



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP3213-2024

Radicado N° 59216

Acta 286

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2020 por el Tribunal Superior de Bucaramanga, que confirmó la que en sentido condenatorio dictó el Juzgado 6° Penal del Circuito de esa ciudad, como autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, en concurso homogéneo.

HECHOS

El 9 de agosto de 2009, María Teresa Sánchez puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, que su hijo

Jaan Leonard García, persona con retardo mental leve a moderado y síndrome de *appert*, cuya edad cronológica es de 32 años, fue objeto de prácticas sexuales cometidas por JORGE LUIS AFANADOR, incluida la penetración anal.

ANTECEDENTES

El 8 de noviembre de 2010, ante el Juzgado 2° Penal Municipal con función de control de garantías de Bucaramanga, la Fiscalía imputó a JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, en concurso homogéneo, cargo que no aceptó.

Tras presentarse el correspondiente escrito, el 14 de enero de 2014, en el Juzgado 6° Penal del Circuito de Bucaramanga, se formuló acusación en contra de AFANADOR ARENAS, en los mismos términos de la imputación.

El 25 de junio de ese mismo año se realizó la audiencia preparatoria. Por su parte, el juicio oral se desarrolló en varias sesiones: 22 de agosto de 2016¹, 10 de mayo, 9 de agosto y 18 de octubre de 2017; 5 de febrero y 22 de noviembre de 2018; 28 de febrero, 24 de abril y 17 de julio

¹ Fecha en la cual se negó la solicitud de nulidad que presentó el defensor a partir de la audiencia preparatoria, inclusive, con fundamento en la vulneración del derecho a la defensa, por considerar que su antecesor carecía de los conocimientos necesarios para el debido ejercicio de la profesión. La determinación fue confirmada en sede de segunda instancia el 12 de enero de 2017.

de 2019, última diligencia en la que se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio.

En esa misma fecha se expidió la correspondiente sentencia, a través de la cual JORGE LUIS AFANADOR ARENAS fue declarado penalmente responsable, como autor, del punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, en concurso homogéneo, y condenado a la pena principal de 150 meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual. Le fueron negadas la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

Recurrida la sentencia por la defensa, el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó mediante fallo del 6 de noviembre de 2020, en providencia que es ahora objeto de impugnación extraordinaria, interpuesta y sustentada por el mismo extremo procesal.

LA DEMANDA

El demandante formuló tres cargos.

Cargo Primero. Causal segunda: Nulidad por violación al derecho de defensa

Con fundamento en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante denunció la violación

del derecho de defensa, por ausencia de defensa técnica durante la realización de la audiencia preparatoria.

En concreto, afirmó, el abogado que representaba los intereses de AFANADOR ARENAS para esa diligencia, descubrió un elemento material probatorio que correspondía efectuar a la Fiscalía, esto es, el informe pericial realizado por el experto del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Carlos Eduardo Rueda Vivas, el 9 de agosto de 2009.

El descubrimiento, acota, fue adelantado con el fin de introducir como pruebas las entrevistas recogidas en el peritaje, rendidas por la madre y la prima de la presunta víctima.

Ello, añade, pese a la evidente inadmisibilidad de dichos medios, a más que tampoco se entregaron suficientes razones para deprecarlos de consuno con la Fiscalía.

Agregó que el profesional del derecho anunció la incorporación de ciertas actividades investigativas, sin mencionar el testigo de acreditación que concurriría al debate y pasando por alto que ese tipo de actos no son susceptibles de incorporación.

Destacó que el desconocimiento de las “*pautas elementales para el decreto de prueba*”, se evidencia también cuando el estrado precisó que para ese instante la defensa ya

debía contar con los elementos materiales probatorios cuya introducción se pretendía, pues, no resultaba adecuado decretar pruebas a futuro.

La incompreensión de la sistemática acusatoria fue tan evidente, añade, que respecto de esas labores de investigación o de vecindario, ni siquiera solicitó la declaración del investigador que debía incorporarlas.

Refirió, de igual forma, que el defensor reflejó un claro desconocimiento respecto del alcance del artículo 415 de la Ley 906 de 2004, alusivo al traslado de la prueba pericial y su término, pues, creyó que operaba respecto de todos los medios de convicción.

En la misma línea, la demostración de la ignorancia de su antecesor se verifica en la solicitud de aplazamiento, realizada por este cuando advirtió que debía contar con los elementos de prueba cuya incorporación reclamaba.

Resaltó que su colega no desplegó actividad alguna encaminada a demostrar la inocencia de AFANADOR ARENAS, quien, en juicio declaró que el día de los hechos se encontraba *“en compañía de otras personas, celebrando el cumpleaños de su amigo Germán en Piedecuesta, personas que hubiesen podido dar fe de que esto es así”*.

La hermana de la presunta víctima, por su parte, manifestó en entrevista: i) que luego de hacer indagaciones, constató que JORGE LUIS AFANADOR no era homosexual y tampoco tenía como oficio el de peluquero y ii), que su hermano Jann Leonardo le había admitido que la sindicación en contra de aquél había sido en broma.

Consideró que el contenido de ese testimonio, aunado a las declaraciones de quienes estaban en capacidad de ubicar al acusado en otro lugar, para la fecha de los hechos, y a los resultados de la prueba científica realizada al procesado –que no pudo determinar coincidencia entre su información genética y la encontrada en el cuerpo de la víctima– se alzaban como medios suficientes para demostrar la inocencia del implicado.

Una vez reseñó los criterios doctrinales² alusivos al derecho a la defensa, sostuvo que la demanda satisface los principios de instrumentalidad, trascendencia, protección, convalidación, residualidad y taxatividad, por cuanto, en su orden: (i) el actuar deficiente del abogado impidió la preparación correcta, de cara al juicio oral, (ii) se vulneró un derecho de rango constitucional, (iii) el procesado no contó con las herramientas necesarias para defender su presunción de inocencia y buen nombre, (iv) la irregularidad se alegó tan pronto fue detectada por el nuevo apoderado, (v)

²(i) El defensor cumplió un papel meramente formal, sin que exista algún tipo de estrategia jurídica o procesal, (ii) las deficiencias en la defensa no son imputables al procesado o no son resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia, (iii) la falta de defensa es determinante en la decisión judicial y (iv) se evidencia una vulneración ostensible de los derechos fundamentales del procesado.

la nulidad constituye la única manera de garantizar el cumplimiento de garantías y derechos fundamentales y (iv) se trasgredió el numeral 2° de la ley 906 de 2004.

Por ello, solicitó casar la sentencia impugnada, decretando la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria.

Cargo Segundo. Causal tercera: violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio y falso juicio de identidad.

En un mismo cargo, comenzó por delimitar lo que vinculó con el falso raciocinio. En tal sentido, destacó que *“se desconocieron reglas de sana crítica en punto de máximas de experiencia que de haber sido tenidas en cuenta hubiesen llevado a la conclusión de que Jorge Luis Afanador no podía ser el autor de estos hechos”*.

Así, sostuvo, si una persona es consciente de que cometió un delito de acceso carnal, no se somete voluntariamente a que se le practique una prueba de ADN para su cotejo con las muestras que fueron tomadas a la víctima, pues, sabrá que saldrán positivas.

En este asunto, AFANADOR ARENAS solicitó que se le realizara prueba de ADN, seguro de que el resultado sería negativo, como en efecto sucedió.

De acuerdo con ello, estimó, si el Tribunal hubiese tenido en cuenta dicha regla de la experiencia, la conclusión sería que el prenombrado no cometió las conductas objeto de atribución penal.

De otro lado, aduce que el falso juicio de identidad por cercenamiento de la prueba se soporta en que se omitió valorar la versión suministrada ante la fiscalía por Katherine Fernanda García, hermana de la víctima, quien fue clara en referir que esta se retractó de lo que inicialmente sostuvo en relación con AFANADOR ARENAS.

A pesar de que la entrevista contentiva de esa declaración fue incorporada al juicio por solicitud de la defensa, el Tribunal cercenó su contenido, pues, en la valoración del testimonio, ninguna consideración efectuó respecto de las manifestaciones iniciales; menos aún, se refirió al resultado de las pesquisas que desplegó, en las cuales corroboró que el acusado no era homosexual y tampoco regentaba una peluquería.

Incluso, agrega, el testigo Jersy Gonzalo García Hernández corroboró la inclinación heterosexual del procesado, hecho que conoce porque son amigos desde la infancia.

En el acápite que denominó “*valoración en conjunto con las demás pruebas*”, hizo referencia a la declaración rendida en juicio por la víctima, Jaan Leonard García, que estima inconsistente y generadora de dudas acerca de la posible autoría de AFANADOR ARENAS.

Esto, por cuanto, la versión de los hechos suministrada por el afectado ante la psiquiatra Teresa Pérez, fue del todo diversa en aspectos circunstanciales de tiempo, modo y lugar; además, resulta infirmada por su progenitora, quien negó haber sido enterada de algún abuso, pese a que la víctima dijo en juicio que dialogó con ella sobre el tema.

La falta de solidez de la declaración del afectado, destacó el casacionista, se evidencia aún más al confrontarla con las conclusiones de la perito Carolina Gutiérrez Piñeres, dado que su dictamen es enfático en señalar que la versión de Jaan Leonard García pudo ser contaminada por diversas fuentes y, precisamente, ello explicaría las múltiples inconsistencias que se advierten en su relato.

Frente a este último tópico, el libelista argumentó que se verifican yerros en la evaluación profesional realizada a la víctima, por cuanto, no se realizó un examen de su déficit cognitivo y, además, no fue posible determinar si lo narrado por él corresponde a una experiencia vivida o se trata de un falso recuerdo.

Por ello, se predica duda razonable. En ese orden, pide casar la sentencia para, en su reemplazo, dictar fallo en el cual se absuelva al acusado.

Cargo Tercero. Causal tercera: violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 210 y 31 de la ley 599 de 2000, y “falta de ampliación de los artículos 7 y 381 numeral 1 de la ley 906 de 2004, al presentarse un falso juicio de identidad por cercenamiento”.

Refirió el recurrente que, a partir de la declaración “sesgada” de Jann Leonard García, víctima, el Tribunal confirmó la condena emitida contra AFANADOR ARENAS, como autor de un concurso de accesos carnales abusivos con incapaz de resistir, pese a que, en verdad, el afectado narró un único evento de esas características, como se constata al escuchar las respuestas entregadas en curso del contrainterrogatorio.

Si bien, admite que el declarante inicialmente afirmó ocurrido el hecho en varias oportunidades; cuando se le pidió concreción, expuso que solo ocurrió en una oportunidad, sin que exista posibilidad de dilucidar este aspecto, dada la ostensible contradicción.

En ese orden, expuso, si el incremento por el concurso de conductas punibles se estableció en 5 meses, se debe

reducir en esa proporción la pena impuesta, como también la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

TRASLADO DE ALEGACIÓN

Con fundamento en el Decreto 417 de marzo de 2020 y el Acuerdo 20 del 29 de abril del mismo año, con el auto admisorio de la demanda de casación se dispuso correr traslado al demandante y a los sujetos procesales no recurrentes, a fin que, por escrito, en un término común de 15 días, presentaran los alegatos de sustentación y refutación.

El **delegado de la Fiscalía** se pronunció en los siguientes términos:

Frente al cargo primero, encuentra que se trata apenas de la inconformidad del recurrente respecto de la estrategia de defensa elegida por su antecesor, sin que se evidencie vulneración efectiva del derecho de defensa, en la medida en que, finalmente, en favor de esta parte fueron decretadas las pruebas más importantes, atinentes a su teoría del caso, concretamente, la declaración del perito y del procesado.

En cuanto al cargo segundo, construido en torno a la violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal y falta de

aplicación de los artículos 7 y 381, inciso 1° de la Ley 906 de 2004, adujo el delegado que la valoración probatoria en conjunto, acorde con las reglas de la lógica y la experiencia, sirvieron de soporte suficiente para la declaración de condena.

Destacó que, tal como se especificó en el fallo de primer grado, el señalamiento del acusado, efectuado por la víctima, fue directo y personal, y se muestra como un relato vívido, con especificidad en detalles, acorde con lo que refirió a su prima Mildred Rodríguez López, remitido a que el acusado lo hacía vestir de mujer, le ponía labial, le quitaba la ropa y le introducía el pene por la “cola”.

Además, acota, la retractación de Katherin Fernanda García Sánchez fue explicada por las instancias, en el sentido que la testigo creyó inicialmente que lo que su hermano sostuvo era una broma, pero después advirtió del hallazgo de semen en la cavidad anal del afectado.

Seguidamente, el delegado transcribió apartes de los fallos de instancia, para destacar que el testimonio de la víctima encontró respaldo en lo afirmado por sus familiares, junto con lo descubierto por los profesionales de la medicina, circunstancias que permiten descartar la existencia de los errores propuestos en el cargo.

Finalmente, al tercer cargo planteado, falso juicio de identidad por cercenamiento de la declaración de Jann Leonardo García, que hace concluir la existencia de un único evento de acceso, entiende el no recurrente que esa mención obedeció a que la víctima resultó *“acorralada por la defensa en el contrainterrogatorio y dada su debilidad mental terminó por decirle que ocurrió solo una en acceso carnal, contrainterrogatorio que debió ser controlado por la juez, por tratarse de una persona especial sobre su reducido estado mental, de discernir, de asimilar los conceptos que le ponía en su boca el contrainterrogador”*. Pese a ello, el Tribunal no vaciló en encontrar acreditado el concurso de conductas punibles.

Con base en lo expuesto, solicitó que se denieguen las pretensiones del casacionista.

El **Procurador Delegado** solicitó no casar la sentencia atacada-

Descartó, en primer término, la ausencia efectiva de defensa técnica, para cuyo efecto acudió a lo analizado por los falladores, Explicó que no cualquier actuación adelantada por la defensa, no acogida por el juez, puede ser considerada como una carencia de ésta.

En segundo término, adujo que la duda razonable planteada por la defensa fue descartada por las instancias,

con fundamento en el análisis en conjunto de todo el acervo probatorio, que llevó a verificar, más allá de toda duda razonable, el compromiso penal del procesado JORGE LUIS AFANADOR ARENAS.

Agregó que respecto del acceso carnal obra prueba científica, consignada en el dictamen médico legal correspondiente, con el cual se comprueba la penetración a nivel anal y el hallazgo de líquido seminal.

Así mismo, se contó con la declaración de Mildred Rodríguez López, prima de la víctima, quien narró cómo su pariente le confió las frecuentes visitas que hacía a AFANADOR y lo que al interior de su habitación ocurría, esto es, que el procesado lo hacía vestir de mujer, lo desnudaba y le hacía “cosas” que al él le gustaban. Aclaró que no utilizó la palabra abusar, sino que manifestó el placer que la penetración le producía.

Todo lo anterior, para concluir que el acusado se aprovechó del estado de vulnerabilidad de la víctima, para satisfacer sus apetencias libidinosas, en tanto, accedió carnalmente a una persona que padecía trastorno mental, lo que se comprobó con las declaraciones de la víctima y sus familiares, y pruebas de contenido técnico.

Frente al tercer cargo, destacó la víctima fue clara en señalar que los accesos ocurrieron en diversas oportunidades, como se resaltó en los fallos de instancia.

El **recurrente** ratificó los argumentos expuestos en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala ha sostenido que una vez admitida la demanda, le corresponde examinar de fondo los problemas jurídicos propuestos por el recurrente, con independencia de los defectos de forma que puedan exhibirse en su formulación; ello, en atención al derrotero, según el cual, el recurso extraordinario, en tanto mecanismo de control legal y constitucional de las providencias judiciales, tiene por propósitos, al tenor del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, hacer efectivo el derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia.

Pese a que el primer cargo formulado corresponde a la existencia de una causal de nulidad, la Sala estudiará en primer lugar el cargo segundo, dados sus efectos.

En ese cometido, la Sala seguirá la siguiente metodología: i) mencionará el tratamiento dispensado por las instancias a los hechos materia de prueba; ii) analizará el

delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, desde la perspectiva dogmática y jurisprudencial; y, iii) decantará su postura frente al caso concreto.

En ese orden, se tiene que a JORGE LUIS AFANADOR ARENAS le fue imputado y después se le formularon cargos por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, cuyo sustrato fáctico consistió en haber realizado actos lúbricos con Jann Leonard García –persona con retardo mental de leve a moderado y síndrome de *appert*–, manipulando sus genitales y ejecutando maniobras sexuales que incluyeron la penetración anal de los dedos y el miembro viril, en la época en que ambos residían en el barrio Provenza de la ciudad de Bucaramanga, esto es, en el año 2009.

i. tratamiento otorgado por las instancias.

i.a. En la sentencia de primera instancia se efectuaron las siguientes consideraciones:

1. El ámbito de protección que irradia el artículo 210 del Código Penal incluye, en todos los casos y de manera automática, a las personas con trastornos mentales.

2. Esa discapacidad del sujeto pasivo, *per se*, habilita la valoración de pruebas de referencia.

3. De los testimonios de referencia de María Teresa Sánchez García y Mildred Rodríguez –madre y prima de la víctima–, se tiene por demostrado que entre AFANADOR ARENAS y Jann Leonard existía un trato cercano, cuando menos de amistad, cuyo origen fue la relación de vecindad predicable entre ellos, en la época en que residían en el barrio Provenza.

4. Jerzy Gonzalo García, primo de la víctima, declaró ser la persona que presentó, de manera personal, a Jann Leonard con JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, quienes, en compañía de otros amigos, pasaron tiempo juntos, compartiendo en inmediaciones de la casa del acusado.

5. Mildred Rodríguez suministró detalles de lo ocurrido entre los prenombrados, toda vez que fue su primo Jann Leonard García quien le contó que él iba muy seguido a la casa de su tía Blanca y que “AFANADOR” lo hacía vestir de mujer, poner labial, le quitaba la ropa y le introducía el pene por la cola; que a él le gustaba y que eso sucedía en la habitación del acusado en una casa de dos pisos.

La testigo afirmó que incluso antes de la revelación del acto sexual, era normal escuchar a Jann Leonard nombrar la palabra “AFANADOR”, así como verlo arreglado y bien vestido cuando se disponía a visitar la casa de la tía Blanca, dado que aprovechaba la situación para visitar a

AFANADOR, a quien se refería como vecino de su tía y amigo suyo.

La deponente aclaró que Jann Leonard salía solo cuando visitaba a la tía Blanca, por cuanto el lugar quedaba cerca de su residencia.

6. La hermana de la víctima, Katherin Fernanda García Sánchez, narró que en la época en que vivían en el barrio Provenza, su madre viajaba mucho y ella, en calidad de cuidadora de Jann Leonard, le daba permiso para salir solo a verse con sus amigos. Agregó que al preguntarle a su hermano por el abuso sexual, él le afirmó que había ocurrido en la casa del procesado.

7. La psiquiatra Teresa Pérez Osorio señaló que realizó una evaluación a Jann Leonard García el 11 de agosto de 2010, con el fin de determinar la capacidad de comprender para determinarse en un acto sexual. Su análisis arrojó que mas allá del retraso mental, no había ningún problema de orden psiquiátrico y, *“consiguió determinar que es alguien incapaz de hacer relatos largos, que su capacidad crítica no es madura, que se deja manipular fácilmente y que padece un retraso mental moderado”*.

8. El análisis conjunto de dichas probanzas afianzan la credibilidad del relato realizado por el afectado, pues, ante la psiquiatra forense relató cómo ingresó a la vivienda de

AFANADOR ARENAS, y pudo describir de forma somera dicho lugar.

En esa oportunidad narró lo mismo que pudo referir posteriormente en sede de juicio oral, esto es, que JORGE AFANADOR le había tocado el pene y la cola en varias oportunidades, le decía que se bajara el pantalón y le introducía un dedo en el ano, para culminar pidiéndole que no contara a nadie lo sucedido.

Ese evento fue narrado con repulsión por Jann Leonard, según el a quo, porque al nombrarle a AFANADOR ARENAS, reaccionó diciendo que no quería saber nada de él y quiso retirarse de la sala de audiencias.

9. Enfatizó el fallador, en que es "*apenas evidente*" que una persona como Jann Leonard, con una "*incapacidad mental*" y edad mental de 9 a 11 años, no puede tener conocimiento ni voluntad de querer sostener una relación homosexual, es decir, carece de capacidad para comprender y autodeterminarse en este tipo de actividades.

10. Lo anterior, aunado a los dictámenes forenses, que permitieron descubrir la presencia de espermatozoides en la cavidad anal de Jann Leonard y el hallazgo de dos fisuras correlativas a una penetración anal reciente, conforme fueron identificadas por la médica Claudia Yaneth Rojas Arias, conducen a acreditar el grado de conocimiento

necesario, conforme al artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para emitir sentencia de carácter condenatorio.

i.b. A su turno, el fallo impugnado comienza por reseñar un precedente jurisprudencial³ que clarifica cómo debe entenderse la calidad especial del sujeto pasivo de la conducta contenida en el artículo 210 del Código Penal. Seguidamente, destaca que el relato de abuso efectuado por la víctima, rendido en sede de juicio oral, fue corroborado a través de las constataciones materiales, esto es, las lesiones anales y el hallazgo de espermatozoides, plasmadas en el informe de laboratorio y estudio sexológico, así como con los testimonios de la progenitora, primos y hermana del afectado, que refirieron las circunstancias previas y posteriores a los hechos.

Ello, en conjunto, permitió al ad quem concluir que los atentados sexuales sí ocurrieron y los cometió JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, aprovechando el trastorno mental de la víctima.

ii. el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

Ahora bien, el Título IV de la Ley 599 de 2000, Capítulo Segundo, De los Actos Sexuales Abusivos, contempla en su

³ CSJ SP4133 de 2018. Rad 51518.

artículo 210, como atentado contra la libertad, integridad y formación sexuales, que está incurso en esta delincuencia *“El que acceda carnalmente a persona en estado de inconciencia, o que padezca trastorno mental, o que esté en incapacidad de resistir”*.

Se sanciona, por tanto, a quien tiene actos o relaciones sexuales aprovechándose de ciertas condiciones físicas o psíquicas del sujeto pasivo, que lo hacen vulnerable porque limita la posibilidad de autodeterminarse en dicho contexto, mismas que pueden derivarse de estados de inconciencia, trastornos mentales o situaciones de incapacidad de resistir, que impiden prestar un consentimiento cabal y voluntario.

Específicamente, tratándose del trastorno mental, se ha entendido 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”*⁴.

El fundamento teórico que subyace a la tipificación de esta clase de atentados, enfatiza una *condición* en el sujeto víctima, con sujeción a la cual *no le es posible consentir la*

⁴ CSJ SP 6 May. 2009, Rad 24055.

relación, aspecto que impone no solamente el hecho de la incapacidad para autodeterminarse, sino el conocimiento que de esta circunstancia tiene el sujeto activo, que se vale de la misma, de manera abusiva, para la realización de la conducta.

El tipo penal se actualiza, en otros términos, no sólo en la medida en que se compruebe que el sujeto pasivo no está en posibilidad de autodeterminarse, sino que, además, resulta necesario que el sujeto agente conozca que la persona carece de voluntad para consentir la relación sexual y se aproveche de esa condición de vulnerabilidad⁵.

Sobre la calificación especial del sujeto pasivo del ilícito mencionado, esta Corporación ha dicho:

“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)”⁶.

De lo expuesto se sigue que la simple constatación del padecimiento de un trastorno mental no permite concluir,

⁵ En este sentido, SP 3449 de 2019. Rad. 50610.

⁶ CSJ SP, 11 nov. 2020, rad. 49926.

sin más, que quien lo sufre se encuentra en el supuesto calificante del sujeto pasivo exigido para la configuración del delito objeto de análisis.

Ello encuentra explicación en la lesividad de la conducta como categoría dogmática, dado que, la tutela de intereses jurídicos debe entenderse en términos sustanciales, no simplemente formales o nominales. En ese orden, el padecimiento de un trastorno mental por quien participa de un intercambio sexual, no puede provocar respuesta punitiva si esa situación no significó una relación abusiva.

Un entendimiento contrario, esto es, la presunción *iuris et de iure* de que quien padece un trastorno mental se encuentra incapacitado para otorgar su consentimiento frente a una relación sexual, supondría, sin duda alguna, la negación de su dimensión sexual y, por contera, una vulneración flagrante de su dignidad humana.

De ahí que la Sala haya sostenido 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”*⁷; por ello mismo, en asuntos como el presente el

⁷ CSJ SP, 2 jun. 2021, rad. 54660

Estado tiene la carga de actuar 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.

A su vez, la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de los artículos 210 y 211.7 de la Ley 599 de 2000, determinó, tratándose del trastorno mental como elemento descriptivo del acceso carnal o acto sexual abusivos, que el mismo debe entenderse como 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 sexual, pues es la libertad de elegir la que se protege el tipo penal”*¹⁰.

⁸ CSJ SP, 2 jun. 2021, rad. 54660.

⁹ CSJ AP, 25 nov. 2008, rad. 30546.

¹⁰ C – 163 de 2021

En armonía con esta comprensión, el artículo 3° de la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad” –incorporada al orden interno mediante la Ley 1346 de 2009– establece como principio que, quienes padecen esta condición tienen la libertad de tomar sus propias decisiones. El canon 23 estipula:

“Los 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;

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

De manera más reciente, con la expedición de la Ley 1996 de 2019, se buscó revestir de contenido de realidad ese reconocimiento de principios y derechos de las personas discapacitadas, mediante la eliminación de modelos de

prescindencia para convertir a cada integrante de este grupo poblacional, en centro y protagonista de su proyecto de vida.

Tal plexo normativo, se advierte coherente con el mandato establecido en el artículo 12 de la Ley 1346 de 2009 (aprobatoria de la “*Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*”), según el cual, surgía necesario presentar una reforma al sistema de interdicción en Colombia.

El principal cambio que introdujo la Ley 1996 de 2019, destaca la Sala, fue incorporar, en todos los casos, la **presunción de capacidad legal de todas las personas sin distinción y, por contera, la imposibilidad de restringir el ejercicio legal y el derecho a decidir de una persona,** con fundamento en la existencia de una discapacidad. (artículo 6°).

La ley parte de la premisa principal alusiva a que las personas con discapacidad pueden tomar sus decisiones, expresar su voluntad y preferencias, obligarse y cumplir con sus obligaciones de manera autónoma, haciendo uso de apoyos si así lo requieren. Por ello, la Ley 1996 de 2019 elimina la figura de la interdicción, lo que quiere decir que, a partir de la promulgación de la ley, no se podrán iniciar procesos judiciales para decretarla, y tampoco se podrá solicitar que una persona se encuentre bajo medida de interdicción para adelantar trámites públicos o privados. (Artículo 53, Ley 1996 de 2019).

Dicha normatividad, lo que en esencia busca es la adaptación de nuestro sistema jurídico al modelo social de discapacidad, a través de la creación de mecanismos de apoyo inclusivos y respetuosos, con miras a garantizar la primacía de la voluntad y las preferencias del titular del derecho, pues se abandona el dogma de que la persona con discapacidad debe ser habilitada por el actuar de un tercero y, en su lugar, se establecen mecanismos que permiten el ejercicio de la capacidad legal en un ambiente de respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal. (Exposición de Motivos Proyecto de Ley 027 de 2017 Cámara. Gaceta del Congreso 613 de 2017).

En síntesis, las salvaguardas introducidas por la Ley 1996 de 2019, tienden a que la persona con discapacidad disfrute de una verdadera inclusión social, accesibilidad y normalización de su entorno, corolario de una vida independiente, en donde prime el respeto por sus derechos fundamentales. (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 12).

El reconocimiento de la capacidad legal de las personas con discapacidad, valga agregar, es importante por cuanto de su ejercicio depende el de muchos otros derechos: poder suscribir contratos laborales, tener cuentas bancarias, salir del país, hacer solicitudes a las autoridades, heredar, contraer matrimonio, tomar decisiones médicas,

matricularse en programas de educación, votar, postularse para ser elegido, entre muchos otros.

Colofón de lo expuesto es la mención, ya en el ámbito del desarrollo de la sexualidad de las personas discapacitadas, de que la simple constatación de un trastorno mental, no basta para afirmar que quien lo padece está en incapacidad de emitir consentimiento válido sobre el disfrute de las relaciones de dicha índole; se requiere, se reitera, además de constatar la existencia del trastorno mental, verificar que el padecimiento incidió sustancialmente en dicha facultad, en el asunto específico.

Refuerzo de la anterior conclusión, son las diversas decisiones que la Corte Constitucional ha proferido con posterioridad a la expedición de la Ley 1996 de 2019, entre las cuales se destaca la sentencia de tutela T – 357 de 2023:

“Las personas con diversidad funcional gozan de plena capacidad jurídica y pueden ejercer sus derechos, en condiciones de igualdad, sin limitación alguna asociada a su condición médica o los diagnósticos que presenten. Son seres completos, integrales y dignos. Su condición es inherente a la especie humana y la enaltece.

De ahí que la concepción constitucional actual, reflejada en la presunción de capacidad contenida en la Ley 1996 de 2019 y la CDPD, aborde la noción de discapacidad como el efecto de las barreras sociales que impiden el pleno goce de los derechos en condiciones de igualdad y limitan la integración como respuesta al funcionamiento orgánico o funcional diferente al de la mayoría de las personas.

Esta perspectiva constituye la esencia del *modelo social de la discapacidad*¹¹ el cual, es reconocido por la Corte, como el estándar más alto de protección para los derechos humanos de las personas con diversidad funcional¹², teniendo en cuenta que: (i) está incluido en un instrumento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (CDPD), (ii) refuerza las normas constitucionales que apelan por la debida promoción y protección de este colectivo y (iii) refleja el objetivo del legislador de suprimir toda barrera que impida su integración en la sociedad.

En este sentido, en las sentencias C-066 de 2013 y C-108 de 2023, se dijo que:

[E]l modelo social es el estándar más reciente y garantista para los derechos de esa población. Este paradigma concibe a la discapacidad como un asunto complejo en cuanto a su origen, pues confluyen tanto las condiciones físicas y mentales del individuo, como las barreras físicas, sociológicas y jurídicas que le impone el entorno. Esto hace que la persona en situación de discapacidad deba ser comprendida desde su autonomía y

¹¹ T – 357 de 2023

¹² T – 043 de 2021. La discapacidad es un concepto en evolución. La jurisprudencia de esta Corporación se ha referido al proceso histórico que ha denotado sus cambios (...). Se dijo que: «[e]ste ha transitado por el enfoque de la *prescindencia de la persona*, derivada de una interpretación de la discapacidad como anomalía, e incluso como un castigo de los dioses; al enfoque *médico-rehabilitador*, en el que la discapacidad se concibe como una condición física o psíquica diagnosticada desde la ciencia médica, cuyo objetivo central es la curación y la rehabilitación, y admite un papel preponderante al médico o a la familia para suplir la voluntad de la persona si tales propósitos no se alcanzan; hasta arribar al *enfoque social*, en el cual se entiende que la discapacidad reside, en realidad, en las barreras que la sociedad impone a la inclusión de algunas personas, y al respeto por la infinita diversidad funcional que caracteriza a los seres humanos».

diferencia, lo que significa que resulte constitucionalmente inadmisibles que se le imponga su rehabilitación o normalización como condición previa para que sea incluido en la dinámica social, en tanto sujeto de derechos, dotado de autonomía y dignidad. En contrario, el Estado y su sistema jurídico están obligados a garantizar esa inclusión mediante la eliminación de dichas barreras, a fin que se logre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a partir de su reconocimiento y protección especial

En la misma línea, en la Sentencia T-048 de 2023 se reconoció:

«La progresiva consolidación del enfoque social y el interés por maximizar la participación y reconocer la autonomía de las personas en situación de discapacidad, desde el lema del movimiento, nada sobre nosotros sin nosotros, son elementos centrales del paradigma actual sobre sus derechos»

*Es la misma sociedad, en cabeza del Estado, la que debe establecer todos los medios necesarios para facilitar el ejercicio pleno de la capacidad de quienes integran dicho grupo poblacional. **«Ello implica reconocer su derecho a tomar el control sobre su vida, a ser independientes, a adoptar decisiones sobre asuntos que impacten en sus intereses existenciales, definidos a partir de su voluntad, convicciones, emociones y preferencias. En síntesis, a reconocer y proteger su autonomía en iguales condiciones a los demás».** Negrillas propias.*

En línea con lo anterior, en la sentencia C – 163 de 2021, se sostuvo:

“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***". Negrillas propias.

iii. análisis del caso concreto.

En este asunto resultó probado que Jann Leonard García, quien descontaba 32 años de edad para la época de los hechos, padece de una enfermedad congénita denominada síndrome de *appert*, con presencia de retardo mental y discapacidad mental de leve a moderada, por lo que se comporta como un niño de entre 9 y 11 años.

Así lo declararon sus familiares, María Teresa Sánchez de García -madre- y Katherin Fernanda García Sánchez -hermana- y fue respaldado por la Psiquiatra Forense adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Teresa Pérez Osorio, quien concluyó "1. El Sr. JANN LEONARD GARCÍA SÁNCHEZ presenta para el momento de la evaluación un síndrome congénito con un retraso mental leve a moderado, y a pesar del mismo, puede comunicar verbalmente sus experiencias vividas con claridad; 2. El relato es coherente, consistente y tiene respaldo afectivo, hay congruencia ideo-emotiva y 3. No se halló sintomatología

psíquica presentada como respuesta adaptativa a los hechos”.

El síndrome congénito, denominado de *appert*, valga aclarar, es una enfermedad genética en la cual las suturas entre los huesos del cráneo se cierran más temprano de lo normal, afectando la forma de la cabeza y la cara.

Se trata, por lo tanto, de un padecimiento de orden fisionómico, que en modo alguno posee incidencia en el comportamiento y autodeterminación de la víctima.

Así lo entendieron los extremos procesales y las instancias, pues ningún reparo se elevó en relación con esa condición genética, sino de cara a la incidencia del retraso mental en la capacidad de autodeterminación de Jann Leonard.

Desde esa perspectiva, la Sala encuentra que la condena se emitió sin constatar si el trastorno mental padecido por Jann Leonard García Sánchez le impidió emitir un consentimiento válido para el intercambio sexual del cual participó. En esa medida, jurídicamente no era posible deducir la cualificación especial del sujeto pasivo del delito.

En contraste, lo que se advierte, sin lugar a dudas, es que esa incapacidad para consentir el encuentro libidinoso,

fue presumida por las instancias, a partir de la sola existencia del trastorno mental.

Ello tradujo, desde el ámbito de la infracción directa de la ley sustancial (art. 181.1 C.P.P.), la interpretación errónea de la norma llamada a regular el caso, en la medida en que, la sentencia atacada asignó un alcance o sentido incorrecto al artículo 210 de la Ley 599 de 2000, que regula los hechos juzgados.

Punto de partida para el análisis que soporta tal conclusión, es el dictamen pericial rendido por la psiquiatra forense Teresa Pérez Osorio, el 11 de agosto de 2010. De la lectura de la base de opinión pericial, junto con lo declarado en juicio por la experta¹³, se tiene que, Jann Leonard García Sánchez demuestra un *“estado de conciencia alerta, tiene consciencia de la situación, dice estar en el lugar de las ciencias forenses –refiriéndose al lugar en donde se encontraba para ese momento con la perito–, no tiene consciencia parcial de enfermedad, orientado en persona, espacio y tiempo (...).*

Retardo mental leve a moderado, puede leer, comprende lecturas para niños y las resume con ayuda. Su juicio es insuficiente, lo que lo lleva a un razonamiento inadecuado. Tiene buena memoria, su pensamiento es concreto, realiza a momentos conexiones laxas y no puede realizar ideas varias

¹³ Audiencia de juicio oral, sesión del 18 de octubre de 2020. Récord 02:40 a 01:22:45

en un solo bloque y de un mismo tema, por lo cual se le ayudó con preguntas de seguimiento, siempre abiertas. Su lenguaje es entendible a pesar de la dificultad para articular algunas palabras. Todo esto le permite compartir las experiencias vividas por él a los demás.

Relata con dificultad inicial por vergüenza y ansiedad (...) el relato tiene respaldo afectivo y congruencia emotivo – cognitiva”.

La perito declaró que Jann Leonard reconoce su genitalidad y que puede sentir placer porque es parte de su instinto. Así mismo, refirió que, pese a ese reconocimiento, dado su retraso mental, que lo sitúa en el desarrollo de un niño entre 9 y 11 años más o menos, no puede comprender las consecuencias que registra la actividad de su genitalidad, porque no tiene la capacidad para entender.

Es por ello que, concluye, lo único que puede entender es lo relativo a su instinto, en la medida en que, para estos efectos no se requiere inteligencia; la suya es baja.

Al punto, la Sala destaca que, el hecho incontrastable que el proceso contenga una prueba pericial, no significa que el juez quede necesariamente vinculado por lo que sobre el particular dictaminen los expertos, o que se deba acoger su dicho de manera irreflexiva. Como ocurre con cualquier otra prueba, al fallador le corresponde establecer su mérito

conforme a los criterios de valoración individual y conjunta, fijados en el Código de Procedimiento Penal.

De entrada, el peritaje rendido por la psiquiatra Teresa Pérez Osorio, no solo no da información concluyente sobre lo que interesa para efectos de la comisión del delito, sino que es, cuando menos, confuso.

Lo que se esperaría de una experticia de dicha índole, para tener por acreditada la cualificación especial del tipo penal, es que la médica especializada estuviese en capacidad de indicar, que el nivel de discapacidad de Jann Leonard es de tal dimensión, que descarta la posibilidad de que el examinado pueda *alcanzar la suficiente autonomía personal para decidir* sobre el disfrute de su sexualidad¹⁴.

No obstante, la perito nada mencionó sobre el nivel de autonomía personal del examinado. Es más, redujo la existencia de Jann Leonard al desarrollo de simples instintos, pese a que las pruebas acopiadas demuestran que es una persona que interactúa de manera activa con su entorno, que se relaciona a nivel social.

Además de lo anterior, dada la complejidad de la experticia, se muestra insuficiente la realización de una sola

¹⁴ Es la Corte Constitucional la que se ha pronunciado en dichos términos, en el análisis de la discapacidad y la necesidad de que la misma sea afrontada desde una perspectiva holística que permita brindar a estas personas las herramientas y apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse. Ver, entre otras, C-182 de 2016.

sesión¹⁵, para aprehender y comprender la magnitud de las capacidades intelectivas del examinado y para poder delimitar, de acuerdo con su contexto de vida y su nivel de autonomía, cómo, cuándo y en qué condiciones este podría desarrollar su sexualidad.

Considera la Sala que, los términos absolutos y generales que utiliza la perito, como que lo único que Jann Leonard puede entender es lo relativo a su instinto, refleja una conclusión emitida a la ligera, pues no explicó cómo pudo evaluar con esa exactitud el funcionamiento interno de la mente de Jann Leonard, y tampoco expuso por qué considera que existe un factor, que como un todo omnicomprendivo, se pueda aplicar, sin más, para todos los aspectos de la vida del examinado.

Ahora, desde otra perspectiva, la Sala se percata de que el dictamen ofrece débiles conclusiones, pues, resulta muy discutible que la experta Pérez Osorio afirme i) que Jann Leonard sólo posee instintos, ii) que equipare el placer a uno de ellos y, iii) que asegure que lo observó avergonzado y ansioso al iniciar su relato, cuando tales emociones lejos están de constituir impulsos.

Es que, destaca la Corte, si lo afirmado es que Jann Leonard únicamente tiene *impulsos indeliberados* – definición

¹⁵ Se llevó a cabo el 11 de agosto de 2010 y el documento que la condensa no contiene hora de inicio, ni de terminación, amén de que tampoco consagra la utilización de algún tipo de test, para la evaluación.

de instinto¹⁶ –, no podría afirmarse que siente placer, en la medida en que el placer no es un impulso, de acuerdo con el significado de los términos utilizados por la perito.

En efecto, por *impulso* se entiende un deseo o motivo afectivo, que induce a hacer algo de manera súbita, sin reflexionar. El *placer*, por su parte, corresponde al goce o disfrute físico o espiritual producido por la realización o la percepción de algo que gusta o que se *considera* bueno.

Como se ve, el placer no puede ser asemejado a un instinto, precisamente, porque corresponde a lo que se disfruta en la medida en que se *percibe* bueno, en oposición a aquello que supone hacer algo de manera súbita, repentina y sin reflexionar, sin pensar.

Ahora bien, la experta aseguró que Jann Leonard inició el relato con dificultades, por vergüenza y ansiedad. Como se anticipó líneas arriba, dichas emociones tampoco guardan correspondencia con un instinto.

La *vergüenza* se define, según la Real Academia de la Lengua, como la turbación del ánimo ocasionada por la consciencia de alguna falta cometida, o por alguna acción

¹⁶<https://dle.rae.es>

1. m. Conjunto de pautas de reacción que, en los animales, contribuyen a la conservación de la vida del individuo y de la especie.
2. impulso o propensión natural e indeliberada.

deshonrosa y humillante, en tanto la ansiedad corresponde al estado de agitación, inquietud o zozobra del ánimo.

De acuerdo con lo expuesto, la confusión que evidenció la psiquiatra es inobjetable, no solo en el manejo conceptual como viene de verse, en la medida en que no se entiende cómo, una persona que actúa solo instintivamente como consecuencia del retraso mental, según la experta, pueda tener consciencia de las situaciones vividas, mostrar timidez al relatar lo ocurrido y sentir placer. En contrario, todo ello lo que sugiere, con mayor proximidad, es que Jann Leonard sí tenía capacidad de entendimiento y de tomar decisiones sobre su sexualidad, por si mismo.

La Sala destaca, en el mismo sentido, que la psiquiatra ubicó al examinado en una edad mental de 9 a 11 años; sin embargo, la ligereza con que se emitió dicha afirmación, impide tomarla como una base seria para efectos de estudiar el contenido dogmático del punible investigado.

En efecto, la afirmación emerge deficiente cuando se tiene claro que el retraso mental es una discapacidad que se caracteriza por tener limitaciones en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa tal como se muestra en las habilidades prácticas, sociales y conceptuales.

La literatura autorizada¹⁷ en tratándose de discapacidades mentales, diferencia la *deficiencia intelectual* -en la que se sitúa el retraso mental leve, moderado, grave y profundo- del retraso mental *clínico* y el retraso mental *socio cultural*.

En ese orden, lo que puede interpretarse, es que una persona puede tener una deficiencia intelectual, por la cual se determine que su cognición corresponde a una persona de 10 años, sin que sus habilidades adaptativas, desde el ámbito socio cultural, se encuentren afectadas o limitadas. Así, en el caso de Jann Leonard, se desconoce cualquier explicación o diferenciación en el sentido mencionado, de modo que, esa mención de la perito, sobre la edad mental de 9 a 11 años, refleja indeterminación sobre si alude a una edad desde el aspecto intelectual o desde la órbita socio cultural, cuyo análisis, en uno u otro sentido, supone aspectos y consecuencias diversas.

En últimas, lo que refleja el experticio es una imprecisión sustancial en el diagnóstico, que le resta valor suatorio como prueba científica.

Así las cosas, lo que se concluye de la pericia, es que esa incapacidad para entender un acto de connotación sexual, que predica la psiquiatra respecto de Jann Leonard, constituye una afirmación insuficiente y precaria, desde la

¹⁷ Rodríguez-Sacristán, J., y Buceta, M. J. (1998). La deficiencia mental. Aspectos psicológicos y psicopatológicos de las estructuras deficitarias. Psicopatología del niño y del adolescente (ps.85-95). Sevilla: Universidad de Sevilla.

base técnico-científica de su opinión, en la medida en que constituye un enunciado carente de soporte argumentativo sólido, que no fue sustentado sobre la base de ningún conocimiento especializado, sino con fundamento en nociones discutibles que no reflejan un examen real y completo de Jann Leonard García.

Se reitera, lo querido conocer respecto de la condición mental del afectado, no es sólo su capacidad de comprensión o volición, sino las condiciones que estas registran respecto del derecho que le asiste de sentir placer, o mejor, de dar rienda suelta a su sexualidad.

Era necesario, así, que la perito dirigiera su examen y consecuente dictamen, no al absoluto de comprensión o incomprensión, sino al relativo pero necesario espectro que permita identificar, se insiste, cuándo o cómo puede asumir la posibilidad de desarrollar su sexualidad, para así, por la vía de la confrontación negativa, advertir en qué casos su condición lo hace víctima de abuso.

De esta manera, si no se conoce –a menos que se parta del criterio absoluto y, por supuesto, contrario a la dignidad humana, de que, dada su condición, en ninguna circunstancia se le permite disfrutar del placer sexual– dentro de qué parámetros una persona en las condiciones de quien aquí se reputa víctima puede disfrutar de su sexualidad, no es posible dictaminar –si se tratase del solo criterio psicológico–, ni mucho menos,

concluir, en términos de la decisión penal, que en este caso la penetración aceptada por Jan Leonardo García se inscribe dentro de los elementos típicos del delito atribuido al acusado.

En lo fundamental, lo que la Sala concluye es que el Tribunal le otorgó a la prueba pericial un alcance del que carece, incurriendo, por la vía indirecta, en violación de la ley por falso juicio de identidad por tergiversación, dado que el sentido objetivo del medio de conocimiento, conforme quedó advertido, resultó trastocado al derivar de él conclusiones que en modo alguno podían desprenderse de su contenido.

Ello por cuanto la perito, más allá de arrojar claridad sobre el trastorno mental de Jann Leonard, no concluyó nada, que, con el mismo nivel de objetividad, a partir del análisis específico del examinado, permitiera determinar, a ciencia cierta, que el prenombrado se encontrara en imposibilidad absoluta de autodeterminarse en el campo de las relaciones sexuales, o que, de colegirse relativa esa imposibilidad, señalara la manera o las condiciones en que su sexualidad, pudiese ser disfrutada.

A la insuficiencia de la pericia para encontrar acreditada la calificación especial exigida por el tipo penal definido en el artículo 210 del Código Penal, se suma que la prueba de corroboración periférica, junto con lo declarado en sede de juicio oral por la víctima, arroja bastantes dudas sobre los dos aspectos de obligada demostración –la incapacidad de consentir

del sujeto pasivo y el aprovechamiento de ello por parte del sujeto agente— las que, como ordena la norma positiva, deben resolverse en favor del procesado.

En primer lugar, el comportamiento previo y posterior a los encuentros sexuales sostenidos por Jann Leonard García con JORGE LUIS AFANADOR ARENAS (para ese entonces contaba con 20 años de edad -había nacido el 14 de enero de 1989-), permite la construcción de una hipótesis verdaderamente plausible, alterna a la que constituye la teoría del caso de la Fiscalía, alusiva al consentimiento que otorgó el primero para los acercamientos de índole sexual.

La progenitora de Jann Leonardo, María Teresa Sánchez rindió declaración en sede de juicio oral, el 10 de mayo de 2017. Allí, narró que su descendiente iba con regularidad a la casa de su tía, pues, ella lo llevaba allí. Recordó que en esas oportunidades su hijo hablaba con Jersy Gonzálo García, su primo, y con JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, quien era vecino del lugar.

Señaló que ella viajaba todos los meses a Venezuela, por lo que su hijo quedaba bajo el cuidado de su otra hija, Katherin García, por espacio de 10 o 12 días al mes.

Por su parte, Katherin Fernanda García Sánchez, hermana de Jann Leonard, manifestó en la misma sesión de audiencia, que vivía con sus padres y sus dos hermanos,

desde 8 años atrás, en el barrio Provenza; que su hermano solía nombrar a AFANADOR como su amigo y se refería a él diciendo que era “gay”.

Mencionó que el procesado vivía en la esquina de la cuadra donde residía su tía; que en las tardes ella se quedaba con su hermano; que, cuando iban a visitar a su tía Blanca, en el barrio Provenza, su hermano le pedía permiso para salir con unos amigos y regresaba luego del transcurso de una hora y media.

La testigo aseguró que lo dejaba salir porque Jann Leonard es una persona muy sociable, y que, cuando regresaba a casa lo veía sudoroso, cansado, alterado, nervioso, preguntándole si había llegado puntual, porque quería seguir haciendo uso de esos permisos.

También rindió declaración otro familiar, Jersy Gonzalo García Hernández, el cual, expuso haberse criado con Jann Leonard y sus hermanas, pues, todos eran vecinos del barrio Provenza, donde también conoció a JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, de quien fue amigo desde los 8 años; lo reconoce como un hombre sano.

Admitió que fue él quien presentó al procesado con Jann Leonard, y que los veía hablando en la cuadra, en compañía de otros amigos del sector. Describió que algunas veces, los vio hablando en la escalera de la vivienda de AFANADOR

ARENAS y que, cuando se encontraba con su primo Jann, éste le preguntaba por AFANADOR, indagaba sobre cómo estaba y qué hacía.

La prima más cercana a Jann Leonard, Mildred Rodríguez, a quien narró los hechos investigados, refirió en audiencia, que Jann mencionaba frecuentemente la palabra AFANADOR, que era muy normal escuchar nombrarlo, incluso, antes de conocer sobre los episodios de carácter sexual. Adujo que cuando Jann iba a casa de la tía Blanca, se vestía muy bien.

De estos relatos se extrae que:

1. Jann Leonardo García, no solo se conocía con el acusado, sino que establecieron una amistad por la cual se les vio en varias oportunidades compartiendo espacios de diálogo en sitios públicos y en cercanías de la entrada de la residencia de AFANADOR ARENAS.
2. Jann Leonardo García se encontraba en condiciones de salir solo de su casa y en efecto lo hacía por espacio de hora y media, para interactuar con amigos del vecindario, en términos de su hermana y cuidadora, en razón de su alta sociabilidad.

3. Jann Leonardo García nunca mostró o refirió que le disgustaba la presencia de AFANADOR ARENAS, ni manifestó aspectos negativos en cuanto a este. Por el contrario, se refería a él como su amigo.
4. Jann Leonard García era cuidadoso en cumplir con los horarios de los permisos, según su hermana, para que se continuaran autorizando: es decir, era consciente de que debía ser responsable en acatar el tiempo permitido para poder salir frecuentemente.
5. Jann Leonardo mostraba un genuino interés por AFANADOR ARENAS, pues preguntaba por él -cómo estaba y qué hacía-, a su primo Jersy Gonzalo García.
6. Jann Leonard, de manera consciente, omitía contar que, en esas salidas, de las que llegaba sudoroso y nervioso, visitaba a AFANADOR ARENAS.

Este escenario, efectivamente, no permite asumir que Jann Leonard García se encontrara en condiciones psíquicas que le imposibilitaran autodeterminarse. No se vislumbra un panorama que delimite una afectación cognitiva lo suficientemente profunda para concluir, con certeza, que no pudo haber consentido los encuentros sexuales. Según su círculo familiar, Jann Leonard es capaz de tomar decisiones, como salir de casa, pues, logra ubicarse temporo-espacialmente, está en capacidad de hacer acuerdos, de

entender las consecuencias de incumplirlos, de establecer diálogos, de arreglarse, de vestirse y de tener amigos.

Ello significa, en clave constitucional, que es una persona respecto de quien puede concluirse que ha alcanzado la suficiente autonomía para decidir sobre varios aspectos de su vida.

Ahora bien, Jann Leonard García Sánchez rindió declaración en sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2017¹⁸. Aseguró que vivía en la calle 108 No. 22^a – 65 del barrio Provenza –la dirección es correcta según el dato suministrado por su madre en su declaración–, tener 39 años de edad, laborar con su progenitor, Ramiro García, en la compraventa de carros “La 19”, donde ayuda a limpiarlos y a prenderlos. Inicialmente respondió de manera negativa acerca de conocer al acusado y haber tenido algún contacto sexual con él, incluso, se mostró renuente a escuchar su nombre.

No obstante, a medida que avanzaba el interrogatorio, pese a que la declaración no se produjo en un lenguaje fluido por parte del deponente y por momentos se tornó confusa, Jann Leonard especificó que su primo le presentó a “ese tal JORGE AFANADOR”, quien le tocó el pene y la “cola” con el “*dedito*”, para referirse al pene. Mencionó que el acusado le decía que se bajara el pantalón y, ante su negativa, se lo “*baja*

¹⁸ Récord 54:44 a 1:44:10

a juro”, al tiempo, agregó que *“en varias veces se lo ha hecho ahí, más arriba de donde su tía Blanca Quintero en Provenza”*; que él le dijo *“no cuente, no cuente”*; y, que se lo encontraba en la esquina de su tía y lo llamaba, le decía *“venga, venga, venga y el me tocaba”*.

En su declaración, Jann Leonard no dio cuenta de presión, coacción, amenaza o constreñimiento alguno ejercido por parte de JORGE LUIS AFANADOR ARENAS.

Ahora bien, la Sala sustraerá del análisis las declaraciones previas de la víctima, pues, estas fueron examinadas por las instancias sin 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.

Como se anticipó líneas arriba, en la sentencia de primera instancia, sin sustento normativo alguno, se esgrimió: *“por expresa prohibición legal, el fallo no puede edificarse en pruebas de referencia, no obstante que las mismas resultan ser admisibles en este caso por ser manifestaciones hechas por una persona en condición de discapacidad a terceras personas fuera del desarrollo habitual del juicio oral”*¹⁹.

¹⁹ Folio 11 sentencia de primera instancia.

Bajo tal consideración, valoró lo que Jann Leonardo García expresamente le contó a su prima Mildred Rodríguez a su hermana Katherin Fernanda García y a la psiquiatra forense Teresa Pérez Osorio.

Al punto, lo primero que hay que indicar es que respecto de dichas atestaciones no es dable acudir al criterio actual de la Sala sobre prueba de referencia, que entiende flexibilizados los requisitos para su valoración tratándose de declaraciones anteriores de menores de 18 años víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuya indisponibilidad relativa se acredite en sede de juicio oral, en tanto, no ha existido la equiparación que el Ad quem destaca respecto de personas en situación de discapacidad, ni en la decisión examinada se hizo un estudio detallado del tema, para así justificar su postura.

De esta manera, la discapacidad de Jann Leonard no podía servir de base para, sin más, entender incorporadas sus declaraciones anteriores como prueba de referencia admisible, tal cual lo entendieron erradamente las instancias.

No obstante lo anterior, aún en la comprensión de que resulta válido asemejar esos dos grupos poblacionales –persona menor de edad con persona mayor de edad con retraso mental-, en el asunto analizado es inocultable que la Fiscalía omitió el procedimiento requerido para descubrir, solicitar e introducir en juicio, como prueba de referencia, esas

versiones anteriores de Jann Leonard García, dado que, en curso de la audiencia preparatoria celebrada el 25 de junio de 2014, no fueron solicitadas en tal calidad y, por contera, tampoco aceptadas por el juez, ni mucho menos, introducidas al acervo probatorio provistas de esa condición excepcional.

De lo anterior se sigue, en síntesis, que las manifestaciones previas al juicio, realizadas por Jann Leonard García, no adquirieron la condición de pruebas y no podían, por ende, ser apreciadas, con lo cual se hace patente el falso juicio de legalidad en que incurrió el Tribunal cuando las valoró.

Así las cosas, hecha la salvedad anterior, lo estudiado en precedencia constituye la totalidad del acervo probatorio, el cual, como se anticipó líneas arriba, no permite satisfacer la cualificación especial que requiere el tipo penal contenido en el artículo 210 de la Ley 599 de 2000.

A más de que no se demostró que el retraso mental de Jann Leonard García le impidió consentir, en este caso, los actos de connotación sexual, la Fiscalía tampoco se ocupó de acreditar que AFANADOR ARENAS hubiese conocido esa imposibilidad de determinarse de Jann Leonard y, aprovechándose de ello, ejecutara conductas sexuales sobre su humanidad, para la satisfacción de su libido.

Sobre ello, no hay, ni siquiera de manera tangencial, referencia alguna en los fallos. Lo que de manera superficial resultó acreditado, fue que AFANADOR ARENAS conocía que Jann Leonard tenía una discapacidad y una fisionomía, a la vista, atípica, pero no se verificó que se hubiese aprovechado de esa condición, de manera abusiva, para la satisfacción de deseos sexuales.

Ahora bien, se advierte necesaria una aclaración sobre el particular: para la Sala no hay duda, como tampoco la hubo para las instancias, sobre la existencia de las relaciones sexuales entre AFANADOR ARENAS y Jann Leonard García, pese a que en uno de los cargos presentados en la demanda de casación, la defensa se esforzara en mostrarlo ajeno a los encuentros íntimos, con el argumento de que fue AFANADOR ARENAS, convencido de su inocencia, quien solicitó la prueba de ADN que le fuere practicada.

Tal afirmación soslayó el principio de corrección material, pues, la revisión de las diligencias permite constatar que fue la bacterióloga adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses, María Isabel Rueda Serrano, quien meses después de realizar el frotis anal a Jann Leonard para realizar análisis para búsqueda de fluidos, cuyo resultado arrojó positivo para semen²⁰, solicitó el análisis de

²⁰ Informe Pericial de seminología realizado el 9 de noviembre de 2009.

ADN al procesado, conforme lo narró en audiencia de juicio oral realizada el 9 de agosto de 2017.

Aspecto diferente, es que luego de la toma de muestra en sangre de AFANADOR ARENAS, el químico adscrito al laboratorio de genética del mismo instituto, Luis Eduardo Vargas Díaz, plasmara en su informe pericial del 31 de marzo de 2010, que no fue posible obtener perfil genético del acusado y ofendido, debido a la escasa cantidad del material genético presente en las muestras analizadas²¹ y que ello, a la postre, fuese utilizado por defensa, en favor del procesado, ante la imposibilidad de conocer, desde la ciencia, la uniprocedencia del semen encontrado en el cuerpo de Jann Leonard, con el correspondiente a AFANADOR ARENAS.

Así las cosas, lo que la Sala puede concluir, es que las instancias, de manera errada supusieron que el solo retraso mental de Jann Leonard García, le impide el disfrute de su sexualidad, porque no está en posibilidad de entender un acto de tales características. En contrario, conforme quedó analizado, lo que el material probatorio demuestra es que el prenombrado está en capacidad de sentir y de decidir, de rechazar y de aceptar.

²¹ Reportó espermatozoides de 0 y hasta 2 por campo microscópico, insuficientes para la labor realizada.

La progenitora del afectado narró que su temperamento se torna difícil si no se hace lo que él quiere; la psiquiatra forense lo observó ansioso, nervioso.

Jann Leonard es consciente de qué es querer y sentirse querido, pues, dice que a él *“todos lo quieren”*, puede sentir placer.

De su vida se extrae que está en condiciones de rechazar lo que no le guste, de escoger, de elegir y de tomar ciertas decisiones, por lo que, contrario a lo concluido por las instancias, no hay soporte sólido alguno del cual pueda concluirse, en el estándar exigido para condenar, que en el ámbito de los derechos sexuales o reproductivos, Jann Leonard se encuentre en incapacidad de decidir y de expresar consentimiento o rechazo, desde su reconocida diversidad, se itera, por cuanto, el orden jurídico no presume, no podría presumir, que la existencia de un trastorno mental conlleve anular las posibilidades de disfrute sexual.

De ahí que la Sala, en el presente asunto, tenga el imperativo de preservar la presunción de inocencia de AFANADOR ARENAS, ante la duda razonable que impera en el caso analizado, luego de haber dispuesto el análisis conjunto del plexo probatorio recaudado.

Ello, por cuanto se mantuvo, hasta esta instancia, el estándar de incertidumbre racional sobre si Jann Leonard

podía consentir o no los encuentros sexuales que sostuvo con JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, como también sobre si este último, quiso o no aprovecharse de la discapacidad que lo acompaña.

En este sentido, no puede perderse de vista que, entre Jann Leonard y JORGE LUIS AFANADOR **existía una relación que alcanza a calificarse de cercana**, pues compartían ratos de esparcimiento, tenían amistades en común; para la familia de Jann Leonard no era desconocido el procesado, al punto que fue un primo quien sirvió de enlace entre los dos y, se pudo conocer, de acuerdo con lo narrado por los familiares más cercanos a Jann Leonard, que él se interesaba genuinamente por AFANADOR ARENAS, que **mediaba una relación de confianza**, que sentía interés por cuidar su presentación personal cuando salía solo y se encontraba con el implicado, así como pudo también acreditarse que con cierta frecuencia, preguntaba a su familia sobre cómo se encontraba el prenombrado.

Todo ello lo que permite dilucidar es que la hipótesis sostenida en la acusación se mantuvo falible y, en esos términos, resultó insuficiente para condenar.

La Corte, finalmente, concluye que los argumentos presentados por el Tribunal para sostener la condena son sustancialmente defectuosos, constitutivos, por una parte, de violación indirecta de la ley sustancial por errores de

hecho derivados de falso juicio de identidad por tergiversación y falso juicio de legalidad y, de otra, de violación directa de la ley sustancial por la errada interpretación del artículo 210 del C.P.

Los yerros resaltados se ofrecen trascendentes, evidente como se hace que su corrección necesariamente conduce a verificar carente de demostración objetiva la modalidad típica por la cual se emitió acusación, vale decir, no se superó el umbral de incertidumbre, propio del principio de presunción de inocencia, que favorece la condición sub iudice de JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, en tanto, cabe reiterar, no está demostrado que el acceso carnal del que se hizo objeto al presunto afectado, tuvo como medio de ejecución algún tipo de incapacidad de resistir de su parte.

Ante la prosperidad de la pretensión principal del demandante, por sustracción de materia no se emitirá pronunciamiento alguno respecto de los demás cargos propuestos en el recurso.

En ese orden, se casará la sentencia recurrida para, en su lugar, absolver al acusado.

No se dispondrá la libertad de AFANADOR ARENAS porque, revisado el expediente, no aparece que estuviere privado de ella. Sin embargo, el juzgador de primera instancia dispondrá lo que corresponda para cancelar las

órdenes de captura expedidas por razón de este proceso, si existieren, y hacer las anotaciones a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, y, en su lugar, **ABSOLVER** a JORGE LUIS AFANADOR ARENAS, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: Contra esta determinación no cabe recurso alguno.

Tercero: El juzgador de primera instancia dispondrá lo que corresponda para cancelar las órdenes de captura que por razón de este proceso se hubiesen expedido y hacer las anotaciones a que haya lugar.

Comuníquese y cúmplase.