

SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. SEMILLERO EN PSICOLOGÍA FORENSE DE LA UNIVERSIDAD EL BOSQUE, "Comentario a la sentencia C-163 de 2021. Incapacidad para resistir versus discapacidad física, psíquica o sensorial en materia de delitos sexuales", *Nuevo Foro Penal* 97, (2021).

**Comentario a la sentencia C-163 de 2021
Incapacidad para resistir versus
discapacidad física, psíquica o sensorial en
materia de delitos sexuales**

*Commentary on the judgment C-163, 2021.
Inability to resist versus physical, mental or sensory
disability in relation to sexual crimes*

SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA¹
SEMILLERO EN PSICOLOGÍA FORENSE DE LA UNIVERSIDAD EL BOSQUE²

Introducción. Tres casos para análisis:

(i) **X** es una persona con movilidad reducida que acude mensualmente a hipnoterapia, con el objetivo de vencer sus miedos de transitar en silla de ruedas por el centro de la ciudad. Un día, la aseedora (**Y**) que trabaja en el consultorio de su

1 A continuación, se relacionan los integrantes del Semillero de investigación en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana que participaron en la intervención ciudadana que sirve de base al presente comentario: Norberto Hernández Jiménez (Tutor), Valeria Echeverry Rodríguez (Coordinadora), Juan Manuel Benjamín Pacheco, Isabela Blanco Gómez, Juan Fernando Montañez Peñas, Alejandro Guerrero Garrido y María Carolina Montoya Moreno.

2 En la elaboración de este documento participaron los siguientes integrantes del Semillero de investigación en Psicología Forense de la Universidad El Bosque: Alexa Liliana Rodríguez Padilla (Tutora), Ana María Rodríguez, Alejandra Aguilar, Katerine Olaya, Juan Manuel Sotelo, Diana Paola Calle, Laura Camila Hortua.

terapeuta (quien salió por unos minutos del lugar), aprovecha su estado de hipnosis para introducir sus falanges por su cavidad anal; (ii) **X** padece de una discapacidad intelectual que se ve reflejada en alteraciones en su proceso de aprendizaje, razón por la cual asiste donde un profesor privado (**Y**), que utiliza metodologías de aprendizaje especiales e intensivas para esta clase de sujetos. Un día, su profesor observa que **X** queda profundamente dormido, como consecuencia del ritmo de estudio al que ha sido sometido en los últimos días y en ese estado, aprovecha para tocar sus partes íntimas; (iii) **X** es una persona ciega. Un día, su compañero de apartamento (**Y**) la vio llegar en estado de embriaguez y aprovechó para tocar su cuerpo de manera libidinoso.

Conforme la regulación de nuestro actual Código Penal (Ley 599 de 2000, modificada por las Leyes 1236 y 1257 de 2008), **Y** respondería en los tres eventos por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos en incapaz de resistir (artículo 210), diferenciando la punibilidad por el mayor desvalor de la acción (acceso) en el caso (i), a diferencia de los casos (ii) y (iii) (actos sexuales), agravado por la discapacidad física (caso i), psíquica (caso ii) y sensorial (caso iii) de sus víctimas (numeral 7, artículo 211)³.

Una variante de los casos. Si en los casos (i), (ii) y (iii), **X** es una persona con una discapacidad psíquica, como por ejemplo síndrome de Down (lo que automáticamente no impide su contacto sexual⁴) y esa situación la imposibilita para resistir la agresión desplegada por **Y**, se debe imputar de manera exclusiva el delito consagrado en el artículo 210 del Código Penal, sin la circunstancia de agravación punitiva contenida en el artículo 211-7 del mismo compendio punitivo, so pena de vulnerar el principio *non bis in idem*.

Los casos hipotéticos planteados giran alrededor de la circunstancia de agravación punitiva en comento, misma que fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad [Radicado D-13749 (el demandante es una persona que se encontraba privada de la libertad)], la cual fue resuelta mediante la sentencia C-163 de 2021, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado. No se debe dejar pasar por alto que algunos magistrados, incluyendo la ponente, aclararon el voto por considerar que las personas condenadas a una pena privativa de la libertad tienen suspendidos sus derechos políticos y no se encuentran legitimados para acudir a la

3 Esta circunstancia de agravación se introdujo mediante la Ley 1236 de 2008, con el objetivo de brindar una mayor protección que compense las carencias naturales, económicas o sociales que deben soportar las personas allí relacionadas, entre ellas las personas con “disminución” física, psíquica y/o sensorial (Gaceta del Congreso 349 del 11 de junio de 2008).

4 En sentido similar el fundamento jurídico 53 (página 46) de la sentencia C-163/21.

acción pública de inconstitucionalidad.

Con base en lo anterior, en este documento se expondrán los detalles de esta decisión de constitucionalidad, desde una perspectiva crítica, que no rebate su acierto interpretativo, pero sí su funcionalidad y *paternalismo* sobre los operadores judiciales en materia penal, quienes en la práctica han demostrado conocer la diferencia dogmática entre incapacidad para resistir y discapacidad física, psíquica y sensorial, así como tener claridad que la conjunción de los artículos 210 y 211-7 en el supuesto objeto de pronunciamiento, no es factible conforme el principio *non bis in idem*. Por ende, la conclusión a la que llega la Corte Constitucional parece una reiteración de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y no el resultado del control abstracto de constitucionalidad.

Demanda de inconstitucionalidad D-13749.

Los argumentos que conformaron el concepto de violación y que fueron admitidos por la Magistrada sustanciadora en providencia del 13 de agosto de 2020, corresponden a la vulneración del artículo 29 constitucional, por cuanto, según el actor, los apartes subrayados de las normas demandadas desconocen el principio de *non bis in idem*, en razón de que las circunstancias de agravación punitiva dispuestas en el artículo 211-7 del Código Penal, se encuentran ya implícitas en la tipificación del delito de acceso carnal o acto sexual abusivo contra persona en incapacidad de resistir, en el entendido de que *las personas en situación de discapacidad son, por su propia naturaleza, incapaces de resistir un ataque de este tipo*.

En consecuencia, el actor solicitó la exequibilidad condicionada de la norma jurídica demandada, en el entendido de que no puede agravar la conducta establecida en el artículo 210 Código Penal.

Síntesis de la decisión de constitucionalidad “paternalista”.

Nuestro Tribunal Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la expresión: *“Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su (...) discapacidad física, psíquica o sensorial”* contenida en el numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que dicha causal no puede agravar la pena contenida en el artículo 210 del Código Penal cuando la discapacidad física, psíquica o sensorial genere la incapacidad de resistir.

Inicialmente y en relación con el aspecto procedimental relacionado con la

legitimación por activa, señaló que el hecho de que el demandante se encontrara privado de su libertad, no impedía la interposición de acciones públicas de inconstitucionalidad, conforme el precedente contenido en el Auto 242 de 2015,

que sostiene que las personas condenadas a una pena privativa de la libertad, que tienen suspendidos sus derechos políticos como pena principal o accesoria, **están legitimados** para acudir a la acción pública de inconstitucionalidad. Lo anterior, puesto que consideró que la Constitución les atribuye a los ciudadanos, en general y sin ulteriores precisiones, el derecho a interponer acciones de inconstitucionalidad como una manifestación del derecho fundamental del acceso a la administración de justicia⁵ (Énfasis original).

Esto último teniendo en cuenta la realidad social del sistema penitenciario y carcelario, declarado como estado de cosas inconstitucional⁶.

Contrario sensu, la Magistrada ponente, en aclaración de voto, señala que “*hay buenas razones para que los sujetos condenados penalmente con interdicción de derechos civiles y políticos no puedan interponer acciones públicas de inconstitucionalidad*” y rebate el argumento relacionado con sintonizar la interpretación constitucional con el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario, para lo cual se encuentra instituida la acción de tutela como mecanismo por excelencia⁷. La tesis central en torno a este tema es respaldada por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo⁸.

Por otra parte, en el análisis de la aptitud sustantiva de la demanda, nuestro Tribunal Constitucional se declaró inhibido para emitir un pronunciamiento de fondo con respecto al artículo 210 del Código Penal, al no evidenciarse las razones por las cuales dicho texto se estimase violado. A su vez, se hace la integración de la

5 Fundamento jurídico 2 (página 14). Sentencia C-163 de 2021.

6 Sobre el tema HERNÁNDEZ, N., *El derecho penal de la cárcel: una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y EAFIT, pp. 95-161, 2018.

7 En este punto se debe mencionar la limitada capacidad de la tutela respecto a la situación penitenciaria y carcelaria, así como la poca efectividad de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional al respecto. Sobre el tema ESCOBAR, G., “¿Quién mató a la tutela en materia de privación de libertad en Colombia?”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 14, No. 91, pp.43-79, 2018. Inclusive parece ser más efectiva la respuesta en sede contencioso administrativa, para obtener por lo menos la reparación de perjuicios. Sobre el tema ver ECHEVERRY, V. Y HERNÁNDEZ, N., “Comentario a la sentencia del 20 de noviembre de 2020 del Consejo de Estado [acción de grupo - radicación 18001233300020130021601]. Una decisión judicial con enfoque de género respecto del encarcelamiento femenino”. *UNA Revista de Derecho* 6 n°. 1, pp. 254-266, 2021.

8 En las páginas 60-74 de la Sentencia C-163 de 2021, reposan las aclaraciones de voto en comento.

unidad normativa, completando el contenido de la expresión acusada con el aparte restante que no fue demandado. Por consiguiente, la Corte se pronunció sobre toda la expresión “*en razón de su (...) discapacidad física, psíquica o sensorial*”⁹.

Agotado el análisis de cuestiones preliminares, la Corte Constitucional entra a resolver el problema jurídico, que a nuestro parecer se formula a partir de una falacia, ya que no es lo mismo (i) la incapacidad para resistir y (ii) la discapacidad física, psíquica o sensorial. Si efectivamente fueran lo mismo, resolver el problema jurídico planteado por nuestro Tribunal Constitucional, axiomáticamente conllevaría a una respuesta afirmativa y por ende, a declarar la exequibilidad condicionada, que en definitiva fue lo que aconteció.

Nótese como la Corte Constitucional inicialmente se pregunta lo siguiente:

24. Le corresponde a la Corte dar respuesta al siguiente **problema jurídico**: ¿se vulnera el principio del non bis in ídem previsto en el artículo 29 de la Constitución, cuando el Legislador prevé como un delito contra la libertad, integridad y formación sexual el acceso carnal o acto sexual abusivo contra persona incapaz de resistir y, al mismo tiempo, dispone que dicha conducta se agravará si se cometiere sobre una persona en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial? (Énfasis nuestro).

La formulación del problema jurídico en el presente caso da la apariencia de que el legislador habilitó el siguiente supuesto: *Cuando la incapacidad para resistir sea consecuencia de una discapacidad física, psíquica o sensorial, el agresor responderá por la conducta consagrada en el artículo 210 del Código Penal, agravada de conformidad con el artículo 211-7 del mismo compendio punitivo*. De la lectura de ambas normas huelga concluir que esa no fue la voluntad del legislador, sumado a los debates evidenciados en la modificación introducida mediante las Leyes 1236 y 1257 de 2008.

Así, parece más acertada la formulación del problema jurídico que se hace al final de la decisión (página 48 de 59) de la siguiente forma:

56. Bajo este supuesto normativo, surge entonces para la Sala el siguiente interrogante ante las circunstancias previamente evaluadas: ¿el hecho de que existan situaciones concretas en las que puedan eventualmente existir puntos de contacto entre el agravante contenido en el artículo 211, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 y el artículo 210 de esta normativa, en lo que respecta a la situación que hace incapaz de resistir al sujeto pasivo de la conducta punible, cuando se trata de personas en ciertas situaciones de discapacidad particular, implica necesariamente

9 Fundamento jurídico 22 (página 26). Sentencia C-163 de 2021.

que el agravante desconozca el principio de non bis in ídem o se trata de un problema de aplicación de la norma, que puede ser resuelto por las reglas interpretativas clásicas, al momento de aplicar las disposiciones involucradas?

En todo caso, nuestra respuesta también es contraria al abordaje realizado en definitiva por la Corte Constitucional, amparados (nosotros) en los aciertos de interpretación judicial, con base en la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Casación.

Como ejercicio crítico, procedemos a reformular el que consideramos es el verdadero problema jurídico contenido en la demanda de inconstitucionalidad: *¿Una persona que tiene una discapacidad física, psíquica o sensorial **per se** debe ser catalogada como incapaz de resistir?* Para nosotros y otros intervinientes, la respuesta es negativa. De hecho, consideramos que la Corte Constitucional comparte esta conclusión¹⁰, pero aparentemente desconfió de la interpretación que los operadores judiciales hicieran al respecto (como se observa en la reformulación del problema jurídico, contenido en el fundamento jurídico 56), en los eventos en que la situación de discapacidad en la que se encuentran algunas personas, es lo que cualifica al sujeto pasivo del tipo consagrado en el artículo 210 del Código Penal y se use esta misma cualificación para agravar la conducta.

Esto último tendría sentido si la demanda de inconstitucionalidad estuviera persiguiendo el control abstracto de constitucionalidad de las interpretaciones que han hecho los operadores judiciales desde la doctrina del derecho viviente (Sentencias C-193/16, C-015/18 y C-519/19, entre otras) dentro del marco de las dinámicas sociales y los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 211-7 del Código Penal, utilizando la cualificación del sujeto activo para este efecto y simultáneamente para hacer el juicio de tipicidad respecto del artículo 210 del mismo compendio punitivo, vulnerando por contera el *non bis in ídem*.

Empero, la misma relación de sentencias evidenciada a lo largo del pronunciamiento judicial que es objeto de este comentario y otras, no permite censurar la vulneración del principio *non bis in ídem*, por parte de los operadores judiciales en materia penal. Diferente sería el evento en el que de manera concreta

10 *“52. En ese sentido, es importante considerar, en primer lugar, que la conducta punible prevista en el artículo 210 del Código Penal no se reduce a la agresión sexual que pueda cometerse en contra de una persona en condición de discapacidad. De hecho, el Legislador integró en el tipo penal una diversidad de hipótesis que convergen en la incapacidad de la víctima para consentir el acto sexual, situación que es aprovechada por el sujeto activo para accederla carnalmente o realizar actos sexuales en su contra. Se trata entonces de un tipo penal que contiene varios elementos descriptivos, referidos a las circunstancias que reducen al sujeto pasivo a una situación particular en la que su inequívoco consentimiento queda comprometido” Sentencia C-163/21.*

se observara la conjunción de ambas normas jurídicas respecto de la misma situación (discapacidad física, psíquica o sensorial como situación que determina la incapacidad para resistir del sujeto pasivo de la conducta) y la Corte Suprema de Justicia avalara esa interpretación. Por el contrario, insistimos, en esa relación que hace la Corte Constitucional encontramos la sentencia del 12 de marzo de 2014 (SP3623-2014, Rad. 36108, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), en donde explícitamente se protege el principio *non bis idem* por parte de esa Corporación, como se observa a continuación:

En efecto, que el actor tenga cualquier carácter que le brinde autoridad sobre la víctima (numeral 2 del artículo 211), tratándose del vínculo derivado de ser el sujeto agente el padre de la menor, implica soslayar el *non bis in idem*, como que precisamente esta circunstancia comporta dicho grado de ascendencia en la concurrencia típica del delito de incesto por el que también se le hicieron cargos a JPM.

Así también es dable rechazar la agravante del numeral 7, que dice configurar causa de incremento punitivo cuando la víctima sea persona disminuida física, sensorial o psíquica, toda vez que este es uno de los elementos típicos propios del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir **materia de acusación** en términos del artículo 210 y que se dedujo por estar acreditado que la menor padece un “retraso mental leve”, por lo cual tampoco puede imputarse, la circunstancia de mayor punibilidad. (Énfasis nuestro).

En definitiva, la sentencia C-163/21 parece replicar de manera facilista la argumentación contenida en la sentencia C-164/19 (a la que se acude en varias oportunidades durante la misma), que declaró exequible el artículo 211-4 del Código Penal, en el entendido que la causal de agravación relativa a la cualificación del sujeto pasivo, como menor de 14 años, no era aplicable a los eventos en que se actualizara la descripción punitiva consagrada en los artículos 208 y 209 del Código Penal, que exigen que el sujeto pasivo sea menor de 14 años. En todo caso, el ejercicio de equiparación no es afortunado [menor de 14 años = menor de 14 años (sujeto pasivo de los artículos 208 y 209 = al sujeto pasivo del artículo 211-4 del Código Penal)], ya que el artículo 210 no exige que la cualificación del sujeto pasivo, como incapaz de resistir, corresponda a aquellas personas que tienen una discapacidad física, psíquica o sensorial [incapacidad de resistir \neq discapacidad física, psíquica o sensorial (sujeto pasivo de los artículos 210 \neq al sujeto pasivo del artículo 211-7 del Código Penal)].

Un análisis alternativo.

El Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana apoyó en su oportunidad la exequibilidad, partiendo de los siguientes argumentos: (i) el principio de legalidad propio de nuestra legislación penal, en virtud del cual no es posible inferir ningún significado a las normas distinto al que se encuentra expresamente planteado en la ley, y (ii) la precisión sobre los conceptos de “*incapacidad para resistir*” versus “*discapacidad*”.

Protección reforzada. En primer lugar, vale la pena mencionar que la jurisprudencia constitucional ha determinado que los niños y niñas, así como las personas *en condición de discapacidad* y los adultos mayores, son sujetos de especial protección. Así, la Corte Constitucional ha precisado que

de conformidad con nuestra Carta Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44 par. 3 Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión, y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado (Sentencia T-468/18).

De la misma manera, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que las personas en situación de discapacidad gozan de una protección reforzada, y, por lo tanto, el Estado tiene la obligación de implementar acciones afirmativas en favor de dicho grupo, pues es considerado población vulnerable (Sentencia T-382 de 2018) y, en el mismo sentido, ha mencionado que los adultos mayores son un grupo vulnerable y, en razón de ello, han sido entendidos como sujetos de especial protección constitucional (Sentencia T-252/17).

De hecho, afirma este Tribunal, que el artículo 13 de nuestra Constitución Política dispone la protección especial de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por sus condiciones físicas o mentales (Sentencia T-662/17). Con base en lo anterior, cabe concluir que los niños, adultos mayores y *personas en condición de discapacidad* sí son considerados población especialmente vulnerable, y gozan, en virtud de tal circunstancia, de una protección constitucional reforzada, la cual exige a las autoridades implementar las medidas necesarias para la salvaguarda de sus intereses.

Principio de legalidad. También es necesario recalcar que nuestro ordenamiento jurídico penal encuentra sus límites en el principio de legalidad, el cual, en palabras de esta Corporación, “*constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo, pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los*

ciudadanos, ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué pueden ser objeto de penas" (Sentencia C-559/99). En consecuencia, *"no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley"* (Sentencia C-710/01), lo que en materia penal se traduce en que existe una obligación de configuración legislativa previa y expresa frente a la tipificación del delito¹¹, lo que supone que el Legislador, al momento de tipificar una conducta como punible, debe plantear de manera explícita y clara todos los elementos del tipo penal, de modo que la legislación penal no esté abierta a interpretaciones o inferencias por parte del operador judicial.

Por consiguiente, si bien el demandante tiene razón al afirmar que los niños (menores de edad), los adultos mayores y las *personas en condición de discapacidad* se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, se equivoca al concluir que por dicha circunstancia, estos grupos poblacionales se encuentran implícitos como sujetos pasivos *"especiales"* del delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir contemplado en el artículo 210 del Código Penal, puesto que al no encontrarse ello expresamente determinado, no es posible, en virtud del principio de legalidad, inferirlo así.

La generalidad e indeterminación en la que está redactado el tipo penal referido, en relación con el sujeto pasivo del mismo, da a entender que cualquier persona podría encontrarse - en determinadas circunstancias -, en incapacidad de resistir un ataque, motivo por el cual la tipificación no se limita a los grupos poblacionales anteriormente mencionados.

Solución al problema jurídico reformulado. Para resolver el problema jurídico que suscita la presente acción pública - conforme nuestra reformulación -, se torna relevante precisar cuál es el contenido del concepto de la *"incapacidad para resistir"*, y por qué éste difiere de la interpretación esbozada por el demandante.

La jurisprudencia y la doctrina, tanto nacionales como internacionales, han debatido acerca del alcance que se le debe dar a la expresión *"incapacidad para oponerse"* o *"incapacidad para resistir"*, entendiendo, en ambos casos, que esta figura se refiere a situaciones en las cuales la víctima se encuentra restringida o privada y, en razón de ello, no puede otorgar su consentimiento libremente. En consecuencia, la noción central que se debe tener en cuenta en relación con estas expresiones es el concepto del *"consentimiento"*, entendido como el conjunto de respuestas físicas o verbales a través de las cuales una persona acepta o aprueba algo, en este caso, la relación sexual o la realización de actos sexuales diversos.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 4 de abril de 2018 [SP-9822018 (Rad. 51163)].

En relación con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que en los delitos de índole sexual, el consentimiento de la víctima puede actuar como causal excluyente de responsabilidad. Sin embargo, al respecto ha precisado que *“el consentimiento [...] debe ser válido, exigencia que implica que [...] quien lo otorga no se encuentre en incapacidad de hacerlo de manera libre y voluntaria”*. Así, la *“incapacidad de resistir”* se refiere a que la persona se encuentra con una *“interferencia que pueda anular o diezmar severamente su capacidad de decisión, o de cualquier situación que la coloque en imposibilidad de otorgarlo [su consentimiento] con total conciencia y libertad”* (Sentencia del 31 de octubre de 2012, Rad. 34494, CSJ). A su vez, la doctrina ha explicado que la *“incapacidad para resistir”* no se materializa mediante comportamientos *“[...] constitutivos de violencia o intimidación y, por otro lado, tampoco constituyen una privación total de sentido, pero pueden ser estimados como supuestos de no-consentimiento”*¹².

En consecuencia, la *“incapacidad de resistir”* se refiere a un supuesto en el cual la posibilidad de la víctima de expresar una respuesta negativa o de oposición *“se encuentra[n] doblegada[s] por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced”* (Sentencia del 6 de mayo de 2009, Rad. 24055, CSJ).

Insistimos, frente a la incapacidad de resistir, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de julio de 2006 (Rad. 24955)¹³, estableció:

Esta circunstancia evidentemente es distinta de aquéllas que recogen los supuestos que a manera de ingredientes de contenido jurídico de trastorno mental o estado de inconciencia prevé el tipo penal, pero que, en todo caso, debe inhibir a la víctima de la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador, entre cuyos ejemplos se suelen mencionar la debilidad extrema o la anemia exhaustiva, la hipnosis, la narcosis, el sueño profundo y en general todas aquellas hipótesis que le impidan oponerse a las pretensiones sexuales del agente, sin que dentro de esta lista eminentemente enunciativa pueda excluirse alguna, pues la condición idónea para que el punible tenga realización está dada porque el sujeto pasivo no pueda enfrentar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también ha insistido en que la incapacidad de resistir hace referencia a medios **distintos** a la violencia física y moral, así: *“(...) la persona puesta en incapacidad de resistir lo es por medios*

12 OXMAN, N. “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”, *Polít. crim.* Vol. 10, N° 19, p. 96, 2015.

13 En el mismo sentido sentencia del 21 de agosto de 2019 [SP3449-2019, Rad. 50610, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero].

distintos a los de la violencia física o moral" [sentencia del 5 de diciembre de 2018, AP 5195-2018 (Rad. 53910) CSJ].

En esa misma línea, recientemente señaló este alto Tribunal que la incapacidad de resistir puede operar de varias formas que no estén relacionadas con la inconsciencia del sujeto pasivo o alguna perturbación física. De hecho, una incapacidad de resistir puede relacionarse con alguna afectación física del sujeto pasivo:

Entonces, a voces del artículo 210 del C.P., el acceso carnal o el acto sexual abusivo se tipifican porque la víctima se halle en estado de inconsciencia, padezca algún trastorno mental o está "en incapacidad de resistir", caso este último que puede derivar de algún tipo de afección física. (Énfasis original) [Auto del 13 de agosto de 2019, AP3330-2019 (Rad. 55330)].

Este evento efectivamente daría cabida al debate sobre la vulneración del *non bis in idem*, si se aplica la circunstancia de agravación punitiva demandada.

En esa misma providencia, la Corte dejó claro que la incapacidad de resistir es un concepto que abarca diferentes situaciones diversas a las limitaciones físicas del sujeto pasivo de la conducta:

Huelga anotar que si la acometida sexual ocurrió cuando la persona se hallaba en incapacidad de resistir, por ejemplo, a causa de alguna limitación física, en juego no está su capacidad de comprender el vejamen o de manifestar su negativa al mismo, sin que por ello pierda su calidad de delito.

A partir de lo expuesto anteriormente, consideramos que al hablar de incapacidad de resistir y de situación de discapacidad se está refiriendo a dos escenarios y conceptos diferentes. Así, una persona podría estar en situación de *discapacidad* y no estar en *incapacidad de resistir*, dado que lo segundo se entiende como una situación en la que la víctima no puede evitar la acción que se ejerce contra ella; mientras que la discapacidad hace referencia a una deficiencia que presenta una persona, la cual le causa impedimentos al momento de su participación plena y efectiva en la sociedad.

Empero, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia establece sobre el particular, que para subsumir la conducta típica del Artículo 210 del Código Penal, no basta con demostrar que el sujeto pasivo padecía de una discapacidad, sino que esa alteración "*le impidió comprender y consentir la relación sexual, al punto que el autor aprovechó esa condición de vulnerabilidad para perpetrar el acto carnal que, en condiciones normales, habría sido rehusado por la víctima*" [Sentencia del 11 de septiembre del 2019, SP3732-2019 (Rad. 51950) CSJ].

Con todo, la incapacidad de resistir puede estar ligada a la misma personalidad

del sujeto pasivo, pero también puede presentarse por el contexto específico generado por el sujeto activo. Con base en ello, una adecuada interpretación de las normas nos lleva a concluir que el delito consagrado en el artículo 210 de la Ley 599 del 2000 se refiere a supuestos de no-consentimiento por parte de la víctima, los cuales van más allá de su naturaleza como menor de edad, adulto mayor o *persona en condición de discapacidad*, pues esta circunstancia no se puede inferir del texto legislativo.

Ahondando en argumentos, para efectos de diferenciar la *"incapacidad de resistir"* y la *"discapacidad"*, es preciso determinar con exactitud el concepto de *"discapacidad física, psíquica o sensorial"* en el ordenamiento jurídico colombiano. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad define como *"personas con discapacidad"*, a todos aquellos que: *"Tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*.

La Ley 1996 del 2019, que armoniza la legislación colombiana con este instrumento internacional, promueve la igualdad materialmente concebida y prescribe una presunción de capacidad en todas las personas con discapacidad, entendiéndolos como sujetos de derechos y obligaciones con capacidad legal en igualdad de condiciones. En efecto, la Ley 1996 del 2019 consagra, de manera tajante, que *"en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona"*, refiriéndose a un atributo de la personalidad del que todos, por el hecho de ser personas, somos titulares.

El concepto de discapacidad psíquica hace referencia a las alteraciones en el desarrollo intelectual o por enfermedad mental en una persona. Las discapacidades de tipo psíquico se organizan en dos grandes categorías: la discapacidad intelectual y por enfermedad mental. Por discapacidad intelectual se entiende la alteración en el desarrollo cognitivo de un individuo que interfiere en el proceso de desarrollo, aprendizaje, comunicación y relaciones interpersonales, por ende, pueden verse afectadas las actividades de su vida diaria, restándole autonomía. Se caracteriza por limitaciones en el funcionamiento cognitivo, que pueden llegar a afectar la vida en relación de la persona, así como la capacidad para adaptarse a diferentes situaciones y entornos¹⁴. Tiene un origen biológico y en la mayoría de los casos, se

14 MININEL, V. A., BAPTISTA, P. C. P., Y FELLI, V. E. A. "Cargas psíquicas y procesos de desgaste en trabajadores de enfermería de hospitales universitarios brasileños." *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 19, pp. 340-347, 2011.

manifiesta antes de los 18 años¹⁵.

De acuerdo al nivel de la deficiencia que produce la discapacidad en las funciones cognitivas (memoria, razonamiento lógico, toma de decisiones, comprender textos y conversaciones, entre otras), la discapacidad psíquica se puede clasificar en tipos y grados, según el nivel de afectación y la capacidad de la persona para responder de forma adecuada al ambiente¹⁶. Los niveles de discapacidad intelectual se pueden dividir entre: leve, moderado, grave y profunda. En este marco se adecuan algunos de los casos el síndrome de Down (mencionado como variante de los casos - *supra*), Prader Willi o los trastornos del espectro autista, entre otras. Desde la perspectiva psicológica, en relación al concepto de inteligencia, la unidad de medida denominada coeficiente intelectual (C.I.), el desempeño promedio de la población se encuentra entre 90 y 110, una puntuación por debajo de 70 se configura en una persona con discapacidad psíquica; quienes requieren de apoyo y supervisión permanente con el fin de proteger su integridad y bienestar.

Otras de las alteraciones que compromete la capacidad psíquica del individuo es la enfermedad o trastorno mental, el cual se define como una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, las emociones, la comprensión o del comportamiento de individuo, que se refleja en los procesos psicológicos, biológicos o en el desarrollo de su función mental (DSM V, 2014). La conducta de la persona puede verse alterada, así como su percepción del entorno y de las personas que le rodean, lo que genera una mayor dificultad para su adaptación en la sociedad, lo que puede llegar a generar un malestar significativo en quién lo padece.

Por su parte, la discapacidad por enfermedad mental se presenta como consecuencia de alteraciones de la salud mental de la persona, lo que dificulta la capacidad de comprensión y autodeterminación de quien los padece. Un trastorno o alteración mental, no necesariamente debe estar asociado con una discapacidad de tipo psíquico ni el menoscabo de la capacidad intelectual o el grado de cociente intelectual de la persona que la padece. No obstante, con un tratamiento adecuado,

15 LUCKASSON, R., BORTHWICK-DUFFY, S., BUNTINX, W. H. E., COULTER, D. L., CRAIG, E. M., REEVE, A., SCHALOCK, R. L., SNELL, M. E., SPITALNIK, D. M., SPREAT, S., Y TASSE, M. J. *Mental retardation: Definition, classification, and systems of supports (10th ed.)*. Washington DC, American Association on Mental Retardation, 2002.

16 DOSEN, A., GARDNER, W., GRIFFITHS, D., KING, R Y LAPOINTE, A. *Directrices y principios para la práctica: evaluación, diagnóstico, tratamiento y servicios de apoyo para personas con discapacidad intelectual y problemas de conducta*. Federación Española de Síndrome de Down, 2010. Disponible en: https://includ-ed.eu/sites/default/files/documents/discapacidad_intelectual_evaluacion_diagnostico_tratamiento.pdf

la mayoría de las personas con enfermedad mental pueden desarrollar su vida cotidiana de forma normal.

Evaluación de la discapacidad psíquica y tratamiento. Como se mencionó anteriormente, la discapacidad psíquica se entiende cómo el déficit en las capacidades intelectuales, sociales, de autocuidado y de aprendizaje de la persona¹⁷. En consecuencia, la herramienta más común que se utiliza para medir y evaluar a este tipo de condiciones son las pruebas psicométricas o test estandarizados, los cuales son empleados como una plataforma y base de información desde perspectivas bioéticas proyectando procesos de intervención y optimización en función de rehabilitación para la reintegración de sujetos a la sociedad, a partir de unos criterios definidos por los instrumentos psicométricos¹⁸.

Dentro de la gama de instrumentos traducidos al español se encuentran la escala para medir inteligencia de Wechsler (WISC-IV) para la evaluación en niños y la escala de inteligencia de Wechsler para adultos (WAIS-III); de igual manera la Escala McCarthy, un test empleado en niños de dos a ocho años de edad, con el fin de detectar dificultades en el desarrollo psicomotor y cognitivo del infante; además, se puede emplear el Test de matrices progresivas de Raven, cuyo objetivo principal es el desarrollo intelectual en niños, midiendo sus niveles de capacidad educativa y de razonamiento abstracto así como la ejecución o resolución de problemas intelectuales, analíticas y de percepción. Todas estas escalas se utilizan para apoyar el diagnóstico o impresión clínica del sujeto para determinar con exactitud su limitación o discapacidad, para así iniciar un tratamiento y seguimiento, por medio de estrategias que busquen promover el desarrollo óptimo de las funciones intelectuales y cognitivas para así lograr un estado de bienestar personal¹⁹.

Del mismo modo, a través de la evaluación diagnóstica se puede dar paso al tratamiento o plan de apoyo, partiendo de una intervención basada en la hipótesis donde se identifican los factores causantes y que siguen persistiendo, para así dar paso a una intervención integral donde se analiza e interviene el enfoque

17 PEREDO, R. "Comprendiendo la discapacidad intelectual: datos, criterios y reflexiones". *RIP: Reflexiones en Psicología*, No. 15, pp. 101-122, 2016.

18 PÉREZ, M. "Estudio exploratorio-descriptivo sobre las consideraciones bioéticas presentes en la intervención a personas con discapacidad psiquiátrica". *Acta bioeth*, 22, 2, pp.303-314, 2016.

19 MANSILLA, C., VÁSQUEZ, D., Y ESTRADA, C. "Pertinencia normativa del Raven para la evaluación de población infantojuvenil socialmente vulnerable". *Terapia Psicológica*, 2017, 30(1), 73-80, 2017; NAVAS, P., VERDUGO, M.A., & GÓMEZ, L. "Diagnóstico y clasificación en discapacidad intelectual". *Psychosocial Intervention*, 17(2), 143-152, 2008; SANTANA, A., ROJAS, M., & PACHECO, J. "Escala McCarthy de aptitudes y psicomotricidad para niños". *Avances en medición*, 4, pp. 148-149, 2006.

personal y el enfoque social relacionado con el entorno, así como tratar o eliminar aquellos factores que producen la conducta problema cómo lo pueden ser ciertas circunstancias médicas o sociales que generan el malestar²⁰.

El proceso por el cual se evalúa una discapacidad psíquica demanda²¹:

1. Tener a la mano instrumentos estandarizados y validados según el contexto para la evaluación de habilidades cognitivas y conductuales.
2. Tener en cuenta la diversidad cultural y lingüística de la persona, así como diferenciar las fortalezas comunicativas, sensoriales, motoras y conductuales.
3. Valorar las limitaciones del individuo que van a la par con sus fortalezas.
4. Dentro de las limitaciones mencionadas se debe siempre tener en cuenta la edad, el contexto cultural o entorno en el que se presenta.
5. Describir las limitaciones para desarrollar un perfil con el apoyo necesario para la persona.

Implicaciones en el comportamiento (vida sexual). A partir del proceso de evaluación anteriormente descrito, es importante tener en cuenta que las personas con discapacidad intelectual pueden tener una vida sexual normal, por lo que no se debe caer en el reduccionismo interpretativo de considerar que toda relación íntima con personas con discapacidad supone automáticamente un abuso. En este sentido, es el psicólogo jurídico/forense el encargado de realizar un estudio especializado acerca de las capacidades psicológicas de la persona para determinar su capacidad de concebir el consentimiento, siendo este una decisión que debe de ser libre y con el entendimiento de ambas partes, por lo que, el objetivo de la intervención será valorar si, por el grado de discapacidad de la persona, no tiene conocimiento alguno acerca de la sexualidad y por lo tanto no podría tomar la decisión libremente, o en el caso de que el sujeto tenga noción acerca de ello, pero es susceptible de ser manipulado, se debe analizar detalladamente su capacidad para otorgar su consentimiento²².

20 DOSEN, A., GARDNER, W., GRIFFITHS, D., KING, R Y LAPOINTE, A. *Directrices y principios para la práctica: evaluación, diagnóstico, tratamiento y servicios de apoyo para personas con discapacidad intelectual y problemas de conducta.* Federación Española de Síndrome de Down, 2010. Disponible en: https://includ-ed.eu/sites/default/files/documents/discapacidad_intelectual_evaluacion_diagnostico_tratamiento.pdf

21 LUCKASSON, R., BORTHWICK-DUFFY, S., BUNTINX, W. H. E., COULTER, D. L., CRAIG, E. M., REEVE, A., SCHALOCK, R. L., SNELL, M. E., SPITALNIK, D. M., SPREAT, S., Y TASSE, M. J. *Mental retardation: Definition, classification, and systems of supports (10th ed.)*. Washington DC, American Association on Mental Retardation, 2002.

22 MANZANERO, A., RECIO, M., ALEMANY, A. Y CENDRA, J. *Atención a víctimas con discapacidad intelectual.* Madrid, Fundación Carmen Pardo-Valcarce, 2013. Disponible en: <https://sid.usal.es/idos/F8/>

Ahora bien, la discapacidad intelectual está clasificada en diferentes niveles. En un estudio para analizar el comportamiento sexual en 78 personas con discapacidad intelectual leve y moderada entre 18 y 55 años de edad, se evidenció que el 73,1% había mantenido relaciones sexuales consentidas, el 42% había tenido más de una pareja, el 41% habían tenido una fantasía sexual, en el 28,1% era repetitivo y 30,7% nunca había tenido una, además, el 87,4% conocían diferentes tipos de métodos anticonceptivos. También se encontraron limitaciones claras por las personas que conformaban su soporte social (familiares), quienes restringían su necesidad de intimidad sexual, llevando con dichas restricciones a un comportamiento repetitivo de masturbación. Adicional a lo anterior, el ser privados de una educación sexual adecuada, lo identificaron como un factor que aumenta la vulnerabilidad a abusos sexuales por desconocimiento, más que por la misma discapacidad. Los otros motivos encontrados como conductas no aprendidas por estos individuos fueron la expresión de deseo, necesidad afectivas o inconformidad, siendo sobreprotegidos por el prejuicio de ser incapaces de manejar varias situaciones, entre ellas, las sexuales²³.

Asimismo, en otro estudio realizado a 156 personas entre los 21 y 68 años de edad con discapacidad intelectual, se evidenció que del 70% al 74% de los participantes son conscientes de cuáles son los vínculos afectivos y normas de privacidad. Además, respecto al coeficiente intelectual se encontró que a mayor coeficiente se entenderían en mejor medida las normas sociales de privacidad, pero no se encontró una relación estadísticamente significativa entre el puntaje de coeficiente intelectual y el suceso de pasar por un abuso sexual, aunque si se encontraron diferencias en relación al sexo biológico en la ocurrencia de estos²⁴.

Incapacidad para resistir versus discapacidad. La Corte Suprema de Justicia se refiere a la discapacidad en su sentencia SP5330-2018 (Rad. 51692), en la que se establece:

La Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006,

FD026831/atencion _ victimizacion _ manzanero.pdf

- 23 DÍAZ, I., GIL, M., BALLESTER, R., MORELL, V., y MOLERO, R. "Conocimientos, comportamiento y actitudes sexuales en adultos con discapacidad intelectual". *International Journal of Developmental and Educational Psychology INFAD Revista de Psicología*, N°1-Vol.3, pp. 415-422, 2014.
- 24 GIMÉNEZ, C., GIL, M. D., RUIZ, E., y RODRÍGUEZ, I. "Abuso sexual y discapacidad intelectual: cómo identifican y valoran la experiencia las personas con discapacidad intelectual y los profesionales que les atienden". *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2017, 4(1), 129-136, 2017.

aprobada por la Ley 1346 de 2009, según la cual, las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, prevé que la discapacidad es un concepto que evoluciona y «resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Así mismo, establece la obligación para los Estados, de proporcionarles programas y atención «en el ámbito de la salud sexual y reproductiva».

Al afirmar que el Estado debe proporcionar atención al ámbito sexual y reproductivo de las personas discapacitadas, queda claro que un acceso carnal o acto sexual con una persona con discapacidad no es un delito, mientras que realizar esta misma conducta con una persona en incapacidad de resistir sí lo es.

Ahora bien, aun cuando la normativa se refiere a la consagración legal de los derechos de las personas con discapacidad, la “*discapacidad*” si es un elemento normativo que reconoce el agravante séptimo del artículo 211 del Código Penal, por lo que un juez que conozca de un caso del que se discuta la comisión de un delito contra una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, y se haya vulnerado su integridad sexual²⁵ por no existir consentimiento para el acto o acceso, necesariamente debe acudir a las normas que delimitan el concepto de “*discapacidad*”.

Adicionalmente, se evidencia que el artículo 211-7 del Código Penal sí busca proteger especialmente a los grupos poblacionales mencionados por el demandante, como se evidencia en los debates legislativos de la Ley 1236 de 2008 (ver nota al pie 3 – *supra*), en la medida en que la disposición normativa se refiere a éstos de forma explícita. Así las cosas, no existe una vulneración al principio de *non bis in ídem* en la norma demandada, en tanto que buscan proteger a la víctima de supuestos de hecho diferentes, siendo el primero un escenario de anulación que es aprovechado por parte del agresor y que impide el consentimiento de la víctima, y, el segundo, circunstancias objetivas de su vulnerabilidad como individuos, en razón de su *condición de discapacidad*.

Empero, estar en situación de discapacidad y estar en incapacidad de resistir

25 Frente al incapaz de resistir “existe el derecho a que se respete su integridad, a permanecer incólumes, indemnes, de manera que cualquier intromisión sexual (acceso carnal o acto sexual diferente) será sancionado por vulnerar ese bien jurídico integridad sexual” TORRES, T. “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, en: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 876, 2011.

no se pueden entender como equivalentes, como sí tener 14 años para actualizar el sujeto pasivo de los delitos sexuales abusivos y la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 210-4 del Código Penal (sentencia C-164/19).

Al hablar de los delitos sexuales, se entiende que el tipo penal consagrado en el artículo 210 del Código Penal se consume cuando se da el acceso carnal o el acto sexual con persona en incapacidad para resistir. Por el contrario, cuando se realiza una de estas acciones con persona en situación de discapacidad no se consume delito alguno, salvo que la discapacidad degenera en incapacidad para resistir – como se expuso a lo largo de este documento y constituye el fondo del pronunciamiento de constitucionalidad objeto de este comentario –, por lo que dicha situación de discapacidad puede actualizar la cualificación del delito, pero preponderantemente está encaminada a configurar un agravante a los delitos sexuales en el artículo 211 del Código Penal en su numeral 7 y esto no desconoce el principio de *non bis in idem* en abstracto, salvo algunos casos en los que erróneamente se decida aplicar simultáneamente estas normas, amparados en el mismo supuesto.

Conclusión.

El agravante punitivo para los delitos sexuales, en el entendido de *“haberse cometido en persona con discapacidad física, psíquica, mental o sensorial”*, no se equipara a la *“incapacidad de resistir”*, puesto que esta última se mira en concreto, atendiendo el contexto propio del caso, y aquella se refiere a la cualificación del sujeto pasivo como persona con discapacidad. Recordemos que una persona con discapacidad puede entender la relación sexual, y no por ello está, *per se*, en incapacidad de resistir.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha sido garante del principio *non bis in idem* en los casos excepcionales en que la situación discapacidad se refleja en la incapacidad para resistir y por ende no se ha aplicado la circunstancia de agravación punitiva demandada. Por esto, la decisión de constitucionalidad desborda el ámbito del control abstracto y se convierte en una reiteración de jurisprudencia, que evalúa la aplicación e interpretación de las normas en concreto.