

Un error de prohibición sin error*

*Carlos Roberto Solórzano Garavito***

*Fernando Velásquez Velásquez****

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con dos aclaraciones de voto, reconoce la existencia de un error de prohibición directo invencible en un caso en el cual un joven de 18 años fue procesado y condenado por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, a una pena de catorce años; según ese organismo, el yerro fue inevitable y el mismo, dado que el derecho colombiano acoge la teoría estricta de la culpabilidad en esa materia, hace excusable la conducta típica y antijurídica desplegada.

I. El texto de la Sentencia

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de C.C.C.P., contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2017 por el Tribunal Superior de Manizales, que revocó el fallo absolutorio dictado el 13 de noviembre de 2014 por el Juzgado 5.º Penal del Circuito de esa ciudad y, en su lugar, lo condenó a catorce (14) años de prisión como responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años.

* El proveído inserto se corresponde con la Sentencia SP921-2020, fechada el seis de mayo de 2020, expedida dentro del radicado 50889 con ponencia del magistrado Gerson Chaverra Castro y contó con dos aclaraciones de voto.

** Doctor en Derecho de la Universidad de Santo Tomás; profesor de Derecho Procesal Penal, Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: car-solorzano1@gmail.com

*** Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co

HECHOS

C.C.C.P. y la joven M. del M.M.S, quienes vivían en Manizales, en junio de 2009 se hicieron novios, época para la cual ella tenía 13 años y 7 meses de edad. Durante su noviazgo, sostuvieron trato sexual en la casa de su señora madre, que en algunas ocasiones consistió en simples tocamientos y en otras el acceso carnal, actos que se repitieron antes de que la menor cumpliera los 14 años de edad.

ANTECEDENTES

El 3 de septiembre de 2013 en audiencia preliminar ante la Juez 6.^a Penal Municipal de Manizales con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación a C.C.C.P. por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 del Código Penal), frente a la cual manifestó que no se allanaba.

El día 28 del mes y año citados, la Fiscalía radicó escrito de acusación por el concurso heterogéneo de delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años y el 7 de marzo de 2014 ante el Juez 5.^o Penal del Circuito de esa ciudad, la verbalizó.

El 16 de diciembre de 2014, el Juez en correspondencia con el anuncio del sentido del fallo absolvió al acusado «al existir duda de la responsabilidad criminal».

Por estar en desacuerdo con el *a quo*, la Fiscalía impugnó la sentencia; el Tribunal Superior de Manizales al decidir la apelación la revocó y condenó a C.C.C.P. por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años. Dispuso en consecuencia su captura, la cual hasta el momento no se ha materializado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Al amparo de la causal 3.^a del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en la demanda se postulan dos (2) cargos por violación indirecta de la norma de derecho sustancial por errores de hecho.

1. Falso juicio de identidad (Principal).

En la introducción del cargo, el recurrente reproduce las reflexiones del *a quo* acerca de la inexistencia o ínfima lesividad del bien jurídico tutelado, y las del *ad quem* sobre la presunción de derecho consagrada en el tipo penal que hace antijurídico el trato sexual de la menor con el acusado.

A continuación, presenta la evolución legislativa y jurisprudencial del principio de antijuridicidad, para concluir que en los delitos de peligro abstracto como son los de los actos sexuales abusivos, no puede presumirse *iuris et de iure* la antijuridicidad material.

En el desarrollo del reproche, señala que el testimonio y peritazgo de Ricardo Sarmiento García, médico del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses, fueron distorsionados; si el Tribunal no hubiera incurrido en dicho error, habría concluido en la inexistencia de lesividad del bien jurídico y confirmado el fallo absolutorio.

2. Falsos juicios de identidad (Subsidiarios).

Empieza por abordar el error de prohibición, después los alegatos del Ministerio Público, y por último, lo dicho por los jueces de instancia.

El impugnante expresa que el Tribunal a partir de la versión del acusado, negó su existencia y lo acusa de confundirlo con el de tipo.

Agrega que las declaraciones de la víctima M. del M.M.S, de M.A.C.G. y de C.C.C.P. fueron objeto de cercenamiento. Para su demostración reproduce las partes de la sentencia en las cuales el Tribunal las analiza y otorga valor probatorio.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El recurrente.

Luego de aludir a los fines de la casación y señalar que en la demanda propone una única censura al amparo de la causal 3.^a del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en la cual postula dos cargos por falsos juicios de identidad, el casacionista acusa al Tribunal de dejar de aplicar los artículos 11 y 32.11 del Código Penal, relativos a la antijuridicidad material y al error de prohibición.

En el primero por ausencia de antijuridicidad material, expresa que la conducta típica es contraria de derecho, pero no toda conducta típica y contraria a derecho es antijurídica. Añade que los juzgadores asumieron posiciones antagónicas en relación con la antijuridicidad material en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; mientras *a quo* sostiene su inexistencia, el *ad quem* dijo lo contrario.

Manifiesta que el reparo conceptualiza la antijuridicidad y respaldado en jurisprudencia de la Sala, especialmente el fallo del 2 de julio de 2009, rad. 29117, no comprende por qué el acceso carnal abusivo siendo delito de peligro abstracto contempla una presunción *juris et de jure*, la cual resulta incompatible con el mandato del artículo 11 del Código Penal.

Culpa al Tribunal de ignorar los aspectos relevantes expuestos por el médico Sarmiento García, que robustecían la tesis de la antijuridicidad material, y acudir a la presunción de derecho admisible en vigencia del Decreto 100 de 1980, sin tener en cuenta el principio de lesividad ínsito en el precepto legal. Dicho desconocimiento infirió grave daño al acusado que solo puede ser reparado con el pronunciamiento que reclama de la Corte.

Para el demandante, el *ad quem* en orden a negar el error de prohibición asevera que el acusado era conocedor de la conducta reprochable, por ser un adulto y no un niño.

A raíz de tal aserción, como la sentencia concluye que el implicado conoce después la ilicitud de su comportamiento y la prueba no muestra que ese conocimiento sea anterior, el error alegado se estructura, razón por la cual pide casar el fallo del Tribunal y dejar en firme la absolución proferida en primera instancia, pues el inculpado no merece ser sujeto de pena.

2. Los no recurrentes.

2.1 La Fiscalía.

El Fiscal Delegado cita tres antecedentes, en los cuales la Sala sostiene que en la realización de los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, aun cuando el sujeto pasivo dé su aquiescencia, el legislador presume su incapacidad para disponer de su sexualidad. Expresa que tal presunción es de carácter absoluto y no admite prueba en contrario, ya que el menor de catorce años debe estar libre de interferencias en materia sexual y por eso prohíbe las relaciones sexuales. Prohibición que para la ley se traduce en el deber de abstención y de indemnidad e intangibilidad de su sexualidad.

Por esta razón, no le es dado al recurrente entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual que la ley establece a favor de los menores, con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo en razón a su conocimiento y experiencias anteriores. Ni tampoco es posible que invoque razones de política criminal, con el fin de establecer que la edad es referente del legislador para suponer la inmadurez psicológica, porque ella no se ajusta a la realidad social o para promover un cambio legislativo.

Estima que el Tribunal acogió el criterio jurisprudencial, sin que pueda afirmarse la inexistencia de menoscabo del bien jurídico o de un daño ínfimo, mientras la joven en virtud de la presunción estaba en incapacidad de afrontar el trato sexual con el endilgado. El consentimiento no es válido para sustentar la ausencia de antijuridicidad material, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar. En relación con el segundo reparo, el Fiscal Delegado señala que en el fallo de segunda instancia el juzgador omitió aspectos de los testimonios de M.A.C.G. y del acusado, los cuales son determinantes para probar que C.C.C.P. actuó bajo un error de prohibición, al obrar bajo la convicción social de estar haciendo lo correcto, a pesar de la oposición de la madre a la relación afectiva de su hija con aquél.

Así las cosas, en el intelecto del inculpado no existió la idea de incursionar en un acto socialmente reprochable, luego la sanción penal está fundada en trazos de responsabilidad objetiva.

Para el Delegado, el padre del acusado no encontró razones para advertir a su hijo sobre la edad de su novia, lo cual, en caso contrario surgía la necesidad de prevenirlo acerca de que su conducta incursionaba en terrenos penales, y aunque parezca nimio es relevante, porque lo revelado por el procesado en su declaración es que la relación con la menor se caracterizó por el afecto y manifestaciones de amor comunes en los novios, sin constituir afrenta al bien jurídico, afirmación que tiene sustento en sus condiciones personales referenciadas por el Tribunal.

En este punto, la Fiscalía Delegada considera erróneo el razonamiento del *ad quem*, toda vez que de esas condiciones y del desenvolvimiento en la sociedad, se sigue la imposibilidad del endilgado de actualizar la conciencia de la antijuridicidad de los comportamientos atribuidos.

Por eso, el fallador de segundo grado frente a la falta de capacidad de la menor para disponer de su libertad y formación sexuales, debió reconocer que C.C.C.P. era sano de mente, inteligente, cursaba último año de secundaria, con acceso a los medios de comunicación e informática, habiendo recibido como se hace en todo establecimiento educativo plena información que lo ubica en un plano de imputabilidad evidente; sin embargo, las mismas no indican inexorablemente que hubiera tenido la posibilidad de actualizar la conciencia del injusto, porque no basta deducirlo sino que tal circunstancia depende de las condiciones reales que le hubiera permitido crear dicho conocimiento.

A pesar de que el inculcado superaba por muy poco los 18 años de edad apenas estaba terminando su bachillerato y vivía al cuidado y supervisión de sus padres, según lo revelado por la prueba testimonial en el juicio oral, no había tenido un desenvolvimiento social amplio como tampoco en el ámbito laboral y mucho menos desarrollado su sexualidad. Con fundamento en sus respuestas, la Fiscalía juzga pertinente afirmar que la comprensión del inculcado sobre el respeto de la sexualidad de otro, estaba representado en sustraerse a la violencia para obtener la satisfacción sexual.

Agrega que Marco Antonio Correa afirmó que su hijo cursaba último año y su entorno estaba caracterizado por el trato con menores a él, apenas comenzaba a forjar sus relaciones interpersonales y su primera relación íntima la tuvo con la ofendida. Dice que una máxima de la experiencia enseña que las personas que avanzan a la ciudadanía no comprenden las reglas de derecho penal y, por tanto, cuando cumplen la mayoría de edad les resulta exigible actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Advierte que en casos como este, donde la socialización es deficiente, jóvenes de las características del implicado se ocupan de cosas de la sociedad de consumo y muy poco de aquellas que tienen que ver con la legislación penal vigente. Aclara que haber optado el acusado por estudiar la carrera de derecho, no implica que en el momento del hecho tuviera conciencia de la antijuridicidad o de las consecuencias que le podría acarrear las

relaciones sexuales con una menor de catorce años, toda vez que desde la fecha de los hechos a hoy han transcurrido cerca de diez años.

En tales condiciones, la Fiscalía Delegada pide reconocer el error de prohibición, por no estar probado que C.C.C.P. hubiera actualizado el conocimiento de la antijuridicidad.

2.2 Ministerio Público.

La Delegada para la Casación Penal expresa que el bien jurídico tutelado en el artículo 208 del Código Penal, es el de la libertad sexual entendida como la facultad y el derecho de la persona humana a elegir, rechazar, aceptar y determinarse en su actividad sexual. El legislador al establecer el límite de edad en él, presume que los menores de 14 años no tienen la capacidad para decidir libremente y en ese orden considera un abuso el trato sexual.

En este asunto, afirma que el bien jurídico se vulneró en la medida que la menor tenía 13 años y algunos meses más, es decir, carecía de facultad para decidir en el terreno de la sexualidad, razón por la cual el cargo primero no está llamado a prosperar.

En cuanto al segundo reproche, observa que el Tribunal al valorar las condiciones personales de la víctima, y el contenido y alcance demostrativo de lo dicho por el padre y su hijo, alude al conocimiento que tenía la pareja de la ilicitud de su actividad sexual, evidenciado en la menor al negarla ante su progenitora; además la progenitora del procesado fue quien encendió las alarmas al llamar la atención de la mamá de la joven para que tuviera cuidado con el comportamiento de ésta, cuando salía del apartamento y la dejaba sola.

Y contrario a lo reclamado por el libelista, la representante del Ministerio Público advierte que el Tribunal admitió el contenido de los medios demostrativos y dando alcance a los criterios de valoración con sujeción al principio de libertad probatoria, para la asunción del conocimiento que lo llevara más allá de la duda razonable, consultó la prueba encontrando particulares condiciones expuestas en el juicio por el endilgado, para concluir que no se hallaba en situaciones que le impidieran comprender la ilicitud, como se desprende de su formación y comportamiento antecedentes y posteriores al hecho.

Pide casar oficiosamente la sentencia, al no existir prueba de los actos configurativos de la conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal, la cual tampoco fue objeto de censura.

Adicionalmente considera que habiendo sido el trato sexual producto de una relación amorosa, en la que no hubo ninguna circunstancia que influyera negativamente en la conducta de la menor, esto es, coacción, violencia o intimidación por parte de C.C.C.P., no existió el dolo y, por tanto, solicita absolverlo del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

CONSIDERACIONES

Con sustento en la causal 3.^a del artículo 181 de la ley 906 de 2004, el impugnante presenta una única censura compuesta de dos cargos, ambos por errores de hecho por falso juicio de identidad.

1. Falso juicio de identidad.

El demandante aduce que si el Tribunal no hubiera tergiversado el testimonio y dictamen de Ricardo Sarmiento García, médico psiquiatra adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, habría tenido que darle la razón al *a quo* cuando afirmó que no existió vulneración del bien jurídico protegido, o si la hubo «el daño es notoriamente ínfimo», en el entendido que el comportamiento de C.C.C.P. no «significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal».

Para llegar a esta conclusión, el casacionista parte de la confrontación de los fallos de instancia en los que los jueces asumen disímil posición, en relación con la existencia o no de una presunción *iuris et de iure* en el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, acogiendo la del *a quo* que la niega y, en consecuencia, entiende permisible con sustento en el principio de lesividad que en este caso no hubo lesión al bien jurídico o cuando más fue «ínfima».

En el esfuerzo por enseñar que la tesis del de primera instancia es la correcta, con apoyo en doctrina advierte que la antijuridicidad material consagrada en el artículo 4 del Código Penal, convirtió los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, para enseguida reproducir en extenso el fallo de la Sala del 15 de septiembre de 2004, rad. 21064, relacionado con dicha clase de delitos, y citar otras¹.

Manifiesta que el rastreo jurisprudencial, evidencia que en materia de delitos sexuales, en especial los descritos en el capítulo II del Título IV del Código Penal bajo la denominación «De los Actos Sexuales Abusivos», por tratarse de conductas de peligro abstracto o presunto admiten prueba en contrario, con el objeto de establecer si la conducta puso o no en riesgo real y efectivo el bien jurídico protegido por la norma penal, luego el Tribunal se equivoca al sostener la existencia de la presunción *iuris et de iure*.

¹ CSJ SP, 2 jul. 2008, rad. 29117; 18 nov. 2008, rad. 29183; 13 mayo 2009, rad. 31362; 25 mayo 2010, rad. 28773, referidas respectivamente a los delitos de injuria por vías de hecho (descartó que se configurara el de actos sexuales con menor de catorce años; aclarada el 5 de noviembre de 2008, rad. 30305), porte de estupefacientes (reconoce la ausencia de antijuridicidad material), defraudación a los derechos patrimoniales de autor (principio de lesividad y significancia del daño); y, falsedad en documento privado (afirma la lesión del bien jurídico).

Añade que los procesos de socialización de hoy son distintos a los de la década del 80, en la que se criminalizó el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sin que pueda pasar desapercibido el papel que juega la televisión e internet que permiten el acceso a páginas pornográficas. Esto, sin duda, incide en la formación de los menores y adolescentes, conduciendo a la iniciación sexual de hombres y mujeres a edad más temprana, sin que sea extraño que la relación sentimental vaya acompañada de trato sexual. Esta «nueva mentalidad femenina» no es ajena a M del M.M.S.

Como prueba del cambio cita el testimonio y peritazgo del médico psiquiatra Ricardo Sarmiento García, en los cuales se dice que la menor «ya estaba cognitivamente en condiciones mentales suficientes para sostener, como ella lo dijo, su primera relación sexual» e «igualmente estaba en condiciones físicas para sostener esas relaciones sexuales, a pesar de tener menos de 14 años»; aspectos que el Tribunal al ignorar le impidieron concluir que la conducta de C.C.C.P., carecía de potencialidad «para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela».

El casacionista al afirmar que la Corte progresivamente ha abandonado la presunción de derecho en materia de delitos sexuales y acogido la de hecho que admite prueba en contrario, hace una lectura equivocada de las decisiones citadas en el reparo, en especial de aquella que consideró como injuria por vías de hecho el comportamiento denunciado al concluir que «no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales»².

En efecto, la primera alude a un problema de variación de la calificación jurídica. Las otras³, enfatizan la vigencia del principio de antijuridicidad material a partir de lo previsto en el artículo 4.º del Código Penal, o su ausencia en casos de insignificancia o de falta de lesividad del bien jurídico, sin que en ninguna se asuma que la validez del consentimiento en los actos sexuales abusivos admita prueba en contrario.

De otro lado, desde el Código Penal del 36 que consideraba violación carnal el acceso carnal con menor de catorce años⁴, el legislador siempre ha presumido *iuris et de iure* la

² CSJ SP, 2 jul. 2008, rad. 29117.

³ CSJ SP, 18 nov. 2008, rad. 29183; 13 mayo 2009, rad. 31362; y, 25 mayo 2010, rad. 28773.

⁴ Art. 316. El que someta a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de esta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión. A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia.

inmadurez de juicio del sujeto pasivo para prestar el consentimiento y su falta de desarrollo para realizar tal acto. La Corte en sentencia del 12 de diciembre de 1967, sostuvo que:

«Si la víctima del acceso carnal es menor de catorce años (varón o mujer), se tiene también violencia carnal, pues esa persona no puede aceptar legítimamente el acto sexual, porque carece de madurez necesaria para ello...

La presunción establecida en el inc. 2.º del artículo 316 del C.P. es de derecho, no admite prueba en contrario. Basta, por tanto, para que pueda hablarse de violencia carnal, que se haya cumplido el coito con persona menor de catorce años de edad, aunque no haya existido la menor violencia».

A partir del Decreto 100 de 1980, los delitos contra la libertad sexual y el pudor sexuales, fueron clasificados no a partir del resultado sino de la modalidad de ejecución de la conducta: violencia, engaño y abuso.

Respecto de esta última categoría, se dijo que «Cuando una persona se aprovecha de la inmadurez, de las condiciones de inferioridad psíquica, o de la inconsciencia de otra, no está ejerciendo violencia ni engaño. Simplemente está usando mal, esto es abusando de su relativa superioridad, natural o accidental»⁵. Con fundamento en ello, consideró al acceso carnal con menor de catorce años como acto abusivo, sin eliminar la presunción de derecho sobre la invalidez del consentimiento.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad de los artículos 303 y 305 del citado decreto, cuya descripción típica es idéntica a la de los artículos 208 y 209 del actual Código Penal, la Corte Constitucional fue clara en señalar que la libertad del menor para disponer de su sexualidad no es plena, por falta de conciencia acerca de sus actos y de sus consecuencias. Así lo reconoció cuando dijo, que:

«al tenor del artículo 5.º de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Uno de ellos es el indicado en el artículo 12 ibídem, según el cual nadie será sometido a tratos degradantes. Los actos sexuales y el acceso carnal no lo son para una persona mayor, enteramente dueña de su comportamiento, mientras los lleve a cabo en forma voluntaria y libre; pero sí lo son, y en alto grado, cuando se obtienen de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación, como en el caso de los menores; su libertad —aquí alegada erróneamente por el actor— no es plena, pues carecen de una cabal conciencia acerca de sus actos y las consecuencias que aparejan.

Y agregó, que:

⁵ Acta Nro. 75, Comisión de 1974; Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, p. 50.

«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»⁶.

En dicha oportunidad, para salvar la contradicción entre las normas penales y civiles, dada la capacidad de la mujer menor de catorce años y mayor de doce para contraer matrimonio y el concepto de familia del artículo 42 de la Carta Política, la Corte Constitucional dijo que había una causa de justificación aun cuando el legislador no la hubiera previsto para las relaciones sexuales de quienes previamente habían contraído nupcias o establecido una familia por vínculos naturales.

La Corte Suprema de Justicia en vigencia del Código Penal de 1980, también sostuvo que se presume de derecho la incapacidad del menor para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad y la invalidez de su consentimiento en aras de la supuesta ausencia de antijuridicidad cuando lo ha prestado. Así advirtió, que:

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

Significa esto, que al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento.»⁷.

Tesis que ha mantenido invariable en vigencia de la Ley 599 de 2000, que en su artículo 208 reprodujo el 304 del citado Decreto 100 de 1980, cuyo bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales es lesionado, no obstante, el menor haya consentido el acceso carnal, por considerarlo inmaduro para asumir sus consecuencias. Consideró, que:

⁶ CC C-194/94.

⁷ CSJ SP, 26 sep. 2000, rad. 13466. Véase también, SP, 4 feb. 2003, rad. 17168.

«En atención a la edad de la víctima, el legislador presume de derecho –lo que implica que no se admita prueba en contrario– que ésta se halla en circunstancias de inferioridad, en un estado de incapacidad que es aprovechado por quien siendo un adulto no encuentra resistencia alguna a su actuar.

El abuso se cargaría al autor, por obrar sobre una persona menor de 14 años de edad, que no está en condiciones de asumir responsablemente el acto sexual. Nada interesaría, para estos fines, que la misma hubiera asentido el hecho, porque para tomar esas decisiones la ley la tiene como inmadura por la edad»⁸.

De lo expuesto, se concluye sin dubitación que contrario a lo afirmado por el demandante, la Sala reconoce que en el tipo penal del artículo 208 existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, razón por la cual, el bien jurídico tutelado se vulnera efectivamente cuando se accede carnalmente al menor de catorce años aún con su consentimiento.

Lo anterior, porque lo que presume el legislador es la falta de capacidad del menor para comprender «el significado social y fisiológico del acto», o mejor aún, las consecuencias que se derivan de él, al considerar que no está preparado para asumir o enfrentar los eventuales resultados que se derivan del trato sexual.

En este sentido, para la estructuración del tipo penal es indiferente que el menor tenga noción y conocimiento de qué es y en qué consiste la sexualidad. La inmadurez que niega validez a su consentimiento, está vinculada con la falta de capacidad para afrontar el alcance y consecuencias que pueda generar en su vida el trato sexual antes de los catorce años de edad, *verbi gratia*, la condición de madre o padre, la crianza del recién nacido, su manutención, etc.

De ahí que carezca de toda relevancia que el Tribunal no hubiera apreciado que M. del M.M.S sabía y comprendía en qué consiste el acceso carnal, según lo dicho por el psiquiatra en su testimonio o lo concluido en el peritazgo, toda vez que la presunción *iuris et de iure* no admite prueba en contrario.

El cargo no prospera.

2. Falso juicio de identidad.

Según el recurrente, los errores de hecho originados en la mutilación, cercenamiento y distorsión de la prueba practicada en el juicio oral, llevó al Tribunal a dejar de aplicar el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal que contempla el error de prohibición.

En la introducción del cargo, reproduce el auto proferido por la Sala el 13 de noviembre de 2003, rad. 41011, el cual se refiere a dicha modalidad de error, los alegatos del

⁸ CSJ SP, 11 dic. 2003, rad. 18585. Además, SP. 1, nov. 2017, rad. 49845.

Ministerio Público, lo expresado por los falladores de instancia sobre dicha temática, para concluir que el *a quo* acertó al decidir que el implicado actuó al amparo de la excluyente de responsabilidad penal.

Reprocha al Tribunal no haber reconocido la inmadurez del inculpado a partir de sus condiciones personales; exigir para la estructuración de la disculpante la demostración de que aquél era un lego en la materia; y, confundir el error de tipo con el de prohibición.

Translitera lo declarado en la audiencia de juzgamiento por la víctima M. del M.M.S, M.A.C.G., padre del acusado, y C.C.C.P., quien renunciara al derecho constitucional de guardar silencio, testimonios que, según la censura, el Tribunal cercenó.

La conclusión del *ad quem*, según la cual, el intento de suicidio de la menor obedeció al conocimiento de la posible imposición de una pena de prisión a su novio, tergiversa la declaración de M. del M.M.S. Del mismo modo ignora partes de la versión de M.A.C.G., a partir de las cuales era pertinente inferir, que éste tampoco se representó que la relación de su hijo con la menor podía constituir delito.

Advierte el impugnante, que de las manifestaciones del implicado se desprende que sus padres nunca le advirtieron las consecuencias penales que le traería su relación sentimental con la menor, acusando al Tribunal de dejar de valorar las condiciones personales y la inexperiencia en lides sexuales de aquél.

En tales circunstancias, la mutilación llevó a fijar un alcance distinto a las pruebas mencionadas e impidió al *ad quem* reconocer el error sobre la ilicitud de la conducta, «basado en la interpretación errónea que hizo el joven» de la norma que consagra el ilícito.

Para el demandante la relación sentimental producto del amor entre los jóvenes y consentida por ambos, es «razón suficiente para que el joven procesado, no pudiera dimensionar la ilicitud de su comportamiento, pues en su psiquis no se representó la idea de que sostener una relación sexual con una menor de 14 años –bajo los presupuestos que se ha hecho mención–, era considerada una conducta contraria al derecho». Además, por ser la primera relación tampoco «fue consciente de la ilicitud de su comportamiento antes de la comisión de la conducta típica».

En orden a mostrar la trascendencia del vicio en el fallo, se ocupa de los temas del derecho penal y la responsabilidad subjetiva, de la culpabilidad como juicio de reproche personal al autor y su función legitimadora de la pena, del error de prohibición y sus modalidades.

Con sustento en su exposición teórica, el demandante concluye que la conducta de C.C.C.P. configura el error de prohibición bajo la especie del error de subsunción, al considerar que la prueba muestra i) «que nunca se le advirtió a C.C.C.P. de la ilicitud de su comportamiento por parte de la familia»; ii) que «la relación de noviazgo era una relación de cariño y amor entre el procesado y la víctima»; y, iii) su inmadurez.

Finalmente, para el casacionista resulta admisible que el endilgado tuviera capacidad y conciencia para conocer que «una conducta ejecutada contra una persona, cuando medie un acto de violencia, es reprochable por el ordenamiento jurídico»; sin embargo, le fue imposible comprender la ilicitud de su obrar porque la relación sexual fue fruto del amor y no de la violencia.

El Código Penal al prever en el numeral 11 del artículo 32 el error de prohibición, acoge en su solución la teoría de la «culpabilidad estricta»⁹, para la cual la invencibilidad del error excluye la culpabilidad, mientras su vencibilidad reprocha el comportamiento a título de culpabilidad disminuida.

«Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000»¹⁰.

De acuerdo con ella, el error de prohibición deja indemne el dolo que integra el tipo penal, al recaer sobre la conciencia de la antijuridicidad. De tal modo, la falta de conocimiento del injusto impone la absolucióndel autor por el hecho doloso; si la misma podía ser superada, subsiste la responsabilidad penal, siendo el sujeto pasible de pena atenuada.

Ahora bien, en correspondencia con la citada teoría tal conocimiento, como elemento de la culpabilidad normativa, es potencial. Para el estatuto punitivo, en esa misma línea, existe cuando la persona tiene «la oportunidad, en términos razonables» de actualizarlo.

De este modo, si la persona se representa como posible el carácter injusto de su acción, no obstante lo cual la realiza, actuará con conciencia actual de su antijuridicidad, en cuyo caso, analizar si podía superar el error resulta irrelevante porque ha actuado bajo ese conocimiento.

Así mismo, el error de prohibición directo o «abstracto», se estructura cuando el autor obra en la creencia equivocada de que su comportamiento no constituye delito, porque ignora la existencia de la prohibición o supone que la norma no rige, es inaplicable por ser contraria a la Constitución Política, o ha sido derogada.

Siendo el error predicable del sujeto que actúa en esa situación, en orden a determinar si la conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento le era conocida, corresponde valorar sus cualidades, aptitudes y conocimientos personales.

Bajo los presupuestos anteriores, el casacionista tiene razón. Con independencia de la confusión del juez *a quo* al absolver al acusado bajo la hipótesis de la vencibilidad del

⁹ CSJ SP, 13 jul. 2005, rad. 20929; 19 mayo 2008, rad. 28984.

¹⁰ CSJ SP, 15 jul. 2009 rad. 31780.

error de prohibición, la cual por el contrario lo obligaba a imponer la mitad de la pena con estricta sujeción a lo previsto en el numeral 11 del artículo 32, y a la referencia indistinta al error de tipo, la prueba enseña que C.C.C.P. no tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta, razón por la cual el *ad quem* yerra al revocar el fallo absolutorio para condenarlo.

El Tribunal niega la existencia del error por considerar al «acusado sano de mente, inteligente, en último año de estudios secundarios, con acceso a los medios de comunicación y la informática, habiendo recibido como se hace en todo establecimiento educativo, plena y suficiente formación a este nivel, lo ubican en un plano de imputabilidad evidente, con capacidad de raciocinio para elegir entre lo lícito y lo ilícito».

Y con «suficiente cognición para fijarse mentalmente que su comportamiento era contra derecho, en tanto incursionaba al apartamento de su novia siempre en soledad, nunca quiso darle la cara a la suegra para formalizar su relación, porque conocía que esa minoría de edad se convertía en una infranqueable barrera para repetir los accesos, en las condiciones que la misma joven narró, sin poder consentirlo jurídicamente»¹¹.

En principio, la presunción *iuris et iure* en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, per sé no elimina el error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal. La admisión de una tal tesis, opuesta al principio de culpabilidad que orienta al derecho penal vigente contemplado en el artículo 12 del Código Penal, reviviría la proscrita responsabilidad objetiva. Bastaría establecer el injusto, para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente.

En este sentido, que el consentimiento del menor de 14 años carezca de eficacia jurídica, haciendo en principio punible el acceso carnal tenido con él, no implica que su autor sea culpable. La presunción de derecho establecida a su favor y no en perjuicio del autor, no impide que éste aduzca haber obrado bajo un error invencible de prohibición, cuyo reconocimiento excluye la responsabilidad penal.

Por esta razón, en cada caso particular y concreto, a partir de la prueba incorporada en el juicio oral, corresponde establecer la existencia del error bajo el cual obró y su invencibilidad, siempre que haya sido insinuada por él y alegada a su favor.

En el proceso quedó establecido que C.C.C.P. y la joven M. de M.M.S, ambos estudiantes en la época de los hechos, se hicieron novios y durante esa relación sentimental, mantuvieron trato sexual cuando ella aún no había cumplido los 14 años de edad. También que la madre del acusado advirtió a la de la menor, sobre la existencia de dicha relación ocultada por la pareja.

¹¹ Folio 19, sentencia de segunda instancia.

Sobre tales hechos, el Tribunal sustenta la sentencia. De los testimonios de M. de M.M.S, de M.A.C.G. y del inculpado, apreciados en su integralidad como lo pide el recurrente, se advierte que C.C.C.P. actuó en situación de error invencible que le impidió comprender la ilicitud de su conducta, bajo su convencimiento de que el trato sexual consentido por la menor y producto de la relación amorosa y estable que mantenían era permitido, y por tanto, no punible.

Inicialmente, resulta pertinente señalar que M. del M.M.S fue la primera novia del acusado. Que éste a pesar de sus dieciocho años, no había iniciado su vida sexual al igual que ella. Así mismo que el inculpado fue educado y formado en un hogar humilde, compartido con sus abuelos y bajo los principios católicos, según lo manifestado por su progenitor. Igualmente que llevaba una «vida muy normal», salía «con mis compañeros y amigos del barrio» y tenía amigas desde los «13 años», como cualquiera otro estudiante o muchacho de su edad.

En el juicio oral, C.C.C.P. insistió en que no sabía que fuera «delito amar». Para él las relaciones sexuales surgidas del amor siempre son lícitas. Este estado afectivo, a su juicio, hace permisible el consentimiento de la menor, al cual la ley le niega eficacia jurídica, bajo la creencia que no siendo el trato sexual producto de la violencia o del engaño, tampoco es abusivo.

Por eso mismo añadió, que nunca pensó sacar provecho del noviazgo con la joven y menos buscó su perversión. Luego, el objeto de controversia se centra en determinar si el juicio del inculpado, de acuerdo con el cual, el trato sexual producto de la relación amorosa es lícito o no. En este sentido, para él, es punible únicamente el que no está sustentado en el afecto, porque en estas condiciones su anuencia carece de eficacia.

En este asunto, no deja de ser relevante la inexperiencia del acusado en la vida sexual. Sugiere la idea que tenía para la época de los hechos o aún tiene, de que el trato sexual es posible cuando existe una relación afectuosa, en tanto su iniciación coincide con el noviazgo con la joven. Que dicha visión no corresponda con la de otros, no la hace descartable.

Es cierto que en el mundo moderno y la sociedad de hoy, la tecnología posibilita en mayor grado el conocimiento y el acceso a la información del hombre común. También las campañas oficiales en los medios de comunicación y las noticias relacionadas con los atentados sexuales y los delitos que suelen cometerse, permite la ilustración de las personas, y por tanto, le posibilitan distinguir entre lo lícito y lo ilícito.

Sin embargo, no siempre es así. Algunos, dadas las limitaciones económicas, las ocupaciones u otras razones, carecen de la oportunidad o tienen dificultad para acceder a los recursos tecnológicos, informáticos o de comunicación que les permita el conocimiento en el sentido señalado por el Tribunal. La probabilidad que ocurra, a pesar de la facilidad

para acceder al conocimiento y la información, explica la consagración legal de la disculpante de la responsabilidad penal.

Para la Sala no pasa inadvertido que la escolaridad y el grado de educación, puedan mostrar que los estudiantes en razón de ella tengan la capacidad de distinguir entre lo que es delito y no lo es. Distinción que, desde luego, también dependerá de las condiciones personales, familiares, sociales y culturales de cada uno de ellos.

En el plenario lo único cierto es que el implicado adelantaba último año de educación media vocacional, sin existir elementos de juicio demostrativos de que sus estudios le hayan proporcionado la «suficiente formación» sobre la sexualidad, sus aspectos y delitos, a partir de los cuales se establezca la «capacidad de raciocinio para elegir entre lo lícito y lo ilícito» en esa materia en particular, como lo afirma el *ad quem*.

De tiempo atrás en los centros educativos se imparte educación sexual como parte del programa de formación de los estudiantes, pero en el juicio se ignora si la suministrada al acusado en el establecimiento en el cual adelantaba sus estudios, además de comprender las generalidades del comportamiento y vida sexual del ser humano, contemplaba la ilustración o información de las conductas que desde el ámbito del derecho penal son punibles.

Adicionalmente, no puede desconocerse que la educación media vocacional, no siempre ofrece a sus estudiantes los instrumentos y los recursos que les permita la formación integral en temas de sexualidad, en el sentido y alcance fijados en la sentencia impugnada. Por lo general, en ella la educación sexual impartida, se limita hacia la prevención y los medios que hagan posible su ejercicio responsable, con la finalidad de evitar consecuencias indeseadas.

Además, la condición de estudiante no excluye el error y su invencibilidad, toda vez que la posibilidad de actualizar el conocimiento depende de la situación personal del autor en el caso concreto y no necesariamente de su grado de instrucción.

De otro lado, el hecho de que a M.A.C.G., le pareciera normal la relación de su hijo con la menor, cuando este le contó de su noviazgo con M. del M.M.S, al limitarse a pedirle que no olvidara sus estudios en vez de prevenirlo sobre las consecuencias de tener trato sexual con la joven o aconsejarlo que la terminara, contribuyó a que en el acusado persistiera la creencia errónea de estar obrando conforme a derecho.

También la explica, que el noviazgo de M. del M.M.S y el acusado terminara, cuando la progenitora de la menor fue advertida por la madre de este sobre dicha relación afectiva, y no porque alguno de los dos hubiera advertido que el trato sexual que mantenían era punible. Hasta ese momento, el entendimiento de C.C.C.P. no era distinto al de estimarlo lícito por ser fruto del amor, afecto que en su sentir legitimaba el consentimiento de ella.

Los anteriores hechos relevantes en la configuración del error, a los cuales la sentencia les otorga otro alcance a partir de la prueba cuestionada, muestran que el estudiante, por

causas razonables, no tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento potencial del injusto por el cual fue condenado en segunda instancia.

En este sentido, el error no es controvertido por el relato de la menor al psiquiatra forense, según el cual, «ella (mi mamá) me dijo que me iba a llevar a hacer una cosa pa' saber si yo era virgen o no y yo estaba muy estresada porque si se daban cuenta lo metían a la cárcel»¹². En él, M. del M.M.S revela las posibles consecuencias penales para su novio, en razón de su edad.

Sin embargo, este conocimiento no es el constitutivo de la excluyente de la culpabilidad. Estaría relacionado con la invalidez del consentimiento de la menor. Para el acusado, por el contrario, la relación amorosa lo hacía eficaz.

Y para negar el error, también se aduce que mientras la pareja buscaba la soledad para sus encuentros sexuales, el inculcado ocultaba el noviazgo a la progenitora de la menor, pero no a sus padres. Primero, es obvio que las relaciones íntimas no se mantienen a la vista de las personas como tampoco se publicitan; segundo, las sentimentales pueden oficializarse o no, existiendo diversas razones para esconderlas.

Finalmente, la aseveración del tribunal, conforme con la cual «pese a su edad –menor–, sí era consciente de las consecuencias del acto desplegado sobre ella por parte de su enamorado, al punto que trató de quitarse la vida por un posible encerramiento carcelario», revela el comportamiento asumido por M. del M.M.S y no el del novio, olvidando que el error se predica de él y no de la joven.

Conforme con lo visto, C.C.C.P. estudiante de último grado, proveniente de un hogar humilde, inexperto en su vida sexual, mantuvo durante el noviazgo con M. del M.M.S trato sexual, cuando la joven aún era menor de catorce años.

Para él, el trato sexual fundado en el afecto, otorgaba eficacia al consentimiento de su pareja. Creía que producto del amor, su asentimiento tenía validez jurídica sin importar la edad. Error invencible disculpante de su responsabilidad por el hecho típico y antijurídico, e insuperable dadas las condiciones en que mantuvo trato sexual con la menor, sin que su intención estuviera orientada a abusar de ella por su edad.

En tales condiciones, la relación de noviazgo establecida con la menor y la ausencia de prueba que permita entrever la posibilidad de conocer el injusto, a pesar de sus estudios, constituyen las causas razonables que lo llevaron a creer que el trato sexual consentido con la menor no era punible por estar fundado en el amor y no en la violencia, el engaño y

¹² Folio 37 del Cdno. 1. Dicho dictamen es prueba, y fue introducido en el juicio oral por el médico psiquiatra Ricardo Sarmiento García.

el abuso. Como quiera que el Tribunal le fijara un alcance distinto a la prueba u omitió aspectos relevantes de la mencionada en el libelo, el cargo prospera.

En consecuencia, la Sala casa la sentencia y, en su lugar, deja en firme el fallo proferido en primera instancia, mediante el cual se absuelve al implicado de los delitos imputados en la acusación. Por consiguiente, se dispondrá la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el procesado por razón de esta actuación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de las República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

Casar el fallo del 17 de mayo de 2017 proferido por el Tribunal Superior de Manizales, de acuerdo con el cargo segundo de la demanda y en su reemplazo dejar en firme el dictado el 13 de noviembre de 2014 por el Juzgado 5.º Penal del Circuito de esa ciudad que absolvió a C.C.C.P.

En consecuencia, se dispone la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el procesado por razón de esta actuación. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Primera Aclaración de voto¹³

1.- La decisión de casar la sentencia condenatoria de segunda instancia de manera que cobrara vigencia la absolutoria de primer grado, cumple el ideal de justicia material o verdaderamente eficaz que, desde el preámbulo y los principios fundantes del Estado, garantiza nuestra Constitución a todos los habitantes del territorio, todavía más si se atiende a la condición personal de los protagonistas de los hechos materia de juzgamiento: el procesado escasamente mayor de edad y su novia con quien mantenía relaciones sexuales, a pocos meses de tener habilitación legal para consentirlas y practicarlas; aspecto adicional [carecer de capacidad de consentimiento sexual por ser menor de 14 años] que concita disertación sobre su legitimidad y razonabilidad de cara a la función política que cumple la tipicidad como instrumento de limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado, que propende por desbrozarlo de expresiones de intolerable irracionalidad, lo que, en palabras de Zaffaroni, implica que «la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir solo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder

¹³ El autor de este texto es el magistrado José Francisco Acuña Vizcaya.

punitivo, ya que de no existir la conflictividad como carácter de pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo»¹⁴.

Lo anterior simplemente pensando en que legislaciones y culturas diferentes reconocen el derecho a la sexualidad de las personas desde una edad inferior a la establecida en nuestro ordenamiento.

2.- Dicho lo anterior, consideró que la vía para la absolución no era propiamente el error de prohibición [valga decirlo tampoco el error de tipo], al cual arriba la sentencia sobre la base de que «el sentenciado, estudiante de último grado, proveniente de un hogar humilde, inexperto en su vida sexual, al practicarlas con su novia menor de 14 años, entendía que el trato sexual fundado en el afecto otorgaba eficacia al consentimiento de su pareja; creía que producto del amor, su asentimiento tenía validez jurídica sin importar la edad, error invencible que inhibe su responsabilidad por el hecho típico y antijurídico, de adicional talante insuperable dadas las condiciones en que mantuvo trato sexual con la menor, sin que su intención estuviera orientada a abusar de ella por su edad».

Se afirma, entonces, que esas circunstancias le impidieron al sentenciado actualizar el conocimiento potencial del injusto, lo cual no parece suficiente si para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad, dice el artículo 32.11-2 del Código Penal, basta que la persona haya tenido la oportunidad [posibilidad], en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, entendimiento del que considero estaba asistido el sentenciado, a pesar de que la providencia, sin razón que lo justifique, le atribuye condiciones cognitivas inferiores a la de su joven novia, en cuanto se afirma que ella sí entendía que por su edad la relación sexual con CCCP, «podía llevarlo a la cárcel»; además, porque ese conocimiento simplemente es el del profano, al que los estudiosos le asignan la denominación de conocimiento paralelo en la esfera del lego.

Admitiendo que el aludido error circundó la esfera de conocimiento del sentenciado, debe también considerarse, según sus condiciones personales, familiares y el grado de instrucción, junto con la preocupación que el noviazgo generó en su progenitora, y la angustia que asaltaba a su novia adolescente de que lo llevaran a la cárcel, que tal error sería vencible, de manera que igual tendría que responder, aunque de manera atenuada.

3.- Como arriba anticipe, tampoco considero viable en esta especie como alternativa jurídica el error de tipo, siendo que el acusado no expresó ni la defensa alegó, que hubiere errado sobre el conocimiento de los concretos elementos integrantes del tipo penal analizado, esto es, que: i) accedía carnalmente, ii) a una persona menor de 14 años; componentes de los que no se predica duda o ignorancia por parte del sentenciado en la actuación.

¹⁴ Esta cita, que no tiene pie de página en el texto original, aparece en Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 483 [Nota de los comentaristas].

4.- Estamos, en suma, ante una conducta típica y antijurídica, conocida y querida por CCCP.

5.- Se verifica, según lo anterior, que se realizaron en este caso los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal, sin que ello signifique, además, que la conducta del sentenciado pueda calificarse como culpable. La reacción punitiva exige avanzar un análisis de la persona que en ese injusto se le ha atribuido la condición de autor; examen que corresponde al juicio de reproche, a partir del cual el juez decide la procedencia de la pena y, de ser así, la cuantía de esta, en términos de razonabilidad y proporcionalidad. Juicio que, entonces, no puede quedar reducido a la fórmula de la procedencia del castigo sobre la base de que libremente optó por cometer el delito cuando podía evitarlo, pues debe examinarse la persona misma y las circunstancias que lo definen como ser cultural, pues allí, en ese ámbito que le es propio, es donde adquiere y forja el conocimiento que desarrolla su juicio crítico. De ahí que algunos autores señalen que la pena derivará de la responsabilidad en un estadio en el que el juez valore todas las circunstancias del autor, en orden a decidir conforme a criterios preventivos sobre la imposición de la pena, y que otros agreguen que el reproche no se dirige a un ser abstracto dotado de libre albedrío, sino a un ser humano concreto inmerso en una sociedad desigual y discriminatoria en la que el reproche debe alcanzar por igual al Estado, titular de un poder punitivo que de preferencia enfila contra los grupos sociales más vulnerables.

6.- El juicio de reproche, cabe insistir, comprende un elemento valorativo que implica considerar las circunstancias concretas de la persona con el fin de establecer su responsabilidad, valorarlo como ser real que es, integrante de un específico ambiente socio cultural en el que interactúa y comparte con otros individuos. En la literatura especializada se enfatiza que el juez al examinar al individuo frente a su conducta punible para establecer responsabilidad, debe examinar las circunstancias que dicen relación con sus oportunidades de acceso a bienes naturales y sociales, es decir, valorarlo no solo en posesión de bienes, sino también en carencia de los mismos, bajo el dato cierto que no existe igual distribución de bienes en la sociedad y tampoco los individuos que la integran son iguales ni puede exigírseles a todos similar responsabilidad por vulneración de la norma en que incurran¹⁵.

7.- En ese orden de ideas, lo que se pretende es que el Estado, no en forma general, sino en cada caso, respecto de cada individuo, pueda legítimamente exigir responsabilidad en la conducta delictiva desarrollada por esa persona, pues lo que se mide en este juicio, en últimas, es la capacidad del Estado para exigirle responsabilidad al individuo, si puede hacerlo en el caso concreto en consideración a la responsabilidad social que le asiste. Frente

¹⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Teoría del sujeto responsable – Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad.

a un desposeído que, por ejemplo, hurta alimentos, el fracaso del Estado en la distribución de bienes y garantías de bienestar indicará que su responsabilidad es mayor, y menor o nula la de la persona que bajo esas condiciones determinó su actuar en contra de la norma.

8.- La expectativa de un juicio de tal naturaleza no es ni mucho menos novedosa ni anhelo exclusivo de juristas y filósofos del derecho en su labor de explicar por qué y para qué el Estado puede acudir a la sanción penal como medio defensivo de la sociedad. En su prólogo de *Los Miserables* (1862) Víctor Hugo ya sentenciaba como: «las faltas de las mujeres, de los hijos, de los criados, de los débiles, de los pobres y de los ignorantes, son las faltas de los maridos, de los padres, de los amos, de los fuertes, de los ricos, de los sabios [...] Si un alma sumida en las tinieblas comete un pecado, el culpado no es en realidad el que peca, sino el que no disipa las tinieblas»¹⁶ *.

9.- En el caso aquí analizado, partiendo de las condiciones personales, familiares y sociales del sentenciado, consignadas por la Corte en la sentencia, las cuales descubren una persona sin experiencia sexual y débil conocimiento en la materia, que a parte de sus familiares compartía con otros adolescentes de igual o inferior edad, con quienes, sin duda, habría de surgir ese impulso vital; el reproche que se pretenda por su comportamiento resulta improcedente, pues cómo podría el Estado exigirle que obrara de manera diferente, imponiéndole, tal vez, que contuviera sus sentimientos, o que los dirigiera hacia otra persona. No, el Estado no puede penetrar esas esferas de la personalidad, del sentenciado ni de la persona con quien vivía esa relación afectuosa, la cual los movía, como marca la experiencia, a descubrir y compartir en intimidad.

Desde otra perspectiva, resulta imposible cerrar los ojos ante el vértigo, la precocidad y, sobre todo, la autonomía de vida de los adolescentes de hoy, ante quienes el Estado, a falta de cumplimiento en el otorgamiento o satisfacción de bienes (especialmente los referidos a educación, salud, recreación, más y mejor capacitación, etc.), no puede responder con escuetas y frías sanciones punitivas.

En síntesis, a CCCP no podía exigírsele el no hacer contenido en el tipo penal del artículo 208 del Código Penal, razón por la cual la decisión de absolverlo es inobjetable.

¹⁶ * Consultada la edición original del libro se aprecia que él no contiene ningún «prólogo» y que la cita tampoco aparece en su breve «prefacio»; sin embargo, sí está consignada en el capítulo I: «Les fautes des femmes, des enfants, des serviteurs, des faibles, des indigents et des ignorants sont la faute des maris, des pères, des maîtres, des forts, des riches et des savants»; y, luego, se añade «Cette âme est pleine d'ombre, le péché s'y commet. Le coupable n'est pas celui qui fait le péché, mais celui qui fait l'ombre» (Cfr. Hugo, 1862, pp. 10-11, 40-41) [Nota de los comentaristas].

10.- Desde otro punto de análisis, si se admitiera que su conocimiento pudo ser actualizado, por otras circunstancias, ello no obsta para predicar que su obrar fue inculpable, pues, adicional al conocimiento del hacer y su ilicitud, se requiere motivación para comportarse conforme a derecho en la toma de decisión, aspecto que se echa de menos al examinar y valorar las circunstancias en que actuó el sentenciado consignadas en la sentencia.

Al respecto, adviértase que cuando el Estado considera tipificar una conducta, debe adecuar los medios para que los ciudadanos se motiven por ella, uno de esos medios es el derecho penal, motivando negativamente al conminar con el castigo si se toma el camino contrario, pero esa motivación la armoniza positivamente creando condiciones para que se actúe conforme a derecho, mediante políticas sociales y económicas que favorezcan dicho contexto motivacional. En el caso analizado no se vislumbran esas condiciones de motivación, lo que rompe el vínculo entre la culpabilidad y la pena, circunstancia que la hace innecesaria como injusta.

11.- Sobre ese escenario estimo que el presente asunto ofrecía también la posibilidad de resolverlo desde la óptica de la punibilidad, pues aun de admitirse que el sentenciado obró con culpabilidad –y, por ende, que su comportamiento fue también típico y anti-jurídico– las características particulares del caso examinado suscitan la cuestión de cuan necesaria se advierte la respuesta sancionatoria del Estado.

Al margen de que la punibilidad constituya o no una categoría basilar en la comprensión de la teoría del delito (sobre lo cual existe amplia discusión académica y mínimo consenso), no puede soslayarse que el ordenamiento penal expresamente prevé que «la imposición (y no solo la dosificación) de la pena... responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad»¹⁷, como también que «el funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política»¹⁸.

En armonía con esas previsiones, se ha sostenido en un sector de la doctrina especializada que «la ilicitud y la culpabilidad, en su condición de elementos estructurales del delito, no siempre justifican por sí solos la imposición de una pena»¹⁹, y por ello que «el juez penal, al momento de determinar la sanción que se va a imponer, podrá abstenerse de

¹⁷ Art. 3.º del Código Penal.

¹⁸ Art. 7.º *ibidem*.

¹⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Estudio Jurídico dogmático sobre las llamadas Condiciones Objetivas de Punibilidad». Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990. Referenciado por RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. «Punibilidad y Responsabilidad Criminal». En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso

ello pese a estar ante una conducta típica, antijurídica y culpable, cuando de acuerdo con el principio de necesidad de la pena, esta no aparezca como necesaria. Solo de esta manera será posible avanzar en el camino propuesto por Ferrajoli –el cual compartimos–, en el entendido de aceptar la pena como un mal necesario que debe ser reducida en la mayor medida posible»²⁰.

Cabe preguntarse entonces, de acuerdo con las premisas que anteceden, bajo qué criterios resultaría justificada la irrogación de una pena a CCCP, incluso de aceptarse que su comportamiento fue culpable, y hasta dónde puede y debe el Juez considerar esa circunstancia como presupuesto para la imposición de la sanción, a efectos de evitar adjudicaciones injustas respecto de conductas que, aunque formalmente se subsumen en la descripción abstracta de un delito, no conllevan en realidad, por las circunstancias concretas y específicas en que sucedieron, «un perjuicio insoportable para la coexistencia social»²¹ que amerite la represión estatal.

En los términos expuestos dejo consignada mi aclaración de voto.

Segunda Aclaración de voto²²

La absolución no ha debido proferirse por error de prohibición invencible, este supuesto no tiene sustento probatorio en el proceso, la conducta es materialmente antijurídica. La absolución debió proferirse por ausencia de dolo valorado, esto es, no haberse tenido conciencia de la antijuricidad, al inculcado no le era exigible conforme a las reglas culturales de formación y vivencia una conducta diferente.

De otra parte, debo señalar que debió excluirse la ilegalidad de la valoración médica que la madre hizo practicar a su hija, en este caso la víctima, sin que esta diera su consentimiento en procedimiento vinculado con su derecho a la intimidad.

Estas son las razones por las cuales aclaro el voto.

(XVI) 1995, pp. 361–370. Se corrigió el nombre del autor, citado de segunda mano [N. del Editor].

²⁰ COTE BARCO, Gustavo Emilio. «La necesidad de la pena. Reflexiones a partir de los artículos 3.º y 4.º del Código Penal Colombiano». En *Vniversitas* (114), pp. 191–226.

²¹ ROXIN, Claus, «Iniciación al derecho penal de hoy». Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (1981), p. 30.

²² * El autor de esta breve pieza es el magistrado Eugenio Fernández Carlier.

II. Comentario

Introducción

La distinción entre error de tipo y error de prohibición es de muy vieja data en la doctrina penal sobre todo en la de origen alemán y, en lo que hace a la jurisprudencia, se debe recordar que ella cobró carta de naturaleza cuando el 18 de marzo de 1952 el Tribunal Supremo Federal pronunció una famosa sentencia en la cual le brindó plena acogida (Jescheck, 1981, I, p. 412; Roxin, I, 1997, pp. 459 y ss.); a partir de ese momento ese distingo se consolidó en el derecho penal germano y en los de su misma órbita cultural (Jescheck-Weigend, pp. 328 y ss.). Incluso, el debate entre nosotros data de casi cinco décadas aunque el primer estudio sistemático sobre el asunto aparece un poco más tarde (Londoño, 1982, pp. 24 y ss.) seguido de un intenso debate que ya había jalonado la doctrina de entonces (sobre ello, Velásquez, 1982, p. 897; Velásquez, 1983, pp. 295 y ss.; Velásquez, 1984, pp. 187 y ss.). Por eso, cuando se aborda un caso como el que motiva este comentario es de suponer que las bases conceptuales sobre las que se edifica el debate están claras y, en consecuencia, se trata solo de retomar las mismas.

Sin embargo, cuando se examinan las providencias de primera y de segunda instancias y la emitida por Sala de Casación Penal que aparece transcrita más arriba con sus dos aclaraciones de voto, parece que las cosas no son tan nítidas como a primera vista pareciera y no solo en lo atinente a problemáticas como la del error de prohibición, la imputación objetiva, la sistemática del delito, etc., sino sobre los fines de la pena y del derecho penal que es el asunto medular a tener en cuenta cuando se estudian casos como el que motiva esta reflexión. A continuación, se hace un resumen de los diversos planteos formulados por los intervinientes que se ocuparon del caso y, luego, se abordan los mismos, desde un ángulo crítico y se proponen otras vías para enfrentar el debate.

El caso en examen y la valoración jurídica de los juzgadores

Los hechos objeto de estudio son sencillos: hace once años un joven de casi 19 años y una chica de trece años y siete meses de edad se hicieron novios y, en la casa de esta última, tuvieron trato sexual consentido consistente en tocamientos y accesos carnales que se repitieron hasta que aquella llegó a los catorce años de edad, entre los días nueve de julio y el cinco de agosto de 2009, e incluso después.

La Fiscalía²³

En un comienzo, el ente acusador le imputó al procesado el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años al tenor del artículo 208 del entonces texto vigente y, luego —el 28 de noviembre de 2013—, lo acusó por un «concurso heterogéneo de delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años».

El Juzgado Penal del Circuito²⁴

El 16 de diciembre de 2014, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales que conoció del caso —en atención a que ya había anunciado en precedencia el sentido del fallo— absolvió al acusado «al existir duda de la responsabilidad criminal». En ese proveído se plantean diversas tesis:

En efecto, el primer intento de solución al caso aparece cuando el juzgador rescata los postulados constitucionales a luz de los cuales plantea que no es justo condenar al procesado; por eso, reivindica los límites a la potestad punitiva del Estado, para el caso los principios de dignidad de la persona humana, del acto, de lesividad y de culpabilidad, como el punto de partida para apuntalar la ausencia de condena (absolución a partir de los principios).

²³ Representada por la fiscal Claudia Leonor Restrepo Marín.

²⁴ Despacho a cargo del juez Héctor Fernando Alzate Vélez.

Es más, se atreve a afirmar que la presunción de derecho plasmada en el art. 208 del Código Penal no es una camisa de fuerza para el juzgador y que ella se debe desechar cuando propicia soluciones injustas (Sent. 16/12/2014, fls. 16 y ss.).

Y algo que es relevante: en esta misma providencia se afirma que «no es factible imponer sanción a CCCP, por razones de justicia, por tornarse en desproporcionada la misma como lo anunció la defensa», con lo cual se echan las bases para apuntalar las tesis que luego desarrolla una de las aclaraciones de voto a la Sentencia de la Sala de Casación Penal, como se dijo.

Pero es esa «brújula constitucional» la que, en segundo lugar, le permite al juzgador –de la mano de la defensa del inculcado– plantear una segunda forma de abordar el asunto cuando afirma que el comportamiento del procesado no afectó de manera sensible el bien jurídico y esa afectación apenas sí puede ser calificada como mínima: «[...] la vulneración al bien jurídico protegido no existió, y si de alguna manera ello se puede elucubrar como lo argumenta la Fiscalía, el daño es notoriamente ínfimo» (Sent. 16/12/2014, fls. 18).

Aquí, pues, a partir de la doctrina española citada se ensaya una tesis adicional para apuntalar la absolucón. Desde luego, en relación con el bien jurídico se debe hacer la siguiente precisión: a pesar de que casi todas las piezas procesales hablan de un solo interés objeto de protección la verdad es que el legislador en el Título IV protege tres bienes jurídicos distintos; allí se habla de «la libertad, integridad y formación sexuales»; tan es así que el calificativo de «sexuales» se refiere a cada uno de los tres componentes de la estructura lingüística. Por ello, la Sentencia de segunda instancia habla con toda propiedad de «los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales regulados por los artículos 208 y 209 imputados» (Sent. 17/5/2017, fl. 8). Y es a partir de estos tres bienes jurídicos –que comportan dimensiones diversas del tratamiento jurídico penal de la sexualidad– que se estructuran los diversos tipos penales plasmados a lo largo del articulado, cada uno de los cuales hace hincapié en uno o en varios de ellos; es que, para poner un

ejemplo, no es lo mismo la afrenta a la libertad de disponibilidad de la sexualidad que se presenta en conductas como las de violación (artículo 205), que el daño a la formación y a la integridad sexuales que se produce cuando se abusa de un menor o se le explota en los casos de las conductas vertidas en los artículos 213 y siguientes.

Y luego, de la mano de lo sostenido por la procuraduría delegada –que, al parecer, es la responsable de apuntalar la tesis del error de prohibición que también patrocina la defensa–, entra en escena el planteamiento que, a manera de tercera vía para la solución del caso, se pasea por todo el expediente, cuando se afirma que «saltaba al rompe la inconciencia de la antijuridicidad de la conducta». De allí que la sentencia haga esfuerzos para apuntalar esta tesis en las voces de autores como Bacigalupo, Saborit y Galán-Castellanos, aunque en las transcripciones del texto de este último se observen diversas confusiones conceptuales entre el juicio de exigibilidad de otra conducta y el juicio sobre el potencial conocimiento de la antijuridicidad, que son cosas bien distintas.

Naturalmente, el indebido manejo de las categorías dogmáticas es el responsable de que el fallador de primera instancia –tras plantear como vencible el posible error de prohibición, cuya naturaleza tampoco precisa– pretenda que en estos casos se excluye la responsabilidad porque no hay tipo culposo. Aquí, a no dudarlo, se olvida el tenor claro de la ley cuando en el N.º 11 del art. 32 afirma que, en los casos de error de prohibición directo, «si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad».

Desde luego, son esas mismas imprecisiones dogmáticas las que muestran otra gran incoherencia cuando en el acápite de la sentencia que se denomina «responsabilidad penal» se motiva la absolucón no con base en una de las tres figuras esbozadas (por los principios, por ausencia de afectación al bien jurídico y por error de prohibición) sino «al existir *duda* de la responsabilidad criminal» (se subraya) del inculpado. En otras palabras: todo el razonamiento (véase el aparte III, A) del proveído denominado «Fundamentación Jurídica» se tejió en torno a tres posibles causales de exclusión de la responsabilidad pe-

nal y, al final (Literal B, del mismo apartado), se termina por invocar la «duda probatoria» que en ningún momento es mencionada a lo largo del proveído.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales²⁵

Como la Fiscalía impugnó la sentencia absolutoria, la Sala de Decisión –mediante sentencia del 17 de mayo de 2017– la revocó y, en su lugar, condenó a CCCP por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años, y le impuso una sanción de catorce años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Por ello, se afirma:

[...] debe recordarse que si bien la pareja sostenía, al amparo de la negación de sus padres, una relación amorosa, de noviazgo, durante la cual se produjeron los recurrentes ayuntamientos lujuriosos, esa situación para nada desvanece la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento, toda vez que el bien jurídico protegido por el tipo penal era la libertad sexual, entendida como la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y auto determinar el comportamiento sexual... (Sent. 17/5/2017, fl. 11).

Es más, se desecharon las tesis de la primera instancia con argumentos como estos:

[...] el señor Juez de primer estanco en su tesis desatendió la presunción de derecho que contiene la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, yerro que lo condujo a predicar una posible ausencia de antijuridicidad material, incluso, un error de prohibición, bajo una mezcla híbrida de conceptos que se antojan descontextualizados de la realidad táctica, ambiguos y carentes de respaldo, pues, como se anotó en precedencia, el querer del legislador al elevar en comportamiento delictivo el acceso carnal abusivo con menor, partió de la premisa que un menor de 14 años carece de poder de autodeterminación respecto de su sexualidad, vale decir, no cuenta con capacidad para decidir de manera libre en ese campo, es por ello que al juzgador no se le permite entrar a cuestionar dicha presunción (Sent. 17/5/2017, fls. 12-13).

²⁵ Conformada por los magistrados Antonio Toro Ruiz, Gloria Ligia Castaño Duque y Denny Marina Garzón Orduña.

Incluso, se dice que la afectación al bien jurídico no fue leve como dice la primera instancia:

[...] así, debe observarse que ese bien jurídico fue lacerado de manera evidente, no en grado banal o ínfimo como se acuñó en la sentencia, como si se tratase de una bagatela, en tanto la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años (Sent. 17/5/2017, fl. 14).

Por ello, desechó los planteamientos del *A quo* en esta materia por considerarlos «una mezcla híbrida de conceptos que se antojan descontextualizados de la realidad fáctica, ambiguos y carentes de respaldo» (Sent. 17/5/2017, fl. 13). Y, al descartar el posible error de prohibición, señala al referirse al comportamiento del procesado:

[...] conocía lo reprochable de sus actos, la ilicitud de su comportamiento y la responsabilidad penal que le generaba aprovecharse de la permanente condición solitaria de su enamorada, volviéndola objetivo fácil de su apetencia lujuriosa, no tan madura, como de algún modo quiso mostrarlo el señor Juez de conocimiento, pues a sus dieciocho/diecinueve años de edad, cursando onceavo grado de bachiller, miembro activo de una sociedad, de un grupo estudiantil vivaz, locuaz, le permitían a CCCP entender, como a un hombre de mediana cultura, atendiendo su status social, su modo de vivir, su entorno, respecto a la prohibición de sostener coitos con una menor de catorce años, edad que sabía de antemano porque quiso esconderla acreciéndola frente a su progenitora para darle visos de aceptación, ubicándose dentro del dolo directo de su conducta, destinatario de la sanción penal atribuible a este tipo de comportamientos (Sent. 17/5/2017, fls. 17-18).

Y añade que:

CCCP, a sus diecinueve años de edad, aspirante en ese entonces a iniciar sus estudios en derecho, era perfectamente consciente de la ilicitud o antijuridicidad de su comportamiento. Esos decires como que si la relación fue producto de una voluntariedad consensuada, del amor, sin ninguna violencia, esto es, sin dimensionar las consecuencias de sus actos, no pueden potenciar la exoneración de responsabilidad así porque sí. No... acá no se trata de un error vencible o invencible, sino tajantemente de un dolo directo con sus consabidas consecuencias (Sent. 17/5/2017, fl. 21-22).

Por eso, pues, dice sobre la tesis del error de prohibición que «[...] para la Sala menos se hallan ratificados sus insoslayables presupuestos dogmáticos como para enlazar una causal de ausencia de responsabilidad» (Sent. 17/5/2017, fl. 18), porque el acusado «era perfectamente consciente de la ilicitud o antijuridicidad de su comportamiento» (Sent. 17/5/2017, fl. 21).

Así las cosas, esta pieza procesal –después de descartar cualquier causa exculpatoria de la responsabilidad: llámese ausencia de antijuridicidad por el aspecto material o denomínenselo error de prohibición– se limita a acoger los planteos de la Fiscalía y condena al mínimo de la pena imposible con un incremento de dos años en atención al concurso delictual; por eso, sus reflexiones no van más allá de la máxima romana según la cual *dura lex sed lex* acorde con la cual debe condenar, porque según la Sala de Decisión «[...] la prueba que obra en el expediente, no cuantitativa, sino cualitativamente conduce con grado de certeza a evidenciar la autoría del ilícito» (Sent. 17/5/2017, fl. 9).

La demanda de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada por el defensor del procesado²⁶ mediante escrito de 233 páginas fechado el 25 de julio de 2017, en el cual se atacó esa providencia con base en dos cargos que, advierte de entrada, son contradictorios:

Un primer cargo lo formulé por error de hecho por falso juicio de identidad, lo cual dio lugar a la indebida aplicación de los artículos 208 y 31 del C. Penal que definen el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso, y a la falta de aplicación del artículo 11 de ese mismo ordenamiento represor, que consagra el principio de antijuridicidad material. Un segundo cargo también lo formularé por errores de hecho por falso juicio de identidad que dieron cabida a la estructuración de tres (3) falsos juicios de

²⁶ A cargo del profesional del Derecho Juan Manuel Ríos Castaño.

identidad, dos (2) por mutilación o cercenamiento y uno (1) por distorsión, vicios de juicio condujeron la indebida aplicación de los artículos 208 y 31 del C. Penal que definen el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso, y a la falta de aplicación del artículo 32 numeral 11, norma que consagra el error de prohibición (Ríos-Castaño, 2017, fls. 19 y 20).

De ello se infiere, entonces, que son dos las problemáticas que se propusieron a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: de un lado, la ausencia de antijuridicidad material que, de haberse reconocido, tornaría la conducta típica en jurídica, porque –se adujo– en momento alguno se produjo una «real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal» (Ríos-Castaño, 2017, fls. 75 y 76); y, del otro, la posible presencia de un error de prohibición en su modalidad de «subsunción» o de «interpretación» (Ríos-Castaño, 2017, fl. 212) porque el procesado CCCP se encontraba «claramente» ante la «imposibilidad...de actualizar su conocimiento, pues de la relación amorosa que sostenía con su enamorada no podía arribar a la conclusión de que su actuar era contrario a derecho» (Ríos-Castaño, 2017, fl. 227).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

A su turno, la citada corporación decidió «casar el fallo emitido por el juzgador de segunda instancia «de acuerdo con el cargo segundo de la demanda» (fl. 35) y, en reemplazo de aquél, «dejar en firme» el emitido por el juzgador de primera instancia. Así las cosas, sin mayores reflexiones se desechó el cargo primero con el argumento de que, como el tipo penal vertido en el artículo 208 prevé una presunción de derecho ella no admite prueba en contrario, razón por la cual «el bien jurídico tutelado se vulnera efectivamente cuando se accede carnalmente al menor de catorce años aún con su consentimiento» (fl. 21).

Eso sí, se acogió el cargo segundo de la demanda y se afirmó que el acusado incurrió en un error de prohibición invencible, con argumentos como este:

[...] el trato sexual fundado en el afecto, otorgaba eficacia al consentimiento de su pareja. Creía que producto del amor, su asentimiento tenía validez jurídica sin importar la edad. Error invencible disculpante de su responsabilidad por el hecho típico y antijurídico, e insuperable dadas las condiciones en que mantuvo trato sexual con la menor, sin que su intención estuviera orientada a abusar de ella por su edad (fl. 34).

Igualmente, señala que

El Código Penal al prever en el numeral 11 del artículo 32 el error de prohibición, acoge en su solución la teoría de la culpabilidad estricta, para lo cual la invencibilidad del error excluye la culpabilidad, mientras su vencibilidad reprocha el comportamiento a título de culpabilidad disminuida (fl. 25).

Las dos aclaraciones de voto

Como se infiere de ambas piezas las dos coinciden con la sentencia en el sentido de que se debía casar, aunque difieren en el camino para hacerlo. En efecto, la aclaración del magistrado Acuña Vizcaya reivindica la justicia material como ideal para solucionar el caso, pero desecha la tesis del error de prohibición y afirma que, de configurarse, apenas sí sería vencible con lo cual la responsabilidad sería atenuada; incluso descarta también un posible error de tipo, para el caso sobre el consentimiento máxime que nadie lo invocó. Por ello, entiende que la conducta es típica, antijurídica y culpable y opta por resolver el caso a partir de la categoría de la punibilidad y, más concretamente, en atención a la necesidad de pena que no estima procedente en el caso concreto.

A su turno, la muy breve pieza que suscribe el magistrado Fernández Carrier también rechaza la absolucón por la vía del error de prohibición y presenta una peculiar tesis según la cual en el caso no existió dolo.

Análisis jurídico del caso

A no dudarlo, los hechos que motivan esta reflexión son de gran interés y se prestan para un muy importante debate no solo desde la perspectiva dogmática sino desde el ángulo de la política criminal; desgraciadamente, los aportes de los diversos sujetos procesales intervinientes no son siempre los más afortunados y la discusión no se condujo por los mejores senderos, porque –como se dijo más arriba– pese a que la discusión data de varias décadas esos aportes no han sido tenidos en cuenta para resolver el caso. Desde luego, debe quedar claro de una vez, todo el debate va a girar en torno a las tesis que pergeñó el juzgador de primera instancia cuando (de la mano de la defensa) desechó los planteamientos de la Fiscalía para la cual «la ley es la ley» y ella debía aplicarse.

Dicho esto es evidente que, en cualquier caso, la sentencia cumple con los cometidos propios de la justicia material en la medida en que la solución adoptada es jurídicamente correcta; no obstante, estimamos que el camino a través del cual se llega a ella no es el mejor en la medida en que el asunto no se resuelve por la vía del error de prohibición –que en este caso no procede– y menos con la fundamentación dogmática esbozada en la providencia que hoy es materia de análisis.

Sobre el error de prohibición

Las teorías sobre el mismo

En atención a la ubicación brindada al conocimiento de la antijuridicidad, sea que se le entienda como componente del dolo concebido como forma de culpabilidad (o junto a él como elemento independiente, como predica un sector doctrinario minoritario), o bien como elemento de la culpabilidad normativamente entendida, independientemente del dolo situado en el tipo penal, se puede hablar de la teoría del dolo o a la teoría de la culpabilidad en sus distintas variantes: estricta o limitada (Welzel, 1970, p. 224 y ss.; Velásquez, 2020a, pp. 538-539).

Para las teorías del dolo –con su punto de partida causalista– en su variante estricta todas las formas de error, sean de tipo o de prohibición, excluyen el dolo y, por ende, la culpabilidad (no obstante, para algún sector doctrinario, el conocimiento de la antijuridicidad se concibe como elemento independiente del dolo), si son invencibles o inevitables; en cambio, cuando son vencibles o evitables, el injusto realizado se le atribuye al agente a título de culpa, sea que la ley haya previsto dicha «forma de culpabilidad» expresamente, sea que se acuda a una cláusula general de imprudencia o culpa de derecho. Los vacíos y contradicciones de dicho planteamiento llevaron a acuñar la versión limitada, de conformidad con la cual –para evitar las lagunas de punibilidad y salvar el escollo de la «cláusula general de imprudencia» o «culpa de derecho» prevista en algunas legislaciones– se afirma que basta con el mero conocimiento potencial de la antijuridicidad y se introducen la «enemistad con el derecho» o la «ceguera jurídica» como criterios para medir la evitabilidad del error, que, como es de suponer, deben determinarse a partir de pautas más generales como «el sano sentimiento del pueblo alemán», que sitúan la discusión en un terreno irracional e insostenible.

En lo atinente a las teorías de la culpabilidad, según las cuales este elemento de la teoría del delito se concibe en forma normativa, y el conocimiento de la antijuridicidad es su núcleo central, se puede decir lo siguiente: para una versión estricta cuando se presente un error de prohibición invencible o inevitable se excluye la culpabilidad, mientras que si este es vencible o evitable puede, aunque no se debe, aminorarse la pena imponible para el hecho doloso; ello es consecuencia de la consideración de que la conciencia de la antijuridicidad se debe concebir de manera potencial y, en todo caso, el agente actúa con dolo de tipo. Desde luego, el carácter estricto de esta formulación permite hacerle diversas censuras, pues en caso de vencibilidad, deja a la potestad del juzgador la atenuación de la pena, lo que no se compagina con el principio de culpabilidad; y, en tratándose de algunas hipótesis de error vencible sobre las causales de justificación (error de tipo permisivo), parece exagerado castigar al agente como si hubiese actuado dolosamente.

Estas objeciones dieron lugar al surgimiento de otras fórmulas alternativas, entre las cuales aparece la versión limitada que, como su nombre lo indica, busca ponerle límites a la susodicha construcción y hacerla más manejable políticamente, a cuyo efecto se opta por tratar el error de tipo permisivo de la misma manera que el error de tipo, mientras que el llamado «error de permisión» es sometido a las reglas del error de prohibición normal.

Así las cosas, si se observa el tenor literal del art. 32 N.º 10 y N.º 11 es claro que en ellos se acoge la teoría limitada de la culpabilidad (Velásquez, 2020a, p. 543). De allí que sea a todas luces equivocado afirmar, como lo hace la Sala, que la teoría acogida en materia del error de prohibición es la estricta (folio 25), para lo cual cita en su apoyo otras decisiones de la misma corporación que incurrir en igual yerro (Sent. 13/7/2005, Rad.: 20929, CSJ; A. 19/5/2008, Rad.: 28984).

Las clases de error de prohibición

El error de prohibición (del que, como ya se expuso, podrá predicarse venibilidad o invencibilidad, evitabilidad o inevitabilidad, según el caso) se clasifica en directo o abstracto, e indirecto o concreto. Error directo es el que se presenta cuando el autor no conoce, en cuanto tal, la norma prohibitiva referida directamente al hecho y toma por lícita la acción; ello puede suceder si se presenta una de las siguientes tres situaciones:

En primer lugar, cuando el agente no conoce la norma prohibitiva. Estos son los típicos casos de *ignorantia legis*, por lo que se les conoce como error sobre la existencia de una prohibición. En segundo lugar, puede suceder que el autor conozca la norma prohibitiva, pero la considere no vigente, e incurra en un error en cuanto a su validez; a estos eventos se les denomina, por ello, como error sobre la validez de la norma. Y, para terminar, en tercer lugar, puede acaecer que el autor interprete equivocadamente la norma y la repete no aplicable; para referirse a estas hipótesis, la doctrina habla del error de interpretación o error de subsunción.

En segunda instancia, debe estudiarse el error indirecto, o sea, el que recae sobre una causa de justificación del hecho, que a su vez puede ser de tres clases: en primer lugar, puede acontecer que el agente se equivoque acerca de la existencia de una justificante, al suponer la presencia de una causal de exclusión de la antijuridicidad no prevista por el ordenamiento jurídico; a estos eventos se les denomina error sobre la existencia de una justificante. En segundo lugar, puede pasar que el agente yerre sobre los límites de una justificante y desborde las exigencias legales para que –en el caso concreto– concorra una excluyente de la antijuridicidad, lo que se traduce en una situación de exceso motivada por un error; estos son los casos de error sobre los límites de una justificante que, en unión del error sobre la existencia, conforman el error de permisión.

Y, junto a las dos anteriores variedades, aparece una tercera forma denominada error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho, que se presenta cuando el agente supone la presencia de los requisitos objetivos de una causal de justificación legalmente reconocida, cuando en realidad ello no sucede; son los casos de «justificantes» putativa; es este el error de tipo permisivo, tratado por la teoría limitada de la culpabilidad –que por esta vía hace concesiones a la teoría de los elementos negativos del tipo– como error de tipo escudada en sus similitudes con aquel (Jescheck & Weigend, 2002, pp. 490 y ss.; Velásquez, 2020a, pp. 540-542).

Estos distingos que son claves se echan de menos en la providencia y, sobre todo, cuando ella habla del error directo o abstracto de prohibición que lo entiende así:

[...] se estructura cuando el autor obra en la creencia equivocada de que su comportamiento no constituye delito, porque ignora la existencia de la prohibición o supone que la norma no rige, es inaplicable por ser contraria a la Constitución Política, o ha sido derogada.

Con esa exposición, obvio es decirlo, no se tiene en cuenta el error de interpretación o de subsunción que era el llamado a considerar si es que pretendía ver en el caso la configuración de esa causal de exclusión de la responsabili-

dad penal y sobre el cual, recuérdese, apuntaló el casacionista todo su alegato al citar, incluso, a importantes autores (Ríos-Castaño, 2017, fls. 209 y 210; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 734; Roxin, 1997, p. 872). En otras palabras, de forma antitécnica la sentencia define de forma equivocada el error de prohibición directo y, además, ni siquiera menciona el error de interpretación o también llamado de subsunción (Welzel, 1970, p. 242); incluso, olvidó una transcripción muy importante que hizo el casacionista al hablar de esta modalidad error; obsérvese lo que se dice al respecto:

[...] el sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta (...) un error de subsunción no es necesariamente un error de prohibición. Sin embargo sí lo es la mayoría de las veces, porque se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados, en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta (Roxin, 1997, p. 872).

En otras palabras: el yerro interpretativo puede recaer sobre un elemento normativo del tipo o puede versar sobre la prohibición o el mandato mismos. Y esas incongruencias e impropiedades son las que hacen tambalear la argumentación esgrimida por la Sala cuando habla del «error de prohibición».

Así las cosas, miradas las diversas piezas procesales que hemos podido examinar se debe concluir que, por ninguna parte, se configura la causal excluyente de culpabilidad invocada y mucho menos con un carácter invencible como osa afirmar la sentencia. No se trata, pues, de un caso en el que opere el error de prohibición en atención a que el joven no tenía la capacidad para actualizar el conocimiento del injusto, como se desprende de la providencia la cual, incluso, estima que la novia menor de catorce años tenía mayores posibilidades de comprender el carácter ilícito del acto al punto de que buscó quitarse la vida. En ese sentido coincidimos con el magistrado Acuña Vizcaya cuando afirma que no se trata de un caso que se puede resolver por la vía del error de prohibición.

La aclaración de voto de Acuña Vizcaya

Esta pieza procesal, cuyas bases se deben indagar en los argumentos contenidos en la Sentencia de primera instancia cuando el juez Alzate Vélez planteó como alternativa para enfrentar el caso los postulados de la Constitución («...los principios muestran que no es factible imponer sanción a CCCP»: Sent. 16/12/2014, fl. 17), es digna de resaltarse porque ella no solo aparece muy bien orientada desde la perspectiva de los principios inspiradores de la política criminal sino que plantea una reflexión enmarcable dentro la teoría de los fines de la pena y del derecho penal; una discusión muy importante y actual, pese a que data de varios milenios y las formulaciones han sido las más dispares a lo largo de la historia (Ferrajoli, 1995, p. 253) que debería ser fomentada a diario no solo por los académicos sino por quienes administran justicia penal y/o abogan por ella.

Por eso, justo es decirlo, hace hincapié en la justicia material que apun-tala en la Constitución no solo en su Preámbulo sino en los principios fundantes del Estado; y, en consecuencia, reivindica el principio de necesidad de pena y con él el axioma de proporcionalidad porque en casos como el examinado no se evidencia –a cuyo efecto cita la obra de Roxin (1981, p. 30) – *«un perjuicio insoportable para la coexistencia social»* que amerite la represión estatal. En fin, pues, el mérito de esta pieza procesal es que invita a un debate de suyo necesario y necesitado de continua alimentación para evitar que la tarea de administrar justicia penal se vuelva mecánica, aburrida e injusta.

La aclaración de voto de Fernández Carlier

Por otra parte, esta pieza al señalar que «la absolución debió proferirse por ausencia de dolo valorado, esto es, no haberse tenido conciencia de la anti-juridicidad» porque «al inculpatado no le era exigible conforme a las reglas culturales de formación y vivencia una conducta diferente», denota una confusión en conceptos que son distintos y no es viable entremezclar dogmáticamente.

En efecto, cuando se afirma que la absolució debió proferirse por ausencia de dolo valorado, parecería ubicarse el debate en el contexto de las trasnochadas corrientes causalistas –a cuya luz la concepción psicológica entendía la culpabilidad como un nexo psicológico entre el autor y la conducta mientras que la concepción psicológica normativa lo hacía con base en un nexo psicológico y el juicio de reproche– para las cuales el dolo como componente de la culpabilidad tenía tres elementos: el cognoscitivo, volitivo y la conciencia de la antijuridicidad. Esas concepciones, recuérdese, no son de recibo bajo la égida del actual estatuto penal que entiende al dolo como un componente subjetivo tanto de la acción como del tipo (véase, art. 22 C. P.) y que, como lo explicaría el finalismo, es neutro en la medida en que la conciencia de la antijuridicidad no hace parte del mismo sino de la culpabilidad.

Pero, adicionalmente, al indicar que el inculpatado no tenía conciencia de la antijuridicidad porque no le era exigible conforme a las reglas culturales de formación y vivencia –expresión que pareciera ser un pálido recuerdo de la concepción de las normas de cultura– (Mayer, 2000) una conducta diferente, confunde la conciencia de la antijuridicidad con la exigibilidad de otro comportamiento, categorías por demás bien diferentes. La primera, esto es, la conciencia de la antijuridicidad, implica que se tenga conciencia de que el comportamiento está prohibido por la ley, y, en términos del Código Penal, la exigencia de que el autor tenga por lo menos un potencial conocimiento de la antijuridicidad al momento de actuar. Ahora bien, la expresión comprensión que emana del verbo «comprender», esto es, percibir el significado de algo, es no solo conocerlo sino también aprehenderlo. Por ello, se dice «comprender implica, pues, conocer y también internalizar, porque la internalización requiere conocimiento previo» (Zaffaroni, 1982, p. 82; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, pp. 667-680; Velásquez, 2009, p. 832); de ahí que, justamente en la mayoría de los casos, cuando una persona realiza un injusto no alcanza a comprender la antijuridicidad de su hecho, pues un conocimiento efectivo de ella casi nunca se da por lo que, para efectos legales, al legislador le basta con que el agente tenga al menos la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su actuar (Velásquez, 2009, p. 832).

En fin, la exigibilidad de un comportamiento distinto implica que a la persona le era exigible comportarse de una forma distinta por encontrarse el autor en una situación determinada; por ello, el estado de necesidad exculpante, la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable, son supuestos de inexigibilidad de una conducta según los requerimientos del derecho porque el autor se encuentra en una situación de incapacidad de determinación.

Otras posibilidades de solución

Si se hace un balance de las diversas posturas esgrimidas por los diversos intervinientes se tiene que los mismos propusieron múltiples formas de abordar el asunto, yendo desde quienes (para el caso la Fiscalía y el Tribunal de segunda instancia) afirman que se ha producido una conducta típica, antijurídica y culpable de acceso carnal abusivo que, incluso, se hace concursar con actos sexuales abusivos (artículo 209, que preferimos llamar como bis) (Velásquez, 2020b, p. 252), hasta las de quienes entendieron que se debía absolver por ausencia de dolo (Procuraduría Delegada ante la Corte y Fernández Carlier con una postura muy confusa), falta de antijuridicidad (defensa, Juzgado de primera instancia), error de prohibición (defensa, Sala de Casación Penal) y no necesidad de pena (aclaración de voto de Acuña Vizcaya). Sin embargo, la conducta de CCCP bien se pudo evaluar de otra manera.

En efecto, si se parte de un concepto jurídico-penal de conducta para el cual las notas de la misma son la causalidad, la finalidad y la relevancia social, como lo hace uno de los comentaristas en su obra (Velásquez, 2020, pp. 314 y ss.), bien se podría decir que la conducta realizada por el agente no es relevante para el derecho penal porque ella se inscribe en el marco de lo socialmente aceptado en el medio cultural en el cual se comporta el agente; se trata, pues, de un actuar socialmente aceptado que se lleva a cabo en el contexto de los valores sociales hoy predominantes sin que –en casos como el examinado– se afecte para nada la convivencia. Al respecto, recuérdese como la dogmática finalista por boca de su creador había afirmado desde los años treinta del siglo pasado que «quedan por fuera del concepto de injusto

todas aquellas acciones que se presentan en el marco del orden históricamente constituido» (Welzel, 1939, pp. 491 y ss.), esto es, socialmente adecuadas y que no pueden ser típicas (Welzel, 1964, pp. 54 y ss.); con ello, se acuñó la idea de la adecuación social que tanto va a incidir en la dogmática penal posterior (Cancio, 1993, pp. 169 y ss.) y que, en palabras de un gran expositor latinoamericano, conforman la llamada «tipicidad conglobante» categoría que complementa el estudio de la «tipicidad legal» y que, recuérdese, muy bien menciona la Aclaración de voto del magistrado Acuña Vizcaya:

Será función de este segundo paso de la tipicidad penal, operar como correctivo de la tipicidad legal, reduciendo a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que solo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no prohíbe precisamente porque las ordena o las fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad (Zaffaroni, 1981, p. 237).

Así las cosas, sin necesidad de avanzar hasta la tipicidad o la antijuridicidad (como en los planteos acabados de citar) el caso se podría resolver desde el juicio de conducta para afirmar que la misma se excluye y que, por ende, no hay lugar a pensar en emitir siquiera un juicio de tipicidad. De no ser así, las cárceles deberían estar llenas de jóvenes que han tenido relaciones sexuales en las mismas condiciones del aquí inculcado y que hoy, en el contexto de la organización social existente, son perfectamente normales máxime si se trata de relaciones de noviazgo toleradas en el ámbito familiar. De esta forma, disposiciones como las contenidas en los arts. 208 y ss., no se pueden entender como si se hubiesen concebido aisladas en el tiempo en una cápsula o urna de cristal, sino que ellas deben reflejar la realidad social y han de entenderse siempre desde la perspectiva de los bienes jurídicos tutelados. Muy bien, recuerda la Aclaración de Voto suscrita por el magistrado Acuña Vizcaya que con ello se busca

[...] que el Estado, no en forma general, sino en cada caso, respecto de cada individuo, pueda legítimamente exigir responsabilidad en la conducta delictiva desarrollada por esa persona, pues *lo que se mide en este juicio, en últimas, es la capacidad del Estado para exigirle responsabilidad al individuo, si puede hacerlo en el caso concreto en consideración a la responsabilidad social que le asiste.*

Es más, esa misma pieza procesal asevera que «resulta imposible cerrar los ojos ante el vértigo, la precocidad y, sobre todo, la autonomía de vida de los adolescentes de hoy».

Ahora bien, más allá de ese punto de partida –si no se acoge esa formulación de la conducta desde la perspectiva del derecho penal– tampoco habría imputación objetiva, instituto éste que se examina en sede del juicio de tipicidad como elemento del aspecto objetivo u objetivado del tipo como lo entiende la actual doctrina (Roxin, 1997) y el propio derecho positivo (Gálvez-Argote, 2001, pp. 87 y ss.; Velásquez, 2020, pp. 365 y ss.); en efecto, el Código Penal, al reproducir la norma constitucional contenida en el art. 29, reitera que *acto e imputación* son los dos pilares sobre los que se asienta la construcción del delito (C.P. art. 6.º, inc. 1.º) y, de la mano de esta, también dispone que «para que la conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable» (C.P. art. 9.º, inc. 1.º); así mismo, exige la «imputación jurídica del resultado», al referirse a la causalidad (inc. 2.º).

Así las cosas, una vez verificada la causalidad se trata de precisar un conjunto de reglas construidas sobre valoraciones jurídicas, en virtud de las cuales se puede demostrar que el resultado puede serle atribuido al agente, cuando la producción de un peligro o riesgo prohibido tiene lugar en el ámbito de protección de la norma, lo que implicaba hacer un examen de la conducta en tres niveles: a) *si la conducta ha creado un riesgo jurídico penalmente relevante para el bien jurídico* (carácter disvalioso del comportamiento realizado por el agente); b) *si ese riesgo se ha concretado en el resultado* (la conducta realizada por el sujeto es constitutiva de tentativa o de hecho consumado); y, c) *si el resultado queda cobijado dentro del ámbito de protección de la norma* (interpretación de los tipos penales discutidos, con base en consideraciones político criminales), lo que luego denominaría como el «alcance del tipo» para evitar confusiones (Anarte-Borralló, 2002, pp. 203 y ss.). En relación con el primer nivel, pues, que es el importante para el caso en estudio, se debe verificar si la conducta supone un riesgo típicamente relevante lo cual implica dos exigencias: por una parte, que el comportamiento suponga un peligro para el bien jurídico (la aportación del riesgo) y, por otra, que ese riesgo por no estar

tolerado, merezca la atención del derecho penal (el riesgo permitido) (Roxin, 1997, pp. 342 y ss.).

De esta forma, el análisis propuesto conduciría sin hesitación alguna a afirmar que el sujeto activo no creó ningún riesgo o peligro para los bienes jurídicos objeto de tutela: la libertad, la integridad y la formación sexuales; por ello, pues, la conducta sería atípica. Esta es, sin duda, la solución más técnica y que mejor se acompasa con el debate de los últimos años en esta materia. Por ello, entonces, negamos la configuración en el caso concreto de un error de prohibición que, dicho con todo respeto, solo existió en la mente de la defensa del inculcado y en la de los jueces de la Corte Suprema. Por eso, entiéndase, hablamos de un error de prohibición sin error.

Referencias

- Auto (2008, mayo 19). Recurso de apelación. [Radicado 20929]. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Anarte-Borrillo, E. (2002). *Causalidad e imputación objetiva en Derecho Penal. Estructura, relaciones y perspectivas*. Huelva: Universidad de Huelva.
- Cancio-Meliá, M. (1993). La teoría de la adecuación social de Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Fasc. II, 169-202.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gálvez-Argote, C. A. (2001). Acción e imputación en el nuevo Código Penal colombiano. *Estudios sobre los nuevos códigos penales* (pp. 87-104). Bogotá: Universidad de Salamanca-Corte Suprema de Justicia.
- Hugo, V. (1862). *Les Misérables*, I. Paris: Pagnerre Libraire-Éditeur.
- Jescheck, H. H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* [5.ª ed. trad. De M. Olmedo-Cardenete]. Granada: Pomares.
- Jescheck, H. H. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 2 t. [2.ª ed., trad. y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde]. Barcelona: Editorial Bosch.
- Londoño, H. L. (1982). *El error en la moderna teoría del delito*. Bogotá: Editorial Temis.
- Mayer, M. E. (2000). *Normas jurídicas y normas de cultura* [trad. de J. L. Guzmán Dálbora]. Buenos Aires: Hammurabi.

- Ríos-Castaño, J. M. (2017, julio 25). Demanda de casación. [Radicado: 170013104005-2013-00154 00].
- Roxin, C. (1981). *Iniciación al Derecho Penal de hoy* [trad. introducción y notas de F. Muñoz-Conde y D. M. Luzón-Peña]. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General* [trad. de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo & J. V. De Remesal]. Madrid: Civitas.
- Sentencia (2005, julio 13). Recurso de casación. [Radicado 20929]. Magistrado ponente: Herman Galán Castellanos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, diciembre 16). Recurso de apelación [17-001-31-04-005-2013-00154-00]. Magistrado ponente: Juzgado Quinto Penal del Circuito [Colombia].
- Sentencia (2017, mayo 17). Segunda instancia. [Radicado 2009-00409-01]. Magistrado ponente: Antonio Toro Ruiz. Tribunal Superior de Manizales [Colombia].
- Velásquez, F. (1982). El error en la moderna teoría del delito. Comentarios al nuevo Código Penal colombiano (Hernando León Londoño Berrio). *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 15, 895-901.
- Velásquez, F. (1983). ¿El inciso final del artículo 40 del C. P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición? *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 19, 295-312.
- Velásquez, F. (1984). La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales (a propósito de una providencia de la Corte). *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 24, 187-208.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General* [4.ª ed.]. Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. (2020a). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General* [3.ª ed.]. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch.
- Velásquez, F. (2010b). *Código Penal Colombiano*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* N.º 58, 491-566.
- Welzel, H. (1964). *El nuevo Sistema del Derecho penal* [trad. de J. Cerezo-Mir]. Barcelona: Ariel.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Alemán* [11.ª ed., trad. de J. Bustos-Ramírez y S. Yáñez-Pérez]. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. III. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1999). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. IV. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal, Parte General* [2.ª ed.]. Buenos Aires: Ediar.