

LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS  
SEXUALES EN COLOMBIA: UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN TÍPICA DESDE  
EL FUNCIONALISMO NORMATIVO



LUIS SILVESTRE VAN GOGH MARÍN  
PAOLA ANDREA ARDILA FORERO



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRIA EN DERECHO Y JUSTICIA  
VILLAVICENCIO

2026

LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS  
SEXUALES EN COLOMBIA: UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN TÍPICA DESDE  
EL FUNCIONALISMO NORMATIVO

LUIS SILVESTRE VAN GOGH MARÍN  
PAOLA ANDREA ARDILA FORERO

Tesis de Maestría presentada como requisito para optar al título de Magister en Derecho y  
Justicia

Directora  
Mg. PAULA NARANJO URREA  
Magíster en estrategias anticorrupción y políticas de integridad

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRIA EN DERECHO Y JUSTICIA  
VILLAVICENCIO  
2026

**Autoridades Académicas**

**P. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O.P.**

Rector General

**P. Adrián Mauricio GARCÍA PEÑARANDA, O.P.**

Vicerrector Académico General

**P. Luis Antonio ALFONSO VARGAS, O.P.**

Rector Seccional Villavicencio

**P. Juan Francisco CORREA HIGUERA, O.P.**

Vicerrector Académico Seccional Villavicencio

**Mg. Julieth Andrea SIERRA TOBÓN**

Secretaria General Seccional Villavicencio

**Mg. Julián Leonardo RIVEROS CRUZ**

Decano Facultad de Derecho

## Contenido

|                                                                                                                                                                                                                                                             | Pág. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Resumen .....                                                                                                                                                                                                                                               | 6    |
| Abstract.....                                                                                                                                                                                                                                               | 7    |
| Introducción.....                                                                                                                                                                                                                                           | 8    |
| Capítulo 1. Del ontologismo al normativismo: la reconstrucción de los fundamentos de la teoría del delito .....                                                                                                                                             | 12   |
| Capítulo 2. La incidencia de los paradigmas ontológico y normativo en la configuración legislativa y en la interpretación dogmática y jurisprudencial de los delitos previstos en los capítulos I, II y III del título IV del código penal colombiano ..... | 18   |
| 2.1. La concepción corporal de la conducta en el artículo 212 del Código Penal y la pervivencia de la teoría de los delicta propria manu .....                                                                                                              | 18   |
| 2.2. La coautoría impropia y el dominio funcional del hecho como superación de la concepción naturalista de la autoría.....                                                                                                                                 | 22   |
| 2.3. La posición de garante y la omisión impropia en los supuestos de sumisión química: la progresiva normativización del injusto.....                                                                                                                      | 27   |
| Capítulo 3. Modelos de positivación del consentimiento: análisis comparado de los sistemas alemán y sueco y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional colombiano .....                                                                           | 33   |
| 3.1. La reforma del § 177 del Código Penal alemán: la voluntad reconocible como fundamento del injusto sexual .....                                                                                                                                         | 35   |
| 3.2 La participación voluntaria como fundamento del injusto sexual en el Derecho sueco: la introducción de la violación por negligencia grave (grov oaktsam våldtäkt).....                                                                                  | 38   |
| 3.3 Viabilidad de adaptación e incorporación en el bloque de constitucionalidad colombiano: límites del principio de culpabilidad.....                                                                                                                      | 41   |
| Capítulo 4. Propuesta de reestructuración típica de los delitos contra la autodeterminación sexual en el derecho penal colombiano .....                                                                                                                     | 45   |
| 4.1. La resignificación del tipo objetivo: el consentimiento como elemento normativo y núcleo del injusto.....                                                                                                                                              | 46   |
| 4.2 La reestructuración típica frente a menores de 14 años: la sustitución de la "violencia ficta" por la minoridad como factor de incapacidad normativa .....                                                                                              | 52   |

|                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.3 El tipo subjetivo y la preservación del principio de culpabilidad: la viabilidad y límites del error de tipo..... | 55 |
| Capítulo 5. Conclusión jurídico-dogmática de la investigación y propuesta de reforma sustancial .....                 | 60 |
| Referencias Bibliográficas.....                                                                                       | 64 |

## Resumen

La presente investigación analiza críticamente el régimen penal de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en Colombia, tomando como eje central la crisis del principio de culpabilidad en la tipificación y persecución de las conductas cometidas contra personas menores de catorce años. Mediante una metodología jurídico-dogmática y sociojurídica, demuestra la asimetría entre el bien jurídico de la autodeterminación sexual y una técnica legislativa de tipificación anclada a presupuestos ontológicos y anatómicos definidos por el artículo 212 de la Ley 599 de 2000, privilegiando el resultado material sobre el contenido normativo del injusto. Esta configuración ha propiciado un activismo hermenéutico de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha recurrido a figuras como la coautoría impropia y la posición de garante para extender la protección penal a supuestos de agresión sexual ejecutados mediante entornos virtuales, sometimiento químico u otras formas de instrumentalización no previstas expresamente por el legislador. Sin embargo, esta respuesta jurisprudencial ha generado una creciente tensión con el principio de legalidad y con la categoría de la culpabilidad, al introducir ficciones dogmáticas que restringen el debate sobre el error de tipo y favorecen formas de responsabilidad objetiva incompatibles con el artículo 29 de la Constitución Política. Para superar esta problemática, la investigación confronta el paradigma ontológico tradicional con el funcionalismo normativo contemporáneo mediante un análisis comparado de los modelos alemán y sueco, que sustituyen el criterio de la fuerza por la ausencia de consentimiento como fundamento del injusto penal. Finalmente, formula una propuesta integral de reforma legislativa orientada a reconstruir los delitos sexuales sobre la base de la autonomía sexual como bien jurídico, elevando la minoridad a un elemento objetivo de incapacidad normativa absoluta y preservando la operatividad del error de tipo previsto en el artículo 32, numeral 10, del Código Penal, mediante la incorporación expresa de una modalidad culposa de agresión sexual por imprudencia grave, compatible con el sistema de *numerus clausus* del ordenamiento penal colombiano.

**Palabras Clave:** Autonomía sexual; consentimiento; principio de culpabilidad; delitos sexuales; error de tipo; funcionalismo normativo; menores de catorce años; Ley 599 de 2000.

### Abstract

This research critically examines the criminal law framework governing offenses against sexual freedom, integrity, and development in Colombia, focusing on the crisis of the principle of culpability in the classification and prosecution of offenses committed against persons under fourteen years of age. Through a legal-dogmatic and socio-legal methodology, it demonstrates the asymmetry between the legal interest of sexual self-determination and a legislative drafting technique rooted in ontological and anatomical assumptions established by Article 212 of Law 599 of 2000, which privileges the material result over the normative content of the criminal wrong. This configuration has fostered a hermeneutic activism by the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice, which has relied on doctrines such as indirect co-perpetration and the guarantor position to extend criminal protection to cases of sexual assault committed through virtual environments, chemical submission, or other forms of instrumentalization not expressly contemplated by the legislature. However, this judicial response has generated increasing tension with the principle of legality and the doctrine of culpability by introducing doctrinal fictions that restrict the debate on mistake of fact and promote forms of strict liability incompatible with Article 29 of the Colombian Constitution. To overcome this problem, the study contrasts the traditional ontological paradigm with contemporary normative functionalism through a comparative analysis of the German and Swedish models, which replace the criterion of force with the absence of consent as the foundation of the criminal wrong. Finally, it proposes a comprehensive legislative reform aimed at reconstructing sexual offenses on the basis of sexual autonomy as the protected legal interest, elevating minority to an objective element of absolute normative incapacity while preserving the applicability of the mistake-of-fact defense established in Article 32(10) of the Colombian Criminal Code through the express incorporation of a negligent offense of sexual assault by gross negligence, consistent with the *numerus clausus* system governing Colombian criminal law.

**Keywords:** Sexual autonomy; Consent; Principle of culpability; Sexual offenses; Mistake of fact; Normative functionalism; Persons under fourteen years of age; Law 599 of 2000.

## Introducción

La presente investigación examina uno de los problemas dogmáticos más complejos que afronta actualmente el Derecho penal colombiano: la tensión existente entre la necesidad de garantizar una protección reforzada de la libertad, integridad y formación sexuales de las personas menores de catorce años y la obligación constitucional de preservar el principio de culpabilidad como límite infranqueable del ejercicio del *ius puniendi*. La cuestión central no consiste únicamente en determinar si el sistema penal ofrece respuestas suficientemente eficaces frente a las agresiones sexuales cometidas contra esta población especialmente vulnerable, sino, sobre todo, en establecer si la arquitectura normativa del Título IV de la Ley 599 de 2000 resulta compatible con las exigencias propias de un Derecho penal de acto fundado en la responsabilidad personal y en la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva. El problema adquiere una particular relevancia porque buena parte de las soluciones actualmente empleadas por la jurisprudencia para colmar las insuficiencias de la legislación vigente parecen descansar sobre una progresiva reconstrucción judicial del tipo penal, circunstancia que obliga a reconsiderar el equilibrio entre eficacia político-criminal y garantías constitucionales derivadas del artículo 29 de la Constitución Política.

Desde una perspectiva epistemológica, el origen de esta tensión puede identificarse en la persistencia de una técnica de tipificación inspirada en presupuestos ontológicos y naturalistas que continúan condicionando la estructura de los delitos sexuales previstos en el Código Penal colombiano. La definición legal del acceso carnal contenida en el artículo 212 vincula el injusto a la constatación de una alteración corpórea objetivamente verificable, identificando la relevancia penal con la penetración anatómica o con determinadas modalidades de contacto físico descritas por el legislador. La estructura del tipo aparece, de este modo, edificada sobre una concepción de la acción que privilegia la modificación material del mundo exterior como presupuesto de la imputación, reproduciendo categorías propias de una comprensión predominantemente descriptiva del comportamiento humano (Benavides Morales, 2018; Pabón Parra, 2013). Esta opción metodológica condicionó igualmente la evolución inicial de la jurisprudencia nacional, que entendió durante varios años que el acceso carnal constituía un supuesto paradigmático de *delictum propriae manus*, restringiendo la autoría a quien ejecutaba personalmente el acto de penetración y excluyendo la posibilidad de atribuir responsabilidad como coautores a quienes, aun dominando

funcionalmente el desarrollo del hecho, no intervenían físicamente en la realización del acto anatómico descrito por el tipo penal (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de diciembre de 2002, Radicación No. 14896).

La transformación de las formas de criminalidad sexual puso rápidamente de manifiesto las limitaciones de este modelo explicativo. La aparición de agresiones cometidas mediante tecnologías digitales, la utilización de mecanismos de sometimiento psicológico o químico y la creciente complejidad de los delitos ejecutados en contextos de actuación colectiva evidenciaron que la protección de la libertad sexual no podía seguir dependiendo exclusivamente de la constatación de una determinada alteración corporal. Frente a estas nuevas manifestaciones delictivas, la Sala de Casación Penal emprendió un progresivo proceso de reconstrucción normativa del sistema de imputación con el propósito de evitar espacios de impunidad derivados de la rigidez del texto legal. En esa evolución, la Corte incorporó la teoría del dominio funcional del hecho para fundamentar la coautoría de sujetos que no ejecutaban materialmente la penetración, pero controlaban decisivamente el curso de la agresión (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2009, Radicación No. 31085; Sentencia del 22 de enero de 2020, Radicación No. 56248); reconoció la posibilidad de realizar actos sexuales violentos mediante interacción virtual sin necesidad de contacto físico directo (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de marzo de 2019, Radicación No. 47234); y admitió expresamente la comisión por omisión impropia en delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuando el sujeto incumple deberes específicos derivados de una posición de garante (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de febrero de 2021, Radicación No. 55532; Sentencia del 28 de julio de 2021, Radicación No. 47063). Todas estas decisiones revelan un desplazamiento metodológico desde categorías de naturaleza descriptiva hacia criterios de imputación contruidos sobre el significado normativo de la conducta y sobre la distribución de ámbitos de competencia dentro del sistema penal (Molano Alba, 2023; Tocora, 2009).

La evolución jurisprudencial descrita ha permitido responder de manera mucho más adecuada a las exigencias de protección de la libertad sexual en una sociedad crecientemente compleja. Sin embargo, ese mismo proceso ha generado una tensión estructural entre la formulación legal de los tipos penales y la teoría de la imputación efectivamente aplicada por los tribunales. Mientras el legislador continúa describiendo el acceso carnal mediante categorías

anatómicas propias de un paradigma naturalista, la Corte Suprema ha debido recurrir a construcciones típicamente normativas para garantizar la eficacia material del sistema. La consecuencia de esta disociación consiste en trasladar a la función jurisdiccional una tarea de reconstrucción dogmática que, desde la perspectiva del principio de legalidad, corresponde primariamente al legislador. El problema alcanza su máxima intensidad en los delitos previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, relativos a las personas menores de catorce años. En este ámbito, la explicación tradicional ha recurrido con frecuencia a la noción de “violencia presunta” o “violencia ficta” para justificar la invalidez del consentimiento y fundamentar la responsabilidad penal. Sin embargo, esa construcción resulta difícilmente compatible con una teoría contemporánea del injusto, pues desplaza el verdadero fundamento de la prohibición —la incapacidad normativa para consentir— hacia una ficción conceptual heredada de modelos edificados sobre la violencia como elemento estructural del tipo. Más aún, determinadas aplicaciones jurisprudenciales de esta categoría parecen aproximarse a formas de presunción automática del elemento subjetivo respecto de la edad de la víctima, debilitando el espacio dogmático propio del error de tipo y comprometiendo el alcance garantista del principio de culpabilidad consagrado en el artículo 12 del Código Penal (Molano Alba, 2023; Pabón Parra, 2013).

Con el propósito de ofrecer una respuesta sistemáticamente coherente a esta problemática, la investigación adopta una metodología jurídico-dogmática complementada con un análisis comparado de las principales transformaciones experimentadas por el Derecho penal europeo en materia de delitos sexuales. El estudio confronta críticamente los presupuestos del paradigma ontológico con las elaboraciones del funcionalismo normativo desarrolladas por Claus Roxin y Günther Jakobs, entendiendo que el injusto penal no puede seguir explicándose exclusivamente mediante categorías descriptivas relativas a la mecánica del comportamiento, sino a partir del significado jurídico de la infracción de deberes, de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y de la defraudación de expectativas normativamente institucionalizadas (Arias Eibe, 2006; Navarrete, 2005; Velázquez Velázquez, 2009). Sobre esa base teórica se examinan las reformas introducidas por Alemania mediante la modificación del § 177 del Strafgesetzbuch y por Suecia a través del Capítulo 6 del Brottsbalken, ordenamientos que abandonaron progresivamente el paradigma de la violencia para construir la tipicidad sobre la protección directa de la autonomía sexual. Especial atención merece la figura sueca de la violación negligente (oaktsam våldtäkt),

cuya finalidad consiste en ofrecer una respuesta dogmáticamente diferenciada frente a errores evitables acerca de la existencia del consentimiento, sin desdibujar las exigencias propias de la imputación subjetiva (Centro de Conocimientos, 2020; Pérez Collado, 2016; Rabe, 2017).

A partir de ese recorrido teórico, jurisprudencial y comparado, la investigación formula una propuesta integral de reconstrucción dogmática del Título IV del Código Penal colombiano. La tesis central sostiene que el fundamento del injusto debe desplazarse definitivamente desde la violencia hacia el quebrantamiento de la autonomía sexual, elevando el consentimiento a la condición de elemento normativo estructural del tipo objetivo. En lo relativo a las personas menores de catorce años, la propuesta abandona la noción de violencia ficta y configura la edad como un auténtico elemento objetivo del tipo cuya concurrencia determina la invalidez normativa de cualquier manifestación de voluntad en materia sexual. Sin embargo, la intensificación de la tutela penal no puede realizarse sacrificando las garantías propias del principio de culpabilidad. Por esa razón, la investigación defiende la plena operatividad del error de tipo previsto en el artículo 32, numeral 10, del Código Penal, de manera que el error invencible acerca de la edad o del consentimiento excluya la responsabilidad penal, mientras que el error objetivamente vencible solo pueda dar lugar a una respuesta sancionadora mediante la creación expresa de una modalidad culposa específica de Agresión Sexual por Imprudencia Grave. Esta solución, inspirada metodológicamente en los desarrollos del Derecho comparado, pero adaptada a la estructura garantista del sistema colombiano, permite cerrar espacios de impunidad derivados de graves infracciones del deber objetivo de cuidado sin alterar el régimen de *numerus clausus* establecido por el artículo 21 del Código Penal ni comprometer el principio de culpabilidad que constituye uno de los pilares esenciales del Estado constitucional de derecho (Pabón Parra, 2013).

## **Capítulo 1. Del ontologismo al normativismo: la reconstrucción de los fundamentos de la teoría del delito**

La evolución epistemológica de la teoría del delito no puede comprenderse al margen de las transformaciones que experimentó la filosofía del conocimiento a lo largo de la historia. La dogmática penal, lejos de desarrollarse como un sistema autónomo, ha reproducido en cada una de sus etapas los presupuestos metodológicos dominantes de la teoría general de la ciencia. En ese contexto, el denominado ontologismo constituye la proyección, sobre el discurso jurídico, de una tradición filosófica que remonta sus orígenes a la metafísica aristotélica. En ella, la explicación del ser se articulaba a partir de la distinción entre sustancia (*hypokeímenon*), esencia y accidente, categorías destinadas a diferenciar aquello que permanece como soporte de la realidad de aquello que únicamente aparece como manifestación contingente de la experiencia sensible (Vega, 2011, citado en Molano Alba, 2023). Desde esta perspectiva, la realidad posee una estructura propia e independiente del sujeto cognoscente; los entes no son construcciones intelectuales elaboradas por el observador, sino objetos dotados de una naturaleza intrínseca cuya comprensión exige descubrir las notas esenciales que determinan su modo de ser y el fin (*telos*) al que se orientan (Vega, 2011).

La escolástica medieval reforzó esa concepción realista mediante una profunda reelaboración metafísica. Particularmente, Tomás de Aquino situó el *esse* como acto primero y actualidad de todas las formas, afirmando que el ser constituye el fundamento ontológico previo a cualquier actividad cognoscitiva. El conocimiento humano, por consiguiente, no crea la realidad, sino que participa intelectualmente de un orden objetivo que lo precede y condiciona (Marenghi, 2018). Ni siquiera el tránsito hacia la filosofía moderna implicó una completa ruptura con ese presupuesto. Aunque el empirismo desplazó el eje de la reflexión desde la esencia hacia la experiencia sensible, conservó la idea de que el conocimiento deriva de una realidad exterior cuya existencia resulta independiente del sujeto. Tanto en Locke como, especialmente, en Hume, las impresiones y las ideas encuentran su origen en la percepción de hechos externos, diferenciándose únicamente por el grado de intensidad con el que se presentan a la conciencia, sin que ello suponga cuestionar la prioridad ontológica del objeto respecto del conocimiento que de él se obtiene (Hume, 1739).

Este trasfondo filosófico ejerció una influencia decisiva sobre la dogmática penal del siglo XX. La teoría final de la acción formulada por Hans Welzel representa la manifestación más

consistente del intento por trasladar las categorías ontológicas al ámbito del Derecho penal. Su propuesta no perseguía únicamente ofrecer una explicación más rigurosa del comportamiento humano, sino establecer límites materiales frente a la libertad configuradora del legislador, sosteniendo que existen determinadas estructuras lógico-objetivas de la realidad que el ordenamiento jurídico no puede desconocer sin incurrir en arbitrariedad (Mir, 2002). Desde esta perspectiva, la acción humana posee una estructura final que pertenece al ser mismo del comportamiento y que existe con independencia de cualquier valoración jurídica. Actuar significa orientar conscientemente un proceso causal hacia la realización de un fin previamente representado por el sujeto, de modo que la finalidad deja de ser una cualidad atribuida por el Derecho para convertirse en un elemento constitutivo de la propia acción (Mir, 2002).

Las consecuencias sistemáticas de este planteamiento fueron profundas. Si la finalidad integra ontológicamente la conducta, también el contenido de la voluntad “*el dolo*” deja de pertenecer al ámbito de la culpabilidad para incorporarse al tipo subjetivo como elemento estructural de la acción típica. La reubicación del dolo no obedecía, por tanto, a una mera decisión de técnica sistemática, sino a la convicción de que la dogmática debía respetar las leyes del ser antes que las opciones político-criminales contingentes. El sistema finalista aspiraba así a demostrar que las categorías del delito no podían ser redefinidas libremente por el legislador ni por la doctrina, puesto que su configuración se encontraba condicionada por las estructuras ontológicas inherentes al comportamiento humano (Mir, 2002).

Precisamente en esta pretensión de identificar las categorías dogmáticas con estructuras objetivas del ser reside, sin embargo, el principal punto de fricción que posteriormente pondrá de manifiesto la doctrina normativista. En efecto, aunque el finalismo supera el mecanicismo causal propio del positivismo naturalista, continúa concibiendo la acción como un fenómeno cuya existencia depende de una alteración empíricamente constatable del mundo exterior producida mediante un comportamiento corporal. La relevancia jurídico penal permanece así vinculada a un acontecimiento susceptible de descripción objetiva, de modo que el injusto continúa descansando, en último término, sobre una comprensión naturalista de la realidad. La teoría del delito sigue dependiendo de la existencia de un hecho perceptible que actúa como presupuesto del juicio jurídico, relegando a un plano secundario la función constitutiva que desempeñan las valoraciones normativas en la atribución de significado a ese comportamiento.

Desde una perspectiva metodológica, el inconveniente de esta construcción no radica en admitir que la acción humana presenta determinados presupuestos ontológicos, extremo difícilmente discutible, sino en atribuir a tales presupuestos una eficacia normativa capaz de determinar por sí mismos la arquitectura de las categorías dogmáticas. Convertir las estructuras del ser en criterios vinculantes para la elaboración del sistema implica asumir que la realidad posee una capacidad autoexplicativa suficiente para resolver problemas cuya naturaleza es esencialmente normativa. Sin embargo, toda imputación jurídico penal constituye un juicio de atribución realizado desde parámetros valorativos definidos por el ordenamiento y no una simple constatación descriptiva de fenómenos empíricos. La dogmática no descubre categorías preexistentes en la naturaleza, sino que construye instrumentos conceptuales dirigidos a resolver problemas de imputación conforme a finalidades jurídico-constitucionales determinadas. Como ha puesto de relieve la doctrina contemporánea, el error del ontologismo no consiste en reconocer la dimensión fáctica del comportamiento humano, sino en absolutizarla hasta convertirla en el fundamento exclusivo del sistema penal, oscureciendo el carácter institucional, normativo y valorativo que define toda decisión de imputación (Mir, 2002).

La crisis de este paradigma explica el posterior desplazamiento hacia las concepciones normativistas de la teoría del delito. En ellas, la acción deja de concebirse como un dato prejurídico cuya estructura puede descubrirse mediante un análisis ontológico para convertirse en una categoría de imputación cuyo significado depende de las reglas, expectativas y criterios de atribución establecidos por el propio ordenamiento jurídico. El centro de gravedad de la teoría del delito abandona así la búsqueda de supuestas estructuras naturales del comportamiento para situarse en el análisis de las condiciones normativas que permiten afirmar cuándo un determinado comportamiento resulta jurídicamente relevante y puede ser atribuido como hecho propio del autor. Es precisamente este tránsito metodológico el que marcará la ruptura entre la tradición ontológica y las modernas construcciones funcionales y normativistas que dominarán la dogmática penal contemporánea (Molano Alba, 2023).

El desplazamiento desde las concepciones ontológicas hacia los planteamientos normativistas no constituye una mera rectificación de la arquitectura interna de la teoría del delito, sino una transformación mucho más profunda que afecta a la propia comprensión epistemológica del Derecho penal. Lo que se modifica no es únicamente el modo de ordenar las categorías dogmáticas, sino el estatuto cognoscitivo del objeto sobre el que aquellas operan. Si el pensamiento

ontológico asumía que la misión de la ciencia penal consistía en descubrir estructuras prejurídicas inherentes al comportamiento humano, el normativismo parte de una premisa radicalmente distinta: las categorías fundamentales del sistema, no describen realidades naturales, sino que constituyen elaboraciones normativas cuyo contenido depende de las funciones que el ordenamiento atribuye a la responsabilidad penal dentro de un determinado modelo de Estado (Velázquez Velázquez, 2009; Polaino Orts, 2018). Desde esta perspectiva, la teoría del delito deja de presentarse como una disciplina orientada a explicar fenómenos empíricos para convertirse en una teoría de la atribución jurídica, cuya finalidad consiste en racionalizar el ejercicio del ius puniendi mediante criterios compatibles con los principios constitucionales que legitiman la intervención penal. En consecuencia, ninguna categoría posee un significado autónomo derivado de la naturaleza de las cosas; todas encuentran su sentido en los valores, principios y finalidades político-criminales que estructuran el ordenamiento jurídico (Velázquez Velázquez, 2020).

Esta modificación del punto de partida explica que el denominado funcionalismo no pueda ser entendido como una escuela uniforme, sino como un conjunto de construcciones dogmáticas que comparten el abandono del naturalismo ontológico, aunque divergen significativamente respecto del fundamento que atribuyen a la imputación penal. Bajo una misma denominación conviven, en realidad, propuestas metodológicas sustentadas sobre presupuestos filosóficos diferentes y, en ocasiones, difícilmente conciliables. Lo que las aproxima no es una teoría común del delito, sino la convicción de que las categorías dogmáticas únicamente pueden comprenderse a partir de la función que desempeñan dentro del sistema jurídico y no desde supuestas estructuras preexistentes del comportamiento humano (Polaino Orts, 2018).

En esa evolución ocupa un lugar central la construcción teleológico funcional elaborada por Claus Roxin. Su propuesta mantiene la vocación garantista de la dogmática penal, pero desplaza su fundamento desde las estructuras lógico objetivas del ser hacia los principios materiales del Estado constitucional de derecho. La política criminal deja de contemplarse como un elemento externo o ajeno a la ciencia penal para convertirse en el criterio rector de su desarrollo sistemático, siempre que permanezca sometida a los límites impuestos por la Constitución y por los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y protección de bienes jurídicos. En este contexto, instituciones como la imputación objetiva, la autoría o la culpabilidad adquieren significado en función de las finalidades preventivas legítimas que justifican la intervención penal y no por referencia a pretendidas propiedades ontológicas del comportamiento. La dogmática

continúa siendo un sistema de garantías frente al poder punitivo, pero esas garantías ya no descansan sobre una metafísica de la acción, sino sobre valoraciones jurídico-constitucionales dirigidas a limitar racionalmente el alcance del castigo estatal (Roxin, 1997).

Una orientación sustancialmente distinta caracteriza la construcción sistemática de Günther Jakobs. Influido decisivamente por la teoría de sistemas sociales desarrollada por Niklas Luhmann, Jakobs desplaza el eje de la explicación penal desde la tutela de bienes jurídicos hacia la preservación de la vigencia de las normas que hacen posible la integración social. Desde esta perspectiva, la sociedad contemporánea no se mantiene unida por la mera coexistencia de intereses individuales, sino por un entramado de expectativas normativas recíprocas cuya estabilidad constituye el presupuesto indispensable para la confianza entre los ciudadanos. El delito representa, por ello, mucho más que una lesión material o una puesta en peligro de un bien jurídico: constituye un acto comunicativo mediante el cual el autor contradice la expectativa institucionalizada de comportamiento y pone en cuestión la vigencia de la norma que estructura la convivencia social. La pena no responde prioritariamente al daño producido, sino a la necesidad de reafirmar públicamente la validez del ordenamiento, restaurando la confianza colectiva en la eficacia de las normas cuya infracción ha sido comunicada mediante el comportamiento del autor (Jakobs, 1997).

Las consecuencias dogmáticas derivadas de este giro metodológico fueron especialmente significativas. La imputación objetiva dejó de entenderse como una prolongación del juicio causal para configurarse como un mecanismo normativo destinado a determinar cuándo un resultado puede atribuirse jurídicamente a una conducta. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, la concreción de ese riesgo en el resultado y la delimitación del ámbito de protección de la norma pasaron a convertirse en criterios centrales del juicio de imputación, desplazando definitivamente la explicación mecanicista basada exclusivamente en relaciones de causalidad natural. Paralelamente, la acción perdió su condición de presupuesto ontológico del sistema para transformarse en una categoría de atribución normativa cuyo significado depende de la función que desempeña dentro del modelo de responsabilidad penal. Lo decisivo ya no consiste en identificar qué ocurrió en el plano de la realidad empírica, sino en determinar qué significado jurídico adquiere ese comportamiento dentro del sistema de expectativas institucionalizadas que organiza la convivencia social (Roxin, 1997).

Sin embargo, la superación del paradigma ontológico no supuso la desaparición de las dificultades epistemológicas que históricamente habían acompañado a la teoría del delito. Antes bien, modificó la naturaleza del problema. Si el finalismo fue cuestionado por atribuir a las estructuras del ser una capacidad normativa incompatible con el carácter valorativo del Derecho, las concepciones funcionalistas comenzaron a suscitar reservas por el riesgo opuesto: convertir la dogmática en un instrumento excesivamente dependiente de finalidades político criminales o de exigencias sistémicas susceptibles de justificar una progresiva expansión del poder punitivo. El problema dejó de residir en la pretendida objetividad de la realidad para desplazarse hacia los límites de la propia racionalidad funcional. Cuanto mayor es el protagonismo atribuido a las funciones preventivas o a las necesidades de estabilización social, mayor resulta también el riesgo de flexibilizar categorías tradicionalmente concebidas como garantías frente al ejercicio del poder penal.

La tensión entre garantía e instrumentalidad reaparece así bajo una formulación distinta, aunque no menos intensa. Ya no se discute si las categorías de la teoría del delito reproducen estructuras ontológicas del comportamiento humano, sino hasta dónde pueden ser reconstruidas funcionalmente sin erosionar los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y limitación del ius puniendi que caracterizan al Estado constitucional de derecho.

## **Capítulo 2. La incidencia de los paradigmas ontológico y normativo en la configuración legislativa y en la interpretación dogmática y jurisprudencial de los delitos previstos en los capítulos I, II y III del título IV del código penal colombiano**

El diseño estructural del Título IV de la Ley 599 de 2000 denota una evidente asimetría entre el objeto abstracto de protección y la técnica de redacción típica empleada por el legislador. Si bien el catálogo punitivo pretende salvaguardar esferas valorativas de la autodeterminación individual *“la libertad, integridad y formación sexuales”*, la fórmula de interpretación auténtica del artículo 212 del Código Penal petrificó el concepto de acceso carnal bajo parámetros estrictamente ónticos y naturalísticos. Al consagrar de forma taxativa que el acceso se verifica mediante la *“penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”*, el estatuto sustancial ató la relevancia penal del injusto a una modificación física y biológica del organismo de la víctima. Esta rigidez formal impuso en la doctrina y en los albores de la jurisprudencia nacional la consideración de que estas conductas integraban la categoría de los denominados *“delitos de propia mano”*.

Esta comprensión respondía, en buena medida, a una determinada forma de entender la autoría dentro de la teoría general del delito. La centralidad atribuida al acto corporal de penetración convertía el elemento anatómico en el criterio decisivo para identificar al autor, de manera que la estructura organizativa del hecho, la distribución funcional de tareas y la contribución indispensable de los restantes intervinientes quedaban relegadas frente a la constatación de quién había realizado físicamente el movimiento descrito por el tipo penal. El injusto aparecía así construido sobre un presupuesto eminentemente naturalista: el dominio del hecho se confundía con el dominio corporal de la conducta típica y la autoría se identificaba con la ejecución material de la penetración, como si el significado jurídico del delito pudiera agotarse en la mera descripción de un acontecimiento biológico (Molano Alba, 2023).

### **2.1. La concepción corporal de la conducta en el artículo 212 del Código Penal y la pervivencia de la teoría de los delicta propria manu**

La temprana recepción jurisprudencial de esta concepción quedó nítidamente reflejada en la Sentencia del 5 de diciembre de 2002 (Radicación No. 14896, M.P. Carlos E. Mejía Escobar),

la Corte Suprema de Justicia adoptó una interpretación estrictamente literal y naturalística del artículo 212 del Código Penal. En dicha providencia, el alto tribunal sostuvo que la estructura típica del acceso carnal violento excluía, por su propia naturaleza, la posibilidad de reconocer supuestos de coautoría impropia. El razonamiento descansaba sobre la premisa de que el núcleo de ejecución del delito coincidía necesariamente con el acto corporal de penetración y que, por tratarse de una conducta realizada mediante el empleo directo e inmediato del propio cuerpo, únicamente podía ostentar la condición de autor quien materializara personalmente la invasión anatómica descrita en el tipo penal (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2002, citada en Molano Alba, 2023).

La construcción acogida por la Corte respondía fielmente a los presupuestos epistemológicos característicos de una dogmática todavía fuertemente influenciada por el paradigma causal-naturalista. La autoría no era concebida como una categoría de atribución normativa vinculada al dominio funcional del hecho, sino como una consecuencia derivada de la realización física del comportamiento expresamente descrito por el legislador. La literalidad del artículo 212 operaba, así como un criterio excluyente de imputación: el sujeto que ejecutaba materialmente la penetración adquiría automáticamente la condición de autor, mientras que cualquier otra intervención, por decisiva que resultara para la consumación del delito, permanecía situada en el ámbito de la participación accesorio.

Las consecuencias sistemáticas de esta concepción eran particularmente relevantes en aquellos supuestos en los que el delito era ejecutado mediante una distribución organizada de funciones. Cuando varios sujetos actuaban conforme a un plan común, asegurando conjuntamente la producción del resultado mediante aportaciones diferenciadas, la estructura colectiva del injusto desaparecía frente al predominio absoluto del criterio anatómico. La autoría se restringía exclusivamente al individuo que consumaba la penetración corporal, al tiempo que quienes inmovilizaban a la víctima, controlaban el escenario de ejecución, impedían cualquier posibilidad de auxilio o garantizaban las condiciones necesarias para la realización del acceso carnal eran considerados meros cómplices, aun cuando su contribución hubiese resultado imprescindible para la ejecución del plan criminal. El contenido material del injusto cedía así frente a una comprensión estrictamente descriptiva del comportamiento típico, en la que el dato biológico prevalecía sobre el significado jurídico de la intervención realizada por cada uno de los intervinientes (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2002, citada en Molano Alba, 2023).

Desde una perspectiva dogmática, esta solución pone de manifiesto hasta qué punto la interpretación del artículo 212 permanecía condicionada por una metodología de carácter ontológico. El análisis de la autoría se subordinaba a la constatación empírica de un fenómeno corporal, identificando el dominio del hecho con la ejecución física del movimiento penetrante e ignorando que la imputación jurídico-penal constituye, en esencia, un juicio normativo sobre el significado de la contribución realizada dentro del contexto global de ejecución del delito. La categoría de los delicta propria manu encontraba, de este modo, su fundamento no tanto en una exigencia derivada del bien jurídico protegido cuanto en una determinada concepción epistemológica acerca de la relación entre realidad material y categorías jurídicas.

Ahora bien, la permanencia de este enfoque estrictamente descriptivo no se proyectó únicamente sobre la problemática de la autoría. También condicionó durante largo tiempo la interpretación del propio concepto de acceso carnal, desplazando la discusión hacia cuestiones eminentemente anatómicas relacionadas con el alcance físico de la penetración. Un ejemplo especialmente ilustrativo de ello puede encontrarse en la Sentencia del 22 de marzo de 2017 (Radicación No. 44441, M.P. José Luis Barceló Camacho), en la que la Sala de Casación Penal debió pronunciarse sobre el significado jurídico de la expresión “vía vaginal” contenida en el artículo 212 del Código Penal (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2017).

El caso evidenciaba las consecuencias prácticas derivadas de una lectura excesivamente biologicista del tipo penal. El juzgador de instancia había considerado que no existía acceso carnal porque la agresión sexual no había producido la desfloración del himen ni alcanzado el conducto vaginal profundo, identificando la consumación del delito con la penetración de determinadas estructuras anatómicas internas. Frente a esta interpretación, la Corte advirtió la necesidad de ampliar el alcance jurídico del concepto de penetración vaginal, rechazando una comprensión restringida que subordinaba la tipicidad a la existencia de determinadas lesiones o modificaciones corporales.

La Sala precisó que el acceso carnal se configura desde el momento mismo en que el agente logra franquear la región vulvar delimitada por los labios mayores, sin que resulte exigible la penetración del canal vaginal ni la ruptura del himen para entender consumado el tipo penal. Con ello descartó que el simple roce o contacto superficial pudiera integrar la conducta típica, pero afirmó, al mismo tiempo, que la penetración parcial del vestíbulo vulvar constituye ya un

verdadero acceso carnal desde la perspectiva jurídico-penal (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2017).

Aunque esta decisión representó un avance significativo respecto de interpretaciones excesivamente restrictivas del artículo 212, su fundamentación revela que el debate continuaba desarrollándose dentro de coordenadas esencialmente anatómicas. La controversia seguía girando alrededor de la delimitación física del espacio corporal cuya invasión permitía afirmar la existencia del acceso carnal. La jurisprudencia flexibilizaba el umbral de consumación, pero mantenía inalterado el presupuesto metodológico según el cual la tipicidad dependía, en último término, de la constatación de un determinado fenómeno biológico. La cuestión central seguía siendo establecer hasta dónde debía llegar la penetración para entender realizado el tipo, desplazando el análisis hacia una descripción macroscópica de estructuras anatómicas cuya delimitación continuaba determinada por la formulación literal del artículo 212 del Código Penal.

Esta circunstancia posee una relevancia dogmática que trasciende el problema específico de la consumación. En realidad, pone de manifiesto que incluso aquellas decisiones jurisprudenciales dirigidas a ampliar el ámbito de protección de la libertad sexual permanecían todavía vinculadas a una lógica interpretativa de raíz ontológica. La ampliación del concepto de “*vía vaginal*” no suponía un abandono del paradigma naturalista, sino únicamente una redefinición de los límites físicos de la penetración jurídicamente relevante. El eje de la discusión continuaba situado en la materialidad del comportamiento y no en el significado normativo de la lesión del bien jurídico.

Precisamente por ello, la auténtica superación de este modelo no vendría determinada por una nueva delimitación anatómica del acceso carnal, sino por el progresivo desplazamiento del análisis hacia categorías de imputación construidas desde parámetros normativos. Solo cuando la jurisprudencia comenzó a comprender que la protección penal de la libertad e integridad sexuales no puede depender exclusivamente de la descripción biológica del comportamiento, sino del significado jurídico de la afectación de la autodeterminación sexual de la víctima, fue posible abandonar definitivamente las restricciones propias del paradigma ontológico y abrir paso a una reconstrucción sistemática más coherente con los fundamentos constitucionales del Derecho penal contemporáneo.

## **2.2. La coautoría impropia y el dominio funcional del hecho como superación de la concepción naturalista de la autoría**

La insuficiencia político-criminal de la concepción tradicional del *delictum propriae manus* comenzó a hacerse particularmente evidente a medida que las formas de criminalidad adquirieron una creciente complejidad organizativa. La expansión de estructuras delictivas ejecutadas mediante una rigurosa distribución funcional de tareas y, más recientemente, la aparición de modalidades de agresión desarrolladas a través de entornos digitales y canales de comunicación telemática, pusieron de manifiesto que la identificación de la autoría con la ejecución física e inmediata del comportamiento típico generaba resultados difícilmente conciliables con los fines de protección propios del Derecho penal. Exigir que todos los sujetos llamados a responder como autores realizaran personalmente el acto corporal descrito en el tipo suponía desconocer la realidad criminológica de numerosos fenómenos contemporáneos y, al mismo tiempo, abrir espacios de impunidad para quienes, sin intervenir materialmente en la ejecución anatómica del acceso carnal, conservaban el control efectivo sobre el desarrollo del plan criminal y hacían posible su consumación.

La dificultad no radicaba únicamente en una insuficiencia práctica del modelo, sino en la persistencia de un presupuesto epistemológico heredado del paradigma ontológico. Mientras la autoría continuara vinculada a la constatación de un determinado comportamiento corporal, el sistema permanecería incapacitado para explicar supuestos en los que el dominio del hecho se ejerce mediante aportaciones funcionalmente decisivas, aunque desprovistas de contenido anatómico. La evolución de la criminalidad organizada evidenciaba, precisamente, que el control del acontecer delictivo no siempre coincide con la realización física del núcleo ejecutivo, sino que puede manifestarse a través de actividades de planificación, coordinación, aseguramiento o control del contexto de ejecución cuya trascendencia jurídica resulta equiparable (o incluso superior) a la de la propia conducta materialmente descrita por el tipo penal.

Fue en este contexto donde la Sala de Casación Penal inició un progresivo proceso de reconstrucción normativa de la autoría, incorporando a su jurisprudencia los desarrollos de la teoría del dominio funcional del hecho y de la coautoría impropia. El punto de consolidación de este giro metodológico puede situarse en la Sentencia del 8 de julio de 2009 (Radicación No. 31085, M.P.

María del Rosario González de Lemos), providencia en la que la Corte abandonó definitivamente la identificación entre autoría y ejecución corporal del acto penetrante para asumir una concepción funcional de la intervención delictiva (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009).

En aquella decisión, la Sala atribuyó la condición de coautores a sujetos que no realizaron personalmente la penetración descrita en el artículo 212 del Código Penal, pero cuya intervención había resultado indispensable para la ejecución del plan común. Su aportación consistió en atraer a las víctimas mediante engaño, conducir las hasta el lugar dispuesto para la agresión, garantizar el aislamiento del escenario y neutralizar cualquier posibilidad de auxilio mediante el control de terceras personas. Tales actuaciones, lejos de constituir colaboraciones secundarias, integraban el núcleo funcional del injusto al crear las condiciones indispensables para la efectiva supresión de la libertad de autodeterminación sexual de las víctimas. La Corte sostuvo que la coautoría impropia concurre cuando existe un acuerdo previo, una distribución organizada de funciones y una aportación esencial que confiere a cada interviniente la capacidad de influir decisivamente en la consumación del delito, pudiendo frustrar o permitir el éxito del plan criminal mediante la continuidad o interrupción de su propia contribución (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009).

La importancia de esta decisión trasciende el ámbito específico de la autoría. En realidad, representa una modificación sustancial del criterio de imputación empleado para interpretar los delitos contra la libertad sexual. El centro de gravedad deja de situarse en la constatación física de quién ejecutó el acto de penetración para desplazarse hacia el análisis normativo del dominio funcional ejercido sobre el desarrollo del hecho. La penetración continúa siendo el comportamiento material descrito por el tipo, pero deja de constituir el criterio exclusivo para determinar la autoría. Esta pasa a construirse a partir del significado jurídico de la contribución realizada por cada sujeto dentro de la empresa criminal común, abandonando definitivamente la lógica descriptiva característica del paradigma ontológico.

La consolidación de esta evolución metodológica alcanzó una dimensión aún más significativa cuando la jurisprudencia comenzó a enfrentarse a conductas desarrolladas íntegramente mediante tecnologías de la información y de las comunicaciones. La progresiva digitalización de las relaciones interpersonales planteó a la dogmática penal un desafío particularmente complejo: determinar si los delitos contra la libertad sexual exigen necesariamente un contacto corporal inmediato o si, por el contrario, pueden realizarse mediante actuaciones

desarrolladas exclusivamente en espacios virtuales. La respuesta ofrecida por la Sala de Casación Penal en la Sentencia del 13 de marzo de 2019 (Radicación No. 47234, M.P. Eugenio Fernández Carlier) constituye, probablemente, uno de los ejemplos más representativos de la definitiva desvinculación entre la lesión del bien jurídico y la exigencia de una intervención física directa (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019).

El supuesto analizado presentaba características que habrían resultado difíciles de explicar desde una concepción estrictamente naturalista del injusto. El acusado, utilizando perfiles falsos en redes sociales y aprovechando un contexto de intensa coacción psicológica, consiguió que una menor de edad se desnudara y realizara actos de contenido sexual frente a una cámara web, sin existir entre ambos ningún contacto corporal. Las instancias inferiores habían calificado inicialmente los hechos como constitutivos del delito de constreñimiento ilegal, al considerar que la ausencia de contacto físico impedía integrar los delitos contra la libertad sexual. La Corte Suprema rechazó esa interpretación y modificó la adecuación típica, concluyendo que la conducta configuraba el delito de acto sexual violento previsto en el artículo 206 del Código Penal (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019).

La trascendencia dogmática de esta providencia radica en que la Sala desvinculó expresamente la realización del tipo penal de la existencia de una interacción corporal inmediata entre autor y víctima. El tribunal afirmó que los actos sexuales pueden ejecutarse mediante violencia moral ejercida a través de medios tecnológicos cuando esa violencia anula la capacidad de autodeterminación sexual de la víctima y la obliga a realizar conductas de contenido erótico. Lo jurídicamente relevante deja de ser el contacto físico para situarse en la afectación de la libertad sexual producida mediante un contexto de dominación psicológica construido en el espacio virtual. La agresión ya no se explica desde la materialidad del comportamiento, sino desde el significado normativo de la lesión ocasionada al bien jurídico protegido.

Con esta decisión, la jurisprudencia da un paso particularmente significativo en el proceso de desmaterialización de las categorías tradicionales del Derecho penal sexual. La corporeidad deja de constituir el presupuesto necesario para la realización del injusto y cede su lugar a una comprensión normativamente orientada de la conducta típica. La invasión de la esfera de libertad sexual puede producirse también mediante mecanismos de coacción desarrollados en entornos digitales cuando estos generan un contexto de sometimiento equivalente al derivado de la violencia

física. La tecnología modifica el medio de ejecución, pero no altera el fundamento del injusto, que continúa residiendo en la vulneración de la autodeterminación sexual de la víctima.

La consolidación de esta línea jurisprudencial alcanzó una expresión particularmente significativa en la Sentencia del 22 de enero de 2020 (Radicación No. 56248, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), en la que la Sala de Casación Penal profundizó las consecuencias dogmáticas derivadas de la teoría del dominio funcional del hecho y terminó por desvincular definitivamente la atribución de la autoría de la necesidad de individualizar el concreto acto corporal ejecutado por cada uno de los intervinientes. La providencia constituye un hito especialmente relevante porque demuestra que la transformación metodológica iniciada años atrás no se limitó a ampliar los supuestos de coautoría impropia, sino que terminó modificando el propio objeto del juicio de imputación en los delitos contra la libertad e integridad sexuales (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2020).

El asunto sometido al conocimiento de la Corte se originó en una agresión sexual grupal ocurrida en un contexto universitario, respecto de la cual la defensa de uno de los condenados promovió recurso extraordinario de casación insistiendo en una tesis que, en realidad, reproducía los presupuestos propios de la antigua concepción de los delicta propria manu. Según el planteamiento defensivo, la prueba fotográfica y testimonial incorporada al proceso no permitía establecer con absoluta precisión cuál de los procesados había introducido su miembro viril o sus dedos en el cuerpo de la víctima, de manera que la ausencia de esa individualización anatómica impedía afirmar la responsabilidad penal a título de autor. Bajo esa perspectiva, la autoría seguía dependiendo de la identificación empírica del concreto acto de penetración realizado por cada acusado, trasladando nuevamente el análisis al plano estrictamente descriptivo del comportamiento corporal (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2020).

La Sala rechazó categóricamente esta argumentación, advirtiendo que semejante razonamiento suponía reconstruir la autoría desde presupuestos dogmáticos ya superados por la evolución contemporánea de la teoría del dominio del hecho. La Corte precisó que, una vez acreditada la existencia de un acuerdo criminal, una ejecución coordinada y una distribución funcional de tareas orientada a la realización de una agresión sexual común, la imputación no depende de la demostración aislada del concreto movimiento corporal desplegado por cada uno de los intervinientes. Lo jurídicamente determinante consiste en establecer que todos participaron en una empresa delictiva respecto de la cual ejercían un dominio funcional compartido y realizaron

aportaciones esenciales para la producción del injusto. En tales condiciones, la exigencia de individualizar anatómicamente cada acto de penetración pierde relevancia como criterio de atribución de la autoría (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2020).

La fundamentación empleada por la Corte resulta especialmente significativa desde una perspectiva epistemológica. El tribunal no desconoce la importancia de la prueba relativa a la materialidad del acceso carnal, ni prescinde de la necesidad de acreditar la existencia del hecho típico. Lo que modifica es el objeto mismo de la imputación. La cuestión deja de consistir en determinar quién ejecutó físicamente cada uno de los actos penetrantes para desplazarse hacia la reconstrucción normativa del curso de acción común desarrollado por todos los implicados. La agresión sexual deja de fragmentarse en una suma de comportamientos corporales individualmente considerados para ser comprendida como una única unidad de acción colectivamente realizada mediante una distribución funcional de tareas.

Desde esta perspectiva, el dominio funcional opera como un criterio de unificación de la imputación que desplaza definitivamente el protagonismo del dato puramente anatómico. La penetración continúa siendo un elemento indispensable para la configuración del acceso carnal, pero la atribución de responsabilidad ya no exige identificar cuál de los coautores realizó materialmente cada concreta invasión corporal. Basta demostrar que la penetración formó parte de un plan común ejecutado mediante una organización funcional en la que cada interviniente conservaba capacidad para influir decisivamente sobre el desarrollo del hecho y contribuía de manera esencial a la lesión del bien jurídico protegido. El injusto se reconstruye así desde la perspectiva de la empresa criminal compartida y no desde la simple yuxtaposición de actos biológicos individualizados (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2020).

Esta solución representa, en términos dogmáticos, la culminación del proceso de normativización de la autoría iniciado por la jurisprudencia penal colombiana. Mientras las primeras decisiones identificaban la condición de autor con la ejecución física del acto descrito en el artículo 212 del Código Penal, la providencia de 2020 confirma que el verdadero fundamento de la imputación reside en el significado jurídico de la contribución realizada por cada sujeto dentro del contexto global de ejecución del delito. La categoría de autor deja de construirse sobre la base de un criterio exclusivamente corporal para apoyarse en la existencia de un dominio funcional sobre el curso de acción conjunto, plenamente coherente con las elaboraciones contemporáneas de la teoría del delito.

No resulta casual que esta evolución se produzca precisamente en un ámbito donde las dificultades probatorias podrían haber favorecido la pervivencia de esquemas estrictamente naturalistas. La pretensión defensiva de exigir una identificación del concreto autor de cada penetración reproducía, en realidad, la lógica descriptiva característica del paradigma ontológico, conforme a la cual la imputación debía descansar sobre la constatación empírica de un determinado comportamiento corporal. La respuesta de la Corte pone de manifiesto que semejante exigencia resulta incompatible con una concepción normativa de la autoría, en la que el objeto del juicio ya no es el movimiento físico aislado, sino el significado jurídico de la intervención desarrollada dentro de una actuación colectiva.

La importancia trasciende, además, el ámbito específico de la coautoría en los delitos sexuales. En realidad, constituye una manifestación paradigmática del desplazamiento general experimentado por la teoría contemporánea del delito desde categorías construidas sobre presupuestos ontológicos hacia modelos de imputación edificados sobre criterios normativos. Del mismo modo que la acción dejó de identificarse exclusivamente con un movimiento corporal y la imputación objetiva abandonó la explicación puramente causal del resultado, también la autoría se emancipa de la necesidad de una correspondencia física entre el sujeto y el comportamiento descrito en el tipo penal. Lo decisivo pasa a ser la posición que cada interviniente ocupa dentro del proceso de realización del injusto y su aporte para la lesión del bien protegido.

### **2.3. La posición de garante y la omisión impropia en los supuestos de sumisión química: la progresiva normativización del injusto**

La tensión más intensa entre la formulación descriptiva del artículo 212 del Código Penal y las exigencias sistemáticas de una teoría de la imputación construida sobre presupuestos normativos se manifiesta, probablemente, en los supuestos de comisión por omisión. Si el legislador define el acceso carnal mediante una conducta que, en apariencia, exige una penetración corporal efectuada por el propio autor, la atribución de responsabilidad a quien no ejecuta materialmente ningún acto de invasión anatómica parece, desde una perspectiva estrictamente ontológica, conceptualmente incompatible con la estructura del tipo. La dificultad no es meramente terminológica. En realidad, pone de relieve el conflicto entre dos modelos epistemológicos de comprensión del injusto: uno que identifica la autoría con la realización física

del comportamiento descrito en la ley y otro que la fundamenta en la infracción de deberes jurídicos derivados de posiciones normativamente cualificadas.

Precisamente esta problemática fue abordada por la Sala de Casación Penal en la Sentencia del 17 de febrero de 2021 (Radicación No. 55532, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán), providencia que constituye uno de los desarrollos más significativos de la jurisprudencia colombiana en materia de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos mediante omisión impropia (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2021). El caso sometido a consideración de la Corte presentaba una dificultad dogmática especialmente relevante. El acusado había presenciado la agresión sexual perpetrada por dos conocidos contra una mujer que se encontraba en un profundo estado de inconsciencia ocasionado por la ingesta de bebidas alcohólicas, absteniéndose de intervenir para impedir la consumación del delito pese a encontrarse, según la hipótesis acusatoria, en una posición jurídicamente relevante frente a la víctima.

La Sala decidió casar la sentencia condenatoria, pero no porque negara, en abstracto, la posibilidad de realizar delitos sexuales mediante comisión por omisión, sino por advertir una grave vulneración del principio de congruencia procesal derivada de la actuación de la Fiscalía. El órgano acusador había estructurado la imputación sobre la base de una autoría directa para, posteriormente, sostener durante el juicio una tesis de complicidad por omisión, modificando sustancialmente el fundamento fáctico y jurídico de la acusación sin respetar las garantías propias del proceso penal. La Corte entendió que esa alteración impedía mantener la condena, al haberse comprometido el derecho de defensa mediante una variación sustancial de los hechos jurídicamente relevantes objeto del debate (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2021).

No obstante, la trascendencia dogmática de la decisión no reside en la solución procesal del caso concreto, sino en la doctrina general formulada por la Sala acerca de la estructura de estos delitos. La Corte afirmó expresamente que los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales admiten su realización mediante comisión por omisión impropia cuando concurren los presupuestos propios de esta forma de imputación, esto es, cuando el sujeto ostenta una posición de garante respecto del bien jurídico protegido y omite impedir el resultado pese a encontrarse jurídicamente obligado a hacerlo (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2021).

Con esta afirmación, la jurisprudencia lleva hasta sus últimas consecuencias el proceso de normativización de la teoría del delito que había comenzado años atrás en materia de coautoría funcional. La autoría deja definitivamente de identificarse con la ejecución física del

comportamiento descrito en el artículo 212 para reconstruirse desde parámetros exclusivamente normativos. El elemento decisivo ya no consiste en determinar quién realizó materialmente la penetración, sino quién incumplió un deber jurídico cuya observancia resultaba indispensable para impedir la lesión del bien jurídico protegido. El fundamento del injusto se desplaza, así, desde la corporeidad del comportamiento hacia la infracción de deberes derivados de posiciones institucionalmente cualificadas.

La coherencia interna de esta reconstrucción quedó nuevamente confirmada pocos meses después en la Sentencia del 28 de julio de 2021 (Radicación No. 47063, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), en la que la Sala de Casación Penal examinó un caso de extraordinaria gravedad cometido bajo la apariencia de un supuesto ritual de exorcismo (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2021). Los hechos demostraban una actuación conjunta en la que la víctima fue sometida a reiteradas agresiones sexuales mediante la introducción de billetes y diversos objetos en las cavidades anal y vaginal, lesiones que ocasionaron múltiples desgarros internos y un trauma cervical que finalmente produjo su muerte.

La Corte confirmó la condena impuesta a la procesada como coautora de los hechos, destacando que su intervención excedía con mucho la de una simple observadora pasiva. La acusada permaneció durante toda la ejecución del delito en el lugar de los acontecimientos, colaboró activamente en el control del escenario, impidió el acceso de los familiares mediante falsas manifestaciones destinadas a transmitir una aparente situación de normalidad y, una vez consumados los hechos, participó en la alteración del estado del cadáver, pintando las uñas de la víctima y cambiando su vestimenta con el propósito de simular que permanecía con vida. Tales actuaciones fueron consideradas por la Sala como aportaciones esenciales para el desarrollo y consolidación del curso de acción común, reveladoras de un auténtico dominio funcional compartido sobre la ejecución del injusto (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2021).

Desde una perspectiva sistemática, estas decisiones evidencian que la evolución jurisprudencial ha terminado por desvincular la estructura del injusto del sustrato estrictamente mecánico sobre el que descansa la formulación literal del artículo 212 del Código Penal. La imputación ya no se construye prioritariamente a partir de la constatación física del acto penetrante, sino sobre la base de categorías normativas relacionadas con la delimitación de ámbitos de competencia, la infracción de deberes jurídicos, la creación o el mantenimiento de riesgos jurídicamente desaprobados y el dominio funcional sobre el curso del hecho. El centro de gravedad

del análisis se desplaza desde la descripción corporal de la conducta hacia la posición jurídica ocupada por el sujeto dentro del proceso de realización del injusto, en plena consonancia con las elaboraciones contemporáneas de la teoría de la imputación objetiva y de la autoría funcional (Benavides Morales, 2018).

Ahora bien, precisamente el éxito práctico de esta evolución obliga también a formular una observación crítica desde el plano de la dogmática penal. La ampliación jurisprudencial de las categorías de autoría, coautoría y comisión por omisión ha permitido ofrecer respuestas materialmente satisfactorias frente a nuevas formas de criminalidad y evitar resultados incompatibles con la protección efectiva de la libertad sexual. Sin embargo, no puede ignorarse que esa reconstrucción se desarrolla sobre el presupuesto de una descripción típica cuya formulación legal continúa respondiendo a un modelo predominantemente descriptivo y anatómico. El artículo 212 mantiene una definición del acceso carnal elaborada en términos estrictamente físicos, mientras que la jurisprudencia ha debido proyectar sobre ella categorías normativas considerablemente más sofisticadas para adaptar su aplicación a las exigencias actuales del sistema de imputación. (Pabón Parra, 2013).

Esta circunstancia plantea una cuestión de indudable relevancia desde la perspectiva del principio de legalidad. Aunque las soluciones alcanzadas por la Corte encuentran un sólido fundamento en la teoría contemporánea del delito y responden a exigencias constitucionalmente legítimas de protección del bien jurídico, no puede desconocerse que la distancia existente entre la formulación legal del tipo y la amplitud de las construcciones jurisprudenciales obliga a desarrollar interpretaciones cada vez más intensas para mantener la coherencia del sistema. Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si determinadas extensiones interpretativas, aun inspiradas en criterios normativos plenamente aceptados por la dogmática moderna, se aproximan progresivamente a los límites que el principio de taxatividad impone frente a la analogía *in malam partem*. La cuestión no reside en negar la validez de la teoría del dominio funcional o de la comisión por omisión impropia, sino en advertir que la persistencia de una redacción legal anclada en presupuestos descriptivos obliga a la jurisprudencia a asumir una función reconstructiva que, en rigor, correspondería al propio legislador.

En otras palabras, el problema ya no es dogmático, sino legislativo. Mientras el sistema de imputación ha evolucionado hacia concepciones inequívocamente normativas de la acción, la autoría y el injusto, la definición típica del acceso carnal continúa formulada mediante categorías

propias de una comprensión predominantemente ontológica del comportamiento. La tensión entre ambos planos explica buena parte de los esfuerzos interpretativos desarrollados por la jurisprudencia reciente y pone de manifiesto la conveniencia de una actualización legislativa que armonice la descripción típica con el grado de evolución alcanzado por la teoría contemporánea del delito, evitando que sea exclusivamente la actividad interpretativa de los tribunales la llamada a resolver las contradicciones existentes entre el texto legal y la dogmática penal vigente.

Del desarrollo jurisprudencial examinado pueden extraerse tres conclusiones que resultan determinantes para comprender la evolución dogmática de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el ordenamiento colombiano y, al mismo tiempo, para explicar la tensión existente entre la formulación legal del artículo 212 del Código Penal y las categorías contemporáneas de la teoría de la imputación.

La evolución de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal evidencia un proceso continuo de abandono de los presupuestos ontológicos que tradicionalmente sustentaban la interpretación del acceso carnal como un supuesto paradigmático de *delictum propriae manus*. Las primeras decisiones identificaban la autoría con la realización física e inmediata de la penetración, haciendo descansar el juicio de imputación sobre la constatación empírica de un comportamiento corporal descrito en términos estrictamente anatómicos. Sin embargo, la incorporación progresiva de la teoría del dominio funcional del hecho ha desplazado el eje de la atribución desde la materialidad del acto penetrante hacia el significado jurídico de la contribución realizada por cada interviniente dentro del plan criminal. El criterio determinante deja de ser la ejecución corpórea del comportamiento típico para situarse en el control funcional ejercido sobre el curso de la realización del injusto. La autoría ya no se explica desde la estructura física del comportamiento, sino desde una reconstrucción normativa de la intervención desarrollada por quienes, mediante un acuerdo común y una distribución organizada de funciones, conservan capacidad decisoria sobre la consumación del delito (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2002, 2009, 2020; Molano Alba, 2023).

La recepción jurisprudencial de la coautoría impropia ha supuesto una auténtica desmaterialización de la estructura de imputación derivada del artículo 212 del Código Penal. Sin alterar formalmente la definición legal del acceso carnal, la Sala de Casación Penal ha construido un modelo interpretativo en el que la condición de autor no depende ya de la demostración de una penetración corporal individualmente ejecutada, sino de la existencia de una aportación esencial

dentro de un curso de acción común. Esta reconstrucción ha permitido atribuir responsabilidad como coautores a quienes dominan funcionalmente el escenario de ejecución mediante actuaciones de planificación, aislamiento de la víctima, control del contexto de coacción o neutralización de cualquier posibilidad de auxilio, así como extender esa misma lógica a fenómenos desarrollados en entornos digitales, donde la lesión de la libertad sexual puede producirse mediante violencia moral ejercida a través de medios tecnológicos sin necesidad de contacto corporal inmediato. El proceso interpretativo evidencia, así, un desplazamiento definitivo desde categorías de naturaleza descriptiva hacia criterios de imputación contruidos sobre el dominio funcional del hecho y la significación normativa de la intervención, incluso cuando resulta imposible individualizar anatómicamente el concreto acto penetrante realizado por cada uno de los partícipes.

La admisión expresa de la comisión por omisión impropia como forma de realización de los delitos previstos en el Título IV del Código Penal constituye, probablemente, la manifestación más acabada del proceso de normativización experimentado por la jurisprudencia penal colombiana. Al reconocer que la autoría puede fundarse en la infracción de deberes derivados de una posición de garante, aun cuando el sujeto no haya desplegado actividad corporal alguna sobre la víctima, la Sala de Casación Penal culmina el tránsito desde una teoría del injusto edificada sobre presupuestos naturalistas hacia un modelo plenamente normativo de imputación. En esta construcción, el fundamento de la responsabilidad deja de residir en la ejecución física del comportamiento para situarse en el quebrantamiento de ámbitos jurídicos de competencia y en el incumplimiento de deberes institucionalmente cualificados. No obstante, el éxito sistemático de esta evolución pone igualmente de manifiesto una tensión que no puede ser ignorada desde la perspectiva del principio de legalidad. Mientras la dogmática y la jurisprudencia han reconstruido el injusto sexual mediante categorías propias del normativismo contemporáneo —como la posición de garante, el dominio funcional del hecho y la imputación por omisión impropia—, el legislador mantiene inalterada una formulación típica cuya estructura continúa respondiendo a un modelo predominantemente descriptivo y anatómico. La distancia entre ambos planos obliga a la jurisprudencia a desarrollar interpretaciones cada vez más sofisticadas para preservar la coherencia del sistema, circunstancia que evidencia la necesidad de una actualización legislativa capaz de armonizar la literalidad del artículo 212 con el grado de evolución alcanzado por la teoría contemporánea del delito, evitando que la adaptación del Derecho positivo a las nuevas formas de

criminalidad dependa exclusivamente de la actividad reconstructiva de los tribunales (Benavides Morales, 2018).

### **Capítulo 3. Modelos de positivación del consentimiento: análisis comparado de los sistemas alemán y sueco y su compatibilidad con el ordenamiento constitucional colombiano**

El análisis comparado de las reformas introducidas en Alemania y Suecia en materia de delitos contra la libertad sexual constituye un punto de referencia ineludible para comprender la transformación que, durante las dos últimas décadas, ha experimentado la configuración dogmática del injusto sexual en los ordenamientos europeos. La progresiva sustitución de los modelos contruidos sobre la violencia o la resistencia física por esquemas normativos centrados en el consentimiento y en la autonomía sexual refleja un cambio de paradigma que trasciende la mera técnica legislativa para proyectarse sobre la propia concepción del bien jurídico protegido, de la estructura típica y de los criterios de imputación objetiva y subjetiva del comportamiento sexualmente lesivo.

Sin embargo, la utilidad del Derecho comparado no reside únicamente en describir las soluciones adoptadas por otros sistemas jurídicos, sino, sobre todo, en proporcionar categorías de análisis que permitan valorar críticamente su eventual recepción en el ordenamiento colombiano. La comparación evidencia que la evolución hacia modelos fundados en el consentimiento no responde a una tendencia uniforme ni implica la adopción de idénticas soluciones dogmáticas, sino que cada ordenamiento ha desarrollado respuestas condicionadas por sus propios principios constitucionales, por la estructura de su teoría del delito y por los límites derivados del principio de culpabilidad. De ahí que la traslación de estas experiencias exija distinguir cuidadosamente entre aquellas innovaciones susceptibles de integrarse de manera armónica en el sistema colombiano y aquellas otras cuya incorporación supondría alterar presupuestos estructurales del Derecho penal vigente.

En esta perspectiva, el estudio que sigue se articula alrededor de tres ejes analíticos que permiten evaluar el alcance de dichas experiencias comparadas. En primer lugar, se examina la reforma del § 177 del Strafgesetzbuch alemán, cuya principal aportación consiste en haber desplazado el fundamento del injusto desde la violencia física hacia la infracción consciente de una voluntad contraria objetivamente reconocible, reforzando así la protección de la

autodeterminación sexual y eliminando relevantes espacios de impunidad derivados de la antigua exigencia de resistencia física (Código Penal Alemán, 2020, citado en Molano Alba, 2023).

En segundo término, se analiza la evolución del modelo sueco, que representa la manifestación más intensa de la normativización del injusto sexual al configurar el consentimiento como presupuesto positivo de la licitud de la conducta e incorporar, además, la figura de la violación negligente (*oaktsam våldtäkt*), destinada a sancionar aquellos supuestos en los que el autor actúa con grave indiferencia frente al riesgo objetivamente apreciable de ausencia de participación voluntaria. Esta opción legislativa desplaza el centro del juicio de tipicidad desde la mera ausencia de oposición hacia la exigencia de verificar razonablemente la existencia de un consentimiento libremente manifestado (Código Penal Sueco, 1962, citado en Molano Alba, 2023).

Finalmente, se aborda la cuestión relativa a la compatibilidad de estos desarrollos con el sistema constitucional y penal colombiano. El propósito no consiste en propugnar una recepción acrítica de los modelos europeos, sino en determinar hasta qué punto la legislación y la jurisprudencia nacionales permiten incorporar un modelo típico construido sobre el consentimiento sin desconocer los principios estructurales del Derecho penal colombiano. En este contexto, resulta especialmente relevante diferenciar la constitucionalidad de una redefinición del injusto basada en la autonomía sexual, coherente con la evolución de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, que ha descartado cualquier inferencia de consentimiento derivada del silencio, la pasividad o la ausencia de resistencia física (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2020), de la eventual incorporación de una modalidad imprudente semejante a la violación negligente sueca, cuya compatibilidad con los artículos 12 y 21 de la Ley 599 de 2000 plantea interrogantes dogmáticos y constitucionales de considerable entidad. De este modo, el examen comparado no pretende ofrecer modelos normativos para su reproducción automática, sino identificar los criterios que permitan valorar, desde la teoría del delito y los principios constitucionales colombianos, cuáles de esas transformaciones pueden incorporarse legítimamente al ordenamiento nacional y cuáles encuentran en él límites infranqueables.

### **3.1. La reforma del § 177 del Código Penal alemán: la voluntad reconocible como fundamento del injusto sexual**

La evolución reciente del Derecho penal sexual alemán constituye uno de los ejemplos más significativos del tránsito desde modelos típicos contruidos sobre presupuestos predominantemente descriptivos hacia sistemas de imputación centrados en la protección normativa de la autonomía sexual. La transformación operada mediante la Quincuagésima Ley de Reforma del Código Penal (Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches), promulgada el 4 de noviembre de 2016, supuso una modificación estructural del § 177 del Strafgesetzbuch (StGB) y alteró profundamente los fundamentos dogmáticos sobre los que tradicionalmente descansaba la tutela penal de la libertad sexual en la República Federal de Alemania (Rabe, 2017, citado en Molano Alba, 2023).

La importancia de esta reforma no puede comprenderse únicamente como una ampliación de los supuestos de punibilidad. En realidad, representa un cambio de paradigma respecto del objeto mismo de protección penal. Hasta entonces, la configuración típica del § 177 respondía a un modelo fuertemente condicionado por la idea de coacción física, de manera que la lesión de la libertad sexual aparecía jurídicamente vinculada a la concurrencia de determinados medios de sometimiento material. La estructura del injusto exigía, con carácter general, que el autor hubiera vencido la resistencia de la víctima mediante violencia física, amenazas de un mal grave o el aprovechamiento de una situación de absoluta indefensión. El núcleo del reproche penal continuaba descansando, por tanto, sobre la existencia de una determinada modalidad de compulsión material y no sobre la simple vulneración de la voluntad sexual libremente manifestada por la persona afectada (Pérez Collado, 2016).

Desde una perspectiva sistemática, esta configuración revelaba una concepción del injusto todavía parcialmente vinculada a presupuestos de naturaleza descriptiva. La protección de la libertad sexual no se articulaba directamente alrededor de la autodeterminación de la víctima, sino mediante la constatación de determinados mecanismos de coerción cuya presencia actuaba como presupuesto de la tipicidad. En consecuencia, la ausencia de violencia física o de amenazas suficientemente intensas podía conducir a la exclusión de la responsabilidad penal incluso cuando resultaba inequívoco que el comportamiento había sido realizado contra la voluntad de la persona afectada.

Las consecuencias prácticas de esta construcción fueron objeto de una intensa crítica doctrinal y político-criminal. La jurisprudencia y la doctrina comenzaron a identificar numerosos supuestos en los que la protección dispensada por el antiguo § 177 resultaba claramente insuficiente para responder a las nuevas formas de agresión sexual. Entre ellos destacaban los denominados *Überraschungsfälle* o “*casos sorpresa*”, caracterizados por contactos sexuales súbitos e inesperados ejecutados en espacios públicos sin posibilidad real de resistencia previa; las agresiones desarrolladas en contextos de violencia de pareja, donde la víctima se sometía por miedo acumulado sin necesidad de una amenaza expresa en el momento de los hechos; y aquellos supuestos en los que la persona afectada manifestaba de manera clara e inequívoca su rechazo, pero no ofrecía una resistencia física activa susceptible de ser doblegada mediante violencia. En todos estos escenarios, la ausencia de los medios coercitivos exigidos por la redacción anterior del tipo generaba importantes lagunas de punibilidad incompatibles con una adecuada protección de la libertad de autodeterminación sexual (Pérez Collado, 2016).

Fue precisamente para superar estas insuficiencias por lo que el legislador alemán optó por una reconstrucción integral del fundamento del injusto. La reforma de 2016 abandonó definitivamente el criterio de la coacción material como elemento central del tipo penal y situó el eje de la protección en el respeto a la voluntad sexual libremente expresada por la víctima. La innovación introducida por el vigente § 177, apartado primero, del *Strafgesetzbuch* consiste en sancionar a quien realice actos sexuales con otra persona “*gegen den erkennbaren Willen dieser Person*”, esto es, contra la voluntad reconocible de esa persona, desplazando el centro de gravedad de la tipicidad desde el comportamiento físico del autor hacia la lesión de la autonomía decisoria del sujeto pasivo (Código Penal Alemán, 2020, citado en Molano Alba, 2023).

La trascendencia dogmática de esta modificación es difícilmente exagerable. El injusto deja de construirse alrededor de la intensidad de la violencia empleada para centrarse en el desconocimiento consciente de una voluntad contraria objetivamente perceptible. La existencia de una negativa expresada verbalmente o deducible de forma inequívoca a partir de las circunstancias del caso “*como el llanto, el rechazo gestual, las manifestaciones corporales de oposición o cualquier otra conducta concluyente*” constituye ahora el elemento decisivo para delimitar la tipicidad. El fundamento de la prohibición ya no reside en el medio utilizado para doblegar la resistencia, sino en la decisión del autor de actuar pese a conocer que la otra persona no consiente la realización del acto sexual. El desplazamiento metodológico resulta evidente: la violencia deja

de ser el centro del tipo para convertirse, en su caso, en una circunstancia agravante o en uno de los diversos contextos posibles de lesión de la libertad sexual (Rabe, 2017).

La orientación valorativa de la reforma se hace aún más patente en el apartado segundo del mismo precepto. El legislador alemán extendió la protección penal a aquellos supuestos en los que el autor se aprovecha de circunstancias que impiden a la víctima formar o expresar libremente una voluntad contraria, aun cuando no exista una oposición exteriorizada de manera expresa. El centro del análisis vuelve a situarse, así, en la capacidad efectiva de autodeterminación de la persona afectada y no en la concurrencia de mecanismos físicos de coerción. La tipicidad descansa sobre la explotación de una situación de vulnerabilidad que neutraliza la posibilidad de una decisión autónoma, configurando un modelo de protección claramente orientado hacia la salvaguarda de la libertad de decisión sexual como auténtico bien jurídico protegido.

Desde una perspectiva comparada, la reforma alemana representa una manifestación particularmente nítida del proceso de normativización que caracteriza la evolución contemporánea del Derecho penal sexual. Al igual que ocurre con las modernas construcciones de la imputación objetiva o con la teoría funcional de la autoría, el fundamento del injusto deja de buscarse en elementos predominantemente descriptivos para desplazarse hacia categorías valorativas relacionadas con la autonomía de la persona y con la tutela efectiva de sus posiciones jurídicas. Lo jurídicamente decisivo ya no es determinar si el autor desplegó una determinada intensidad de violencia física, sino establecer si realizó el acto sexual desconociendo una voluntad contraria objetivamente reconocible o aprovechándose de una situación que impedía la libre formación o exteriorización de dicha voluntad.

Este desplazamiento metodológico aproxima el modelo alemán a una concepción plenamente normativa de la protección de la libertad sexual, en la que la autodeterminación de la víctima se erige en el verdadero criterio de delimitación del injusto. La lesión jurídico-penal ya no depende de la materialidad de la coacción ejercida, sino del significado normativo que adquiere la actuación del autor frente a la esfera de decisión sexual constitucionalmente protegida. Precisamente por ello, la reforma del § 177 del StGB constituye un referente especialmente valioso para comprender cómo los ordenamientos contemporáneos han ido abandonando progresivamente construcciones típicas edificadas sobre presupuestos naturalistas para adoptar modelos de imputación compatibles con una comprensión valorativa de la libertad sexual y de la dignidad de la persona (Pérez Collado, 2016).

### **3.2 La participación voluntaria como fundamento del injusto sexual en el Derecho sueco: la introducción de la violación por negligencia grave (grov oaktsam våldtäkt)**

La reforma introducida por el Reino de Suecia en materia de delitos sexuales representa, probablemente, una de las manifestaciones más avanzadas del proceso de normativización experimentado por el Derecho penal contemporáneo. Mediante la modificación del Capítulo 6 del Brottsbalken, que entró en vigor en julio de 2018, el legislador sueco abandonó definitivamente los modelos contruidos sobre la resistencia de la víctima, la intensidad de la coacción o la acreditación de situaciones de especial vulnerabilidad para situar el fundamento del injusto en un criterio completamente distinto: la existencia de una participación libre y voluntaria en la actividad sexual. El cambio legislativo no consistió simplemente en ampliar el ámbito de punibilidad, sino en redefinir el propio objeto de protección del sistema penal, desplazando el eje de la tipicidad desde la constatación de actos de violencia hacia la verificación positiva de la autonomía sexual de quienes intervienen en la relación (Centro de Conocimientos, 2020; SEN, 2018, citados en Molano Alba, 2023).

Desde una perspectiva metodológica, la denominada Ley de Consentimiento sueca (Samtyckeslag) supone una inversión particularmente significativa de la estructura tradicional del juicio de tipicidad. Mientras los modelos clásicos descansaban sobre la necesidad de acreditar una oposición expresamente exteriorizada por la víctima o la concurrencia de determinados mecanismos de coerción, la reforma de 2018 desplaza el centro de gravedad hacia la comprobación de un consentimiento efectivamente manifestado. El problema jurídico deja de formularse en términos de resistencia para reconstruirse desde la lógica de la participación voluntaria. Lo determinante ya no es demostrar que la víctima dijo “no”, sino establecer que existieron manifestaciones objetivamente apreciables de una voluntad positiva de participar en el encuentro sexual. En otras palabras, el injusto deja de definirse por la existencia de una negativa para construirse sobre la ausencia de una aceptación libremente exteriorizada (Centro de Conocimientos, 2020; SEN, 2018).

Esta transformación evidencia hasta qué punto el legislador sueco abandona definitivamente las categorías de inspiración naturalista que durante décadas condicionaron la configuración de los delitos sexuales. La voluntad deja de deducirse de la intensidad de la resistencia física o de la inexistencia de oposición para convertirse en un presupuesto autónomo

cuya acreditación debe realizarse positivamente a partir del comportamiento desarrollado por las partes. El modelo normativo se articula, así, sobre la exigencia de una participación voluntaria discernible mediante palabras, actos o cualquier otra forma objetivamente reconocible de manifestación del consentimiento, atribuyendo a los órganos jurisdiccionales la responsabilidad de reconstruir, a partir de las circunstancias concurrentes, si esa voluntad existió realmente en el caso concreto (Centro de Conocimientos, 2020; SEN, 2018).

La propia regulación incorpora, además, determinados supuestos en los que la voluntariedad queda jurídicamente excluida con independencia de cualquier manifestación externa. El legislador presume la inexistencia de una participación libre cuando la conducta se desarrolla en contextos de violencia, coacción, explotación de estados de inconsciencia, sueño, intoxicación o miedo grave, entendiendo que tales circunstancias neutralizan la capacidad de autodeterminación sexual y privan de eficacia jurídica a cualquier apariencia de consentimiento. La tipicidad deja, por tanto, de depender de la simple constatación de actos materiales de resistencia para situarse en el examen normativo de las condiciones bajo las cuales pudo o no formarse una voluntad libremente expresada (Código Penal Sueco, 1962, citado en Molano Alba, 2023).

Desde el punto de vista dogmático, una de las innovaciones más relevantes introducidas por la reforma sueca consiste en la incorporación de la denominada violación negligente (oaktsam våldtäkt), figura que representa una ruptura especialmente significativa con los modelos tradicionales de imputación subjetiva en materia de delitos sexuales. La creación de esta modalidad típica responde a la constatación de que numerosos supuestos permanecían impunes debido a la alegación, por parte del acusado, de un supuesto error acerca de la existencia del consentimiento de la otra persona. Bajo el régimen anterior, la dificultad para acreditar el conocimiento efectivo de la ausencia de consentimiento podía conducir a la absolución incluso en escenarios donde el autor había actuado ignorando de forma manifiestamente irresponsable señales evidentes de falta de voluntariedad (Centro de Conocimientos, 2020).

La respuesta del legislador sueco consistió en trasladar el análisis desde el plano exclusivamente cognoscitivo hacia un juicio normativo sobre el deber de verificar la existencia del consentimiento. La jurisprudencia ha desarrollado esta construcción mediante la denominada “*negligencia deliberada*”, articulando un examen estructurado en dos niveles sucesivos. En primer término, los tribunales determinan si el autor advirtió la existencia de un riesgo objetivamente

apreciable de que la otra persona no estuviera participando voluntariamente en el acto sexual. Posteriormente, una vez constatada esa representación del riesgo, analizan si, pese a ello, el sujeto actuó con una grave indiferencia frente a dicha posibilidad o continuó desarrollando la conducta confiando de manera injustificada en la existencia de un consentimiento cuya presencia no había sido razonablemente verificada. La imputación deja así de depender exclusivamente del dolo entendido en sentido clásico para incorporar una valoración normativa acerca del estándar de diligencia exigible en la comprobación de la voluntad ajena.

La relevancia de esta construcción trasciende el ámbito estrictamente subjetivo de la responsabilidad penal. En realidad, refleja una transformación mucho más profunda de la teoría del injusto sexual. El consentimiento deja de concebirse como un dato cuya inexistencia debe ser probada exclusivamente por la víctima para convertirse en un presupuesto cuya verificación corresponde también al propio autor antes de iniciar o continuar la interacción sexual. La carga argumentativa se desplaza, por tanto, desde la resistencia de quien rechaza el acto hacia el deber de diligencia de quien pretende llevarlo a cabo, configurando un modelo de imputación claramente orientado a la protección reforzada de la autonomía sexual.

Los efectos político-criminales derivados de esta reforma han sido ampliamente destacados en la literatura especializada. Los estudios elaborados tras los primeros años de vigencia de la Ley de Consentimiento muestran un incremento aproximado del 21 % en el número de denuncias por delitos sexuales, acompañado de un aumento significativo de las sentencias condenatorias. Particularmente relevante ha sido la reducción de espacios de impunidad en aquellos supuestos en los que la víctima permanecía inmóvil como consecuencia de estados de shock, bloqueo emocional o parálisis traumática, situaciones que bajo modelos contruidos sobre la resistencia física podían generar importantes dificultades probatorias para acreditar la ausencia de consentimiento. La reconstrucción normativa del injusto permitió desplazar el foco del análisis desde la conducta externa de la víctima hacia la efectiva existencia de una participación libre y voluntaria, ofreciendo una respuesta más coherente con el bien jurídico protegido y con los avances contemporáneos de la psicología del trauma (Centro de Conocimientos, 2020).

Desde una perspectiva comparada, el modelo sueco representa uno de los exponentes más acabados de la transición desde un Derecho penal de la violencia hacia un Derecho penal del consentimiento. La lesión de la libertad sexual ya no se identifica prioritariamente con la utilización de determinados medios de coacción, sino con la realización de actos sexuales en

ausencia de una participación voluntaria jurídicamente verificable. La transformación metodológica resulta plenamente coherente con la evolución experimentada por otros ordenamientos europeos y confirma una tendencia común hacia la progresiva sustitución de categorías descriptivas por construcciones normativas centradas en la protección de la autonomía personal. Precisamente por ello, la experiencia sueca constituye un referente particularmente valioso para comprender cómo la teoría contemporánea del delito ha ido abandonando presupuestos naturalistas para construir modelos de imputación compatibles con una concepción constitucional de la dignidad humana y de la libertad de autodeterminación sexual.

### **3.3 Viabilidad de adaptación e incorporación en el bloque de constitucionalidad colombiano: límites del principio de culpabilidad**

La recepción de las soluciones normativas desarrolladas por los ordenamientos alemán y sueco no puede plantearse como un simple ejercicio de trasplante legislativo. Toda propuesta de reforma debe someterse, en el caso colombiano, a un examen estricto de compatibilidad con la estructura constitucional del Derecho penal y, particularmente, con las garantías derivadas del artículo 29 de la Constitución Política. En un Estado social y democrático de derecho, la legitimidad de cualquier modificación en materia de delitos sexuales no depende exclusivamente de su eficacia político criminal o de su éxito comparado, sino de su capacidad para integrarse armónicamente en un sistema presidido por los principios de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia y debido proceso. La incorporación de modelos extranjeros solo resulta constitucionalmente admisible cuando preserva íntegramente el equilibrio entre la protección reforzada de la libertad sexual y las garantías que limitan el ejercicio del ius puniendi.

Desde esta perspectiva, la positivización del consentimiento como criterio estructural del injusto sexual aparece plenamente compatible con la evolución experimentada por la jurisprudencia colombiana y, en cierto modo, constituye la consecuencia lógica de las líneas interpretativas desarrolladas por la Sala de Casación Penal durante los últimos años. En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha venido construyendo una concepción del consentimiento claramente orientada hacia la protección de la autonomía sexual, afirmando que la autorización prestada por la víctima se encuentra limitada tanto por el contenido concreto de la interacción aceptada como por las circunstancias temporales y materiales en las que dicha aceptación fue otorgada. El

consentimiento no opera como una habilitación general e indefinida para cualquier conducta sexual, sino como una manifestación de voluntad circunscrita a determinados actos y a un contexto específico cuya alteración determina la desaparición de su eficacia jurídica.

Igualmente, significativa resulta la posición asumida por la Corte respecto de los criterios empleados para acreditar la existencia del consentimiento. La Sala ha rechazado expresamente las construcciones interpretativas que pretendían deducir la aquiescencia a partir del silencio, la pasividad o la ausencia de resistencia física de la víctima, recordando que ninguno de estos elementos posee, por sí solo, aptitud demostrativa suficiente para fundamentar la existencia de una participación voluntaria en el acto sexual. Con ello, la jurisprudencia colombiana se aproxima sustancialmente a los modelos contemporáneos basados en la protección de la autodeterminación sexual, desplazando progresivamente el eje del análisis desde la constatación de la violencia física hacia la verificación de una voluntad libremente expresada (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2020).

En consecuencia, una eventual reforma legislativa que situara expresamente la ausencia de consentimiento en el centro de la estructura típica no supondría una ruptura con la orientación jurisprudencial vigente, sino la positivización de criterios hermenéuticos que la propia Corte ha venido consolidando en la interpretación del Título IV del Código Penal. El desplazamiento del fundamento del injusto desde la utilización de la fuerza hacia la vulneración de la voluntad sexual permitiría, además, superar las limitaciones derivadas de la formulación predominantemente descriptiva del artículo 212 del Código Penal, adecuando la legislación a una concepción plenamente normativa de la libertad sexual sin alterar los fundamentos garantistas del Derecho penal de acto.

Muy distinta es, sin embargo, la situación que plantea la eventual recepción de una figura semejante a la denominada violación negligente prevista por el ordenamiento sueco. En este punto, el sistema colombiano presenta una limitación estructural derivada de la propia configuración de la responsabilidad penal establecida por la Ley 599 de 2000. El artículo 21 del Código Penal consagra expresamente un sistema de *numerus clausus* para los delitos culposos, estableciendo que la culpa únicamente resulta punible cuando el legislador la haya previsto de manera expresa para un determinado tipo penal. La responsabilidad por imprudencia constituye, por tanto, una excepción al régimen general de imputación dolosa y no puede extenderse mediante construcciones jurisprudenciales o interpretaciones analógicas.

La incorporación de una modalidad culposa en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales exigiría, por consiguiente, una intervención legislativa expresa. Sin esa modificación normativa, cualquier intento de sancionar imprudentemente una agresión sexual vulneraría directamente el principio de legalidad penal. Pero incluso en el supuesto de que el legislador decidiera introducir un nuevo tipo culposo, la reforma debería superar un examen especialmente exigente desde la perspectiva del principio de culpabilidad consagrado en el artículo 12 del Código Penal, disposición que proscribía de manera categórica toda forma de responsabilidad objetiva.

La dificultad no reside en la posibilidad abstracta de sancionar conductas culposas, plenamente admitida por el ordenamiento cuando así lo dispone la ley, sino en el riesgo de desnaturalizar las reglas de imputación subjetiva mediante la introducción de mecanismos que, en la práctica, inviertan la carga de la prueba o transformen la ausencia de consentimiento en una presunción automática de negligencia. Una construcción semejante sería incompatible con la estructura garantista del Derecho penal colombiano, pues desplazaría indebidamente sobre el acusado la obligación de demostrar que actuó creyendo razonablemente en la existencia del consentimiento, erosionando la presunción de inocencia y el principio acusatorio.

En un modelo respetuoso del artículo 29 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación debería asumir íntegramente la carga de demostrar todos los elementos constitutivos de la conducta culposa. No bastaría acreditar que la víctima no consintió la relación sexual ni que posteriormente manifestó su disconformidad. Sería indispensable probar, además, que el acusado infringió un deber objetivo de cuidado jurídicamente exigible, demostrando que, desde una valoración formulada ex ante, un observador prudente situado en las mismas circunstancias habría advertido razonablemente la ausencia de participación voluntaria y habría actuado de manera distinta. El núcleo del reproche penal debería descansar, por tanto, en la previsibilidad y evitabilidad objetiva del error acerca del consentimiento y no en el mero resultado lesivo finalmente producido.

Ello exige acreditar que el agente desatendió de manera grave y jurídicamente relevante señales objetivas que revelaban la falta de consentimiento, persistiendo en la conducta pese a la existencia de indicadores suficientemente claros de oposición o de ausencia de participación voluntaria. Solo en ese escenario cabría afirmar la infracción del deber objetivo de cuidado exigible

en una relación sexual y, por ende, fundamentar una eventual responsabilidad culposa compatible con el principio de culpabilidad.

Una solución distinta conduciría inevitablemente a consecuencias incompatibles con los fundamentos del Derecho penal liberal. Si la sola inexistencia de consentimiento bastara para presumir la negligencia del autor, el sistema terminaría criminalizando supuestos de error de tipo invencible, desconociendo que la inevitabilidad del error excluye precisamente el fundamento mismo del reproche penal. De igual manera, la imputación dejaría de descansar sobre la concreta conducta desplegada por el sujeto para apoyarse en un juicio retrospectivo construido exclusivamente a partir del resultado, aproximándose peligrosamente a formas de responsabilidad objetiva expresamente prohibidas por el artículo 12 del Código Penal.

Desde esta perspectiva, el principal desafío que plantea la recepción del modelo sueco no es técnico, sino constitucional. La experiencia comparada demuestra la eficacia político-criminal de los sistemas edificados sobre el consentimiento afirmativo y sobre mecanismos de imputación imprudente; sin embargo, su incorporación al Derecho colombiano solo sería legítima si respeta íntegramente los principios de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia y responsabilidad por el hecho que estructuran nuestro sistema penal. La protección reforzada de la libertad sexual constituye una finalidad constitucional incuestionable, pero no puede alcanzarse mediante la flexibilización de las garantías que precisamente distinguen al Derecho penal de un Estado constitucional frente a modelos de expansión punitiva. En definitiva, la modernización de la legislación colombiana debe orientarse hacia una protección más eficaz de la autonomía sexual, pero sin convertir la legítima aspiración de evitar espacios de impunidad en un mecanismo de erosión de los principios garantistas que delimitan el ejercicio del poder punitivo del Estado.

#### **Capítulo 4. Propuesta de reestructuración típica de los delitos contra la autodeterminación sexual en el derecho penal colombiano**

Como presupuesto metodológico de la propuesta de reestructuración dogmática que se desarrolla en los apartados siguientes, resulta necesario delimitar las tres ideas rectoras que orientan el modelo típico aquí defendido. Estas no constituyen conclusiones anticipadas del análisis, sino las hipótesis normativas cuya fundamentación se construirá a partir del examen sistemático de la teoría del delito, de la evolución del Derecho comparado y de los principios constitucionales que delimitan el ejercicio del ius puniendi en un Estado social y democrático de derecho. La finalidad de este planteamiento consiste en demostrar que es posible fortalecer la tutela penal de la libertad, la integridad y la formación sexuales sin sacrificar las exigencias derivadas del principio de legalidad, de la lesividad y, especialmente, del principio de culpabilidad.

En primer lugar, se propone la sustitución del tradicional estándar construido sobre la violencia física o moral por un criterio normativo cuyo eje lo constituye el quebrantamiento de la autonomía sexual. Desde esta perspectiva, el consentimiento deja de desempeñar un papel accesorio o meramente excluyente de la antijuridicidad para convertirse en el verdadero elemento normativo rector del tipo objetivo, permitiendo unificar la estructura del injusto de los delitos contra la autodeterminación sexual bajo un mismo fundamento material: la lesión o puesta en peligro de la libertad de disposición sexual de la persona. Con ello, el desvalor de acción deja de depender de los medios empleados por el autor para concentrarse en la contradicción objetiva entre la conducta desplegada y la voluntad jurídicamente relevante del titular del bien jurídico.

En segundo término, la investigación sostiene que la reestructuración típica de los delitos sexuales cometidos contra menores de catorce años exige abandonar definitivamente la construcción dogmática de la denominada “*violencia presunta*” o “*violencia ficta*”, heredada de concepciones naturalistas incompatibles con un Derecho penal de acto. La edad de la víctima debe operar como un elemento descriptivo del tipo objetivo que determina normativamente la imposibilidad jurídica de prestar un consentimiento sexual válido, de manera que la protección reforzada de la indemnidad sexual repose sobre una decisión legislativa expresa y no sobre presunciones implícitas de coacción, violencia o lesividad cuya naturaleza resulta ajena a la estructura contemporánea del injusto penal.

Finalmente, el modelo propuesto parte de la premisa de que la intensificación de la protección penal dispensada a los menores de edad y a las personas en situación de especial vulnerabilidad no puede alcanzarse mediante la flexibilización de las garantías constitucionales que informan la responsabilidad penal. La proscripción absoluta de toda forma de responsabilidad objetiva impone preservar la operatividad del error de tipo cuando el autor actúa bajo una representación equivocada de los elementos objetivos de la conducta típica. En consecuencia, el tratamiento de los errores vencibles no puede resolverse mediante presunciones irrefragables de dolo ni mediante ficciones de conocimiento, sino, en su caso, a través de una decisión legislativa expresa que configure una modalidad culposa sometida a estrictos criterios de previsibilidad, evitabilidad e infracción del deber objetivo de cuidado, plenamente compatible con el principio de culpabilidad consagrado por el ordenamiento constitucional colombiano.

#### **4.1. La resignificación del tipo objetivo: el consentimiento como elemento normativo y núcleo del injusto**

La evolución dogmática de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales permite sostener que la persistencia de la violencia, como eje estructural de la tipicidad objetiva responde a una concepción del injusto progresivamente superada por el desarrollo contemporáneo de la teoría de la imputación. Si el bien jurídico protegido consiste en la libertad de autodeterminación sexual de la persona, el fundamento del reproche penal no puede seguir localizándose prioritariamente en los medios empleados por el autor para doblegar la resistencia de la víctima, sino en la realización de actos de contenido sexual al margen de una decisión libre y jurídicamente válida del titular del bien jurídico. La violencia constituye, ciertamente, uno de los mecanismos más frecuentes para neutralizar la capacidad de autodeterminación; sin embargo, no agota ni define el contenido material del injusto. La lesión jurídico-penal se produce porque la autonomía sexual resulta desconocida, no porque el agresor haya recurrido a una determinada intensidad de fuerza física o de coacción psicológica.

Desde esta perspectiva, la arquitectura del Título IV de la Ley 599 de 2000 requiere una reconstrucción sistemática que permita armonizar la descripción típica con la evolución alcanzada por la dogmática contemporánea. La propuesta pasa por abandonar definitivamente la fragmentación tradicional entre tipos edificados sobre distintos mecanismos de violencia para

avanzar hacia una configuración unitaria del injusto sexual, articulada alrededor de un tipo general de agresión contra la autonomía sexual. El elemento rector de esta figura dejaría de ser la utilización de fuerza, amenaza o cualquier otro medio específico de sometimiento para identificarse con la realización de actos de naturaleza sexual en ausencia de un consentimiento jurídicamente válido. Lo decisivo dejaría de ser el modo mediante el cual el autor obtuvo la interacción sexual para situarse en la inexistencia de una participación voluntaria por parte de quien ostenta la titularidad del bien jurídico protegido.

Una reconstrucción de esta naturaleza supone, al mismo tiempo, una transformación de la técnica legislativa empleada para configurar la tipicidad. El consentimiento dejaría de operar como un presupuesto negativo implícito o como una causa tácita de exclusión de la tipicidad para integrarse expresamente como un auténtico elemento normativo del tipo objetivo. La conducta típica no consistiría simplemente en acceder carnalmente o realizar actos sexuales sobre otra persona, sino en hacerlo sin la existencia de una manifestación de voluntad que, desde una perspectiva jurídica, pueda reputarse válida. El injusto dejaría así de construirse sobre elementos predominantemente descriptivos para configurarse mediante un juicio normativo acerca de la efectiva preservación de la autonomía sexual.

Esta solución resulta plenamente compatible con el principio de lesividad consagrado en el artículo 11 del Código Penal. Si el fundamento material de la intervención penal reside en la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico, la descripción típica debe identificar como elemento central precisamente la afectación de la libertad de autodeterminación sexual y no los diversos mecanismos mediante los cuales esa afectación puede producirse. La violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de superioridad, la explotación de estados de vulnerabilidad o cualquier otra modalidad de sometimiento pasarían a desempeñar la función que dogmáticamente les corresponde: no definir el injusto, sino explicar las diversas formas mediante las cuales puede lesionarse la autonomía sexual constitucionalmente protegida.

En consecuencia, el consentimiento debería recibir una regulación expresa dentro del propio estatuto sustancial, abandonando la situación actual, en la que su contenido ha debido ser construido casi exclusivamente por vía jurisprudencial. Una definición legislativa coherente con la evolución dogmática contemporánea exigiría caracterizar el consentimiento como una manifestación de voluntad libre, consciente, informada, específica, revocable y limitada a las concretas circunstancias personales, temporales y materiales en las que la interacción sexual tiene

lugar. Su eficacia jurídica no podría proyectarse más allá de los actos efectivamente aceptados ni mantenerse una vez revocada la voluntad inicialmente prestada, ni tampoco presumirse a partir de relaciones previas, vínculos afectivos o comportamientos anteriores de la víctima. La voluntad favorable debe entenderse siempre referida a una concreta interacción sexual y circunscrita a los términos específicos en que ha sido libremente exteriorizada, solución que coincide sustancialmente con los criterios desarrollados por la Sala de Casación Penal en su jurisprudencia reciente (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2020,).

La incorporación expresa de este concepto permitiría, además, superar una de las principales insuficiencias de la actual configuración típica. La tipicidad objetiva podría establecerse mediante un juicio formulado ex ante acerca de la organización de la conducta por parte del autor y de la ausencia de una participación voluntaria jurídicamente verificable por parte de la otra persona, sin necesidad de hacer depender el injusto de la constatación de lesiones corporales, desgarros anatómicos o manifestaciones particularmente intensas de resistencia física. La cuestión central dejaría de consistir en reconstruir retrospectivamente la intensidad de la violencia desplegada para concentrarse en determinar si el agente organizó su comportamiento prescindiendo de la expectativa normativa de respeto a la autonomía sexual ajena, expectativa que constituye precisamente el presupuesto indispensable para la convivencia en un Estado constitucional de derecho.

Esta reconstrucción resulta plenamente coherente con la evolución jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, la cual ha rechazado reiteradamente la posibilidad de inferir el consentimiento a partir del silencio, la inmovilidad o la ausencia de resistencia física de la víctima. La pasividad no constituye una manifestación positiva de voluntad, del mismo modo que la incapacidad para exteriorizar oposición tampoco transforma una conducta no consentida en una interacción sexual jurídicamente legítima. La falta de resistencia puede responder a múltiples factores —miedo, bloqueo emocional, estados de shock, intoxicación, subordinación o simple imposibilidad de reacción— que carecen de aptitud para generar una apariencia jurídicamente válida de consentimiento. La interpretación de la Sala de Casación Penal confirma, precisamente, que el ordenamiento colombiano ha comenzado a desplazar progresivamente el centro de gravedad del análisis desde la violencia empleada por el autor hacia la efectiva preservación de la autonomía sexual de la víctima (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2021)

Desde esta perspectiva, la propuesta de unificar las actuales figuras de acceso carnal violento y acto sexual violento bajo un tipo general de agresión contra la autonomía sexual no representa una expansión del poder punitivo, sino una depuración sistemática de la estructura del injusto conforme a los presupuestos metodológicos del normativismo contemporáneo. El Derecho penal dejaría de construir la protección de la libertad sexual alrededor de categorías predominantemente descriptivas para hacerlo directamente sobre el bien jurídico cuya tutela justifica la intervención estatal: la autodeterminación libre y consciente de la persona en el ámbito de su sexualidad. De este modo, la legislación colombiana superaría definitivamente las tensiones generadas por la persistencia de una técnica de tipificación todavía influenciada por categorías ontológicas, armonizando el texto legal con el desarrollo alcanzado tanto por la jurisprudencia nacional como por las tendencias más consolidadas del Derecho penal comparado y de la teoría contemporánea de la imputación.

En lo que respecta a la tutela penal reforzada de las personas menores de catorce años, la reconstrucción dogmática de los actuales artículos 208 y 209 del Código Penal exige abandonar definitivamente categorías cuya utilidad sistemática ha quedado ampliamente superada por la evolución contemporánea de la teoría del delito. Entre ellas ocupa un lugar particularmente problemático la tradicional referencia a la denominada “violencia presunta” o “violencia ficta”, expresión que, pese a su arraigo histórico, resulta conceptualmente impropia para explicar el fundamento material del injusto. La lesión penalmente relevante no deriva de una violencia normativamente presumida por el legislador, sino de la inexistencia de una capacidad jurídicamente suficiente para prestar un consentimiento válido respecto de actos que comprometen el desarrollo de la libertad sexual de la persona menor de edad.

La utilización de la categoría de la violencia presunta responde, en realidad, a una técnica legislativa heredada de modelos históricos en los que la protección de la libertad sexual continuaba articulándose alrededor de la coacción como elemento estructural del injusto. Sin embargo, una vez que el fundamento de la intervención penal se desplaza hacia la tutela de la autodeterminación sexual, esa construcción pierde buena parte de su utilidad explicativa. El problema ya no consiste en presumir la existencia de una violencia inexistente, sino en reconocer que el ordenamiento jurídico niega eficacia al consentimiento emitido por quien, debido a su estadio de desarrollo, carece de la capacidad necesaria para comprender el significado, las implicaciones y las consecuencias de una interacción sexual.

Desde esta perspectiva, la protección reforzada dispensada a los menores de catorce años encuentra su fundamento en una limitación estructural de la capacidad de autodeterminación y no en una ficción relativa a la concurrencia de violencia. La incapacidad para consentir no constituye una consecuencia derivada del comportamiento del autor, sino una condición normativa predeterminada por el legislador a partir de la especial vulnerabilidad que caracteriza esta etapa del desarrollo evolutivo. El injusto se explica, por tanto, desde la lesión de un ámbito de libertad cuya disponibilidad jurídica se encuentra excluida ex ante, con independencia de la existencia de actos de fuerza, intimidación, engaño o cualquier otro mecanismo de sometimiento.

Esta reconstrucción aconseja abandonar la actual configuración típica basada en la noción de acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de catorce años para avanzar hacia un tipo penal autónomo cuyo fundamento responda de manera transparente al bien jurídico efectivamente protegido. Desde una perspectiva sistemática, una denominación como “Involucramiento Sexual de Menores de Catorce Años” refleja con mayor precisión el contenido del injusto, pues sitúa el centro de gravedad de la prohibición en la incorporación del menor a una dinámica de naturaleza sexual respecto de la cual el ordenamiento excluye cualquier posibilidad de consentimiento jurídicamente eficaz.

En esta construcción, la edad biológica de la víctima deja de funcionar únicamente como un presupuesto de agravación o como una circunstancia externa para integrarse expresamente como un elemento descriptivo del tipo objetivo. La minoría de catorce años constituye el dato normativo que determina la invalidez absoluta de cualquier manifestación de voluntad relacionada con la participación en actos de contenido sexual. La ausencia de consentimiento no necesita, por ello, ser demostrada caso por caso, ni tampoco reconstruirse mediante presunciones de violencia. Es la propia configuración normativa del tipo la que establece que ninguna manifestación de aquiescencia emitida por una persona situada por debajo de ese umbral etario puede producir efectos jurídicos aptos para excluir la tipicidad.

El fundamento material de esta solución descansa en la especial protección que el ordenamiento reconoce al libre desarrollo de la personalidad y de la sexualidad durante las primeras etapas del crecimiento. La persona menor de catorce años no dispone, con carácter general, de la madurez intelectual y volitiva necesaria para comprender de manera plena el significado de una interacción sexual, valorar críticamente sus implicaciones emocionales, sociales y jurídicas, ni adoptar decisiones verdaderamente autónomas sobre un ámbito particularmente

sensible de su desarrollo personal (Molano Alba, 2023). La intervención del Derecho penal responde, precisamente, a la necesidad de preservar ese proceso de formación frente a injerencias prematuras que comprometen la construcción libre de la personalidad y la futura autodeterminación sexual.

La consecuencia sistemática de esta concepción consiste en desvincular definitivamente la tipicidad de la necesidad de acreditar violencia, intimidación, engaño o cualquier otra modalidad específica de sometimiento. La ilicitud no surge porque el autor haya empleado determinados medios de coacción, sino porque incorpora a una persona jurídicamente incapaz de consentir en una actividad sexual cuya realización el ordenamiento prohíbe de manera absoluta. El injusto se identifica con la invasión de una esfera de desarrollo especialmente protegida y no con la intensidad de los mecanismos empleados para alcanzar el resultado.

Una configuración de esta naturaleza presenta, además, importantes ventajas desde la perspectiva de la coherencia sistemática. Al eliminar referencias innecesarias a formas de violencia ficticia o presunta, el legislador consigue armonizar la regulación de los menores de catorce años con la reconstrucción normativa del consentimiento propuesta para los restantes delitos sexuales. El sistema pasa a responder a una misma lógica de protección de la autonomía sexual, diferenciándose únicamente el fundamento de la invalidez del consentimiento: mientras en las personas mayores de catorce años la ausencia de consentimiento constituye un elemento que debe verificarse en cada caso concreto, respecto de los menores ese consentimiento resulta jurídicamente imposible por expresa decisión normativa del legislador.

Ahora bien, precisamente porque el elemento determinante de la tipicidad pasa a ser la edad de la víctima, la reconstrucción del tipo penal exige preservar rigurosamente las garantías derivadas del principio de culpabilidad. La protección reforzada de la infancia no autoriza a flexibilizar las exigencias propias de la imputación subjetiva ni a introducir formas encubiertas de responsabilidad objetiva incompatibles con el artículo 12 del Código Penal. La edad inferior a catorce años constituye un elemento objetivo del tipo y, como tal, debe encontrarse comprendida dentro del dolo del autor. No basta, por consiguiente, la mera constatación objetiva de la minoría de edad; resulta indispensable acreditar que el sujeto conocía o, al menos, representaba como altamente probable dicha circunstancia al momento de desarrollar la conducta típica.

La exigencia de que el dolo abarque todos los elementos objetivos del tipo constituye una consecuencia directa del principio de culpabilidad y de la prohibición constitucional de

responsabilidad objetiva. Admitir que la sola existencia material de la minoría de edad basta para fundamentar automáticamente la responsabilidad penal implicaría desvincular el reproche subjetivo del contenido efectivo de la representación del autor, sustituyendo el Derecho penal del hecho por un modelo incompatible con las garantías propias de un Estado constitucional de derecho.

Precisamente por ello, la eventual reforma legislativa debería incorporar expresamente la edad de la víctima como elemento integrante de la descripción típica, de modo que su conocimiento forme parte necesaria del contenido del dolo. Solo una configuración de esta naturaleza permite compatibilizar la protección reforzada de los menores de catorce años con las exigencias derivadas del principio de legalidad, de la culpabilidad personal y de la responsabilidad por el hecho. La intensidad de la tutela penal dispensada a la infancia no puede alcanzarse mediante la relativización de las garantías fundamentales del imputado, sino mediante una técnica legislativa que describa con claridad el contenido del injusto y preserve íntegramente las condiciones constitucionales de la imputación subjetiva. De este modo, la reconstrucción propuesta no solo optimiza la eficacia político criminal del sistema, sino que fortalece simultáneamente su coherencia dogmática y su compatibilidad con los principios estructurales del Derecho penal colombiano.

#### **4.2 La reestructuración típica frente a menores de 14 años: la sustitución de la "*violencia ficta*" por la minoridad como factor de incapacidad normativa**

En lo que respecta a la tutela penal reforzada de las personas menores de catorce años, la reconstrucción dogmática de los actuales artículos 208 y 209 del Código Penal exige abandonar definitivamente categorías cuya utilidad sistemática ha quedado ampliamente superada por la evolución contemporánea de la teoría del delito. Entre ellas ocupa un lugar particularmente problemático la tradicional referencia a la denominada "*violencia presunta*" o "*violencia ficta*", expresión que, pese a su arraigo histórico, resulta conceptualmente impropia para explicar el fundamento material del injusto. La lesión penalmente relevante no deriva de una violencia normativamente presumida por el legislador, sino de la inexistencia de una capacidad jurídicamente suficiente para prestar un consentimiento válido respecto de actos que comprometen el desarrollo de la libertad sexual de la persona menor de edad.

La utilización de la categoría de la violencia presunta responde, en realidad, a una técnica legislativa heredada de modelos históricos en los que la protección de la libertad sexual continuaba articulándose alrededor de la coacción como elemento estructural del injusto. Sin embargo, una vez que el fundamento de la intervención penal se desplaza hacia la tutela de la autodeterminación sexual, esa construcción pierde buena parte de su utilidad explicativa. El problema ya no consiste en presumir la existencia de una violencia inexistente, sino en reconocer que el ordenamiento jurídico niega eficacia al consentimiento emitido por quien, debido a su estadio de desarrollo, carece de la capacidad necesaria para comprender el significado, las implicaciones y las consecuencias de una interacción sexual.

Desde esta perspectiva, la protección reforzada dispensada a los menores de catorce años encuentra su fundamento en una limitación estructural de la capacidad de autodeterminación y no en una ficción relativa a la concurrencia de violencia. La incapacidad para consentir no constituye una consecuencia derivada del comportamiento del autor, sino una condición normativa predeterminada por el legislador a partir de la especial vulnerabilidad que caracteriza esta etapa del desarrollo evolutivo. El injusto se explica, por tanto, desde la lesión de un ámbito de libertad cuya disponibilidad jurídica se encuentra excluida ex ante, con independencia de la existencia de actos de fuerza, intimidación, engaño o cualquier otro mecanismo de sometimiento.

Esta reconstrucción aconseja abandonar la actual configuración típica basada en la noción de acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de catorce años para avanzar hacia un tipo penal autónomo cuyo fundamento responda de manera transparente al bien jurídico efectivamente protegido. Desde una perspectiva sistemática, una denominación como “Involucramiento Sexual de Menores de Catorce Años” refleja con mayor precisión el contenido del injusto, pues sitúa el centro de gravedad de la prohibición en la incorporación del menor a una dinámica de naturaleza sexual respecto de la cual el ordenamiento excluye cualquier posibilidad de consentimiento jurídicamente eficaz.

En esta construcción, la edad biológica de la víctima deja de funcionar únicamente como un presupuesto de agravación o como una circunstancia externa para integrarse expresamente como un elemento descriptivo del tipo objetivo. La minoría de catorce años constituye el dato normativo que determina la invalidez absoluta de cualquier manifestación de voluntad relacionada con la participación en actos de contenido sexual. La ausencia de consentimiento no necesita, por ello, ser demostrada caso por caso, ni tampoco reconstruirse mediante presunciones de violencia.

Es la propia configuración normativa del tipo la que establece que ninguna manifestación de aquiescencia emitida por una persona situada por debajo de ese umbral etario puede producir efectos jurídicos aptos para excluir la tipicidad.

El fundamento material de esta solución descansa en la especial protección que el ordenamiento reconoce al libre desarrollo de la personalidad y de la sexualidad durante las primeras etapas del crecimiento. La persona menor de catorce años no dispone, con carácter general, de la madurez intelectual y volitiva necesaria para comprender de manera plena el significado de una interacción sexual, valorar críticamente sus implicaciones emocionales, sociales y jurídicas, ni adoptar decisiones verdaderamente autónomas sobre un ámbito particularmente sensible de su desarrollo personal (Molano Alba, 2023). La intervención del Derecho penal responde, precisamente, a la necesidad de preservar ese proceso de formación frente a injerencias prematuras que comprometen la construcción libre de la personalidad y la futura autodeterminación sexual.

La consecuencia sistemática de esta concepción consiste en desvincular definitivamente la tipicidad de la necesidad de acreditar violencia, intimidación, engaño o cualquier otra modalidad específica de sometimiento. La ilicitud no surge porque el autor haya empleado determinados medios de coacción, sino porque incorpora a una persona jurídicamente incapaz de consentir en una actividad sexual cuya realización el ordenamiento prohíbe de manera absoluta. El injusto se identifica con la invasión de una esfera de desarrollo especialmente protegida y no con la intensidad de los mecanismos empleados para alcanzar el resultado.

Una configuración de esta naturaleza presenta, además, importantes ventajas desde la perspectiva de la coherencia sistemática. Al eliminar referencias innecesarias a formas de violencia ficticia o presunta, el legislador consigue armonizar la regulación de los menores de catorce años con la reconstrucción normativa del consentimiento propuesta para los restantes delitos sexuales. El sistema pasa a responder a una misma lógica de protección de la autonomía sexual, diferenciándose únicamente el fundamento de la invalidez del consentimiento: mientras en las personas mayores de catorce años la ausencia de consentimiento constituye un elemento que debe verificarse en cada caso concreto, respecto de los menores ese consentimiento resulta jurídicamente imposible por expresa decisión normativa del legislador.

Ahora bien, precisamente porque el elemento determinante de la tipicidad pasa a ser la edad de la víctima, la reconstrucción del tipo penal exige preservar rigurosamente las garantías

derivadas del principio de culpabilidad. La protección reforzada de la infancia no autoriza a flexibilizar las exigencias propias de la imputación subjetiva ni a introducir formas encubiertas de responsabilidad objetiva incompatibles con el artículo 12 del Código Penal. La edad inferior a catorce años constituye un elemento objetivo del tipo y, como tal, debe encontrarse comprendida dentro del dolo del autor. No basta, por consiguiente, la mera constatación objetiva de la minoría de edad; resulta indispensable acreditar que el sujeto conocía o, al menos, representaba como altamente probable dicha circunstancia al momento de desarrollar la conducta típica.

La exigencia de que el dolo abarque todos los elementos objetivos del tipo constituye una consecuencia directa del principio de culpabilidad y de la prohibición constitucional de responsabilidad objetiva. Admitir que la sola existencia material de la minoría de edad basta para fundamentar automáticamente la responsabilidad penal implicaría desvincular el reproche subjetivo del contenido efectivo de la representación del autor, sustituyendo el Derecho penal del hecho por un modelo incompatible con las garantías propias de un Estado constitucional de derecho.

Precisamente por ello, la eventual reforma legislativa debería incorporar expresamente la edad de la víctima como elemento integrante de la descripción típica, de modo que su conocimiento forme parte necesaria del contenido del dolo. Solo una configuración de esta naturaleza permite compatibilizar la protección reforzada de los menores de catorce años con las exigencias derivadas del principio de legalidad, de la culpabilidad personal y de la responsabilidad por el hecho. La intensidad de la tutela penal dispensada a la infancia no puede alcanzarse mediante la relativización de las garantías fundamentales del imputado, sino mediante una técnica legislativa que describa con claridad el contenido del injusto y preserve íntegramente las condiciones constitucionales de la imputación subjetiva. De este modo, la reconstrucción propuesta no solo optimiza la eficacia político-criminal del sistema, sino que fortalece simultáneamente su coherencia dogmática y su compatibilidad con los principios estructurales del Derecho penal colombiano.

#### **4.3 El tipo subjetivo y la preservación del principio de culpabilidad: la viabilidad y límites del error de tipo**

Uno de los problemas dogmáticos más complejos que plantea cualquier modelo de tipificación construido sobre el consentimiento consiste en la delimitación de la imputación

subjetiva. La dificultad ya no reside en determinar el contenido objetivo del injusto, sino en establecer bajo qué condiciones puede afirmarse que el autor actuó con conocimiento de la ausencia de consentimiento o de las circunstancias que determinan la invalidez jurídica de este. La cuestión adquiere una relevancia singular cuando el procesado sostiene haber obrado convencido de que la otra persona participaba voluntariamente en la interacción sexual o cuando afirma haber creído razonablemente que la víctima había superado el límite de edad legalmente establecido para la prestación de un consentimiento eficaz. En estos supuestos, el verdadero objeto del análisis deja de ser la estructura objetiva del tipo para trasladarse al ámbito del error y de las reglas que disciplinan la imputación subjetiva en un sistema penal fundado sobre el principio de culpabilidad.

Precisamente por ello, cualquier propuesta de reforma debe partir de una premisa constitucional ineludible: el artículo 12 del Código Penal proscribe de manera categórica toda forma de responsabilidad objetiva. Ninguna finalidad de política criminal, por legítima que resulte, autoriza a sustituir el juicio de culpabilidad por presunciones irrebatibles acerca del conocimiento del autor. Desde esta perspectiva, no parece compatible con los principios estructurales del Derecho penal colombiano mantener construcciones interpretativas que, en la práctica, conduzcan a una presunción automática de dolo respecto de circunstancias esenciales del tipo, como la edad de la víctima o la inexistencia de consentimiento. La protección reforzada de determinados bienes jurídicos no puede alcanzarse a costa de debilitar el contenido garantista del principio de culpabilidad.

En particular, la afirmación según la cual en los delitos cometidos contra menores de catorce años operaría una suerte de “*presunción de dolo*” respecto de la edad de la víctima resulta difícilmente conciliable con la estructura de la teoría del delito acogida por la Ley 599 de 2000. La edad constituye un elemento objetivo del tipo penal y, como tal, debe encontrarse comprendida dentro del contenido del dolo. Admitir que ese elemento puede darse por conocido ope legis equivaldría, en rigor, a excluir del ámbito del juicio de culpabilidad un componente esencial de la descripción típica, sustituyendo la acreditación del conocimiento por una ficción incompatible con el principio de responsabilidad por el hecho.

La solución dogmáticamente más consistente pasa, por el contrario, por integrar esta problemática dentro del régimen general del error de tipo previsto en el artículo 32, numeral 10, del Código Penal. La cuestión relativa al consentimiento o a la edad de la víctima no constituye un problema autónomo de política criminal, sino una manifestación específica de las reglas generales

que disciplinan la imputación subjetiva en el Derecho penal colombiano. Ello permite preservar la unidad sistemática de la teoría del delito y evitar la creación de regímenes excepcionales incompatibles con los principios constitucionales que gobiernan la responsabilidad penal.

Desde esta perspectiva, cuando el error recae sobre un elemento objetivo del tipo, corresponde determinar, conforme a las reglas generales, si dicho error resulta invencible o vencible. En aquellos supuestos en los que el autor, pese a haber desplegado la diligencia objetivamente exigible, no hubiera podido superar razonablemente su equivocación, la consecuencia debe ser la exclusión del dolo y, en ausencia de una modalidad culposa expresamente prevista, la exclusión misma de la responsabilidad penal. El error invencible elimina el fundamento del reproche porque impide afirmar que el sujeto conociera los elementos objetivos que integran la descripción típica. En tales condiciones, la conducta deviene atípica desde la perspectiva subjetiva, en plena coherencia con la regulación contenida en el artículo 32, numeral 10, del Código Penal.

Una solución distinta vaciaría de contenido el principio de culpabilidad. Si el error inevitable no excluyera la responsabilidad, el Derecho penal dejaría de reprochar conductas dolosas o culposas para sancionar simplemente la producción objetiva del resultado, aproximándose a formas de imputación incompatibles con el modelo constitucional colombiano.

Distinta debe ser la respuesta cuando el error resulte objetivamente vencible. En estos supuestos, el sujeto alcanza una representación equivocada de la realidad que habría podido corregir si hubiese observado el deber de diligencia que las circunstancias concretas le imponían. La evitabilidad del error constituye aquí el elemento central del juicio de reproche. No se sanciona el desconocimiento como tal, sino la infracción del deber objetivo de cuidado que permitió la persistencia de una representación errónea acerca de circunstancias esenciales para la licitud de la conducta. Así ocurriría, por ejemplo, cuando existieran dudas objetivamente relevantes sobre la edad de la otra persona y el autor omitiera realizar verificaciones razonablemente exigibles antes de iniciar la interacción sexual, o cuando persistieran señales suficientemente claras de ausencia de consentimiento frente a las cuales el agente optara por actuar con manifiesta indiferencia.

No obstante, la estructura del sistema penal colombiano impide que esa conclusión conduzca automáticamente a una sanción penal. El artículo 21 del Código Penal consagra un régimen de *numerus clausus* para la responsabilidad culposa, de modo que la simple constatación de un error vencible no basta para fundamentar la punibilidad si el legislador no ha previsto

expresamente una modalidad imprudente del correspondiente delito. La consecuencia sistemática es clara: mientras no exista un tipo culposo específico, el error vencible excluirá el dolo sin permitir la sustitución automática por una responsabilidad imprudente.

Precisamente por ello, una eventual reforma inspirada en los desarrollos del Derecho comparado exigiría incorporar expresamente una modalidad culposa limitada a aquellos supuestos en que el autor incurra en una infracción grave del deber objetivo de cuidado respecto de la existencia del consentimiento o de las circunstancias que determinan su invalidez jurídica. Una figura como la Agresión Sexual por Imprudencia Grave permitiría cerrar aquellos espacios de impunidad derivados de errores objetivamente evitables, sin alterar la estructura garantista del sistema de imputación colombiano.

La justificación de una modalidad de esta naturaleza no descansaría en una ampliación indiscriminada del poder punitivo, sino en la necesidad de ofrecer una respuesta diferenciada frente a quienes, sin actuar dolosamente, desarrollan conductas sexuales ignorando de manera gravemente negligente señales objetivas que cualquier persona razonablemente diligente habría advertido. El fundamento del reproche no sería la mera ausencia de consentimiento, sino la infracción del deber de verificar diligentemente circunstancias cuya importancia para la licitud del comportamiento resulta manifiesta.

Desde esta perspectiva, la experiencia sueca ofrece un referente metodológicamente útil, aunque no directamente trasladable. Lo relevante de aquel modelo no reside tanto en la creación de un nuevo delito cuanto en haber desplazado el análisis hacia la valoración normativa del comportamiento del autor frente a riesgos objetivamente reconocibles de ausencia de participación voluntaria. Adaptada a los principios del Derecho penal colombiano, esa lógica exigiría demostrar que el agente actuó con una desatención grave frente a indicadores objetivos de falta de consentimiento o de minoría de edad, persistiendo en la conducta pese a la existencia de circunstancias que imponían razonablemente un deber reforzado de comprobación.

Solo una regulación construida sobre estas bases resultaría compatible con los principios constitucionales que gobiernan la responsabilidad penal en Colombia. La eventual introducción de una modalidad imprudente no podría traducirse en una inversión de la carga de la prueba ni en una presunción de culpabilidad fundada exclusivamente en la versión de la víctima o en la producción del resultado. Correspondería íntegramente a la Fiscalía General de la Nación acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia de un deber objetivo de cuidado, su concreta infracción por

parte del acusado, la previsibilidad ex ante del riesgo de ausencia de consentimiento o de minoría de edad y la evitabilidad objetiva del error. Solo de este modo sería posible incorporar una modalidad culposa inspirada en los desarrollos del Derecho comparado sin sacrificar los pilares garantistas que estructuran el Derecho penal colombiano y sin transformar el principio de culpabilidad por el hecho en un mecanismo de expansión de la responsabilidad objetiva.

## **Capítulo 5. Conclusión jurídico-dogmática de la investigación y propuesta de reforma sustancial**

El recorrido dogmático desarrollado en esta investigación permite afirmar que el paradigma ontológico, sobre el cual fue edificada originalmente la tipificación de los delitos de acceso carnal y de acto sexual en la legislación penal colombiana, presenta hoy un rendimiento explicativo claramente insuficiente frente a las exigencias del Derecho penal contemporáneo. La identificación del injusto con la constatación empírica de una alteración corporal —materializada en la penetración o en el contacto físico descritos por el artículo 212 del Código Penal— responde a una concepción de la acción profundamente vinculada a categorías naturalistas que sitúan el fundamento de la imputación en la modificación mecánica del mundo exterior. Sin embargo, la progresiva complejidad de las formas de criminalidad sexual demuestra que la lesión penalmente relevante no siempre se manifiesta mediante acontecimientos anatómicamente perceptibles. La utilización de entornos digitales para la ejecución de agresiones sexuales, la instrumentalización de tecnologías de comunicación, las dinámicas de sometimiento psicológico o químico y otras modalidades de afectación de la libertad sexual evidencian que la protección penal no puede continuar dependiendo de la constatación de un determinado sustrato corpóreo. En consecuencia, la teoría del delito debe abandonar definitivamente una comprensión del injusto edificada sobre presupuestos predominantemente descriptivos para asumir una reconstrucción normativo-funcional en la que acción y omisión se integren bajo una categoría unitaria de imputación fundada en la infracción de deberes jurídicos y en el quebrantamiento de expectativas normativamente institucionalizadas. Solo desde esta perspectiva resulta posible ofrecer una explicación sistemáticamente coherente de las nuevas formas de agresión sexual sin sacrificar la estructura garantista del Derecho penal (Benavides Morales, 2018; Polaino Orts, 2018; Tocora, 2009; Velázquez Velázquez, 2009, 2020).

El examen crítico de la jurisprudencia reciente de la Sala de Casación Penal pone de manifiesto una tensión estructural cada vez más evidente entre la formulación legal del artículo 212 de la Ley 599 de 2000 y el sistema de imputación efectivamente construido por la Corte Suprema de Justicia. Mientras el legislador continúa describiendo el acceso carnal mediante categorías de carácter esencialmente anatómico, la jurisprudencia ha debido desarrollar un intenso proceso de reconstrucción normativa para evitar que esa configuración descriptiva genere espacios

de impunidad incompatibles con la tutela efectiva de la libertad sexual. Esa evolución se refleja en la admisión de la coautoría impropia respecto de sujetos que nunca ejecutaron materialmente la penetración, pero que ejercían un dominio funcional sobre el desarrollo del hecho (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009, 2020); en el reconocimiento de la realización de actos sexuales mediante entornos digitales sin necesidad de contacto físico inmediato (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019); y en la aceptación expresa de la comisión por omisión impropia en delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuando concurren deberes específicos derivados de una posición de garante (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2021). Todas estas decisiones revelan un fenómeno metodológicamente significativo: la Corte ha debido recurrir a categorías propias del normativismo contemporáneo para corregir las insuficiencias de una descripción típica todavía anclada en presupuestos ontológicos. Aunque este desarrollo jurisprudencial ha permitido ofrecer respuestas materialmente satisfactorias frente a nuevas formas de criminalidad sexual, también ha trasladado hacia la función jurisdiccional una tarea de reconstrucción sistemática que, desde la perspectiva del principio de legalidad estricta, corresponde primordialmente al legislador. La persistencia de esa disociación entre texto legal y dogmática jurisprudencial incrementa inevitablemente el riesgo de interpretaciones expansivas próximas a los límites impuestos por la prohibición de la analogía *in malam partem*, circunstancia que hace jurídicamente necesaria una actualización legislativa capaz de armonizar la descripción típica con el grado de evolución alcanzado por la teoría contemporánea de la imputación.

La experiencia comparada demuestra que la transición desde modelos contruidos sobre la violencia hacia sistemas edificados sobre la protección directa de la autonomía sexual constituye una de las transformaciones más relevantes experimentadas por el Derecho penal europeo durante las últimas décadas. Tanto la reforma alemana del § 177 del Strafgesetzbuch, inspirada en el principio del “*No es No*”, como la modificación del Capítulo 6 del Brottsbalken sueco, articulada sobre el paradigma del “*Solo Sí es Sí*”, responden a una misma lógica metodológica: desplazar el fundamento del injusto desde la utilización de mecanismos materiales de coacción hacia el desconocimiento de la voluntad libremente expresada por la víctima. Con ello, ambos ordenamientos abandonan definitivamente las discusiones centradas en la intensidad de la violencia o en la suficiencia de la resistencia física para situar el juicio de tipicidad en la efectiva vulneración de la autonomía sexual y de la libertad de autodeterminación de la persona (Centro de Conocimientos, 2020; Pérez Collado, 2016; Rabe, 2017). Particular interés presenta, además, la

incorporación en el Derecho sueco de la modalidad de violación negligente (oaktsam våldtäkt), institución que permite sancionar aquellos supuestos en los que el autor actúa con grave indiferencia frente a señales objetivas de ausencia de consentimiento. Aunque su trasplante automático al sistema colombiano resultaría incompatible con la estructura actual de la Ley 599 de 2000, la experiencia sueca ofrece un valioso referente metodológico para comprender que el tratamiento dogmático del consentimiento no puede agotarse en la dicotomía entre dolo y ausencia absoluta de responsabilidad, sino que admite soluciones diferenciadas construidas sobre la infracción del deber objetivo de cuidado, siempre que estas se desarrollen dentro de un marco plenamente respetuoso de las garantías constitucionales y del principio de culpabilidad (Centro de Conocimientos, 2020).

Sobre la base de las consideraciones precedentes, la investigación sostiene que la reconstrucción del Título IV del Código Penal colombiano debe orientarse hacia un modelo de protección cuyo eje estructural sea el quebrantamiento de la autonomía sexual y no la utilización de determinados mecanismos de violencia o coacción. Una reforma de esta naturaleza no solo resulta compatible con la evolución jurisprudencial de la Sala de Casación Penal, sino que constituye el instrumento idóneo para armonizar el texto legal con la comprensión normativa del bien jurídico hoy dominante. Ahora bien, esa reconstrucción adquiere una especial complejidad cuando se proyecta sobre la protección reforzada de las personas menores de catorce años. La superación definitiva de categorías como la denominada “violencia presunta” exige reconocer que el fundamento del injusto reside en la imposibilidad jurídica de prestar un consentimiento eficaz y no en la existencia de una violencia ficticiamente presumida por el legislador. La edad debe configurarse, por ello, como un auténtico elemento descriptivo del tipo objetivo cuya concurrencia determina normativamente la invalidez absoluta de cualquier manifestación de voluntad en materia sexual. Sin embargo, esa intensificación de la tutela no puede traducirse en una flexibilización de las garantías propias del Derecho penal de acto. Precisamente porque la minoría de edad integra el contenido del tipo objetivo, su conocimiento debe quedar comprendido dentro del dolo del autor, preservando íntegramente el principio de culpabilidad consagrado en los artículos 12 de la Ley 599 de 2000 y 29 de la Constitución Política. En consecuencia, el error de tipo previsto en el artículo 32, numeral 10, debe conservar plena operatividad sistemática: cuando resulte invencible, excluirá la imputación dolosa y la responsabilidad penal; cuando sea objetivamente vencible, únicamente podrá generar responsabilidad si el legislador incorpora de manera expresa una

modalidad culposa específica. En este contexto, la creación de una figura autónoma de Agresión Sexual por Imprudencia Grave, sometida a los estrictos presupuestos del sistema de *numerus clausus* establecido por el artículo 21 del Código Penal, constituye la única alternativa compatible con el principio de culpabilidad para sancionar aquellos supuestos en los que el autor incurra en una grave infracción del deber objetivo de cuidado respecto de la existencia del consentimiento o de la minoría de edad de la víctima. Solo una solución de esta naturaleza permite conjugar eficazmente la protección reforzada de la libertad sexual con la preservación íntegra de las garantías que caracterizan al Derecho penal de un Estado constitucional de derecho (Pabón Parra, 2013).

### Referencias Bibliográficas

- Arias Eibe, M. J. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (29), 439–453. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.24>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>
- Benavides Morales, D. (2018). Manual de derecho penal especial (Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed.). Temis.
- Bernate-Ochoa, F. (2010). El sistema penal debe construirse a partir de las finalidades que se le asignen y del modelo de estado. ¿Cambio de paradigma gracias a la irrupción del racionalismo?. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 135–155. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/309>
- Bonilla-Coneo, J. Ángel, & Ujueta-Marmolejo, L. (2019). La mujer como sujeto activo del acceso carnal. *Vis Iuris. Revista De Derecho Y Ciencias Sociales*, 3(6), 84–103. <https://doi.org/10.22518/vis.v3i62016.1137>
- Centro de Conocimientos, Poder Judicial. (2020). Den nya samtyckeslagen i praktiken: En uppföljning av 2018 års förändringar av lagreglerna rörande våldtäkt. CGR. <https://bra.se/rapporter/arkiv/2020-06-15-den-nya-samtyckeslagen-i-praktiken>
- Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2002, 5 de diciembre). *Sentencia SP, Radicación No. 14896*. Magistrado ponente: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sala de Casación Penal. <https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2009, 8 de julio). *Sentencia SP, Radicación No. 31085*. Magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos. Sala de Casación Penal. <https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017, 22 de marzo). *Sentencia SP3989-2017, Radicación No. 44441*. Magistrado ponente: José Luis Barceló Camacho. Sala de Casación Penal. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/05/SP3989-201744441.pdf>

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019, 13 de marzo). *Sentencia SP, Radicación No. 47234*. Magistrado ponente: Eugenio Fernández Carlier. Sala de Casación Penal. <https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2020, 11 de noviembre). *Sentencia SP4624-2020, Radicación No. 53395*. Magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Sala de Casación Penal. <https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=pdf&file=725201>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2020, 22 de enero). *Auto AP190-2020, Radicación No. 56248*. Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa. Sala de Casación Penal. <https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2021, 12 de mayo). *Sentencia SP1793-2021, Radicación No. 51936*. Sala de Casación Penal. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2021/SP1793-2021%2851936%29.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2021, 17 de febrero). *Sentencia SP372-2021, Radicación No. 55532*. Magistrado ponente: Diego Eugenio Corredor Beltrán. Sala de Casación Penal. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1mar2021/SP372-2021%2855532%29.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2021, 28 de julio). *Sentencia SP3218-2021, Radicación No. 47063*. Magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Sala de Casación Penal. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ago2021/SP3218-2021%2847063%29.pdf>
- Cuenca Piqueras, C. (2019). El acoso sexual en el ámbito académico: Una aproximación. *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, 6(3), 426–440. <https://doi.org/10.7203/RASE.6.3.8670>
- Escobar López, É. (2013). *Los delitos sexuales*. Leyer.
- Grosso García, M. S. (2007). *El concepto de delito en el Código Penal*. Editorial Ibáñez.
- Molano Alba, D. A. (2023). Hacia una nueva interpretación de los delitos sexuales en la legislación colombiana [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia]. *Repositorio Institucional*. <https://doi.org/10.57998/bdigital/handle.001.393>

- Navarrete, M.P. (2005). Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico-penal: Algunas consideraciones críticas. *Derecho Penal y Criminología*, 26(79), 33-45. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5312292.pdf>
- Pabón Parra, P. A. (2013). Manual de derecho penal. Parte especial. (9a ed). Doctrina y Ley.
- Parlamento Federal Alemán (Bundestag), Consejo Federal (Bundesrat). (1871/2024). *Strafgesetzbuch (StGB) [Código Penal Alemán]*. Ministerio Federal de Justicia de Alemania. <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>
- Parlamento sueco (Riksdag). (1962/2026). *Brottsbalken (1962:700) [Código Penal Sueco]*. Sveriges riksdag. [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700\\_sfs-1962-700/](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700_sfs-1962-700/)
- Pérez Collado, M. D. C. (2016). Delitos contra la libertad sexual. [Trabajo de grado, Universidad de Alicante]. Repositorio Institucional. <https://rua.ua.es/server/api/core/bitstreams/107b5f6d-8403-4b7c-aaf9-bb998156f8d5/content>
- Rabe, H. (2017). *Violencia sexualizada en el derecho penal reformado: Un cambio en los valores, al menos en la ley*. Agencia Federal de Educación Cívica. <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/240913/sexualisierte-gewalt-im-reformierten-strafrecht-ein-wertewandel-zumindest-im-gesetz/?p=all>
- Sánchez Ojalvo, D. (2013). El acceso carnal violento y el delito de propia mano: Una interpretación desde el funcionalismo [Trabajo de grado, Universidad de los Andes]. Repositorio Institucional. <https://hdl.handle.net/1992/19782>
- SEN Barcelona, C. (2018, 25 de mayo). Suecia aprueba la ley del sexo sin consentimiento: Si no hay un sí explícito, es violación. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180525/443816457117/suecia-aprueba-ley-sexo-sin-consentimiento-violacion.html>
- Tocora, L. F. (2009). *Derecho penal especial: Delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico y delitos sexuales*. (11a ed). Ediciones Librería Ediciones del Profesional.
- Torres Perdomo, J. F. (2008). *Posición de garante en virtud de la confianza legítima especial*. Ediciones Universidad Externado de Colombia.

- Uribe Amado, D. C. (2019). Factores de inoperancia en el proceso de atención a víctimas de acceso carnal violento [*Trabajo de grado, Universidad Santo Tomás*]. *Repositorio Institucional* <http://hdl.handle.net/11634/23279>
- Vega, P. D. (2011). Apuntes sobre la evolución histórica de la dogmática jurídico-penal. *Perspectiva de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 1(1), 55–72. <https://repo.unlpam.edu.ar/items/aad83dd1-66d4-423e-822d-8ce02116ddef>
- Velázquez Velázquez, F. (2009). Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración. *Cuadernos de Derecho Penal*, 1, 7-34. <https://doi.org/10.22518/20271743.360>
- Velázquez Velázquez, F. (2020). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. (7a ed). Tirant lo Blanch.