

SILVA CEPEDA, JULIÁN DAVID, LEMUS CASTILLO,
MELISSA FERNANDA, "Del Error de tipo en el Acceso
Carnal Abusivo. Comentarios a la sentencia del 23
de mayo de 2018 de la Sala de Casación Penal de
la Corte Suprema de Justicia, radicado 46992. M.P.
Patricia Salazar Cuellar", *Nuevo Foro Penal*, 92, (2019).

**Del Error de tipo en el Acceso Carnal Abusivo.
Comentarios a la sentencia del 23 de mayo de
2018 de la Sala de Casación Penal de la Corte
Suprema de Justicia, radicado 46992.**

M.P. Patricia Salazar Cuellar

Error of facts and Abusive Sexual Acts.

Comments on the sentence of 23 May,

2018 by the Supreme Court of Justice (46992)

JULIÁN DAVID SILVA CEPEDA¹

MELISSA FERNANDA LEMUS CASTILLO²

1. Introducción

El presente comentario analiza la sentencia del 23 de mayo de 2018 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 46992, donde se examina la decisión por parte del Tribunal Superior de Arauca, en la cual se condenó a DAO por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años. La Corte estima que el tribunal ignoró la configuración de un error de tipo debido a que las circunstancias fácticas y los testigos del caso daban a entender que el sujeto activo desconocía la edad de la menor. Por lo anterior, este texto es un estudio de la figura del error de tipo en el acceso carnal abusivo.

1 Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Bogotá), monitor de Derecho Penal Especial de María Camila Correa Flórez. Contacto: jd.silva1848@uniandes.edu.co

2 Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Bogotá), monitor de Derecho Penal Especial de María Camila Correa Flórez. Contacto: mf.lemus11@uniandes.edu.co

2. Hechos Relevantes

El 28 de noviembre de 2010 la madre de YNCT³ la lleva al Hospital de San Vicente de Arauca debido a unos fuertes dolores abdominales. Al realizarle los exámenes pertinentes descubren que la menor se encontraba en proceso incompleto de interrupción voluntaria del embarazo, razón por la cual fue sometida a un legrado obstétrico.

Los funcionarios del hospital del ICBF y de la policía le preguntaron a YNCT sobre los hechos ocurridos, trayendo como resultado que YNCT afirmara que ella y DAO sostuvieron relaciones sexuales. A raíz de esas declaraciones la fiscalía solicitó la expedición de orden de captura contra DAO, la cual se materializó el 20 de marzo de 2012 y se le formuló imputación como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (Art. 208 CP) —YNCT tenía 12 años cuando ocurrieron los hechos—. Posteriormente en el escrito de acusación la fiscalía adiciona la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 6 del artículo 211 del Código Penal, por el embarazo que produjo el acceso carnal abusivo.

El 22 de mayo de 2015 el Juzgado 2 Penal del Circuito absuelve a DAO, decisión que apela la fiscalía. El 24 de agosto del mismo año se da el fallo de segunda instancia por el Tribunal Superior de Arauca, en donde se revocó el proveído impugnado y en su lugar condenó a DAO como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo agravado (Art. 208 y 211 numeral 6 del CP), imponiéndole una condena de 16 años y 6 meses de prisión. Contra esta decisión el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación y la demanda fue admitida el 18 de enero de 2017 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El presente artículo analiza la sentencia del 23 de mayo de 2018 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado 46992, teniendo como fin y límite la configuración de un error de tipo sobre el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años (Art. 208 CP).

3. Del Error de Tipo

El error de tipo es el nombre que actualmente recibe lo que se conocía como error de hecho y su aplicación está directamente relacionada con el dolo. En la dogmática penal se hablaba principalmente de dos tipos de errores, el de hecho y

3 Se suprime del texto el nombre del sujeto pasivo y cualquier información que pueda conducir a la individualización de la víctima menor de edad por ser un sujeto de especial protección —Art. 44 CPC— y en aras de proteger su intimidad —Art. 15 CPC. Igual acontece con los demás nombres relacionados en la sentencia.

el de derecho. De manera simplificada el error de derecho —ahora conocido como error de prohibición— se entendía como la ignorancia de que una conducta era considerada ilícita, mientras que el error de hecho lo definía el profesor Alfonso Reyes Echandía como:

la equivocación que versa sobre uno cualquiera de los elementos de la conducta descrita en la ley penal, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material; como cuando Pedro yace con su hermana, creyendo que se trata de una mujer extraña⁴.

No obstante, el uso de estos términos acarrea serias dificultades para su diferenciación, pues su atención estaba en la causa de los errores y no tanto en “la naturaleza del objeto afectado por la ignorancia”⁵, por ello se abandona la concepción tradicional y se opta por renombrarlos como error de tipo —*Tatbestandsirrtum*— y error de prohibición —*Verbotsirrtum*—⁶. Gran parte de la discusión sobre este cambio tuvo lugar en Alemania y es especialmente importante a mediados del siglo XX, pero aún así la distinción entre el error de tipo y el de prohibición siguió siendo un tema de amplia discusión dogmática y de aplicación del derecho⁷, como lo destaca Hans Jescheck⁸.

El error de tipo, en pocas palabras hace referencia al desconocimiento de uno o más de los elementos que componen un injusto penal. En palabras de Hans-Heinrich Jescheck “existe error de tipo cuando el autor no conoce uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo que corresponda [...] el autor actúa sin dolo”⁹. La regulación de esta figura está consagrada en el Art. 32 numeral diez del Código Penal (CP) colombiano:

Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

4 REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 2017, p.239

5 *Ibíd.*

6 *Ibíd.*

7 Para una mayor profundización: Fakhouri Gómez, Yamila, *El Objeto del Dolo en el Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 37-50. En esta parte de la obra la autora hace un recorrido general por la evolución de las teorías del error en el marco de la teoría del delito.

8 JESCHECK, HANS-HEINRICH, WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal parte general*, Granada, Comares, 2002, p. 329.

9 *Ibíd.*, p. 328.

Aceptar que existe un error de tipo puede significar distintas consecuencias sobre una conducta, pero definitivamente implica que con el mero desconocimiento de un elemento constitutivo de la descripción típica se desestima automáticamente el dolo del injusto que se está analizando. Este presupuesto supone que se entienda el dolo como el conocimiento fáctico y la voluntad de realizar la conducta delictiva, es decir una concepción de “dolo natural”, pues el *dolus malus* está conformado por (i) los supuestos de hecho—conocer y querer la situación típica— y adicionalmente (ii) saber que la conducta es antijurídica¹⁰.

Como se mencionó antes, el tránsito al concepto de error de tipo y de error de prohibición, no fue pacífico y generalizado; el cambio de términos y su diferenciación sigue siendo un tema de controversia, así como la forma de entender el dolo sigue siendo conflictiva. La mayoría de la doctrina sigue lo explicado en el párrafo inmediatamente anterior, pero no todos los doctrinantes consideran que partir de la base del dolo natural sea la mejor forma de diferenciar los errores. A saber, existen posiciones que abogan por volver a una interpretación de los errores con base en el *dolus malus*, lo que conllevaría —según afirman sus defensores— a terminar con el problema de distinción y la barrera difusa entre los tipos de error, pues estos se configurarían en un único error. En esta línea de pensamiento se encuentra Yamila Fakhouri, que afirma que

la posibilidad de distinguir entre diferentes clases de errores tendría una importancia secundaria si se parte de un concepto de dolo de estas características: el dolo se identificaría con la conciencia de estar llevando a cabo una conducta injusta, y ello con independencia de que tal desconocimiento tenga su origen en un error sobre las circunstancias fácticas o sobre las normas. Existiría, por tanto, una única clase de error que adquiere relevancia: el error sobre el carácter prohibido de la conducta¹¹.

Ahora, el numeral diez del Art. 32 CP da el marco de acción del error de tipo y lo divide en dos grandes categorías, el error de tipo vencible e invencible.

El error de tipo vencible es aquel que podía evitarse, es decir que en las circunstancias en que se presentó era posible salir del error si tan solo se hubiera sido más diligente, si se observaba el debido cuidado. Así las cosas, el error de tipo

10 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2015, p. 278.

11 FAKHOURI GÓMEZ, YAMILA, *El Objeto del Dolo en Derecho Penal*, Cit., p.364.

vencible sólo excluye el dolo, dejando intacta la imprudencia correspondiente con el injusto que se haya cometido, sin obviar que en el ordenamiento colombiano la imprudencia es *numerus clausus* y en la mayoría de los casos esta clase de error conlleva a la impunidad, pues como lo destaca Günther Jakobs:

punible es el comportamiento imprudente sólo cuando así se establece expresamente [...] Si el autor no conoce todas las circunstancias pertenecientes al tipo legal, no actúa dolosamente [...] si las circunstancias son no obstante cognoscibles actúa imprudentemente¹².

La modalidad que se conoce como error de tipo invencible es aquella, como su nombre bien destaca, en la que no se podía salir del error aún si se hubiese actuado con la diligencia debida. La consecuencia lógica de esa invencibilidad es que excluye no solo el dolo, sino también la imprudencia, por lo que conlleva a la impunidad. No debemos olvidar que esta posición es la adoptada por el artículo 32 numeral 10 del Código Penal colombiano y que “la pura causación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta atípica”¹³.

La CSJ ha reiterado la separación antes mencionada y ratificado el Art. 32 del CP como su fuente. Al respecto ha destacado la impunidad que conlleva el error de tipo y afirmado que

el denominado error de tipo se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa¹⁴.

Es menester recordar que ya sea un error de tipo vencible o invencible, tienen en común que se deben analizar caso a caso, mirando las circunstancias específicas en las que se enmarca el error de tipo y que, además, ambas excluyen el dolo en la conducta estudiada. En palabras sencillas “El tratamiento del error de tipo descansa sobre un sencillo principio básico: el error de tipo excluye el dolo”¹⁵.

12 JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 381.

13 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, Cit., p. 280.

14 CSJ. Sala de Casación Penal, Bogotá D.C., 23 de mayo de 2007, Rad. 25405.

15 JESCHECK, HANS-HEINRICH, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal parte general*, Cit., p.332.

4. Del Delito de «Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años» Art. 208 del Código Penal

El acceso carnal abusivo es un tipo penal que fue incorporado en la Ley 599 a través del artículo 4 de la Ley 1236 de 2008, el cual afirma que el artículo 208 del Código Penal quedará de la siguiente manera: "Artículo 208. Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años".

La figura mencionada anteriormente, también es llamada violación impropia, violación presunta o violación ficta, ya que se presenta el delito de acceso carnal, pero sin ejercer violencia física o moral sobre el sujeto pasivo¹⁶, el cual es cualificado ya que debe tener una edad menor a 14 años. Es así como el legislador pretende reprimir aquellas conductas humanas de contenido erótico que se ejecutan en el cuerpo de un menor de dicha edad, especialmente la del acceso carnal. Lo anterior, se debe a que el menor no está en capacidad de consentir aún relaciones sexuales, y no ha alcanzado un grado de madurez estable de expresión externa que le posibilite un pleno consentimiento. Es así, cómo se protege la *seguridad sexual*¹⁷ de los menores y se reprocha el comportamiento de quien sostiene una relación carnal con estos, ya que el sujeto pasivo no es capaz de otorgar un consentimiento válido debido a su propia inmadurez sexual¹⁸.

Respecto al consentimiento en este contexto, la jurisprudencia ha dicho que: dada la naturaleza del bien jurídico, no es predicable el criterio según el cual actuar sobre la base del consentimiento del sujeto pasivo de la conducta excluye la realización del tipo. Por el contrario, se estima como ineficaz toda contribución voluntaria al resultado que provenga de la víctima si tan solo concurre la calidad especial exigida por la norma, que es la atinente a la edad¹⁹.

Es así, como la Corte Suprema de Justicia reitera que el consentimiento de la víctima no es ningún tipo de atenuante frente a la conducta, ya que como se

16 LÓPEZ ESCOBAR, EDGAR, *Los delitos sexuales*, Bogotá, Leyer, 2015 p. 396.

17 Tesis propuesta por el profesor Humberto Barrera Domínguez, refiriéndose a aquellas relaciones eróticas que se dan con aquellas personas que no han llegado a la expresión sexual externa. LÓPEZ ESCOBAR, EDGAR, *Los delitos sexuales*, cit., p. 396.

18 PEDRAZA JAIMES, MIGUEL ÁNGEL, "El consentimiento del sujeto pasivo en el acceso carnal abusivo", en *Nuevo Foro Penal*, núm., 52, Medellín, Universidad EAFIT, 1991, pp. 191-203.

19 Cfr. Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de marzo de 2014, Radicado 41778 (SP2650-2014).

mencionó anteriormente, lo que se sanciona es que el menor no cuenta con la madurez suficiente para realizar este tipo de actos.

Es menester destacar, que en caso de que el menor de 14 años ejerza resistencia frente a su agresor en aras de impedir que se consuma la relación sexual, y el sujeto activo hiciera uso de la fuerza para someterlo, estaría incurriendo en el delito de acceso carnal violento descrito en el artículo 205 del Código Penal. Por ello, no es posible afirmar que siempre que el sujeto pasivo sea menor de 14 años se configura una agresión de carácter abusivo, ya que es perfectamente viable que los menores de dicha edad sean sujetos pasivos de delitos sexuales violentos²⁰.

Por otro lado, para que se agote el tipo penal en estudio, no es indispensable que se consuma fisiológicamente el acto sexual, debido a que con la penetración o introducción del miembro viril en la vagina, ano o boca del sujeto pasivo hace posible la cópula sin necesidad de que se de la desfloración o lesiones corporales, ya que la noción de cópula hace referencia a la introducción del órgano sexual masculino por la vagina, ano o boca, es decir, para los efectos penales resulta sin importancia la eyaculación, puesto que la cópula reputa perfecta aunque la introducción o penetración se haya dado de manera parcial. Por lo anterior, si la víctima afirma que no hubo penetración y de los dictámenes periciales resulta que el sujeto pasivo no presentó lesiones ni desfloración, esto no es óbice para entender que el tipo penal fue consumado²¹.

5. Caso en Concreto

El recurrente sustenta el recurso de casación en dos cargos: el primero por nulidad y el segundo por errores de hecho de falso juicio de existencia; falso raciocinio y falso juicio de identidad. Del primer cargo —que no es objeto de estudio del presente trabajo— la Corte desestima los argumentos del recurrente y concluye que no es posible declarar la nulidad del fallo recurrido. Sobre el segundo cargo, la CSJ descartó los argumentos de la demanda sobre un error de hecho por falso juicio de existencia y falso raciocinio, básicamente porque al analizar la sentencia del tribunal encuentra que no se presentaron las vulneraciones alegadas por el demandante²². Sin embargo, la CSJ encontró probada la existencia de errores de

20 CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA, “Dos Problemáticas a la Hora de Realizar la Imputación de los Delitos Sexuales: Algunos Apuntes”, en *Estudios Críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Vol. 2, N.º. 1, Bogotá, Ibañez, 2015, pp. 21-54.

21 LÓPEZ ESCOBAR, EDGAR, *Los delitos sexuales*, cit., p. 396.

22 Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 23 de mayo de 2018, Radicado n.º 46992, p. 47

falso juicio de identidad, pues afirma que el Tribunal cercenó los apartes de los testimonios que afirmaban que el sujeto activo desconocía que YNCT era menor de 14 años, y es justamente el error en la valoración de los testimonios lo que da lugar al análisis de un posible error de tipo por parte de la Corte.

De acuerdo con lo anterior, La Corte establece que después de realizar un estudio de los testimonios rendidos por YNCT, su madre ICT, MLM, OEA y MAP —distintos testigos en el caso— se encuentra probado el error de hecho por falso juicio de identidad, pues el Tribunal cercenó los testimonios ya mencionados. Dicho cercenamiento impidió que el Tribunal dilucidara que “DAO *nunca actuó con dolo de acceder a una menor de 14 años*”²³. La Corte selecciona los testimonios ya mencionados porque estos contienen puntos claves sobre el desconocimiento de la edad de YNCT por parte del sujeto activo, ignorancia que existía cuando DAO sostiene relaciones sexuales con la menor. Así mismo el error sobre los testimonios conlleva, según la Corte, a la no aplicación del numeral décimo del Art. 32 del CP.

La Corte determina que se presenta un error de tipo con fundamento en el testimonio de los testigos, en donde se concluye que la menor: “i) aparenta más edad de la que biológicamente tiene; (ii) se avergonzaba de revelar su verdadera edad; (iii) acostumbraba a decir mentiras sobre su edad biológica; (iv) conoció a DAO en una discoteca en la que se prohíbe el ingreso de menores de edad, y (v) le dijo a DAO que tenía 17 años”. Por estas mismas razones sostiene la CSJ que DAO no tenía conocimiento sobre la edad de YNCT.

Ahora bien, se debe destacar que el análisis de la Corte Suprema de Justicia es acertado, ya que el Tribunal obvió completamente la configuración de un error de tipo en el caso concreto. Es difícil de creer que el Tribunal Superior de Arauca no haya vislumbrado la posible configuración de un error de tipo, que parece evidente conforme a los testimonios realizados durante el juicio oral. Es así que, el estudio cuidadoso por parte de la Corte Suprema de Justicia le permitió identificar los diferentes elementos del error de tipo.

Con base en lo anterior, la Corte destaca la importancia del conocimiento de la edad de la víctima por parte del sujeto activo, tratándose del delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años y ratifica que la edad, y el conocimiento fáctico de esta son elementos fundamentales para que se pueda configurar el tipo penal ya referido. Así mismo, la Corte demuestra que todos los demás elementos del tipo penal se encuentran presentes en la conducta que atañe al caso concreto, específicamente que DAO accedió carnalmente al sujeto pasivo; que la víctima era menor de 14 años

23 Ibid., p. 58.

y que existió un consentimiento por parte de la menor, aunque este se presume como inválido²⁴. Debemos recordar que el consentimiento en los casos de delitos sexuales abusivos es inválido por determinación legal, con el fin de salvaguardar la formación sexual, “entendida como el proceso o desarrollo de la personalidad, y, por tanto, de la sexualidad”²⁵. De manera que la Corte ha afirmado que la existencia de un error de tipo radica en que el autor desconozca uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse, es decir, que DAO desconocía que YNCT era menor de 14 años.

A pesar de todo lo anterior, la Corte se equivocó al determinar el alcance del error de tipo, pues en ningún momento habla de que exista un error de tipo vencible o invencible, más bien se limita a citar el Art. 32 numeral 10 y recordar un acápite de su propio precedente, respecto del error de tipo, pero en sus argumentos jamás menciona a qué clase de error de tipo se asemeja la conducta del sujeto activo. Esta omisión por parte de la Corte puede parecer de poca relevancia por no existir una modalidad culposa en los delitos sexuales —lo que llevaría a la impunidad de la conducta en cualquiera de los dos escenarios—, pero olvida la CSJ que sus decisiones son fuente de interpretación y existe un mensaje distinto en cada una de las formas del error de tipo —este punto se desarrollará más adelante—. Sobre la decisión en sí, difícil sería poner en duda la conclusión de la Corte, ya que por lo hechos fácticos del caso se configura un claro error de tipo —el lugar donde se conocen DAO y YNCT, la hora, la apariencia física de la menor, etc.—, como desde hace décadas se hubiera podido reconocer en el ordenamiento colombiano. A saber, Reyes Echandía afirmaba hace más de cuarenta años que existe un error de tipo y no responde penalmente “de acceso carnal abusivo (art.303) —artículo del Decreto 100 de 1980, conocido como el Código Penal de 1980— el que copula con mujer a quien cree mayor de 14 años dada su apariencia personal y el lugar donde la encontró”²⁶.

Siguiendo con el punto anterior, no es lo mismo decir que una persona no fue diligente a decir que no podía salir de su error. La Corte, trata al sujeto activo de manera indiferente al no especificar si su actuar fue negligente —no observó el debido cuidado— o realmente una persona en su situación no hubiera podido salir

24 Para profundizar sobre el tema del consentimiento y el que no se considere válido mirar, CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA, “Dos Problemáticas a la Hora de Realizar la Imputación de los Delitos Sexuales: Algunos Apuntes”, en *Estudios Críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Vol. 2, N°. 1, Bogotá, Ibañez, 2015, pp. 21-54.

25 *Ibíd.*, p.44.

26 REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal*, cit., p.243.

del error. Al hacer esto la Corte soslaya el hecho de que las consecuencias de sus decisiones no se limitan al “resuelve”, sino que también son un referente para los operadores judiciales y la misma sociedad. El porqué de las decisiones de la Corte en una sentencia, son los argumentos que a futuro pueden llegar a usar las personas que se enfrentan a un proceso penal o cualquiera de las partes de un proceso. Así las cosas, una decisión ambigua genera desconfianza al momento de aplicar las figuras penales, más en los casos de un error de tipo, donde no basta con demostrar el error, sino que se debe argumentar su alcance, dotando de contenido el argumento de la invencibilidad o no del error de tipo. El no determinar el alcance del error de tipo acarrearía graves consecuencias para la solución de casos para los que el código prevé una modalidad culposa, como el homicidio, en el que el error de tipo vencible no llevaría a la atipicidad de la conducta, sino a la valoración de la conducta como imprudente.

Respecto a la posición que adopta la Corte en su argumentación del caso en estudio, esta parece inclinarse por la idea de la invencibilidad del error de tipo. A esta conclusión se puede llegar gracias al énfasis que hace la Corte sobre la conducta del sujeto pasivo —que mentía frecuentemente sobre su edad y se avergonzaba de ser menor—; que los testigos o no conocían la edad de YNCT, o habían sido engañados por esta; o simplemente sabían que normalmente la gente le atribuía una edad superior, como lo afirma la madre de la menor. Así mismo, la Corte hace hincapié en el lugar en donde se conocieron la víctima y DAO y que este sabía que ella era menor de edad, pero creía que tenía 17 años, pues ni siquiera la madre de YNCT le aclaró la edad exacta de su hija. Todo lo anterior, funge de indicio para afirmar que la CSJ adoptó la interpretación de que existía un error de tipo invencible en la conducta de DAO. Sin embargo, la inexactitud de la Corte deja abierta la interpretación sobre cómo aplico el error de tipo y crea un precedente bastante débil sobre el alcance que puede darse al error de tipo, desperdiciando una valiosa oportunidad para desarrollar el tema y brindar posibles soluciones a problemas presentes y futuros.

6. Comentario Final

Cabe mencionar que la CSJ en ningún momento se plantea la posibilidad de que exista otro tipo de error en el caso concreto, como un error de prohibición por un desconocimiento de la ilicitud de la conducta al sostener relaciones con una menor de 14 años. Quizá la Corte no consideró necesario abarcar dicho problema, pues al hablar de un error de tipo aparentemente invencible —discusión que se menciona en el párrafo anterior— la conducta se torna atípica y no requería mayor análisis.

No obstante, esta omisión —que no necesariamente debe considerarse un error por parte de la CSJ— genera dos cosas. La primera, entender más las posiciones dogmáticas en las cuales se sustentan las decisiones de la CSJ, que probablemente siguen la doctrina mayoritaria entendiendo el dolo como dolo natural, y por ende el análisis separado del error de tipo y del error de prohibición. La segunda, que la CSJ ignoró, probablemente de manera intencional por no considerarlo pertinente, que probablemente ni el sujeto pasivo, ni el activo, conocían que la conducta que llevaban a cabo era un delito y que este aspecto no fue tenido en cuenta por el Tribunal cuando decidió condenar al señor DAO. Las declaraciones de YNCT y las de su mamá, pero especialmente las del sujeto pasivo, reflejan una ignorancia frente a la antijuricidad del hecho. Es decir, el Tribunal Superior de Arauca no sólo ignora la configuración de un error de tipo, sino que también descarta, sin ningún argumento, el que no se configuraba un error de prohibición, una falla abismal en el análisis de culpabilidad que realizó el Tribunal y al cual la CSJ no le da la más mínima importancia.

Bibliografía

- CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA, “Dos Problemáticas a la Hora de Realizar la Imputación de los Delitos Sexuales: Algunos Apuntes”, en *Estudios Críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Vol. 2, N^o. 1, Bogotá, Ibañez, 2015.
- FAKHOURI GÓMEZ, YAMILA, *El Objeto del Dolo en el Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal parte general Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal parte general*, Granada, Comares, 2002.
- LÓPEZ ESCOBAR, EDGAR, *Los delitos sexuales*, Bogotá, Leyer, 2015.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2015.
- PEDRAZA JAIMES, MIGUEL ÁNGEL, “El consentimiento del sujeto pasivo en el acceso carnal abusivo”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 52, Universidad EAFIT, 1991.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 2017.

Jurisprudencia

- CSJ. Sala de Casación Penal, Bogotá D.C., 23 de mayo de 2007, Rad. n.º25405.
- Cfr. Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de marzo de 2014, Radicado 41778.