defensa en relación con la errada interpretación de los artículos 208 y 209 del Código Penal. Resaltó que la menor tenía 13 años cuando sostuvo las relaciones sexuales, y el procesado contaba con 23, producto de lo cual nació un niño, circunstancia que confirma que la víctima, por su corta edad, de acuerdo con la norma penal, carecía del conocimiento y la voluntad que exige la ley para consentir este tipo de relación.

5.2. Se refirió a la sentencia SP5099-2018 (radicado 46648), donde se indicó que el consentimiento como causal de exclusión del tipo objetivo no se admite en esta clase de comportamientos que afectan la formación sexual de menores de 14 años, pues la aquiescencia de la menor no es válida, y la decisión de conformar un hogar entre el victimario y la víctima no excluye el delito porque HERRERA BARRAGÁN sabía que LVCS era menor de 14 años.

5.3. Sin embargo, solicitó a la Corte casar la sentencia de oficio, en consideración a que de la providencia C-146 de 1994, se desprende que el procesado estuvo inmerso en un error de prohibición indirecto. Ello por cuanto el sujeto activo creyó que su comportamiento se justificaba al tener

una relación marital de hecho con la menor, cuando no era así, pues en realidad erró sobre los alcances o límites de una causal de justificación consagrada en el artículo 32.2 del C.P.

5.4. Debía tenerse en cuenta que el procesado sustenta el hogar y aporta lo necesario para su menor hijo y para su esposa, por lo que, de confirmarse la condena, se quebrantarían los derechos de estos y del infante.

6. La Procuraduría General de la Nación

6.1. Solicitó no casar la sentencia por cuanto se probó que el procesado accedió carnalmente a la niña L.V.C.S. cuando ella contaba con 13 años, y producto de esos accesos quedó embarazada.

6.2. Indicó que, con la declaración de la menor y las demás pruebas, se demostró el acceso, al punto que el fallo de segunda instancia recalcó que el enjuiciado conocía sobre la minoría de edad de la víctima (13 años) y, a sabiendas, decidió realizar actos consumativos del acceso carnal, es decir, tenía conocimiento y voluntad de la realización de los elementos estructurales del tipo penal. Independientemente del noviazgo, el acusado interfirió en el normal desenvolvimiento de la formación y madurez de la menor, por lo que su conducta también era antijurídica.

6.3. Para el Ministerio Público, no asiste razón al censor cuando indicó que el Tribunal desconoció los artículos 34 y 140 del Código Civil, como quiera que esas normas no

contradican y en nada interfieren con la normativa penal especial que regula y sanciona los actos sexuales abusivos de los artículos 208 y ss. del Código Penal, pues solamente define expresiones gramaticales relacionadas con la edad de las personas, desconociendo además el casacionista, que la sentencia C-534/2005, declaró inexequibles los apartes normativos que establecían esa distinción entre hombre y mujeres impúberes, ya que encontró que esa diferencia era discriminatoria.

6.4. Destacó que conforme con la sentencia C-507/2004, es inconstitucional fijar la edad mínima para que las mujeres contraigan matrimonio a los 12 años, cuando ésta era de 14 años para los varones, pues esa regla afectaba en alto grado el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos.

6.5. En opinión de la delegada, la antijuridicidad se concretó al interferir indebida y abusivamente en el desarrollo psicosexual de la menor. Recordó al respecto los argumentos expuestos en las sentencias 49.845 y 50.889 de esta Corporación y expuso a renglón seguido que en el tipo penal del artículo 208 existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, pues el bien jurídico se vulnera cuando se accede a un menor de catorce años, aún con su consentimiento.

6.6. Destacó que no se demostró que se haya obrado con la convicción errada e invencible de que el trato sexual practicado con la menor no era punible, por estar fundado

en el amor y no en la violencia, el engaño o el abuso, pues el encartado tenía más de 23 años y sabía la situación de minoría de edad de L.V.C.S. Fue advertido sobre ese punto por la progenitora de la víctima, cuando conoció a su hija a los 12 años y los accesos carnales se consumaron cuando ella tenía 13 años, lo que permite concluir que sí se afectó el bien jurídico.

7. El Apoderado de víctima

7.1. En su calidad de defensor público de la Oficina Especial de Apoyo y Representante de Víctimas de la Defensoría del Pueblo, y en representación de la menor L.V.C.S., solicitó que no se casara la sentencia, por cuanto en el presente caso fue palpable la vulneración los derechos de la menor de edad ya que no tenía un pleno desarrollo y consentimiento de su actividad sexual. Ello de conformidad con la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) aprobada el 20 de noviembre de 1989 por las Naciones Unidas.

CONSIDERACIONES

8. Según lo dispuesto en los artículos 32-1 y 185 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, dictar fallo de casación en el proceso seguido contra EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN por el delito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo*.

9. Estructura de la decisión y delimitación del debate

9.1. En orden a emitir la determinación que en derecho corresponda, la Corte se ocupará, en primer lugar, de abordar lo atinente al único cargo postulado en sede de casación por el defensor de EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN y, de no prosperar ese alegato, habrá de analizar, de manera oficiosa y según el planteamiento formulado por la Fiscalía como no recurrente, si existe alguna circunstancia que desdibuje la *culpabilidad* del comportamiento reprochado al procesado.

10. Respuesta a la demanda de casación

10.1. El libelo propone un cargo por vía de la violación directa de la ley sustancial. Se fundamenta en que las sentencias de instancia interpretaron erróneamente los artículos 208 y 209 del Código Penal, 44 de la Carta Política y 140 del Código Civil. En esencia, porque sostienen que toda relación sexual con menor de 14 años es un delito que no admite prueba en contrario por ser una presunción de derecho.

10.2. Las inconformidades planteadas por el recurrente buscan la absolución del procesado bajo el entendido de que es admisible sostener relaciones sexuales con una mujer menor de 14 años cuando se ha conformado una familia, lo que justifica esa conducta porque, materialmente, no se

vulnera el bien jurídicamente tutelado, debido a que la legislación civil permite que las mujeres mayores de doce años contraigan matrimonio.

10.3. Bajo esas premisas, ha de determinarse si el ordenamiento jurídico penal colombiano justifica las relaciones sexuales con una mujer menor de 14 años cuando se ha conformado una familia entre víctima y victimario, motivada por el embarazo de la menor de edad y el alumbramiento de un hijo en común.

10.4. Para ello resulta necesario abordar, en primera medida, el concepto de *capacidad* para contraer matrimonio en la legislación civil, con el fin de desvirtuar posibles fenómenos de antinomia con el ordenamiento penal, específicamente frente al delito por el cual se acusó y condenó a HERRERA BARRAGÁN, esto es, el de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo* (artículos 31, 208 y 211.6 del C.P.).

10.5. Se advierte, de entrada, que es desatinada la alegación que se dirige a cuestionar en los fallos la *interpretación indebida* del artículo 209 del Código Penal (*actos sexuales con menor de 14 años*), pues a su defendido no se le imputó, acusó o condenó por ese comportamiento. Por esa razón, el análisis de la Sala, desde ya se anuncia, no abordará lo atinente a aquella conducta.

10.6. El delito por el cual se acusó y condenó a EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN está consagrado en los artículos 208 y 211.6 del C.P., así:

ARTÍCULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.”

ARTÍCULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: [...]

6. Se produjere embarazo.”

10.7. El aparte del artículo 208 que reza “*de catorce (14) años*” fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-876-2011, donde específicamente se consignó:

5.2.4. Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años¹⁰ frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos:

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

¹⁰ Artículos 208 y 209 del Código Penal, demandados. Debe tenerse presente que el bien jurídico protegido con las acciones que se tipifican es la *Formación Sexual*. En algunos casos, puede presentarse que esa formación se adquiera antes de que el menor cumpla los 14 años. Así las cosas, un bien jurídico que no existe no puede ser contrariado, en otras palabras, y acorde con las voces del tipo penal se podría afirmar que es *imposible corromper lo que ya está corrompido*. Igualmente podría suceder que un menor mayor de 14 años, no tenga formación sexual debido a diferentes eventos como sería un retraso mental, evento en el cual se extendería la protección. En este orden de ideas, que el menor tenga menos de 14 años y pueda ser corrompido, pareciera ser un parámetro que inexorablemente puede no suceder, independientemente de la antijuridicidad material.

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.

[...]

Y si la ley civil de esa manera valida la relación matrimonial de menores entre los 14 y los 18 años, y de esta manera la necesaria convivencia íntima y sexual entre los mismos, no podría la ley penal extender la protección frente a la realización de actos sexuales consentidos a jóvenes y mujeres de esa edad, tomando delictivo lo que ha prohijado como lícito.

[...]

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

10.8. Lo que la Corte Constitucional sostiene en la decisión que declaró la exequibilidad referida, es que (i) los menores de 14 años no han desplegado totalmente su madurez volitiva y sexual; (ii) al sostener relaciones sexuales, aún con su consentimiento, enfrentan experiencias para las que no están preparados; (iii) su inmadurez les acarrea consecuencias indeseadas, como el embarazo prematuro (lo que acaeció en el *sub examine*); (iv) son sujetos de especial protección y además esa protección es reforzada conforme el artículo 44 de la Constitución.

10.9. De paso, la misma providencia que declaró la exequibilidad de la norma frente a la edad de los menores que son víctimas de contactos sexuales, empieza a aclarar el panorama frente a la legislación civil, pues denota claramente que son válidas las relaciones sexuales entre menores de edad, pero aquellos que oscilan entre los 14 y los 18 años, en plena concordancia con las disposiciones de carácter privado que avalan el matrimonio (o la conformación de una familia) entre esta especial población. Por ello se afirma que cuando la ley civil avala el matrimonio de menores entre los 14 y los 18 años, *«no podría la ley penal extender la protección frente a la realización de actos sexuales consentidos a jóvenes y mujeres de esa edad, tornando delictivo lo que ha prohiado como lícito»*¹¹.

10.10. Lo importante en relación con esta interpretación constitucional, es resaltar que el pronunciamiento de la Corte Constitucional se originó en una demanda que pretendía, no que se disminuyera la edad, como ingrediente normativo, a 12 años en el tipo penal, sino aumentarla a 18. Ese aspecto fue el que interpretó erróneamente el casacionista.

10.11. En efecto, en la sentencia C-876/2011, el demandante adujo que los artículos 208 y 209 violaban el artículo 1° de la Constitución *«al no incluir entre los elementos del tipo a personas de los catorce a dieciocho años»*, también, que se vulneraba el artículo 2° de la Carta al *«excluir del tipo*

¹¹ C876/2011

penal menores con más de 14 años», y con el mismo argumento consideró quebrantados los artículos 13, 42, 44 y 85 de la Constitución.

10.12. La pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Penal considera que en el tipo penal consagrado en el artículo 208 del C.P., existe una presunción de carácter absoluto, esto es, *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario. Ha considerado la Corte que el bien jurídico tutelado se vulnera efectivamente cuando se accede carnalmente al menor de catorce años aún con su consentimiento. El legislador presume la falta de capacidad del menor para entender «*el significado social y fisiológico del acto*» (sexual), es decir, las posibles consecuencias de sostener relaciones sexuales a tan temprana edad, por ejemplo, como ya se vio, el posible embarazo (Cf. SP26/09/2000 Rad. 13466, SP04/02/2003 Rad. 17168, SP11/12/2003 Rad. 18585, SP18113-2017 Rad. 49845 y SP921-2020 Rad. 50889, entre otras).

10.13. Bajo este pacífico criterio no se advierte equivocada la interpretación, que sobre este especial punto realizó el Tribunal de Bogotá al artículo 208 del C.P., basado en varias decisiones de esta Sala. Expuso esa Corporación:

6.3.1. La afectación del bien jurídico.

El delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, es parte de los ilícitos que atentan contra el bien jurídico de la integridad y formación sexuales de los niños, es decir, de un grupo poblacional vulnerable, que goza de protección constitucional reforzada.

Para comprobar la efectiva afectación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, se debe tener en cuenta que las

víctimas no pueden otorgar válidamente su consentimiento para terminar siendo coprotagonistas de esta clase de experiencias libidinosas. Al respecto, se ha establecido una presunción de derecho que, por ende, no admite prueba en contrario, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional.

En otras palabras, el sujeto pasivo del delito no está en capacidad de disponer, a su antojo, del interés penalmente protegido, y en esas condiciones, la Ley está para protegerlo, inclusive, de sus propias decisiones, es decir, de aquellas en las que esta aparentemente de acuerdo con el desarrollo de prácticas eróticas tempranas¹².

10.14. Igual interpretación, consonante con la jurisprudencia de la Sala, asumió el *a quo*, al exponer que:

... por la conducta asumida por LVCS podría inferirse que aquella estaba en pleno conocimiento y empoderamiento sobre el ejercicio de su libertad sexual y en consecuencia, la conducta acusada a EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGAN no habría significado daño alguno a los intereses jurídicos de la libertad, formación e integridad sexual. Aunque a simple vista aparece sostenible esa afirmación, lo cierto es que para efectos de estas consideraciones aquella desconoce el que, bajo una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, la edad inferior a los 14 años se estima como insuficiente para otorgar consentimiento al inicio de relaciones sexuales¹³.

10.15. Ahora, para descartar la antinomia entre las legislaciones civil y penal, debe decirse que todas las sentencias traídas a colación por el defensor descartan la posibilidad de que las mujeres menores de 14 años tengan una libre y responsable disposición sobre su sexualidad. Es más, esas mismas providencias confirman que estaba totalmente prohibido en el ordenamiento jurídico sostener relaciones sexuales con mujeres menores de 12, en principio

¹² Folios 8 y 9 sentencia del 24 de septiembre de 2018.

¹³ Folio 8 del fallo del 30 de mayo de 2018.

(y ahí la confusión del censor) con quienes no se tenía conformada una familia, y posteriormente, la prohibición se extendió a todas las menores de 14 años.

10.16. En efecto:

10.16.1. El libelista acude al Código Civil Colombiano (CCC), para referir que hubo una “*indebida interpretación*” del artículo 140 del CCC. Esta disposición establecía originalmente:

“CAUSALES DE NULIDAD. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: [...]

2. Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.”

10.16.2. La confusión del recurrente está en acudir a la interpretación dada por la Corte Constitucional en la sentencia C-146/1994, donde se indicó:

*Entonces, habida cuenta de lo anotado en materia de capacidad para contraer matrimonio y de la consagración constitucional de la unión responsable sin matrimonio como forma de constituir una familia, puede darse el caso -no contemplado por las normas impugnadas- de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio **previamente** o se haya establecido una familia por vínculos naturales. En esos eventos es claro que no se habría cometido el delito pues existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita.”* (negrillas fuera del texto original)

10.16.3. La sentencia referida declaró «*EXEQUIBLES, por no ser contrarios a la Constitución, los artículos 303 y 305*

*del Código Penal (Decreto 100 de 1980). En el entendido que no se cometen los delitos plasmados en ellos cuando el acceso carnal o los actos sexuales diversos del mismo se tengan con mujer mayor de doce (12) años con la cual se haya contraído **previamente** matrimonio o se haya conformado con anterioridad una familia por vínculos naturales, según lo previsto en el artículo 42 de la Constitución» (énfasis fuera del texto original).*

10.17. En tres errores interpretativos de la sentencia de constitucionalidad incurrió el recurrente.

10.18. *Primero.* Parte del supuesto que la Corte Constitucional avaló en esa decisión las relaciones sexuales con menores de 12 años cuando no sucedió así. El fallo refiere claramente que, para 1994, en los casos donde una menor entre 12 y 14 años estuviera casada o hubiera formado un hogar “*previamente*”, con un hombre mayor de 14, se presentaba una justificación que eximía de responsabilidad penal a los mayores de edad que sostuvieran relaciones sexuales (accesos o actos) con una mujer entre 12 a 14 años.

10.19. Esto por cuanto el ordenamiento jurídico civil permitía la unión entre esa población. Y en materia constitucional es obligación tratar de armonizar todas las normas que integran el ordenamiento jurídico. Así lo precisó la decisión en comentario:

“[...] la Corte considera pertinente observar que existe incongruencia entre las normas legales acusadas, que plasman los delitos de acceso carnal abusivo con menores de

catorce años y corrupción, y las pertinentes disposiciones del Código Civil en relación con la edad para contraer matrimonio.

En efecto, como viene de explicarse, la razón de los preceptos acusados reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y auto-control propios de la persona mayor.

Si ello es así, no se entiende cómo el legislador civil ha supuesto esa misma capacidad de consentimiento -que echa de menos la ley penal- cuando se trata de la celebración del matrimonio por parte de la mujer menor de catorce años, pero mayor de doce. En tal caso, a la luz del Código Civil, no resulta afectada la validez del vínculo, aunque falte el permiso de los padres (artículos 140 y 143 del C.C.).

El legislador penal ha debido tomar en cuenta esa regulación y no lo hizo, pues consagró las aludidas conductas delictivas partiendo de la base de la ausencia de consentimiento del menor de catorce años, mientras a tal consentimiento se le dio plena acogida en materia matrimonial.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 42 de la Carta Política, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”¹⁴

10.20. El término “*previamente*”, utilizado por la Corte Constitucional, es esencial para establecer si se presenta o no la justificación que exime de responsabilidad penal al sujeto activo de los actos o el acceso en una mujer mayor de 12 años. Así, queda definido que si una mujer mayor de 12 años y menor de 14, se repite, para 1994, contraía matrimonio o formaba una familia por su decisión libre, su cónyuge o compañero permanente no incurría en los delitos

¹⁴ C-146/1994

consagrados en los artículos 303 y 305 del Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980), pues el cumplimiento de las normas civiles justificaba el hecho.

10.21. *Contrario sensu*, si las relaciones sexuales se materializaron sin que previamente estuviera conformada una familia, no podía aplicarse la causal justificante creada jurisprudencialmente.

10.22. El *segundo* yerro, se centra en suponer que la sentencia C-146/1994 seguía generando efectos jurídicos para el tiempo de los hechos, esto es, octubre de 2014. Para ese año, el ordenamiento jurídico prohibía que una mujer menor de 14 años contrajera matrimonio o formara una familia. Claro, en caso de presentarse la última opción, el Estado debe brindar mecanismos de protección a esos menores de edad, pues la prohibición tiene un fin preventivo.

10.23. Desde la sentencia C-507 del 25 de mayo de 2004, la Corte Constitucional resolvió: «*Declarar **inexequibles** las expresiones “de doce” contenidas en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil*», y «*Declarar **exequibles** las expresiones “un varón menor de catorce años y una mujer menor” contenidas en el numeral 2 del artículo 140 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que la edad para la mujer es también de catorce años*».

10.24. En la misma decisión la Corte Constitucional indicó que para los efectos establecidos en el artículo 143 del

Código Civil, debe entenderse por pubertad, tanto para hombres como para mujeres, la edad de 14 años.

10.25. Posteriormente, en sentencia C-534 del 24 de mayo de 2005, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “*varón*” y también de la expresión “*y la mujer que no ha cumplido doce*”, contenidas en el artículo 34 del CCC, para efectos de las instituciones jurídicas de la “*incapacidad*” y la “*nulidad negocial*”.

10.26. Con estas decisiones se descarta la concurrencia del fenómeno jurídico de la antinomia entre las legislaciones civil y penal. En ambas normatividades se considera que los menores de 14 años son incapaces absolutos; en la *primera*, para contraer matrimonio y para realizar negocios; en la *segunda*, para entender y comprender el significado de las relaciones sexuales y las posibles secuelas que ellas pueden generar, tales como los abusos, la transmisión de enfermedades contagiosas y los embarazos no deseados.

10.27. El *tercer* error que presenta el recurrente es dar por sentado que el caso de su defendido concuerda fáctica y jurídicamente con la consideración plasmada en los fallos C-146/1994 y C-876/2011, para tratar de acomodar la justificante creada por la Corte Constitucional en la primera decisión, y desvirtuar, bajo esa premisa, la antijuridicidad material en el presente asunto.

10.28. Los hechos por los cuales se condenó en el *sub examine*, fueron establecidos por la segunda instancia así:

Se dice que, en el segundo semestre del 2014, Edwin Gerardo Herrera Barragán sostuvo relaciones sexuales con su novia L.V.C.S., cuando esta tenía 13 años y él 23. Producto de dichos encuentros libidinosos, la menor quedó en embarazo y dio a luz a un niño el 11 de agosto de 2015.

Cuando se supo del estado de gravidez de la joven, ella y su pareja decidieron vivir juntos, y por tal camino conformaron un hogar, bajo la figura de la unión marital de hecho, que persiste inclusive hasta el día de hoy, con el apoyo y con la orientación de la comisaría de familia”.

10.29. La primera instancia, que forma con la sentencia del Tribunal una unidad jurídica inescindible, aclaró que la menor LVCS nació el 3 de abril de 2001, que en octubre de 2014 inició la relación con HERRERA BARRAGÁN, quien sabía de su minoría de edad, y que en agosto de 2015 la menor tuvo un hijo.

10.30. Estos hechos no fueron controvertidos por la defensa. Por ello acudió a la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, por el contrario, en su alegato de sustentación del recurso de casación los confirmó, y agregó que la madre de la menor le manifestó que era imposible mantener esa relación en atención a que su hija era una menor de edad. Aunque el acusado acató esa observación, la menor contrarió a su progenitora y por esa vía decidieron reiniciar el noviazgo y sostener relaciones sexuales consentidas que derivaron en el embarazo.

10.31. También aclaró que la madre de LVCS puso en conocimiento de la Comisaria de Familia los hechos y que un mes después de conocer el estado de gravidez de la menor, HERRERA BARRAGÁN se presentó en la residencia de la progenitora, para asumir el cuidado y la manutención de la menor y de su hijo JDHS.

10.32. Conforme ha podido apreciarse, los argumentos del casacionista se desvanecen con facilidad al acudir al precedente jurisprudencial construido en esta Corporación, apoyado en las múltiples decisiones que ha producido la Corte Constitucional que, por cierto, citó el demandante como fundamento de su pretensión. De tal suerte, con relación a la existencia de varias prohibiciones de carácter absoluto en materia penal, conforme con las cuales toda persona debe informarse de la ilicitud asignada al tráfico sexual con personas menores de catorce años y, en consecuencia, la obligación tanto jurídica como social de motivar la conducta conforme a dicha preceptiva, la Corte mantiene un precedente claro e inamovible.¹⁵

10.33. Conforme al mismo:

- i)* Hay una presunción *iuris tantum* acerca de la incapacidad legal absoluta para que una persona menor de 14 años disponga de su derecho a la libertad sexual, es decir, es titular de tal derecho, pero nada más a partir de dicha edad puede ejercer actos de libre disposición;

¹⁵ CSJ sentencia SP921-2020.

- ii) No significa lo anterior que ese derecho se alinee en la perspectiva ordinaria de la capacidad legal, es decir, que por ser menor el titular de ese derecho los actos de disposición puedan resultar convalidados por la intervención del representante legal o, al adquirir la mayoría de edad;
- iii) No se explica tal condición a causa de reconocer algún tipo de alienación, *capitis deminutio*, o similar, sino porque el Estado reconoce una necesidad urgente de protección -que por demás no depende exclusivamente de la legislación interna sino que así lo reclama el derecho internacional como la Convención sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes- , dada la trascendencia que tiene para la vida de un ser humano la administración de su derecho a la libertad sexual, adjunta la mayor vulnerabilidad que registra una persona menor de catorce años;
- iv) En consecuencia, no porque se presuma sino porque el sistema normativo asigna tal connotación, toda forma de tráfico sexual con persona menor de 14 años es penalmente típica;
- v) Así que el consentimiento de la persona menor de catorce años resulta intrascendente en curso a habilitar la licitud de cualquier tráfico sexual con ella, aun cuando permita proyectar la conducta en un tipo penal diverso;

- vi) Lo anterior no trastoca la lógica jurídica conforme con la cual, si bien la responsabilidad penal implica la preexistencia de una conducta típica, el suceso de esta no siempre confluye en la responsabilidad penal;
- vii) Por consiguiente, los tipos penales que prohíben cualquier tráfico sexual con menores de 14 años, no son impermeables al reconocimiento de las formas de eliminación o atenuación de la culpabilidad, como el error en sus distintas variables, porque lo contrario confluiría en formas de responsabilidad objetiva y, ahora agregamos que es así por resultar incompatibles no sólo con el precepto principal del artículo 12 de la Ley 599 de 2000, sino con el artículo 29 de la Constitución, conforme al cual «*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente **culpable***» (negrilla fuera de texto).

10.34. No por tratarse de tipos penales asociados a la protección de la libertad, integridad y formación sexual de personas menores de edad, decaen los derechos y garantías de las personas imputadas, debiendo, caso a caso, hacerse los juicios y valoraciones correspondientes.

10.35. Por esa vía, el cargo formulado no está llamado a prosperar. De ahí que no se casará la sentencia confutada por los fundamentos de la demanda.

11. Intervención oficiosa de la Corte

11.1. Teniendo claro que es viable el error de prohibición, conforme lo planteó el representante de la Fiscalía General de la Nación, en los delitos sexuales contra menores, lo primero que ha de advertirse es que aquel aparece regulado en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, conforme al cual hay lugar a su reconocimiento cuando:

Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

11.2. Para poder arribar a su aplicación es preciso contextualizar que el juicio de reproche involucra las condiciones individuales, personales o específicas del sujeto agente, puesto que nada más a partir de su propia situación, manifiesta en términos de experiencia y circunstancias singulares, es que puede valorarse el carácter injusto de su conducta.

11.3. Estimando que toda persona debe disponer *ex ante* de la suficiente motivación para observar el sistema normativo, porque es lo que debe indicar o estimular a todas las personas en general y a cada una en particular, la manera como debe modular su comportamiento.

11.4. La inobservancia deliberada de un mandato prohibitivo, y motivada hacia un propósito intencionalmente dispuesto al quebranto de la prohibición, constituye el fundamento del dolo, aspecto cognitivo que, como se dijo, depende de las condiciones específicas de la persona con respecto a su conocimiento sobre la existencia y significado de la norma, particularmente de las que implican un mandato prohibitivo.

11.5. De tal suerte, para alcanzar la conclusión de aplicación del tipo doloso, conforme se viene indicando, es preciso que la persona haya dispuesto al momento de realizar la acción o haber omitido la que debió observar, conforme le haya sido demostrado, la suficiente conciencia sobre la existencia del tipo objetivo, en consecuencia, que su acción u omisión hace parte de las prohibiciones del sistema jurídico, y saberse vinculado a la obligación de apropiar su comportamiento conforme a la prescripción.

11.6. Precisamente porque el *error invencible de prohibición* acontece cuando el agente desconoce en términos absolutos la existencia de la prohibición o, porque sin carecer de dicho conocimiento no acierta en la comprensión de lo prohibido por la disposición.

12. Contenido de los testimonios recaudados en el juicio oral

12.1. En aras de abordar la temática propuesta por la delegada Fiscal como no recurrente y que de oficio estudia la

Sala, resulta necesario traer a colación aspectos relevantes de los testimonios rendidos en el juicio oral por la menor LVCS y su progenitora, en aras de verificar si se satisface la antijuridicidad formal y material de la conducta, y por esa vía, determinar si el acusado incurrió o no en *error* en el comportamiento y de qué naturaleza.

12.2. En la sesión de audiencia de juicio oral del 23 de enero de 2018 la Fiscalía presentó, como testigos, a la menor L.V.C.S. y a su progenitora, E.R.S.

12.3. Del testimonio de L.V.C.S., adelantado en cámara *Gesell*, han de resaltarse los siguientes aspectos:

12.4. Identificó al procesado como su “esposo” desde hace aproximadamente 4 años, con quien vive en unión libre, que estaba empezando los cursos 10 y 11. Acerca del trato que ha recibido de su esposo lo calificó como “*Bien, me ha tratado bien, nunca me ha faltado al respeto*”¹⁶.

12.5. Sobre el origen de su relación explicó,

*Porque pues nosotros nos organizamos porque yo había estado recién embarazada y pues nos organizamos, duramos un tiempo pues viviendo con mi mamá y después nos fuimos a vivir nosotros solos con el niño.”*¹⁷ Lo cual suscitó una mayor responsabilidad y recibieron apoyo de su mamá¹⁸.

12.6. Su embarazo ocurrió teniendo 13 años¹⁹, específicamente “*Tenía 13 años y meses no lo sé, creo que 10*

¹⁶ Minuto 00:06:20

¹⁷ 00:07:21

¹⁸ 00:10:49

¹⁹ 00:07:55

meses, creo que era”²⁰. EDWIN siempre supo cuál era su edad²¹. Aspecto que invocó su mamá para oponerse inicialmente a la relación que mantuvieron.

*Mi mamá se opuso porque pues me decía que él era muy mayor para mí, pero pues nos seguimos viendo a escondidas y eso y ya después fue que mi mamá se enteró y lo aceptó. Una de mis abuelitas también, la mamá de mi mamá ella tampoco quería que estuviera con él porque era mayor que yo*²².

12.7. La madre de la víctima testificó con respecto a su relación específica con el procesado “(...) pues igual ya es un vínculo... ya es un vínculo familiar [...] pues en el momento ya estamos parte de familia, ya hay un vínculo familiar como tal entre Laura y Edwin”²³, refiriéndose a él como “mi yerno”.

12.8. Tras explicar que su hija sigue estudiando y que vive con su compañero, agregó:

*Pues, ella comparte ahorita, pues ella... comparte con... con Edwin, pero vive cerca de mí y pues ellos tienen su hogar y están con el niño, igual pues nosotros, ósea mi mamá y yo, siempre estamos muy pendientes de ... de ella, de lo que le falta o lo que necesite, entonces siempre está ahí el vínculo.*²⁴

12.9. De su yerno expuso que trabaja en obras, que se conocieron a través de una amiga común,

Eso fue más o menos para el... cuando ella tenía 12 años, en ese momento, pues yo no tenía conocimiento de nada, ellos empezaron después empecé a ver cierta comunicación por medio del celular y eso, entonces, yo me acerqué hable con

²⁰ 00:08:19

²¹ 00:15:12

²² 00:15:44

²³ Minuto 00:18:51

²⁴ 00:23:11

Edwin y pues le dije que, que ella era menor de y ... pero pues igual ella también tenía en parte como el gusto de estar con él, pero pues habían dejado un tiempo de verse y eso, entonces ya... ya pensé que había estado todo, pues que ya no había nada más, cuando ya me enteré ellos ya tenían una relación mucho más fuerte, ya estaba más avanzada fue cuando me comunicaron que ella estaba, pues, embarazada.²⁵

12.10. De dicha relación tuvo conocimiento alrededor del mes de noviembre de 2014, posteriormente dicha relación se fortaleció,

Pues, empezaron ya... yo pues ya noté cambios en ella, ella ya empezaba a salir, me decía 'mami voy a hacer... voy a hacer una vuelta, me invitaron a comer' pues yo estaba igual pendiente, ella me decía que iba con las amigas, con compañeras, con la mamá de las compañeras y con padres acompañados y en ciertas veces cuando yo la llamaba y estaba pendiente y pues sí, era así. Ya fue más que todo por el medio de la comunicación de ... de que ellos tenían por celular y por el internet, entonces, yo ya revisé y fue cuando me di cuenta de lo que... de lo que ellos estaban ya llevando la relación más allá.²⁶

12.11. También explicó:

Pues que ellos ya salían mucho, hablaban mucho, ya se decían más que palabras de amistad entonces, yo hable con LV y le pregunté y... pues ella me aseguro que sí, pues que la relación no había terminado, que ellos habían seguido, entonces, pues ya después ella ya se asustó porque ya... ya ella vio que no; pues que ya le faltaba el periodo, que ella ya empezó como a preocuparse y yo igual le tenía como... ese seguimiento a ella, esa parte, entonces, ella ya se vio sin salida, ya ella me dijo 'no mami, creo que estoy embarazada' entonces... pues yo acudí a la comisaria, me acerqué a la comisaria y expuse el caso, pues porque yo no sabía cómo era manejar en ese... ese momento, pues la situación. Entonces,

²⁵ 00:25:04

²⁶ 00:26:38

yo me acerqué y allá me enviaron, empezó todo el proceso, igual me acerqué a la EPS, la llevé también al examen, allá la enferma y la doctora le envió los exámenes respectivos, igual ellos también pusieron el proceso también directamente y la comisaria también puso a conocimiento de la fiscalía pues lo que había pasado y ahí empezó el proceso. Se ha ido llevando el proceso por la comisaria donde le han hecho visitas a ellos, donde igual estuvo con psicólogo, donde estuvo... haciendo el respectivo proceso, igual han estado llamando han hecho las visitas, han mirado como ha sido la relación entre ellos y pues hasta el momento no tengo ninguna queja de parte de él que falte con sus responsabilidades, le falte algo al niño, a ella, no. Igual yo estuvo de acuerdo en que ellos pues, formaran su hogar y ahorita pues lo tienen, igual pues está el menor y ya.²⁷

(...)

Pues yo cuando supe del embarazo, él fue el que se me acercó, habló conmigo y con ella, estuvieron los dos presentes, eso fue para el 7 de diciembre de... creo que fue para el 2013 o 14 [...] es que tengo como contrariado las fechas, pero fue para un 7 de diciembre cuando ella quedó embarazada, entonces, pues ellos se acercaron y Edwin hablo conmigo y me dijo pues que, que... que pues le tocaba mandar a hacer el examen que igual no estaban seguros si, si estaba embarazada o no. Entonces, yo le dije a él yo fui muy clara con él que todo iba a ser legalmente que yo había ido a la comisaria, había expuesto el caso, pues porque no quería tampoco consecuencias para mí de que... de que de pronto yo resultara también más perjudicada y pues para que ellos se dieran cuenta que, la responsabilidad que cada uno tenía, entonces yo fui y expuse el caso, pero pues yo nunca demandé, nunca dije 'es que necesito demandarlo' o algo porque en verdad cuando ya supe que ella estaba embarazada ¿a mi para qué me servía él en la cárcel? Si es que igual el bebé lo necesita, pues, hoy en día tienen su hogar y pues el niño está... ya lo conoce.²⁸

12.12. Respecto de la familia de EDWIN explicó,

No pues, hasta el momento que la familia también fue un apoyo muy importante tanto para mi hija como para él, pues

²⁷ 00:27:39

²⁸ 00:31:45

porque los dos llegaron a un punto **pues que jamás pensaron que una pequeña consecuencia sin pensarla pues les iba a traer como tantas cosas**, tantos imprevistos, entonces igual las dos familias nos unimos y pues igual, ellos, siempre están en el entorno de nosotros e igual ellos cuando tienen alguna... algún, algo que no esté yendo bien, que necesiten algo, pues siempre se apoyan tanto en la familia de él como la de nosotros.²⁹

12.13. Dejó claro con respecto a la relación, que:

en ese momento ella me dijo solamente que eran amigos, pues me imagino que lo hizo fue porque ella sabía que yo no estaba de acuerdo en esa relación, pues más que todo por la edad que ambos tenían, yo sabía que él era mayor y pues que ella hasta ahora estaba con 13 años, pues no, no me imagine que pues ella iba a querer un tipo de relación algo más seria, más allá de un noviazgo al que pueda tener uno a esa edad.³⁰

(...)

Si ella en la psicóloga, pues por medio de la Comisaría, ellos empezaron a hacer seguimiento, nos hicieron citaciones a los 3, les hicieron citación a Laura, le hicieron citación a él aparte, a veces nos reunían a los 3, a veces cada uno por aparte, de ¿cómo llevaban la relación, como iba siguiendo el embarazo, que consecuencias había traído después del embarazo, que pensamientos tenía ella, los pensamientos que tenía él, como se estaban relacionando ellos como familia, en pareja, de que si cada uno sabía lo que para ella ser una menor de edad pues tener un bebe, si sabía cómo tenía que manejarlo, de él si sabía cómo iba actuar ante ella? con su relación siendo ella menor de edad y el mayor de edad, todo eso, igual nos hicieron el seguimiento, siempre fuimos a todas las entrevistas que nos mandaron, igual todos los papeles y eso estaban... igual, es más ellos llamaban, llama también seguido, “¿cómo va ella, cómo va el bebé?” hacen las visitas en la casa.³¹

12.14. Puntualizó que,

²⁹ 00:34:37

³⁰ 00:35:58

³¹ 00:36:45

ellos tienen un hogar ahorita, se puede decir que está normalmente, que están bien, pues sí, no falta una que otra discusión, pero la saben manejar, saben cómo buscar esas soluciones de hablar de dialogar, pues [...] ha sucedido también por las terapias que ellos tuvieron con la comisaria y todo eso, pues igual hasta el momento pues Edwin ha sido muy responsable, con los dos, sobre todo con el bebé, ellos tienen un vínculo bueno, no, pues no.³²

13. Lo expuesto en las decisiones de instancia sobre la conformación de la familia

13.1. Sobre el punto bajo estudio, esto es, la constitución de la unión marital de hecho tras el embarazo, la sentencia del Tribunal advirtió lo siguiente:

En efecto, la familia que surgió del abuso sexual es posterior a la consumación del delito, por tanto, no tiene ninguna incidencia en la estructuración del mismo, lo que significa que tampoco es útil para el análisis de las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; razonamiento que se sigue en la sentencia del 30 de mayo de 2018.

En el caso de que algún mérito se le confiriera a la institución en comento, solo podría decirse que su existencia ratifica que L.V.C.S. se vio impulsada por las circunstancias a ajustar su proyecto de vida, a las necesidades derivadas de un proceso de formación y maduración sexual atrofiado por la acción de un hombre adulto.

13.2. La Juez de primer grado, además de referirse a la conformación de la familia, analizó el caso conforme el ordenamiento jurídico actual. Estimó necesaria la protección de los derechos de los menores conforme el artículo 44 de la Constitución Política, y en especial, reforzar esa protección

³² 00:39:51

para las mujeres menores de 14 años por su estado de vulnerabilidad. Así plasmó sus razonamientos sobre el particular:

“[...] solo se constituyó la pretendida familia desde el mes de diciembre de 2014, cuando se conoció el estado de embarazo de la menor y se conminó lo propio por parte de las autoridades de protección. Recuérdese que fue la misma víctima y su progenitora quienes en sus sendos relatos indicaron, que el noviazgo gestado entre LVCS y HERRERA BARRAGAN no tenía una vocación de permanencia en el tiempo más allá de aquel por el que se mantuviera el bienestar de la relación, y que se conformó una unión marital de hecho solo bajo la presión del avance del estado de gestación [...]

Adicionado a lo anterior, el señor delegado del Ministerio Público alegó como factor para determinar la ausencia de dolo en la conducta de HERRERA BARRAGAN, aquellas razones que fundaron las extintas normas del Código Penal que estimaban como factor de ausencia de responsabilidad el evento en el que el victimario decidiera contraer matrimonio con la mujer violentada sexualmente por él. En efecto, esa norma la contempló la ley penal en un periodo de la historia nacional en la que el reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños, niñas, adolescentes y mujeres, y el reconocimiento sobre los derechos sexuales y reproductivos de aquellos, eran materia completamente desconocida en el escenario jurídico nacional. A esta fecha, bajo la óptica de los movimientos legales que reclaman el derecho de la autonomía y la libertad sexual de las niñas y mujeres, el extenso abanico de protección y garantía que sobre esos derechos proclama la Constitución de 1991, los procesos de reivindicación sobre la igualdad de género y la proscripción de criterios de discriminación sobre la mujer, es impensable justificar desde lo legal y con base en una norma ya proscrita, un comportamiento abiertamente contrario a la garantía de la libertad y formación sexual, so pretexto de acogerse por el varón y en su seno protector a la mujer que ha hecho objeto de su satisfacción sexual.”

14. Solución a la problemática planteada

14.1. En el presente caso se tiene que, durante la audiencia pública el acusador mantuvo que los hechos se explican por el propósito de EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN y la menor L.V.C.S. en constituir un hogar, el cual implicó el nacimiento de su hijo en 2015.

14.2. En sustento pidió la declaración de la madre de L.V.C.S., Edith Rubiela Sánchez León, quien manifestó tener un vínculo familiar con el procesado, debido a que hace parte de su familia dada la relación establecida con su hija, de hecho, lo considera su yerno. Informó que al momento de los sucesos la niña estudiaba, cosa que continúa haciendo, que actualmente convive con su compañero, con quien tiene un hogar, que el procesado es empleado y hace trabajos relacionados con techos de inmuebles, que a la menor la conoció a través de una amiga común.

14.3. Puntualizó que en el momento de enterarse que había algún tipo de relación que estaba comenzando, le advirtió al procesado que se estaba involucrando con una menor de edad y le pidió alejarse, cosa que efectivamente hizo, pero fue la niña quien lo buscó queriendo seguir la relación. A consecuencia de ello esa relación terminó por consolidarse y sobrevino el embarazo. Por este motivo acudió a la Comisaría de Familia y empezó lo que llamó “*el proceso*”, lo que generó visitas, intervenciones de psicólogo, y han venido monitoreando la relación por ser una menor la niña involucrada – al momento de rendir la declaración, afirmó que no tiene queja contra él procesado y que consintió en la conformación del hogar –.

14.4. Al tiempo que realizó la responsabilidad como padre y compañero de EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN, expuso haber acudido a la Comisaría de Familia porque no quería asumir responsabilidad por el caso, más no fue su intención denunciarlo, pues el bebé lo necesita.

14.5. Consideró que la pareja no contempló los alcances de la situación, pero recibieron apoyo mutuo de las familias. La sicóloga lo citó a él, así como a la niña e incluso a ella como mamá y, agregó que la edad de la niña fue un tema recurrente durante la intervención.

14.6. El hogar que conformaron lo considera en buen estado, pese a las diferencias que puedan tener, y el beneficio proveniente de las terapias, además resaltó la responsabilidad del procesado.

14.7. Por su parte, la menor a través de cámara *Gesell* identificó al procesado como su esposo, pese a lo cual prefirió rendir el testimonio, cumpliendo 4 años de relación, agregó que tienen un hijo, y definió el trato de su compañero como *“bien, nunca me ha faltado al respeto”*. Explicó la relación a partir de haber quedado embarazada, inicialmente vivieron en casa de su mamá, quedó embarazada a los 13 años y 10 meses aproximadamente, también que sigue estudiando y cuida de su hijo, que el padre cumple con sus obligaciones, que recibieron apoyo de las familias, y que su mamá estuvo de acuerdo porque ello redundaba en beneficio de asumir las responsabilidades y cuidado del hijo.

14.8. El propósito fue continuar sus vidas, ella estudiando, el procesado sabía cuál era su edad cuando iniciaron su relación, por lo cual hubo oposición de parte de su mamá y de sus abuelas dadas las diferencias de edades, pero continuaron a escondidas suyas, conforme ambos lo acordaron, pero han venido recibiendo apoyo de las dos familias.

14.9. Con base en lo anterior se tiene que:

i) El procesado EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN junto con la menor establecieron una relación de pareja, se involucraron siendo ella menor de 14 años y él mayor de edad, lo cual comprometió la sexualidad de ambos;

ii) No hubo agresión o violencia contra la voluntad de la menor;

iii) El procesado carente de toda inclinación proclive, no obstante, advertido de la edad de la niña con la que estableció dicha relación, persistió en ella sin acudir a maniobras de ocultamiento que le sugirieran haber concluido que ello le aparejaba alguna clase de responsabilidad penal;

iv) De tal suerte, la relación no se interrumpió y antes bien adquirió a voluntad de la pareja y con el favor de sus familias, una condición aún más sólida, explicándose ese supuesto en el hecho del embarazo sobreviniente de la menor y el posterior nacimiento de su hijo.

14.10. Todo lo anterior permite concluir que el procesado EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN no interpretó que estuviese impedida su acción, jurídicamente hablando, a consecuencia de un mandato prohibitivo.

14.11. Dicha conclusión adquiere consistencia sobre bases demostradas: i) en momento alguno se orientó a ocultar la relación, ii) el nacimiento de su hijo lo asumió no como fruto de una ilicitud, sino como desarrollo normal de una situación igualmente regular, iii) asumida su relación con la menor como algo lícito, la formalizó mediante una convivencia que implicó la asunción ejemplar del rol de padre y el rol de compañero, con el beneplácito de las familias, en particular de la madre de su compañera.

14.12. La prueba objetiva permite concluir la asunción de su propia conducta como algo que no estaba penalmente prohibido.

14.13. Consecuencia de lo cual se concluye en la inexistencia del más mínimo propósito intencionalmente orientado al quebranto de lo prohibido por la norma penal.

14.14. Esto deriva de varias condiciones igualmente demostradas que permiten predicar la *invencibilidad*.

14.15. En primer lugar, el hecho así mismo demostrado, de que no se trata de una persona a la que haya de exigirse una mejor comprensión de su comportamiento, como

pudiera hacerse con alguien de mayor escolaridad, experiencia, o posibilidades. No tenía conocimientos jurídicos que permitieran determinar que supiera que estaba prohibido tener una relación sexual consentida con menor de catorce años. Quedó demostrado en el juicio, a través de los testimonios de cargo, que él debía desempeñarse en actividades de *construcción*³³, no cualificadas e, incluso, laboralmente inestables (la madre de L.V.C.S. aseveró que laboraba «*haciendo techos en drywall y obras*»).

14.15.1. Es más, como narraron las declarantes, la familia de HERRERA BARRAGÁN y la de su compañera debieron proveerles ocasionalmente el sustento, actos todos siempre encaminados a mantener el hogar que previamente conformaron.

14.16. Como segundo aspecto, fue iniciativa de EDWIN GERARDO y acordado con L.V.C.S., establecer una relación de pareja con ocasión de la cual sucedieron los contactos sexuales, siendo ella menor de catorce años. Justamente por razón de ese *pacto* es que ella lo identifica como “su esposo” y la madre de esta última, como “su yerno”.

14.16.1. Por esa vía, al acusado y a la menor no les dijeron sus familiares que fuera delito tener relaciones sexuales, mucho menos por la edad que tenía la menor al tiempo de los sucesos. Sí les expresaron, en un principio, – particularmente la progenitora de L.V.C.S. – que no estaban de

³³ En los términos del escrito de acusación.

acuerdo en la relación por la diferencia de edad, que es distinto.

14.17. De todo lo anterior emerge con claridad que tan regular interpretaron su relación, que la orientaron a la conformación de un hogar, y que contó con el aval de las familias, quienes acogieron favorablemente dicha posibilidad, no la cuestionaron e incluso contribuyeron material y afectivamente a su consolidación. Lo cual claramente constituye una circunstancia material de consideración social para que EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN concluyera que todo cuanto hizo y se proponía en el futuro inmediato era lo más correcto.

14.18. Esa interpretación es correspondiente con el hecho de asumir su rol de padre, sin reparo por lo sucedido previamente. En este específico caso, la decisión de conformar una familia no debe observarse como un hecho posterior, aislado del embarazo, para mostrarlo como una consecuencia impuesta, separada de una relación afectuosa y no esencialmente libidinosa. En otras palabras, el comportamiento constituye un todo, desprovisto del abuso y no como actos separables a los que se les haya de atribuir finalidades y consecuencias distintas.

14.19. Condición que contribuye a reforzar que EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN actuaba bajo la convicción *invencible* de estar observando el comportamiento correcto.

14.20. Desde este punto de vista la Sala considera satisfechas las condiciones que permiten reconocer la existencia de un *error de prohibición invencible*. Dejando claro, como lo dijo arriba que se reafirma en su precedente jurisprudencial, entendiendo que existe un mandato prohibitivo acerca de la realización de cualquier tipo de conducta sexual con menores de catorce años.

14.21. Tales son las razones para que la Corte decida casar de oficio la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá para absolver al procesado del delito objeto de acusación. De igual manera, se habrá de cancelar la orden de captura emitida en su contra por razón de esta actuación.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR, por el cargo formulado en la demanda, la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

CASAR DE OFICIO, por las razones expuestas en esta decisión, la sentencia de segunda instancia que confirmó la condena impuesta a EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

ABSOLVER a EDWIN GERARDO HERRERA BARRAGÁN de la conducta por la que fue acusado.

ORDENAR al juzgado de primera instancia la cancelación de la orden de captura librada contra el procesado y de cualquier anotación o medida que afecte sus derechos por cuenta de este asunto.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen,


HUGO QUINTERO BERNATE

Salvamento de voto

Presidente



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

SALVAMENTO DE VOTO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



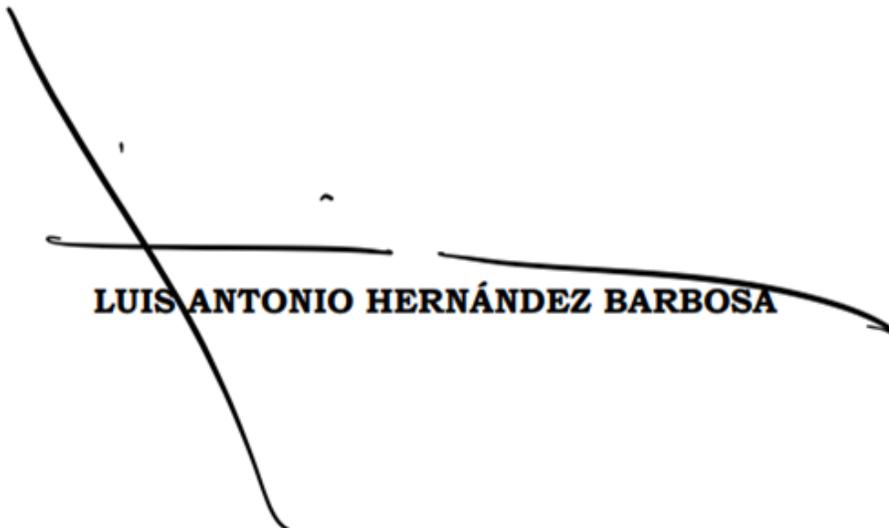
GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Sala Casación

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria