



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALVAMENTO DE VOTO

CASACION 52207

La mayoría decidió casar de oficio la sentencia impuesta a **JOHN JAIRO SANCHEZ BARBOSA**, manteniendo el fallo, pero modificándolo en el sentido de condenarlo como autor del delito tentado de actos sexuales abusivos.

Disiento de dicha decisión, como lo manifesté en el debate, por las siguientes razones:

La aproximación conceptual al tema de la libertad y especialmente de la libertad sexual parece diseñada en la sentencia para tomar una decisión contraria.

Formalmente, con base en enunciados convencionales y en sentencias de la Corte Constitucional, se formula un discurso en favor de los “*discapacitados*” y se defiende su autonomía ética y sexual desde su reconocida diversidad. Es un buen punto de partida. Sin embargo, las consecuencias que luego se toman no corresponden a esas elaboraciones que deben sostener materialmente la decisión cuando la situación lo demanda.

Es cierto que los hombres son iguales y libres ante la ley. Es una reafirmación de la dignidad humana, de la

autonomía ética y del reconocimiento del hombre como ser humano y universo social que no está en discusión. Del derecho como persona a tener derechos, en la expresión de Hannah Arendt.

Esa afirmación implica que para realizarla, frente a especiales circunstancias, el Estado proteja *“especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”* (artículo 13 de la Constitución).

Esa protección especial está sustentada en la igualdad como aspiración, no para impedir a quienes padecen ciertas trazas mentales definir libremente su sexualidad como atributo de su personalidad, con la excusa de brindarles un amparo diferente al de las demás personas.

El artículo 13 Constitucional es una norma hecha para la igualdad, no contra la autonomía de las personas.

Seguramente por eso en la sentencia se dice que *“la criminalización de las interacciones eróticas solo es legítima cuando en aquellas hay ausencia absoluta de consentimiento.”*

Es decir, el dilema no radica en que una persona presente cierto problema mental, sino en que no pueda brindar su consentimiento. Pero ese ya es otro problema. Según esto no se trata entonces de una discusión filosófica acerca de la autonomía sexual, sino de la prueba acerca de si una persona, en determinadas condiciones, como todos,

está en capacidad de asumir decisiones que le incumben a su autonomía sexual.

Por eso, el asunto se termina resolviendo no bajo el discurso de la autonomía ética y de la libertad, sino como un problema de prueba del consentimiento.

Si el tema se afronta desde la libertad y de la prueba, sorprender a dos personas semidesnudas en un sitio que garantizaba su intimidad (excepcionalmente se realiza esos actos ante otras personas), significa que estaban en trance de satisfacerse sexualmente. Ese hecho y que el acusado se haya pasmado cuando lo encontraron, muestra su explicable reacción ante la sorpresiva situación, como en general le puede ocurrir a todas las personas en ese estado.

Esa escena corresponde a lo que se probó. De allí se puede deducir que juntos compartían una actividad sexual, pero no se puede afirmar que no sea querida. Es decir, no se puede inferir necesariamente consecuencias negativas de un hecho que no conduce necesariamente a una conclusión unívoca.

En mi criterio, la decisión es frágil probatoriamente. Se soporta exclusivamente en el dictamen pericial de la psicóloga González Díaz que conceptuó que la víctima no sabía lo que hacía y que la Sala asume como una verdad irrefutable. Pero no tuvo en cuenta que las pruebas se deben apreciar en conjunto, y sobre todo con aquellas que hablan de la posibilidad de que José Figueroa consintiera la relación

sexual. Es decir que el peso de la decisión se cifra en un concepto pericial cuya aptitud para acercarse a la verdad no tiene, visto en conjunto, la solvencia que se anunció para sostener una sentencia condenatoria.

Claro que la sicóloga González Díaz conceptuó que José Figueroa no entendía ni sabía lo que hacía, pero al lado de esa prueba, están los rastros de una historia que indica que el comportamiento de José Figueroa es el de una persona que tiene la capacidad de comprender esos temas. Es decir, desde una perspectiva probatoria se coloca en tela de juicio lo que se afirma desde otra.

De aceptar, como se demostró, que José Figueroa Suárez, quien padecía síndrome de Down, se encontró con el acusado en un establecimiento público del cual primero salió **JOHN JAIRO SANCHEZ BARBOSA** y luego él, con dirección al sitio escogido, es porque voluntariamente fue al encuentro sexual, y si, como lo aseguró la hermana de José Figueroa, José gustaba masturbarse y complacerse de ese modo, es porque entendía el goce sexual y lo asumía libremente.

Otros conceptos periciales que la Sala no tuvo en cuenta ubicaron clínicamente a José Figueroa como una persona de 14 años, es decir, en el límite que la ley penal señala para reconocerle a las personas su autonomía sexual. Si bien un concepto pericial puede ser mas elaborado que otros, éste permitía entender por qué los testigos se refirieron a un encuentro normal y consentido antes del supuesto contacto sexual y porque la conclusión sustentada en un solo

concepto pericial no tiene la capacidad para conducir a una verdad única.

De manera que ante la posibilidad de interpretar la prueba en conjunto, se sustituyó su examen con el criterio de “discapacidad” y se exaltó el sentido paternal por sobre la autonomía sexual del individuo, pese a que en la sentencia se reconoció que *“el orden jurídico no presume, ni podría presumir, que la existencia de un trastorno mental conlleve la invalidez del consentimiento sobre el propio erotismo”*.

De asumir, desde la férrea defensa de la libertad, como se planteó inicialmente, la sentencia habría tenido que ser coherente y reconocer esa autonomía con base en lo probado, o aceptar que esa reflexión era innecesaria al decidir con base en una única prueba que no convence -con dudas y todo sobre la tipicidad de la conducta, como se aceptó para inclinarse por un juicio de subsunción más dúctil—, que la condena debía mantenerse aun cuando la sistemática probatoria indica lo contrario.

Atentamente,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado