

“La conducta de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir se halla descrita en el artículo 207 del Código Penal, modificado por el artículo 3 de la Ley 1236 de 2008, así:

“El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años”.

Al utilizar la descripción típica la expresión verbal “El que”, cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción.

El sujeto activo ajusta su conducta al tipo penal cuando accede carnalmente a otra persona o ejecuta en ella acto sexual diverso del acceso carnal, a la cual ha puesto i) en incapacidad de resistir, ii) en estado de inconsciencia o iii) en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

“Así las cosas, la esencia del injusto no reposa básicamente en la capacidad de la persona para comprender la conducta sexual, sino en la trasgresión de las condiciones normales en las que puede dar su aquiescencia para la misma, ya que es esta última esfera ontológica el objeto de custodia del bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos, pues un aspecto esencial de la dignidad humana es el respeto y la protección de la libre expresión de la voluntad, entendida como la capacidad y posibilidad concreta en un momento dado de elegir, decidir libremente, externa e internamente, entre actuar o no hacerlo”¹.

La descripción típica exige del sujeto un obrar, esto es, colocar o poner a alguien en alguno de los tres estados que la configuran.

El sujeto pasivo de la acción desde sus condiciones físicas y funciones mentales y psíquicas es normal. Es el autor de la conducta quien crea o lo pone en cualquiera de las situaciones descritas en el tipo penal.

Para colocar a la víctima en alguna de las hipótesis señaladas en la configuración típica no es necesario que el sujeto activo acuda a la violencia, pues en caso de hacerlo no se estaría frente a la descripción típica del artículo 207 sino a las que tipifican el acceso carnal o acto sexual violento.

“Para la Sala es claro que la falta de analogía fáctica impide utilizar dicho precedente como argumento efectivo en el caso concreto, pues, si bien pueden hermanarse los efectos, esto es, la voluntad doblegada que impide oponerse a la acometida sexual, es lo cierto que los medios son harto diferentes y es precisamente a ellos que se acude, por las instancias, para advertir inexistente algún tipo de conducta concreta que por sus efectos pudiera entenderse adecuada o suficiente en el cometido de obtener ese estado de incapacidad de resistir.

Incluso, si se mira bien la amplia argumentación presentada por la Fiscalía para soportar su postura, en el fondo se observa que se busca mejor acudir a la violencia moral para fincar allí el supuesto estado de postración de las afectadas que las llevó a aceptar los requiebros sexuales del acusado.

Ello no solo desdice del tipo penal objeto de acusación y solicitud de condena, sino que desconoce las particularidades de cada conducta, en el entendido evidente que la persona puesta en incapacidad de resistir lo es por medios distintos a los de la violencia física o moral”².

El acceso carnal al que se refiere el tipo, es el que para efectos penales se entiende como la penetración del miembro viril por vía vaginal, anal u oral, o la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto, conforme con el artículo 212 del mismo estatuto punitivo.

¹ CSJ AP, 24 feb. 2016, Rad. 47150. ² CSJ AP, 5 dic. 2018, Rad. 53910.

El impugnante expresa que la menor no fue puesta en ninguno de los tres estados descritos en el tipo penal, debido a que i) la menor prestó su consentimiento para la realización del tacto vaginal, ii) la joven de 16 años gozaba de la plenitud de salud mental y la inferioridad psíquica no fue probada por medios forenses, iii) cursaba el último año y era capaz de discernir, y iv) la sola calidad de médico del acusado no configura la inferioridad de la adolescente.

A su juicio el *ad quem* se equivoca al señalar que el médico conocía el estado de vulnerabilidad de la menor desde la primera consulta, toda vez que no existe certeza de que se hubiera llevado a cabo. Además, la joven tenía la capacidad de comprender la relación, porque entró sola a la consulta a pesar de encontrarse acompañada de su señora madre.

Contrario a lo señalado por el libelista, es evidente que la menor fue puesta en condición de inferioridad psíquica tal como lo concluyera el Tribunal.

La adolescente en vez de asentir la práctica del tacto vaginal quiso evitarla aduciendo hallarse en estado de menstruación, siendo el convencimiento del acusado el determinante en su decisión, ya que este le insistió en la necesidad de realizarlo prevalido de su conocimiento por su condición de profesional y, obviamente, de la relación médico paciente, sin la cual probablemente la víctima no la habría permitido.

Para la configuración del tipo penal, es necesario que la víctima sea física, mental y psíquicamente sana. Si no lo fuera, la conducta que se estructuraría sería la descrita en el artículo 210 del Código Penal bajo la denominación de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

Luego, contrario a lo pensado por el libelista, ese estado de salud mental de que gozaba es el que permite atribuir al acusado el comportamiento por el que es hallado responsable penalmente.

La inferioridad psíquica puede ser probada por cualquiera de los medios de conocimiento previstos en la legislación procesal penal. Esta consagra la libertad probatoria y no establece un sistema tarifario para probar la misma.

De modo que, si el Tribunal dedujo la inferioridad psíquica del estado de vulnerabilidad de la adolescente que el acusado pudo apreciar en la primera consulta y la posición profesional de éste generadora de la desigualdad en relación con el agente, por razones de su instrucción y mayor conocimiento, no era imprescindible ni obligatorio que aquel estado se probara mediante medios forenses.

La prueba testimonial resulta idónea en este caso, toda vez que la menor fue explícita en indicar la confianza que en la primera consulta le generó el acusado y las razones por las cuales permitió la exploración vaginal, a la cual inicialmente se opuso por temor a la misma.

En ese sentido, el aprovechamiento de la condición de médico y no del ejercicio de la medicina, para insistir a la adolescente la necesidad del examen al cual podía negarse, es la que influyó en la decisión de permitir la exploración, lo que impidió en principio comprender que en realidad estaba frente a un abuso del acusado, constitutivo sin duda de la conducta reprochada, ya que sin ambages se refirió a sus atributos físicos y en la práctica de la palpación bimanual se apartó de lo aconsejado por la *lex artis*, sin que la joven comprendiera lo que realmente estaba sucediendo.

Por su inexperiencia y falta de conocimiento especial la menor accedió a la realización de la exploración vaginal, la que bien pudo no permitir si el acusado en lugar de insistir en su práctica aprovechando su condición profesional y el ingreso de la menor sola al

consultorio para que su madre no conociera el motivo de la consulta, le hubiera explicado que sin su consentimiento no podría realizarla.

Bajo tales premisas la joven de 16 años fue puesta en condición de inferioridad psíquica, en tanto apoyada en la confianza brindada por el acusado en la primera consulta y en la profesión de éste, permitió una palpación bimanual que apartada de la *lex artis* configuró un acceso carnal en los términos previstos por el Código Penal. La inferioridad psíquica de la víctima es consecuencia de la acción del autor que la coloca o pone en esa condición para la consumación del punible, de tal manera que para efectos de la estructuración típica poco importa que, en este asunto, la menor para la fecha del hecho cursara último año de estudios secundarios y tuviera capacidad de discernir, porque la afectación de la comprensión o del consentimiento de la relación sexual es coetánea con el delito.

Finalmente, dicho estado no es resultado de la calidad de médico del acusado sino del aprovechamiento de su profesión y conocimiento, como también de la vulnerabilidad de la joven conocida por él en la primera consulta, derivada de los problemas personales que la llevaban a solicitar su remisión a un profesional de la psicología.

En consecuencia, al inferirse de la prueba la existencia de la primera consulta, al demostrarse que la palpación bimanual o tacto vaginal consentido por la adolescente fue aprovechado por el acusado para accederla carnalmente y hallarse probado que el médico puso en situación de inferioridad psíquica a la joven, la Sala confirma la sentencia impugnada por existir el conocimiento más allá de toda duda, sobre el delito y la responsabilidad del acusado, conforme lo previsto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

De otra parte, se precisa que contra esta decisión -dictada por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria- no procede recurso alguno, tanto menos el de casación, pues no se trata de un fallo de segunda instancia emitido por un Tribunal Superior (inciso 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004), como en igual sentido lo advirtió la Corte Constitucional (CC T-431-2021), al indicar que *“el recurso extraordinario de casación no procede en contra de la sentencia de la Sala de Casación Penal que resuelve la impugnación especial de la condena de los actores”*.

Lo anterior, fundado en los siguientes razonamientos²:

El Acto Legislativo 1 de 2018 no le atribuyó competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para dictar fallos de casación contra la providencia que resuelva el recurso de impugnación especial. Dentro de las distintas modificaciones que introdujo el constituyente derivado en la composición y funcionamiento de la Sala de Casación Penal, ninguna de ellas tuvo por objeto ofrecer a las partes procesales la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casación contra la providencia que decide el recurso de impugnación especial. Por el contrario, los ajustes introducidos en el acto reformativo tienen por objeto permitir la interposición del recurso de apelación de los aforados constitucionales y, también, asegurar la satisfacción de su derecho a la doble conformidad judicial. En ese sentido, la solicitud planteada por los accionantes carece de apoyo en el texto superior.

La ley procesal penal establece que el recurso de casación únicamente procede contra las sentencias de “segunda instancia” que se dicten en el proceso. Tanto la Ley 600 de 2000 como la Ley 906 de 2004 disponen que el recurso extraordinario de casación sólo procede contra las sentencias de segunda instancia. Al respecto, el artículo 205 de la Ley 660 establece que “[l]a casación procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar”. En el mismo sentido, el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 dispone que “[e]l recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia”. (...)

² CC T-431-2021

En este escenario, no puede entenderse que, en contra de la sentencia de impugnación de la Sala de Casación Penal sea posible habilitar, nuevamente, el recurso de casación. Una interpretación de esa naturaleza -como lo pretenden los actores- desnaturalizaría el proceso penal y la finalidad misma del recurso.

El recurso de impugnación especial no convierte al proceso penal en un juicio de tres instancias. Es importante precisar que la impugnación especial no acarrea una modificación de las normas procesales en materia penal ni convierte el proceso penal en un juicio de tres instancias. En consecuencia, no es razonable afirmar que la providencia que decide el recurso especial de impugnación constituya una instancia adicional dentro del proceso ordinario, que, por tal motivo, pueda ser sometida al recurso extraordinario de casación. En la Sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional aclaró que “comoquiera que esta labor no requiere necesariamente de un nuevo juicio o de una nueva instancia, mal puede concluirse que el reconocimiento y ejercicio de este derecho convierte los juicios penales en procesos de tres instancias”. Asimismo, dicha sentencia diferenció los derechos a la doble instancia y a la doble conformidad explicando que son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas, aunque, en algunos supuestos fácticos, su contenido coincida³. Por lo tanto, la impugnación no puede equipararse de ninguna manera a la segunda instancia del proceso, ni siquiera para argumentar que sobre ella procede el recurso de casación.

El recurso de casación es un mecanismo procesal que tiene requisitos específicos para su procedibilidad. La casación es un recurso procesal de carácter restringido delimitado por el legislador⁴. Asimismo, no es un mecanismo para revivir el debate procesal desarrollado en las instancias ordinarias del proceso. Por lo tanto, no puede concluirse que exista un derecho a la casación, que proceda frente a toda sentencia que finaliza el trámite de instancia de un proceso penal. Muestra de ello es que el recurso extraordinario está limitado por causales rigurosas para su procedibilidad y que la Corte Suprema de Justicia deba hacer una valoración estricta de la argumentación para habilitar su conocimiento”.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal , Sentencia: SP-229 del 09 de Febrero de 2022, Referencia: Rad. 50487).

³ Ambos imperativos coinciden en la hipótesis específica en la que, (i) en el contexto de un juicio penal, (ii) el juez de primera instancia (iii) dicta un fallo condenatorio. En este supuesto fáctico, el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y a la inversa, con la previsión de juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación.

⁴ Numeral 2 del artículo 150 de la Constitución.