



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Santiago Apráez Villota
Aprobado acta No. 146

Medellín, julio seis (6) de dos mil veintitrés (2023)

Se pronuncia la Sala sobre la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 21 de junio de 2022 por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello en contra de Hernán de Jesús Serna Valencia.

ANTECEDENTES

1. Hernán de Jesús Serna Valencia fue acusado formalmente por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir con base en la denuncia formulada el 3 de abril de 2018 ante la URI Norte por la señora María Norela Tamayo Tejada, quien lo sindicó de haber accedió carnalmente a su hija Mónica María Tobón Tamayo, de 42 años de edad pero con diagnóstico de un retardo mental, lo cual se vino a saber por información de una vecina del sector ya que al decir de la representante de la Fiscalía General de la Nación *“había sido vista salir de la casa del señor Hernán ubicada en la calle 49 53b-19, garaje, arreglando su ropa y cabello, para posteriormente revelar –Mónica María- que había sido llamada por este sujeto, quien la entró de la mano a la fuerza a su casa, donde la despojó de su pantalón e interior, la besó en la boca, la tocó con sus manos en cavidad vaginal, penetrándola con su miembro viril por el ano.”*, hecho al parecer ocurrido en el mes de marzo inmediatamente anterior.

2. El 27 de febrero de 2019 Hernán de Jesús Serna Valencia fue capturado en virtud de orden judicial y el 1 de marzo de 2019 ante el titular del juzgado 1° Penal Municipal de Bello con funciones de control de garantías fue legalizado el procedimiento de aprehensión y formulación de imputación que le hiciera la Fiscalía por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir, cargo que no aceptó el imputado; no obstante, le fue impuesta la medida de aseguramiento intramural.

3. El escrito de acusación se presentó oportunamente por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, por lo que la actuación pasó a conocimiento del Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello, cuyo titular después de haber adelantado el trámite de rigor emitió sentencia condenatoria el 21 de junio de 2022.

4. En su sentencia el juez, después de plasmar de manera extensa las declaraciones de los testigos y la intervención de los sujetos procesales en juicio, pasó a indicar en punto a la responsabilidad del acusado que los hechos se ubican en el mes de marzo de 2018, pero que no era necesario definir la fecha exacta de su ocurrencia siguiendo la línea jurisprudencial vigente; y así procedió a darle total credibilidad al dicho de la víctima, de quien expresó que narró que, como a las 8 de la noche, al venir de misa, un sujeto que no conocía, desde una puerta garaje de color café la llamó y le pidió que ingrese a su residencia para mostrarle algo, una vez adentro la sostiene, le quita su ropa interior, le sube la blusa, besa sus senos, su boca y la accede analmente hasta producirle sangrado, ante lo cual ella le dijo que no lo hiciera, así que se subió los calzones y salió muy asustada.

Esa versión, al decir del juez, encuentra respaldo en el dictamen sexológico del legista Gustavo Maldonado Cardona, el cual dio cuenta que el himen de Mónica presentaba desgarros antiguos ya cicatrizados; y que, en el ano, pese a presentar normalidad, se avizora una proyección de la mucosa hacia la luz del mismo, lo cual no corresponde a la morfología normal de la región ano rectal, lesión ya cicatrizada, lo que es concordante con lo vertido en la entrevista por la víctima.

A lo anterior se suma, según el funcionario de conocimiento, que *“el procesado ha declarado en juicio, que sostuvo relaciones anales con la víctima consentidas anales con la víctima –sic- en este caso, es un reconocimiento que apoya la tesis de la fiscalía, pero no de la manera que pretende hacer la defensa.”*.

Delimitando que el debate se contrae a la discapacidad mental de Mónica que le impedía comprender y decidir sobre esa interacción sexual, para el juez resulta irrelevante y circunstancial toda la prueba de descargo, ya que solo buscaba comprobar la coexistencia de una relación sentimental que no puede ser un eximente de responsabilidad en favor del procesado.

Con énfasis sostiene el funcionario que los testimonios de cargo indicaron al unísono que Mónica María padecía un retraso mental moderado, lo cual advirtió personalmente durante su testimonio, por lo que en su sentir estamos frente a una mujer de edad madura, quien *“no obstante, no evidenciarse particularidad alguna que desdiga de su condición mental, se le notó y advirtió por todos los que asistieron a la diligencia, dificultad en la expresión verbal y en su entendimiento, lo que sobresale y se antoja evidente, tanto así que para rendir su declaración fue asistida por una profesional en psicología...”*.

En ese sentido se apoyó en el testimonio de la profesional en psiquiatría Dulcinea Osorio Montoya, de quien aseguró haber conceptualizado que clínicamente el déficit cognitivo de Mónica es leve a moderado y la edad mental es menor a la cronológica, lo cual altera la capacidad de voluntariedad al estar mermada su autonomía y que, por ende, se trata de una mujer altamente sugestionable o influenciada, por lo que no estaba en capacidad intelectual de comprender o asentir a una relación sexual anal consensuada.

No obstante, para el juez, en el momento del encuentro sexual Mónica le dijo a Hernán *“no por favor, no, no”*¹, expresión que deja ver su incompreensión e indecisión ante los hechos, que en últimas es lo que está siendo reprochado al procesado. Sin que sea admisible para el juzgador

¹ Min 2:09:50 audiencia del 12 de noviembre de 2019

tampoco que los testigos aduzcan no haber percibido la especial condición de la víctima, máxime que por parte de la defensa no quedó demostrado que Mónica María hubiese estado en capacidad de aceptar este tipo de relación.

Para el *a quo* no resulta entendible concluir que la víctima prestó su voluntad a la realización del acceso carnal, en tanto le resulta evidente que a partir de los peritos y personas que tuvieron contacto con ella podía no era una persona normal y que esa anormalidad provenía de ese trastorno mental leve o moderado, contrario al decir del procesado y de la prueba de descargo, como que una persona medianamente inteligente estaría en condiciones de percatarse de su especial condición, no siendo admisible entonces que el procesado haya incurrido en un error de esa naturaleza.

En cuanto a otros testigos de la defensa expresó que el Investigador Giovani Arturo Hernández Rivera nada aporta a los hechos, mientras que la profesional Natalie Leonor Serrano Merchán que se refirió a la capacidad laboral y física del encartado no desvirtúa que, pese a todas las enfermedades que lo aquejan, estuviera en condiciones de sostener relaciones sexuales.

No sin dejar de hacer otras anotaciones sobre la prueba de cargo en orden a desvirtuar la relación amorosa entre el procesado y la víctima, el juez afirma que era un derecho de esta poder experimentar su sexualidad, pero como no estaba en posibilidad de prestar su consentimiento y dado que fue engañada por el procesado para llevarla a sus aposentos, a más que en el momento del acto manifestó su negativa, estaba acreditada la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado en la comisión del delito por el cual se le formuló cargos.

En consecuencia, condenó al acusado como autor penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, por el que lo sancionó con las penas principal de 144 meses de prisión y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por el mismo tiempo, al paso que le negó cualquier beneficio o mecanismo sustitutivo de la sanción.

5. No conforme con esa decisión, el defensor interpuso el recurso de apelación que sustentó oportunamente, dejando claro de manera repetitiva que su prohijado desconocía rotundamente que la supuesta víctima padeciera discapacidad alguna, ya que demostró que su prohijado sostuvo una relación sentimental aproximada de dos años con ella de manera libre y voluntaria, sin que nada de lo dicho por el enjuiciado ni por sus testigos hubiese sido tenido en cuenta por el juez, vulnerándose de esta manera los convenios y pactos internacionales suscritos por Colombia y el debido proceso, además que, según asegura, el juez no sustentó el sentido del fallo.

Aparte de hacer afirmaciones genéricas acerca de la inocencia de su representado, la falsedad de los testigos de cargo y la actitud de la representante de la Fiscalía de montar aquello que denominó un falso positivo, expresó que el juzgador de instancia únicamente les otorgó credibilidad a los testigos de cargo y desconoció los presentados a instancia de la defensa; aplicándose a reiterar a continuación aquello que en los alegatos de conclusión planteó sobre cada una de las declaraciones vertidas en desarrollo del juicio oral, en orden a concluir que en razón a los dos años de relación amorosa entre Mónica Tobón y Hernán Serna, como que ellos iban a misa y salían a departir juntos en inmediaciones de la parroquia La Preciosa Sangre del barrio Espíritu Santo en Bello – Antioquia, con lo que en su sentir quedó demostrado que la relación no fue clandestina, sino que fue conocida por todo el vecindario, incluso porque Mónica aseguró en juicio que cuando se dirigía a misa, a la gimnasia y al parque acostumbraba a salir sin acompañante, lo cual demuestra que era aparente su discapacidad y no tenía ninguna dependencia para obrar de conformidad.

Cuestiona también que la entrevista a la ofendida se la hubiera practicado una investigadora del CTI, ya que debió haberse realizado por una psicóloga al estar entrevistando a una persona con discapacidad mental, lo cual violó los protocolos establecidos.

Refutó lo manifestado en juicio por Mónica Tobón en el sentido que no conocía al señor Hernán y que el día de lo ocurrido él no había usado condón, lo cual dice que es mendaz, en la medida en que quedó demostrado que ella si conocía a Hernán, así como también fue usado condón según lo determina el dictamen pericial en el acápite de las actividades sexuales. Así que mintió al indicar que él le pidió que no lo mirara para que esta no pudiera identificarlo, tampoco cuando ella aseguró que él le dio besos en los senos y en la boca, de lo que se colige que tuvo que mirarlo.

Explicó que su mandante es pensionado por invalidez al haber presentado una discapacidad en la columna con dolor crónico así como en el manguito rotador y por síndrome del túnel carpiano en ambas manos, afecciones que le impiden desarrollar fuerza física y menos ante una persona con 80 kilos de peso como Mónica María según el informe del médico Maldonado Cardona; por lo que rechaza tajantemente que la fiscalía haya querido tergiversar su disminución de la fuerza en manos y extremidades al decir que el procesado en la audiencia mostró un buen manejo al manipular el bastón, una gaseosa y la diadema con la que escucharía la audiencia.

Disiente por completo el testimonio que rindió la señora Norela *-mamá de Mónica-*, en el que según afirma ella mintió cuando manifestó que su sobrina Sandra Liliana le dijo que Mónica cuando ingresó a ese garaje la violaron, ya que Sandra dejó sentado que aquello que le dijo la vecina es que debía tener más cuidado con Mónica, a quien la vecina Luz Dary vio salir de la casa de un señor acomodándose la blusa y el cabello, a sabiendas que, según la propia Mónica María, Luz Dary no se encontraba en el entorno cuando ella salió de la casa del procesado. Concluyendo que al confrontar las versiones entre María Norela Tamayo Tejada, Luz Dary Pérez Sepúlveda, Sandra Liliana Tejada y Mónica María Tobón Tejada respecto a las circunstancias y hora en que ocurrieron los hechos, fueron disímiles entre sí.

De la misma manera argumenta que la posición lateral en que le fuera practicado el examen anal a Mónica Tobón no fue la correcta, en tanto

debió ser puesta en posición genupectoral, lo cual dice haber sido corroborado por el doctor Germán Alberto Cadavid Restrepo, así como tampoco le fueron tomadas muestras de frotis anal para investigar semen o espermatozoides a ese nivel, motivos por los que considera que esta prueba perdió su validez jurídica y con ello este dictamen no puede ser tenido en cuenta como prueba.

Adicionalmente, cuestiona que el Médico Maldonado Cardona no sea especialista sexólogo, así cuando manifestó que a pesar de que no hacía parte de su área de responsabilidad dijo que había evidenciado en la examinada un trastorno cognitivo severo a nivel de analfabetismo, inconsistencias que deben resolverse a favor de su prohijado, ya que le parece extraño que la familia de ella no se hubiera enterado que sostuviera una relación amorosa con este señor, por lo que considera lo anterior como un montaje.

Menciona que, según determinación clínica que hizo la psiquiatra Dulcinea Osorio, la discapacidad que presenta Mónica Tobón corresponde a un retraso mental leve a moderado, sin muchas explicaciones.

Para el censor es de suma importancia las declaraciones que rindieran la sobrina y hermana del procesado, quienes observaron cómo Mónica con cierta frecuencia acostumbraba visitar la casa del señor Hernán, en algunas ocasiones lo vieron con ella tomados de la mano, saliendo de misa, comiendo o paseando por el parque, después de que él se las presentara como una amiga, a lo que ella exclamó que no era una amiga sino la novia y que se pensaba casar con él, actitud corroborada por Hernán Serna cuando expresó en juicio que entre ambos existió un noviazgo normal de pareja, que sostenían relaciones sexuales con toda naturalidad y que siempre le dejó claro a ella que no le interesaba compromisos serios con nadie, sin que se haya percatado de ningún tipo de discapacidad presentada por su enamorada, quien era una mujer mayor y no menor de edad como erróneamente le fuera informado al momento de su captura.

Es su pretensión que se revoque la sentencia de condena, para que en su lugar se absuelva al procesado y consecuentemente se le deje en libertad, y solo de mantener la condena se revise la dosificación punitiva porque estima fue equivocada.

6. Como no recurrente se pronunciaron los representantes de la víctima y de la Fiscalía General de la Nación, con la pretensión por que se mantenga la condena dispuesta por el juez de primera instancia.

6.1. Para el primero el censor incurre en contradicciones entre “*lo dicho y no dicho, entre verdad y mentira*”, lo cual le impide observar claramente un hecho que encaja claramente en un delito sexual y que trata de justificar con una presunta relación amorosa de dos años, con el argumento que los vecinos del lugar debieron advertirlo sobre la discapacidad de la mujer, lo cual no hicieron.

Eso de una parte, pues de otro lado asegura que el impugnante trata de justificar el hecho con lo probado en juicio, al asegurar que la mujer salía sola a misa y que por ello no era dependiente o discapacitada con retraso mental moderado, aparte de sostener que ella dijo mentiras tomando aquello que favorece a su teoría del caso sin fundamento alguno.

Insiste en contrario que su representada es una mujer con discapacidad, no quedando claro para el defensor por ello que el procesado conociera o no esa condición cuando aseguró que ellos mantenían una relación de dos años y no debió tener duda de ello, como no debió tener duda sobre la fecha de los hechos en boca de Mónica María debido precisamente a su condición.

Tampoco es de recibo para este interviniente que el apelante trate de desdibujar la conducta delictiva aludiendo a la contextura física de Mónica María y los problemas de salud de su defendido, pues olvida que la coerción puede ser psicológica y en este caso el procesado se aprovechó de esa condición para accederla carnalmente.

Y, frente a las demás pruebas, en su sentir el recurrente trata de tildar a las testigos como mentirosas, sin haberlo logrado, por lo que al considerar que el juez hizo una valoración minuciosa del material probatorio recaudado demanda que se imparta confirmación, aduciendo además que no es cierto que se hubieran vulnerado protocolos, pactos y convenios internacionales ratificados por Colombia, quedando esto en la mera afirmación, no siendo admisible finalmente que cuando se afirme que el hecho no existió, se propugne por la revisión de la dosificación punitiva, como hace la defensa entre sus pretensiones.

6.2. La representante de la Fiscalía General de la Nación manifestó que fueron acreditadas el acceso carnal, el estado de incapacidad de Mónica como sujeto pasivo de la conducta y que disminución mental incidió sobre el acto con connotación sexual, así como que el procesado conocía de esa condición y se aprovechó de ella.

Para la Fiscal, como lo expresó el juez, fue el mismo procesado quien despejó las dudas al ratificar que efectivamente había sostenido relaciones sexuales con Mónica María, por lo que debió otorgarse credibilidad a su dicho, que fue corroborado por su madre, su prima Sandra Liliana Tobón y la vecina Luz Dary Sepúlveda “*quienes señalan que era una niña en su comportamiento*”, estado mental que fuera complementado por la psicóloga Olga Elena Riaño Carrascal y la psiquiatra Dulcinea Osorio Montoya al indicar que el déficit tiene que ver en mayor o menor medida con la capacidad de voluntariedad de ella y que al estar mermada puede decirse que la interacción sexual fue abusiva porque no pudo consentir válidamente la misma con quien no conocía, ya que si él hubiera sostenido una relación con ella hubiera percibido el retardo de la víctima.

Agrega que no se observó por parte de la madre de la víctima animadversión hacia el acusado, ni de parte de Mónica María, por lo que existe la certeza más allá de toda duda razonable de la responsabilidad del procesado.

CONSIDERACIONES

Es competente la Sala para desatar el recurso de alzada interpuesto por la defensa, quien tiene interés y legitimidad para que se abra a trámite esta segunda instancia y se revise la sentencia condenatoria.

Es preciso en principio señalar, sin embargo, que la sustentación del recurso de apelación por parte del defensor no se ofrece adecuada, pues lo que hizo fue reiterar los mismos argumentos frente a la prueba de cargo que expuso en el alegato de conclusión, aparte de incurrir en generalidades sobre la vulneración de normas internacionales en punto al derecho fundamental al debido proceso, y sobre un supuesto falso positivo por parte de la Fiscalía, sin acreditar sus afirmaciones. La adecuada sustentación del recurso de apelación suponía identificar los yerros probatorios en que incurrió el juez al emitir su sentencia, lo cual no se entiende suplida con la reiteración de los argumentos entregados en los alegatos de conclusión, como ha sido dicho por la jurisprudencia, ni menos se satisface con acudir a generalidades sobre supuestas vulneraciones de tratados internacionales o normas de carácter interno.

No obstante, atendiendo al principio de caridad y a la necesidad de intervenir en este caso en salvaguarda del principio de presunción de inocencia, la Sala entrará a desatar de fondo la alzada.

El artículo 210 del código penal, modificado por el artículo 6° de la ley 1236 de 2008, sanciona a quien acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir.

Dígase en principio que es deber de la fiscalía delimitar de manera clara el hecho jurídicamente relevante que atribuye al procesado y no basta con aludir de manera genérica al tipo penal sin concretar cuál modalidad le atribuye al acusado, de tal manera que no quede ninguna duda del cargo por el cual tendrá que defenderse, pues de ello depende el debido ejercicio del derecho de contradicción. Y en este caso, basta con una lectura desprevenida del escrito de acusación y escuchar la intervención

de la representante de la Fiscalía al formular la acusación, para darse cuenta que la representante de la Fiscalía no concretó la modalidad en que incurrió el procesado al acceder carnalmente a Mónica María Tobón Tamayo.

Por lo que se tiene, el funcionario de conocimiento entendió que, debido al retardo mental que presentaba, ella estaba en incapacidad de resistir al concubito, cuando señaló en su sentencia que el reproche se eleva en tanto Mónica María es sujeto pasivo que “*padece trastorno mental*”, solo que a continuación de manera contradictoria citó una providencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que alude a otra de las formas de comisión de esa conducta punible para distinguirla del estado de inconsciencia y del trastorno mental, que en realidad no aplica a este ingrediente jurídico (página 36 de la sentencia). Hablar de incapacidad de resistir –que puede operar de diversas formas- y de una situación de discapacidad es estar refiriéndose a dos conceptos diferentes; una persona puede estar en situación de discapacidad y no estar en incapacidad de resistir.

A pesar de esa imprecisión, lo cierto es que en orden a desatar el recurso interpuesto por el defensor, quien es apelante único, la Sala debe partir del supuesto que el procesado Hernán de Jesús Serna Valencia fue condenado en primera instancia por haber accedido carnalmente a Mónica María Tomón Tamayo, mujer de 42 años, quien al decir del juez no estaba en condiciones de prestar su consentimiento por sufrir un retardo mental, reproche bastante problemático en este caso si se repara en las circunstancias que rodearon los hechos y en el déficit cognitivo (retardo mental leve a moderado) que clínicamente fue advertido por la Profesional en Psiquiatría Dulcinea Osorio Montoya en su testimonio.

Es que el trastorno mental a que alude la figura del acceso carnal abusivo en comento debe ser de la suficiente magnitud para que no permita a la víctima comprender cabalmente la naturaleza de la relación sexual, como sería el caso de un retardo severo; retardos mentales de menor severidad, no alteran la comprensión y significado de una relación sexual y no pueden aducirse como elementos integrantes del tipo penal.

Bien es sabido que el concepto de discapacidad psíquica hace relación a las alteraciones en el desarrollo intelectual o por enfermedad mental de una persona; y de acuerdo al nivel de deficiencia que produce en las funciones cognitivas (memoria, razonamiento lógico, toma de decisiones, comprensión de textos y conversaciones, entre otras), la discapacidad psíquica se puede medir en grados: leve, moderado, grave y profunda.

Es importante anotar, como lo expresó en algún apartado de su sentencia el funcionario de conocimiento, que las personas con discapacidad intelectual pueden tener una vida sexual normal, por lo que no se puede caer en el reduccionismo interpretativo de considerar que toda relación íntima con personas en discapacidad supone automáticamente un abuso, por lo que es necesario que el profesional en psiquiatría forense sea el encargado de realizar un estudio especializado acerca de las capacidades psicológicas de la persona en orden a determinar su capacidad de concebir el consentimiento, siendo uno de los objetivos determinar si, por el grado de discapacidad de la persona, esta no tiene conocimiento alguno de la sexualidad y por, tanto, no podría tomar la decisión de disponer de su cuerpo de manera libre y voluntaria.

En ese sentido se han realizado numerosos estudios sobre la posibilidad en que se encuentran las personas con retardo mental leve o moderado de disponer de su sexualidad; es así como en un trabajo elaborado por los Semilleros en Derecho Penitenciario y en Psicología Forense de las Universidades Javeriana y El Bosque y publicado en la revista Nuevo Foro Penal No. 97 para analizar el comportamiento sexual con 78 personas con discapacidad intelectual leve y moderada entre 18 y 55 años de edad, se evidenció que el 73.1% había mantenido relaciones sexuales consentidas, el 42% había tenido más de una pareja, el 41% había tenido una fantasía sexual, en el 28.1% era repetitivo y 30.7% nunca había tenido una, además, el 87.4% conocían diferentes tipos de métodos anticonceptivos. También se encontraron limitaciones claras por las personas que conformaban su soporte social (familiares), quienes restringían su necesidad de intimidad sexual, llevando con dichas restricciones a un comportamiento repetitivo de masturbación. Adicional a lo anterior, al ser privados de una educación sexual adecuada, lo

identificaron como un factor que aumenta la vulnerabilidad a abusos sexuales por desconocimiento, más que por la misma discapacidad. Los otros motivos encontrados como conductas no aprendidas por estos individuos fueron la expresión del deseo, necesidades afectivas o inconformidad, siendo sobreprotegidos por el prejuicio de ser incapaces de manejar varias situaciones, entre ellas, las sexuales.²

En este caso quien compareció a juicio como profesional especializada en la materia, la Psiquiatra Dulcinea Osorio Montoya, anotó que en el momento del examen mental de Mónica María, quien estuvo acompañada de su madre, no encontró ninguna alteración específica aparte del déficit cognitivo que catalogó como leve a moderado, en sus palabras *“entre el rango de límite entre lo más avanzado de lo leve a lo menos avanzado de lo moderado”* y que si bien su edad mental era mucho menor a la edad cronológica *“para determinar un número en particular se requeriría algún tipo de evaluación más profunda, por ejemplo con aplicación de pruebas neuro psicológicas, medición específica del coeficiente intelectual, entonces lo que se hace clínicamente es determinar el grado de déficit, pero para determinar específicamente un número no...”*.

Esto es, dentro de lo que dejó descrito y anotado la profesional, no encontró en la examinada ninguna alteración afectiva o emocional específica o una alteración a nivel comportamental que hubiera requerido en ese momento de intervención, aparte que para determinar una edad mental dejó sentado que era necesario una evaluación más profunda, pero en este caso la fiscalía nada hizo al respecto, lo cual hubiera sido importante pues bien podía decirse que la examinada estaba en un rango de edad mental que le permitía comprender la realización del acto sexual.

Es cierto que la Psiquiatra reconoció que la autonomía de Mónica María estaba mermada y que por ello podía ser altamente sugestionable o influenciado, pero aquello que expresó a continuación es que, a pesar de su proceso cognitivo deficitario, tenía una capacidad concreta de

² Díaz, I., Gil, M., Ballester, R., Morell, B., y Molero, R. “Conocimientos, comportamiento y actitudes sexuales en adultos con discapacidad intelectual”. *International Journal of Developmental and Educational Psychology INFAD Revista de Psicología*, N° 1-Vol.3, pp. 415-422,2014.

expresar de forma clara las situaciones que estaba viviendo y que solo “*eventualmente*”, no dijo necesariamente, podía ser compatible su proceso de un eventual abuso con su sugestionalidad, pero no en desconexión con la realidad.

De manera que resulta difícil concluir, con base en el testimonio de la única persona experta en la materia que fue presentada a juicio, que Mónica María, a causa del trastorno mental entre leve y moderado que le fue diagnosticado, se encontraba en incapacidad de prestar su consentimiento a la relación carnal con Hernán de Jesús Serna Valencia.

Tampoco se podría determinar en este momento esa incapacidad con el criterio de las personas de su entorno, ni siquiera de los vecinos del sector, algunos de los cuales la catalogaron como una persona normal, pues se trata de opiniones de personas que no tienen la preparación suficiente en esa materia y que están influenciadas por el parentesco o la amistad que mantienen con la víctima o el procesado. Su determinación debe hacerla un experto, con fundamento en instrumentos estandarizados y validados según el contexto para la evaluación de habilidades cognitivas y conductuales, donde se tenga en cuenta la diversidad cultural y lingüística de la persona, sus limitaciones y fortalezas, la edad, el contexto cultural y el entorno, entre otros factores, lo cual no se suple ni siquiera con el criterio de un hombre medio, cuando se enfrenta a situaciones como las que se describen en este caso, donde está descartado un trastorno profundo, grave o severo en la ofendida.

Y eso no significa que la Sala esté convencida que el procesado desconociera la disminución mental de Mónica María, pues era evidente para quien interactuaba con ella; muy seguramente Hernán de Jesús lo negó por estar mal asesorado o por el temor de confesar esa situación, pensando que lo podría perjudicar. El asunto es que, a pesar de ese trastorno mental, no pudo acreditarse mediante un dictamen o testimonio de persona experta en la materia que ella estaba en imposibilidad de comprender la relación carnal que mantuvo con el procesado.

Ni siquiera convence al Tribunal que el encuentro sexual haya sido único y en las circunstancias modales de que da cuenta Mónica María, al margen que en esa fecha de marzo del 2018 haya sido observada por su vecina Luz Dary Pérez Sepúlveda salir de la casa del procesado arreglándose el cabello y bajándose la blusa, lo cual la llevó a poner en alerta a sus familiares a través de una prima. Bastaría señalar al respecto que, conforme al dictamen y al testimonio del Médico Legista Gustavo Maldonado Cardona, la examinada presentó desgarros antiguos del himen, lo cual de alguna manera indica que el procesado dijo la verdad cuando hizo relación a varios encuentros sexuales vía anal y vaginal; y, desde luego, desmiente aquello que informó Mónica María de haber sido sometida en esa única ocasión por la fuerza por Hernán de Jesús, un desconocido para ella según dijo, después de haberla entrado engañada a la vivienda. Incluso; ese hallazgo, incluso, de no admitirse que fue el acusado quien la penetró con su pene vía vaginal, daría cuenta que Mónica María habría tenido, a pesar de su disminución mental, otra (s) experiencia (s) en ese campo, lo que de suyo habla de su capacidad de comprensión.

Pero es que ni siquiera su forma de interactuar y de expresarse con otras personas dan certeza de la existencia de un abuso sexual en los términos que se presenta por la fiscalía, el representante judicial de la víctima y el funcionario de conocimiento, pues nadie niega que ella se desenvolvía normalmente, iba sola a misa e incluso a paseos, como lo aseveró Alba Lilia Arboleda de Parra, amiga de Mónica María, quien manifestó que conocía *“a Mónica María Tobón Tamayo hace 3 o 4 años porque salían a veces para la gimnasia juntas, se volvían juntas, o para los paseos se iban juntas; no sabe a qué se dedica Mónica María; Mónica María iba a gimnasia los miércoles y los viernes; a veces se iban juntas”*.

(...)

*“cuando nos encontrábamos en la esquina de la casa, de la cuadra y veníamos de la gimnasia ella era sola y se venía a veces conmigo hasta la esquina de la casa de ella; cuando conoció a Mónica la veía **normal, conversaban normal**, ella la veía bien; cuando los sábados iban a misa veía al procesado primero en la cafetería de la esquina y mientras que abrían la iglesia se sentaba a veces con él, y de ahí él se entraba, llegaba*

la señora Mónica; Mónica se sentaba en las bancas de atrás con él” - Negrilla y subraya intencional-

A propósito de este punto y afianzando lo anterior vemos como Mónica María deja muchas dudas sobre su declarado abuso, así con respecto a si había frecuentado antes el lugar donde ocurrieron los hechos o si realmente era la primera vez que ingresaba, puesto que ante la pregunta de la fiscal de si *“nos puedes describir como era ese garaje, que había adentro de ese garaje”*, respondió *“Una nevera, un televisor muchas ollas, mucha cosas, muchas ollas eeehhh la cama y el baño”*, siendo esa respuesta suficientemente detallada como para haber ingresado por única vez al lugar donde fue sometida al encuentro sexual y del que dice que salió inmediatamente; al punto que tuvo el tiempo para detallar de manera minuciosa los objetos de la casa para luego recordarlos y pasado el tiempo enlistarlos, lo cual corrobora aquello que expresaron algunos de los testigos de descargo cuando indicaron que la veían tocando la puerta de la residencia del procesado³, lo cual fue referido por este al asegurar que ella lo frecuentaba.

Tenía pleno conocimiento, igualmente, que Serna Valencia usaba bastón, porque a la pregunta complementaria acerca de *“Usted porque sabía que ese señor al cual usted se ha referido, usaba bastón para el pie como lo dice usted. ¿Usted porque sabía que él usaba bastón?”*, ella respondió que *“Ese día tenía bastón en la casa...en la cama, tenía bastón.”*, ante lo cual el funcionario volvió a interrogarla sobre *“porque sabe que era para el pie, si se lo vio apenas en la cama”*, recibiendo como respuesta *“No él, siempre looo... todas las personas usan un bastón, pues yo no sé pa’ que lo usaba ese bastón.”*

Siendo también una incertidumbre el hecho de que haya respondido con una rotunda negativa a la pregunta de si había estado con algún hombre

³ *“Abogado: ¿Sabe usted si la señora Mónica Tobón frecuentaba la casa del señor Hernán Serna? Responde Angie Lorena Murillo Serna // si claro varias veces con mi mamá la llegamos a ver cuándo yo bajaba para el parque tipo 6 o, 8 de la noche, cualquier día de la semana sola o acompañada por mi mamá, ella la encontrábamos tocando la puerta. Si la veíamos que estaba tocando la puerta seguíamos derecho para no incomodar pues porque sabíamos que eran amigos y si mi tío salía simplemente arrimábamos, saludábamos a mi tío y le decíamos que después volvíamos y ya y nos seguíamos.” (Minuto 11.28-11.37 Juicio20200221)*

en esas mismas condiciones, esto es si había mantenido relaciones sexuales anteriormente, cuando el informe pericial arrojó que Mónica María presentaba en el himen desgarros antiguos, esto es que ya *“habían cicatrizado por lo menos en un tiempo mayor a diez días al momento del examen”*⁴.

Ese comportamiento de la ofendida, aunado a la opinión de la única persona experta en la materia no permite llevar al convencimiento de que ella estuviera en imposibilidad de entender y querer la relación sexual de que se acusa al procesado, por lo que es deber de la Sala en este caso hacer prevalecer el principio de presunción de inocencia, en tanto existe duda acerca de si la afectación fue abusiva o violenta, lo cual no puede deducirse con base en la prueba recaudada por el hecho de que quien participa en este intercambio padezca un trastorno mental, que a pesar de estar demostrado no necesariamente pareciera ser que haya afectado su capacidad de acceder libre y placenteramente a la relación.

Y para llegar a esa conclusión, ni siquiera es necesario hacer alusión a otros medios de prueba recaudados, bajo el entendido que quienes depusieron en desarrollo del juicio oral no son personas expertas en la materia y de alguna manera les asiste un interés proveniente de los lazos de amistad o familiaridad con las partes involucradas.

La Sala termina por resaltar, a voces de nuestro máximo tribunal de la jurisdicción que:

*“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*

⁴ Minuto 35:19 (09Juicio20200117) doctor Gustavo Maldonado Cardona –Médico Legista del Instituto Nacional de Ciencias Forenses

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»⁵. 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)»⁶.

Sin otras consideraciones, la Sala pasará a revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y, en su lugar, absolverá a Hernán de Jesús Serna Valencia del cargo de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, formulado por la Fiscalía General de la Nación y, en consecuencia, dispondrá su libertad inmediata y la cancelación de las anotaciones surtidas con ocasión de este proceso.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Revocar la sentencia proferida por el Juez 1º Penal del Circuito de Bello el pasado 21 de junio de 2022 y, en su lugar, **absuelve** a Hernán de Jesús Serna Valencia del cargo formulado por una representante de la Fiscalía General de la Nación por acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia; y, en consecuencia, dispone su libertad inmediata y la cancelación de las anotaciones originadas con ocasión de este proceso.

⁵ CSJ SP, 2 jun. 2021, rad. 54660.

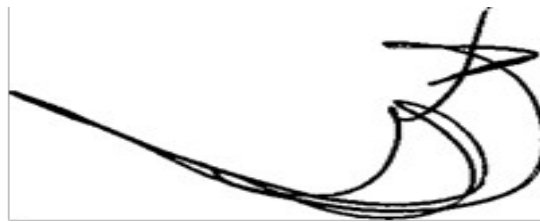
⁶ CSJ AP, 25 nov 2008, rad. 30546, citado

A la ejecutoria de esta sentencia, regrese la actuación al juzgado de origen y remítanse copias de la misma a las autoridades que por ley corresponda.

Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación.

Por el Magistrado Sustanciador se citará a audiencia de lectura de esta sentencia, en la que se notificará a las partes su contenido.

CÚMPLASE.



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado