

EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO EN EL ACCESO CARNAL ABUSIVO

*Miguel Ángel Pedraza Jaimés **

I. OBJETO DE ESTUDIO

No pocos son los casos que se encuentran en la “praxis judicial” acerca de relaciones sexuales sostenidas por hombres con mujeres menores de catorce años, en las cuales estas prestan su consentimiento, aceptan el trato erótico e incluso proclaman un sentimiento de “amor” capaz, pues, de iniciarlas en el sexo con su pareja. Tampoco han sido escasas las reacciones doctrinarias sobre este intrincado asunto que trasciende al mundo de lo jurídico, ni mucho menos se ha quedado atrás la providencia del funcionario judicial para apuntalar la mejor exégesis a la fórmula delictual del “acceso carnal abusivo con menor de catorce años” en asuntos en los que la presunta víctima consciente la relación.

La polémica en realidad ha resultado bien interesante cuando el intérprete sobrepasa la estructura formal de la norma penal —art. 303 del C.P.— y se interna, sin temor y sin antojo propio, en la verdad de la situación fáctica con todo y sus consecuencias sociojurídicas, es decir, en la personalidad del sujeto agente y su intención de infringir la ley, en la presunción de incapacidad e inmadurez sexual en el sujeto pasivo del comportamiento, en el entorno social en el que se desenvuelven los actuantes del contacto carnal y, obviamente, en la querencia y aceptación de ambos para copular conociendo o no el hombre la edad de su joven amante.

Intentar apenas de amaño una interpretación exegética y literal del texto legal, daría pues para solo atender al hecho del acceso carnal

* Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

y a la edad cronológica de la "víctima", siendo entonces esta una primera y dijéramos que casi que facilista hermenéutica normativa. Pero adentrarse el intérprete en el mundo de lo real y no en el triste, y formalmente legal, y trasegar por el vasto estadio de la sexualidad humana, el desarrollo biosíquico de hombres y mujeres, la capacidad de concepción, el despertar de la libido, la madurez para el sostenimiento de tratos en efecto libidinosos, y la voluntad de los copulantes, conduce a estudiar mucho más a fondo el asunto, y sobre todo a reflexionar con óptima *sindéresis* en la decisión jurídica que implica tan singular episodio, con todas las consecuencias que este acarrearía en cualquiera de las categorías del tríptico "tipicidad-antijuridicidad y culpabilidad".

Por pura cuestión de método, el presente estudio, a pesar de las limitaciones que de la misma temática devienen, abordará en principio la presentación de los supuestos teóricos que informan la materia del delito sexual abusivo o "de los actos sexuales abusivos" —como el Código los denomina—, para después formular planteos de solución a los diversos problemas jurídicos que habrían de generarse en cada una de las categorías del hecho punible dentro del conocido esquema clásico y el ahora renombrado finalista. Al tanto con la formulación de problemas y su consecuente respuesta, con ello se destaca la doctrina y la jurisprudencia conocida al respecto, y se precisa pues, con proclama de *jure condendo*, por la más sana interpretación adecuables al asunto del acceso carnal con persona menor de catorce años cuando esta da el sí, consiente, recibe y acepta el hecho mismo de la relación carnal, y el agente no actúa con proclividad delincencial.

2. LOS MENORES Y EL DELITO SEXUAL (TESIS DE LA "SEGURIDAD SEXUAL DE LOS IMPÚBERES")

La mayoría de las legislaciones penales modernas y gran parte de la doctrina de derecho punitivo comparado, al tratar el tema de los actos sexuales abusivos refieren el trato carnal con personas menores de una cierta edad y destacan así mismo las relaciones impúdicas con sujetos en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir. En las primeras siempre ubican el delito de "acceso carnal abusivo con un menor" que, lejos de estar afectado mental o físicamente, se entiende que se trata de una persona bien dotada en sus aspectos psíquicos y fisiológicos.

Se encarga entonces la legislación penal de reprimir aquellas conductas humanas de contenido erótico que se ejecutan en el cuerpo de un menor de cierta edad, y sobre todo de sancionar el acceso carnal con este, en particular partiendo de la presunción de que dicho menor no está en capacidad de consentir aún relaciones libidinosas y que su madurez frente al sexo todavía no ha alcanzado un grado estable de expresión externa que le posibilite un pleno consentimiento. A la sazón, se detiene el legislador en la observancia de la edad de la víctima de un delito sexual, en algunos códigos menor de doce años y en otros menor de catorce, para significar que es digna de tutela la "seguridad sexual" de estos menores y digno de reproche penal el comportamiento de quien sostiene relación carnal con un menor

de tal edad por no ser este sujeto capaz de otorgar un consentimiento válido debido a su propia inmadurez sexual.

Entre nosotros, la tesis de la "seguridad sexual" de los impúberes fue propuesta por el profesor BARRERA DOMÍNGUEZ, haciendo gala de una nueva concepción sobre el alcance del bien jurídico que regula los intereses sexuales de las personas, y siempre propendiendo a la defensa de los menores de catorce años como sujetos incapaces de recepcionar voluntariamente experiencias sexuales y de prestar consentimiento válido a la hora del ayuntamiento carnal. De manera sencilla, el autor citado explica su teoría de la "seguridad sexual" de los impúberes, proponiéndola "como objetividad jurídica en aquellas relaciones eróticas que se cumpla con personas que no han llegado a la expresión sexual externa. Con este planteamiento, se busca no solamente que se mencione ese interés jurídico de la «seguridad sexual» en la denominación del título, sino que se reúnan en un solo capítulo, bajo el rubro de la corrupción de menores, las conductas punibles traídas en el capítulo sobre «actos sexuales abusivos», en los artículos 303 y 305, como delitos de pelibro en la evolución normal de la sexualidad hacia la función de procrear, la que puede resultar desviada en el quantum de erotismo o en fijaciones desviadas de la apetencia erótica, originadas en trato libidinoso prematuro, por la incapacidad del impúber para responder adecuadamente al requerimiento sexual"¹. En síntesis, con la proposición de dicha tesis destaca el autor el menoscabo a la "seguridad sexual" cuando se cumple la cópula en una persona menor de catorce años y enfatiza en la falta de capacidad psicofisiológica de esta para ser sujeto perceptivo de relaciones sexuales, las cuales, de llevarse a cabo, considera habrán de repercutir desfavorablemente en el normal desarrollo de su función erótica.

Se concluye, en consecuencia, que el sustento real en que se soporta la defensa hacia el sexo de los impúberes no es otro que el consistente en el razonamiento de presumir de derecho la incapacidad erótica y la incapacidad de consentir de la persona menor de catorce años, y en esa virtud se demanda mayor protección punitiva e incluso severos castigos para quienes sostengan trato libidinoso con esas personas, pues el postrero desarrollo de su sexualidad quedaría en entredicho y profundas desviaciones en las fijaciones del sexo acabarían por trastornar el erotismo de tales menores.

Importante es significar que al prohibirse la tesis de BARRERA DOMÍNGUEZ, en férrea defensa al sexo de los menores, lo que sigue para el intérprete, es aceptar que el art. 303 del C.P., sobre el delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años", consagra una presunción de derecho acerca de la edad de la víctima, en consideración a la cual, entonces, resultaría inadmisibles aceptar el trato erótico con los menores de la edad citada por la norma, a tiempo que se reputaría típica la conducta del sujeto que ejerció dicho trato. Ello, fundamentándonos en la idea de que la presunción de derecho no admite prueba contraria y que, por

¹ HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos sexuales*, 2ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1987.

EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO EN EL ACCESO CARNAL ABUSIVO

ende, la hermenéutica de la norma sobre la base de la "seguridad sexual" no resistiría el pensar que una mujer de menos de catorce años pueda tener las condiciones psicofísicas de madurez necesarias para ser sujeto de relaciones sexuales a partir de su libre albedrío.

En el mismo sentido del citado maestro nacional, aunque sin hacer alusión a la "seguridad sexual" de los impúberes, profesores extranjeros como FONTÁN BALESTRA² y MAGGIORE³ refieren igualmente la presunción de derecho que traen consigo las normas tendentes a proteger el sexo de los menores de cierta edad —de doce o de catorce años, según la legislación comentada—, y en tal exégesis concluyen que "lo que la ley penal presume es la incapacidad para comprender el significado social y fisiológico del acto" por parte de los menores, quienes en tal virtud poseen una voluntad que siempre habrá de estar viciada por razón de la inmadurez y de la falta de capacidad para otorgar consentimiento u oponer disenso en tránsito al concubito.

3. EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER MENOR DE CATORCE AÑOS Y LA PRESUNCIÓN DE INCAPACIDAD SEXUAL

El estudio precedente toma fuerza y la polémica jurídica se aviva cuando en razón de un hecho concreto de acceso carnal entre un varón y una mujer menor de catorce años, esta da su consentimiento y decide, sin presiones, someterse al contacto y a la relación sexual. Nadie la coacciona, menos el hombre; apenas ella por su propia voluntad decide obrar así y consentir el ayuntamiento, puede que animada por el primigenio despertar de un sentimiento de amor, ora porque su desarrollo físico reclama el ejercicio de facultades eróticas en vía de desarrollo.

Anótese aquí, entonces y por ahora, que si bien algunos tipos penales exigen para su estructuración la concreción del disentimiento del sujeto pasivo en contraposición a la propia conducta ilícita del sujeto agente, otros, como los tipos penales que describen figuras delictuales consistentes en actos sexuales abusivos, no lo exigen, y solo apenas se considera tácitamente incorporado a la descripción, partiendo del supuesto de que por tratarse de una conducta eminentemente dolosa el actor obra con la intención de dañar, y la víctima, por su menor edad o por su inconsciencia o su trastorno, no tiene capacidad para aceptar o rechazar la propuesta erótica.

En el caso del delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años", el legislador penal partió de la hipótesis que considera incapaces a los menores de catorce años para llevar a cabo o sostener relaciones sexuales, y tomó como inadmisibles y a la vez reprochables el contacto carnal con tales sujetos menores por no ser ellos virtualmente conocedores de su instinto sexual y por no estar en capacidad de dar consentimiento o negarlo para la realización del acceso. Así lo

² CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, parte especial, t. V, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1969, pág. 86.

³ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, parte especial, vol. IV, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 131.

han entendido por lo menos entre nosotros, PACHECO OSORIO⁴, BARRERA DOMÍNGUEZ⁵, e incluso MARTÍNEZ ZÚÑIGA⁶, siempre presumiendo de derecho que una menor de catorce años no está en condiciones normales de sostener relaciones sexuales por su escaso desarrollo psicofísico y por su propia inmadurez, amén de que tal eventualidad —de llevarse a cabo— revierte en contra de la futura función de su sexualidad.

En este punto concreto es donde debe detenerse cualquier doctrina para discutir si el precepto del art. 303 del Código Penal consagra una presunción legal o una presunción de derecho en relación con la edad y con el consentimiento del sujeto pasivo del comportamiento, menor de catorce años. Ya se superó aquella polémica de que se está en presencia de una violencia sexual presunta, como fue la interpretación del art. 316, inciso 2º de la precedente legislación punitiva, y ahora a lo que se atiende es a descifrar si tal consentimiento presuntamente viciado de los menores en relación con el texto admite o no la prueba contraria frente al presunto vicio y lo hace, por tanto, válido y posible.

Se resalta aquí, en consecuencia, que las presunciones en materia jurídica pueden ser absolutas o de derecho, y relativas o legales. Las primeras no admiten prueba en contrario y el hecho por probar se da por conocido; las segundas admiten la prueba contraria del hecho conocido, es decir, que en ellas se permite probar la no existencia del hecho que legalmente se presume. Ambas, presunciones de derecho y presunciones legales, tienen su fuente normativa en el art. 66 del C.C.; finalmente, de la exégesis de dicha norma privatista es preciso colegir lo siguiente: a) para la existencia de presunción legal basta que el texto legal determine los antecedentes o circunstancias que dan motivo a esta, sin necesidad de que la norma en sí haga referencia a la existencia de una presunción legal; b) para que exista presunción absoluta o de derecho debe ella enunciarse en el mismo texto normativo, y c) las presunciones legales admiten prueba en contrario y las de derecho no, reputándose en tal sentido irrefragables.

En ese orden de ideas, atendiendo a la mejor hermenéutica del citado art. 66 de la legislación civil nacional, importa concluir que la norma del art. 303 del C.P. contiene una presunción legal respecto de la incapacidad de consentimiento de la persona menor de catorce años, puesto que, de un lado, estableció por lo menos las circunstancias que dan motivo a la presunción (edad de la víctima y dolo del tipo penal), y de otro, en parte alguna del texto destacó la existencia de una presunción de derecho, o lo que es lo mismo, la presencia de enunciados legales que rechacen expresamente la prueba contraria de la presunción. Entonces,

⁴ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1970, pág. 308.

⁵ BARRERA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pág. 162.

⁶ LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, *Derecho penal sexual*, Bogotá, Edit. Temis, pp. 272, 276, 278. Este autor (Martínez Zúñiga) trabaja la hipótesis de la presunción de derecho y también la de que el legislador (del 36) lo que hizo fue consagrar una "ficción legal" en relación con la edad de la víctima y su incapacidad de discernimiento.

en el sentido de la interpretación de la ley, la presunción de que trata el art. 303 citado sobre la incapacidad para consentir y discernir e inmadurez sexual del sujeto pasivo de la conducta, insistimos, es legal, y, en tal virtud, admite la prueba contraria, la cual, por ende, abandonando el campo de lo estrictamente jurídico, dice tener relación con las condiciones físicas, psíquicas y culturales de la persona que soporta el hecho del trato erótico o del acceso carnal.

Por todo ello, en contra de lo ya referido por autores nacionales como PACHECO OSORIO y BARRERA DOMÍNGUEZ, y por extranjeros como FONTÁN BALESTRAY MAGGIORE, que pregonan en el acceso carnal con menores la existencia de una presunción que no admite prueba en contrario por la edad misma de la víctima, disímil es el resultado jurídico cuando no se presume de derecho la incapacidad, la inmadurez o la inexperiencia del menor y, por el contrario, con sumo realismo se le otorga un mínimo de participación activa en la vida cotidiana, considerando por tanto que en esa persona menor de catorce años no está totalmente viciada su voluntad en punto de la aceptación del trato sexual, y que tampoco alguien es maduro o inmaduro tan solo por el automático transcurso del tiempo. De presumirse legalmente, entonces, la incapacidad para consentir, la inmadurez para otorgar consentimiento o la inexperiencia para sostener la relación, son de recibo las tesis que revisan la edad psicológica de la víctima; o, de análoga manera, las que tienen en cuenta factores sociológicos en el desarrollo de los menores, la evolución de su sexualidad sin ataduras rígidas a patrones psicológicos, y el medio en que aquellos menores se desenvuelven y llevan a cabo procesos de interacción y relaciones de convivencia con otros semejantes. Esta última visión da para hacer progresista y finalista el sentido de la ley, para invocar una interpretación más allá del simple tenor normativo y para conjugar el espíritu legal con la evolución de la vida en sociedad e incluso con factores científicos.

4. SOLUCIONES PLANTEADAS AL CONFLICTO

En el esquema de la teoría general del hecho punible y atendiendo al tríptico estructural de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son varias las soluciones que pueden acercarse a la mejor interpretación de la norma del art. 303 del C.P., en punto del problema jurídico que surge con ocasión del acceso carnal sobre una persona (mujer) menor de catorce años cuando esta presta su consentimiento y el sujeto agente realiza el hecho con ánimo absolutamente diferente del de delinquir, acaso que lo hace satisfaciendo su deseo sexual.

Así, téngase en cuenta que algunos ya han propuesto como tesis la de reputar atípica la conducta del actor al contar mejor la edad psicológica que la cronológica, admitiendo la ausencia de cualificación en el sujeto pasivo, y que otros, además, de su parte han insinuado la falta de antijuridicidad del comportamiento por considerar que este no lesiona el interés jurídico de la libertad y el pudor sexuales tutelado por la ley. De análoga manera, tampoco se descartan los análisis de inculpabilidad de la conducta, ya por error sobre el tipo, ora por ausencia de dolo, teniendo

en cuenta que el agente actúa, verbigracia, desconociendo la edad de la víctima o sin voluntad de causar daño o agravio en el sujeto pasivo del comportamiento.

Los anteriores planteos han tenido hasta ahora discusión jurisprudencial y alguna también doctrinal, y por ser de sumo interés para adoptar la solución al conflicto, merecen aquí un análisis estructural y crítico con sendas apreciaciones personales, de suerte que permitan alcanzar la sana interpretación de la citada norma punitiva frente a cosos similares y conduzcan a la integración verdadera del derecho penal con las relaciones sociales y culturales de los hombres y con el mismo desarrollo natural-evolutivo de las personas. De todo ello se desprende el siguiente estudio:

A) Atipicidad de la conducta

Un conocido pronunciamiento de una sala penal de decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga⁷ enseña en su resumen de relatoría que “la suficiente capacidad de discernimiento de la menor de catorce años habilita su consentimiento para disponer de su cuerpo frente a sus apetencias erótico-sexuales”, destacando considerativamente que la norma del art. 303 del catálogo represor consagra una presunción de carácter legal “en cuanto el legislador establece que las personas menores de 14 años normalmente no tienen capacidad de discernimiento, pero admite que pueden presentarse casos excepcionales en los cuales aún teniendo edad inferior a 14 años, la persona, por razones ambientales, familiares, culturales, puede haber logrado madurez excepcional, que indique en ella capacidad de escogencia y de discernir”.

Sobre esa base conceptual, y apoyado además en un serio estudio acerca de lo que enseña la psicología evolutiva —que lo llevó a concluir que es menester para el juez revisar la edad psicológica por encima de la cronológica—, culminó el Tribunal su pronunciamiento resolviendo el caso “por la vía de la atipicidad penal”, esto es, porque el sujeto pasivo no reunía la cualificación demandada por la norma del citado art. 303.

Como al primer pronto se advierte, con esta tesis se soluciona el problema jurídico en el campo de la tipicidad, de lo que concierne en su estructura a la fórmula típica del “acceso carnal abusivo con menor de catorce años”, y, desprendiéndose el intérprete del simple tenor literal de la disposición, condujo su hermenéutica hacia la revisión de otros factores —sociales, culturales, ambientales y educativos— para dar prevalencia al desarrollo psicológico de la víctima y no al cronológico, lo que de paso da pábulo para justificar la existencia de una presunción legal frente a la supuesta incapacidad para consentir radicada en el sujeto pasivo. Empero, si bien el análisis de la norma así concebida resulta en todo lógico, sano y bien finalista, el problema que se infiere es el de que se supera el marco legal sobre la base de una ficción mas no de una realidad y que, adicionalmente, surge de bulto una situación de error en el sujeto agente sobre “una de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal”, que propiamente una

⁷ Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Penal. Sentencia de marzo 13 de 1986. Magistrado ponente: doctor RODOLFO MANTILLA JACOME.

ausencia de cualificación en el sujeto pasivo del comportamiento, cuando este en verdad la tiene por el hecho mismo de ser menor de catorce años.

En casos como el tratado no puede negarse la importancia de la decisión y el notable avance para superar la estructura literal de la norma o el método exegético de interpretación para la misma. Lo que sucede en censura, pues, es el hecho de crear una "realidad" contraria a lo que enseña el hecho fáctico real, es decir, que la víctima, que sí es menor de catorce años y que por tanto reúne la cualificación exigida por la norma, aparezca como si no los tuviera por la circunstancia de su madurez para discernir y otorgar consentimiento. Aquí, entonces, es donde obra la presunción legal acerca de la incapacidad de consentir de la víctima, pero nunca jamás, la disminución de su edad verdadera contrariando el hecho cierto de tratarse de persona menor de catorce años.

Siguiendo con las diversas soluciones que podrían adoptarse en casos como el tratado en precedencia —en el cual el sujeto agente desconoce la edad de su pareja suponiéndola erróneamente mayor de catorce años y la accede carnalmente—, válido resulta el cuestionamiento de la solución por el planteo que alude al error sobre uno de los elementos del tipo objetivo y que, en la medida en que sea invencible, conduce a la declaratoria de atipicidad de la conducta.

En un caso en que el actor del comportamiento quedó inmerso en situación de error, por considerar que la mujer a la que accedió carnalmente tenía más de catorce años porque así se lo dijo ella y así se lo afirmó la progenitora de esta, la Corte Suprema de Justicia⁸, en pronunciamiento reciente, culminó reconociendo en favor del sentenciado la presencia de un error de tipo pero como causal de inculpabilidad de su conducta (art. 40 num. 4º del C.P.), "en cuanto por información recibida de la madre o de la propia ofendida y por la conducta sexual que esta desarrollaba antes, actuó con la convicción errada de que la menor tenía quince años en el momento del ayuntamiento sexual". Es decir que la Corte en su sistemática enseñó como típica y antijurídica la conducta del agente, pero no culpable, habida consideración de dar por estructurada la causal de inculpabilidad que refiere al error sobre el tipo.

No obstante ello, la decisión sería bien distinta si se atiende al esquema de la teoría finalista de la acción y, por ende, al esquema de la teoría de la culpabilidad, destacando en consecuencia que el error de tipo rompe indiscutiblemente con la "congruencia típica" que contienen por naturaleza propia todos los tipos penales dolosos, a expensas tal ruptura del desconocimiento por parte del actor de uno de los elementos del tipo objetivo y, por tanto, en manera alguna puede predicarse armonía en relación con los dos aspectos de la tipicidad, el objetivo (tipo objetivo) y el subjetivo (tipo subjetivo). El error de tipo proveniente de tal incongruencia típica, cuando es invencible, descarta el tipo en sí mismo y, en tal virtud, debe

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Febrero 28 de 1990. Magistrado ponente: doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS.

tenerse como causal de atipicidad de la conducta y no como circunstancia excluyente de la culpabilidad. La doctrina de ZAFFARONI es elocuente en este punto, quien, resolviendo el problema en materia de tipicidad, afirma: "Una conducta será típicamente dolosa cuando se realice la congruencia típica, mas nunca podrá serlo cuando no se produzca. Hay incongruencia típica cuando el sujeto desconoce los elementos del tipo objetivo: es un caso de error. A este error le llamaremos error de tipo, que puede ser vencible o invencible. Es vencible cuando el sujeto, poniendo el cuidado debido, podía salir de él; es invencible cuando ha puesto el cuidado debido y no puede salir de él. Cuando el error de tipo es invencible, la conducta es atípica"⁹.

Así las cosas, si en casos similares al que resolvió la Corte se comprueba que el sujeto agente obró con la convicción errada e invencible de que la mujer con quien sostuvo la relación sexual era mayor de catorce años, la solución más correcta y conveniente será la de declarar atípica la conducta, por la misma afectación del tipo penal en razón del conocimiento erróneo e insuperable de uno de los elementos del tipo objetivo, que para el caso no es otro sino el elemento que refiere al sujeto pasivo cualificado por la edad.

B) La ausencia de antijuridicidad penal

Se reputa la ausencia de antijuridicidad de una conducta cuando ella no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador represor, por aparecer una causa de justificación que torna lícito y permitido lo que de ordinario está prohibido por la ley. Las causas justificativas, como se sabe, excluyen la antijuridicidad del comportamiento y, de análoga manera, eximen de pena al sujeto agente del mismo.

En el estudio del delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años", algunos ya han proclamado la ausencia de antijuridicidad de la conducta por no ser esta violatoria del interés jurídico de la libertad y el pudor sexuales que rotula el título XI del C. P. Así lo clama un pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá¹⁰, al enseñar finalmente que por aceptar la presunta víctima menor de catorce años el trato erótico con otra persona, habiendo perdido de antaño su pudor, no puede entenderse vulnerado un bien jurídico que no se tiene ni se conserva y que, ante todo, es de libre disponibilidad del sujeto al que le pertenece. Sin embargo, destáquese que el caso resuelto por la providencia citada es tan concreto como singular, y que en últimas obedecía a un asunto específico en el cual el sujeto pasivo del actuar era "una mujer con mucho mundo", que ya de antiguo mantenía relaciones sexuales, con su libre discernimiento y en gracia de su propia determinación libidinosa, aun siendo menor de catorce años.

⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en *Nuevo Foro Penal*, N° 16, Bogotá, Temis, 1982, pág. 985. En el mismo sentido, FERNANDO VELÁSQUEZ, "La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales", en *Nuevo Foro Penal*, N° 24, Bogotá, Temis, 1984, pp. 187-208.

¹⁰ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Sentencia de marzo 14 de 1984. Magistrado ponente, doctor RAÚL TRUJILLO CORTÉS.

Pero, dejando atrás lo precedente, en donde mejor encuentra eco la solución sobre la ausencia de antijuridicidad penal para el caso de la conducta (típica) de "acceso carnal abusivo en menor de catorce años", es en la causa objetiva de exclusión del delito que dice tener relación con el "consentimiento del derechohabiente" que, a términos de lo dispuesto en el art. 50 del Código Penal italiano, no hace punible el comportamiento de "quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede disponer válidamente de él".

Sobre el punto, preciso resulta destacar que si bien esta causal de justificación no está comprendida en el art. 29 de la legislación sustantiva nacional, por el contrario, en codificaciones como la italiana, la española y la venezolana aparece dándole alcance de juridicidad a la conducta que se desarrolla en tal sentido y que explica su licitud a partir de la justificante legal. ANTOLISEI, por lo menos, explica dicho consentimiento como causa de exclusión de antijuridicidad con declaraciones de suma claridad conceptual, diciendo: "el hecho responde ciertamente a la hipótesis abstracta de un delito; es decir, se dan todos los presupuestos exigidos por una norma incriminadora especial, pero a causa de la voluntad del titular del bien protegido, la punibilidad desaparece. El consentimiento en estas hipótesis elimina del hecho la nota de la ilicitud penal y constituye una causa de justificación"¹¹. Así, lo que sigue es entrar en el análisis de los elementos del consentimiento del derechohabiente, esto es, en el estudio de los límites de su eficacia y de las condiciones de su validez, para de tal forma adecuar el hecho concreto en el espíritu de la justificante enunciada, pues no basta el mero consentimiento para dar por satisfecha la causal.

El límite para la eficacia del consentimiento está radicado indiscutiblemente en la disponibilidad o no del derecho. Es claro que si el derecho de que se trata es disponible, será entonces posible otorgar disenso o consentimiento; pero si no es un derecho disponible, en manera alguna podrá pensarse en aceptar o consentir una disponibilidad que intrínsecamente no se tiene. GRISPIGNI marca la pauta en la interpretación al señalar que son disponibles "los derechos que el Estado reconoce exclusivamente para garantizar al particular el libre goce de ellos"¹², con lo que queda claro, en tal sentido, que derechos como la seguridad y la fé públicas, y el orden económico y social son derechos indisponibles, pero que los patrimoniales, los de la autonomía personal e incluso los de la libertad y el pudor sexuales son generalmente disponibles, a no ser que con su ejercicio se atente contra la moral o las buenas costumbres. El caso del derecho a la libertad y al pudor sexuales, sin embargo, no del todo ha asumido en la doctrina la condición de disponible —aunque tampoco se reputa su indisponibilidad—, sino más bien se entiende que "el eventual consentimiento del titular no tiene por objeto el abandono de tales

bienes, sino el ejercicio de las naturales facultades inherentes a los correspondientes derechos"¹³. Finalmente, esa disquisición doctrinal también traduce su disponibilidad, y, entonces, siendo, como en realidad lo es, disponible el derecho a la libertad y al pudor sexuales, no puede desconocerse la posibilidad de consentir eficazmente sobre él, ya que se trate de la mera satisfacción de necesidades, o bien que se crea ejercer la libre determinación en el sexo.

De otro lado, en cuanto al estudio de las condiciones para la validez del consentimiento, imperioso se hace examinar su titularidad, la capacidad de su beneficiario y la manifestación y permanencia de su voluntad para consentir. De tal forma, considérese en primer lugar que el sujeto pasivo de la ilicitud sexual es el titular del derecho protegido penalmente y que, por tanto, es la persona en quien recae la facultad para consentir el trato lúbrico; su capacidad en tránsito al consentimiento tiene que ver con la edad, excluyéndose de plano aquellas personas con problemas de trastorno mental o de inmadurez, por absoluta falta de comprensión y discernimiento. La edad del sujeto pasivo, que de bulto es la que toca con la controversia aquí planteada, para el caso de la persona menor de catorce años no la hace *per se* incapaz de otorgar consentimiento u oponer disenso, y, como ya se anotó, tiene que ver con una presunción legal que admite prueba en contrario. Inclusive lo propio es atender al caso concreto materia de análisis y aceptar como de buen recibo la tesis de los que pregonan "que la cuestión hay que resolverla en cada caso particular, examinando si el que da el consentimiento tiene o no el discernimiento necesario para hacerse cargo de la trascendencia de su acto"¹⁴; y, por último, las manifestaciones de voluntad deben dirigirse a la aceptación del hecho por parte de la persona en quien recae, sin vicios de ninguna índole, ni violencia, ni dolo, ni error, y su permanencia es indiscutible, al punto tal que debe mantenerse en el momento mismo de la realización del ayuntamiento.

Quiere decir todo lo anterior que en materia de la validez del consentimiento frente al derecho a la libertad y al pudor sexuales están reunidas de consuno sus condiciones necesarias y que, en ese orden, la juridicidad de la conducta sí es posible predicarla sobre la base del consentimiento del derechohabiente, así se trate, verbigracia, de una menor de catorce años que dispone de su cuerpo y se determina para satisfacer sus primarias pero adelantadas apetencias sexuales.

C) *Inculpabilidad del comportamiento*

Por la vía del aspecto negativo de la culpabilidad del comportamiento también puede resolverse el conflicto planteado sobre el "acceso carnal en menor de catorce años", cuando la persona destinataria de la acción consiente la relación erótica y en asocio de voluntades con el sujeto agente consuman el hecho coital, o, a falta de tal consentimiento, cuando este último ignora por completo la edad de su pareja.

¹¹ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, parte general, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 200.

¹² FILIPPO GRISPIGNI, *El consentimiento del ofendido*, Roma, s.e., 1924, pág. 345.

¹³ ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 203.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 206.

En el sentido planteado las soluciones tienen que ver con el error sobre el tipo como causa legal de inculpabilidad y también con la ausencia de dolo como causa extrapenal que exige la culpabilidad la conducta, siempre y cuando en este último caso se entienda causalmente que el dolo pertenece a la culpabilidad y no a la acción típica —como con fortuna lo señalan los finalistas—. De todos modos, para el caso en que el dolo sea propio de la tipicidad y no de la culpabilidad, la respuesta en el esquema del hecho punible encuentra igualmente adecuación concreta, así no sea por la senda de la inculpabilidad. Veamos pues las tesis propuestas:

a) *Error sobre el tipo*. La legislación penal sustantiva consagra esta figura en el art. 40-4, y la reputa como causal de inculpabilidad para “quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a la descripción legal”. Así, por lo menos, bien puede pensarse que la situación de error, en casos como el del “acceso carnal abusivo en menor de catorce años”, recaiga sobre la edad de la víctima y, por tanto, se exonere al actor del juicio de culpabilidad por ignorancia plena de tal elemento cualificador del sujeto pasivo del comportamiento. La prueba sobre el desconocimiento de tal edad juega papel determinante en la configuración estructural de la causal, y aunque algún autor (MAGGIORE) sostiene “que el culpable no puede invocar nunca la ignorancia de la edad de su víctima cuando esta tiene menos de catorce años”¹⁵, otros, por el contrario, sí admiten tal ignorancia pero en el sentido de que “el agente ha incurrido en error sobre la edad del sujeto pasivo, no debido a negligencia”¹⁶, excluyéndose en tal virtud la culpabilidad de la conducta.

Empero, no sobra destacar que la solución así concebida es de propiedad de la teoría causalista de la acción, que no de la finalista, la cual, como ya se anotó, resuelve el problema en el plano de la tipicidad declarando atípica la conducta por error de tipo invencible en que incurrió el sujeto del comportamiento.

b) *Ausencia de dolo*. Si a términos de lo prevenido en el art. 35 del Código Penal, el dolo es una de las formas de la culpabilidad, claro resultaría significar que su ausencia o su no presencia dentro de las esferas de conocimiento y volición en el sujeto agente, descartaría de plano la culpabilidad bajo el frondaje de la existencia de una causal extrapenal de inculpabilidad. Si no hay dolo que revista el comportamiento integral del agente, no se podría argumentar la culpabilidad de este frente al hecho y en manera alguna podría finiquitarse una sanción penal en su contra.

Ello así contado, sin duda que pertenece al esquema tradicional de la dogmática penal de los clásicos que, como se sabe, al trabajar la teoría del delito sobre la base de las cuatro categorías, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, conciben la acción en el sentido de la voluntariedad y no de la voluntad, y la reputan

como producto de un proceso meramente causal, no final¹⁷. Empero, si se tomara como pauta el argumento *contrario sensu* de los clásicos, lo que procede es entender la acción como “ejercicio de actividad final”¹⁸, y así, hacer corresponder el dolo a la categoría de la acción y, consecuentemente, de la acción típica.

Este último planteamiento de sistemática finalista, en punto de la ausencia de dolo del sujeto agente que ejecuta el acceso carnal sobre una menor con la aquiescencia de esta y sin ánimo delincuencial, claro que degenera en una decisión de atipicidad de la conducta, tanto más en cuanto si la acción requiere esencialmente de dolo este no se escenifica en la conducta del agente, obvio, jamás dispuesto a la delincuencia.

¹⁵ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 132.

¹⁶ BARRERA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pág. 164.

¹⁷ GUILLERMO VILLA ALZATE, “Acción y fundamentos metodológicos del finalismo”, en *Revista Temas Socio-Jurídicos*. Bucaramanga, Centro de Investigaciones UNAB, núm. 15, 1986, pág. 56.

¹⁸ HANS WELZEL, citado por VILLA ALZATE, *ibid.*, pág. 58.