



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP567-2022

Radicación No. 52207

Aprobado acta No.43

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2.022)

La Sala decide el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA, condenado en ambas instancias como autor del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

HECHOS

En la noche del 15 de junio de 2013, JOHN JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA, hombre adulto que para entonces tenía 23 años y se dedicaba a la panadería, concurrió a la tienda “la caleta estanco bar”, ubicada en Ocaña, donde se encontraba también José Mauricio Figueroa Suárez, de 25

años, quien padece síndrome de Down y tiene marcadas dificultades en el uso del lenguaje verbal. El primero, tras comprar dos cervezas, llamó al segundo (con quien interactuaba ocasionalmente porque residían en el mismo barrio y sus familias se conocían) y se comunicó con él brevemente mediante gestos. Luego, uno y otro salieron del local con pocos segundos de separación.

De lo sucedido se percató María Eugenia Barbosa, prima de Figueroa Suárez, quien, por considerar sospechosa la situación, resolvió seguirlo. En tal virtud, se dio cuenta de que ingresó a una casa de tres plantas que estaba en obra negra y pertenecía a la madre de SÁNCHEZ BARBOSA. Al frente de la edificación vio parqueada la motocicleta en la que este último solía transportarse.

Alertada, buscó a Clemencia Figueroa Carrascal, hermana del ofendido, y le contó lo observado. Ésta, consecuentemente, se dirigió al inmueble y tocó la puerta. Tras algunos minutos abrió JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA. Estaba sin camisa y con la cremallera del pantalón abierta. En el tercer piso, y totalmente desnudo, se hallaba José Mauricio Figueroa Suárez, quien había sido sometido por el procesado a actos sexuales distintos del acceso carnal.

ANTECEDENTES

1. El 1° de mayo de 2014, en audiencia dirigida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Río de Oro, la Fiscalía legalizó la captura de JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA y le comunicó cargos como autor del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, definido en el artículo 210 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo¹. En la misma diligencia se le afectó con medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

2. La formulación de la acusación, luego de radicado el escrito que la contiene², se llevó a cabo en los mismos términos de la imputación el 16 de julio de 2014 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ocaña³.

3. Agotado el restante trámite ordinario, el despacho profirió la sentencia de 8 de junio de 2017, mediante la cual condenó a SÁNCHEZ BARBOSA por un único acto sexual abusivo con incapaz de resistir (es decir, descartando la modalidad concursal imputada) a la pena principal de 96 meses de prisión. Ese fallo fue apelado por la defensa y confirmado sin modificaciones por el Tribunal Superior de Cúcuta el 16 de noviembre de 2017.

¹ Segundo corte, récord 26:00 y ss.

² Fs. 2 y ss., c. 1.

³ Récord 6:50 y ss.

4. La defensa recurrió en casación y la demanda fue admitida, superando los defectos formales y de técnica que en ella se advierten, para estudiar de fondo los problemas jurídicos formulados y los que subyacen al proceso.

LA DEMANDA

Presenta dos cargos (uno principal y uno subsidiario) con fundamento en los cuales pide que se case la sentencia de segundo grado y se absuelva a SÁNCHEZ BARBOSA.

1. En el primero, que formula con apoyo en la causal tercera, aduce que el *ad quem* cometió distintos errores de hecho que lo llevaron a dar por satisfechos – sin estarlo – los requisitos para proferir condena.

Inicialmente, afirma que el Tribunal incurrió en «*falso juicio de identidad*» al tener por demostrado, con base en el testimonio de María Eugenia Barbosa, que SÁNCHEZ BARBOSA se comunicó con José Mauricio Figueroa Suárez, pues está acreditado que este último tiene dificultades para «*emitir comunicación*». En tal virtud, otorgó a dicho testimonio «*un alcance... que no comporta*». Además, al dar por cierto que entre ellos existió interlocución elaboró una falsa regla de la experiencia según la cual «*siempre o casi siempre que en un vecindario exista una persona con síndrome de Down... por*

esa sola circunstancia de ser vecinos... necesariamente pueden llegar a entenderse y entablar una comunicación por señas». En esas condiciones, no puede concluirse razonablemente que la presencia del ofendido en el lugar de los hechos «*se relaciona con la interacción que tuvieron*».

También critica que el Tribunal haya tenido como indicio de la ocurrencia del delito el hecho de que «*después del suceso, José Mauricio ha mostrado un cambio en su orientación sexual*». De ello dio cuenta Clemencia Figueroa Carrascal, pero se trata apenas de una apreciación personal sin fundamento técnico y, en cualquier caso, ninguna regla de la experiencia indica que siempre o casi siempre que una persona tiene relaciones homosexuales «*cambia su orientación sexual*».

Finalmente, cuestiona la inferencia efectuada por el *ad quem* en el sentido de que JHON JAIRO SÁNCHEZ estaba realizando actividades sexuales con José Mauricio Figueroa Suárez cuando fue abordado por Clemencia Figueroa Carrascal. Tal conclusión, dice, se fundamenta en otra falsa regla de la experiencia, en concreto, que «*toda persona que se encuentre en su casa, sin camisa, desabrochado el pantalón, está en actividad erótica*». Lo cierto es que no existe ninguna evidencia de que los supuestos tocamientos en realidad hayan ocurrido, máxime que el ofendido, aunque concurrió al juicio, no pudo rendir un testimonio comprensible, y a la nombrada nada le consta al respecto.

2. En el cargo subsidiario – también formulado por la vía de la causal tercera – dice que la sentencia de condena se apoya únicamente en la declaración de Clemencia Figueroa Carrascal, de manera que exhibe «*motivación sofisticada o aparente derivada de errores de hecho*» y comporta la violación de la garantía de duda favorable al reo.

Reitera que «*hay ausencia de pruebas sobre los besos, caricias en el cuerpo, tocamientos de genitales y masturbación*», pero, a pesar de ello, el *ad quem* emitió condena «*violando el principio de necesidad de la prueba*».

SUSTENTACIÓN E INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRNTES

1. El demandante, en esencia, reiteró los planteamientos consignados en la demanda e insistió en su pretensión.

2. La apoderada judicial de la víctima pidió que no se case el fallo impugnado. Básicamente adujo que «*las pruebas que se practicaron en el juicio oral*» demuestran la ocurrencia del delito investigado.

3. También el delegado de la Fiscalía solicitó que se mantenga la sentencia de segundo grado. Luego de disertar

sobre las particularidades probatorias de los casos adelantados por delitos sexuales y la importancia del razonamiento indiciario en su esclarecimiento, expuso que en este caso se demostró más allá de toda duda la responsabilidad de SÁNCHEZ BARBOSA.

En su entender, los testimonios de María Eugenia Barbosa y Clemencia Figueroa Carrascal dan cuenta de varios hechos indicadores de los cuales se puede inferir razonablemente, conforme *«las reglas de la sana crítica, las máximas de la experiencia y los principios de la lógica»*, que el hecho investigado sucedió, esto es, que el ofendido *«fue llevado de forma engañosa hasta un inmueble deshabitado, oscuro, quien es despojado totalmente de su ropa por parte del acusado... para cometer el fin perseguido, cual era satisfacer su apetito sexual»*.

4. En cambio, el representante de la Procuraduría pidió que se case la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, se absuelva a SÁNCHEZ BARBOSA, pues *«la actividad probatoria desplegada por el ente acusador es escasa (sic) y las que fueron practicadas en el juicio no derrotan la presunción de inocencia»*.

Tras señalar que no existe ninguna prueba directa del abuso investigado, estimó imposible deducir razonablemente, a partir de los hechos probados en la vista

pública, que «*el procesado haya agredido a sexualmente a José Mauricio*». Lo acreditado, dijo, es que el acusado y el ofendido ingresaron juntos a una vivienda, que el primero estaba sin camisa y el segundo, desnudo. Ello, en su entender, «*no es suficiente para inferir que JHON JAIRO SÁNCHEZ haya realizado los actos*».

CONSIDERACIONES

Precisiones iniciales.

1. Como la demanda fue admitida, corresponde a la Sala examinar los problemas jurídicos presentados por el actor sin atención a las patentes deficiencias técnicas advertidas en ella.

2. Aunque en el cargo subsidiario se afirma que el fallo impugnado exhibe «*motivación sofisticada o aparente*» - con lo cual el defensor parece denunciar un vicio de validez de la providencia – tal aserción no pasa de un simple enunciado desprovisto de contenido que no puede tenerse por una verdadera censura, pues sus argumentos, lejos de desarrollarla, en realidad refieren a la posible configuración de yerros de apreciación o valoración probatoria. En efecto, lo que sustancialmente aduce es que «*hay ausencia de pruebas sobre los besos, caricias en el cuerpo, tocamientos de genitales y masturbación*», es decir, que la Fiscalía no

demonstró la ocurrencia del delito en el grado suficiente para proferir condena.

En esas condiciones, y más allá de la invocación puramente nominal de un posible vicio de motivación, es claro que el cargo principal y el subsidiario coinciden en su sentido y alcance y, en tal virtud, serán abordados conjuntamente.

3. Visto lo anterior, habrá de establecerse si, como lo plantean el censor y el Procurador, debe absolverse a SÁNCHEZ BARBOSA, ora si, por el contrario y según lo aducen las demás partes e intervinientes, se encuentran satisfechas las condiciones para proferir condena. Con ese fin, la Corte reseñará el fundamento de la sentencia de segunda instancia y abordará el caso concreto. Previamente, sin embargo, se referirá al delito de que trata esta actuación y la manera en que las instancias lo comprendieron.

2. La conducta punible investigada.

2.1 El delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, definido en el artículo 210 del Código Penal, se configura cuando el agente realiza alguno de esos dos comportamientos sobre una persona en estado de

inconciencia o incapacidad de resistir (supuestos sobre los cuales nada interesa considerar ahora), o bien, sobre un individuo que adolece de «*trastorno mental*».

La Sala tiene dicho, con apoyo en jurisprudencia constitucional, que el trastorno mental es «*una disfunción o anomalía mental*» que generalmente «*se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE o el DSM*»⁴, así:

«... (los trastornos mentales permanentes) “son aquellas afectaciones mentales graves, perfectamente instauradas, de evolución crónica y difícil recuperación, que al momento de los hechos investigados alteran de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requieren tratamiento médico especializado, de manera inicial en un centro hospitalario y por definición son incurables. Sin embargo, con tratamiento se puede lograr una remisión de la sintomatología aguda que le permita a la persona reintegrarse a la sociedad.”

De igual manera, el trastorno mental puede ser transitorio y tener o no base patológica, el transitorio con base patológica consiste en “la alteración mental severa que se genera en una disfunción biológica o de personalidad, de presentación aguda o crónica episódica (como en los casos de patología dual), que recidiva si no se somete a tratamiento y que, durante la ocurrencia de los hechos investigados, altera de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requiere tratamiento psiquiátrico que, de acuerdo al caso, puede ser hospitalario o ambulatorio”^{5,6}.

Desde luego, tales apreciaciones han sido elaboradas por la Sala en alusión directa al artículo 33 del Código Penal,

⁴ Sentencia C – 107 de 2018.

⁵ *Ibidem*.

⁶ CSJ SP, 28 jul. 2021, rad. 47063; así mismo, CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497.

esto es, al concepto de trastorno mental pertinente para la comprensión de la inimputabilidad. Con todo, también ha precisado esta Corporación que tal noción tiene idéntico contenido cuando se refiere a la calificación especial del sujeto pasivo del ilícito mencionado:

*«De la simple lectura del precepto, es obvio colegir que el tipo en comento requiere una calidad especial en el sujeto pasivo de la conducta, que puede obedecer (i) al estado de inconsciencia en el momento en que ocurre el acceso o acto de índole sexual; (ii) **al trastorno mental que de manera transitoria o permanente ostente la víctima, siempre y cuando le represente un detrimento en las facultades intelectivas que le impida otorgar el respectivo consentimiento en la misma;** o (iii) a una situación en la que la voluntad de la persona está completamente doblegada por el infractor.*

(...)

*En este orden de ideas, es viable colegir que, frente a la segunda situación prevista por el tipo (es decir, trastorno mental), **la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión** (en analogía con la facultades mentales que alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000)»⁷.*

De lo expuesto se sigue que la simple constatación del padecimiento de un trastorno mental no permite concluir, sin más, que quien lo sufre se encuentra en el supuesto calificante del sujeto pasivo exigido para la configuración del delito objeto de análisis.

⁷ CSJ SP, 11 nov. 2020, rad. 49926.

Y ello es así, de una parte, porque los elementos del delito y las categorías del derecho penal, en tanto sistema regido por el principio de lesividad cuyo objeto es la tutela de intereses jurídicos, deben entenderse en términos sustanciales, no simplemente formales o nominales. En tal virtud, el padecimiento de un trastorno mental por quien participa de un intercambio sexual no puede provocar respuesta punitiva si esa afectación no significó que el mismo fue *abusivo*. Piénsese, por ejemplo, en quien sufre de trastorno bipolar y sostiene una relación erótica durante la eutimia. En tal evento mal podría tenerse como sujeto pasivo de la conducta punible ya referida, pues el trastorno, a pesar de estar comprobado, no habría incidido de ninguna manera en su capacidad de acceder libre e inteligentemente a la relación.

De otra, y desde una perspectiva constitucional, porque aceptar que la constatación objetiva de un trastorno mental determina fatalmente la ilicitud de cualquier interacción erótica de quien lo sobrelleva supondría la negación de su dimensión sexual, lo cual implica nada menos que su deshumanización.

Es que para la comprensión del delito de que trata el artículo 210 del Código Penal debe partirse de la premisa, irrefutable en un Estado constitucional liberal, laico y respetuoso de la dignidad humana, de que, en principio, todas las personas son libres y autónomas para disponer de su sexualidad como a bien lo tengan – o de no hacerlo – y en

ello no pueden, por regla general, interferir los poderes públicos. La criminalización de las interacciones eróticas sólo es legítima cuando en aquellas hay *ausencia absoluta de consentimiento* (como sucede con las agresiones violentas o las perpetradas contra personas inconscientes o incapaces de resistir) o cuando, existiendo el consentimiento, éste no resulta *válido*, bien sea por la edad de quien lo emite (según ocurre con los delitos abusivos o con la explotación sexual de menores de dieciocho años), por las condiciones contextuales en que lo profiere (esto es, en entornos de coacción o similares, de acuerdo con el artículo 212A de Código Penal) o por la incapacidad intelectual de consentir en un caso determinado.

En todo caso, debe resaltarse que, contrario a lo que sucede con los menores de catorce años y con las personas que se encuentran en contextos de coacción – respecto de los cuales la ley presume de derecho la invalidez de cualquier acto de disposición sexual -, 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 ahí que la Sala haya mantenido que *«asumir a priori que cualquier discapacidad mental impide tomar decisiones en el ámbito sexual trasgrede los lineamientos de la Ley Estatutaria 1618 de 2013... claramente orientada a la inclusión y al desarrollo integral de quienes tienen dicha condición»* y, por ello mismo, que en asuntos como el presente *«el Estado debe obrar con especial cuidado, para lograr un punto de equilibrio entre la protección que debe brindársele a las personas vulnerables y la evitación de intromisiones*

inadecuadas en su vida privada»⁸. Es que «la esencia del injusto... reposa... en la trasgresión de las condiciones normales en las que (el sujeto pasivo) puede dar su aquiescencia para la (interacción sexual)»⁹.

Esa línea de pensamiento tiene sólido apoyo en distintos instrumentos internacionales. El artículo 3° de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (incorporada al orden interno mediante Ley 1346 de 2009) establece como principio que quienes la padecen tienen «*la libertad de tomar (sus) propias decisiones*»; el artículo 22 prohíbe las «*injerencias arbitrarias... en su vida privada*» y el canon siguiente establece que

*«[l]os Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y **las relaciones personales**, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:*

*a) Se reconozca **el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;***

*b) Se respete **el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener** y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;*

⁸ CSJ SP, 2 jun. 2021, rad. 54660.

⁹ CSJ AP, 25 nov 2008, rad. 30546, citado

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás».

En similar sentido, y de acuerdo con el artículo 9° de la Resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, «*las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de **experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales** o tener hijos*». La Corte Constitucional, por su parte, tiene sentado lo siguiente:

*«La perspectiva actual a partir de la cual el constitucionalismo colombiano aborda los derechos de las personas con discapacidad parte, al menos, de cuatro postulados inamovibles. El primero es que los seres humanos son iguales en dignidad y derechos y que las condiciones y funcionamiento de sus órganos y facultades no tienen ninguna incidencia en ello ni pueden servir de excusa para dejar de garantizar íntegramente sus derechos. En segundo lugar, la discapacidad es ante todo el fruto de las barreras que la sociedad y el Estado imponen a ciertas personas con diversidad orgánica o funcional y que impiden el disfrute y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad. En tercer lugar, es deber del Estado y de la sociedad, no solo abstenerse de imponer barreras sino adelantar todos los ajustes razonables para que las personas con diversidad orgánica o funcional puedan alcanzar, en la mayor medida posible, el goce y ejercicio pleno de sus derechos. En cuarto lugar, **se debe respetar la autonomía de la voluntad de las personas en situación de discapacidad intelectual o mental, presumir su capacidad para tomar decisiones sobre los asuntos que les competan y excluir al máximo la sustitución de la voluntad para dar paso a los apoyos y ajustes razonables que permitan el ejercicio autónomo de su voluntad**»¹⁰.*

De acuerdo con los lineamientos esbozados, debe insistirse en que la simple comprobación de un trastorno mental no puede dar lugar a afirmar que quien lo sufre no

¹⁰ Sentencia T – 231 de 2019. En igual sentido, sentencia T – 573 de 2016.

puede disponer válidamente de su propia sexualidad. En tal virtud, la comprensión de fenómenos delictivos como el acá investigado debe partir de tal reconocimiento y, desde luego, efectuarse con sustracción de estereotipos persistentes sobre la dimensión erótica de las personas con discapacidad, por ejemplo, que «*son siempre objeto de abuso*» porque no pueden «*entablar una genuina relación de atracción y respeto mutuo*»¹¹, o bien, que «*son como niños*», con lo cual se les niega «*la condición de personas sexuadas (y) se visualiza como perverso cualquier acercamiento a la sexualidad*».

Resta una precisión adicional: según quedó visto, y como lo ha sostenido en el pasado la Sala, el concepto de trastorno mental contenido en el artículo 210 del Código Penal corresponde en todo al que, en vinculación con el concepto de inimputabilidad, establece el artículo 33 ibídem. Se trata de una noción transversal al sistema jurídico penal que no puede interpretarse disímilmente en uno y otro caso. Con todo, ello no significa que la limitación a las opiniones periciales sobre insanidad mental establecida en el artículo 421 de la Ley 906 de 2004 se extienda a la comprobación probatoria sobre la incapacidad de consentir por parte de la víctima de ese delito. Se explica:

El último precepto mencionado dispone que «*las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la*

¹¹ Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. *Sexualidad sin barreras*. En <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sexualidad-sin-barreras.pdf>.

inimputabilidad del acusado» y, en consecuencia, que «no se admitirán preguntas para establecer si, a su juicio, el acusado es imputable o inimputable». Es al funcionario judicial a quien corresponde, al evaluar la capacidad de culpabilidad del procesado, esclarecer si éste, no obstante sufrir de un trastorno mental, pudo, al momento de los hechos, comprender la ilicitud de su comportamiento y, de ser así, guiarse por esa comprensión. En tales condiciones, la prueba pericial debe estar limitada a la acreditación de la existencia del trastorno y no puede extenderse, por virtud del expreso mandato legal reseñado, al juicio normativo de inimputabilidad, el cual es competencia exclusiva del juez.

En similar sentido, se ha afirmado que la simple constatación de un trastorno mental no basta para afirmar que quien lo adolece está en incapacidad de emitir consentimiento válido sobre su sexualidad; se requiere, se itera, la verificación de que el padecimiento incidió sustancialmente en dicha facultad en el caso concreto. Es decir, para establecer si un individuo reúne la cualificación especial del sujeto pasivo señalada en el artículo 210 del Código Penal debe agotarse un análisis *análogo* al de la inimputabilidad: por una parte, ha de constatarse la existencia del trastorno mental; por otra, que ese trastorno le impidió efectiva o materialmente emitir un consentimiento válido al intercambio sexual.

En esas condiciones, podría en principio sostenerse que, en aplicación analógica del artículo 421 de la Ley 906 de 2004, el perito tampoco puede pronunciarse sobre la capacidad de la víctima para consentir, y que su participación en el juzgamiento debe estar limitada a la comprobación técnica del trastorno mental que padece.

Tal postura, sin embargo, no puede admitirse.

La razón de la proscripción que tienen los peritos de conceptuar sobre la capacidad de culpabilidad del procesado es que, en tanto ello constituye un elemento de la responsabilidad penal, su afirmación o negación únicamente le está permitida a quien administra justicia. En palabras de la Sala, *«la inimputabilidad es una categoría jurídica que le corresponde determinarla al juez encargado de decidir el asunto y no a los especialistas traídos al juicio por las partes»*¹². Igual sucede con la tipicidad y la antijuridicidad. Los hechos jurídicamente relevantes son, obviamente, tema de prueba y sobre su ocurrencia o no ocurrencia pueden y deben pronunciarse los medios de prueba, pero el juicio de tipicidad, es decir, la valoración normativa de si esos hechos se subsumen o no en una descripción típica, compete exclusivamente al juez y ningún perito podría opinar en uno u otro sentido. A su vez, los presupuestos fácticos de la antijuridicidad han de demostrarse, pero el discernimiento de si el hecho típico menoscabó o amenazó el bien jurídico,

¹² CSJ SP, 23 ene. 2019, rad. 49047.

en tanto juicio normativo sobre uno de los elementos de la responsabilidad, sólo puede adelantarlo el funcionario judicial.

En cambio, la incapacidad de consentir al intercambio sexual derivada de un trastorno mental es un hecho - no un elemento de la *responsabilidad penal* - que integra una descripción típica como circunstancia calificadora del sujeto pasivo y, en tal virtud, es tema de prueba en los procesos adelantados por la posible comisión del delito analizado. Nada obsta, pues, para que el perito conceptúe al respecto. Desde luego, ello no significa que el juez quede necesariamente vinculado por lo que sobre el particular dictaminen los expertos o deba acoger su dicho irreflexivamente. Como sucede con cualquier otra prueba, le corresponderá establecer su mérito conforme los criterios de valoración individual y conjunta fijados en el Código de Procedimiento Penal.

2.2 En el asunto examinado, las instancias dieron por cierto que José Mauricio Figueroa Suárez reúne las características del sujeto pasivo calificado del tipo penal definido en el artículo 210 del Código Penal apoyadas exclusivamente en el diagnóstico de trisomía veintiuno.

A ese respecto, el *a quo* señaló en un escueto párrafo que «*la víctima sufre del síndrome de Down*» y que ello «*la*

*imposibilitaba para resistir a su agresor*¹³ (con lo cual, por demás, confundió las conductas de abusar sexualmente de una persona *incapaz de resistir* y la de hacerlo sobre un individuo con un *trastorno mental* que le impide consentir válidamente). El Tribunal, por su parte, afirmó que José Mauricio Figueroa Suárez «*es una persona mayor de edad con un detrimento en las facultades intelectivas*» y de ello dedujo, sin más, que no puede «*comprender la naturaleza de la relación u otorgar el respectivo consentimiento en la misma*»¹⁴. La precariedad del análisis, de acuerdo con lo explicado (§ 2.1), surge ostensible.

Dicho problema pasó desapercibido a quienes intervinieron en esta sede, pero de todas maneras la Sala, en ejercicio de la función de control constitucional que le asiste, tiene la obligación de examinarlo, no sólo por cuanto, como se verá a continuación, en el juicio se recabó información técnica contradictoria sobre el particular, sino también porque, según se comprobó en la vista pública, el impacto del síndrome de Down en las facultades intelectivas de quien lo padece no siempre es de la misma intensidad, sino que puede ser de distintos grados¹⁵.

En esas condiciones, y antes de abordar el examen de los cargos formulados por el actor – los cuales giran en torno a la cuestión de si el hecho investigado ocurrió o no – la Corporación verificará si el trastorno mental padecido por

¹³ F. 366.

¹⁴ F. 20, c. del Tribunal.

¹⁵ Sesión de 25 de julio de 2016, récord 8:00 y ss.

José Mauricio Figueroa Suárez le impidió emitir un consentimiento válido en el caso concreto.

2.3 A la vista pública concurrieron dos profesionales de la salud que conceptuaron, a instancias de la Fiscalía, sobre las facultades cognitivas de José Mauricio Figueroa Suárez.

(i) En primer lugar, declaró Fernanda Pacheco Pacheco, médico general que atendió al nombrado una vez en consulta externa. Con ella se introdujo su historia clínica, en la que se consigna sin asomo de duda que efectivamente padece síndrome de Down¹⁶. La profesional corroboró ese diagnóstico y agregó que Figueroa Suárez también sufre de hipoacusia bilateral y dificultades en la comunicación verbal. Explicó que éste tiene pulsiones sexuales normales y su *«estado mental más o menos sería **como de catorce años**»*¹⁷, aunque seguidamente aseveró que *«no tiene la conciencia como un paciente adulto mayor que puede decidir por sus propios medios si quiere tener una relación sexual o no»*¹⁸, por lo que cualquier interacción sexual suya sería *«como si estuvieran violando a un niño»*¹⁹.

(ii) De otro lado, atestó Carolina González García, psicóloga adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal,

¹⁶ Fs. 131 y 132.

¹⁷ Sesión de 17 de marzo de 2015, récord 12:40.

¹⁸ *Ibidem*, récord 14:20 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, récord 17:30 y ss.

quien practicó «*evaluación psicológica*» a José Mauricio Figueroa Suárez²⁰.

La profesional se refirió ampliamente a los antecedentes de todo orden del ofendido, a las implicaciones generales del síndrome del Down y a las conclusiones de su propio análisis profesional, fundamentado en una entrevista de seis horas que le realizó a aquél. Expuso que las capacidades mentales de quienes lo padecen no pueden comprenderse mediante comparaciones con niños, sino que «*sencillamente es un desarrollo mental diferente*». Describió su interacción con José Mauricio, la manera en que se condujo la entrevista y el comportamiento asumido por éste. Según su dictamen, se trata de una persona sin la capacidad de «*entender (el) trasfondo sexual*» de los hechos investigados.

A su vez, la defensa presentó al también psicólogo Leonel Valencia Legarda²¹. Éste no entrevistó a José Mauricio Figueroa, sino que revisó los informes y entrevistas elaborados por los expertos de la Fiscalía. En tal virtud, su testimonio estuvo orientado a evidenciar falencias en dichas piezas, pero, sobre todo, a cuestionar el relato que el ofendido hizo frente a esos terceros (sobre lo cual nada es necesario considerar por las razones que quedarán precisadas más adelante).

²⁰ Sesión de 25 de julio de 2016, récord 30:00 y ss.

²¹ *Ibidem*, récord 8:00 y ss.

También señaló, sin embargo, que, tratándose de personas con trisomía veintiuno, *«la discapacidad puede tener varios niveles o subtipos, leve, moderada, grave y... severo»* y dijo que *«en este caso es una situación más atenuada porque el joven no tuvo un apoyo académico... no se puede hablar... de una discapacidad intelectual severa o profunda, sino que estaría más posiblemente en un tipo moderado, lo que pasa es que es difícil porque anexo al Down tiene el problema de comunicación»*²².

Como se ve – y según se había esbozado - en el juicio se presentó información técnica contradictoria sobre la cuestión de qué tan afectada estuvo la capacidad de Figueroa Suárez para consentir. Según la doctora Pacheco Pacheco, aquél tiene las facultades mentales de un adolescente de catorce años, lo cual lo ubica en un espectro de desarrollo cognitivo en el que habría estado plenamente capacitado para emitir una aquiescencia válida. Esa apreciación fue de cierta manera ratificada por el experto de la defensa, quien aseguró que la afectación mental de José Mauricio Figueroa es apenas moderada. En contraste, la psicóloga González García conceptuó que éste sí tiene una afectación cognitiva suficientemente profunda para concluir que no pudo haber consentido al hecho investigado.

2.4 Pues bien, aunque las instancias, como ya se dijo, pasaron por alto la ponderación que ese escenario probatorio

²² Récord 56:00 y ss.

les imponía, la Sala advierte que la omisión es intrascendente por cuanto de todos modos atinaron en la conclusión.

En efecto, lo primero que se advierte es que la doctora Fernanda Pacheco Pacheco manifestó ser médico general, de manera que carece de cualificaciones académicas especializadas para la comprensión y el diagnóstico de discapacidades mentales. Ello enerva de entrada su mérito suasorio, el cual, conforme el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, depende, entre otros factores, de «*la idoneidad técnico-científica... del perito*». Más importante, sin embargo, es que la apreciación de la profesional según la cual José Mauricio Figueroa Suárez posee las facultades cognitivas de una persona de catorce años no tiene más fundamento fáctico que *una* sesión de tratamiento (realizada el 14 de febrero de 2014) por «*un trastorno respiratorio (y) amigdalitis*»²³. Aunque esa única visita permitió a la doctora advertir en su paciente el síndrome de Down (de cuya existencia de todas maneras daba cuenta su historia clínica), de ningún modo pudo resultar suficiente para aprehender y comprender la magnitud de sus capacidades intelectivas, menos aún al punto de conceptualizar que se asimilan a las de un adolescente.

Como si fuera poco, la apreciación de Pacheco Pacheco es internamente contradictoria. Aunque atribuyó a José Mauricio las aptitudes mentales de un individuo de catorce años (lo cual, se insiste, implicaría que pudo consentir a una relación

²³ Récord 9:30.

con SÁNCHEZ BARBOSA), simultáneamente afirmó que aquél «(no) puede decidir por sus propios medios si quiere tener una relación sexual o no»²⁴ y que, de tener intercambios sexuales, sería «como si estuvieran violando a un niño»²⁵. La incongruencia resulta evidente.

En todo caso, debe recordarse que el valor demostrativo de la pericia está condicionado en buena medida a que quien la elabora «explique suficientemente la base “técnico-científica” de su opinión»²⁶. Como el juez no es conocedor de la ciencia o técnica de que trata el dictamen, le es imposible discernir el acierto de la conclusión por sí misma. Únicamente puede ponderarlo a partir de la exposición que el experto provea de sus fundamentos y la doctora Pacheco Pacheco no ofreció ninguna.

Tampoco puede acogerse la postura del perito psicólogo de la defensa en cuanto a que la afectación cognitiva de Figueroa Suárez es apenas moderada, con lo cual le atribuyó, así no lo haya señalado expresamente, la capacidad de consentir la interacción sexual acá juzgada.

Aunque aquél sí acreditó su «idoneidad técnico-científica» para conceptuar al respecto (dijo ser «docente y perito psicólogo», especialista en «terapia del comportamiento» y haber recibido

²⁴ Ibidem, récord 14:20 y ss.

²⁵ Ibidem, récord 17:30 y ss.

²⁶ CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50637.

«capacitaciones en el tema del peritaje psicológico y en la atención pericial... en el campo psicológico forense», así como tener más de diez años de experiencia), su opinión no tiene mayor mérito porque nunca evaluó, entrevistó o conoció al ofendido. Su juicio se sustentó exclusivamente en la revisión de las entrevistas e informes elaborados por los expertos de la Fiscalía, de modo que el dictamen, al igual que el precedente, carece de base fáctica atendible.

Distinto sucede con la opinión pericial rendida por la psicóloga del I.N.M.L., Carolina González García. De una parte, porque certificó suficientemente su idoneidad profesional; dio cuenta de que es psicóloga especialista en psicología clínica y desarrollo infantil y ha laborado durante varios lustros en entidades públicas y privadas desarrollando labores relacionadas con, entre otras cosas, «*diagnósticos en salud mental*» y «*salud sexual y reproductiva*». De otra, y principalmente, porque para elaborar su dictamen no se apoyó sólo en la revisión de los antecedentes médicos, personales y familiares del ofendido, sino también en la valoración que personal y directamente hizo de sus competencias cognitivas y comunicativas en el curso de una entrevista de seis horas, así:

«Lo primero... es hacer una revisión documental, haciendo lectura de las piezas procesales... lo cual me permite generar... un contexto de los hechos... Posteriormente... los antecedentes de vida, personales y familiares se hace con la persona que lo acompaña, en este caso, una de las hermanas... y posteriormente hago un trabajo específico con José Mauricio, donde se plantea una conversación... él escribe algunas cosas, es un ejercicio de

entrevista, obviamente adaptado a sus condiciones mentales de base».

Además, explicó ampliamente los fundamentos de su apreciación, relacionando su conclusión (esto es, que Figueroa Suárez «no logra entender (el) trasfondo sexual» de los hechos) con (i) la ausencia de escolaridad ordinaria o especializada recibidas por aquél en el curso de su infancia y juventud; (ii) la detección tardía de su padecimiento por parte de su familia; (iii) las características e implicaciones médicas de la trisomía veintiuno; (iv) la observación directa de su comportamiento; (v) la verificación de que habría participado en los hechos en «una postura totalmente sumisa, totalmente pasiva»; (vi) su imposibilidad de ubicar cronológicamente los eventos de su vida; (vii) la constatación de que no tiene pensamiento abstracto sino concreto, y; (ix) la advertida inviabilidad de realizarle un interrogatorio adecuado y una prueba psicométrica.

En esas condiciones, es claro para la Sala que la experticia rendida por Carolina González García, a diferencia de las ya analizadas, sí aparece revestida de poder demostrativo y debe privilegiarse sobre aquéllas. Se trata de un elemento de conocimiento técnico que, por reunir características de idoneidad, suficiencia y claridad, permite dar por demostrado que el trastorno mental de José Mauricio Figueroa Suárez afecta sustancialmente sus capacidades cognitivas y le impidió emitir un consentimiento válido sobre el hecho objeto de este proceso.

En tal virtud, el nombrado reúne la calificación especial exigida por el tipo penal definido en el artículo 210 del Código Penal por lo cual, de estar demostrado que la interacción sexual investigada ocurrió – es decir, que SÁNCHEZ BARBOSA realizó sobre él actos sexuales distintos del acceso carnal –, habrá necesariamente de concluirse que se trató de un intercambio abusivo.

3. La sentencia impugnada.

Como quedó reseñado, el Tribunal encontró demostrada la ocurrencia del delito y la responsabilidad del procesado. A esa conclusión llegó tras presentar las siguientes consideraciones:

(i) «Sobre los hechos endilgados, solamente se tiene el testimonio de la señora Clemencia Figueroa». En efecto, aunque la Fiscalía introdujo, con la aquiescencia del *a quo*, algunas «declaraciones anteriores bajo el calificativo de prueba documental», en concreto, la entrevista practicada a la víctima el 17 de junio de 2013 y la denuncia que dio origen al trámite, «dichos elementos no pierden su condición de referencia por el simple hecho de cambiárseles su denominación». En consecuencia, no pueden ser valorados porque no fueron incorporados con acatamiento de lo previsto en el artículo 347 de la Ley 906 de 2004.

(ii) Con el testimonio de Clemencia Figueroa (que fue corroborado periféricamente en algunos aspectos por María Eugenia Barbosa) se probaron los siguientes hechos indicadores:

- El 15 de junio de 2013, José Mauricio Figueroa Suárez estaba en la tienda “la caleta”, a donde también llegó JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA, quien compró unas cervezas y *«se marchó... luego de entablar comunicación con José Mauricio»*.

- Seguidamente, Figueroa Suárez salió del local. María Eugenia Barbosa lo siguió y observó que entró *«al mismo inmueble donde se encontraba JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA»*.

- María Eugenia Barbosa le contó lo que percibió a Clemencia Figueroa, quien consecuentemente acudió a ese predio. Al llegar, luego de tocar varias veces la puerta y de advertir que llamaría a la Policía, *«encontró al procesado sin camisa y con el pantalón desabrochado»*. Éste, tras negar que allí estuviera también José Mauricio Figueroa Suárez, huyó del lugar.

- Clemencia Figueroa encontró a su hermano José Mauricio Figueroa Suárez en el tercer piso, *«asustado y totalmente desnudo»*.

- Después de ese evento, José Mauricio *«ha mostrado un cambio en su orientación sexual, pues ahora le atraen los*

hombres», según lo afirmó Clemencia Figueroa y lo corroboraron otros miembros de la familia.

(iii) De esos hechos demostrados puede inferirse la ocurrencia del delito, así:

- La llegada de José Mauricio a la casa donde se materializó el abuso fue consecuencia de la comunicación que sostuvo minutos antes con SÁNCHEZ BARBOSA, lo cual indica que éste *«perseguía fines libidinosos»*.
- Cuando Clemencia Figueroa llegó a la vivienda, la puerta estaba cerrada, de modo que sólo podía accederse a ella *«si la persona que se ubicaba en su interior abría»*.
- La casa no tenía energía eléctrica y el acusado, al ser sorprendido, estaba semidesnudo, de modo que *«las actividades allí realizadas demandaban cierto grado de relajación»*.
- Cuando fue confrontado por Clemencia Figueroa, JHON JAIRO SÁNCHEZ negó que allí estuviera también el ofendido, lo que constituye indicio de mala justificación.
- El cambio de orientación sexual de la víctima permite deducir que lo ocurrido en el inmueble fue de naturaleza erótica.

4. El caso concreto.

4.1 En primer lugar, la Sala debe advertir que el Tribunal acertó al sustraer del análisis las declaraciones previas de la víctima que la Fiscalía, bajo el falso rótulo de “prueba documental”, incorporó indebidamente con la incomprensible complacencia del despacho.

En efecto, en el juicio fueron leídas e introducidas la entrevista elaborada a José Mauricio Figueroa Suárez por Martha Liliana Arévalo Ocampo, psicóloga del I.C.B.F.²⁷, y la denuncia formulada por Clemencia Figueroa Carrascal²⁸. Esos elementos, así se les haya calificado como pruebas documentales, son manifestaciones producidas por fuera del juicio que, para ser aducidas como prueba, debían satisfacer los requisitos de admisibilidad excepcional y las formalidades establecidas para la prueba de referencia en los artículos 437 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, lo cual no sucedió.

4.2 Atinó así mismo el *ad quem* al afirmar que no existe ninguna prueba directa sobre la ocurrencia de los hechos. Aunque José Mauricio Figueroa Suárez fue convocado al juicio y efectivamente compareció²⁹, recabar el testimonio fue imposible por sus manifiestas dificultades para ejercer la comunicación verbal. El nombrado, aparte de escribir los

²⁷ Sesión de 17 de marzo de 2015, récord 24:00 y ss.

²⁸ Sesión de 21 de noviembre de 2014, récord 1:27:00 y ss.

²⁹ Sesión de 25 de julio de 2016, récord 8:00 y ss.

números y dibujar algunas figuras antropomorfas, apenas emitió algunos sonidos incomprensibles.

Desde luego, esa situación – a no dudarlo indicativa de que el testigo estaba presente pero no *funcionalmente disponible* para servir como medio de prueba – hubiese habilitado a la Fiscalía para solicitar la incorporación de la mencionada entrevista (en la que, al parecer, el ofendido logró darse a entender con alguna claridad) como prueba de referencia admisible, según el supuesto de literal B del artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Pero, como acaba de explicarse, ello no fue solicitado por la titular de la acción penal y esa manifestación previa no puede ser válidamente apreciada.

También rindieron testimonio - en un juicio harto dilatado por la permisividad del despacho con la práctica de pruebas repetitivas y claramente impertinentes - los padres de José Mauricio Figueroa Suárez (quienes básicamente se refirieron a sus características personales y al “cambio de orientación sexual” que habría exhibido luego de los hechos), Roger Alexis Sánchez Jácome (defensor de familia que acompañó la entrevista elaborada por Liliana Arévalo y no develó nada de importancia), Andrés Piraneque Herrera (patrullero de la Policía que materializó la orden de captura expedida contra el procesado y tampoco dijo nada relevante), Dani Julián Vergel Barbosa (dueño de la tienda “la caleta estanco bar”, quien simplemente manifestó haber visto al ofendido llorando en la noche de los hechos), Gabriel Leonardo Contreras y Segundo Samacá (planimetrista y fotógrafo,

respectivamente) y Jonathan Alexander Córdoba (investigador del CAIVAS que solicitó la valoración psiquiátrica de la víctima).

A su vez, por la defensa se presentaron Marcela García Pabón, Margarita Rosa Higuera Quintana y Ninfa Pinzón Barreto, a quienes nada les consta sobre los hechos y cuyos dichos se limitaron a exaltar las calidades personales y familiares del acusado.

Así, el material probatorio relevante para el esclarecimiento de los hechos está circunscrito, como lo señaló el Tribunal, al testimonio de María Eugenia Barbosa (aunque también tiene alguna relevancia el de Clemencia Figueroa Carrascal), no porque hayan conocido personal y directamente la comisión del delito, sino porque con ellas se acreditaron los hechos indicadores a partir de los cuales las instancias infirieron su ocurrencia.

Esto fue lo que María Eugenia declaró:

«... yo estaba en mi casa, en el estanco “la caleta”, propiedad de mi hijo, yo me quedé atendiendo... llegó... José Mauricio, me saludó y se sentó en una de las mesas... llegó... JHON JAIRO SÁNCHEZ... lo saludé... me dijo que le diera dos cervezas... al salir, él llamó a José Mauricio hasta donde la moto, no le vi nada de malicia, y cogió y se fue, cuando Mauricio me dijo “chao, Ayu”... se fue para la casa... él se regresó, le dije “¿y para dónde va?”, dijo que para arriba, yo “no, se va para la casa”, dijo que no... yo lo vi que subió... subió derecho, cruzó la calle, entonces me impactó a mí que por qué ese niño se estaba metiendo a una casa desocupada... fui y le avisé al, el papá no estaba en ese momento,

entonces fui y le dije a la hermana, a Clemencia Figueroa, y le comenté lo que había visto...

... últimamente él estaba era... les tiraba besos a los muchachos, estaba caminando todo raro... (antes) él era... mucho con las niñas, vivía enamorado de las niñas, les tiraba besos a las niñas... por ahí tenía una niña que le gustaba mucho, era como un niño»³⁰.

Por su parte, Clemencia Figueroa Carrascal evocó lo siguiente:

«... yo estaba en mi casa... descansando... en ese momento yo escucho que me tocan la puerta bien fuerte... es María Eugenia Barbosa... le abro la puerta y ella me comunica... que Mauricio había pasado por el “estanco bar la caleta”... que entró a saludarlos... que llega JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA... compra dos cervezas, sale y llama a José Mauricio, le da unas indicaciones a José Mauricio y se va JHON JAIRO para la casa que estaba deshabitada... José Mauricio hace ver que va para la casa de mi mamá y se devuelve, se va sigilosamente por toda la acera derecha y... se mete para la casa de JHON JAIRO BARBOSA... en ese momento yo... me monto en mi carro y me voy directamente para esa casa... toco en varias oportunidades, bastante fuerte, no me abren, me voy para la casa diagonal, donde la señora Ninfa, no está la señora Ninfa, está una niña que es hija de ella, y le pregunto si esa casa donde yo estaba tocando era la casa de la señora Inírida, ella me dice “sí, esa es la casa”, yo me devuelvo, toco nuevamente, toco insistidamente (sic), nadie me abre, cuando yo digo “me abren o traigo a la policía” en ese momento escucho la voz del señor JHON JAIRO BARBOSA donde (sic) dice que “ya va”... abre la puerta, tenía tres cerrojos, porque uno escucha cuando la puerta es abierta... cuando él me abre yo encuentro a este señor sin camisa y con el cierre del pantalón abajo, entonces yo me le avalancho (sic) encima... la casa totalmente a oscura, no tenía luz... yo le insisto que dónde está mi hermano, él me dice que ahí no está... se monta en su moto y se va... yo subo nuevamente a buscar a mi hermano... subo al tercer piso, bien oscuro... y encuentro escondido y asustado, temblando, a mi hermano José Mauricio Figueroa totalmente desnudo... se colocó la ropa, bajó corriendo las gradas... él olía a cerveza, él había consumido cerveza...

³⁰ Sesión de 27 de noviembre de 2014, récord 1:06:00 y ss.

(...)

... mi hermano, un niño cariñoso... juguetón... calmado... se masturbaba frecuentemente antes de que ocurrieran estos hechos... posterior a estos hechos la actitud del niño cambió totalmente, no se volvió a ver que se masturbara... se ha vuelto grotesco... no podía ver una niña de lejos porque les mandaba besitos... era muy cariñoso con las niñas, muy respetuoso, además, pero le gustaba el sexo opuesto, después de estos hechos... cambió totalmente su conducta... ahora le atraen los hombres, ahora les manda besos a los hombres...»³¹.

4.3 Vista la dimensión objetiva de estos testimonios, y en relación con las quejas elevadas por el actor, la Sala considera lo siguiente:

4.3.1 Contrario a lo aducido por el censor, el Tribunal no alteró la identidad de lo narrado por María Eugenia Barbosa en cuanto dio por probado, a partir de su dicho, que JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA se comunicó con José Mauricio Figueroa Suárez en momentos anteriores a los hechos. Eso lo indicó, así fuere implícitamente, la declarante: *«él llamó a José Mauricio hasta donde la moto, no le vi nada de malicia, y cogió y se fue, cuando Mauricio me dijo “chao, Ayu”»*.

De ese elemento se sigue que, antes de que el acusado y el ofendido abandonaran el establecimiento público, existió entre ellos una interacción individual. Ninguna distorsión o

³¹ *Ibidem*, récord 1:27:00 y ss.

adición existe en la aserción del *ad quem* según la cual el acusado se marchó «*luego de entablar comunicación con José Mauricio*».

A dicho razonamiento tampoco subyace la falsa regla de la experiencia mencionada por el censor, esto es, que «*siempre o casi siempre que en un vecindario exista una persona con síndrome de Down... por esa sola circunstancia de ser vecinos... necesariamente pueden llegar a entenderse y entablar una comunicación por señas*». Al hacer tal afirmación fue el propio actor quien distorsionó las piezas procesales.

Es que ni las pruebas practicadas ni las sentencias de instancia dieron cuenta de que SÁNCHEZ BARBOSA y el ofendido interactuaren mediante *señas*. El lenguaje de señas es un sistema de comunicación complejo, basado en la utilización de expresiones visuales, con estructuras gramaticales propias. José Mauricio Figueroa no lo conoce y no lo utiliza y los falladores nunca sostuvieron lo contrario. Tampoco se atribuyó a JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA el dominio de tal lenguaje, y mucho menos que lo conociese por el solo hecho de que en su vecindario vivía una persona con síndrome de Down.

Lo que sí se probó es que José Mauricio, a pesar de sus limitaciones en el uso del lenguaje verbal, puede darse a

entender, no sólo mediante *gestos*, sino también a través de algunas palabras. De ello dieron cuenta ampliamente sus familiares y también la psicóloga Carolina González García, quien aseveró lo siguiente:

«Él es un ser humano que tiene también habilidades sociales... responde a su manera, se hace entender, se comunica, no podemos decir que tiene un lenguaje verbal normal, de hecho, es una de sus más grandes dificultades, pero se comunica, es un sujeto que se comunica, que se hace entender»³².

Así las cosas, ningún yerro subyace a la conclusión del Tribunal según la cual JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA y José Mauricio Figueroa Suárez pudieron sostener alguna suerte de interlocución antes de la ocurrencia de los hechos.

Mención aparte merecen las inferencias elaboradas por el Tribunal a partir de ese hecho indicador, así la inconformidad del actor haya estado dirigida únicamente a la acreditación probatoria este último. Según la Corporación, la constatación de que Figueroa Suárez y SÁNCHEZ BARBOSA sostuvieron comunicación indica que (i) la presencia del primero en el lugar de los hechos fue determinada por esa interacción y, por ende, (ii) el segundo *«perseguía fines libidinosos»*.

³² Sesión de 25 de julio de 2016, récord 46:00 y ss.

La primera deducción es válida. Visto que José Mauricio Figueroa Suárez abandonó la tienda y se dirigió a la casa donde sucedieron los hechos pocos segundos después de comunicarse con SÁNCHEZ BARBOSA, y teniendo en cuenta que también éste acudió a ese lugar en los instantes inmediatamente siguientes a dicha interacción, es razonable inferir que el intercambio gestual o verbal que se produjo entre ellos fue un antecedente relevante de la presencia de uno y otro en tal edificación. Ello se hace especialmente claro al verificarse, a partir del testimonio de María Eugenia Barbosa, que José Mauricio no interactuó con nadie más (salvo con ella misma cuando le dijo “chao, Ayu”) entre el momento en que se comunicó con el acusado y su llegada a la edificación donde fue encontrado, de manera que no existe la posibilidad de que el ofendido se haya desplazado hasta ese sitio motivado por un tercero.

En cambio, la segunda inferencia es equivocada porque contraviene la sana crítica. De la constatación de que JHON SÁNCHEZ BARBOSA y Figueroa Suárez tuvieron interlocución antes de encontrarse en el inmueble no se sigue, bajo ninguna regla empírica, científica o lógica, que el primero «*perseguía fines libidinosos*». Ese hecho, cuando menos ponderado aisladamente, nada revela sobre la posible concurrencia de un ánimo erótico en el procesado. Sin embargo, como quedará explicado más adelante (§ 4.4), el yerro no es trascendente porque no enerva las bases probatorias de la condena.

4.3.2 De otro lado, el recurrente critica que el Tribunal haya tenido como hecho indicador del delito el que «*después del suceso, José Mauricio ha(ya) mostrado un cambio en su orientación sexual*». Estima que ello constituye una apreciación personal sin fundamento técnico y, en cualquier caso, no puede admitirse que siempre o casi siempre que una persona tiene contactos homosexuales «*cambia su orientación sexual*».

El reproche, pues, recae tanto sobre la conformación del hecho indicador como sobre la validez de la inferencia realizada por el *ad quem* a partir de aquel.

En lo primero no le asiste la razón. La acreditación de la orientación sexual de un individuo no requiere conocimientos especializados. Aunque puede demostrarse técnicamente (por ejemplo, midiendo las respuestas corporales ante la exhibición de estímulos visuales heterosexuales y homosexuales en un entorno controlado), también puede ser razonablemente discernida por la observación, pues suele tener manifestaciones perceptibles por los sentidos (por ejemplo, la conformación de relaciones de pareja estables y públicas con personas del mismo sexo, del sexo opuesto o ambas) y puede incluso ser explicitada por cada individuo, bien sea públicamente o en su entorno privado. En ese orden, nada descarta que los familiares cercanos de José Mauricio pudiesen advertir, a partir de sus comportamientos y actitudes, cuál era su objeto de deseo y hacia quién o quiénes orientaba su pulsión sexual.

En el segundo reparo, en cambio, atina el actor. La fluidez y ambivalencia de la sexualidad humana, las maneras en que puede variar durante su desarrollo y cómo puede verse afectada o modificada como consecuencia de una agresión son cuestiones propias de la psicología, es decir, de naturaleza científica (por demás, de profundísima complejidad) y, en tal virtud, sería ciertamente equivocado pretender cristalizarlas en una máxima empírica. En ese entendido, mal podría afirmarse, sin un apoyo epistemológico serio y suficiente, que se produjo una modificación en la orientación sexual del ofendido *como consecuencia* del abuso al que fue sometido.

Esa fue, en lo sustancial, la deducción del *ad quem*. Entendió que José Mauricio Figueroa «*cambió su orientación sexual*» y ello lo vinculó con «*el suceso*» para concluir que éste «*tiene conexidad con... la formación sexual de la víctima*». De ese modo, dio por cierta una relación causal entre una cosa y la otra sin contar con una base científica para ello. Por esa vía, se apartó de la sana crítica.

Sin embargo, este yerro, al igual que el anteriormente identificado y conforme se explicará más adelante (§ 4.4), no tiene ninguna trascendencia frente a los fundamentos de la decisión recurrida.

4.3.3 Finalmente, el demandante aduce que la condena se apoya en la falsa regla de la experiencia según la cual *«toda persona que se encuentre en su casa, sin camisa, desabrochado el pantalón, está en actividad erótica»*.

Pues bien, es verdad que la desnudez total o parcial de una persona al interior de su vivienda no permite, por sí misma, inferir que se encuentra incurso en una actividad sexual. Eso es una obviedad. Lo que sucede es que tal planteamiento carece de capacidad refutatoria porque le subyace una visión distorsionada de la situación fáctica objeto de este trámite.

Es que JHON JAIRO SÁNCHEZ no fue encontrado simplemente “sin camisa en su vivienda”; fue hallado semidesnudo en compañía de la víctima (a su vez *del todo desnuda* y cuya presencia en el sitio negó mendazmente), en un inmueble que *no* era su lugar de residencia (sino que estaba deshabitado y en proceso de construcción) y a oscuras. Tales presupuestos fácticos (que fueron los acogidos por las instancias) difieren del que sesgadamente presenta el defensor en sustento de su censura.

4.4 En suma, es cierto que algunas de las inferencias presentadas por el Tribunal para sostener la condena son formalmente defectuosas, bien por las razones esgrimidas en la demanda, ora por las que, sin haber sido mencionadas por

el recurrente, ha identificado la Sala. Sin embargo, y como quedó esbozado, ninguno de esos dislates, ni por sí mismo ni considerado en conjunto con los restantes, reviste la trascendencia suficiente para derruir la condena. Véase:

4.4.1 Contrario a lo afirmado por el Procurador que intervino en esta sede, los hechos indicadores probados en el juicio, incluso luego de corregidos los errores del *ad quem*, permiten deducir de manera razonable y más allá de toda duda que en el día y lugar de los hechos se produjo entre JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA y José Mauricio Figueroa Suárez *alguna* actividad sexual. Ésta, por las razones ya explicadas (§ 2), fue abusiva.

Así se sigue de (i) la presencia del acusado y la víctima en una vivienda deshabitada y oscura, con la puerta cerrada, en estado de desnudez parcial y total, respectivamente; (ii) la conducta evasiva que, al ser descubierto, asumió el procesado, específicamente en cuanto negó que José Mauricio estuviese en ese sitio; (iii) la comunicación entre ellos que precedió su traslado hasta el inmueble, y; (iv) el lapso de varios minutos transcurrido entre el requerimiento de Clemencia Figueroa Carrascal para que le abrieran la puerta y el momento en que el acusado efectivamente le permitió el acceso.

Cualquier inferencia alternativa que pueda hacerse a partir de la valoración de uno u otro de los hechos indicadores queda descartada, *así aisladamente pudiere*

calificársele como razonable, por alguno o algunos de los restantes:

Si se acepta que una persona puede quitarse la ropa por varias razones y sin estar involucrada en una actividad sexual, de la desnudez de la víctima y el victimario, por sí mismas consideradas, no puede derivarse nada distinto a una inferencia equívoca e indeterminada. Pero en el contexto fáctico específico tal ambigüedad desaparece porque (i) uno y otro no estaban desnudos por su cuenta en sus respectivas residencias sino juntos, aun cuando no les une ningún vínculo familiar o de pareja –, y (ii) fueron hallados en un inmueble urbano deshabitado sin condiciones mínimas de confort, no en un sitio en el que sea frecuente y socialmente aceptado compartir la desnudez (verbigracia, una playa nudista).

De igual modo, la interacción social enseña que existen escenarios en los que una persona se desnuda, total o parcialmente, ante otra, así no les une ningún vínculo familiar o sentimental. Ejemplo de ello son el médico, el masajista y el tatuador, entre otros. De ello podría plantearse que el hecho de que José Mauricio estuviese desnudo ante SÁNCHEZ BARBOSA no permite inferir una interacción sexual. Pero tal planteamiento, que puede ser válido *insularmente ponderado*, es incompatible con que (i) el acusado no ejercía ninguna actividad similar a las mencionadas, sino que se dedicaba a la panadería; (ii) también él se había removido, cuando menos parcialmente,

la ropa, y la desnudez mutua es extraña a tales labores, y;
(iii) el sitio en el que sucedieron los hechos – una casa oscura y deshabitada – no corresponde a los escenarios en que se desempeñan esos oficios.

Así mismo, podría alegarse que no repugna a la sana crítica la hipótesis de que dos conocidos acudan a una vivienda vacía para tomar cerveza y departir y, por consecuencia, que fue eso justamente lo que JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA y José Mauricio Figueroa Suárez estaban haciendo cuando fueron hallados. Pero también esa alternativa tiene que rechazarse desde la valoración *conjunta* de los hechos indicadores, pues (i) la experiencia enseña que quienes se reúnen con ese fin no suelen desnudarse, y; (ii) como consumir licor es una actividad lícita y socialmente aceptada, no habría razón para que, si fuese eso lo que estaban haciendo, el enjuiciado negara ante Clemencia Figueroa la presencia del ofendido en el lugar de los hechos.

De igual modo, si se admite – por ejemplo - que quien quiere usar sustancias estupefacientes prohibidas busca hacerlo en condiciones de secretismo, podría plantearse, a partir de la comprobada clandestinidad en que la víctima y el acusado fueron hallados, la hipótesis de que su propósito era el de consumir drogas. Pero ésta queda descartada por la desnudez total y parcial en que fueron hallados (empíricamente incompatible con esa actividad), máxime ante la ausencia de

cualquier evidencia indicativa de que portasen o tuviesen sustancias de ese tipo.

En fin: no se presentó en el juicio ninguna hipótesis alternativa compatible con la inocencia que explique en términos diferentes qué fue lo que sucedió en ese lugar o cuál fue la actividad – si no una de índole sexual – que los allí presentes realizaron. Es decir, no existe una elucidación racional alternativa de qué otra cosa pueden haber hecho víctima y victimario en tales condiciones de clandestinidad y desnudez.

Los cargos formulados, por ende, no están llamados a prosperar.

4.4.2 Sin perjuicio de tal constatación, es claro que la Fiscalía, por los déficits de actividad probatoria ya mencionados (§ 4.2), no demostró *cuál* fue esa interacción sexual abusiva, es decir, *en qué consistió* el abuso. En otras palabras, aunque está comprobada más allá de toda duda la ocurrencia de la conducta sexual genérica (entendida la expresión en lógica taxonómica), la Fiscalía no aportó probatoriamente información suficiente para discernir cuál fue la conducta sexual específica realizada por el enjuiciado. Sólo puede descartarse que Figueroa Suárez fuese penetrado

analmente por aquél, pues así lo indica el informe sexológico respectivo³³.

Tal escenario impediría la condena si existiese cuando menos una hipótesis específica derivada de la comprobación de la conducta genérica que careciese de connotación delictiva. Pero como todas ellas se subsumen en la descripción típica del artículo 210 del Código Penal, corresponde acudir al principio de determinación alternativa u optativa, cuya aplicabilidad al orden jurídico nacional ya ha sido admitida por la Sala³⁴, y conforme el cual *«en casos de certeza de la comisión de un determinado delito, pero de dudas sobre su modalidad o especialidad, debe optarse por la solución más favorable»*³⁵. Las instancias pasaron por alto el problema y, como consecuencia de ello, dejaron de emitir condena por la especie típica más benigna, que lo es la de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, pero *en grado de tentativa*.

El Tribunal, ante la postulación que en ese sentido elevó el Ministerio Público en condición de no recurrente, examinó tal alternativa, pero la descartó con el argumento de que *«la conducta típica de acto sexual abusivo es... de mera conducta, por lo que no admite el dispositivo amplificador»*. La Sala no comparte esa postura. Al margen de las dificultades probatorias que ello pueda conllevar, no existe ninguna razón

³³ F. 164; sesión de 26 de agosto de 2015, récord 3:00 y ss.

³⁴ CSJ SP, 25 ago. 2010, rad. 32964.

³⁵ *Ibidem*.

de orden teórico para negar la tentativa del delito de actos sexuales abusivos, y en este caso tendrá que ser esa, en aplicación del ya mencionado principio de determinación alternativa u optativa, la conducta por la cual se profiera condena porque – se insiste – es la especie más favorable entre todas las que se subsumen en el comportamiento abusivo genérico que se demostró más allá de toda duda.

Lo anterior impone casar parcialmente y de oficio la sentencia impugnada para, en su lugar, condenar a JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA por el delito que se le imputó, pero en la modalidad tentada. La pena habrá de reajustarse consecuentemente.

4.5 El segundo inciso del artículo 210 del Código Penal reprime el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir con pena de 8 a 16 años de prisión. Esos límites punitivos deben reducirse conforme el artículo 27 ibídem, según el cual quien *«iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo»*.

En ese orden, la pena prevista para la infracción tentada es de 4 a 12 años de prisión.

El *a quo*, con la confirmación del *ad quem*, impuso la mínima sanción prevista en la ley para la infracción consumada, que lo es, se reitera, de 8 años de prisión. Para respetar tal criterio, la Sala hará lo propio y cifrará la sanción en el menor monto señalado para la modalidad tentada, esto es, en 4 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.6 Sería del caso examinar el cumplimiento efectivo de la pena impuesta y la necesidad de disponer sobre la libertad de SÁNCHEZ BARBOSA de no ser porque, según la consulta efectuada a través de la Secretaría de la Sala en la base de datos de población carcelaria del INPEC, aquél ya no se encuentra detenido.

5. Conclusión.

En síntesis, (i) se demostró más allá de toda duda que JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA sometió a José Mauricio Figueroa Suárez a un intercambio sexual; (ii) tal interacción fue abusiva porque este último, como consecuencia de la condición mental que padece, no pudo consentir válidamente al mismo; (iii) como las pruebas aportadas por la Fiscalía no permiten discernir en qué consistió la conducta abusiva genérica, debe acudirse al principio de determinación alternativa u optativa, el cual impone la condena por la especie típica más benigna, que es la de acto sexual abusivo con incapaz de resistir *en la modalidad tentada*; (iv) en esos

términos, por ende, se casará parcialmente y de oficio la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **NO CASAR** la sentencia impugnada por los cargos formulados en la demanda, según lo explicado en el aparte considerativo de esta decisión.

2. **CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO** el fallo recurrido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. En consecuencia, **CONDENAR** a **JHON JAIRO SÁNCHEZ BARBOSA** como autor del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir *tentado* e imponerle las penas de cuatro años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Notifíquese y cúmplase,



FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Sala



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

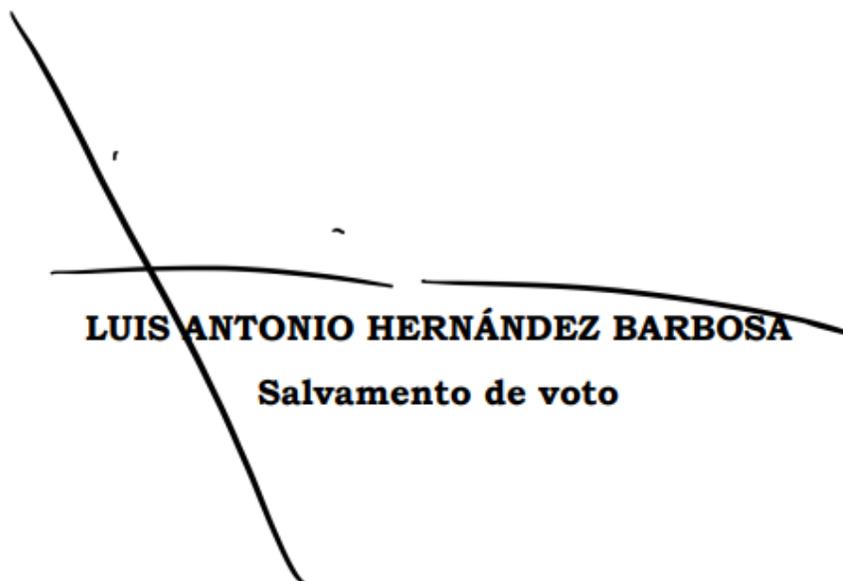


GERSON CHAVERRA CASTRO

Casación Penal@2024

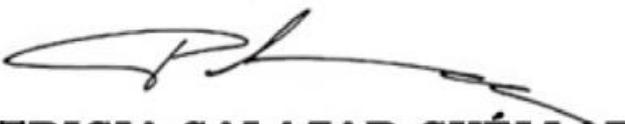


DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Salvamento de voto


HUGO QUINTERO BERNATE


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA
Secretaria

CUI54001610611320138037301
CASACIÓN 52207
JHON JAIRO SANCHEZ BARBOSA

Sala Casación Penal@2022