



**ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD**
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES DERIVADA DE LAS
RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS CON MENORES DE CATORCE
AÑOS**

Autor(es):

Jhonny Alexander Espinal Acevedo

Elizabeth Arroyave Hernández

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:

Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Asesoras:

Ana Isabel Tamayo Palacio, Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Mtra. Mariana Toro Taborda, Magíster en Derecho Penal y Política Criminal.

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Facultad de posgrados

Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Medellín, Antioquia, Colombia

2024

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Mónica Cecilia Montoya Escobar
Decana (e) de Escuela de Posgrados

Cesar Alejandro Osorio Moreno
Coordinador de la Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito.

Se presentó en ponencia el día 17 de Mayo de 2024 en la Universidad San Buenaventura (Sede Cartagena) en el marco del **CONGRESO NACIONAL DE INVESTIGADORES EN FORMACIÓN, INVESTIGADORES Y GRUPOS DE ESTUDIO DE LA CUESTIÓN CRIMINAL, PENAL Y PENITENCIARIA 2024**. La ponencia fue escuchada por el público asistente y por los coordinadores del evento académico designados por la Universidad San Buenaventura Facultad de Derecho.

El trabajo de grado fue sustentado el 17 de mayo de 2024 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 06 de 2024.

Índice

Introducción.....	4
Capítulo I. Del tipo penal de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años.....	5
1.1. Breve reseña histórica.....	5
1.2. Bien jurídico protegido en los delitos de acceso carnal y actos sexuales abusivos en la legislación colombiana actual.....	11
1.3. El consentimiento como causal de exclusión de responsabilidad penal.....	14
Capítulo II. El principio de lesividad en el ordenamiento jurídico colombiano.....	19
2.1. El concepto de Lesividad y la noción de bien jurídico.....	19
2.2 Dimensiones del principio de Lesividad.....	22
2.3 Implicaciones del principio de lesividad para el legislador y el juez.....	24
Capítulo III. Lesividad en los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años consentidos cometidos por adolescentes.....	26
3.1. Análisis de la lesividad en los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo consentidos cometidos por adolescentes contra menores de edad.....	26
3.2. Tipificación en la legislación española de delitos sexuales consentidos cometidos por adolescentes contra menores de 16 años.....	33
3.3 Propuesta de Lege ferenda.....	38
Conclusiones.....	43
Bibliografía.....	46

Introducción

La penalización de adolescentes ha sido un tema de gran discusión en las legislaciones de diversos países, existiendo varias posturas al respecto, entre las que destacan aquellas que abogan por la aplicación de medidas sancionatorias similares o iguales a las que se aplica en el sistema de adultos infractores de la ley penal, y otras más laxas y con un carácter más pedagógico que sancionador. Esta discusión adquiere mayor interés cuando se trata de delitos contra la integridad y formación sexuales cometidos por adolescentes, en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es un menor de 14 años que consiente en tener una relación sexual con aquel.

En estos eventos, surge la pregunta acerca de la necesidad de aplicar una medida que, si bien puede tener un carácter pedagógico, no deja de ser restrictiva en relación con los derechos de los adolescentes. Además, con la aplicación de medidas privativas de la libertad, se criminalizan las relaciones sexuales consentidas, en las que, por ende, no existe abuso sexual. Al respecto, en diversos países han entendido que la problemática en mención no demanda una medida sancionatoria en contra del adolescente. Esto, por cuanto en no pocas ocasiones, el adolescente y el menor de 14 años tienen una madurez similar, por lo que, al ser consentida la relación sexual entre ellos, no existiría antijuridicidad material, desdibujándose así toda necesidad de sanción.

Capítulo I. Del tipo penal de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años

1.1. Breve reseña histórica

Con el devenir de los años Colombia ha pasado de ser una sociedad rígidamente moralista, fuertemente influenciada por las creencias de la religión católica, a ser una sociedad flexible y tolerante en muchos aspectos. Esos cambios en la manera de pensar, determinados sobre todo por la moral y la costumbre, han tenido repercusiones claras en la política legislativa. Esto se hace evidente en la despenalización de conductas como el adulterio, la homosexualidad, la pornografía, la prostitución, y la permisión hasta cierto punto de un exhibicionismo corporal que en otros tiempos podría considerarse contrario a la moral y las buenas costumbres (Pabón, 2005).

Es cierto igualmente que las regulaciones legislativas además de obedecer en ciertas épocas a la moral católica romana, han sido el resultado de la búsqueda de otros intereses como la preservación del orden económico y social. En ese sentido, en el pasado el castigo de la ley penal a las relaciones sexuales con menores de edad, incluso las relaciones sexuales consentidas, se regularon más con un ánimo de protección del patrimonio familiar, que con el ánimo de protección de la moral cristiana.

Antes de los tiempos de la independencia, por ejemplo, se prohibía tener relaciones sexuales con mujeres solteras hasta determinados rangos de edad. Sin embargo, el fundamento de esa prohibición, aunque en parte podía atribuirse a la influencia de la religión, tenía que ver sobre todo con la búsqueda de la protección del interés familiar. En ese sentido, la preservación de la virginidad de las hijas se traducía para las familias en un valor económico, una mercancía, asociada para la alta clase social de la época - para las élites blancas-, a la conservación de la honra familiar y de la mujer. De esta última dependía igualmente, la posibilidad de establecer un acuerdo matrimonial provechoso. Además, de manera indirecta estaba en juego el interés de la descendencia familiar en conservar el estatus social y económico de sus progenitores,

dado que claramente, la ilegitimidad en los lazos de parentesco, determinaban un descenso en la escala social (Couso, 2009).

La prohibición entonces, solo afectaba a las niñas y mujeres, de modo que no se castigaba a la persona que cometiera delitos como violación o rapto en contra de un varón. En ese sentido, los jóvenes podían iniciarse en la vida sexual con mujeres mayores sin que se castigara el actuar de estas últimas. Esa diferencia de género en lo que tiene que ver con la reglamentación de la sexualidad de los menores, no tenía que ver tanto con la capacidad de consentimiento libre en lo referente a las relaciones sexuales sostenidas por los varones, sino en que estos últimos, al tener relaciones sexuales, no arriesgaban la honra ni el futuro económico-social de sus padres, lo que sí ocurría en el caso de las mujeres. Ahora bien, un matrimonio inconveniente si podía poner en riesgo el futuro de un joven con buen estatus económico. No solo esto, sino que también podía poner en riesgo los intereses económicos de la familia del joven en mención. Por esta razón, la ley les negaba la capacidad a los varones de casarse por voluntad propia hasta que alcanzaran la mayoría de edad (Couso, 2009).

En la actualidad, si bien se conserva la prohibición de mantener relaciones sexuales (con o sin consentimiento) con menores de 14 años, el fundamento de dicha prohibición ya no se encuentra en la protección del patrimonio familiar, sino en la protección de la integridad y formación sexual de los menores. En ese sentido, hoy en día, en la ley penal no existe diferencia de género en relación con la protección de los menores.

Así pues, a raíz de las grandes transformaciones ocurridas en más de 200 años de historia republicana se han presentado grandes cambios legislativos en materia penal. Si bien todo el catálogo de delitos ha evolucionado, en este trabajo nos concentraremos en los delitos clasificados como “sexuales”, y más específicamente, en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, en especial aquellos que son cometidos por adolescentes.

Ahora bien, para tener una mediana idea de los cambios que han tenido este tipo de delitos, se abordará la evolución de los mismos en los códigos penales colombianos, comenzando con la regulación que se tenía en el primer código penal de la república, esto es, el Código Penal de 1837. En la mencionada norma, también llamada “Código Penal de la Nueva

Granada”, -en cuya redacción participó el general Francisco de Paula Santander-, se estableció que:

Art. 702. El que abusare deshonestamente de niño ó niña que no haya cumplido la edad de la pubertad, será tenido por forzador en cualquiera caso, y sufrirá la pena de ocho á doce años de trabajos forzados y un destierro de dos á seis años á veinte leguas por lo menos del lugar en que more el ofendido (Bernate & Sintura, 2019, p. 130) (subrayado fuera del texto original).

Al respecto se observa que en la codificación objeto de estudio se incluyen como sujetos pasivos el niño o la niña y que el consentimiento expresado por el menor no era causal de exclusión de responsabilidad en este tipo de delitos. No obstante, contraer matrimonio con la mujer menor de edad “robada” era una causal de atenuación de la pena. Así, el artículo 711 del referido código penal señalaba que:

Art. 711. Cuando un hombre soltero robe muger soltera menor de edad, consintiéndolo ella, sufrirá de uno á cuatro años de presidio con dos mas de destierro en los términos sobre dichos, si no hubiere contraído matrimonio legítimo con la robada; pero si hubiere contraído matrimonio, sufrirá solamente un arresto de cuatro á seis meses y una multa de diez á cincuenta pesos. (Bernate & Sintura, 2019, p.131) (subrayado fuera del texto original)

Posteriormente se expidió el Código Penal de 1873 o “Código penal de los Estados Unidos de Colombia”, en cuyo artículo 525 se estableció que comete Estupro:

(...) el que abusa deshonestamente de niño o niña que no ha cumplido la edad de la pubertad. El estuprador sufrirá reclusión o presidio por dos a cuatro años, i destierro por dos a seis años del lugar en que more el ofendido (Bernate & Sintura, 2019, p.105)

En este Código Penal no se hizo alusión alguna al consentimiento del menor.

Por otra parte, el Código Penal de 1936, representó un cambio de paradigma, pasando de los postulados de la Escuela Clásica Italiana a la Escuela Positivista del delito (Bernate & Sintura, 2019). Así pues, por primera vez en la historia de la república se separaron en el título XII las conductas relacionadas con la libertad y el honor sexuales, diferenciándolas de otras relacionadas con la moral pública y las buenas costumbres. Así, el capítulo I del título XII de dicho código denominado “De la violencia carnal”, estableció en el artículo 317 que:

(...) Artículo 317. El que someta a otra persona al acceso carnal, sin su consentimiento y mediante el empleo de la violencia física o moral, está sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión. A la misma sanción está sujeto el que tena 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. (Bernate & Sintura, 2019, p. 61)(Subrayado fuera del texto original).

La normatividad en cita también consagró el delito de corrupción de menores de edad, así:

(...) a quienes por no haber alcanzado una suficiente madurez mental como es de presumirse, es posible inculcar hábitos depravados o prácticas impropias para su edad, con grave perjuicio para el desarrollo moral de la personalidad”. Este delito puede asumir distintas formas como: (I).- Ejecutando en presencia del menor actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal (II).-Ejecutando los mismos actos con el concurso del menor, e (III).- Iniciando al menor en prácticas sexuales anormales (Gómez Castrillón, 2012, p. 327).

Ahora bien, en el año 1978 se elaboró un proyecto de ley mediante el cual se expidió un nuevo Código Penal, materializado en el Decreto Ley 100 de 1980. En la parte dogmática, este código abandonó los postulados de la Escuela Positiva de su predecesor Código Penal de 1936, para seguir los postulados de la Escuela Neoclásica Alemana (Bernate & Sintura, 2019). En este código penal, por primera vez, se establecieron una serie de normas rectoras (1-12) y se hizo referencia al hecho punible.

Así pues, se creó el título XI denominado “Delitos contra la libertad y el pudor sexuales”. El artículo 303 de dicha normatividad estableció el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, fijando una pena de prisión de uno (1) a seis (6) años. En el artículo 305 se estableció el tipo penal denominado “Corrupción”, el cual preceptuó que “El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión” (Bernate & Sintura, 2019, p. 59)

Un aspecto interesante que trajo consigo esta regulación es que en el artículo 307 se estableció el matrimonio como causal de extinción de la acción penal para los delitos de acceso carnal y actos sexuales violentos, actos sexuales con incapaz de resistir, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y en la corrupción, lo anterior al preceptuar que “(...) Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal para todos ellos” (Bernate & Sintura, 2019, p. 59).

Posteriormente, la Ley 360 de 1997 modificó el Código Penal de 1980 estableciendo la “libertad y dignidad sexuales” como los intereses tutelados en el compendio de conductas de delitos sexuales. Para aquella época esta modificación se consideró un acierto del legislador en el marco de la Constitución Política de 1991, dado que se apartaba consideraciones subjetivas que podrían implicar conceptos tan abstractos como el pudor sexual, bien jurídico previsto por el código de 1980, para en su lugar introducir unos conceptos más laicos, tales como lo fueron la libertad y dignidad sexuales.

Este cambio introducido mediante la Ley 360 de 1997, permitió terminar con una tradición de imposiciones morales y religiosas implicadas en términos como el “pudor sexual”, que era el nomen iuris o la forma como se denominaba el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales. Lo anterior, en tanto se criticó la alusión al “pudor sexual” por considerarla en contravía de la Constitución de 1991, ya que el poder del Estado no puede estar al servicio ideologías, religiones, y/o clases políticas (Barreto et al., 2019).

Finalmente, en el año 1998 se presentaron ante el Congreso de la República tres proyectos de Ley elaborados por la Fiscalía General de la Nación, estos se convirtieron en la Ley 599 de 2000 y la Ley 600 de 2000, los cuales entraron a regir desde el 25 de julio de 2001. Así pues, el nuevo Código Penal -como se le conoció a la Ley 599 de 2000- es un “(...) estatuto con pretensiones de apertura dogmática abierta, fuertemente influenciado por la obra de Roxin”(Bernate & Sintura, 2019, p. 3).

En el título IV del Código Penal del año 2000 se consagraron los “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. Específicamente en el capítulo segundo del título en mención se establecieron los delitos denominados “De los actos sexuales abusivos”. Por su parte, los artículos 208 y 209 consagraron los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, respectivamente. El artículo 208 en mención, preceptúa que “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años” (Ley 599, 2000).

Por su parte, el artículo 209 de la legislación en cita, estableció que:

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años (Ley 599, 2000).

De este modo, en su estructura básica los tipos penales no han sufrido mayores cambios durante los más de 20 años de vigencia de la ley 599 de 2000, ya que los mayores cambios que ha tenido se relacionan con el monto punitivo de los mismos. En efecto, mientras la norma consagrada en el artículo 208, esto es, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, dispuso originalmente una pena de 4 a 8 años para el sujeto que cometiera tal conducta, actualmente la pena va desde los 12 hasta 20 años. Un aumento de pena similar se observa para el delito de actos sexuales con menor de catorce años, delito para el que inicialmente se estableció una pena de 3 a 5 años, y actualmente contempla una pena que va desde los 9 a 13 años. Además, debe tenerse que las conductas pueden agravarse por la concurrencia de

alguna de las circunstancias establecidas en los artículos 211 y 211A, de tal manera que la pena agravada puede ser de hasta 50 años de prisión.

En otras normas se han consagrado algunas circunstancias que agravan aún más la situación del sujeto activo de los delitos contra la integridad y formación sexual de los menores. Entre otras cosas, puede mencionarse la prohibición de beneficios consagrada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y la imprescriptibilidad de la acción penal consagrada en el artículo primero de la Ley 2081 de 2021.

1.2. Bien jurídico protegido en los delitos de acceso carnal y actos sexuales abusivos en la legislación colombiana actual

Como se mencionó en precedencia, varios han sido los intereses tutelados para los delitos sexuales en contra de menores de edad en los diferentes códigos penales colombianos. Así, en el código penal de 1936 se protegía la libertad y el honor sexuales. Posteriormente, en el código penal de 1980 se protegía la libertad y el pudor sexuales. Luego, la Ley 360 de 1997 modificó el Código Penal de 1980, estableciendo la libertad y dignidad sexuales como intereses tutelados.

En relación con esto último, en el año 1997 la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 285 de 1997 con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, en relación con el bien jurídico protegido en los “delitos sexuales” manifestó la alta Corporación en cita que:

(...) la legislación ha tenido significativas variaciones: inicialmente, la protección se refirió a la honestidad, lo cual llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no eran objeto de dicha protección. En última instancia lo que se perseguía con las prohibiciones era imponer una determinada moral sexual; más recientemente, se viene considerado que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, criterio que parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral, siendo deber

del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida ésta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento. Algunos autores han propuesto denominar el bien jurídico protegido como indemnidad sexual, por considerar que en relación con algunas personas, como los menores y los incapaces, no puede hablarse de una válida facultad para disponer de su sexualidad. (Subrayado fuera del texto original).

A la luz de la Constitución de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no puede ser la honestidad ni la moral, pues cada quien tiene derecho a conducir su vida sexual según sus propias decisiones. La legislación vigente (ley 360 de 1997), en armonía con esta consideración, consagra como bienes jurídicos protegidos la libertad sexual y la dignidad humana (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-285/97, 1997).

Pese a lo acertado que resultaba en su momento la postura presentada en la ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, no deja de ser cierto, en todo caso, que en los códigos penales que antecedieron al código penal del año 2000 había mucha indeterminación en relación con los bienes jurídicos tutelados de los llamados “delitos sexuales”.

En ese sentido, surgen dos interrogantes ¿Qué debía entenderse como honor y pudor sexuales en el marco de los Códigos Penales de 1936 y 1980? y, por otro lado, ¿Debía limitarse la dignidad a la protección de un solo título del código penal tal como lo estableció la Ley 360 de 1997? Esto último, entendiendo que la dignidad constituye el pilar del Estado Social de Derecho y debe ser el objeto de protección de todo el ordenamiento jurídico penal, no de un solo título de este. Lo anterior llevó al legislador del año 2000 a establecer la libertad, integridad, y formación sexuales, como los intereses jurídicos tutelados en los artículos comprendidos desde el 205 hasta el 219C de la Ley 599 de 2000 (Barreto et al., 2019).

En relación con la libertad sexual, es preciso observar que esta ha sido entendida como el derecho que tiene toda persona a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales como a bien lo tenga, pudiendo repeler cualquier comportamiento de índole sexual que no sea de su interés. De este modo, en delitos como el acceso carnal y los actos sexuales violentos, el sujeto pasivo no puede ejercer su derecho a repeler los comportamientos erótico sexuales ejercidos por parte del sujeto activo de dichas conductas punibles. También se coarta la libertad en delitos como el constreñimiento a la prostitución, en el que el sujeto pasivo se ve obligado al comercio sexual con fines de satisfacer los deseos del sujeto activo de la conducta (Barreto et al., 2019).

Ahora, jurisprudencialmente, se ha entendido por libertad sexual,

(...) la facultad y el derecho que tiene toda persona, para elegir, rechazar, y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para autodeterminar y autorregular su vida sexual (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-156/19, 2019).

Hay algunos delitos frente a los que no existe unanimidad o consenso en relación con la vulneración o no de la libertad sexual, entre estos delitos se encuentran el acceso carnal y los actos sexuales abusivos con menor de 14 años. En nuestra opinión, es sensata la postura de quienes, como Hernando Barreto Ardila, afirman que en delitos como los recién mencionados y en otros en los que la persona se encuentra en estados de inconsciencia o que padecen trastornos mentales, no se puede lesionar y proteger una libertad que no se tiene (Barreto et al., 2019). En efecto, en los casos mencionados no se puede disponer libremente en relación con la sexualidad, dado que no existe tal libertad.

Dado que la libertad no sirve para encuadrar los comportamientos recién mencionados, el legislador del 2000 acudió a los conceptos de integridad y formación sexuales como los intereses tutelados en esta clase de comportamientos. La integridad tiene que ver con el

derecho a mantenerse a salvo – o indemne- de cualquier tipo de actividad sexual, mientras que la formación sexual, hace referencia al derecho a gozar de un ambiente en el que los menores puedan formarse sin intromisiones indebidas que afecten su integridad física y psíquica (Barreto et al., 2019, p. 472).

En el mismo sentido, la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, definió la formación sexual como “la facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 29117/08, 2008)

En síntesis, lo que se busca proteger actualmente en delitos sexuales contra menores son la formación e integridad sexuales. Con lo anterior, el Legislador busca que el menor de 14 años tenga un desarrollo sin injerencias externas que puedan alterar de algún modo su integridad física y psíquica. Esto, por cuanto el menor se encuentra en desarrollo de sus etapas intelectual, volitiva y afectiva, lo que se convierte en un impedimento para que libremente puedan disponer de su cuerpo con fines sexuales.

1.3. El consentimiento como causal de exclusión de responsabilidad penal

Un tema de particular relevancia en el contexto de los delitos sexuales, y especialmente de aquellos cometidos en contra de menores de 14 años, tiene que ver con el consentimiento que estos últimos otorgan en relación con su sexualidad. De manera particular, para los efectos de la presente investigación es de relevancia indagar por el consentimiento que otorgan los menores de 14 años a adolescentes en edades que se encuentran entre los 14 y 18 años.

Al respecto, es preciso mencionar que el consentimiento puede ser entendido:

“(…) Como la autorización o permiso para que se haga algo”, proviene del latín *consentire*, y en su acepción originaria expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión” (Machado, 2012, p. 31).

Desde el derecho romano, la noción de consentimiento fue recogida en el Digesto (libro 47.10.1.5) el principio o la regla de Ulpiano denominada “*nulla iniuria est, quae in volentem*

fiat” (no es injusto, lo que se hace al que lo quiere), principio que también se ha conocido como “*volenti non fit injuria*” (al que lo quiere, no se le hace injuria) (Luzón, 2012). Actualmente cuando se actúa con el consentimiento del sujeto pasivo, generalmente se está ante conductas que no acarrearán lesividad, dado que se trata de proceder encuadrados en las relaciones sociales normales de la vida en comunidad (Velásquez, 2020, p. 405).

En Colombia durante mucho tiempo se consideró que el consentimiento del sujeto pasivo debía ser manejado dentro de las causales extrapenales de justificación. No obstante, actualmente en la Ley 599 de 2000 este se edifica taxativamente como causal de exclusión de responsabilidad (Andrade et al., 2019). En efecto, algunos tipos penales para su estructuración requieren de manera expresa o tácita que el sujeto pasivo no concurra a la misma. En estos casos, caso la doctrina acepta el consentimiento como causal de atipicidad. Otras posturas afirman que se trataría de una justificante o ambas cosas al mismo tiempo (Velásquez, 2020, p. 405).

No obstante, *de lege lata* cualquiera de esas posturas puede ser defendida, teniendo en cuenta que la figura en mención ha sido prevista, de manera genérica, como causal de ausencia de responsabilidad penal. Así pues, es posible afirmar que en Colombia, el consentimiento del sujeto pasivo ofrece un triple tratamiento: (i) como causal de atipicidad (ej., en delitos como el constreñimiento ilegal, extorción, violación de habitación ajena), (ii) como circunstancia atenuante de la pena (v. gr., en los casos de aborto cuando se cuente con “el consentimiento de la mujer”) y (iii) los casos en que no tiene relevancia alguna -como en los eventos en que el menor de 14 años consiente en relación con su sexualidad o en algunos delitos relacionados con trata de personas y explotación sexual- (Velásquez, 2020, p. 405).

En este sentido, si bien existe una diversidad de teorías relacionadas con el consentimiento, en la actualidad se observa dentro de la teoría de la imputación objetiva una propensión a conceder al consentimiento del sujeto pasivo de la conducta, una mayor significación en el campo de la tipicidad que en el de la antijuridicidad. Se considera entonces, que la participación de la víctima en la realización del hecho a través de su consentimiento, debería

tener efectos en la tipicidad, excluyéndola, y no tan solo en la ilicitud (antijuridicidad) (Machado, 2012, p. 46).

En relación con el consentimiento como excluyente de tipicidad se afirma que dicho argumento se basa en la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo. En ese sentido, Roxin (1997), refiere que:

(...) si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión (p. 517).

De este modo Roxin (1997), explica que:

(...) el efecto excluyente del tipo que tiene el consentimiento, se infiere, por consiguiente, no en primer lugar del Derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción apoyada en él (por más que ambas cosas son ciertas), sino inmediatamente de la libertad de acción garantizada constitucionalmente, cuyo ejercicio por parte de quien consiente imposibilita la lesión simultánea de un bien jurídico que a él le corresponde, y con ello la realización del tipo (pp. 517-518).

La doctrina ha elaborado una serie de requisitos para verificar que se está en presencia de la causal de ausencia de responsabilidad en cita. En ese sentido, se ha dicho que los requisitos para que se edifique la causal en estudio, son:

(i) que el bien sea susceptible de disposición (no debe tratarse de bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual) (ii) que exista capacidad del titular del bien (iii) que haya consentimiento anterior o concomitante y (iv) que ese consentimiento sea expreso o tácito. La jurisprudencia y doctrina colombiana han sostenido de manera pacífica que, si el consentimiento es expreso y se dan los demás elementos, se está frente a un consentimiento válido para efectos de conceder la causal. No obstante, cuando no existe la posibilidad de conocer en qué sentido fue la decisión del titular

del bien jurídico, se configura la posibilidad de que exista un consentimiento presunto (Andrade et al., 2019, p. 485).

Por su parte, Velásquez (2020) agrega que:

existe otro requisito para que se estructure el consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad, y es que el consentimiento no provenga de error y/o que no haya sido resultado de presiones o amenazas, pues en ese caso el consentimiento estaría viciado. No obstante, si el sujeto activo queda incurso en un error en relación con sobre la producción del consentimiento del sujeto pasivo, podrá invocar un error de tipo (p. 407).

Finalmente, y para los efectos de la presente investigación, es preciso subrayar el hecho de que el sujeto pasivo de la conducta debe tener la capacidad de comprender la situación en la que consciente para que pueda afirmarse que existe consentimiento excluyente de responsabilidad. No obstante, según Pérez (2016) se trata de una capacidad que:

(...) no debe ser entendida como la capacidad civil para negociar válidamente, sino que es suficiente con la capacidad natural de comprender o juzgar, entendida como aquella que resulta indispensable para discernir y advertir la importancia de los alcances del acto y el abandono al bien jurídico tutelado. El sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. El titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y al alcance del hecho (p. 301).

En este escenario, a diferencia de otros países que han tenido un mayor desarrollo legislativo y jurisprudencial en torno al consentimiento otorgado por parte de los menores de 14 o 16 años —según sea el caso— en relación con su sexualidad, en Colombia, a pesar de que ha existido un considerable tránsito legislativo en materia penal, la norma que en relación con el tema en cuestión fue preceptuada desde el Código Penal de 1936, todavía conserva una redacción similar en el actual Código Penal. En ese sentido, a continuación, se realizará un

paralelo con la norma que al efecto establecía el acceso carnal abusivo en la legislación de 1936 y la establecida en el actual código penal del 2000, con la correspondiente interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia en ambos casos, al tipo penal en mención:

Tabla 1

Comparativo entre los artículos que establecen el delito de acceso carnal abusivo en los códigos penales de 1936 y del año 2000

<u>Ley 95 de 1936 Código Penal</u>	<u>Ley 599 de 2000</u>
<p>“Artículo 316. El que someta a otra persona al acceso carnal, sin su consentimiento y mediante el empleo de la violencia física o moral, está sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión. <u>A la misma sanción está 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</u>” (Ley 95, 1936) (Negrillas y subrayado fuera del texto original).</p>	<p>“Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. <u>El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años,</u> incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años” (Ley 599, 2000) (Negrillas y subrayado fuera del texto original).</p>
<p>En relación con el artículo 316 del código penal de 1936 en cita, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de diciembre de 1967, sostuvo que:</p> <p><i>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. 2º 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 (Corte Suprema de Justicia, Sala de</i></p>	<p>Al respecto, en la sentencia con radicado SP921-2020 – Radicación n° 50889, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de mayo de 2020, citando lo manifestado por la misma Corte en las sentencias CSJ SP, 11 dic. 2003, rad.18585 y, SP. 1, nov. 2017, rad. 49845. manifestó que:</p> <p><i>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</i></p>

<p>Casación Penal, (6 de mayo de 2020) SP921-2020. MP. Chaverra C., G.) (Negrilla fuera del texto original).</p>	<p><i>misma hubiera asentido el hecho, porque para tomar esas decisiones la ley la tiene como inmadura por la edad</i> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (6 de mayo de 2020) SP921-2020. MP. Chaverra C., G.) (Negrilla fuera del texto original).</p>
--	--

Fuente: Elaboración propia.

De manera que, el legislador, de tiempo atrás, ha determinado que los menores de 14 años no pueden consentir en relación con su sexualidad, pues en estos casos se ha presumido que estos están en incapacidad de otorgar tal consentimiento y, en consecuencia, buscando proteger su integridad y formación sexuales, se sanciona penalmente a quien tenga alguna clase de contacto sexual con ellos.

Capítulo II. El principio de lesividad en el ordenamiento jurídico colombiano

2.1. El concepto de Lesividad y la noción de bien jurídico

El elemento del “daño” ha sido la única constante en la estructura del delito durante el desarrollo del derecho penal. En ese sentido, en algunas épocas se prescindió del elemento tipicidad al permitir el castigo por hechos no criminalizados en la ley, y en otras se dejó de lado el elemento culpabilidad al permitir la responsabilidad objetiva. Lo único que siempre ha sido constante en la evolución de la ciencia penal es la idea de que el delito debe atentar contra algo (Velásquez et al., 2013, págs. 372-373).

En el mismo orden de ideas, el principio de lesividad ha sido conocido como “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, este puede sintetizarse en el aforismo “no hay delito sin daño” o sin una amenaza efectiva para el bien jurídico. El principio en mención busca que la intervención del poder punitivo del Estado *-ius puniendi-*, únicamente tenga lugar ante conductas con trascendencia social que afecten las esferas de libertad ajenas. De este modo, lo que busca el principio de lesividad es que el derecho penal no sea la herramienta

para defender ideas morales, estéticas, políticas y mucho menos para castigar comportamientos contrarios a la ética (Velásquez, 2020).

En términos de la Corte Suprema de Justicia el principio de lesividad:

(...) encuentra paralelo en la doctrina de los países de habla inglesa con el llamado principio del daño (o *harm principle*), según el cual el derecho penal carece de legitimidad si se castigan conductas que no implican lesiones para personas distintas a uno mismo o que sólo encierran la prevención de una simple inmoralidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 31362/09, 2009).

El principio de lesividad entonces, ha sido señalado como uno de los más grandes legados del derecho penal liberal, a su vez tributario de la revolución francesa (Velásquez et al., 2013). En este sentido, hay autores que consideran que el principio de lesividad tiene su génesis en el pensamiento liberal ilustrado, a cuya sombra se gestó el concepto de bien jurídico (Velásquez, 2020).

Ahora bien, la importancia del bien jurídico es esencial en relación con el principio de lesividad, ya que solo al identificar con exactitud cuál es el bien jurídico que regula un delito específico, es posible interpretar de manera lógica y excluyente del tipo penal, aquellas conductas que no afectan dicho bien jurídico o que, a pesar de ser típicas, solo se consideran contrarias a la ley en apariencia, sin afectar la antijuridicidad (Velásquez, 2009, p. 123).

En relación con la noción de bien jurídico, afirma Roxin que el mismo tiene sus raíces en la época de la ilustración. Añade que fue con posterioridad a la segunda guerra mundial, que la ciencia penal alemana intentó delimitar el poder de intromisión penal acudiendo para este fin a la teoría del bien jurídico. En ese sentido, señala que la idea fundamental era, en consonancia con lo mencionado en precedencia, que “el derecho penal solo podía proteger bienes jurídicos concretos, y no creencias políticas o morales, doctrinas religiosas, ideologías sobre el mundo o meros sentimientos” (Hefendehl et al., 2007, p. 444).

De manera que Roxin acude a la teoría del bien jurídico como base o fundamento del principio de lesividad. Es importante mencionar que para Roxin los bienes jurídicos son todas las “realidades o fines necesarios para una vida social libre y segura, que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin” (Hefendehl et al., 2007, p. 444).

En ese sentido, es interesante la distinción que realiza el autor en mención, entre realidades y fines. Así, señala que los bienes jurídicos no le vienen dados al legislador, como podría ocurrir con la vida, el patrimonio de las personas, entre muchos otros, sino que el Legislador puede crear también algunos bienes jurídicos, como ocurriría entre otros, en el caso de los impuestos. (Hefendehl et al., 2007, p. 444)

Entiéndase entonces por bien jurídico -según la concepción planteada desde el funcionalismo moderado de Roxin-, “todas aquellas circunstancias dadas o finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, y para la realización de sus derechos fundamentales en el marco de un sistema estatal estructurado sobre la base de esa concepción de los fines” (Velásquez, 2020, p. 68).

Ahora, desde la doctrina patria se ha indicado de vieja data que el principio de lesividad se traduce dogmáticamente en la teoría del delito, en el concepto de afectación de bienes jurídicos, pero no como ideario genérico o aproximado, sino como requerimiento perentorio de que, en cada caso, la imputación penal se funde o integre en la comisión de un hecho típico que se califica como injusto o antijurídico. Ello, precisamente, porque afecta con una lesión o un peligro relevantes, el bien jurídico que quiere tutelar el tipo respectivo, y lo hace sin que el orden jurídico reconozca en ello una “justa causa”, es decir una causa de justificación (Fernández, 1998).

Siendo entonces la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos el núcleo del injusto penal, se hace necesario precisar que el derecho penal no debe brindar una tutela universal a todos los bienes jurídicos. Esto por cuanto no es función del derecho penal, proteger todos los bienes jurídicos de todas las eventuales formas de menoscabo o afectación. Por el contrario, la función del derecho penal es proteger los bienes jurídicos que sean considerados

socialmente más trascendentales, respecto de las formas más lesivas de atentado contra ellos. Esa renuncia a la protección de la universalidad de bienes jurídicos, constituye el reconocimiento de que existen acciones que pueden ser real o potencialmente dañinas para los mismos que, no sólo no son punibles, sino que son irrelevantes jurídico penalmente hablando (Cadavid, 1998, p. 42-43).

Finalmente, es preciso mencionar que la lesión del bien jurídico es un concepto normativo, por lo que su entendimiento no debe radicar únicamente en el daño o menoscabo de un objeto determinado, sino también en la vulneración a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen una base o esencia material. En ese sentido podría afirmarse que es una lesión, tanto la destrucción a la vida, como el agravio al honor en el delito de injuria (Muñoz & García, 2010, p. 301-302).

2.2 Dimensiones del principio de Lesividad

Como se ha indicado, para que una conducta sea delito en Colombia, no siempre requiere la lesión de un bien jurídicamente tutelado, sino que, en algunos casos, con la puesta en peligro efectiva del bien jurídico basta para que se pueda imponer una determinada sanción en los casos que así se ha dispuesto de manera expresa por el legislador.

Y esto es así, dado que en la teoría del delito la lesión del bien jurídico se erige en la base del injusto, que a su vez se fundamenta en dos juicios valorativos (desvalor de acto y desvalor de resultado), que coinciden en el hecho de tener al bien jurídico como pilar. No obstante, los delitos de peligro presentan inconvenientes a la hora de determinar un juicio *ex post* sobre el desvalor de resultado, toda vez que la descripción típica que de ellos se hace, solamente tiene en cuenta la peligrosidad de la conducta como ingrediente a valorar *ex ante*, prescindiendo de un juicio *ex post* (Barrientos, 2015, p. 103).

En este sentido, los delitos de peligro no requieren de una lesión efectiva, sino que se sustentan en la mera posibilidad o riesgo de afectar el bien jurídico, lo cual implica anticipar las barreras de protección hacia una fase previa a la lesión. De esta manera, el concepto de

peligro se convierte en un concepto normativo que se fundamenta en la probabilidad de que un bien definido por el legislador pueda ser lesionado por una conducta consumada, aunque dicha lesión no se materialice posteriormente. Como se explicaba previamente, el juicio de peligro se basa en un riesgo anticipado, en el cual el juzgador se sitúa en el momento en que se llevó a cabo la acción para determinar si esta representaba un peligro para el bien jurídico. (Muñoz & García, 2010, p. 302).

De manera que, en este tipo de delitos el legislador supone de antemano la posibilidad de daño para el bien jurídico. Esto puede observarse en delitos como la conspiración, la asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y el porte ilegal de armas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 25465, 2006).

La razón del surgimiento de este tipo de delitos está basada sobre todo en los riesgos que ha traído consigo la modernidad. Así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-939 de 2002, donde se estableció que:

La moderna sociedad de riesgo ha transformado profundamente los conceptos tradicionales del derecho penal y la política criminal. El abandono de los principios seculares de un derecho penal liberal y la expansión de la intervención punitiva del estado en muchos ámbitos, es una de sus características. **La necesidad de controlar los inmensos riesgos que se originan en la época que más adelantos tecnológicos ha producido en la historia de la humanidad, hizo indispensable anticipar la protección de los bienes jurídicos a una etapa anterior al efectivo menoscabo de los valores fundamentales de una sociedad.** Para ello se utiliza, entre otros instrumentos, la técnica de los tipos de peligro, que se caracterizan porque la punibilidad de un comportamiento no depende de la efectiva lesión del objeto de protección penal, sino simplemente de la probabilidad de un daño para el mismo (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-939/02, 2002) (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Mucho podría decirse sobre la conveniencia o no de la tipificación de los delitos de peligro, no obstante, en un derecho penal estructurado sobre la base de la protección a bienes jurídicos,

no es inconsecuente que sean prohibidas conductas que desde una perspectiva *ex ante* se presenten o aparezcan como idóneas para lesionar bienes jurídicos. En este caso, el sentido de la prohibición es precisamente la motivación a los ciudadanos a abstenerse de realizar conductas con potencialidad lesiva. La perspectiva *ex ante* entonces, se constituye en un instrumento básico para determinar, por la vía de la previsibilidad, el ámbito de los resultados imputables. De este modo, la puesta en peligro como predicado *ex ante* de la acción, constituye el marco de delimitación de los resultados susceptibles de ser imputados posteriormente al agente: la conducta para ser típica ha de aparecer peligrosa (Cadavid, 1998).

2.3 Implicaciones del principio de lesividad para el legislador y el juez

Por otro lado, el principio de lesividad conlleva ciertas implicaciones para el Juez y el Legislador. En este sentido, la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que “(...) el principio de lesividad ha de operar, no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 21064, 2004).

De igual modo ha observado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 31362 de 2009, que el principio de lesividad tiene una función tanto crítica como reductora, una función que no se agota cuando el legislador crea nuevos tipos penales, se ejerce el respectivo control constitucional sobre el mismo. Es así que esa función se manifiesta igualmente, en el ejercicio de apreciación que realizan todos los operadores jurídicos, y en últimas el Juez, al evaluar el alcance de determinada descripción típica contenida en la norma frente al gran abanico de posibilidades que la cotidianidad le ofrece al sistema judicial como motivo de persecución, juzgamiento y finalmente, sanción penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 31362/09, 2009).

En el mismo sentido, Zaffaroni (1977) ha manifestado que: “La ofensividad penal es una exigencia dirigida al legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta formalmente típica, pero que en el caso concreto no ofenda un bien jurídico (su sentencia sería inconstitucional)” (p. 2).

En consecuencia, y ahondando en las implicaciones del principio de lesividad para el legislador, es preciso observar que por estar dicho principio unido al principio de necesidad de las penas y con ello, a la “(...) versión liberal de la utilidad penal como mínima restricción necesaria, es idóneo para vincular al legislador a la máxima Kantiana según la cual la única tarea del derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno” (Ferrajoli, 1995, p. 467).

Así, en virtud del principio de lesividad se limita la actuación del legislador, quien solo puede criminalizar comportamientos lesivos para los bienes jurídicos como una materialización de la imbricación del derecho penal y la constitución.

En síntesis, en su formulación más sencilla, el principio de lesividad implica que el legislador solamente podrá sancionar conductas que lesionen bienes jurídicos. En ese sentido, será contraria a la Carta cualquier situación donde se criminalicen conductas que no lesionen o pongan en peligro intereses jurídicamente tutelados. A esta formulación de principio de lesividad se le puede llamar *lesividad en sentido amplio*. En sentido *estricto*, en virtud del principio de lesividad, el juez, en el caso concreto, deberá analizar el carácter perturbador de la conducta que debe juzgar a la hora de decidir si sanciona o no a un ciudadano concreto por la comisión de un delito –denominada también antijuridicidad material- (Velásquez et al., 2013).

Como corolario del presente capítulo, puede decirse que el principio de lesividad opera a manera de contención en relación con la potestad criminalizante del Estado (Legislador-Juez). En otras palabras, a través del principio de lesividad, el legislador y el juez, encuentran un límite en sus respectivas potestades. Así, el legislador no tiene una desbordada libertad de configuración de las normas penales, y el Juez solamente podrá sancionar conductas que lesionen o pongan en peligro efectivo el orden social.

Capítulo III. Lesividad en los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años consentidos cometidos por adolescentes

3.1. Análisis de la lesividad en los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo consentidos cometidos por adolescentes contra menores de edad

De lo expuesto hasta el momento, puede afirmarse que, según el principio de lesividad, no se puede sancionar la conducta de una persona por la mera desobediencia a la norma penal, sino que debe evaluarse en el caso concreto, si de manera injustificada se ha causado una afectación o se ha puesto en peligro concreto un bien jurídicamente tutelado.

Ahora bien, también se observó que los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menores de catorce años, se encuentran tipificados en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, y mediante la tipificación de estos delitos se buscó proteger la formación e integridad sexual de los menores de edad. De manera que existe lesión a los bienes jurídicos formación e integridad sexual, cuando los menores de 14 años sostienen relaciones con contenido sexual, sin importar en todo caso si dicha relación sexual fue consentida o no. Lo anterior, dada su inmadurez que les impide expresar su consentimiento.

Por otra parte, el diccionario de la Real Academia de La Lengua Española (2024) define la palabra integridad como “condición de virgen”. En ese orden de ideas, el legislador mediante la protección del bien jurídico integridad sexual, pretende que hasta que el niño o niña cumpla catorce años, pueda tener una vida ajena a cualquier tipo de contacto o intromisión sexual indebida, que no sea acorde con su madurez. Así, con la tipificación de los delitos contenidos en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, se busca evitar que la libre formación sexual de los menores de catorce años, se vea entorpecida por la inducción de estos a prácticas sexuales para las cuales no están preparados.

En síntesis, con la tipificación de los artículos en comento, el legislador vela por la adecuada formación sexual de los niños y niñas. Esto, teniendo en cuenta que el Estado tiene la obligación ser garante en el cuidado y la protección de los derechos de los menores. En ese orden de ideas, el Estado es corresponsable en la atención, cuidado y protección de los niños

y niñas, en especial en la prevención de cualquier tipo de abuso y violencia sexual ejercida en contra de estos. Así lo establece el artículo 44 de la Constitución Nacional, observando que la familia, la sociedad y el Estado, tienen la obligación de asistir y proteger a los niños para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Además, estableciendo que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Constitución Política de Colombia, 1991).

El Estado debe entonces velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños y niñas, los cuales son universales, prevalentes e interdependientes. En igual sentido, el artículo 41 de la Ley 1098 de 2006, desarrollando lo normado en el artículo 44 de la Constitución Nacional, establece que el Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Lo anterior implica que, el Estado tiene diversas obligaciones frente a los menores de edad, por lo que dicho artículo relaciona de manera no taxativa algunas de sus funciones, indicando que el Estado debe garantizar de manera prevalente, el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Entre otras cosas, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006 en cita, el Estado debe garantizar que nadie interfiera en la formación e integridad sexuales de los niños y niñas. Asimismo, debe castigar a quienes, aprovechándose de la inferioridad e inmadurez de éstos, los induzca a sostener o mantener cualquier tipo de relación con contenido sexual o los obligue a ello.

En relación con la inferioridad e inmadurez sexual de los niños y niñas, es preciso mencionar que las expresiones sexuales de éstos reflejan su propio desarrollo. Durante la niñez, los niños suelen expresar curiosidad y experiencias de sensaciones corporales. Por esta razón, el establecimiento de vínculos afectivos sin violencia y acorde a su desarrollo, proporcionan un referente para que el niño (a) se desarrolle de manera armónica e integral. De este modo, “todo tipo de educación sexual debe tener como fin proporcionar un desarrollo integral saludable, además de fomentar roles de género que promuevan el respeto y las relaciones justas y equitativas entre niñas y niños” (García-Piña, 2016, p. 53).

En ese sentido, parece equivocada la interpretación que da la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, al referir que la inmadurez que niega validez al consentimiento del menor en torno a las relaciones sexuales, está vinculada con su falta de capacidad para afrontar las consecuencias que pueda generar en su vida el contacto sexual antes de los catorce años de edad. Afirmó en ese sentido, que dicha inmadurez se relaciona con la falta de capacidad para asumir “la condición de madre o padre, la crianza del recién nacido y su manutención” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sentencia SP921-2020, 2020).

Es equivocada dicha interpretación porque lo que busca proteger el Legislador es la integridad y formación sexual de los menores, dada la inmadurez propia de su edad, y no tanto en relación con su falta de capacidad para asumir la condición de padre o madre. En ese orden ideas, no es por las consecuencias que se puedan derivar del trato sexual del menor, sino por su falta de formación y madurez sexual, que se presume que no puede otorgar libremente su consentimiento para tener relaciones sexuales. Asumir como cierta la posición sostenida por la Corte en la sentencia antes citada, traería como razonamiento lógico que, si de la relación sexual no se desprende la consecuencia del embarazo, desaparecería la inmadurez propuesta.

En relación con lo anterior, de tiempo atrás la Corte Constitucional ha sostenido que los delitos sexuales revisten especial gravedad, máxime cuando se trata de menores que, por la particularidad de no haber logrado su plena madurez psicológica, no pueden “comprender a cabalidad el significado y los alcances del acto sexual, y de los que con dicho acto están relacionados” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-292/97, 1997).

Ahora bien, es preciso señalar que, para su entendimiento los artículos 208 y 209 del código penal no demandan elaboradas interpretaciones. No obstante, el tipo penal contenido en el artículo 208 (acceso carnal abusivo) del código en cita, no tiene la riqueza descriptiva que tiene el artículo 209 de la misma normatividad, esto es, el tipo penal denominado “actos sexuales abusivos”. Dicho tipo penal cuenta con las siguientes modalidades de comportamientos: (i) realización de actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años, (ii) realización de dichos actos sexuales en presencia del menor (iii) inducción de menores de 14 años a prácticas sexuales.

El tipo penal antes mencionado requiere entonces un estudio más detenido a fin de captar en plenitud el alcance del mismo. Por lo anterior, se analizará de manera breve los requerimientos para la estructuración de las conductas de (i) actos sexuales (ii) realización de actos sexuales en presencia de un menor de edad (iii) inducción de los menores a prácticas sexuales.

Al respecto, ha observado la Corte Suprema de Justicia que por acto sexual debe entenderse aquella conducta dirigida a satisfacer la lujuria de una persona, más específicamente, su apetencia sexual o impulsos libidinosos. Lo anterior, se logra a través de los sentidos, especialmente del tacto y gusto, esto es, especialmente a través de roces corporales que implican proximidades sensibles (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP15269-2016, 2016).

Sin embargo, tal como se observó en precedencia, para su estructuración el delito en cita no requiere únicamente que los actos sexuales se cometan con un menor de edad, sino que dicho tipo penal puede estructurarse a partir de la realización de los actos sexuales en presencia del menor. Lo anterior se logra cuando el menor de catorce (14) años, sea testigo o espectador del comportamiento en mención. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en estos casos:

(...) La actividad sexual desarrollada debe ser explícita o tener la suficiente aptitud para causar excitación o satisfacción sexual a su realizador o realizadores, como sería, por ejemplo, el acceso carnal (vaginal, anal u oral), besos o caricias en órganos genitales u otras zonas erógenas, tocamientos lascivos del propio cuerpo o del de un tercero, la masturbación, entre otros (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2894-2020, 2020).

Finalmente, el tipo penal en estudio se configura cuando se induce a un menor a sostener prácticas sexuales. De manera que, basta con la instigación o persuasión a un menor de 14 años para la realización de cualquier tipo de actividad con alcance sexual, sin importar si se consigue o no el resultado querido. A fin de ilustrar de manera más clara el punto en cuestión,

la Corte Suprema de Justicia ha observado que, “acorde con la definición gramatical de la palabra, inducir significa mover a alguien a algo, darle motivo para ello, y provocar o causar algo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP219-2023, 2023).

De este modo, observó en la misma decisión que, “inducir a prácticas sexuales, implica desplegar comportamientos orientados a provocar que algún menor de 14 años realice alguna actividad de connotación erótica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP219-2023, 2023).

A pesar de lo referido, la práctica en algunos Tribunales y Juzgados demuestra que en ocasiones no es tan sencillo entender cuando se configura o no el delito de actos sexuales con menor de catorce años. Un buen ejemplo de lo anterior, es el que puede extraerse de la decisión proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en esta decisión se revocó la condena de una persona transgénero por el delito de actos sexuales con menor de 14 años (Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, acta No. 33, 2023).

En la decisión en cita, a pesar de que se logró establecer que el adulto transgénero mediante el uso de la fuerza introdujo su lengua en la boca de un menor de 8 años de edad, la Sala Penal del Tribunal de Medellín consideró que no se configuraba el delito de actos sexuales con menor de 14 años. Lo anterior, además, a pesar de que durante el juicio se probó que el menor hizo esfuerzos para zafarse del sujeto agresor, y que lo ocurrido le generó al niño problemas psicológicos a tal punto que lloraba dormido, se orinaba en la cama y tuvo que ser asistido profesionalmente (Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, acta No. 33, 2023).

Al respecto, el Tribunal como argumento de la sentencia absolutoria, manifestó que no se probó la afectación a la libertad, integridad y formación sexuales del menor, dado que (i) se trató de un beso sorpresivo y de poca duración (ii) el beso no se dio en la clandestinidad sino en vía pública (iii) el beso no estuvo acompañado de otro acto “lascivo potencial”, como serían los tocamientos sobre el cuerpo del ofendido (Tribunal Superior de Medellín, Sala de decisión penal, acta No. 33, 2023).

El Tribunal entonces se apartó de cualquier consideración sobre la afectación a la integridad y formación sexuales, para destacar que lo relevante era comprobar el “ánimo libidinoso” del sujeto activo, negando dicho ánimo al tratarse de un beso sorpresivo y de poca duración.

No obstante, lo anterior, en el salvamento de voto del Magistrado Óscar Bustamante Hernández, manifestó con acierto que en este caso no se tuvo en cuenta la formación sexual del menor, dado que, en juicio fueron probadas las incontrovertibles secuelas dejadas en el desarrollo sexual y afectivo del menor (Tribunal Superior de Medellín, Sala de decisión penal, acta No. 33, 2023).

En ese orden de ideas, de conformidad con lo expuesto en la sentencia del Tribunal de Medellín, el beso en la boca del menor con la introducción de la lengua por parte del sujeto activo, no comporta una conducta con contenido sexual. No obstante, en el salvamento de voto del Magistrado Óscar Bustamante Hernández afirmó con acierto que:

(...) Hay sectores del cuerpo que tienen un significado sexual indiscutible, la boca, los senos y las partes íntimas, para disponer de ellos se requiere el consentimiento de la persona a la que va dirigido ese acto, en caso de los menores la prohibición es absoluta, ese es el reproche que se le hace al infractor (Tribunal Superior de Medellín, Sala de decisión penal, acta No. 33, 2023).

En ese sentido, citó el magistrado antes mencionado una sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que se afirma que:

(...) Besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho, porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP15269-2016, 2016).

En conclusión, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín no analizó suficientemente la conducta cometida por el sujeto activo en términos de la lesividad generada a los bienes

jurídicos integridad y formación sexuales del menor víctima. No obstante, el análisis de conductas como la recién estudiada, no debería ofrecer mayores problemas interpretativos al operador jurídico, dada la claridad del precepto que regula dicho comportamiento.

Ahora bien, la situación expuesta difiere de los casos en que el sujeto pasivo de la conducta sexual es un menor de 14 años que brinda su consentimiento en relación con la realización de la misma, y el sujeto activo de la conducta es un adolescente (entendiéndose este como las personas que tienen una edad que oscila entre los 14 y 18 años). Sin embargo, dicha situación se complejiza cuando el adolescente en mención tiene una madurez similar al menor de 14 años. En este último evento conviene preguntarse si en realidad se está ante la comisión de un delito. Lo anterior dado que, objetivamente podría predicarse la existencia de una conducta típica, pero la conducta carecería de antijuridicidad, pues no se estaría lesionando el bien jurídico formación e integridad sexual del menor.

De igual modo, podría darse el caso de una persona menor de 14 años, que, dado su contexto particular, sea más maduro que un adolescente de 15 o 16 años. En efecto, una investigación realizada durante el año 2008 determinó que hay muchos factores que influyen en el inicio de relaciones sexuales a temprana edad. Entre los factores asociados con el inicio de relaciones sexuales tanto en edad temprana (antes de los 16 años), como en la edad media (de 16 a 18 años), se incluyó lo siguiente: vivir con padres que no fueran los biológicos, tener poca supervisión de los padres, tener una madurez física avanzada y tener actitudes permisivas hacia el sexo. Así mismo, se encontraron factores asociados al retraso de las relaciones sexuales, en las que se incluyeron actitudes religiosas y ansiedad (Zimmer-Gembeck & Helfand, 2008).

En este sentido, es conveniente otorgarle al operador judicial un poder amplio de decisión en cada caso concreto, cuando se avizore que la relación sexual del adolescente con el menor de 14 años es consentida y aquel sea una persona de similar grado de desarrollo o madurez a este. Como se verá a continuación, así es como se ha venido regulando el tema en España con la introducción al Código Penal Español del artículo 183 *quater*.

3.2. Tipificación en la legislación española de delitos sexuales consentidos cometidos por adolescentes contra menores de 16 años

En la tradición jurídica española, durante largo tiempo se vinculó los delitos contra la libertad sexual con conceptos de tipo religioso y moral. Así, a pesar de que desde el Código Penal de 1948 se contaba con un título denominado “delitos contra la honestidad”, el bien jurídico protegido no era el de la libertad sexual. Fue apenas en el siglo XX, con el nacimiento de las corrientes promotoras de los derechos humanos, derechos del niño y adolescentes, y derechos de colectivos LGBTI, que los derechos a la libertad sexual y la dignidad de las personas sufrieron un cambio importante (García Fernández, 2020).

No obstante, la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio introdujo actualizaciones al Código Penal español y el título de “*delitos contra la honestidad*” se cambió por “*delitos contra la libertad sexual*”. Con lo anterior, se hizo hincapié en la tutela del bien jurídico libertad e indemnidad sexual, dando relevancia a la protección del menor. Además, se tipificó como conducta punible los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces (García Fernández, 2020).

En relación con el concepto de indemnidad sexual, Cortázar Bahon (2019) ha dicho que el mismo hace referencia a la:

(...) Necesidad de mantener alejadas a las personas que carecen de libertad sexual, bien de forma provisional (menores de edad) o bien de forma definitiva (incapaces), de toda actividad sexual con el fin de proteger su futura libertad sexual. La razón por la que estos sujetos han de ser protegidos contra todo contacto sexual es que, o bien aún no tienen, o bien nunca tendrán, la madurez necesaria para comprender qué es el sexo; por ello, pueden ser objeto de engaños o abusos por parte de personas mayores (...). (p. 5).

Ahora bien, en relación con la madurez necesaria para comprender qué es el sexo y para brindar el respectivo consentimiento sexual, en la legislación española se tiene registro de que hasta el año 1999 la edad se fijaba en doce años. A partir del año 1999 la edad se aumentó a 13 años. Posteriormente, desde el año 2015 la edad a partir de la cual los menores pueden

brindar su consentimiento para tener contacto sexual con otras personas, se fijó en dieciséis (16) años.

La circunstancia que provocó el aumento inusitado de la edad de consentimiento, se debe a que España era, hasta el año 2015, una de las naciones con edades más tempranas para que los menores de edad consintieran en relación con su sexualidad. Por lo anterior, desde el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, se hicieron las respectivas recomendaciones, mismas que fueron acatadas por el legislador español (Poza, 2018, p. 14).

Existía, además, en España hasta el año 2010 una presunción *iuris et de iure* cuando se estaba en presencia de la realización de actos de naturaleza sexual con un menor de trece años. En ese sentido, se invalidaba el consentimiento del menor de trece años, pues se consideraba que no tenía capacidad alguna para decidir por sí mismo respecto del ejercicio de su libertad sexual, impidiéndosele toda posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual. No obstante, a partir del año 2010 desapareció la referencia de abuso sexual en relación con los actos sexuales que se llevaran a cabo con los menores de trece años, estableciéndose implícitamente lo que parecería una presunción *iuris tantum* (Poza, 2018, p. 15).

Ahora bien, en el año 2015 a través del artículo 183 *quater* del Código Penal Español, se estableció claramente una presunción *iuris tantum* en relación con la capacidad de consentimiento de los menores de 16 años. En virtud de la inclusión del artículo mencionado al Código Penal Español, se excluyó la responsabilidad penal por los ilícitos previstos en el capítulo contentivo del artículo en mención cuando se den las siguientes condiciones:

- Que exista consentimiento libre de un menor de 16 años en la relación sexual.
- Que el autor sea una persona próxima al menor de 16 años en edad y grado de desarrollo o madurez.

Esta cláusula se ha conocido como “Cláusula de Romeo y Julieta”, en una obvia alusión a la obra de William Shakespeare, cuyos protagonistas, como bien se sabe, son dos adolescentes enamorados. Afirmó la Fiscalía General del Estado en la circular 01 de 2017 que, en la tragedia de Shakespeare, Julieta Capuleto no había cumplido todavía los 14 años. Además,

se precisa que, si bien la obra no detalla la edad de Romeo, sí se le describe como joven. En ese sentido, la Fiscalía del Estado refirió que “el propósito de este tipo de disposiciones consiste en evitar que la norma al establecer límites de edad, pueda conllevar interpretaciones estrictas que impidan las relaciones sexuales consentidas entre personas jóvenes semejantes en edad y madurez” (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017, p. 3).

De este modo, tal como se indicó en la circular en mención, uno de los motivos principales que llevaron al legislador español a decantarse por la introducción de esta cláusula en su ordenamiento, fue el incremento en la edad de consentimiento para las relaciones sexuales que pasó de 13 a 16 años en el año 2015. En efecto, se observa en otro apartado que:

(...) Con anterioridad a la introducción del art. 183 *quater* y, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existían en España reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. La elevación de la edad de consentimiento de los trece a los dieciséis años acrecentó la necesidad de incluir en la regulación de los delitos sexuales cometidos sobre menores una cláusula de exención de la responsabilidad penal que, dentro de determinados límites, concediera relevancia al consentimiento de los menores, tal como fue sugerido por el Consejo Fiscal en su informe de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de reforma del Código Penal (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017).

En ese sentido, de no haberse introducido esta cláusula en el ordenamiento español, los Tribunales se habrían visto abocados a adelantar muchos procesos penales por conductas que, tal como lo afirmó la Fiscalía del Estado español “aun siendo típicas, no ponen en peligro el bien jurídico protegido” (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017). En síntesis, la cláusula en mención fue un remedio para las situaciones que pudieran derivarse del incremento de edad para el consentimiento en las relaciones sexuales.

Ahora bien, como se ha venido mencionando, si bien el legislador español fijó una edad de 16 años para poder consentir en relación con la sexualidad, no obstante, flexibilizó los casos en que las relaciones sexuales son sostenidas con personas de similar grado de desarrollo o

madurez. Esto permite analizar caso por caso de manera separada, con criterios que no se reducen a esquemas objetivos y simples como la edad del menor y de la persona que sostiene relaciones sexuales con éste.

De manera que, con lo anterior, España se apartó del criterio objetivo basado meramente en la edad, adoptado por países como Suiza y Canadá. En las legislaciones en cita, se estableció un criterio meramente cronológico para determinar si se comete o no un delito sexual contra menores. En Suiza, por ejemplo, que mantiene una edad mínima de 16 años para que los menores puedan consentir en relación con su sexualidad, se fijó un rango de edad de 3 años entre el menor y la persona que sostiene relaciones con éste. En el caso de Canadá, el rango de edad es de dos años si el menor tiene doce o trece años, y 5 años si tiene entre 14 y 15 años (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017).

En ese sentido, España adoptó un criterio mixto, fundado en dos parámetros: “uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez)” (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017). En relación con dichos criterios, el Tribunal Supremo Español ha observado que:

(...) se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso. (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017)

La Fiscalía General del Estado, señaló además en la mencionada circular que conceptos tales como juventud, mayor de edad o edad para el consentimiento, son construcciones no estáticas. Esto lo explicó atendiendo a que, desde 1888 a la fecha actual, en España de manera paulatina la mayoría de edad pasó de 25 a 18 años. En ese sentido, afirmó que:

La existencia de un concepto de juventud aplicable al art. 183 *quater* CP, conforme se ha señalado, no impide que pueda contemplarse una subdivisión en el

marco de los jóvenes adultos que abarque, por un lado, al mayor de 18 y menor de 21 y, por otro, al comprendido entre los 21 y 24 años. En este último tramo -en el que las diferencias de edad son ostensibles- las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017).

Finalmente, es preciso indicar que, de conformidad con la doctrina inserta en la circular Haga clic o pulse aquí para escribir texto., no es posible aplicar el artículo 183 *quater*, a los eventos en que concurra cualquier tipo de violencia, intimidación o engaño. El objeto de dicha cláusula es evitar “interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto a edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso” (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017).

En conclusión, la decisión adoptada en España con la introducción del artículo 183 *quater* al código penal, ciertamente fue una decisión novedosa y como se observó, una decisión que se apartó de criterios meramente objetivos como la edad, para regular una situación que presenta variados matices y merece en cada caso un análisis detallado. La introducción del artículo mencionado, además, sirvió de remedio al aumento en la edad de consentimiento sexual de los menores en España, que en 1999 era de 12 años y en 2015 pasó a 16 años, lo que supone un incremento considerable en un periodo de tiempo tan corto.

En ese sentido, acogiendo la recomendación del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, España reguló la situación de la edad del consentimiento sexual de los menores, de manera tal que evitan interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto a edad y madurez, excluyendo cualquier tipo de abuso que pueda presentarse (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017).

3.3 Propuesta de Lege ferenda

Previo a exponer la propuesta de *lege ferenda*, se abordará brevemente la regulación que se pretende adoptar en este momento en el Congreso de la República de Colombia en relación con la edad de consentimiento sexual de los menores. Al respecto, hace algunos meses se presentó en la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 182 de 2023 “por medio de la cual se modifica la edad del consentimiento sexual para menores de edad; se protege la libertad sexual de niños, niñas y adolescentes en Colombia y se dictan otras disposiciones”. La ponencia del primer debate fue publicada mediante la Gaceta del Congreso No. 234 (Congreso de la República de Colombia, 2024).

El objeto del proyecto de ley mencionado es reformar los artículos 208, 209 y numeral primero del artículo 216 de la Ley 599 de 2000. Además, se pretende modificar el inciso segundo del párrafo del artículo 53 de la Ley 1306 de 2009. Con lo anterior, se pretende “proteger” a los menores, brindando:

(...) mayor protección a los menores y a los jóvenes como herramienta que mejore las cifras de deserción escolar, de embarazos adolescentes, de enfermedades de transmisión sexual y asegure en un gran porcentaje el desarrollo de los menores, endureciendo los tipos penales con los cuales se castiga a los ciudadanos que, aprovechándose de su posición, acceden a las menores, aclarando que la propuesta trae consigo un tratamiento diferenciado para aquellos casos en los cuales los sujetos estén en un mismo estadio y desarrollo físico y cognitivo (Congreso de la República de Colombia, 2024).

En resumen, el Proyecto de Ley pretende incrementar la edad de consentimiento sexual de los menores, de 14 a 16 años. En el proyecto de Ley en mención, se contemplaba en un principio un tratamiento diferenciado basado, al igual que la legislación Suiza, en un criterio objetivo de 3 años de diferencia entre el sujeto activo del delito y el menor, en los que no se configuraría el tipo penal respectivo. Esto, a fin de que, de algún modo se evitara sancionar a los adolescentes que estuvieran en circunstancias similares de desarrollo físico y cognitivo que el sujeto pasivo. A modo de ejemplo, si el menor tiene trece años, solo podrá sostener

relaciones sexuales con un adolescente de máximo dieciséis años para que no exista responsabilidad penal. A continuación, se describe la modificación de los artículos 208 y 209 del código penal como se encontraba planteado originalmente en el Proyecto de Ley 182 de 2023:

Tabla 2

Propuesta de reforma de los artículos 208 y 209 del código penal, como fue presentado originalmente mediante el Proyecto de Ley 182 de 2023

<p>Artículo 2°. Modifíquese el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de dieciséis años. El que acceda carnalmente a persona menor de dieciséis (16) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. El consentimiento libre del menor de dieciséis (16) años exime de responsabilidad penal siempre que el autor sea una persona con una diferencia en edad de no más de tres (3) años. No habrá responsabilidad penal en los eventos en los cuales el acceso carnal en persona menor de dieciséis (16) años se realice por un sujeto cuya diferencia de edad no supere los tres (3) años. (Negrillas fuera del texto original) (Congreso de la República de Colombia, 2024).</p>	<p>Artículo 3°. Modifíquese el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: ARTÍCULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE DIECISÉIS AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de dieciséis (16) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años. El consentimiento libre del menor de dieciséis (16) años exime de responsabilidad penal siempre que el autor sea una persona con una diferencia en edad de no más de tres (3) años. No habrá responsabilidad penal en los eventos en los cuales el acto sexual en persona menor de dieciséis (16) años se realice por un sujeto cuya diferencia de edad no supere los tres (3) años. (Congreso de la República de Colombia, 2024).</p>
--	--

Fuente: Elaboración propia

En dicho proyecto de Ley se acogía entonces el planteamiento del derecho comparado, basado en el criterio objetivo de la edad para brindar un tratamiento diferenciado a las personas que tuvieran relaciones sexuales con menores, en este caso, de 16 años. Los eventos en que no habría delito serían aquellos en que el sujeto activo del delito tuviera una diferencia de edad con el menor de 16 años que no superara los 3 años, tal cual se encuentra regulado el asunto en la legislación suiza.

Si bien el criterio objetivo de edad no es el más adecuado para evitar la criminalización de adolescentes en estos casos, por lo menos ofrece una alternativa diferente a la imposición de una sanción por las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes que no tengan diferencias sustanciales de edad.

No obstante lo anterior, con posterioridad se propuso un pliego de modificaciones a raíz de una propuesta del Ministerio de Educación, mediante la cual se eliminó el tratamiento diferenciado, quedando la propuesta así:

Tabla 3

Propuesta de reforma de los artículos 208 y 209 del código penal, después de acogerse las modificaciones sugeridas por el Ministerio de Educación Nacional al Proyecto de Ley 182 de 2023

<p>Artículo 2º. Modifíquese el artículo 208 de la Ley 599 de 2000. el cual quedará así: Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de dieciséis años. El que acceda carnalmente a persona menor de dieciséis (16) años incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. (Congreso de Colombia, 2024)</p>	<p>Artículo 3º. Modifíquese el artículo 209 de la Ley 599 de 2000. el cual quedará así: ARTÍCULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE DIECISÉIS AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de dieciséis (16) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años. (Congreso de Colombia, 2024)</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, la modificación de los artículos como se encuentra actualmente en el proyecto de Ley, se traducirá en (i) una mayor congestión del sistema judicial (ii) mayor criminalización de relaciones sexuales consentidas entre adolescentes que no tienen diferencias sustanciales de edad y madurez (iii) mayor hacinamiento en los centros penitenciarios, carcelarios y centros de detención transitoria.

En síntesis, con la reforma planteada no se logra reducir las cifras de embarazo adolescente. Por el contrario, dichas cifras continuarán igual. Lo que sí aumentará con la reforma es la

cifra de padres adolescentes detenidos, y, por tanto, ausentes, es decir, padres que no van a poder ayudar con la crianza y el sostenimiento de sus hijos, situación que aumenta los problemas sociales que existen actualmente. La propuesta de criminalizar las relaciones sexuales entre adolescentes, solo es la muestra de que en ocasiones se pretenden solucionar todos los problemas sociales con el derecho penal, herramienta que no solo es ineficaz en casos como este, sino que además, agrava la situación social.

Sin ahondar mucho un tema de tan vastas proporciones como el embarazo adolescente, y solo como un comentario de paso, el reconocido psicólogo Daniel Goleman, afirma lo siguiente en relación con el embarazo adolescente:

“...Un estudio entre niñas de cuarto grado que eran “malas”, esto es, que tenían problemas con sus maestros y quebrantaban las reglas, que no eran impopulares entre sus pares, demostró que el 40% ya tenía un hijo en el momento de terminar la escuela secundaria. Esto triplicaba el promedio de embarazos entre las otras niñas de su escuela. En otras palabras, las jóvenes adolescentes antisociales no se convierten en violentas: se convierten en madres” (Goleman, 2023, p. 274)

Con lo anterior no se quiere señalar que todas las adolescentes embarazadas tengan problemas de conducta, sino solamente que las causas del embarazo adolescente van mucho más allá de lo que podría evitarse con la intervención represora del derecho penal. De este modo, ese un problema que debería abordarse con estudios psicosociales de fondo y políticas públicas que aborden este asunto, sin criminalizar las relaciones sexuales entre adolescentes. Lo anterior, máxime que la mayoría de esos embarazos se dan en contextos marginales, donde los jóvenes tienen poco acceso a una educación de calidad, y donde no pueden ser informados y prevenidos respecto a dicha problemática.

En ese sentido, la propuesta planteada es que no debería aprobarse la reforma propuesta mediante el proyecto de Ley 182 de 2023. Por el contrario, deberían reformarse los artículos 208 y 209 del Código penal, estableciendo una cláusula similar a la establecida en el artículo 183 *quater* del Código Penal español. Como se mencionó, esta cláusula permite que el

operador judicial evalúe, en cada caso concreto, si entre el menor de 16 años y la persona con quien sostiene relaciones sexuales, no hay diferencia sustancial de edad y grado de madurez. De cumplirse dicha condición, no se estaría ante la comisión de delito alguno.

Una cláusula como esta, con un contenido mixto, es decir, que no se base exclusivamente en criterios objetivos como la edad, sino que tenga un parámetro biopsicosocial relacionado con el grado de desarrollo o madurez del menor y el adolescente, tiene muchas ventajas. Entre otras cosas, el operador judicial podría tener un margen más amplio para decidir dependiendo de cada caso en concreto, lo que llevaría a que no se cometieran injusticias por delitos que de ningún modo lesionan los bienes jurídicos tutelados.

Además, vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia podría fijar criterios a tener en cuenta para que los operadores judiciales no se excedan a la hora de evaluar si existe o no similitud en las edades. En ese sentido, España a través de la interpretación realizada por parte de la Fiscalía General del Estado mediante la circular 01 de 2017, contemplo lo siguiente:

En lo que concierne al menor protegido, puede trazarse el siguiente esquema:

-Impúberes. En ellos aún no se ha producido el proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo del niño o niña adquiere la capacidad de la reproducción sexual. No puede establecerse una edad fija para delimitar la infancia de la pubertad pues el inicio del proceso de cambios varía de una persona a otra, dependiendo de diversos factores, entre ellos el sexo. Se trata propiamente de niños y no de adolescentes y respecto de ellos **su protección debe ser absoluta**. La Ley marca, además, circunstancias de agravación en los casos en que el escaso desarrollo intelectual y físico de la víctima la coloca en situación de total indefensión (la presunción de la norma es *iuris et de iure* para los menores de 4 años, pero puede darse en edades superiores cuando las circunstancias comporten un plus de vulnerabilidad, vid. SSTS nº 398/2015, de 17 de junio y 609/2012, de 11 de julio, entre otras).

-El segundo nivel de protección abarcaría desde el inicio de la pubertad hasta los 13 años inclusive, siempre que dicho proceso fisiológico haya comenzado antes de dicha edad. En esta franja, la protección del menor es intensa por encontrarse en la

primera fase de la adolescencia. El límite de los 14 años es habitualmente empleado por nuestra legislación (así, para la exigencia de la responsabilidad penal de los menores en el art. 1 LORPM o para la capacidad de testar en el art. 663.1º CC). En relación con la edad del autor, el límite máximo respondería a la mayoría de edad, esto es, **hasta cumplir los 18 años**, por lo que -con carácter general- podría dar cobertura únicamente a las relaciones entre menores.

-14 y 15 años, ambos inclusive. La protección debe permitir una diferencia de edad que abarque a los jóvenes **hasta 20 años inclusive**, moderándose en atención al segundo parámetro (grado de desarrollo o madurez).

Excepcionalmente podrían comprenderse los jóvenes de hasta 24 años inclusive, atendiendo al grado de desarrollo o madurez tanto del menor como del joven que mantienen el contacto sexual. Esta pauta debe entenderse de carácter orientador (Fiscalía General del Estado de España, Circular 01, 2017)(Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Esta situación sería ideal en el país, a fin de no criminalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, y de igual modo, evitar el desgaste del aparato judicial con estos casos en los que, como se viene mencionando, no se causa lesión alguna a los bienes jurídicos formación e integridad sexuales.

Conclusiones

- En ningún código penal de la República, el consentimiento en la relación sexual expresado por el menor de edad, ha sido causal de exclusión de responsabilidad penal.
- Solo hasta la expedición de la Ley 599 de 2000 se pudo abandonar los criterios religiosos, morales y abstractos, en relación con los bienes jurídicos protegidos en los delitos sexuales contra menores de edad. Con la aparición de dicha codificación desaparecieron conceptos como honor sexual, moral pública, buenas costumbres, pudor sexual, dignidad sexuales, entre otros, para postular como bienes jurídicos tutelados de este tipo de delitos, la libertad, integridad y formación sexuales.

- Con la tipificación de los delitos contenidos en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, se busca evitar que la libre formación sexual de los menores de catorce años, se vea entorpecida por la inducción de estos a prácticas sexuales para las cuales no están preparados. Lo anterior, máxime que, al no haber logrado su plena madurez psicológica, no pueden comprender a el significado y alcances del acto sexual, y de los que con dicho acto están relacionados. No obstante, cuando la conducta sexual es realizada por dos adolescentes de similar edad y madurez psicológica, puede considerarse que no se genera lesividad alguna para los bienes jurídicos protegidos.
- Investigaciones como la adelantada por Zimmer-Gembeck & Helfand, en el año 2008, demuestran que la sanción penal para adolescentes que sostienen relaciones sexuales con menores de 14 o 16 años según sea el caso, no deberían basarse únicamente en el criterio de la edad, pues hay muchos factores que influyen en el inicio de relaciones sexuales a temprana edad. En la investigación mencionada se encontró que entre los factores asociados con el inicio de relaciones sexuales tanto en edad temprana (antes de los 16 años), como en la edad media (de 16 a 18 años), se incluyó vivir con padres que no fueran los biológicos, tener poca supervisión de los padres, tener una madurez física avanzada y tener actitudes permisivas hacia el sexo.
- En España con el aumento en la edad de consentimiento de los menores de 13 a 16 años, vino también un estudio serio sobre las consecuencias que dicha decisión traería sobre la criminalización de las relaciones sexuales entre adolescentes, y consecuentemente, a fin de evitar problemas sociales mayores, se implementó la excepción contenida en la cláusula denominada “Romeo y Julieta” del artículo 182 *quater* del Código Penal de dicho país.
- Clausulas como la denominada de “Romeo y Julieta” establecidas en el artículo 183 *quater* del Código Penal Español, evitan la criminalización de las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y menores de 16 años (esto en el caso español), dado que permiten que el juez tenga un amplio margen de valoración en relación con la edad y madurez de aquellos. Así, en estos casos el Juzgador decide basado en los

márgenes fijados por la interpretación de la Fiscalía General del Estado y en los criterios fijados por el Tribunal Supremo Español en su jurisprudencia.

- El proyecto de Ley 182 de 2023 es una clara muestra de la falta de planificación de la política criminal en Colombia, y por el contrario, es la prueba de que el legislador a través del derecho penal pretende resolver muchos problemas sociales que demandan una serie de políticas públicas más estructuradas y de fondo. Con este proyecto de ley entonces, no solo se contraría el carácter de *última ratio* y mínima intervención del derecho penal, sino que se criminalizan de manera rigurosa, las relaciones sexuales entre adolescentes.
- En lugar de penalizar las relaciones sexuales entre adolescentes de similar edad y grado de madurez, en Colombia debería pensarse en la implementación de una cláusula similar a la aplicada hoy en el Código Penal español mediante el artículo 183 *quater*. Una cláusula como esta, con un contenido mixto, es decir, que no se base exclusivamente en criterios objetivos como la edad, sino que tenga un parámetro biopsicosocial relacionado con el grado de desarrollo o madurez del menor y el adolescente, tiene muchas ventajas. Entre otras cosas, el operador judicial podría tener un margen más amplio para decidir dependiendo de cada caso en concreto, lo que llevaría a que no se cometieran injusticias por delitos que de ningún modo lesionan los bienes jurídicos integridad y formación sexuales.

Bibliografía

- Agencia Estatal Boletín Oficial del estado, Doctrina de la fiscalía General del Estado.
https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf
- Andrade Castro, J., Agudelo Betancur, N., Barbosa Castillo, G., Barreto Ardila, H., Bazzani Montoya, D., Bernal Cuéllar, J. (2019). Lecciones de derecho penal: parte general (3.a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Barreto Ardila, H., Bazzani Montoya, D., Bernal Cuéllar, J., Buitrago Ruiz, L., Caldas Botero, L., Caldas Vera, J., Cancino Moreno, J., (2019). Lecciones de derecho penal: parte especial (Vol. 1). Universidad Externado de Colombia.
- Barrientos Pérez, D. J. (2015). Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. *Nuevo Foro Penal*. 11 (84), 90-136.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5235020>.
- Bernate Ochoa, F., & Sintura Varela, F. (2019a). Ley 95 de 1936. Sobre Código Penal
<https://doi.org/10.12804/cp9789587843873>
- Bernate Ochoa, F., & Sintura Varela, J. (2019b). Código Penal de la Nueva Granada.
<https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/13057b81-3901-4634-8cf6-45467e6191f6/content>
- Bernate Ochoa, F., & Sintura Varela, J. (2019c). Código Penal de los Estados Unidos de Colombia.
<https://doi.org/10.12804/cp9789587843828>
- Bernate Ochoa, F., & Sintura Varela J. (2019). Decreto Número 100 de 1980.
<https://doi.org/10.12804/cp9789587843842>
- Bernate Ochoa, F., & Sintura Varela, J. (2019d). Ley 599 de 2000 Por el cual se expide el Código Penal. <https://doi.org/10.12804/cp9789587843866>
- Cadavid Quintero, A. (1998). Introducción a la teoría del delito: especial consideración a los fundamentos del delito imprudente. *Colección Sistema Penal*, 1, 1–241.
- Cortázar Bahón, A. (2019). Evolución de la regulación española sobre la protección penal sexual de los menores. *Recolecta Trabajos Académicos-Facultad de Economía y Empresa*.

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de junio de 1997). Sentencia C 285-97 [M.P: Gaviria, C.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de junio de 1997). Sentencia C-292-97 [M.P: Hernández, G.].

Corte Constitucional, Sala Plena, (31 de octubre de 2002). Sentencia C-939-02 [M.P: Montealegre, E.].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, (5 de abril de 2019). Sentencia T-156-19 [M.P: Pardo, C.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (7 de junio de 2023) Sentencia SP219-55559 [M.P: Bolaños, F.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de octubre de 2016) Sentencia SP15269 47640 [M.P: Castro, F.].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, (15 de septiembre de 2004) Proceso 21064 -21064 [M.P: Espinosa, S.].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, (13 DE mayo de 2009) Proceso 31362- 31362 [M.P: Acero, J.].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (2 de julio de 2008) Sentencia 29117 [M.P: Gómez, A.].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, (12 de octubre de 2006) Proceso 25465 [M.P: Pulido, M.].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, (6 de mayo de 2020) Sentencia SP921-50889 [M.P: Chaverra, G.].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, (12 de agosto de 2020) Sentencia SP2894-52024 [M.P: Salazar, P.].

Couso, J. (2009). La Sexualidad de los menores ante el derecho penal. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Paper 73, 1-46.

Congreso de Colombia. (2024). Gaceta del Congreso No. 234, informe de ponencia positiva para primer debate del proyecto de Ley número 182 de 2023 Cámara.

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio del 2000). Código Penal Colombiano. [Ley 599 del 2000]. DO:52738

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO:52738

Congreso de Colombia. (24 de abril de 1936). Código Penal Colombiano. [Ley 95 de 1936]. DO:23316.

Constitución Política de la República de Colombia. [C.P.]. (20 de julio de 1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Fernández Carrasquilla, J. (1998). Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho. Leyer.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Trotta.

Fiscalía General del Estado. [FGE]. (2017). Circular 1. Sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf

García Fernández, M. A. (2020). Delitos sexuales contra menores: Especial referencia a agresiones y abusos sexuales. 23. 15-43. <https://doi.org/10.25115/ridj.v0i23.4327>.

García-Piña, C. A. (2016). Sexualidad infantil: información para orientar la práctica clínica. In Acta Pediatr Mex. 37. 47-53. www.actapediatrica.org.mx.

Goleman, D. (2023). La inteligencia emocional. Por qué es más importante que el coeficiente intelectual. <https://iuymca.edu.ar/wp-content/uploads/2022/01/La-Inteligencia-Emocional-Daniel-Goleman-1.pdf>

Gómez Castrillón, L. A. (1936). Derecho penal sexual: un caso de discurso moral religioso. 69 (154), 1–28. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.18420>.

Hefendehl, R., Alcácer, R., Martín, M., & Ortiz de Urbina, I. (2007). La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Ediciones Jurídicas y Sociales. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=272043>

Luzón Peña, D. M. (2012). El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. Revista General de Derecho Penal. (18), 379-424.

Machado Rodríguez, C. (2012). El consentimiento en materia penal. Universidad Externado de Colombia, 33 (95), 1–21. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3419/3106>

- Muñoz Conde, F., García Arán, M. (2010). Derecho penal parte general. Tirant lo blanch.
- Pabón Parra, P. Alfonso. (2005). Delitos sexuales: La sexualidad humana y su protección penal. Doctrina y Ley.
- Pérez López, J. (2016). Las 15 eximentes de responsabilidad penal Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial. <http://librodigital.sangregorio.edu.ec/librosusgp/39883.pdf>
- Poza Miguel, T. (2018). Análisis del artículo 183 quater del código penal en el derecho Español: La cláusula “Romeo y Julieta (Trabajo de grado, Universidad de Salamanca). https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/140794/TFM%20_PozaMiguel_An%C3%A1lisis.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Real Academia de la Lengua Española. (2024, March 2). 23.a Ed., [Versión 23.7 En Línea]. <<https://Dle.Rae.Es>>.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (Trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, y J. Remesal de Vicente). [Strafrecht. Allgemeiner Teil, Baan I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbre- Chenslere]. Civitas
- Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, (6 de marzo de 2023). Decisión Aprobada Mediante Acta No. 33 [M.P: Apráez. S.].
- Velásquez V., F. (2009). Derecho Penal. Parte General. <https://es.scribd.com/document/649761754/Vela-squez-V-Fernando-Derecho-Penal-Parte-General-Tomo-II-2009>
- Velásquez Velásquez, F. (2020). Fundamentos de derecho penal Parte General. 30 (1)
- Velásquez Velásquez, F., Posada Maya, R., Cadavid Quintero, A., Molina López, R., & Sotomayor Acosta, J. O. (2013). Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado. En J.O. Sotomayor (Ed.), *El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual*. (pp.271- 302). Colección ciencias penales.
- Zaffaroni, R. (1977). Ofensividad, autoría y Estado de Derecho. 1–11.
- Zimmer-Gembeck, M., Helfand, M. (2008). Ten years of longitudinal research on U.S. adolescent sexual behavior: Developmental correlates of sexual intercourse, and the importance of age, gender and ethnic background. *Developmental Review*, 28(2), 153–224. <https://doi.org/10.1016/J.DR.2007.06.001>