



Referencia: Expediente D-13749.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 210 (parcial) y 211, numeral 7° (parcial) de la Ley 599 de 2000.

Demandante: Jorge Augusto Escobar Porras.

Magistrada Sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Diana Fajardo Rivera, Jorge Enrique Ibáñez Najar, Alejandro Linares Cantillo, Paola Andrea Meneses Mosquera, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Jorge Augusto Escobar Porras presenta ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 210 (parcial) y 211 numeral 7° (parcial) de la Ley 599 de 2000.

A juicio del demandante, las disposiciones acusadas vulneran los artículos 28, 29 y 93 superiores, por quebrantar, a su juicio, el principio de *non bis in ídem* y el debido proceso. En efecto, el ciudadano estima, en primer lugar, que la incapacidad “*es un estado o condición propia e intrínseca de determinados grupos poblacionales*”¹, como los menores de edad, adultos mayores, o personas en situación de discapacidad. Por tanto, asegura que el tipo penal contenido en el artículo 210 (parcial) de la Ley 599 de 2000, no especifica el grupo poblacional tutelado y se extiende a los grupos

1 Folio 3, escrito de demanda.

poblacionales anteriormente mencionados. Lo anterior, debido a su incapacidad física y psíquica que, a su turno, origina su “*situación de vulnerabilidad*”.

Paralelamente, considera que el numeral 7º (parcial) del artículo 211 del Código Penal, sobre agravación punitiva, también establece como sujetos pasivos del delito también a personas en situación de vulnerabilidad, ya sea por su edad o situación de discapacidad. Por esta razón, concluye que las normas demandadas, al valorar un mismo factor, desconocen el principio de *non bis in ídem*.

Finalmente, aduce que las normas acusadas quebrantan el derecho al debido proceso y el principio de legalidad por su ambigüedad, indeterminación y falta de claridad.

2. En **Auto del 12 de junio de 20202**, la Magistrada Sustanciadora inadmitió la demanda de la referencia, por considerar que los argumentos originalmente esgrimidos por el accionante no cumplían con los requisitos de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia. Luego, el **Auto del 13 de agosto de 20203**, rechazó la demanda en relación con los cargos por violación al principio *non bis in ídem* en relación con los menores de edad y los adultos mayores, así como por desconocimiento del principio de legalidad. Sin embargo, admitió el reproche en contra de los artículos 210 (parcial) y 211.7 (parcial) del Código Penal por la presunta vulneración al principio *non bis in ídem* en lo correspondiente a las **personas en situación de discapacidad**.

En el mismo proveído dispuso: *i)* fijar en lista; *ii)* ordenar que se corriera traslado del proceso al Procurador General de la Nación para lo de su competencia; *iii)* comunicar la demanda a los Presidentes de la República y del Congreso; *iv)* informar sobre el proceso a la Fiscalía General de la Nación, a la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Defensoría del Pueblo y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran directamente o por intermedio de apoderado e indicaran las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones demandadas; y *v)* a efectos de rendir conceptos, invitar al Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP), al Colegio de Abogados Penalistas de Colombia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, al Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, al Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes, al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social –PAIIS–, a la Fundación Saldarriaga Concha, a la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), a la Federación Colombiana de Personas con Discapacidad Física (FECODIF), a la Federación Nacional de Sordos de Colombia –FENASCOL– y a las facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Nacional de Colombia (sede Bogotá), Libre de Colombia (Seccional Bogotá) y del Norte.

3. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto de la Procuraduría General de la Nación, la Corte procede a decidir la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación, la Sala transcribe el texto de las normas demandadas y se subrayan los apartes acusados:

“LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

Por la cual se expide el Código Penal

2 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=16763>

3 Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=18492>

EL CONGRESO DE COLOMBIA,
DECRETA:

(...)

“**Artículo 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.** El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.

“**Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva.** Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

7. Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio.

(...)”

III. LA DEMANDA

El ciudadano Jorge Augusto Escobar Porras presentó demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 210 (parcial) y 211.7 (parcial) de la Ley 599 de 2000. Consideró que esas normas violan el derecho al debido proceso y, en particular, el principio *non bis in ídem* en relación con las personas que cometen un acceso carnal o acto sexual abusivos con persona incapaz de resistir, cuando el sujeto pasivo está en situación de discapacidad.

A juicio del ciudadano, la agravación punitiva prevista en el artículo 211 del Código Penal para el caso de las personas en situación de discapacidad ya está tipificada en el artículo 210 de esa normativa. En tal sentido, indicó que la aplicación del agravante a la misma conducta consagrada como delito, lesiona el debido proceso y el principio del *non bis in ídem*, puesto que cuando el delito se causa con personas en situación de discapacidad se incurre en conducta penalmente reprochable y, al mismo tiempo, por esa misma conducta, debe agravarse la pena.

El accionante refirió que las personas en condición de discapacidad tienen especial protección constitucional. Agregó que el artículo 210 del Código Penal, tipificó el acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, lo cual incluye a dichas personas como sujetos pasivos de la conducta. Lo anterior, por cuanto “*el estado de incapacidad de resistir puede surgir, entre otros, del trastorno mental o estado de inconsciencia*”⁴, en la medida en que dichas situaciones impiden a la víctima oponerse a las pretensiones sexuales del victimario e inhiben la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador.

De este modo, considera que la Corte debe seguir el precedente establecido en la **Sentencia C-164 de 2019** en lo concerniente a menores de edad. Esa providencia condicionó la exequibilidad de la expresión contenida en el numeral 7° referenciado, “*en el entendido de que no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal*”, ya que desconocería el principio *non bis in ídem*.

4 Escrito de corrección de demanda. Folio 8.

5 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

El demandante solicitó a este Tribunal condicionar la expresión “(...) en razón de (...) su discapacidad física, psíquica (...)” contenida en el artículo 211.7 del Código Penal, en el entendido de que no está llamado a agravar la pena tipificada en el artículo cuando se trate de persona en incapacidad de resistir.

En suma, el actor concluyó que, cuando el sujeto pasivo de la conducta punible prevista en el artículo 210 del Código Penal es una persona en situación de discapacidad, no puede aplicarse el agravante contemplado para los delitos sexuales, particularmente, cuando se cometa en persona “en situación de vulnerabilidad en razón de su (...) discapacidad física, psíquica (...)”.

IV. INTERVENCIONES

La Corte recibió ocho (8) intervenciones, en las cuales se presentaron diversas consideraciones sobre la validez de los artículos 210 y 211.7 de la Ley 599 de 2000. A continuación, la Sala sintetiza los argumentos expuestos por los participantes.

1. Solicitudes de inhibición

a. Fiscalía General de la Nación⁶

La Fiscalía General de la Nación solicitó que la Corte se declare **INHIBIDA** para decidir el asunto de fondo. En concreto, consideró que la demanda carece de aptitud sustantiva. Para la entidad la acusación no es clara, “porque el actor no explica el hilo argumentativo que lo lleva a...[proponer] la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas y los argumentos que presenta son confusos y poco comprensibles”⁷. Expuso que el actor hace alusión a la definición de “incapacidad” que trae la Real Academia de la Lengua Española. También, recuerda que el sujeto pasivo del delito de “acceso carnal o acto sexual abusivos (sic) con incapaz de resistir” es calificado. Sin embargo, manifestó que el ciudadano no explicó por qué el elemento constitutivo del tipo penal “el que acceda carnalmente a persona (...) en incapacidad de resistir”, consagrado en el artículo 210 del Código Penal, “genera una doble valoración de la conducta, si se tiene en cuenta el agravante incluido en el numeral 7 del artículo 211 ibídem, relacionado con la ‘discapacidad física, psíquica o sensorial’ del sujeto pasivo de la conducta”.

De hecho, a su juicio, la argumentación del accionante es confusa, porque “(...) solicita que se declare la exequibilidad condicionada de la expresión ‘si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de (...) su discapacidad física, psíquica (...)’ del numeral 7º del artículo 211 del Código Penal, en el entendido de que no está llamada a agravar la pena establecida en el artículo 210 Código Penal por trastorno mental. Lo anterior en el evento que los artículos demandados sean aplicables a persona menor de edad”. En otras palabras, no es claro si el demandante solicita la exequibilidad condicionada de las normas acusadas porque considera que la vulneración del principio *non bis in ídem* se presenta cuando el sujeto pasivo es una persona i) en situación de discapacidad; ii) con trastorno mental; o iii) menor de edad en situación de discapacidad⁸.

Aunado a lo anterior, para la Fiscalía, la demanda carece de especificidad. A este respecto, señaló que para el accionante: i) el sujeto pasivo del delito de “acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir” incluye a las personas en situación de vulnerabilidad en razón de su “incapacidad física/psíquica”; y, ii) que aquella incapacidad puede surgir de, entre otros, el “trastorno mental” o “estado de inconsciencia”. Sin embargo, no explicó la forma en que esta situación vulnera el principio *non bis in ídem*. En su lugar, aseguró que se transgrede el principio de legalidad, toda vez que “(...)

⁶ Esta intervención está disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23835>

⁷ Expediente digital, intervención de la Fiscalía General de la Nación, folio 5.

⁸ Ibidem, folios 5-6.

no es lógico ni razonable que el legislador en el desarrollo del precitado artículo [210], introduzca de manera ambigua y tozuda una tercera condición del sujeto pasivo consistente en la misma ‘incapacidad de resistir’ sin clarificar si esta obedece a algún otro tipo de discapacidad a las previamente señaladas (estado de inconciencia (sic) o trastorno mental)”⁹.

Además, el demandante afirmó que, cuando el sujeto pasivo del delito en mención es un menor de edad con trastorno mental, estado de inconciencia, o cualquier clase de incapacidad, no es aplicable el numeral 7° del artículo 211. Lo anterior, vulneraría el principio *non bis in ídem*. Sin embargo, no expuso los argumentos que llevan a dicha conclusión¹⁰.

Finalmente, el interviniente expresó que la demanda tampoco cumple el requisito de *suficiencia*, puesto que no manifestó los argumentos concretos que explican por qué los artículos 210 y 211.7 de la Ley 599 de 2000 vulneran el principio del *non bis in ídem*. En ese sentido, advierte que “(...) el actor no presenta una comparación que permita inferir la identidad entre las circunstancias fácticas descritas en el artículo 210 y en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal, y de esta forma poder demostrar por qué se puede predicar una doble valoración de la conducta. En otras palabras, el accionante se limita a sostener que las disposiciones acusadas transgreden el principio del *non bis in ídem*, pero no desarrolla el cargo. Sólo menciona algunas afirmaciones generales que de ninguna manera explican el supuesto desconocimiento del artículo 29 de la Constitución”¹¹.

En suma, para la Fiscalía General de la Nación, la demanda no cumple con la carga argumentativa necesaria para demostrar una presunta inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, ni tampoco para despertar una duda mínima al respecto.

b. Colegio de Abogados Penalistas de Colombia¹²

El Colegio de Abogados Penalistas de Colombia solicitó a la Corte declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo sobre el artículo 210 de la Ley 599 de 2000. Lo anterior, en razón a que la demanda cuestionó la exequibilidad del artículo 210 por un argumento de conexidad normativa con el agravante acusado referenciado¹³. Sin embargo, para el interviniente, el actor no precisó razones que demuestren una oposición objetiva y verificable entre el artículo 210 y la Constitución. Lo expuesto porque “(...) el argumento central se condensa en el análisis del agravante y su aplicación simultánea con el tipo”¹⁴.

En relación con el aparte acusado del artículo 211 de esta misma normativa, el interviniente solicitó la declaratoria de exequibilidad condicionada, como se describirá más adelante.

2. Solicitudes de exequibilidad

Las universidades Javeriana¹⁵, del Rosario¹⁶ y Libre¹⁷; el Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁸ y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar¹⁹ defendieron la **CONSTITUCIONALIDAD** del artículo 210 de la Ley 599 de 2000 y el aparte “en razón de su (...) discapacidad física, psíquica o sensorial”, contenida en el artículo 211.7 *ibídem*.

⁹ Ibidem, folio 6.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem, folio 7.

¹² Esta intervención está disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23804> URL 7/12/20.

¹³ Expediente digital, intervención del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia, folio 14.

¹⁴ Ibidem, folio 15.

¹⁵ Esta intervención está disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=2314>

¹⁶ Esta intervención fue presentada por la señora Angie Daniela Yepes García, coordinadora del Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario, y por Viviana Basto Vergara, Lored Camila Cáceres y Santiago Carvajal Goenaga, miembros activos de este grupo de investigación. La intervención está disponible en el siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23822>

Estos intervinientes sostienen, por un lado, que el tipo penal contenido en el artículo 210 del Código Penal presenta un sujeto pasivo calificado. Particularmente, la víctima debe estar en “*incapacidad de resistir*”. Este concepto, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se refiere a una situación o interferencia que pueda anular o diezmar la capacidad de decisión del afectado, o impedir que dé su consentimiento consciente y libre. Esta incapacidad puede operar de varias formas que no están necesariamente relacionadas con el estado de inconsciencia o alguna perturbación física, tales como la debilidad extrema, la anemia exhaustiva, hipnosis, narcosis, sueño profundo, entre otras²⁰. Por ende, este concepto abarca diferentes circunstancias materiales que afectan al sujeto pasivo, de tal forma que no pueda comprender el acto sexual perpetrado por el agresor o dar su consentimiento plenamente.

Por otro lado, señalaron que la noción de “*persona en situación de discapacidad*” tiene su fundamento en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²¹. El modelo social de la discapacidad fue adoptado en Colombia mediante la Ley 1346 de 2009. En concreto, manifestaron que este concepto abarca a las personas con ciertas características que, al interactuar con diversas barreras, impiden su participación plena y efectiva en la sociedad. Sin embargo, esto no significa que no tengan capacidad plena. Por el contrario, debe presumirse que tienen plena voluntad y decisión sobre sus actos²².

17 Esta intervención fue desarrollada por J. Kenneth Burbano Villamarín, director de la facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, y Javier Santander Díaz, coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de esta misma universidad. La intervención está disponible en el siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23813>

18 Esta intervención está disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23612>

19 Esta intervención está disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23806>

20 Particularmente, la Pontificia Universidad Javeriana cita la Sentencia del 31 de octubre de 2012 (Rad.34494), M.P José Leonidas Bustos Martínez, en la que esta Alta Corte afirmó que el concepto de “*incapacidad de resistir*” es 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*” (folio 4). Por su parte, la Universidad Libre hace referencia a la Sentencia del 6 de mayo de 2009 (Rad.24055), en la que esta Sala estableció que esta noción es “*el estadio en el cual sus capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición*” (folio 4). La Universidad del Rosario indica que la “*incapacidad de resistir*” es la “*imposibilidad de resistir el acto abusivo*”, conforme a la Sentencia del 25 de noviembre de 2008 (Rad.30546), M.P Jorge Luis Quintero Milanés (folio 6). Asimismo, afirma que este Alto Tribunal ha determinado que los comportamientos de que trata el artículo 210 del Código Penal se cometen contra personas cuyas “*capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativas o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición*” (folio 6). El Ministerio de Justicia y del Derecho saca a colación la Sentencia del 27 de junio de 2006 (Rad.24955), M.P Alfredo Gómez Quintero, mediante la cual, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia entendió que la incapacidad de resistir es cualquier circunstancia que inhiba 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 enfrenar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo*” (folios 6-8). Por último, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar define “*incapacidad de resistir*” como “*aquellas situaciones en las cuales el sujeto pasivo del acceso carnal o del acto sexual está imposibilitado para expresar el consentimiento, libre y voluntario para oponerse a la conducta punible*” (folio 4).

21 Específicamente, la Convención citada por los intervinientes, en su preámbulo, literal e, establece que los Estados Partes reconocen que “*(...) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que 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*”. En el literal n) siguiente, dispone que estos Estados también reconocen “*(...) la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones*”. Seguidamente, el inciso 2 del artículo 1° reza: “*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*”. También, el artículo 12 de esta Convención dispone que los Estados Parte reconocerán que las personas en situación de discapacidad tienen (i) derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica; y (ii) capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Finalmente, el artículo 25, literal a) establece que los Estados Parte “*[p]ropondrán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población*”.

22 A este respecto, la Universidad Libre cita el artículo 1° de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, conforme al cual, la discapacidad es “*una deficiencia física, mental o sensorial, (...) permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social*” (folio 3). Asimismo, trae a colación las Sentencias T-1258 de 2008, M.P Mauricio González Cuervo y C-042 de 2017, M.P Aquiles Arrieta Gómez, mediante las cuales la Corte indicó que en el caso de las personas en situación de discapacidad, “*(...) se encuentra en un trastorno físico que provoca una limitación funcional cierta, que se ve agravada por un entorno físico y de infraestructura ajeno a sus necesidades*” (folio 3). Finalmente, cita el artículo 5° de la Ley 1616 de 2013, que en su numeral 6 define discapacidad mental como aquella condición que “*[s]e presenta en una persona que padece limitaciones psíquicas o de comportamiento; que no le permiten en múltiples ocasiones comprender el alcance de sus actos, presenta dificultad para ejecutar acciones o tareas, y para participar en situaciones vitales. La discapacidad mental de un individuo puede presentarse de manera transitoria o permanente, la cual es definida bajo criterios clínicos del equipo médico tratante*” (folio 4). Por su parte, la Universidad del Rosario advierte que, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 1349 de 2013, la discapacidad no puede ser entendida como una condición médica, sino como una oportunidad para aceptar las diferencias que existen entre las personas y atenderlas desde la diversidad. En suma, el hecho que una persona se encuentre en situación de discapacidad es consecuencia del contexto social que la rodea y que eventualmente puede discriminarla, mas no por presentar ciertas

En virtud de lo anterior, los intervinientes concluyeron que los términos de “*incapacidad de resistir*” y “*discapacidad física, psíquica o sensorial*” no son equiparables. Por tal razón, agravar el delito de “*acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*” por cometerse contra una persona con “*discapacidad física, psíquica o sensorial*” no vulnera el principio *non bis in ídem*. Esto, por cuanto los artículos 210 y 211.7 buscan proteger a la víctima de supuestos de hecho diferentes. Por un lado, la incapacidad de resistir se presenta como consecuencia de circunstancias materiales que le impiden al sujeto pasivo comprender el acceso carnal o acto sexual perpetrado. Es decir, no se genera como resultado de una condición propia de la víctima. Por otro lado, el agravante busca proteger a ciertos grupos que, al presentar ciertas condiciones, pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad²³. Así las cosas, una persona en situación de discapacidad puede entender la relación sexual, y no por ello está, *per se*, en incapacidad de resistir.

3. Solicitudes de exequibilidad condicionada de la expresión “*su (...) discapacidad física, psíquica o sensorial*”, contenida en el numeral 7° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000

El Colegio de Abogados Penalistas de Colombia para el caso del artículo 211 del Código Penal, la Fiscalía General de la Nación, de manera subsidiaria y el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña²⁴, de manera principal, solicitaron que se declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de la expresión “*su (...) discapacidad física, psíquica o sensorial*”, contenida en el numeral 7° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

A juicio del Colegio de Abogados Penalistas y la Fiscalía General de la Nación, la esencia del delito de “*acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*” radica en la transgresión de las condiciones normales en que el sujeto pasivo puede dar su consentimiento. Además, este tipo penal está conformado por varios elementos extrajurídicos, particularmente, los conceptos de incapacidad de resistir, trastorno mental y estado de inconsciencia²⁵.

condiciones físicas o mentales. Por lo anterior, el interviniente señala que la Corte Constitucional ha indicado que las personas en situación de discapacidad no pueden continuar siendo sometidas al estigma social de no estar en la capacidad de tomar decisiones autónomas. Por el contrario, debe presumirse que tienen plena voluntad y decisión sobre sus actos (folio 5).

23 Particularmente, la Universidad Javeriana indica que la generalidad e indeterminación en la que está redactado el tipo penal contenido en el artículo 210 del Código Penal “*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*” (folio 4). Además, recuerda que, conforme a la Sentencia del 11 de septiembre de 2019 (Rad.51950), M.P. José Leonidas Bustos Martínez, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para subsumir la conducta típica del artículo 210 del Código Penal, no basta con demostrar que el sujeto pasivo padezca de una discapacidad, sino que esa alteración “*le impid[e] comprender y consentir la relación sexual, al punto que el autor aprovech[e] esa condición de vulnerabilidad para perpetrar el acto carnal que, en condiciones normales, habría sido rehusado por la víctima*” (folio 4). La Universidad Libre afirma que una persona puesta en incapacidad de resistir está impedida para comprender la relación sexual o dar su consentimiento –ya sea por ingesta de licor, sustancia natural o química; o cualquier circunstancia que la sitúe en imposibilidad de comprender el acto sexual o consentir a él–. Por esa razón, los conceptos de “*incapacidad de resistir*” y “*discapacidad física, psíquica o sensorial*” no son equiparables. De hecho, advierte que la Corte Suprema de Justicia ha evidenciado que no todas las discapacidades (como la sordera) implican *per se* una incapacidad de autodeterminarse sexualmente, que le impidan a la persona comprender y consentir relaciones sexuales (folios 5-6). El Ministerio de Justicia y del Derecho señala que, para la interpretación del artículo 210 del Código Penal, debe tenerse en cuenta “*la protección de la libre expresión de la voluntad*”, puesto que el concepto de capacidad de comprensión de la realidad está relacionada con la libre autodeterminación. Es decir, el concepto de “*incapacidad de resistir*” está estrechamente relacionada con el de “*consentimiento*”. Sobre el asunto, afirma: “*El asunto determinante en este caso es que la víctima del ilícito no puede expresar libremente su consentimiento por que (sic) ha sido restringido por diferentes circunstancias que tendrá que evaluar el juez. La incapacidad de resistir no se genera por la condición específica del sujeto pasivo, sino por las circunstancias de hecho que generaron la incapacidad de oponerse a la ocurrencia de un hecho*” (folio 7). Finalmente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar advierte que no es posible inferir que bajo toda circunstancia se predique la incapacidad de resistir respecto de las personas en situación de discapacidad. A su juicio, le corresponde al juez penal atender a las circunstancias particulares de cada caso, con el fin de esclarecer si al tipo penal consagrado en el artículo 210 del Código Penal le es aplicable el agravante descrito en el numeral 7° del artículo siguiente (folio 4).

24 Esta intervención está disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23602>

25 Específicamente, el Colegio de Abogados Penalistas de Colombia define estos elementos extrajurídicos de la siguiente manera: “*Tratándose de la inconsciencia se comprende desde la perspectiva de lo general, que se trata de aquellos estados en los que el ser humano objeto de la agresión sexual se halla bloqueado en sus facultades cognitivas, efecto de anulación en la capacidad de conocimiento que puede darse como resultado de la ingesta de licor o de cualquier sustancia natural o química que produzca dicho efecto. En lo que corresponde al trastorno mental, se entiende que dicho estadio como expresión de inimputabilidad, puede ser de carácter transitorio o permanente, eventos en los que las afectaciones no solo recaen en la capacidad de comprensión sino en las facultades volitivas, es decir, en la libre autodeterminación o eventos de involuntabilidad y que corresponden a variadas manifestaciones, desde luego, sujetas a reconocimiento a través de prueba pericial médico científica. A su vez, los comportamientos de que trata el artículo 210 se materializan en persona que “esté en incapacidad de resistir”, estadio en el cual sus capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición. Bien puede afirmarse que quien se encuentra en “incapacidad de resistir” es porque se está en una relación de extremo dominado, frente a un sujeto actor dominante quien con su conducta*

No obstante, contrario a lo argumentado por el demandante, los intervinientes sostienen que las personas en situación de discapacidad son aquellas que, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, presentan “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”²⁶. Por lo tanto, esta situación no impide que tengan plena capacidad para decidir libremente sobre su sexualidad²⁷.

A partir de lo anterior, los intervinientes concluyen que, tan sólo en los casos en que la discapacidad física, psíquica o sensorial impida al sujeto pasivo rechazar eficazmente la conducta tipificada en el artículo 210 del Código Penal, podrá existir una vulneración al principio *non bis in ídem*²⁸. Por consiguiente, solicitan a la Corte declarar condicionalmente exequible el numeral 7° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no está llamado a agravar el delito de “acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir” cuando la conducta punible se cometa contra personas que, en razón de su discapacidad no pueden comprender o rechazar eficazmente los actos de su agresor²⁹.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante concepto remitido el 27 de enero de 2021³⁰, la Procuradora General de la Nación defendió la **CONSTITUCIONALIDAD** de las expresiones acusadas. Recordó que el principio de *non bis in ídem*, contenido en el artículo 29 de la Constitución, prohíbe al Legislador “agrar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal”³¹. Sobre el particular, indicó que la Corte ha explicado que, a fin de determinar si el Legislador lesiona o no este postulado, al ordenar agravantes de un tipo penal, es necesario constatar algunas premisas ya decantadas por la jurisprudencia a fin de establecer si se ha incurrido en la vulneración del principio del *non bis in ídem*³².

Bajo ese entendido, advirtió que el elemento esencial del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir se funda en que el sujeto pasivo “no pued[e] expresar libremente su voluntad para consentir o rechazar el acto, esto es, que no...[tiene] la capacidad de defenderse, elegir o decidir si quiere llevarlo a cabo”³³. En consecuencia, el

que atenta contra la libertad sexual le impone una fuerza física externa irresistible o insuperable coacción ajena. Aspecto esencial de la dignidad humana es la conducta en su expresión de voluntad, entendida como la capacidad y posibilidad concreta en un momento dado de elegir, decidir libremente, externa e internamente entre actuar o no hacerlo (...) En igual sentido dígase que otra de las manifestaciones de “incapacidad de resistir” es cuando la persona se halla en un estado de compulsión o vis compulsiva, que es un fenómeno de involuntariedad que como potencia o fuerza tremenda mental impulsa al individuo a actuar de una manera determinada sin que el yo ni los frenos inhibitorios de la racionalidad, de la conciencia y discernimiento consigan hacer uso de la libertad de actuar o de no hacerlo” folios 20-21.

26 Ibidem. Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad define a este grupo poblacional en su artículo 1° como: “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”.

27 Específicamente, la Fiscalía General de la Nación cita el artículo 9° de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, que establece que la legislación no debe establecer discriminaciones contra las personas en situación de discapacidad, en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación. De igual forma, la norma advierte que estas personas necesitan estar plenamente informadas acerca de las precauciones que se deben tomar contra el abuso sexual y otras formas de maltrato. Intervención disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23835>, folios 10-11.

28 Particularmente, la Fiscalía General de la Nación afirma que la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas en el tipo penal básico cuando “la víctima de la conducta es una persona que, en razón de su discapacidad física, psíquica o sensorial, no le es factible rechazar o enfrentar eficazmente el acceso carnal o los actos sexuales abusivos, pues, por sus especiales circunstancias, está a disposición unilateral del sujeto activo de la conducta. [Por] ejemplo, las personas con cuadriplejía, debilidad extrema, enfermedades neurológicas o metabólicas, entre otras” (folios 16-17).

29 Adicionalmente, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña solicita a la Corte declarar exequible el artículo 210 de la Ley 599 de 2000, sin brindar razones que argumenten su posición, y exhortar al Congreso de la República a “revisar la configuración punitiva de los delitos sexuales con el fin de que cada uno de dichos delitos tengan una dosificación de la pena diferente entre sí e indicando en el mismo tipo penal o artículo posterior las circunstancias de atenuación o agravación punitiva correspondiente”. Intervención disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23602>, folio 2.

30 El concepto del Ministerio Público está disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=24818>

31 Ibidem, folio 2. A este respecto, el Ministerio Público cita la Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

32 Concepto del Ministerio Público, folio 3. En esta ocasión cita la Sentencia C-614 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

33 Al respecto cita la Sentencia C-614 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, que dice: “(i) Que la conducta agravada recaiga sobre el mismo bien jurídico que el comportamiento punible. (ii) Que la investigación y/o sanción a imponer se fundamenten en idénticos ordenamientos punitivos, puesto que, como lo ha señalado la Corte, la prohibición en comento “no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades”³³. (iii) Que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico. [Y] (iv) [q]ue la causal de agravación carezca de un móvil que la justifique, de suerte que en realidad no pueda considerarse que

carácter abusivo de la conducta punible está relacionado con el hecho de que el agresor se aproveche de ciertas circunstancias, tales como “la confianza, la inmadurez, una relación de autoridad, su estado de inconciencia (sic) o la incapacidad de repeler el ataque”³⁴. Por su parte, el artículo 211.7 del Código Penal agrava los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuando se cometen sobre personas en situación de vulnerabilidad.

A partir de lo anterior, concluyó que en esta ocasión no concurren dos de los cuatro requisitos establecidos en la jurisprudencia para que se configure una vulneración al principio *non bis in ídem*. Concretamente, consideró que la circunstancia de agravación punitiva no persigue las mismas finalidades que el tipo penal. En este sentido, el concepto de “incapacidad de resistir” no configura la misma circunstancia fáctica que el hecho de que una persona esté en situación de discapacidad. Un razonamiento contrario “no sólo es incorrecto, sino que, además, es regresivo frente al reconocimiento de los derechos, las garantías y los mandatos constitucionales y legales en favor de las personas en situación de discapacidad”³⁵. A este respecto, la Procuradora explicó que una persona en situación de discapacidad es aquella que: i) tiene algún tipo de deficiencia a largo plazo de carácter físico, mental, intelectual o sensorial; y que ii) se encuentra en un escenario de interacción con obstáculos o barreras de acceso que le impidan participar plenamente y en igualdad de condiciones en los distintos ámbitos de la sociedad³⁶. En cambio, la incapacidad de resistir es un estado que inhibe a la víctima de la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador³⁷.

De esa manera, las dos nociones son distintas. “[U]n individuo podría encontrarse en incapacidad de resistir un acto sexual abusivo debido a una alteración temporal de su sistema nervioso, pero tal circunstancia no le otorga per se la calidad de persona en situación de discapacidad”³⁸. Así las cosas, sólo cuando la discapacidad de la víctima tiene como consecuencia una incapacidad de resistir permanente, dicha circunstancia hará inaplicable el agravante contemplado el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal. Así, concluye que: “[s]i bien la indebida aplicación de una norma puede derivar en la violación del principio *non bis in ídem*, como ocurriría al agravar el delito contenido en el artículo 210 del Código Penal con la causal establecida en el artículo 211.7 del mismo cuando la discapacidad de la víctima tiene como consecuencia una incapacidad de resistir permanente, ello no tiene el efecto de derivar en la inconstitucionalidad abstracta de las disposiciones acusadas, sino de permitirle al procesado solicitar la protección de su derecho al debido proceso por medio de los instrumentos dispuestos para el efecto, como el *habeas corpus* o la acción de tutela”³⁹.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4° de la Carta, este Tribunal es competente para conocer de la demanda formulada por el actor en contra de los artículos 210 (parcial) y 211 numeral 7° (parcial), de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 6° y 30 de la Ley 1257 de 2008, respectivamente⁴⁰, puesto que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de preceptos de carácter legal.

se trata de una modificación a la responsabilidad sustentada en circunstancias de tiempo, modo y lugar que acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico protegido”

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem, folio 4.

³⁶ Esta definición es extraída de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁷ Concepto del Ministerio Público, folio 4. Para el efecto, cita la providencia AP-900-2016 (Rad.47150), M.P Gustavo Enrique Malo Fernández, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que esta Alta Corte afirmó que la incapacidad de resistir es un estado que “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”.

³⁸ Ibidem, folio 5.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ El artículo 211 en general fue modificado por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008; pero el numeral 7 fue además modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008.

2. Por otra parte, cabe advertir que la acción pública de la referencia se presentó ante esta Corporación, por una persona que se encuentra detenida en las celdas de la Fiscalía General de la Nación, tal y como se expresa en la demanda⁴¹. De conformidad con la actual jurisprudencia de esta Corporación, esta situación no inhabilita al actor para interponer la acción de inconstitucionalidad de la referencia, por el hecho de tratarse de un recurso judicial que requiere acreditar, en principio, la condición de ciudadano en ejercicio⁴².

Al respecto, es pertinente recordar, de un lado, que el accionante demostró su calidad de ciudadano mediante su debida identificación, acompañada de su huella, conforme al sello del INPEC del 7 de mayo de 2020⁴³.

A este respecto, la Sala aclara que, desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación había sostenido que carecían de legitimación por activa para interponer acciones públicas de inconstitucionalidad quienes estuviesen condenados por sentencia penal en firme a sanciones que implicaran la interdicción de derechos civiles o políticos⁴⁴.

No obstante, a partir del **Auto 242 de 2015**⁴⁵, se modificó la jurisprudencia constitucional y, en consecuencia, la Corte adoptó una nueva tesis 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 justicia⁴⁶.

Adicionalmente, indicó que esta práctica constitucional:

“ha tenido un curso evolutivo hacia promover un ensanchamiento gradual del grupo de ciudadanos colombianos titulares de este instrumento. Ser coherente con esa práctica es entonces continuar con la tendencia hacia remover las barreras que han obstaculizado la extensión de la legitimidad y el ejercicio de este derecho a todos quienes son sus auténticos titulares (los ciudadanos colombianos). Mantener hacia el futuro la jurisprudencia hasta ahora vigente, después de cerca de veinticuatro años de expedirse la Constitución de 1991 y de casi dieciséis de haber sido fijada por primera vez, sería justamente contravenir esa práctica institucional evolutiva. La acción de inconstitucionalidad debe entonces seguir su curso como hasta ahora; es decir, según un principio expansivo de la clase de ciudadanos colombianos titulares y legitimados para interponerla, dentro de los límites de la Constitución”.

41 Escrito de demanda, folio 18.

42 Ibidem.

43 Tal como consta en la demanda de constitucionalidad, el número de cédula del demandante es 16.487.777 y tanto su firma como huella fueron certificadas por la Fiscalía General de la Nación, folio 19.

44 Esta tesis se fundaba en las siguientes premisas: (i) Toda pena de prisión lleva como accesoria una de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas, en virtud de la ley penal; (ii) El derecho a instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad tiene la connotación de un derecho político, susceptible de ejercerse únicamente por quienes hayan alcanzado la ciudadanía y además estén en el ejercicio de ella; (iii) Los derechos políticos se reservan a los nacionales, aunque la ley podría concederles a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en determinadas elecciones y consultas populares (artículo 100 de la Constitución Política); (iv) La sola titularidad de estos derechos por parte de los nacionales no los habilita automáticamente para ejercerlos, ya que necesitan también adquirir la ciudadanía, lo cual se logra con la mayoría de edad y se acredita con la cédula; (v) La ciudadanía puede perderse de hecho cuando se renuncia a la nacionalidad y “su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley” (artículo 98 superior); y

La ley ha dispuesto que en ciertos casos se puede suspender el ejercicio de la ciudadanía a causa de la comisión de un delito sancionado con pena (principal o accesoria) de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas. A este respecto, ver las sentencias C-003 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-592 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz; C-536 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-591 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

45 MP María Victoria Calle Correa.

46 Específicamente, en el auto de la referencia la Corte adujo: “La Constitución establece que “[t]odo ciudadano” (art 40), “los ciudadanos” (art 241) y “[c]ualquier ciudadano” (art 242) tiene derecho a interponer efectivamente acciones públicas de inconstitucionalidad. El artículo 40 numeral 6 Superior dice que “[t]odo ciudadano” tiene derecho a “[i]nterponer acciones públicas en defensa de la Constitución”. El artículo 241, en sus numerales 1, 4 y 5, establece que la Corte Constitucional es competente para decidir sobre las acciones presentadas por “los ciudadanos” contra los actos de reforma constitucional, las leyes y los decretos con fuerza de ley, por los vicios que en ellos se enuncian. El artículo 242 numeral 1º prevé que “[c]ualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente”. Ninguna de estas disposiciones condiciona el derecho a interponer acciones de inconstitucionalidad a que se tenga, además de la ciudadanía colombiana, una característica adicional”

Precisamente, en aquella providencia se llamó la atención sobre la población privada de la libertad, con respecto a la cual existe un estado de cosas inconstitucional, conforme a las **Sentencias T-153 de 1998**⁴⁷, **T-388 de 2013**⁴⁸ y **T-762 de 2015**⁴⁹, debido a que sus reclamos no eran atendidos y a que las políticas penales y carcelarias se diseñaban atendiendo exclusivamente a “la lógica del principio de las mayorías”. Como los presos no eran un grupo de presión capaz de “hacer oír su voz”, dijo la Corte que “sus demandas y dolencias se p[er]d[i]an entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas”. Por consiguiente, en el auto de la referencia, esta Corporación señaló que la acción pública de constitucionalidad se erige como un mecanismo para que este grupo poblacional haga oír su voz institucionalmente. Además, concluyó que privarlos de esta posibilidad es contraria al fin de resocialización de los penados e implica, simultáneamente, recortar los medios de acceso a la justicia, que es una institución esencial para garantizar la efectividad de los demás derechos y límites del poder público.

Así las cosas, el cambio de jurisprudencia obedeció a la necesidad de “sintonizar la interpretación constitucional con la realidad social del sistema carcelario y penitenciario, para que así preste una contribución positiva en evitar la perpetuación del estado de cosas inconstitucional, declarado en la sentencia T-153 de 1998, y nuevamente en la sentencia T-388 de 2013”.

Por lo anterior, incluso en el caso de que el demandante esté condenado a prisión y tenga suspendidos sus derechos políticos, está legitimado para presentar acciones públicas de inconstitucionalidad. Esto, por cuanto i) la Constitución solo exige ostentar la calidad de ciudadano para proceder a su ejercicio⁵⁰; ii) si bien se trata de un derecho político, es también fruto del derecho de acceso a la administración de justicia, que en el marco actual es un derecho universal; iii) la justicia constitucional se rige por los principios de informalidad y de garantía del derecho sustancial, lo que exige que se preserve una vía de defensa judicial para garantizar la efectividad de todos los demás derechos constitucionales⁵¹; y (iv) para el caso específico de las personas privadas de la libertad, según la jurisprudencia vigente de esta Corporación, esta acción pública se erige como mecanismo para hacer oír su voz institucionalmente.

Consideraciones preliminares

3. Las opiniones de la Fiscalía General de la Nación y del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia obligan a la Sala a pronunciarse sobre dos aspectos preliminares relevantes: i) la aptitud sustantiva de la demanda, y ii) el análisis de la integración de la unidad normativa de la expresión “sensorial” contenida en el artículo 211.7 del Código Penal, como quiera que dicho contenido no fue demandado expresamente por el accionante. Sin embargo, fue mencionado por el actor y referenciado por los intervinientes.

Así, una vez revisados los anteriores asuntos, y en el caso de ser procedente el estudio de fondo de la presente demanda de inconstitucionalidad, la Corte planteará el problema jurídico y abordará su estudio de fondo.

Aptitud sustantiva de la demanda⁵²

El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 dispone, entre otros requisitos, que la demanda en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad deberá exponer las razones por las cuales los textos constitucionales se estiman vulnerados, es decir, los motivos que sustentan la acusación. Así, a través de múltiples pronunciamientos, la Sala Plena de esta

47 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

48 M.P. María Victoria Calle Correa.

49 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

50 CP, arts. 40.6 y 241.

51 En este punto, en el Auto en cita, la Corte expuso que: “(...) Suspenderle a un ciudadano, (...) el derecho político a interponer acciones de inconstitucionalidad supone (...) recortar los medios de acceso a la justicia, que es una institución esencial para garantizar la efectividad de los demás derechos y límites del poder público (...)”.

52 Apartado sustentado en consideraciones similares en las Sentencias C-095 de 2019 y C-480 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corporación ha identificado diferentes parámetros que permiten valorar si el actor cumplió o no con el mencionado requisito⁵³.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para que así sea, el demandante debe proponer una carga argumentativa mínima⁵⁴. Ello supone que se genere una duda sobre la falta de correspondencia entre la ley que acusa y el orden constitucional vigente, y que se plantee al menos un cargo, en contra de aquélla.

El *concepto de la violación*⁵⁵ -o la existencia de cargos de inconstitucionalidad contra las disposiciones con fuerza de ley que se demandan-, requiere, para que su formulación sea exitosa, que los argumentos de inconstitucionalidad que se presenten contra las normas acusadas sean:

- a. **Claros**, lo que implica que debe existir un hilo conductor en la argumentación, que permita comprender el contenido de la demanda, y las justificaciones que la sustentan de forma nítida.
- b. **Ciertos**, es decir, que la demanda debe recaer sobre una proposición jurídica real y existente; no sobre una inferida por el demandante, implícita o que hace parte de normas que no fueron objeto de demanda. En relación con este requisito la Sala Plena de esta Corporación ha señalado que *“la censura es cierta siempre que los significados que se le atribuyan al precepto demandado deriven de su texto y no constituyan una suposición o una conjetura carente de asidero en la formulación normativa aportada por el legislador”*⁵⁶.
- c. **Específicos**, de modo que se precise cómo la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución. La oposición entre las normas en contraste debe ser objetiva y verificable, de modo que son inadmisibles los argumentos vagos, indeterminados, abstractos y globales.
- d. **Pertinentes**, lo que significa que el reproche debe tener naturaleza constitucional y no legal y/o doctrinaria.
- e. **Suficientes**, en el sentido de que se expongan todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio y que despierten siquiera una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de la disposición acusada.

Estos requisitos no sólo promueven la existencia de al menos un cargo idóneo de inconstitucionalidad, sino que aseguran la consolidación de un debate común que involucre a los demandantes e intervinientes. Además, resguardan la separación entre los poderes públicos, pues contribuyen en la búsqueda de un equilibrio entre el respeto al principio democrático, en virtud del cual las normas gozan de una presunción de constitucionalidad, y el principio *pro actione*, que impide imponer cargas desmedidas a los ciudadanos en el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Todo, sin que el juez constitucional *“sustitu[ya] al demandante como si se tratara de un control de oficio”*⁵⁷ de las leyes, en la medida en que lo que se busca con los requisitos mínimos, es que sea el ciudadano quien defina el marco del control abstracto⁵⁸, dado el

53 Ver, entre otros, las Sentencias C-653 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-856 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-128 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-535 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa y C-207 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

54 Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. *“Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo”*. En el mismo sentido se orientó la Sentencia C-508 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo (*“el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte”*) y la Sentencia C-978 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (*“la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado; en tal medida, el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo”*).

55 Ver, entre otros, Auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas, del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

56 Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

57 Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2019. M.P. José Fernando Reyes Cuatrecasas.

58 Corte Constitucional. Sentencia C-460 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad.

De este modo, si bien el examen sobre la aptitud de la demanda se realiza generalmente en la etapa de admisibilidad de la misma, en algunas ocasiones, la verificación del cumplimiento de las exigencias mínimas de los actores se puede adelantar al momento de la sentencia, porque las inquietudes sobre la idoneidad de los cargos pueden surgir con posterioridad, ante la participación de los intervinientes y en el curso del debate constitucional⁵⁹.

4. Así las cosas, en el asunto que ocupa a la Sala, el demandante considera que la agravación punitiva prevista en el artículo 211-7 del Código Penal para el caso de las personas en situación de discapacidad está tipificada en el artículo 210 *ejusdem*, particularmente, al referirse a las personas en incapacidad de resistir. Por tal razón, la aplicación del agravante a la conducta ya prevista en el artículo 210 lesiona, a su juicio, el debido proceso y el principio *non bis in idem*.

5. El Colegio de Abogados Penalistas de Colombia estima que el actor no estructura una oposición objetiva y verificable entre el artículo 210 de la Ley 599 de 2000 y la Constitución. Por consiguiente, considera que el análisis de constitucionalidad debe concentrarse en la expresión “*su (...) discapacidad física, psíquica o sensorial*”, contenida en el artículo 211.7 de esta normativa.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación sostiene que la demanda carece de *claridad, especificidad y suficiencia*. Esto, por cuanto el actor no sustenta porqué el elemento extrajurídico de “*incapacidad de resistir*”, contenido en el artículo 210 del Código Penal, genera una doble valoración de la conducta si es agravada por el numeral 7° de la norma siguiente, con relación a la “*discapacidad física, psíquica o sensorial*” del sujeto pasivo al que alude. Asimismo, a juicio del interviniente, el ciudadano confunde el concepto de “*discapacidad*” con el de “*trastorno mental*” y supedita la inconstitucionalidad de los artículos a los casos en que sean aplicables a menores de edad.

6. En relación con lo anterior, la Sala considera que la demanda presentada contra el artículo 210 del Código Penal no cumple con los requisitos mínimos para ser analizada de fondo; mientras que el cargo presentado contra el aparte demandado del artículo 211.7 siguiente, sí cumple con los presupuestos de *claridad, especificidad y suficiencia* cuestionados por la Fiscalía General de la Nación.

7. En primer lugar, la Corte advierte que el ciudadano no controvierte la constitucionalidad del artículo 210 de la Ley 599 de 2000. En efecto, no presentó razones para inferir que exista una oposición objetiva y verificable entre dicha norma y el texto superior. En efecto, ninguno de los apartados de la demanda expone porqué esta disposición lesiona el principio *non bis in idem*.

El demandante arguye que la aplicación del artículo 211.7 del Código Penal al delito de *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir* vulnera el principio *non bis in idem* cuando la conducta se comete con una persona en situación de discapacidad. Así las cosas, la censura recae sobre el agravante que, a juicio del actor, sanciona dos veces el mismo hecho y no sobre el delito contenido en el artículo 210 del Código Penal. Obviamente cita esta norma para sustentar la acusación que realiza realmente sobre la expresión “*su (...) discapacidad física, psíquica (...)*”, contenida en el artículo 211.7 del Código Penal.

En este sentido, la Corte considera que, a pesar de que el entendimiento de la expresión “*o que esté en incapacidad de resistir*” consagrada en el artículo 210 del Código Penal, resulta relevante en este juicio de constitucionalidad, la censura constitucional no se predica de esa disposición y, por consiguiente, incumple con el requisito previsto en el numeral 3° del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, relacionada con exponer “*las razones por las cuales dichos textos se estiman*

59 Corte Constitucional. Sentencia C-164 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero.

violados”. En consecuencia, este Tribunal se inhibirá de realizar un pronunciamiento respecto de la constitucionalidad del artículo 210 (parcial) del Código Penal, por la ineptitud sustantiva de la demanda⁶⁰.

8. En segundo lugar, a diferencia de lo argumentado por la Fiscalía General de la Nación, para la Sala la demanda contra el artículo 211.7 del Código Penal cumple con los requisitos de *claridad, especificidad y suficiencia*.

Este interviniente aduce que no es **claro** si el demandante solicita la exequibilidad condicionada de la norma acusada porque considera que la vulneración del principio *non bis in ídem* se presenta cuando el sujeto pasivo es una persona: i) en situación de discapacidad; ii) con trastorno mental; o iii) menor de edad en situación de discapacidad.

En relación con este asunto, el solicitante, en efecto, estimó que la incapacidad “*es un estado o condición propia e intrínseca de determinados grupos poblacionales*”⁶¹, entre los cuales incluyó a los menores de edad porque se encuentran en pleno desarrollo. Con fundamento en esta premisa, consideró que el artículo 210 del Código Penal tutelaba a todos los menores de edad en razón de su incapacidad física y psíquica que, a su turno, se originaba en su “*situación de vulnerabilidad*”. Por esa razón, al agravar esta conducta porque el sujeto pasivo esta en situación de “*discapacidad física, psíquica (...)*”, concluyó que se valoraba un mismo factor, esto es, “*la incapacidad físico/psíquica de la población precitada en razón de su patente vulnerabilidad implícita por la edad (...) como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad*”⁶².

Sin embargo, mediante **Auto de 12 de junio de 2020**, la Magistrada Ponente inadmitió la demanda. Asimismo, mediante **Auto del 13 de agosto de 2020**, reiteró que el actor no explicó por qué los menores de edad de entre 14 y 18 años debían ser automáticamente incluidos en la categoría de “*incapaces para resistir*” un acto sexual abusivo para justificar la equivalencia entre los artículos 210 y 211, numeral 7°, del Código Penal. Por ende, rechazó el cargo en relación con los menores de edad.

9. La demanda también apela a la definición de “*condición de incapacidad*” que trae la Real Academia de la Lengua Española, y que corresponde a la idea de “*discapacidad*”, para afirmar que el término consagrado en el artículo 210 del Código Penal alude a “*una persona que padece una disminución física, psíquica o sensorial que la incapacita total o parcialmente para realizar tareas ordinarias de la vida*”⁶³. Con base en esa idea de “*incapacidad*”, como condición personal de debilidad que impide la resistencia ante la conducta punible, el actor alega la aparente vulneración al principio de *non bis in ídem*⁶⁴. En particular, cuando se trata del agravante prescrito en el artículo 211-7 del Código Penal para el caso de las personas en situación de discapacidad.

Así, el peticionario considera que el sujeto pasivo del delito consagrado en el artículo 210 del Código Penal, entendido como “*incapaz de resistir*”, corresponde a su vez a quien se encuentra en “*situación de vulneración en razón de su discapacidad física/psíquica*”⁶⁵, o en un estado de “*trastorno mental o estado de inconsciencia*”⁶⁶. En tal sentido, entiende las dos expresiones como sinónimas. Sobre esa base, el demandante sostiene que la “*incapacidad*” a la que se refiere el tipo penal se relaciona con la existencia de una disminución “*física, psíquica (...)*”. Bajo tal perspectiva, cuando

60 De manera similar, en la Sentencia C-164 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, la Corte no estudió de fondo las expresiones “*menor de 14 años*” y “*con menor de 14 años*” contenidas en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, respectivamente. En aquella oportunidad, el demandante argumentó que los delitos contenidos en estas normas reconocen la situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo en razón de su edad. Por esa razón, al agravarlos cuando se cometan “*sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad*” se vulnera, se dijo, el principio *non bis in ídem*, pues tal agravante ya se encuentra incluido dentro de los elementos de adecuación típica de estos delitos, que señalan que la víctima debe ser menor de 14 años. Debido a la posición del actor, la Corte concluyó que, realmente, el demandante no acusaba los artículos 208 y 209 del Código Penal. Su mención se daba como punto de referencia, para justificar la acusación que recaía sobre el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal.

61 Escrito de demanda, folio 3.

62 Escrito de demanda, folio 8.

63 Escrito de corrección de demanda, folio 3.

64 Ibidem, folio 10.

65 Ibidem, folio 8.

66 Escrito de corrección de demanda, folio 8.

el sujeto pasivo de la conducta punible es una persona en situación de discapacidad –que a su juicio la hace incapaz de resistir–, no se configura el agravante contemplado para los delitos sexuales porque se trata de los mismos sujetos pasivos de la conducta prescrita tanto en el artículo 210 mencionado como en el agravante consagrado en el artículo 211.7 del Código Penal.

En suma, la Sala considera que el cargo cumple con el requisito de **claridad** por las siguientes razones: i) el cargo, en lo concerniente a los menores de edad, fue rechazado. Por lo tanto, no es objeto de estudio, contrario a lo considerado por la Fiscalía General de la Nación; y ii) a juicio del actor, los conceptos de “*incapacidad*” y “*discapacidad*” son sinónimos, por lo tanto, cuando el sujeto pasivo del delito consagrado en el artículo 210 del Código Penal está en situación de discapacidad, no debe configurarse el agravante demandado, so pena de contrariar el principio *non bis in idem*.

10. Por otro lado, la Fiscalía General de la Nación arguye que la demanda carece de **especificidad**, por cuanto no expuso las razones por las cuales la incapacidad física o psíquica –que a juicio del actor, pueden surgir del “*trastorno mental*” o “*estado de inconsciencia*”– vulnera el principio *non bis in idem*.

La Sala no comparte este argumento y, por el contrario, considera que dicho requisito está satisfecho. A este respecto, recuerda que, en el escrito de corrección de la demanda, el accionante refiere que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional. Agrega que el sujeto pasivo del delito consagrado en el artículo 210 del Código Penal incluye a las personas en situación de discapacidad, por cuanto “*el estado de incapacidad de resistir puede surgir, entre otros, del trastorno mental o estado de inconsciencia*”⁶⁷. También, sostiene que la “*incapacidad*” es una condición que puede obedecer a una disminución física o psíquica, lo cual implica que, cuando el sujeto pasivo de la conducta punible prevista en el artículo 210 del Código Penal es una persona con discapacidad, no sería admisible aplicar el agravante contemplado para los delitos sexuales, cuando ellos se cometan en persona “*en situación de vulnerabilidad en razón de su (...) discapacidad física, psíquica (...)*”.

11. Para la Corte, esta argumentación acredita el requisito de **especificidad**, por cuanto, a su juicio, la discapacidad física o psíquica puede surgir del “*trastorno mental*”, “*estado de inconsciencia*” y, en general, la “*incapacidad*” es una condición que puede obedecer a las discapacidades mencionadas. Así las cosas, el actor estima que una persona en situación de discapacidad necesariamente es alguien incapaz de resistir un acto sexual abusivo. Por lo tanto, si se agrava la conducta contenida en el artículo 210 del Código Penal en razón a la discapacidad física o psíquica del sujeto pasivo, dicha condición se valora tanto para tipificar la conducta como para agravarla.

Esta aproximación a la disposición objeto de censura es precisamente la materia de fondo que la Sala debe resolver y no puede ser evaluada en el análisis de aptitud del cargo. Es razonable entender en este punto que la lectura sistemática de los artículos 210 y 211.7 del Código Penal generan una similitud de sujetos pasivos fundada en un criterio de “*incapacidad*” ligado a la misma condición de la persona afectada y, por lo tanto, no puede desestimarse *prima facie*. Aquélla se desprende como una posibilidad que surge del texto mismo de los preceptos demandados, y que para ser aceptada o descartada, la Corte debe evaluarla de fondo. En suma, la Sala considera que el cargo formulado parte de una premisa específica que debe ser evaluada de fondo por la Sala.

12. Finalmente, la Fiscalía General de la Nación considera que el cargo carece de **suficiencia**, en la medida en que “*el actor no presenta una comparación que permita inferir la identidad entre las circunstancias fácticas descritas en el artículo 210 y en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal, y de esta forma poder demostrar por qué se puede predicar una doble valoración de la conducta*”.

13. A diferencia de lo expuesto por el interviniente, la Sala considera que la censura presentada por el demandante genera una duda constitucional mínima. Para el actor, toda persona en situación de discapacidad es incapaz de resistir un

⁶⁷ Escrito de demanda, folio 8.

acto sexual abusivo. Por lo tanto, esta condición se valora en caso que una de estas personas sea el sujeto pasivo del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. En virtud de lo anterior, a juicio del ciudadano, se vulnera el principio *non bis in ídem* si dicha conducta se agrava en razón de la discapacidad física o psíquica de la víctima. Dicha postura, junto con el alegato de la posible ocurrencia de una vulneración del *non bis in ídem*, da cuenta de la necesidad de un análisis que permita determinar si esa lectura plausible de las normas acusadas es contraria o no a la Carta. Esta situación habilita a la Sala a adelantar el estudio correspondiente frente al cargo propuesto. Lo anterior, en consideración además al principio *pro actione*, que exige propender por “(...) una decisión de fondo antes que [por] una inhibitoria, [si ello es posible], de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte”⁶⁸.

Conforme a lo expuesto, la Corte encuentra que el cargo que presenta el actor es apto y recae exclusivamente sobre la agravación contenida en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal, aplicable a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Aquella consagra que las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando las conductas que protegen el citado bien jurídico, se cometieren “sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su (...) discapacidad física, psíquica (...)”.

14. En definitiva –y en atención, además, a que la mayoría de los intervinientes no tuvieron reparos respecto de la aptitud del cargo–, la Sala estudiará de fondo el apartado demandado del artículo 211.7 del Código Penal. A este respecto, es necesario aclarar que el estudio comprenderá la interpretación del artículo 210 del Código Penal como un punto de referencia para establecer si, efectivamente, el aparte acusado consagra una doble sanción por la realización de la misma conducta. En este sentido, la Sala explicará el alcance normativo de esta norma y sus elementos extrajurídicos, con el fin de esclarecer si coinciden o no con el concepto de discapacidad contenido en el agravante demandado. Lo anterior, en ningún caso significa que procede el control de validez del tipo penal, puesto que el sujeto pasivo y elementos extrajurídicos que tipifican el delito de acceso carnal y acto sexual abusivos con incapaz de resistir abarcan supuestos fácticos diversos. Asimismo, el artículo 211.7 de la Ley 599 de 2000 agrava varias conductas punibles, por lo que su aplicación no depende exclusivamente del artículo 210 *ibidem*.

Integración de la unidad normativa. Reiteración de jurisprudencia⁶⁹

15. De conformidad con el artículo 241 superior, a la Corte se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución “en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Según el numeral 4° de la norma mencionada, le corresponde a este Tribunal decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes. Por regla general, la evaluación constitucional de una ley debe ejercerla esta Corporación por vía de la acción ciudadana y con fundamento en los cargos presentados por quien demande. De este modo, en principio, la Corte no es competente para examinar de oficio las disposiciones legales sujetas a su control. Sin embargo, el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2067 de 1991⁷⁰ dispone que la Corte “se pronunciará de fondo” sobre las normas acusadas y “podrá señalar” en la sentencia, las que a su juicio *conforman unidad normativa* con aquellas otras que se declaren inconstitucionales. La **Sentencia C-320 de 1997**⁷¹ aclaró que la unidad normativa “no opera... exclusivamente en los fallos de inexequibilidad”, sino que también puede tener lugar, en circunstancias en las que se declara la constitucionalidad de disposiciones censuradas, en oportunidades específicas.

16. Así, la unidad normativa, le permite a la Corte, en determinadas circunstancias, extender su decisión a otras normas u apartes normativos que inicialmente no fueron demandados. En otras palabras, la integración de la unidad

68 Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo. Ahora bien, un fallo inhibitorio no afecta la garantía de acceso a la administración justicia (CP art. 229) cuando una demanda carece efectivamente de idoneidad. Lo anterior, en la medida en que una decisión inhibitoria no impide que los textos acusados puedan ser nuevamente objeto de estudio a partir de una demanda que satisfaga cabalmente las exigencias de ley.

69 Este capítulo se basa en la teorización general descrita en las Sentencias C-118 de 2018 y C-200 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

70 “(...) El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”.

71 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

normativa “*implica que la Corte Constitucional (...) confronte normas completas, con alcances definidos, impidiendo que la acción ciudadana, ejercida selectivamente sobre ciertos textos[,] desvirtúe el sentido exacto de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, bajo un cierto designio del actor o, por inadvertencia de éste, con el resultado de hacer que el precepto, según el sentido del fallo, presente un contenido incoherente o inaplicable*” 72.

17. Esta Corporación ha indicado que procede la integración de la unidad normativa cuando “*no es posible pronunciarse respecto de una norma expresamente demandada, sin referirse también a la constitucionalidad de otras disposiciones con las cuales se encuentra íntimamente relacionada. Sin embargo, esta íntima relación entre las normas no es cualquier tipo de relación*”73. La aplicación de esta figura tiene exigencias puntuales. Así, la jurisprudencia ha sostenido que la integración de la unidad normativa sólo es procedente, en los siguientes eventos:

i. Cuando un ciudadano demanda una disposición que no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderla y aplicarla es imprescindible integrar su contenido normativo con el de otro precepto que no fue acusado. Esta causal busca delimitar la materia objeto de juzgamiento, en aras de que este Tribunal pueda adoptar una decisión de mérito que respete la integridad del sistema.

ii. En aquellos casos en los que la norma cuestionada está reproducida en otras disposiciones del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo y es una medida para lograr la coherencia del sistema jurídico.

iii. Cuando el precepto demandado se encuentra intrínsecamente relacionado con otra norma que, a primera vista, presenta serias dudas sobre su constitucionalidad. Para que proceda la integración normativa en esta última hipótesis es preciso que concurren dos circunstancias: (a) que la disposición demandada tenga estrecha relación con los preceptos que no fueron cuestionados y que conformarían la unidad normativa; y (b) que las normas no acusadas parezcan inconstitucionales74.

18. Sobre el tercer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que esta hipótesis garantiza la supremacía de la Constitución, “*al evitar que disposiciones directamente vinculadas con aquellas que fueron demandadas y respecto de las cuales es posible sospechar de su inconstitucionalidad, permanezcan en el ordenamiento sin ser juzgadas*”75. De este modo, en varias oportunidades, esta Corporación ha integrado distintas disposiciones cuando observa que las normas o apartes demandados complementan o desarrollan otros76.

19. En suma, una de las hipótesis bajo la cual procede la integración normativa se presenta cuando el precepto o norma demandada se encuentra estrechamente relacionado con otro que, a primera vista, parece inconstitucional. Integrar la unidad normativa en estos casos, entonces, busca evitar un análisis constitucional parcial y que, por ello, disposiciones directamente vinculadas con las normas o preceptos acusados permanezcan en el ordenamiento jurídico.

72 Corte Constitucional. Sentencia C-560 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

73 Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2012. M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

74 Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada por las sentencias C-603 de 2016, MP María Victoria Calle Correa y C-043 de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

75 Sentencia C-500 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo, reiterada en la Sentencia C-516 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

76 Por ejemplo, en la Sentencia C-180 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos, la Sala Plena integró el inciso segundo del artículo 23A de la Ley 1592 de 2012 con el artículo 23 de esta Ley porque (i) el inciso demandado complementaba lo dispuesto en el artículo 23 de la normativa referenciada, sobre el trámite del incidente de individualización de afectaciones, en cuanto señalaba el procedimiento consecuente a la finalización del mismo, de allí que en la parte inicial del párrafo demandado se indicara que la remisión se hace *en concordancia con el artículo 23* de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 23 de la Ley 1592 de 2012; y (ii) el artículo 23 de la Ley 1592 en el inciso 5° consagraba lo que desarrollaba el artículo 23A, adicionado por el artículo 24 ídem.

Asimismo, mediante Sentencia C-010 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte realizó la integración normativa de los artículos 22 de la Ley 1607 de 2012 y 14 de la Ley 1739 de 2016, en atención a que el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, que regula la forma en que se establece la base gravable del impuesto CREE, guardaba estrecha relación con el artículo 14 de la Ley 1739 de 2014, que adicionó el artículo 22-3 a la Ley 1607 de 2012, relacionado con la posibilidad de compensar el exceso de base mínima, pero solo a partir del año 2015, la cual además presentaba a primera vista una cuestión de inconstitucionalidad debido al límite temporal que imponía la disposición integrada, aspecto que podría desconocer la equidad vertical.

20. En el presente caso, el actor demandó el aparte: “*en razón de su (...) discapacidad física, psíquica (...)*” contenido en el artículo 211.7 del Código Penal. Sin embargo, el texto completo de la norma es el siguiente:

“Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. *Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...)*

*7. Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, **discapacidad física, psíquica o sensorial**, ocupación u oficio.*

(...)” (Subraya fuera del original).

21. Como puede observarse, la norma acusada agrava los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cuando la conducta se comete sobre una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Uno de estos eventos se presenta cuando el sujeto pasivo está en situación de discapacidad. Así las cosas, el fragmento acusado –referente tan sólo a las personas con “*discapacidad física [o] psíquica*”– se encuentra íntimamente relacionado con el aparte no demandado que hace alusión a las personas en situación de discapacidad sensorial, puesto que todas ellas son cobijadas por el agravante cuestionado. En definitiva, el actor dejó de lado un elemento particular del sujeto pasivo que es relevante para realizar un análisis constitucional del artículo 211.7 del Código Penal, en relación con el artículo 210 de esta normativa y en los términos expuestos por el demandante.

Bajo este supuesto, es evidente que la expresión acusada por el actor requiere para su evaluación plena de la inclusión de la expresión “*sensorial*” no demandada, para amparar a todos los sujetos pasivos protegidos por el artículo 211.7 del Código Penal. De hecho, la eventual declaratoria de inexecutable del fragmento acusado, sin el aparte faltante, dejaría a quienes presentan una condición de discapacidad sensorial en una situación jurídica diversa respecto de quienes presentan una situación compartida desde la perspectiva física y psicológica, y que sí fueron incluidos en el texto demandado por el actor. Lo anterior, a la postre, derivaría en un resultado incoherente para el ordenamiento jurídico en su conjunto, respecto de sujetos que además gozan de especial protección constitucional.

Bajo esta perspectiva, por un lado, la pretensión del demandante es que la Corte declare el numeral acusado exequible condicionalmente, en el entendido de que no está llamado a agravar el delito contenido en el artículo 210 *ibidem* cuando el sujeto pasivo se trata de una persona en situación de discapacidad. Por otro, existe una relación intrínseca entre las distintas categorías de discapacidad que propone el artículo 211.7 del Código Penal parcialmente demandado y los cargos de la demanda. Por consiguiente, i) es necesario analizar todas las hipótesis que, a juicio del actor, lesionan el principio *non bis in ídem*; y, ii) deben evitarse las inconsistencias sistémicas, puesto que la eventual declaratoria de inexecutable o exequibilidad condicionada del fragmento acusado, en desmedro de la parte faltante, tendrían efectos jurídicos diversos para diferentes condiciones de discapacidad. Estos aspectos llevan a la Corte a la conclusión de que no existe razón alguna para decidir exclusivamente sobre las discapacidades físicas o psíquicas y dejar de lado las discapacidades sensoriales que establece el precepto objeto de censura. De allí que, para acoger la solicitud del actor de manera efectiva, conforme a la argumentación presentada, sea necesario incluir a las personas en situación de discapacidad sensorial en el análisis, ya que a juicio del ciudadano, también ellas son sujetos incapaces de resistir un acceso carnal o acto sexual abusivo.

22. Por consiguiente, es pertinente en este caso integrar la unidad normativa y completar el contenido de la expresión acusada con el aparte restante que no fue demandado. Por consiguiente, la Corte se pronunciará sobre toda la expresión “*en razón de su (...) discapacidad física, psíquica o sensorial*”, contenida en el numeral 7° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

Problema jurídico

23. A continuación, la Sala referirá brevemente los argumentos expuestos por el accionante, la Procuradora y quienes intervinieron en el proceso. Lo anterior, con la finalidad de precisar el alcance de sus consideraciones sobre la disposición en mención.

Demanda, Intervenciones y Concepto de la Procuraduría		
Entidad	Argumentos	Pretensión
Demandante	Existencia de vulneración del <i>non bis in ídem</i> por tratarse de mismo sujeto pasivo al que alude el tipo penal y el agravante, pues las personas en situación de discapacidad son incapaces de resistir.	Exequibilidad condicionada
Universidad Javeriana	Los intervinientes concluyen en general, que los términos de “ <i>incapacidad de resistir</i> ” y “ <i>discapacidad física, psíquica o sensorial</i> ” no son equiparables y, por ende, agravar el delito de “ <i>acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir</i> ” por cometerse contra una persona con “ <i>discapacidad física, psíquica o sensorial</i> ”, no vulnera el principio <i>non bis ídem</i> ”.	Exequibles artículos 210 y 211.7 (Parcial)
Universidad Libre		
Ministerio de Justicia y del Derecho		
ICBF		
Harold Eduardo Sua Montaña	Tan sólo en los casos en que la discapacidad física, psíquica o sensorial impida al sujeto pasivo rechazar eficazmente la conducta tipificada en el artículo 210 del Código Penal, podrá existir una vulneración al principio <i>non bis in ídem</i> ⁷⁷ .	Exequibilidad condicionada del artículo 211.7 del C. Penal
Colegio de Abogados Penalistas		
Fiscalía General de la Nación		
Procurador General de la Nación	La circunstancia de agravación punitiva no persigue las mismas finalidades que el tipo penal. En este sentido, el concepto de “ <i>incapacidad de resistir</i> ” no configura la misma circunstancia fáctica que el hecho de que una persona esté en <i>situación de discapacidad</i> .	Exequibilidad de ambos artículos.

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*?

25. La acusación que se formula parte de la de base de considerar que, cuando se cometen conductas de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, no cabe aplicar el agravante que aumenta la pena, si la víctima en situación de vulnerabilidad lo es “*en razón de su discapacidad física, psíquica o sensorial*”. Esto, por cuanto este último concepto

77 Particularmente, la Fiscalía General de la Nación afirma que la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas en el tipo penal básico cuando “*la víctima de la conducta es una persona que, en razón de su discapacidad física, psíquica o sensorial, no le es factible rechazar o enfrentar eficazmente el acceso carnal o los actos sexuales abusivos, pues, por sus especiales circunstancias, está a disposición unilateral del sujeto activo de la conducta ejemplo, las personas con cuadriplejía, debilidad extrema, enfermedades neurológicas o metabólicas, entre otras*” (folios 16-17).

implicaría sancionar dos veces a una persona por un mismo hecho, dado que para el actor la incapacidad de resistir puede derivarse de su discapacidad.

Para dar respuesta al interrogante que aquí se plantea, la Sala revisará los siguientes temas: i) el alcance que se le ha dado al artículo 210 de la Ley 599 de 2000 y en particular, el entendimiento que la jurisprudencia y la doctrina tienen respecto de las personas que se consideran “*incapaces de resistir*”; ii) el alcance del artículo 211-7 de la Ley 599 de 2000 en los mismos términos previos, pero esta vez en lo concerniente al concepto de personas con “*discapacidad física, psíquica y sensorial*”; y finalmente, iii) el principio del *non bis in ídem* y la libertad de configuración del Legislador. Revisados estos aspectos teóricos y jurisprudenciales que enmarcan la reflexión jurídica básica sobre la materia en discusión, la Sala decidirá sobre la validez de la norma acusada.

Alcance del artículo 210 de la Ley 599 de 2000

26. El delito de “*acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*”, está ubicado en el capítulo “*De los actos sexuales abusivos*”, y se relaciona con “*Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*”.

En ese sentido, es un tipo penal en el que “*la lesión al bien jurídico y a la libertad no proviene del uso de la fuerza o la intimidación, sino del aprovechamiento de una circunstancia*”⁷⁸, esto es, que tiene lugar cuando el sujeto activo del delito se aprovecha del sujeto pasivo, a partir de su situación de incapacidad para resistir, bien sea porque la persona está inconsciente, porque padece de un trastorno mental que le impide entender lo que está sucediendo, o por cualquier otra situación que le genere la imposibilidad de resistirse a la agresión sexual⁷⁹.

Desde esta perspectiva, la norma penal que se describe busca proteger como bien jurídico tutelado la capacidad de decisión de las personas y su plena autonomía para el desarrollo y expresión de su sexualidad. De esta manera, salvaguarda: i) la facultad que tiene el sujeto pasivo de obrar libremente en esa esfera y de contar con la capacidad de autodeterminarse en el ámbito sexual⁸⁰; ii) los intereses de quienes, por no disponer de capacidad para ejercer aquella autodeterminación, deben ser preservados en su indemnidad sexual⁸¹; y, iii) la etapa de desarrollo del criterio sexual que tiene cada persona, sin intervenciones nocivas⁸².

27. Así las cosas, al analizar el tenor literal de la norma en mención, se deduce que la tipificación que ella propone requiere de un sujeto activo indeterminado que se aproveche de una condición específica que presenta el sujeto pasivo calificado. Esta particularidad exige que la víctima sea **incapaz** de prestar su **consentimiento**, ya sea i) por encontrarse en estado de inconsciencia; ii) sufrir un trastorno mental; o iii) estar sujeta a una situación en la que su voluntad esté completamente doblegada por el agresor. A continuación, la Sala describirá los ingredientes descriptivos o normativos del precepto enunciado, para explicar brevemente y de manera genérica los aspectos que dan cuenta de esa incapacidad de resistir.

El acceso carnal o acto sexual abusivos cuando el sujeto pasivo se encuentra en estado de inconsciencia

78 AMADOR, Camilo y otros; CASTRO, Carlos (coord.) (2018). *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte Especial*. Bogotá D.C: Temis. Pág.441.

79 Cfr. María Camila Correa Flórez (2018). La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana. *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 14, No. 90, enero-junio 2018, pp. 11-53. Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179)

80 Orts, Enrique y otros (2004). *Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág.230

81 Cancio, Manuel (2001). *Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano. Algunas reflexiones político-criminales y de derecho comparado*. Ponencia presentada por el autor el 24 de agosto de 2001 en las XXIII Jornadas Internacionales de derecho penal (“Principales reformas a la parte especial en el nuevo Código Penal”) organizadas por la Universidad Externado de Colombia. Pág.6. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1104>

82 Amador Camilo y otros. Castro, Carlos (coord.) (2018). *Manual de Derecho Penal. Tomo I, parte especial*. Bogotá: Temis, pág.417.

28. Esta situación se presenta cuando a la víctima le es imposible desplegar sus facultades volitivas y mentales. La doctrina define este estado como la perturbación en la percepción y volición, que afecta gravemente la actividad del sujeto y, en consecuencia, coarta su autodeterminación frente a una agresión sexual. Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde una perspectiva general, se trata de un estado en el que el sujeto, que es víctima del punible, se encuentra bloqueado en sus facultades cognitivas⁸³. El estado de inconsciencia puede generarse como consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas, consumo de sustancias tóxicas, hipnosis, sueño profundo y demás circunstancias que afecten gravemente su coordinación motora y su discernimiento⁸⁴.

En ese sentido, en la Sentencia del 20 de febrero de 2008⁸⁵, entre otras, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia equiparó el estado de inconsciencia a uno de “*despersonalización*”. Entre las causas que afirmó llevan al sujeto pasivo a sufrir un estado de inconsciencia, citó la obnubilación, la somnolencia y el coma, que causan “*la alteración... en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones*” ⁸⁶ en la esfera de protección que ofrece el tipo penal a su libertad sexual.

El acceso carnal o acto sexual abusivos cuando el sujeto pasivo presenta trastorno mental

29. La Organización Mundial de la Salud considera que el concepto de “*trastorno mental*” abarca “*una combinación de alteraciones del pensamiento, la percepción, las emociones, la conducta y las relaciones con los demás*”⁸⁷, que pueden incluir aspectos tan variados como la esquizofrenia, demencia, autismo, trastorno afectivo bipolar, y comportamientos neuróticos o psicóticos que indiquen la presencia de alucinaciones, retraso psicomotor marcado y/o un comportamiento catatónico⁸⁸.

30. En el mismo sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia entiende dicho estado, “*como expresión de inimputabilidad, [que] puede ser de carácter transitorio o permanente, eventos en los que las afectaciones no solo recaen en la capacidad de comprensión [del sujeto] sino en las capacidades volitivas (...)*”⁸⁹. Es decir, en la libre “*autodeterminación o eventos de involuntabilidad y que corresponden a variadas manifestaciones*”⁹⁰. Estas manifestaciones usualmente están sujetas a pruebas periciales. Así las cosas, para esa Corporación, el trastorno mental contenido en el artículo objeto de estudio está relacionado con la capacidad psíquica del sujeto pasivo para comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como con la posibilidad de autodeterminarse conforme a esa comprensión⁹¹.

Por su parte, la doctrina equipara el trastorno mental a la “*enajenación, alienación mental o alteración de la personalidad (...)* En general es el desquiciamiento (...) de las facultades intelectivas y afectivas”⁹². Otros académicos consideran que

83 Proceso 30546. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. 25 de noviembre de 2008. Citada por la Sentencia del 25 de abril de 2016. Tribunal Superior de Buga. Sala Quinta de decisión Penal. M.P. José Jaime Valencia Castro. En el 2014, esa Alta Corte aclaró también que la inconsciencia “*(...) se trata de aquellos estados en los que el ser humano objeto de la agresión sexual se halla bloqueado en sus facultades cognoscitivas, efecto de anulación en la capacidad de conocimiento que puede darse como resultado de la ingesta de licor o de cualquier sustancia natural o química que produzca dicho efecto*”. Al respecto puede verse: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 17 de junio de 2014 (Rad.30546), M.P. José Luis Barceló Camacho.

84 Barrera, Humberto; Barrera, Jaime Darío (1998). *Delitos Sexuales*. Bogotá D.C: Librería del Profesional. Págs. 141-144.

85 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. (Rad.23290)

86 Por ejemplo, en la Sentencia del 31 de octubre de 2012 (Rad.34494), la Corte Suprema de Justicia estudió el caso de un acceso carnal abusivo con una persona que dormía en una colchoneta, luego de haber ingerido alcohol. En aquella ocasión recordó que esta sustancia “*es por definición un depresor cortical, que afecta las funciones superiores y compromete la memoria, en la medida que impide recordar lo que se hizo*”. En efecto, en la tarde de los hechos, la víctima presentaba incoordinación motora severa, sueño incontrolable, dificultad para hablar, recuerdos intermitentes e incoherencias en la expresión del pensamiento, lo cual permitía concluir que “*se hallaba en un estado de embriaguez alcohólica severa, que le impedía tener conciencia de lo que pasaba a su alrededor y de oponerse a cualquier agresión a su integridad*”. M.P. José Leonidas Bustos.

87OMS. *Trastornos mentales*. Disponible en: https://www.who.int/topics/mental_disorders/es/

88OMS (1992). *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioral Disorders*. Pág.10. Disponible en: <https://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf>

89 Proceso 30546. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. 25 de noviembre de 2008. Citada por la Sentencia del 25 de abril de 2016. Tribunal Superior de Buga. Sala Quinta de decisión Penal. M.P. José Jaime Valencia Castro.

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de junio de 2014 (Rad.30546).

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2009 (Rad.24055), M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

92 Londoño, Jairo (1996). “*Derecho Especial II*”. Pereira: Ediciones Abogados Librería. Pág.191.

la condición *sine qua non* del trastorno mental radica en que debe privar de razón a la víctima, esto es, la incapacita para comprender el significado del acto sexual.

Así las cosas, mientras el estado de inconsciencia conlleva la imposibilidad material de ofrecer resistencia al acto sexual, el trastorno mental ocasiona que, aun si la víctima accede a este acto, tal consentimiento no sea válido debido a la afectación de las facultades intelectivas y volitivas que el sujeto pasivo sufre⁹³.

31. Así lo ha entendido también la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En el Auto del 11 de noviembre de 2009⁹⁴ determinó que la transgresión del bien jurídico protegido afecta la dignidad humana y la libre expresión de la voluntad. Aquella, entendida como la capacidad y posibilidad concreta, en un momento dado, de elegir y decidir libremente entre actuar o rechazar una conducta sexual. Esa Corporación concluyó que *“para efectos de la estructuración de la conducta punible de acceso carnal o acto sexual abusivos..., en cuanto al trastorno mental..., solo basta que esté acreditado pericialmente en el proceso ese estado psíquico. [Por ello] (...) que el trastorno mental sea grave o leve es intrascendente para efectos del juicio de la adecuación típica, pues lo cierto es que esas condiciones psíquicas que se pregonan de la víctima son suficientes para impedirle determinar el alcance de sus actos”*.

32. A modo de ejemplo, en la sentencia del 5 de diciembre de 2018⁹⁵, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó si se había cometido el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con fundamento en el trastorno mental del sujeto pasivo. En ese caso, la presunta víctima –quien presentaba un *“retardo mental moderado y trastorno de personalidad”*– adujo comprender las implicaciones de las relaciones sexuales y admitió haber consentido las que mantuvo con el presunto agresor. El juez de segunda instancia concluyó que la víctima sufría un trastorno mental moderado, y que el acusado sabía de su situación, por lo que pese a ello, se aprovechó de aquella circunstancia para accederla carnalmente. Sostuvo que, si bien la víctima pudo presuntamente consentir, no estaba en capacidad de autodeterminarse en el campo sexual. Contrariamente, la Sala de Casación afirmó que para tipificar la conducta contenida en el artículo 210 del Código Penal, no basta con demostrar que el sujeto pasivo esté en situación de discapacidad mental, sino que es necesario acreditar que aquella alteración le impide comprender y consentir la relación sexual. En tal sentido, el autor aprovecha esta circunstancia –que impide que la víctima sea plenamente consciente del acto a la que es sometida–, para perpetrar el acto carnal que, en condiciones normales, el sujeto pasivo habría rehusado⁹⁶.

33. En ese mismo sentido, en la Sentencia del 11 de septiembre de 2019⁹⁷, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó una sentencia de segunda instancia que condenó al casacionista a una pena de 102 meses de prisión, por la comisión de actos sexuales con una menor de edad que padecía déficit cognitivo leve. Al respecto, recordó que en la jurisprudencia de esa Corporación, basta que se confirme por cualquier medio apto, la alteración psíquica para que se incurra en el tipo, sin que se precise demostrar el grado de la afección. De esta suerte, lo esencial para que se configure es *“que esas condiciones psíquicas que se pregonan de la víctima, [sean] suficientes para impedirle determinar el alcance de sus actos”*. Ese Tribunal dijo que la presunta víctima relataba de manera hilvanada y consistente los actos a los cuales había sido sujeta. Sin embargo, advirtió que la Fiscalía no había aportado prueba sobre la valoración psiquiátrica o psicológica de la persona, que contribuyera a esclarecer la capacidad de comprensión en el ámbito sexual de

93 Barrera, Humberto; Barrera, Jaime Darío (1998). *Delitos Sexuales*. Bogotá D.C: Librería del Profesional. Pág. 207.

94 M.P Eyder Patiño Cabrera. (Rad.51692)

95 M.P Eyder Patiño Cabrera (Rad.51692).

96 En ese caso se consideró que le asistía razón al actor, en la medida en que, si bien la presunta víctima padecía un trastorno mental, la Fiscalía no logró establecer que el mismo le impidiera autodeterminarse en el campo de las relaciones sexuales. En estos casos, dado que el consentimiento es el centro del debate, la ausencia de él es lo que debe fundamentarse. No obstante, como la Corte Suprema de Justicia lo ha mencionado, *“[p]lantear, por tanto, un error sobre el otorgamiento del consentimiento de una persona que no se encuentra en capacidad de concederlo, cuando el sujeto agente conoce esta situación, carece de sentido, porque cualquier actitud o manifestación suya en este estado, dirigidas a disponer de su sexualidad, han de entenderse inexistentes, principio que es hoy reconocido por instrumentos internacionales de los cuales Colombia hace parte, como las Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de necesaria consulta en el derecho interno, según lo ha precisado la Corte Constitucional y esta Sala en otras oportunidades. Dicho estatuto en su regla establece... [que]b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre;/c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual (...)”*. Ver en, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de octubre de 2012. Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta No. 403.

97 M.P Eyder Patiño Cabrera. (Rad.51950)

la víctima y con ello su capacidad de resistir una agresión de esa índole. Por lo tanto, consideró que no se tipificó la conducta contenida en el artículo 210 de la Ley 599 de 2000 ante la ausencia de esa demostración.

34. En definitiva, de las normas, la jurisprudencia y la doctrina reseñada, se colige que el trastorno mental –como elemento descriptivo del acceso carnal o acto sexual abusivos–, es una alteración en las facultades de raciocinio, del comportamiento o afectivas, que le impiden a la víctima comprender las acciones sexuales que comete el agresor respecto de ella. Con independencia de si el trastorno es leve, moderado o grave, éste debe impedirle al sujeto pasivo ofrecer su consentimiento libre y válido para la realización de las conductas sexuales. Por lo tanto, en los procesos penales, en principio, además de la prueba del trastorno mental del sujeto pasivo, se debe demostrar que esa alteración incidió en su capacidad de decisión y de comprensión de la esfera sexual⁹⁸, pues es la libertad de elegir la que se protege el tipo penal.

El acceso carnal o acto sexual abusivos por razones de incapacidad para resistir

35. El estado de inconsciencia o trastorno mental no son las únicas situaciones en las que puede encontrarse un sujeto pasivo en un caso de acceso carnal o de actos sexuales abusivos, para configurar la tipicidad de la conducta. Por el contrario, el artículo 210 objeto de estudio posibilita que una persona sea sujeto pasivo de este tipo penal, en los casos en que, por cualquier circunstancia, se encuentra en incapacidad de resistir una agresión sexual, así no se trate de las circunstancias antes expuestas. En relación con este asunto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la situación que propone el tipo penal al aludir a la incapacidad de resistir en sentido estricto, *“evidentemente es distinta de aquéllas que recogen los supuestos que a manera de ingredientes de contenido jurídico de trastorno mental o estado de inconsciencia 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 (...) 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”*⁹⁹.

Asimismo, aquella Sala ha indicado que la incapacidad para resistir es un estado en el que el sujeto pasivo *“no tiene ninguna opción de decidir libremente entre aceptar o no aceptar el acceso carnal o los actos sexuales diversos, y sus negativas físicas o verbales de cualquier tono o medida, no tienen ningún eco ni respuesta de aceptación, pues como se dijera su voluntad la que para nada importa, se halla dominada por la fuerza irresistible o por la insuperable coacción que le ha sido impuesta por el sujeto agresor quien atenta contra su libertad sexual”*¹⁰⁰.

Finalmente, ha aclarado que otra de las manifestaciones de la incapacidad para resistir es cuando la persona se halla en un estado de compulsión o *vis compulsiva*, es decir, actúa de cierta manera sin que *“el yo ni los frenos inhibitorios de la racionalidad, de la conciencia y discernimiento consigan hacer uso de la libertad de actuar o de no hacerlo”*¹⁰¹.

En suma, la *“incapacidad para resistir”* es un concepto genérico que abarca toda situación que limita las posibilidades del sujeto pasivo de autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar un acceso carnal o acto sexual¹⁰². De este modo, *“no alcanza a comprender la relación o no tiene capacidad cognitiva libremente en su realización”*¹⁰³.

36. Por ejemplo, mediante Sentencia del 27 de julio de 2006¹⁰⁴, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estudió el caso de una mujer que acudió a las oficinas de Profamilia, en cumplimiento de una cita con un

⁹⁸ Sentencia SP3732-2019 de septiembre 11 de 2019 M.P Eyder Patiño Cabrera. (Rad.51950)

⁹⁹ Sentencia del 24 de febrero de 2016 (Rad.47150), M.P Gustavo Enrique Malo Fernández

¹⁰⁰ Sentencia del 25 de noviembre de 2008 (Rad.30546), M.P Yesid Ramírez Bastidas.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Sentencia SP3449-2019 del 21 de agosto de 2019, M.P Luis Guillermo Salazar Otero.

¹⁰³ Sentencia SP15378-2016 del 26 de octubre de 2016, M.P Eugenio Fernández Carlier.

¹⁰⁴ M.P Alfredo Gómez Quintero (Rad.24955).

especialista sexólogo. Allí, expresó que sentía aversión al sexo, a lo que el profesional le contestó que no se preocupara. Ante la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la mujer, el sexólogo la persuadió para que no sintiera temor y consiguió cometer actos sexuales en contra de ella.

37. Conforme a los hechos descritos, los jueces de primera y segunda instancia resolvieron condenar al agresor por el delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir. La Sala de Casación consideró que la víctima era incapaz de resistir la conducta punible, debido a la situación de indefensión particular en la que se encontraba. Específicamente, sufría carencia afectiva y sensación de abandono. Además, mantenía una relación de sometimiento con su esposo, quien la golpeaba. Por lo tanto, expresaba confusión y miedo respecto de tocamientos sexuales. En tal sentido, aseverar que el caso no se tipificaba en la conducta descrita en el artículo 210 del Código Penal “(...) *dejaría por fuera situaciones de origen psicológico que pueden en un momento determinado afectar el área cognitiva conductual de la víctima y que, como surge claramente en este caso, sean propicias para desencadenar en quien teniendo una condición cualificada por su conocimientos especiales, le permiten aprovecharse de la misma para acometer la realización de conductas abusivas*”.

38. En definitiva, el delito de “*acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*”, exige la demostración de: (i) un sujeto activo indeterminado; (ii) el acceso carnal o la comisión de actos sexuales como verbo rector¹⁰⁵; (iii) un sujeto pasivo calificado, pues debe tratarse de aquella persona que se encuentre en estado de inconsciencia, tenga un trastorno mental o en todo caso sea incapaz de resistir la agresión sexual; y (iv) que el sujeto activo conozca de dicha condición con respecto al sujeto pasivo y se aproveche de ella.

En cuanto a los elementos normativos, el estado de inconsciencia se refiere a la inhibición de las facultades motoras e intelectuales de la persona, de tal forma que le sea imposible fácticamente ofrecer resistencia al acto sexual. Por su parte, el trastorno mental involucra alteraciones del pensamiento, la percepción y emociones que impiden a la persona entender la realidad en la que está inmersa y determinarse conforme a esa comprensión. Lo anterior, le impide entender los actos de carácter sexual que se despliegan en su contra y oponerse a ellos. De esa forma, el consentimiento que pueda dar no es considerado válido. Finalmente, el concepto genérico de “*incapacidad para resistir*” abarca toda situación que inhibe a la víctima de toda posibilidad de rechazar la agresión sexual, pues no tiene opción de decidir libremente entre aceptar o no el acceso carnal o acto sexual. En resumen, el sujeto pasivo calificado de este tipo penal se encuentra en un estado en el que sus “*capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se (...) [ven] doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición*”¹⁰⁶.

Alcance del artículo 211, numeral 7, de la Ley 599 de 2000

39. El título IV del Código Penal integra los tipos penales que reprochan las conductas que vulneran los bienes jurídicos a la libertad, integridad y formación sexual. De hecho, ese título se divide en cuatro capítulos, que son: i) la violación; ii) de los actos sexuales abusivos; iii) las disposiciones comunes a los capítulos anteriores; y, por último, iv) lo relacionado con la explotación sexual.

Esta distinción resulta relevante porque las circunstancias de agravación previstas en el artículo 211 están dispuestas para incrementar, de una tercera parte a la mitad, las penas descritas en los tipos penales consagrados en los capítulos sobre la violación (artículos 205 a 207) y los actos sexuales abusivos (artículos 208 a 210A).

¹⁰⁵ El artículo 212 del Código Penal define acceso carnal como: “*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*”. Por su parte, los actos sexuales son los tocamientos o actuaciones dirigidas “*a satisfacer la apetencia sexual o impulsos libidinosos del actor, a través de los sentidos del gusto, del tacto, roces corporales, sobre una persona (...)*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de febrero de 2016, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sentencia del 25 de noviembre de 2008 (Rad.30546), M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Así, el artículo 211 de la Ley 599 de 2000 recoge las circunstancias de agravación punitiva respecto de los delitos de: i) acceso carnal violento; ii) acto sexual violento; iii) acceso carnal abusivo con menor de 14 años; iv) actos sexuales con menor de 14 años; v) *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*; y vi) acoso sexual.

40. Específicamente, el numeral 7 de la norma en mención establece que la pena para los delitos descritos se aumentará de una tercera parte a la mitad “[s]i se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, **discapacidad física, psíquica o sensorial**, ocupación u oficio”¹⁰⁷. De lo anterior, se infiere que esta disposición contiene elementos accidentales de los tipos penales consagrados en los artículos 208 a 210A del Código Penal que, de presentarse, incrementa la pena dispuesta para cada uno de estos delitos, en virtud de la mayor gravedad de la conducta punible, al ser cometida contra una persona en situación de vulnerabilidad¹⁰⁸.

Ahora bien, la norma dispone nuevas circunstancias a los elementos que componen el tipo penal. Esta situación no desvirtúa la existencia de una relación directa con éste, pues el Legislador tiene la libertad de configurar normativamente el establecimiento de normas penales y de agravantes, pese a lo cual es claro que dicha facultad debe respetar los principios de: i) necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de *última ratio* del derecho penal; ii) exclusiva protección de bienes jurídicos, según el cual derecho penal implica una valoración social de aquellos bienes jurídicos que ameriten protección penal, las conductas reprochables que puedan lesionar tales intereses, los elementos para establecer la responsabilidad al sujeto activo y el *quantum* de la pena aplicable; iii) legalidad, conforme al cual, el Legislador tiene la obligación de definir las conductas punibles y sus sanciones de manera clara, precisa e inequívoca; iv) racionalidad y proporcionalidad en materia penal, de acuerdo a los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con los derechos fundamentales de las personas como la libertad y el debido proceso, entre otros¹⁰⁹.

Para el caso que ocupa a la Corte, el numeral 7 en cita protege precisamente a las personas en condición de “(...) **discapacidad física, psíquica o sensorial**” que gozan de especial protección en el ordenamiento constitucional¹¹⁰. Conforme al literal d) del preámbulo de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹¹, el grupo está compuesto por personas con ciertas condiciones físicas, psíquicas o sensoriales particulares, que debido “(...) a la actitud y al entorno, [encuentran barreras que muchas veces] ...evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones”. Ese instrumento establece en su artículo 1° el propósito de “(...) *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente* (...)”¹¹². Este compromiso se hace extensivo a las obligaciones del Estado en materia de igualdad. En efecto, conforme al artículo 13 de la Carta Política, a este le compete proteger especialmente a quienes “*por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta*”.

107 Negrillas fuera del original.

108 A lo largo de la Sentencia C-181 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, esta Corporación recordó que la tipicidad como principio se manifiesta en la “(...) exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”. En ese orden de ideas, este principio impone que “i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y, iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción”. Precisamente, la Corte también indicó que, dentro del proceso de creación de normas penales que realiza el Legislador en ejercicio de libertad de configuración normativa, uno de los aspectos más relevantes es la determinación de la pena aplicable a cada delito, puesto que dicha facultad debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así las cosas, la dosimetría penal es un asunto librado a la definición legal, pero limitado por los principios mencionados porque: “(...) la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos”. Por lo anterior, la Sala concluyó que el establecimiento de las penas aplicables a las conductas reprochables, deben atender a criterios objetivos, tales como la mayor o menor gravedad de la conducta punible, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y el orden social, entre otros.

109 La Sentencia C-181 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, también menciona los principios de culpabilidad, según el cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” y del bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales.

110 Corte Constitucional. Sentencia T-662 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

111 Esta Convención fue aprobada en Colombia mediante la Ley 1346 de 2009 y declarada exequible en la Sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

112 <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>. Consultado el 19 de marzo de 2018. “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

Desde esta perspectiva, si bien las personas en condición de discapacidad tienen iguales obligaciones que el resto de la comunidad, gozan de una especial protección constitucional que permite el goce efectivo de sus derechos por parte del Estado.

En consideración con lo anterior, el artículo 25 de la Convención establece, por ejemplo, que los Estados Parte proporcionarán a este grupo poblacional “(...) programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, **incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva**, y programas de salud pública dirigidos a la población”.

En esa misma línea, el agravante en materia penal que se describe, interpretado a la luz de objetivos dirigidos al reconocimiento de la autonomía de las personas en situación de discapacidad, no busca mantener incólume la indemnidad sexual de tales individuos de manera general, o desconocer su libertad en este aspecto. Por el contrario, pretende proteger sus derechos a la libertad, integridad y formación sexual, al tener en consideración sus características, su propia voluntad y sus necesidades específicas.

Por ende, en la **Sentencia C-606 de 2012**¹¹³, esta Corporación recordó que las personas en situación de discapacidad,

“(...) deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término (ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad.”

41. El artículo 211, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 castiga entonces a los sujetos activos que, al cometer algún delito contenido en los artículos 205 a 210A del Código Penal¹¹⁴, se aprovechen de la debilidad manifiesta o del estado de vulnerabilidad de las personas en situación de discapacidad. Particularmente, la disposición protege a las personas “*con discapacidad física, psíquica o sensorial*” y establece mecanismos para superar o proscribir situaciones de discriminación o abuso en su contra, al castigar con mayor severidad a quien cometa alguno de los delitos sexuales mencionados contra estas personas.

En consecuencia, en aras de proteger el derecho de este grupo poblacional a asegurar su autonomía y libertad en materia sexual, el agravante objeto de estudio materializa el deber constitucional de protección fundado en las condiciones singulares de vulnerabilidad y eventual desprotección de este grupo. Lo expuesto hace que las personas en situación de discapacidad requieran de una atención especial por parte del Estado y de la sociedad en general¹¹⁵. El numeral 7º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en consecuencia, agrava con este propósito a los delitos sexuales establecidos en los artículos 205 a 210A de esta normativa.

El principio del *non bis in ídem* y los límites a la libertad de configuración del Legislador¹¹⁶

42. El principio del *non bis in ídem* se encuentra consagrado en el inciso 4º del artículo 29 superior. Se trata de una garantía que forma parte del debido proceso y que se encuentra inmersa en la protección constitucional de la legalidad de los delitos y de

¹¹³ M.P. Adriana María Guillén Arango.

¹¹⁴ Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales

¹¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹⁶ Este acápite incluye aspectos ya señalados en las Sentencias C-181 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y C-164 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

las penas¹¹⁷. Aquella asegura que “[q]uien sea sindicado, ten[ga] derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”¹¹⁸.

Este principio, al que la jurisprudencia de esta Corporación destaca también como la prohibición de doble incriminación¹¹⁹, impide de manera general que una persona sea imputada, investigada, juzgada y sancionada por las mismas razones¹²⁰ en diversas oportunidades. También prohíbe a las autoridades actuar en consecuencia. Esta garantía está consagrada en el artículo 8° de la Ley 599 de 2000¹²¹.

A partir de lo anterior, la Corte ha afirmado que este principio tiene la dimensión de derecho fundamental, de aplicación directa e inmediata. De esta manera, una norma o una actuación violan este principio cuando permiten que un individuo sea juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos¹²².

43. La consagración internacional del principio en mención se desprende del artículo 14-7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y aprobado mediante Ley 74 de 1968. Aquel establece que “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. En igual sentido, el artículo 8-4 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado mediante la Ley 16 de 1972, consagra este principio, al señalar que, “(...) el inculpado absuelto por sentencia en firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

44. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, visto desde una perspectiva amplia, el principio de *non bis in ídem* involucra varias hipótesis:

“i) nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación. ii) De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración. iii) Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada. iv) Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición, y v) nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único”¹²³.

45. En lo que respecta a las funciones del Legislador, el principio *non bis in ídem* resulta ser entonces un límite a su libertad de configuración. Desde el punto de vista material, se transforma en una garantía constitucional sustancial, que sirve de norma de referencia para el control de las disposiciones con fuerza de ley¹²⁴. En consideración a lo expuesto, el Congreso está entonces autorizado para “(...) (i) crear, modificar o suprimir figuras delictivas; (ii) introducir clasificaciones entre ellas; (iii) graduar las penas y fijar su clase y magnitud; (iv) establecer regímenes para la atenuación o agravación punitiva; y

117 Sentencia del 11 de febrero del 2004, radicación número 21.781 Corte Suprema de Justicia. Citada por la Sentencia del veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, Aprobado Acta N. 393

118 Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

119 Corte Constitucional. Sentencia C-229 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería.

120 Sentencia del 11 de febrero del 2004, radicación número 21.781 Corte Suprema de Justicia. Citada por la Sentencia del veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, Aprobado Acta N. 393

121 Artículo 8° del Código Penal, lo siguiente: “**Prohibición de Doble Incriminación.** A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”.

122 Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2002 M.P. José Manuel Cepeda Espinosa.

123 Casación 25629 de 26 de marzo de 2007. Citada por la Sentencia del veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, Aprobado Acta N. 393

124 Corte Constitucional. Sentencia C-464 de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

(v) *consagrar reglas para el juzgamiento y tratamiento de los delitos, de acuerdo con las garantías del debido proceso*¹²⁵. No obstante, en virtud del principio en discusión, tiene a su vez prohibido:“(i) *investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada –absuelta o condenada– en un proceso penal anterior terminado*¹²⁶; (ii) *investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia en firme*¹²⁷; (iii) *penar a una persona por un hecho por el cual ya había sido penada por una sentencia en firme*¹²⁸;y, (iv) **agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal**¹²⁹” (énfasis agregado).

46. Así las cosas, en lo concerniente a la agravación punitiva en materia penal, la Corte Constitucional ha determinado que para que se constate la presunta vulneración del principio de *non bis in idem* es preciso verificar,“(i) *que la conducta agravada recaiga sobre el mismo bien jurídico que el comportamiento punible*; (ii) *que la investigación y/o sanción a imponer se fundamente en idénticos ordenamientos punitivos*; (iii) *que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo*; y (iv) *que la causal de agravación carezca de un móvil que la justifique, de suerte que en realidad no pueda considerarse que se trata de una modificación a la responsabilidad sustentada en circunstancias de tiempo, modo y lugar que acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico protegido*”¹³⁰.

47. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha explicado en qué consiste la vulneración del principio *non bis in idem* cuando se agrava una conducta en virtud de una circunstancia que ya está contenida en el tipo penal. En efecto, en la **Sentencia T-575 de 1993131**, la Corte Constitucional evaluó si el juez de segunda instancia en un proceso penal vulneró o no el derecho al debido proceso del accionante, por aumentar la pena que le había sido impuesta en primera instancia, al agregar al delito de hurto calificado, la causal de agravación prevista en el artículo 372 del Código Penal vigente¹³². Lo anterior, por cuanto la pena ya había sido aumentada por los agravantes genéricos del artículo 66133 y específicos del artículo 351134.

125 Corte Constitucional. Sentencia C-164 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

126 Esta manifestación del principio *non bis in idem* se origina de lo previsto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en la que la prohibición se vincula de forma estrecha con el carácter delictivo de la conducta ya enjuiciada. Expresamente, en la norma en cita se dispone que: “**Artículo 14. (...) 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país**”.

127 En este caso, la prohibición no está restringida a la hipótesis de que una persona hubiera sido condenada o absuelta por *el mismo delito*, sino que impide que se adelante una nueva investigación o que se someta a un nuevo enjuiciamiento a una persona, que ya había sido *absuelta* por una decisión judicial en firme, por el mismo hecho. Al respecto, el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “**Artículo 8. Garantías judiciales. (...) 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.**”

128 Esta hipótesis está llamada a operar en los casos no regulados por las dos prohibiciones anteriores. Se aplica en aquellos eventos en los cuales el Estado investiga, acusa, enjuicia, condena y sanciona penalmente a una persona por un *delito* por el cual, si bien no había sido juzgada, la conducta reprochada sí constituyó el fundamento de la condena impuesta en relación con otro comportamiento punible.

129 Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

130 Corte Constitucional. Sentencia C-164 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

131 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

132 “*Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho se cometa: //1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica //2. Sobre bienes del Estado*”.

133 “*Son circunstancias que agravan la pena, siempre que no hayan sido previstas de otra manera://1. Haber obrado por motivos innobles o fútiles. //2. Los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos. // 3. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o bienes, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente. // 4. La preparación ponderada del hecho punible. // 5. Abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido. //6. Ejecutar el hecho con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de inimputables. //7. Obrar con complicidad de otro. //8. Ejecutar el hecho aprovechando calamidad, infortunio o peligro común. // 9. Abusar de la credulidad pública o privada. // 10. Hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible. //11. La posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio. //2. Haber cometido el hecho para ejecutar u ocultar otro, o para obtener o asegurar para sí o para otra persona el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otro hecho punible. //13. Observar con posterioridad al hecho, conducta que indique una mayor perversidad. //14. Emplear en la ejecución del hecho, medio de cuyo uso puede resultar peligro común. //15. Ejecutar el hecho sobre objetos expuestos a la confianza pública, o custodiados en dependencias oficiales o pertenecientes a éstas, o destinados a la utilidad, defensa o reverencia colectivas*”.

134 “*La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores [arts.349 y 350 sobre hurto y hurto calificado], se aumentará de una sexta parte a la mitad si el hecho se cometiere://1. Aprovechando calamidad, infortunio o peligro común; //2. Aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente;//3. Valiéndose de la actividad de inimputable;//4. Por persona disfrazada, o aduciendo calidad supuesta, o simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma;//5. Sobre equipaje de viajeros en el transcurso del viaje o en hoteles, aeropuertos, muelles, terminales de transporte terrestre u otros lugares similares;//6. Sobre vehículo automotor, unidad montada sobre ruedas o sus partes importantes o sobre objeto que se lleve en ellos;//7. Sobre objeto expuesto a la confianza pública por necesidad, costumbre o destinación;*

En aquella ocasión, la Sala afirmó que el principio *non bis in ídem* sanciona negativamente el hecho de que un juez aplique agravantes genéricos al monto total de la pena ya agravada, y no a la sanción básica, pues, con un mismo hecho se castiga doblemente. Asimismo, aclaró que, en virtud de este principio, “(...) *no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad. El principio *non bis in ídem* actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial*” (subrayas fuera del texto).

En la **Sentencia C-229 de 2008135**, este Tribunal señaló que el principio descrito proscribe además, que una misma circunstancia pueda dar lugar a dos o más consecuencias penales en contra del procesado. En la **sentencia C-115 de 2008136**, la Corte evaluó si se vulneraba el principio *non bis in ídem* cuando, al cometer un homicidio o lesiones personales culposas, se agravaba la conducta por la ingesta de bebidas embriagantes, drogas o sustancias que produjeran dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para la ocurrencia de la conducta punible. En relación con este punto, la Sala consideró en esta providencia que la agravación de la pena no tenía como propósito “*formular un reproche a la persona por el hecho mismo*”. Su fin en ese caso era aumentar la pena por la mayor censura que ameritaba no haber observado una conducta más cuidadosa, dado que se incurrió voluntariamente en el comportamiento merecedor de reproche punitivo.

En la **Sentencia C-521 de 2009137**, la Corte aclaró que “*los elementos constitutivos de una infracción penal fundamentan la responsabilidad penal. Las circunstancias de agravación, en cambio, modifican la responsabilidad penal. Por eso mismo las circunstancias de agravación se justifican en la ley penal, cuando el ilícito es cometido en determinadas circunstancias que se estiman más reprochables porque, por ejemplo, suponen un mayor peligro o lesión para el bien jurídico*”.

Finalmente, mediante **Sentencia C-164 de 2019138**, la Corte evaluó la constitucionalidad del agravante contemplado en el artículo 211, numeral 7 del Código Penal –referente a las personas vulnerables en razón de su edad –, en relación con los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de 14 años (arts. 208-209 de la Ley 599 de 2000). Al describir el contenido del principio *non bis in ídem*, aclaró que, en ciertas oportunidades:

*“el juez penal también puede enfrentarse a hipótesis en las que una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes (concurso aparente), o simultáneamente en un delito y en una causal de agravación que reprimen y sancionan el mismo comportamiento. En circunstancias como la expuesta, ante la imposibilidad jurídica de aplicar coetáneamente la ley penal sin violar el principio del non bis in ídem, la autoridad judicial tendrá que determinar cuál de los tipos recoge íntegramente la conducta reprochable o, dado el caso, decidir si cabe o no aplicar la causal de agravación. Para ello, la doctrina ha planteado tres principios que guían la actividad del juez: **el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción**”* (negrillas fuera del texto).

Así, explicó que, por virtud del principio de *especialidad*, “*la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general*”¹³⁹, lo que se traduce en que debe priorizarse la aplicación de un tipo especial en relación con otro tipo básico que tenga sus mismos elementos constitutivos. Por su parte, “*el principio de subsidiariedad se traduce en que algunos tipos definen ciertas conductas de manera menos gravosa respecto de otros delitos, lo que hace que la aplicación de los primeros se subordine a la imposibilidad de adecuar el comportamiento en cualquiera de los tipos, de carácter básico o*

8. Sobre cerca de predio rural, sementera, productos separados del suelo, máquina o instrumento de trabajo dejado en el campo, o sobre cabeza de ganado mayor o menor; // 9. De noche, o en lugar despoblado o solitario;

10. Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto.

//11. Sobre efectos y armas destinados a la seguridad y defensa nacionales”.

135 M.P Jaime Araújo Rentería.

136 M.P Nilson Pinilla Pinilla.

137 M.P María Victoria Calle Correa.

138 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

139 Artículo 5º, numeral 1, de la Ley 57 de 1887.

especial, que tengan una mayor punibilidad”. Esta situación también se presenta cuando el tipo menos gravoso se encuentra a su vez previsto como un elemento constitutivo o como agravante de otro delito. Por último, el principio de *consunción* se aplica cuando un tipo penal ya incluye el desvalor de otro; también tiene aplicación respecto del delito consumado frente a la tentativa, o cuando un tipo básico o especial absorbe la ejecución de otro delito en relación con el mismo sujeto, como sucede, por ejemplo, cuando se presentan lesiones personales como parte de la consumación del delito de homicidio.

De lo anterior, la Sala Plena concluyó que, en ciertos casos, la violación del principio *non bis in ídem* se deriva del carácter imperativo de varias normas jurídicas que le imponen al juez la doble o múltiple valoración de una misma conducta. En otras ocasiones, *“la autoridad judicial puede solucionar directamente la aparente vulneración del citado principio, con ocasión de la existencia de casos en los que se aprecia una supuesta aplicación coetánea de la ley penal, que al no exigirse de manera forzosa, le permiten al juez acudir por vía interpretativa al uso de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, para resolver los problemas derivados del proceso de adecuación típica”*.

Al pasar al caso concreto, esta Corporación adujo que el agravante no exige una condición fáctica adicional a la situación de vulnerabilidad *en razón de la edad* consagrada en el tipo. Esta última circunstancia, por sí sola, es la que constituye el supuesto legal que permite el aumento de las penas. Desde esta perspectiva, consideró claro que el numeral demandado incluye dentro de su rigor normativo a los menores de 14 años, sin diferenciar la situación particular en la que ellos se encuentran. Por lo tanto, la Corte concluyó que el principio *non bis in ídem* se lesionaba en este caso, por cuanto el Legislador consagró como causal de agravación punitiva una circunstancia que ya había sido tomada en cuenta como elemento constitutivo de los tipos penales consagrados en los artículos 208 y 209 del Código Penal. En aquellos, los sujetos pasivos de las conductas exigen que el titular del bien jurídico afectado sea un menor de 14 años.

48. Conforme a lo expuesto, el *non bis in ídem* contempla entonces tres facetas relevantes: i) es un principio que prohíbe a las autoridades judiciales que una persona ya juzgada o absuelta sea nuevamente investigada, juzgada y condenada por la misma conducta; ii) es un derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, que evita que una persona permanezca en un estado continuo de persecución penal e inseguridad jurídica, pues frente a las conductas que ya fueron objeto de decisión judicial no puede ser juzgada y sancionada nuevamente; y iii) es un límite al Legislador porque no puede expedir normas que desconozcan este derecho al permitir que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por lo mismo. En relación con este último aspecto, el Legislador tiene prohibido agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

49. A continuación, la Corte realizará el estudio de constitucionalidad de la norma objeto de censura.

Caso concreto

50. De conformidad con lo mencionado hasta el momento, en el evento en el que la víctima de una conducta punible constitutiva de una agresión sexual de las que se encuentran previstas en los capítulos primero y segundo del Título IV del Código Penal sea una persona en situación de discapacidad, los delitos allí descritos pueden ser agravados por el artículo 211, numeral 7º, de ese mismo código. En ese orden de ideas, si la persona presenta una discapacidad física, psíquica o sensorial, la conducta punible aplicable de acuerdo a las circunstancias puede ser cualquiera de los tipos penales antes mencionados, esto es, o acceso carnal violento (artículo 205), acto sexual violento (artículo 206), acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (artículo 210), o acoso sexual (artículo 210A), y no exclusivamente el tipo penal reseñado por el actor en su demanda.

51. Ahora bien, en lo que tiene que ver con los argumentos expuestos en la demanda sobre una posible violación al *non bis in ídem* por la coexistencia en el ordenamiento jurídico de los artículos 210 -que prevé la conducta punible de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir-, y el agravante dispuesto en el artículo 211, numeral 7 -en el que se establece la agravación punitiva de las conductas punibles de violación y actos sexuales en razón a la condición de discapacidad física,

psíquica o sensorial de la víctima-, es importante tener en cuenta de qué forma la situación de discapacidad juega un elemento determinante para la estructuración de la conducta penal.

Para el demandante, la agravación punitiva prevista en el artículo 211 del Código Penal, en el caso de las personas en situación de discapacidad, tiene ya su tipificación debidamente establecida en el artículo 210 del Código Penal. Lo anterior, por cuanto, a su juicio, toda persona en situación de discapacidad es a su vez incapaz para resistir una agresión sexual. Así las cosas, aplicar un agravante a la misma conducta ya prevista en el artículo 210 citado lesiona el debido proceso y el principio *non bis in ídem*.

Aunada a esta comprensión ciudadana de tales preceptos, los intervinientes y la Procuradora solicitan en sus distintos alegatos una de estas dos alternativas: (i) la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada; o (ii) su exequibilidad condicionada, en el entendido de que no está llamada a agravar el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, cuando la conducta punible se cometa contra personas que, en razón de su discapacidad, les es imposible comprender o rechazar eficazmente los actos del sujeto activo.

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. Es decir, no está en la capacidad de *“comprender y decidir la realización de conductas de tipo sexual, siendo precisamente esta circunstancia aprovechada por el sujeto activo”*¹⁴⁰.

En ese contexto, como la aplicación del tipo penal está asociada a determinadas condiciones o circunstancias en las que la víctima es incapaz de manifestar su voluntad de consentir el acto sexual, este puede incluir situaciones tan diversas como estados de embriaguez, consumo de narcóticos, sueño profundo, estado de coma etc., que no necesariamente aluden a circunstancias transitorias o permanentes de discapacidad de la víctima.

Esta realidad le permite destacar a la Sala que, en contraposición a lo enunciado por el demandante, las circunstancias fácticas que pueden encuadrarse en la conducta de acceso carnal o acto sexual abusivos con persona en incapacidad de resistir pueden ser múltiples y diversas, por lo que no existe una correspondencia inmediata e inequívoca entre los sujetos pasivos calificados del artículo 210 del Código Penal y los sujetos pasivos a los que se refiere el agravante previsto en el artículo 211-7 de la misma normativa, por lo menos en lo que respecta a las personas en situación de discapacidad. De hecho, como ya se mencionó, el agravante al que se alude implica una circunstancia accidental del tipo penal, que puede concurrir o no con él y que, de serlo, agrava la pena en aras de proteger a una población especialmente amparada por el Estado.

De manera tal que la razón que origina la ausencia de comprensión y decisión de consentir un acto de tipo sexual como el previsto en el artículo 210 del Código Penal, puede no estar necesariamente asociada a la condición de discapacidad de la víctima.

En línea con lo anterior, acorde con las afirmaciones de algunos intervinientes, no es posible concluir que todas las personas en situación de discapacidad son incapaces de resistir un acceso carnal o acto sexual. Esto, no sólo en atención a la diversidad de personas que puede incluirse en esta categoría, sino en particular, sobre la base de la necesidad de reconocer que esa población tiene el derecho a formarse y determinarse también en el ámbito sexual. De manera tal que afirmar sin más que por su situación de discapacidad son incapaces de comprender y consentir actos sexuales, es una afirmación que lesiona sus derechos y su dignidad, por lo que no puede ser una conclusión simplemente inferida, sino que debe ser probada.

140 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Radicado 50610. 21 de agosto de 2019, Pág. 16

Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha advertido que la negación de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad suele conducir a privarlas del ejercicio de sus derechos sexuales¹⁴¹. Por consiguiente, el modelo social introducido por la Convención de la referencia obliga al Estado colombiano a reconocer, *prima facie*, la capacidad plena de las personas en situación de discapacidad, para asumir libremente su sexualidad y disponer de su cuerpo de forma autónoma¹⁴².

En este sentido, es importante reseñar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció precisamente sobre el deber de valoración de estas circunstancias puntuales, en los casos que se relacionan con este grupo poblacional en situación de discapacidad. Al respecto, a título enunciativo, se destaca que mediante Sentencia del 6 de mayo de 2009¹⁴³, esa Corporación estudió la conducta de quien había presuntamente cometido acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, sobre una persona con limitación auditiva. En aquella ocasión, la Corte Suprema consideró que no había medio de prueba ni motivo razonable que permitiera inferir que la presunta víctima careciera “*de los apetitos e inclinaciones propias de cualquier persona de treinta años de edad, o que por causa de su impedimento físico careciese de la capacidad de discernimiento necesaria para haber consentido una relación de índole sexual (...)*”. Por el contrario, lo que indicó su actuación fue que poseía las habilidades de comunicación suficientes para integrarse adecuadamente con la cultura y el medio social en el que se desenvolvía. Esta situación llevó al fallador a declarar la nulidad de todo lo actuado, con el fin de que el juez competente adoptara la decisión que en derecho correspondiera con el adecuado entendimiento de esa situación procesal.

53. En consideración a lo anterior, y a título de ejemplo, la situación de discapacidad en la que se encuentre una persona *–a priori–*, no lo hace automáticamente una persona incapaz de resistir un acto sexual (artículo 210 del Código Penal), pues su condición puede permitirle perfectamente comprender la situación en la que se encuentra y oponerse a su agresor, de un lado; o del otro, consentir plenamente una aproximación sexual y no considerarla una agresión en los términos del tipo penal, caso en el cual la conducta no sería típica.

Paralelamente, una persona en una situación de discapacidad, que en circunstancias normales comprende plenamente la realidad que la rodea, puede exponerse a las circunstancias prescritas por el tipo penal del artículo 210 del Código, cuando por la ingesta autónoma de alcohol *–entre otras circunstancias–*, pierde su capacidad de resistir, y la situación es aprovechada por el agresor para cometer el acceso o el acto sexual abusivo. En este caso, es la embriaguez la que determina tal incapacidad y no la condición personal del sujeto pasivo, por lo que en esta segunda hipótesis, no se vulneraría el principio del *non bis in idem* del agresor al aplicar el agravante previsto por la condición de discapacidad de la víctima, dado que este elemento no resulta ser determinante para explicar la incapacidad de resistir del sujeto, en un caso concreto.

Bajo tales consideraciones, el que la condición de discapacidad de la víctima no pueda ser el elemento principal que explique la incapacidad de consentir autónomamente un acto de naturaleza sexual relacionado con el tipo penal del artículo 210 del Código Penal, denota que no hay identidad automática entre el tipo penal consagrado en esta norma y el agravante censurado, como equivocadamente lo supuso el actor.

El sujeto pasivo calificado y contemplado en el artículo 210 del Código Penal no incluye dentro de su rigor normativo a toda la población en situación de discapacidad. Suponer lo contrario, de manera genérica, atentaría contra los derechos a la capacidad jurídica, a la libertad sexual y a la reproducción de estas personas.

54. Ahora bien, la regla general precisada con anterioridad no impide reconocer que una persona en situación de discapacidad enfrenta barreras en la sociedad que le impiden participar plenamente en ella. En ese sentido, existen ocasiones en

141 Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (2014). *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. Pág. 9. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_sp.doc URL 14/04/2021.

142 Esta conclusión también es expuesta en la Sentencia T-573 de 2016, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

143 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. (Rad.24055)

que la condición en la que se encuentra el sujeto, sí le impide comprender ciertos aspectos de la realidad o eventualmente oponerse de manera real a un acto sexual no consentido, por carecer del entendimiento y comprensión de la situación.

En tales circunstancias específicas, una situación de discapacidad puede tornar a un individuo en un incapaz de resistir un acceso carnal o acto sexual abusivo, que daría lugar a una situación muy diferente a la planteada con anterioridad, ya que la condición de discapacidad física, psíquica o sensorial determinaría, de algún modo, la condición de incapacidad para resistir, que es la aprovechada por el agresor para cometer la conducta típica.

Una situación como la descrita fue estudiada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 12 de marzo de 2014¹⁴⁴, en la que decidió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia del 20 de enero de 2011, que condenó a “JPM” por el delito de incesto y lo absolvió respecto del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

En esta oportunidad, la Sala recordó que, a lo largo del proceso penal, el debate giró en torno al artículo 210 de la Ley 599 de 2000 agravado por los numerales 2º y 7º del artículo 211, en tanto la víctima fue diagnosticada con “*retardo mental leve*” y el agresor cometió la conducta punible mientras “*gozaba de sus visitas con ocasión del régimen pactado con su madre*”.

Al analizar las pruebas aportadas, la Corte Suprema concluyó que, en efecto, JPM había cometido actos sexuales abusivos contra su hija, quien era incapaz de responder negativamente ante esto hechos. Sin embargo, decidió rechazar el agravante consagrado en el artículo 211 numeral 7º en mención, toda vez que, en aquel caso, la discapacidad del sujeto pasivo constituía uno de los elementos típicos propios del delito, pues le impedía comprender la agresión sexual a la que la sometía el sujeto activo.

55. Lo anterior supone que, bajo ciertas circunstancias particulares, 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. En ese sentido, en estos casos particulares, la “*discapacidad física, psíquica o sensorial*” presente en la víctima es lo que identifica a la persona incapaz de resistir una agresión sexual. Así las cosas, el sujeto activo se aprovecha de que la víctima no comprenda la conducta sexual o no tenga posibilidad de rechazarla, al no tener opción de decidir libremente entre aceptarla o no, lo cual resulta, en estos casos específicos, de la situación de discapacidad en la que se encuentra el sujeto pasivo. En este evento, es evidente que la misma circunstancia es sancionada al mismo tiempo como tipo penal y como agravante de la conducta, lo cual muestra que no resultaría procedente la concurrencia del agravante previsto en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal.

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 que el agravante desconozca el principio de *non bis in idem* 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?

A este respecto, algunas personas podrían afirmar que en atención a la legalidad que rige las relaciones sancionatorias en materia penal, es necesario retirar del sistema jurídico aquellas interpretaciones plausibles del ordenamiento que pueden ser contrarias a la Carta y que puedan poner en riesgo a quienes resulten amparados por dicha interpretación o valoración normativa, en cuanto a la posible vulneración del principio del *non bis in idem*. En sentido contrario, otros pueden sostener que al tratarse de un agravante que, en principio, se diferencia claramente del tipo penal controvertido y que da cuenta de otras características que habilitan un eventual aumento de la pena por tratarse de aspectos diferentes en la regulación, deben ser los jueces en el caso concreto quienes, ante la evidencia, puedan evaluar la existencia o no de esa presunta afectación del *non bis in*

144 M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. (Rad.36108)

idem. Más aún cuando se trata de personas de especial protección por parte del Estado, sobre quienes puede generarse un déficit de amparo constitucional en caso que no se aplique debidamente el agravante destinado a protegerlas.

Ahora bien, para responder de manera correcta el interrogante, resulta útil recordar que, mediante la **Sentencia C-164 de 2019145**, la Corte afirmó que, en ciertas ocasiones, la violación del principio *non bis in ídem* se deriva del carácter imperativo de varias normas jurídicas que le imponen al juez la doble o múltiple valoración de una misma conducta. En otras, el juez puede solucionar directamente la aparente vulneración, al aplicar los principios de *especialidad*, *subsidiariedad* y *consunción* para resolver los problemas derivados del proceso de adecuación típica.

57. Con base en lo anterior, en el presente caso la vulneración al principio *non bis in ídem* se deriva, efectivamente, del carácter imperativo de dos normas jurídicas que le imponen al juez la doble valoración de una misma conducta tanto tipificada como agravada. Así las cosas, ya que para esta Corte la función constitucional que le corresponde conlleva necesariamente el deber de asegurar que los contenidos normativos acusados se ajusten a la Carta, la Sala considera que debe retirarse del ordenamiento jurídico el agravante que sanciona la misma conducta descrita en el tipo penal base, por las razones que se exponen a continuación, basadas en los supuestos que ha decantado la Corte para determinar si existe vulneración al principio *non bis in ídem* en lo concerniente a la agravación punitiva en materia penal146:

En primer lugar, tanto el comportamiento agravado (numeral 7 del artículo 211) como el hecho punible previsto en el artículo 210 ofenden el mismo bien jurídico: la libertad, integridad y formación sexual de las personas en situación de discapacidad. Segundo, para determinar si existe vulneración al principio *non bis in ídem*, la Corte ha exigido constatar “que la investigación y/o sanción a imponer se fundamente en idénticos ordenamientos punitivos”. Lo anterior, por cuanto, para la Corte, cuando el artículo 29 establece que un sindicado en sentido amplio tiene el derecho a no ser “juzgado dos veces por un mismo hecho” no se refiere a una misma circunstancia fáctica, sino a un mismo hecho sancionable. De este modo, una misma conducta puede generar diversas consecuencias jurídicas y ser objeto de juicios adelantados por diferentes jurisdicciones. En otras palabras, la Corporación ha entendido que un comportamiento humano puede lesionar varios intereses jurídicos que el Legislador ha considerado tutelables, y por lo tanto, constituir simultáneamente diversas infracciones sancionables147. Sin embargo, analizar tal requisito en este caso es inoportuno, en la medida en que tanto el agravante objeto de estudio como el artículo 210 tienen su origen en el mismo comportamiento e idéntico reproche penal.

En tercer lugar, en tales situaciones particulares, la norma que contempla la causal de agravación, persigue la misma finalidad que el precepto que consagra el tipo penal bajo análisis. El numeral 7º demandado protege a la población en situación de discapacidad, en razón del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran. Por su parte, el artículo 210 de esta normativa castiga a quien se aprovecha del estado de indefensión en el que se halla la víctima para cometer la conducta punible tipificada, el cual, en la hipótesis que se estudia, proviene o se deriva precisamente de una situación de discapacidad concreta. Por ende, en este supuesto, la discapacidad específica del sujeto que impide a la persona comprender el hecho, repeler la agresión y dar su consentimiento unívoco es la característica que califica a la persona como sujeto pasivo del delito.

Finalmente, la causal de agravación –analizada a partir de su aplicación respecto del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir en los términos enunciados–, no responde a una conducta nueva que agregue el reproche penal, pues no se observa que en tales casos se dote a la circunstancia de agravación de mayor lesividad respecto del bien jurídico protegido. Esto, en la medida en que, cuando un tipo particular de discapacidad es el que ocasiona la incapacidad

145 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

146 La Sala recuerda que, conforme lo determinó la Corte en la Sentencia C-164 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, estos supuestos son los siguientes: “(i) que la conducta agravada recaiga sobre el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) que la investigación y/o sanción a imponer se fundamente en idénticos ordenamientos punitivos; (iii) que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo; y (iv) que la causal de agravación carezca de un móvil que la justifique, de suerte que en realidad no pueda considerarse que se trata de una modificación a la responsabilidad sustentada en circunstancias de tiempo, modo y lugar que acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico protegido”.

147 A este respecto, ver las Sentencias C-391 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-870 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

para resistir a la que alude el tipo, el reproche contenido en el agravante del numeral 7 del artículo 211 se torna en condición para tipificar el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

58. En conclusión, existen situaciones en las que el artículo 211.7 (parcial) vulnera el principio *non bis in ídem*, al agravar la conducta descrita en el artículo 210 del Código Penal con base en los mismos hechos que ya tipificaron la conducta punible. Ello ocurre en circunstancias en las que la situación de discapacidad concreta en la que se encuentra el sujeto pasivo es la que determina necesariamente la condición de incapacidad de resistir del individuo afectado por la conducta sancionada en ese tipo penal. Bajo este supuesto, el sujeto activo se aprovecha de dicha situación, en donde: (i) las facultades afectivas o intelectuales de la persona están alteradas de tal forma que le es imposible dilucidar la realidad en la que está inmersa y autodeterminarse conforme a esa comprensión; o (ii) inhibir las posibilidades de oponerse materialmente al acceso carnal o acto sexual. De este modo, la situación de discapacidad particular de la persona invalida el consentimiento del sujeto pasivo.

En esta hipótesis, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona debido a la discapacidad particular que padece, configura el delito contemplado en el artículo 210 del Código Penal. Sin dicha condición que supone una incapacidad para resistir, la conducta punible se torna atípica. Entonces, esta misma condición no debe tenerse en cuenta de nuevo para agravar la conducta, so pena de juzgar y condenar a una persona dos veces por el mismo hecho. Así las cosas, que se aplique o no el agravante acusado en estos casos no es un problema de interpretación normativa o de aplicación de la norma. Este es un problema de interpretación literal de los artículos objeto de estudio. En estos casos específicos, la situación de discapacidad contemplada en el agravante 211.7 es a su vez una de las condiciones necesarias para tipificar la conducta punible del artículo 210 del Código Penal y no supone un déficit de protección a una población en estado de vulnerabilidad. Por el contrario, esta interpretación de las normas de la referencia respetan la capacidad de decisión de este grupo poblacional. Lo anterior, porque el Código Penal sanciona todo acceso carnal o acto sexual que no sea consentido por la víctima y, en este caso particular, supedita la aplicación del agravante demandado a los casos en que la persona sea incapaz de comprender el acto sexual o de oponerse materialmente a él. En definitiva, esta interpretación, más que generar un déficit de protección, garantiza los derechos a la autonomía y libertad en materia sexual de este grupo poblacional.

59. En conclusión, conforme al alcance los artículos 210 y 211.7 de la Ley 599 de 2000, existen diversas hipótesis que surgen a partir de la comisión de un acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. En una de estas situaciones, se configuran el tipo base y el agravante de manera aparente, esto es, cuando el sujeto pasivo se encuentra en una situación de discapacidad que lo hace incapaz de resistir un acto sexual no consentido. En estos casos, la condición que presenta el sujeto pasivo es valorada al tipificar la conducta punible y, por ende, el tipo base subsume el agravante:

Hipótesis normativa ¹⁴⁸	Art.210	Art.211.7	Calificación jurídica
El sujeto pasivo se encuentra en incapacidad de resistir la acción del autor, quien ejecuta la acción típica	X		Se configura el tipo base pero no el agravante.
El sujeto pasivo está en situación de discapacidad, y dicha condición no le impide consentir actos sexuales. Por consiguiente, el sujeto activo se vale de otra situación para ejecutar la conducta punible.	X		Se configuran ambos, y no se valora dos veces el supuesto fáctico del tipo base y el agravante.
El sujeto pasivo no puede dar su consentimiento por encontrarse en una incapacidad para resistir derivada de una discapacidad física, psíquica o sensorial. No obstante, el sujeto activo se vale de otra situación para la	X	X	Se configuran ambos, pero no se valora dos veces el supuesto fáctico del tipo base y del agravante.

148 Este resumen se realiza con base en la intervención presentada por el Colegio de Abogados Penalistas, págs.25-26. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=23804>

ejecución de la conducta.			
El sujeto pasivo se encuentra en situación de incapacidad de resistir la acción típica del autor y, además, presenta situaciones que le hacen especialmente vulnerable.	X	X	Se configura el tipo base y, también, el agravante, sin que se valore dos veces el mismo aspecto fáctico que califica el sujeto pasivo
El sujeto pasivo presenta una discapacidad física, psíquica o sensorial que le genera una incapacidad para resistir, la cual es efectivamente utilizada por el autor para la comisión de la acción típica	X		Se configuran ambos de manera aparente, de este modo, el tipo base subsume el agravante.

60. Por ende, tal como lo solicitan varios de los intervinientes, esta Sala declarará 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 7º 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.

Síntesis

61. En esta oportunidad, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 210 y 211, numeral 7º de la Ley 599 de 2000. Una vez la Sala examinó la aptitud sustantiva de los cargos, advirtió que, en realidad, el actor no puso de presente las razones por las cuales la primera de estas normas vulneraba la Constitución. Por esta razón, esta Corporación se inhibió de pronunciarse sobre la validez del artículo 210 del Código Penal, pese a que fue un referente normativo importante para evaluar si el agravante punitivo impugnado vulneró el artículo 29 superior. Por el contrario, constató que sí existía un cargo contra el numeral 7º del artículo 211 del Código Penal, respecto de la causal de agravación que aumenta las penas cuando las conductas punibles a las que hace referencia se cometen contra personas en situación de vulnerabilidad “*en razón de su (...) discapacidad física, psíquica (...)*”

62. Posteriormente, constató que el ciudadano había acusado un fragmento que estaba estrechamente relacionado con otro de la misma norma y que no había sido demandado. Particularmente, demandó la expresión “*en razón de su (...) discapacidad física, psíquica (...)*”; sin embargo, a su juicio, toda persona en situación de discapacidad está en incapacidad para resistir un acceso carnal o acto sexual que no ha consentido. Por lo tanto, la Sala no observó razón alguna para decidir exclusivamente sobre las discapacidades físicas o psíquicas, y dejar de lado las discapacidades **sensoriales** que, conforme a la argumentación del demandante, también tornan a la persona en un incapaz para resistir un acceso carnal o acto sexual abusivos.

63. Una vez resueltos estos asuntos preliminares, la Sala concretamente examinó si se vulneraba el principio del *non bis in ídem* cuando el Legislador impone como conducta penalmente reprochable el acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir y, a su vez, dispone que dicha conducta se agravará si se cometiere sobre una persona en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial. Para contestar dicho problema jurídico, primero analizó el alcance del artículo 210 de la Ley 599 de 2000. Al respecto, advirtió que la adecuación típica del delito que describe exige un sujeto activo indeterminado que se aproveche de la condición particular que presenta el sujeto pasivo calificado. Esta particularidad se refiere a que la víctima sea incapaz de prestar su consentimiento, ya sea: (i) por encontrarse en estado de inconsciencia; (ii) sufrir un trastorno mental; o (iii) estar sujeta a una situación en la que su voluntad esté completamente doblegada por el agresor.

En relación con el estado de inconsciencia, dedujo que es aquella situación en la que al sujeto pasivo le es imposible desplegar sus facultades físicas y mentales, la cual se genera como consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas, consumo de sustancias tóxicas, hipnosis, sueño profundo y demás circunstancias que afecten gravemente su coordinación motora y discernimiento.

Por su parte, el trastorno mental es una alteración de los procesos intelectuales, afectivos y conductuales que, para el caso que ocupa a la Corte, impide que la víctima comprenda los actos a los cuales el agresor la sujeta. De este modo, el trastorno mental atenta contra la libre autodeterminación e invalida el consentimiento.

Finalmente, el concepto de *“incapacidad para resistir”* abarca toda circunstancia que inhiba al sujeto pasivo de la posibilidad de autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar un acceso carnal o acto sexual y, por ende, de rechazar eficazmente a su abusador.

64. Ahora bien, respecto del agravante parcialmente demandado, este protege, entre otros, a las personas en situación de discapacidad, en virtud de su condición como grupo poblacional vulnerable. En este sentido, esta disposición contiene una circunstancia accidental de los tipos penales consagrados en los artículos 205 a 210A que, de presentarse, supone una mayor lesividad para el bien jurídico de libertad, integridad y formación sexuales. En suma, este numeral castiga en mayor medida a quien comete algún delito sexual de los enunciados, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de las personas en situación de discapacidad.

65. Al tener claro el alcance de estas normas, la Sala procedió a estudiarlas, conforme a los postulados del principio *non bis in idem*. Primero, aclaró que no todas las personas en situación de discapacidad, en razón de dicha circunstancia, son incapaces de resistir un acto sexual no consentido. Afirmar lo contrario atenta contra su dignidad, pues son personas que tienen derecho a asumir libremente su sexualidad y disponer de su cuerpo de forma autónoma. Sin embargo, existen ciertas situaciones en que dicha circunstancia, efectivamente, impide que la persona comprenda la realidad en la que está inmersa o que responda negativa y materialmente ante una agresión sexual. En estos específicos casos, el sujeto activo se aprovecha de la situación de discapacidad en la que se encuentra la víctima para cometer la conducta punible descrita en el artículo 210 del Código Penal. En ese sentido, la situación de discapacidad es uno de los factores que adecúa la tipificación del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

Por lo anterior, cuando la discapacidad impide que una persona comprenda los actos sexuales a los que el agresor la somete o le impide responder negativamente al ataque, al punto de que su consentimiento no puede ser determinado, agravar el delito tipificado en el artículo 210 en cita porque el sujeto pasivo tiene *“una discapacidad física, psíquica o sensorial”* vulnera el principio *non bis in idem*. Lo anterior, debido a que (i) tanto el comportamiento agravado como el hecho punible previsto en el artículo 210 del Código Penal tutelan el mismo bien jurídico; (ii) en esta situación particular, la norma que contempla la causal de agravación persigue la misma finalidad que el precepto que consagra el tipo penal bajo análisis, y (iii) en los casos en que la incapacidad para resistir resulta de la situación de discapacidad del sujeto pasivo, no se observa que se dote a la circunstancia de agravación de mayor lesividad respecto del bien jurídico protegido, pues no existe particularidad alguna para modificar la responsabilidad o para agravar la conducta, a partir de una circunstancia que debe ser tomada en cuenta para adecuar la conducta de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

66. Por este motivo, la Sala concluyó que lo procedente era declarar la exequibilidad condicionada de la expresión *“[s]i 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.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. -Declararse **INHIBIDA** para emitir un pronunciamiento de fondo con respecto al artículo 210 del Código Penal, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo. -Declarar 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.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Presidente
Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado
Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

