



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP1793 - 2021

Radicación n° 51936

Aprobado acta n° 113

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintiuno
(2021)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación
presentado por el delegado de la Fiscalía General de la Nación

en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 15 de septiembre de 2017, mediante la cual confirmó la sentencia absolutoria de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Tuluá (Valle), el 30 de agosto de 2016.

H E C H O S

De acuerdo con los hechos presentados en la acusación, a eso de las nueve de la mañana del día 23 de agosto de 2015, María Odilia Henao Aristizábal, para entonces mayor de 70 años, acompañó a su hermana mayor Hercilia al consultorio de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, quien ejercía como médico acupunturista en la ciudad de Tuluá.

Encontrándose en la sala de espera del consultorio, ÁVILA BARBOSA se arrimó donde María Odilia, quien le manifestó que la aquejaban dolores en el cuello, por lo que le propuso realizarle algunos masajes, haciéndola pasar al consultorio y recostándola sobre una camilla.

En el curso de dicha terapia, el acusado comenzó a acariciarla en sus partes íntimas, procediendo a continuación a taparle la boca con una mano y, mientras le pedía que guardara silencio, sacó su miembro viril, le bajó parte de sus pantalones y la accedió por vía vaginal.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, el 30 de diciembre de 2015, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Tuluá, la Fiscalía le imputó a CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA los delitos de *Acceso carnal violento y Acto sexual abusivo con incapaz de resistir*, cometidos ambos en circunstancia de agravación punitiva, en concurso de conductas punibles (artículos 205, 210 y 211-2 del Código Penal).

Presentado el escrito de acusación por parte del Fiscal 30 Seccional de Tuluá, le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 14 de marzo de 2015 y 27 de abril de 2016, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 23 y 25 de junio y 1º de julio de 2016. En esta última fecha se anunció el sentido del fallo absolutorio.

Mediante sentencias del 30 de agosto de 2016 y del 9 de mayo de 2017, el mismo despacho judicial emitió doble fallo absolutorio en favor de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, el primero en relación con el delito de *Acceso carnal violento* y el segundo frente al *Acto sexual abusivo con incapaz de resistir*, cometidos ambos en circunstancia de agravación punitiva, en concurso de conductas punibles (artículos 205, 210 y 211-2 del Código Penal). Valga aclarar que el recurso

de apelación, así como el de casación, se surtieron en relación con la condena por el *Acceso carnal violento*.

Apelado el fallo por el delegado de la Fiscalía y el representante de la víctima, la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, mediante providencia del día 15 de septiembre de 2017, lo confirmó en su integridad.

Oportunamente el Delegado de la Fiscalía General de la Nación interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue estudiada en su aspecto formal y admitida mediante auto del 29 de julio de 2019, surtiéndose el trámite de sustentación en audiencia pública celebrada el 4 de febrero de 2020.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Un cargo presenta el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, que sustenta de la siguiente manera:

Cargo único: falso raciocinio

Con base en la causal prevista en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, presenta un cargo contra la sentencia, por violación indirecta de la ley sustancial, debido a errores de raciocinio en la apreciación de las pruebas, que condujeron a falta de aplicación de los artículos 380 y 381 de la Ley 906 de 2004 y aplicación indebida del 7° ibídem.

En desarrollo de la censura, señala el demandante que el Tribunal incurrió en la errada construcción de una máxima de la experiencia, al pretender que, frente a la actuación del acusado, la víctima tuviese un determinado comportamiento tendiente a repeler de manera activa la acción ejecutada sobre su integridad sexual.

Sostiene que, ante comportamientos de índole sexual de los que son víctimas, las personas reaccionan de diferente manera, por lo que en la valoración de tales circunstancias es necesario considerar que la mujer sobre la que recayó la conducta lesiva de la integridad sexual era mayor de 70 años, quien en su declaración sostuvo claramente que no consintió la relación sexual y que el médico se aprovechó de las condiciones que se presentaron cuando ella estuvo convencida que realizaría para su alivio una terapia alternativa, sin que pudiera prever que se desencadenaría una actividad erótica, para lo que ella no prestó su voluntad.

Por el contrario, advierte el censor, las máximas de la experiencia indicarían que en las condiciones en que se produjeron los hechos no puede sostenerse que hubo una relación consentida y sí una actuación dolosa por parte del procesado: le tapó la boca de la mujer y le pidió que se callara, ella ofreció repulsa y también tuvo manifestaciones posteriores de tristeza, impotencia y temor. Nada de ello, concluye, concuerda con una relación consentida por parte de la víctima.

Subraya que es el mismo fallador quien admitió que la versión de la víctima es digna de credibilidad, aduciendo, sin embargo, de manera equivocada, que la ausencia de oposición en la realización de la conducta pudo haber sido interpretada por el acusado como una forma de consentimiento por parte de María Odilia Henao Aristizábal.

Con lo anterior, reclama casar parcialmente la sentencia para que se condene al acusado por el delito de *Acceso carnal violento*.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación de la demanda ante esta Corporación, los sujetos procesales efectuaron las siguientes intervenciones:

1. El demandante:

Se remitió a la fundamentación que presentara con el escrito de la demanda de casación.

2. La Procuraduría

Por su parte, la representante del Ministerio Público solicitó no casar la sentencia recurrida, pues al revisar la actuación encontró que el fallo absolutorio proferido en ambas instancias se fundamentó en la inspección judicial realizada en el consultorio donde ocurrieron los hechos, pudiéndose establecer que dicho lugar se encuentra

construido en paredes de ladrillo y existe un sitio destinado al consultorio, cuyo interior podía ser observado desde la sala de espera donde se encontraba la hermana de María Odilia Henao Aristizábal.

Además, señala que en la versión de los hechos entregada por María Odilia a los peritos, se advierten incoherencias en relación a las concretas circunstancias en las que ocurrieron los hechos, prohiendo las consideraciones expuestas por el juez *a quo* para no darle credibilidad a la víctima, pues no resulta lógico que el acusado, mientras con una mano le tapaba la boca, con el solo empleo de la otra sacara su miembro viril y la despojara de sus ropas para accederla carnalmente, ocurriendo todo al frente de donde se encontrara su hermana, sin que esta se diera cuenta de lo sucedido.

De esa manera, subraya, existen dudas sobre el elemento específico del tipo del artículo 205 del Código Penal, relativo a la violencia física o moral, pues de acuerdo al reconocimiento médico legal no existen huellas o rastros que denoten la existencia de una agresión sexual. Tampoco existe certeza sobre que el acusado haya actuado con dolo.

Con lo anterior, estima que se debe mantener la absolución del procesado.

3. La defensa:

El defensor del acusado solicitó que no se case la sentencia recurrida, toda vez que no hubo vulneración de ninguna norma sustancial en la decisión emitida por el Tribunal Superior de Buga.

El análisis del testimonio dejó en claro que los hechos se llevaron a cabo en circunstancias que impiden establecer la presencia de algún acto de violencia por parte del acusado, no siendo imposible determinar que la relación sexual no haya sido consentida.

Enfatiza que el Tribunal no se equivocó al aplicar las máximas de la experiencia, llegándose a la conclusión sobre la existencia de dudas sobre la ocurrencia del hecho y su tipificación en los términos del artículo 205 del Código Penal.

Por lo anterior, concluyó que, ante la duda probatoria, el cargo no tiene vocación de prosperar y no debe casarse el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 ibídem.

El recurrente pretende la remoción del fallo impugnado reclamando la condena del procesado en relación con el delito de *Acceso carnal violento*, al estimar que fue demostrada la ocurrencia del hecho y su responsabilidad penal.

La discrepancia con la sentencia del Tribunal, confirmatoria de la absolución de primer grado, tiene que ver con la interpretación relativa a que el fallo de absolución proferido en relación con esa especie delictiva se sustentó en unas infundadas máximas de la experiencia con las que se pretendió restar credibilidad a la denunciante, lo que devino, según lo subraya el demandante, en un falso raciocinio respecto de la valoración de ese testimonio, por lo que sin la presencia de tal yerro se cumpliría el estándar probatorio para la emisión de una sentencia condenatorio, en los términos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

De esa manera, la controversia se circunscribe a la apreciación probatoria de la declaración de María Odilia Henao Aristizábal, quien, como se verá, sostuvo que la conducta sexual realizada por el acusado se llevó a cabo sin su consentimiento.

1. Fundamentos de los fallos de instancia.

1.1.- Luego de reseñar las pruebas recaudadas, la juez de primer grado no encontró demostrado, más allá de toda duda, que María Odilia Henao Aristizábal haya sido

víctima de una conducta sexual violenta, puesto que, según se fundamenta, de su versión sobre los hechos surgen dudas sobre las circunstancias en que se presentaron los hechos.

Así, encontró el juez *a quo* que la denunciante ofreció versiones contradictorias sobre el momento en que se produjo el acceso carnal violento que denunció, especialmente en lo que respecta al episodio en que, según dijo, el acusado la penetró por vía vaginal, lo cual no pudo haber ocurrido cuando a poca distancia se encontraba la hermana de la víctima y la madre del acusado en la antesala del consultorio, desde donde podían observar lo sucedido. De igual manera, estimó poco creíble que el procesado haya podido realizar la conducta que le fue atribuida cuando debió valerse de una sola mano para ejecutar una serie de acciones que lo condujeron, según la denunciante, a la realización del acoplamiento sexual.

De allí que para el fallador de primera instancia la posibilidad de que haya ocurrido una agresión sexual en esas circunstancias escapa a los postulados de las reglas de la experiencia y del sentido común, por lo que en la víctima *«se vislumbra un ánimo de defraudar a la justicia o simplemente sus recuerdos son confusos»*.

Así mismo, se sostuvo en el fallo que no fue acreditada ninguna clase de violencia extrema en la actuación del procesado, ni de carácter físico ni moral, pues María Odilia Henao Aristizábal accedió de manera libre a ser masajeadá por el acusado, quien procedió de acuerdo a las técnicas

de la ciencia alternativa que practicaba, sin que ello supusiera alguna forma de coacción que le impidiera evitar la conducta sexual desplegada sobre su cuerpo, ya sea levantándose de la camilla donde se encontraba o haciendo manifestaciones verbales de oposición.

Por último, se pone en duda las conclusiones de la prueba pericial de cotejo de ADN practicada a partir de las muestras halladas en el protector vaginal de la víctima, puesto que, según se advierte, existen defectos en la cadena de custodia que inciden en la autenticidad de la prueba.

Absolvió, en consecuencia, al acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA.

1.2. Por su parte, el Tribunal, confirmó el fallo impugnado. Sin embargo, no encontró relevantes las contradicciones en el testimonio de María Odilia Henao Aristizábal frente a los acontecimientos por ella narrados, así como tampoco resaltó como de importancia la aparente irregularidad en el proceso de recaudo del protector vaginal aportado por la víctima cuando, conforme a la prueba de comparación genética, allí se halló, con alta probabilidad, el semen del acusado. Señaló, además, que la única explicación lógica para los resultados de la prueba genética es que haya existido un encuentro sexual entre María Odilia Henao Aristizábal y el acusado.

No obstante, aunque admite como digno de credibilidad el testimonio de María Odilia Henao Aristizábal en relación con el encuentro sexual, sostiene que surgen dudas plausibles sobre si ese acceso carnal fue cometido por el acusado mediante el ejercicio de violencia física o moral, pues del relato de la mujer no puede inferirse que haya presentado una seria resistencia que revelara claramente su oposición para el desarrollo del encuentro sexual o un mensaje claro al acusado en el sentido de anunciarle «*el no consentimiento en la relación sexual*».

De esa manera, estimó el Tribunal que, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, no se desvirtuó la presunción de inocencia del acusado y mantuvo su absolución.

2. Consideraciones sobre la existencia del hecho y de la conducta punible:

Visto lo anterior, advierte la Corte que están planteados dos problemas jurídicos, ambos de naturaleza probatoria: en primer lugar, si en el curso de los hechos se consumó una relación sexual entre María Odilia Henao Aristizábal y el acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA y, en segundo lugar, si ese encuentro sexual ocurrió bajo su consentimiento o, por el contrario, fue fruto de un acto de violencia desplegado por el acusado. Lo primero tendría el efecto de cuestionar la misma existencia de la conducta, lo segundo su tipicidad. En ese orden, de esos dos problemas se encarga la Corte a continuación.

**2.1. De la existencia del encuentro sexual entre
María Odilia Henao Aristizábal y el acusado
CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA:**

En primer lugar, debe precisarse que cuando la mujer acompañó a su hermana mayor a una consulta ante el médico acupunturista de su confianza, CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, fue abordada por este, quien con el propósito de aliviar algunas dolencias que tenía en su cuerpo la invitó a seguir a su consultorio y, tras pedirle que yaciera en la camilla, procedió a realizarle algunos masajes que eran propios de la actividad profesional que ejecutaba.

Tal acontecimiento no se pone en duda ni por la misma defensa del acusado, quien acepta sin reparos la presencia de la denunciante en ese lugar y el hecho concreto de haber sido objeto de aquella actividad propia, en principio, de la medicina alternativa que practicaba ÁVILA BARBOSA.

Al respecto bastaría con traer a colación el testimonio de María Odilia Henao Aristizábal, quien sostuvo que en la mañana de aquel 23 de agosto de 2015 acompañó a Hercilia, su hermana mayor, y que tras ser consultada por su acupunturista sobre si sentía mucho dolor en la parte alta de la nuca, la invitó a pasar al consultorio, donde la recostó en una camilla para realizarle una terapia consistente en masajear su cuerpo.

Lo anterior es confirmado por Dora Inés Barbosa de Ávila, madre del acusado, quien refirió que cuando María Odilia ingresó al consultorio para que su hijo la masajeara, ella permaneció afuera, en la sala de espera, en compañía de Hercilia, desde donde podía percibir lo que sucedía dentro del consultorio de su hijo. Agregó que María Odilia permaneció adentro 20 minutos aproximadamente.

Sin embargo, a decir de la misma denunciante, los masajes que le practicaba el acusado en el cuello pronto tomaron una clara connotación sexual, pues, según relató, seguidamente empezó a acariciar sus senos y su vagina, se desnudó y, después de quitarle en parte los pantalones a ella, la accedió por vía vaginal sobre la misma camilla.

Encuentra la Sala que este último episodio está suficientemente acreditado, no solo porque la denunciante merece total credibilidad en razón de la claridad y coherencia de su relato, sino porque encuentra respaldo en pruebas de corroboración que dejan en claro que en aquella oportunidad se desarrolló una conducta de carácter sexual, generada a partir de los actos iniciales que fueron estimados por María Odilia Henao Aristizábal como apropiados dentro de la actividad terapéutica que ya en otras oportunidades había confiado al profesional especializado en la medicina tradicional china.

De especial relevancia para corroborar la versión de los hechos ofrecida por la víctima Henao Aristizábal resulta el dictamen pericial de genética de forense rendido en el juicio

por la genetista Rosa Elena Romero Martínez del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien, tras cotejar la información genética obtenida de la sangre y de la saliva del acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA y de la sangre y los residuos hallados en el protector vaginal, llevó a cabo la comparación de sus perfiles genéticos, obteniéndose como conclusión que «CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA y MARÍA ODILIA HENAO ARISTIZÁBAL no se excluyen como aportantes a la mezcla de células detectada en el fragmento de protector higiénico perteneciente a MARÍA ODILIA HENAO ARISTIZÁBAL. Es 60.716 billones de veces más probable que CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA y MARÍA ODILIA HENAO ARISTIZÁBAL sean los aportantes a la mezcla de células halladas en el protector a que sean de MARÍA ODILIA HENAO ARISTIZÁBAL y un individuo al azar en la población de referencia»¹.

Se infiere de ello que en el protector vaginal que portaba María Odilia Henao Aristizábal el día de los hechos, se halló una mezcla genética constituida con la presencia de células de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, lo cual, según explicó en el juicio la perita genética significa que «si yo tengo una mezcla, como la que encontré en ese protector, y esto se trata de un cálculo probabilístico, es estadístico solamente, debo tener una población de 60.716 billones de personas para yo volver a encontrar una mezcla como la que encontré ahí en ese fragmento de protector»².

Además, previo a la pericia de comparación genética, se llevó a cabo el estudio de bacteriología de la perita Adriana Rivera Peña, adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal

¹ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 00:49:20.

² Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 1:33:32.

y Ciencias Forenses, del protector vaginal aportado por María Odilia Henao Aristizábal, hallándose la presencia de semen, según lo explicó dicha profesional en su intervención en el juicio oral³.

En esas condiciones, resulta razonable concluir, conforme a los análisis científicos, sustentados pericialmente en el juicio oral y público, que en el protector vaginal que para el momento de los hechos portaba María Odilia Henao Aristizábal se encontró el semen del acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, lo que a su vez corrobora como veraz la narración hecha por aquella sobre la relación sexual producida en el contexto de lo que asumió como una terapia paliativa a cargo del médico acupunturista. No sobra subrayar que la misma existencia de células de la víctima en el protector vaginal analizado proporciona la seguridad de que provenía de ella.

No encuentra la Sala factible que la presencia del material genético en cuestión, constitutivo de la mezcla de los perfiles de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA y MARÍA ODILIA HENAO ARISTIZÁBAL, haya sido consecuencia de una transferencia de material genético producto del mal manejo de las evidencias, como se ha querido mostrar por la defensa del acusado. Ninguna circunstancia respalda una aserción en tal sentido, más cuando las peritas biológicas atrás reseñadas enfatizaron en que las pruebas empleadas para sus estudios fueron sometidas, con rigor, a los

³ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 00:08:20.

protocolos de cadena de custodia, sin que sobre ello se presentara objeción alguna en la presentación de su pericia.

Tampoco encuentra la Sala fundadas las críticas que la juez *a quo* ofreció en relación con la autenticidad de la evidencia constitutiva por el protector vaginal de María Odilia Henao Aristizábal, queriendo mostrar como irregular el hecho de que solo dos días después de lo sucedido entregara ese elemento ante las autoridades, no obstante que previamente había presentado la denuncia y había asistido al reconocimiento médico legal, sin que mencionara la presencia de tan importante elemento de prueba.

Se desconoce en ese razonamiento que, como bien lo puso de presente el *ad quem*, desde la presentación de su denuncia la víctima Henao Aristizábal anunció que conservaba las prendas de vestir y el protector vaginal que portaba en el momento de los hechos, elementos que entregó al día siguiente al médico Frank Douglas Cañón Estrada, a donde fue remitida por el médico legista, y aquél los recibió, embolsó y rotuló para remitirlos a la investigadora del C.T.I. Adriana Milena Dachiardi López de Mesa, como esta misma lo acreditó en el juicio cuando afirmó que recibió del hospital, debidamente sellados y rotulados, los elementos materiales probatorios del hospital –pantalón, blusa, frotis vaginal, frotis rectal, frotis bucofaríngeo y protector-, sobre los cuales hizo las anotaciones de registro de cadena de custodia y los remitió al laboratorio⁴.

⁴ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 01:17:52.

De manera que resulta cuando menos inverosímil en este caso la idea de que pudo existir una «*injerencia externa*» que se encargara de implantar el semen con la información genética del acusado ÁVILA BARBOSA en el protector vaginal que fue presentado como elemento material probatorio ante el médico que atendió a María Odilia Henao Aristizábal, profesional que, además, desde un comienzo procuró fijar su autenticidad a través de los procedimientos de cadena de custodia, sin que se avistara siquiera la hipótesis de una irregularidad en el proceso de manejo de la evidencia hasta su presentación en el juicio a través de los análisis ofrecidos por la bacterióloga Adriana Rivera Peña y la genetista Rosa Elena Romero Martínez.

Debe acotarse, finalmente, en lo que atañe a este aspecto, que la fuerza suasoria de las referidas pruebas periciales dimana de su validez científica y fiabilidad de la metodología usada para obtenerlas, aspectos que fueron objeto de fundamentación por las profesionales que las llevaron a cabo, indicándose por la bacterióloga Adriana Rivera Peña que su conclusión referida a que en el protector vaginal se halló proteína seminal es del 95% de certeza y por la genetista Rosa Elena Romero Martínez que, en términos probabilísticos, es 60.716 billones de veces más probable que CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA y María Odilia Henao Aristizábal sean los aportantes a la mezcla de células hallada en el protector (hipótesis 1), a que dicha mezcla se haya constituido con la aportación celular de María Odilia

Henao Aristizábal y un individuo al azar en la población de esa referencia (hipótesis 2).

Así, en términos epistémicos, lo que interpretaron y comunicaron las peritas sobre lo que dicen los datos empíricos relacionados con su estudio científico, hace relación, en el caso de la prueba genética, a su probabilidad a la luz de las hipótesis que fueron planteadas; y, en el caso de la bacterióloga, a la expresión de una regla de experiencia científica, presentada en términos de márgenes de error.

Tales pruebas científicas, ofrecidas en esos términos, afianzan y corroboran en su contexto la verosimilitud del testimonio de la víctima María Odilia Henao Aristizábal en relación con el hecho concreto que se pretende dar por demostrado en este caso –la existencia de un encuentro sexual entre ella y el acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA-. Por lo tanto, sobre ese particular la Sala advierte que el material probatorio concurre a respaldar la versión de la denunciante.

Por lo demás, es importante resaltar que el 25 de agosto de 2015, dos días después de lo acontecido, María Odilia Henao Aristizábal fue objeto de valoración por parte de la médica legista Yakelin Ramírez Mejía⁵, quien dictaminó que tenía *«una laceración de 1.5 cm. en el labio mayor lateral derecho de la vagina; laceración y equimosis de 1 cm. en labio menor lateral derecho y laceración en horquilla vulvar de 2 cm., con enrojecimiento y eritema a*

⁵ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 02:06:20.

ese nivel». Según sustentó la forense que, aunque los hallazgos también podrían estar vinculados a un proceso infeccioso, estimó que por sus características se encuentran asociados directamente a un contexto de violencia sexual reciente, acaecido a menos de diez días.

Aunque se conoció que en la tarde de ese mismo día la víctima fue valorada por el médico Frank Douglas Cañón del *Hospital Rubén Cruz Vélez* de Tuluá, a donde fue remitida por la legista, dicho profesional no fue presentado en juicio limitándose las partes a estipular simplemente que efectuó una valoración médica, sin que su contenido haya sido objeto de estipulación probatoria. Sin embargo, a la legista Ramírez Mejía se le interrogó por un señalamiento que se hizo en la historia clínica sobre la presencia de un desgarró de 2 cm. en la zona del periné, con escaso sangrado. A ello la profesional sostuvo que no observó una herida en esa zona anatómica distinta a la advertida en la horquilla vulval de la denunciante.

Bastaría decir que una discordancia en tal sentido no desmiente el hecho de la relación sexual sostenida entre el acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA y María Odilia Henao Aristizábal, porque entre otras cosas, como fue puesto de presente por el juez *ad quem*, la prueba obtenida del reconocimiento médico legal dio cuenta con claridad de los vestigios o hallazgos en la misma área anatómica íntima de la mujer y que, conforme a esa opinión pericial, respondían a un contexto de violencia sexual, lo que resulta coherente

con la manifestación de la víctima sobre el trato brusco que recibió del agresor.

En consecuencia, para la Sala resulta indubitado que: i) el día 23 de agosto de 2015, María Odilia Henao Aristizábal acompañó a su hermana mayor Hercilia al consultorio del acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, quien ejercía como médico acupunturista en la ciudad de Tuluá; ii) Henao Aristizábal ingresó al consultorio de ÁVILA BARBOSA para recibir un masaje terapéutico que este le ofreció; y, iii) que allí adentro, sobre la camilla, se produjo un encuentro sexual entre el terapeuta y la paciente, el cual incluyó el acceso carnal por vía vaginal.

2.2. Del consentimiento de María Odilia Henao Aristizábal y de la posible existencia de un error de tipo como excluyente del dolo:

El juez colegiado dio por cierto el encuentro sexual. Admitió que la hipótesis planteada por la Fiscalía encontró demostración en la prueba testimonial de la víctima María Odilia Henao Aristizábal, corroborada por la prueba científica relacionada en precedencia.

Sin embargo, entendió que no se alcanzó el estándar de prueba para dar por demostrado que el acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA realizó el tipo penal de *Acceso carnal violento* previsto en el artículo 205 del Código Penal, puesto que, según fundamentó, no existe un conocimiento que supere la duda razonable en relación con el elemento

típico alusivo a la *violencia*. Su tesis se sustenta en que *«al analizar la víctima, encontramos que es imposible deducir, con grado de certeza racional, una resistencia real de su parte tendiente a malograr o prevenir el presunto ataque»*.

Así mismo, sostuvo que de haberse sometido a actos de violencia la víctima se habría resistido de tal manera que se hubiera levantado de la camilla, pues nada le impedía hacerlo, o habría alertado a su hermana y a la madre del acusado, quienes se encontraban en la sala de espera, a pocos metros del consultorio y sobre el que tenían visibilidad.

Desde la perspectiva del acusado, adujo que *«Las presuntas repulsas u oposiciones advertidas por la ofendida no tenían la entidad para anunciarle al supuesto agresor el no consentimiento en la relación sexual, pudo ocurrir, o por lo menos existe la duda, frente a ello, que el procesado interpretó esa resistencia, por ser débil, como una maniobra para defender su honor, pero jamás la consideró un rechazo serio y vehemente, que le permitiera imaginar un actuar lesivo a la norma»*.

Frente a la víctima le recrimina que no observó el comportamiento que de ella se habría esperado ante el ataque del que fue objeto: *«La ofendida es también una persona madura, con pensamiento lógico y coherente, viuda y con cuatro hijos mayores de edad, sabía perfectamente lo que estaba sucediendo, incluso, antes de la penetración; de modo que se le demandaba, dada su edad y pudor, una reacción más impetuosa, exteriorizando su oposición radical frente al acto lujurioso, tenía los medios para hacerlo y si no lo hizo no fue porque sus fuerzas flaquearon ante la fatiga de un rechazo serio, pues sobre ello, se itera, es que radica la duda»*.

Así, entonces, lo que finalmente plantea el Tribunal es la presencia de una duda probatoria fundada en la ausencia de actos de resistencia física o de manifestaciones verbales de contradicción o de auxilio como indicadores de la aquiescencia de la titular del bien jurídico en la realización de la conducta sexual en la que se vio involucrada con el acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA.

Entiende el Tribunal, de manera equivocada, con fundamento en una dogmática penal y en una doctrina jurisprudencial elaboradas en otras épocas y bajo condiciones sociales muy diversas a la actual, que para predicar la violencia sexual no se requería de «*actitudes heroicas*» de parte de la víctima, pero sí de una resistencia seria y constante que ofreciera «*un resultado no consentido y seriamente rechazado*»⁶.

Para ilustrar de mejor manera el cambio de enfoque jurídico penal que se ha experimentado al día de hoy en materia de perspectiva de género de cara a las diversas manifestaciones de violencia contra la mujer, la Corte trae a colación el pensamiento del gran penalista italiano Francesco Carrara cuando, frente a eventos de violencia sexual y sobre el cual se desarrolló en su momento una doctrina nacional acorde con la protección penal dispensada en aquella época a esta clase de delitos, en los que

⁶ Tomado de PÉREZ, Luis Carlos, *Derecho penal*, Tomo V, Segunda edición, p. 29, Bogotá, Temis, 1991. Posición que mantuvo el mismo autor desde *Tratado de derecho penal*, Tomo IV, p. 436, Bogotá, Temis, 1967.

demandaba de la víctima un comportamiento activo para entender por cierto su rechazo a la agresión:

La mujer que, de veras, no quiere, tiene modos bien positivos para hacer cierta y patente su contrariedad, tanto al hombre que la requiere como después al magistrado; y así se presentará indudable el dolo del primero y se tranquilizará la conciencia del segundo.

...

[l]a resistencia de la mujer debe ser seria y constante, seria, es decir, no fingida para simular honestidad sino que en realidad exprese un querer decididamente contrario; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar a concurso en el goce mutuo.⁷

Dichas fuentes provienen, como puede observarse, de sociedades que no habían adoptado una perspectiva de género y en las que, por consiguiente, las ideas de discriminación e inferioridad de la mujer dominaban en las ciencias sociales, a lo que no escapaba la dogmática penal. Hoy en día se impone «un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción»⁸. Bajo una perspectiva de género no le es exigible a la mujer agredida sexualmente ejercer ningún rechazo serio o constante, de hecho, como se verá a continuación, no se le puede demandar ninguna clase de oposición para manifestar su falta de consentimiento.

En efecto, una mirada con enfoque de género tiene que

⁷ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Penal*, Parte Especial, Volumen II, Bogotá, Temis, 1981, pág. 254

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

eliminar definitivamente aquella clase de estereotipos que, como en el presente caso, hacían gravitar en la mujer como sujeto pasivo de la conducta punible unas obligaciones o «demandas», según el término empleado por el juez colegiado, sobre un determinado comportamiento que estaba llamado a asumir en su condición de víctima, como si ello hiciera parte del tipo penal a manera de necesaria oposición a la agresión.

La Corte debe subrayar que precisamente la sexualidad voluntaria como derecho de no ceder a otros el poder para decidir cuándo quiere tener relaciones íntimas, ha sido uno de los fundamentos para la emancipación de la mujer de la dominación patriarcal, para que se sientan y sean tratadas como miembros iguales en la sociedad moderna⁹.

En ese sentido, se ha venido insistiendo en que, en el ámbito penal, el necesario abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que:

(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas

⁹ FLETCHER, George P., *Las víctimas ante el jurado*, (traducción de Juan José Medina Ariza y Antonio Muñoz Aunión. Revisión, prólogo y notas de Francisco Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 170.

practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.¹⁰

La vinculación de los funcionarios judiciales a una perspectiva de género les impone la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, por lo que, según se ha enfatizado, se incurre en un error por falso raciocinio cuando se incorporan en su valoración falsas reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual¹¹, puesto que *«fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres»¹²*

En realidad, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, el tipo de *Acceso carnal violento* consagrado en el artículo 205 del Código Penal no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna.

En ese sentido, la Sala ha señalado que, en aquellos

¹⁰ CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

¹¹ CSJ SP-3274-2020, 2 sep. 2020, rad. 50587; CSJ SP-2136-2020, 1° jul. 2020, rad. 52897.

¹² *Ibídem.*

delitos en los cuales confluye el elemento de la violencia, la figura del consentimiento como excluyente del tipo debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo, y no la de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en una desigualdad material:

[E]l actuar sobre la base de la aquiescencia manifestada por la víctima excluye la realización típica de la conducta punible, en la medida en que se trate del titular de un bien jurídico no indisponible y tenga la capacidad de comprender la acción realizada, así como de adecuarse a su comportamiento.

[...] Sin embargo, cuando en el acto de voluntad ha mediado la violencia, no solo refulge la imposibilidad de excluir el tipo por consentimiento (en la medida en que ya no sería un acto de libertad o disposición del titular del bien jurídico), sino que además la atención deja de circunscribirse a la conducta o a las condiciones especiales de la víctima, dado que el comportamiento dirigido a someterla proviene del sujeto agente y, por consiguiente, es el de este último el que termina siendo jurídicamente relevante, incluso en aquellos eventos en que también lo sea el estado de vulnerabilidad del sujeto pasivo.¹³

En la misma providencia, la Sala también precisó que en tipos como el de *Acceso carnal violento* el análisis de la conducta de la víctima es para tales propósitos irrelevante:

En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, [...] no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si se debió haber comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido

¹³ CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508.

(es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor.¹⁴

Así mismo, se subrayó en lo concerniente al ingrediente de la violencia, que dicho «*elemento normativo del tipo [...] no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de esta)*»¹⁵.

Este criterio, por otro lado, tiene sustento legislativo. El numeral 2 del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, consagró como recomendación para los funcionarios en la valoración judicial de la prueba que el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual. Así mismo, estipuló en el numeral 1 de tal precepto que la aquiescencia tampoco podrá derivarse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre:

Recomendaciones para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba. Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, presunción de inocencia, autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7o del Código de Procedimiento Penal, en los casos en que se investiguen delitos que involucren violencia sexual, el personal de Policía Judicial, de Medicina Legal, Ministerio Público, de Fiscalía, y de Judicatura podrán observar las siguientes recomendaciones en el recaudo, práctica y valoración de las pruebas:

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Ibídem. En el mismo sentido, CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 21691.

1. *El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre.*
2. *El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual.*
3. *El Juez o Magistrado no admitirá pruebas que propicien discriminaciones por razones religiosas, étnicas, ideológicas, políticas, u otras.*

Tales recomendaciones establecidas en la citada Ley 1719 de 2014 bajo los criterios que ya habían sido desarrollados por la jurisprudencia de la Sala, tal como se acabó de precisar, son de aplicación general, es decir, para todos aquellos casos que impliquen la realización del elemento de violencia en los delitos sexuales, incluido el tipo de *acceso carnal violento* de que trata el artículo 205 de la Ley 599 de 2000.

Dicha ley entró en vigencia el 18 de junio de 2014. Pero, antes de eso, el artículo 38 de la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, o Ley de Víctimas (por medio de la cual se dictaron medidas de protección a «aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985 [...] con ocasión del conflicto armado interno» -artículo 3), señaló dentro del ámbito de los principios probatorios en casos de violencia sexual que el consentimiento (i) «no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual» (numeral 3), (ii) tampoco «de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento voluntario y libre» (numeral 2), ni (iii) «cuando la fuerza, la amenaza de fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad [para consentir]» (numeral 1).

De igual manera, es ilustrativo, aunque de aplicación en otro ámbito jurídico, que la Regla 70 de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, aprobado en el orden interno por la Ley 742 de 2002 y declarado exequible por la Corte Constitucional en el fallo CC C-578/02, consagró idénticos preceptos en casos de violencia sexual cometidos en el contexto de delitos de lesa humanidad y contra el Derecho Internacional Humanitario en relación al supuesto consentimiento de la víctima:

- a) No podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;*
- b) No podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;*
- c) No podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.*

En suma, la víctima no está obligada a actuar de determinada forma para que se pueda establecer que la acción del autor fue violenta, tampoco tiene que hacer manifestaciones de repudio ni proferir palabras de auxilio, bastando con la determinación de su voluntad, la misma que debe ser inferida del contexto de los acontecimientos, bajo el claro sentido de la naturaleza de las relaciones surgidas entre víctima y victimario.

La Corte lo condensó de la siguiente manera:

[e]s absurdo pensar que en todos los casos en los cuales se ha imputado la realización del artículo 205 del Código Penal la víctima está obligada a actuar de determinada forma en aras de colegir que la acción del autor fue violenta. Lo primordial frente a estas situaciones consiste en establecer cuál era la voluntad del titular del bien, sin perjuicio de sus reacciones o la ausencia de estas. El Tribunal le impuso entonces al sujeto pasivo una condición especial que el tipo no contempla.

Cuando la Corte, en la sentencia CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413, arguyó que la violencia física en el acceso carnal consistía en cualquier vía de hecho suficiente para «vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado»¹⁶, jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan solo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención de las circunstancias particulares, lo que implicaría considerar todas las contingencias (incluidas la inactividad, el pánico y la total subordinación) frente a las agresiones sexuales.¹⁷

Encuentra la Sala que las condiciones en que se desarrollaron los acontecimientos en el asunto que es objeto de estudio, permiten identificar con claridad un evento de violencia contra la mujer o de género, en la medida en que el autor de la conducta actuó con un claro carácter punitivista al someter a su víctima a una agresión sexual en virtud de su condición de mujer. Ello obliga a contextualizar en esa perspectiva lo sucedido evitando los sesgos y prejuicios que ponen a la mujer en un plano de inferioridad y subordinación frente al agresor.

¹⁶ CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413.

¹⁷ CSJ SP-12161-2015, 9 sep. 2015, rad. 34514.

Para ilustrar de mejor manera el alcance de lo sucedido, estima la Sala de interés recoger los principales apartes de la declaración de María Odilia Henao Aristizábal¹⁸.

Declaró que en aquella oportunidad acompañó a su hermana mayor Hercilia donde CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, quien era el médico acupunturista que la trataba. Que al llegar al consultorio tomaron asiento en la sala de espera *«entonces él, el doctor Carlos Enrique se sentó a conversarnos, empezó a hablarnos y de pronto me preguntó que si yo no sufría así de dolores, y yo le dije que estaba sintiendo un dolor aquí alto, al lado de la nuca. Entonces me dijo que pasara, que me iba a hacer un masaje, pero yo no iba a consulta sino la hermana mía»*.

Narró María Odilia Henao Aristizábal que ella accedió al ofrecimiento del profesional y pasó al consultorio que quedaba al frente de la sala de espera, sucediendo lo siguiente:

Yo me siento en la camilla y él empieza a masajearme y ya me acostó, y pues como yo, él era el médico y él empezó a masajearme y ya, y ya empezó a bajar, a sobarme ya los senos, y entonces yo ya hice como una repulsa y entonces me introdujo el dedo de la mano, con la palma de la mano me tapaba la cara.

Continuó:

Empieza a masajearme y ya se fue bajando hasta que me llegó a la vagina y ya empezó a hacerme masajes fuertes y pues yo me

¹⁸ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 00:31:49.

quejaba, pero pues como tenía el dedo de él en la boca y con la palma de la mano me tapaba la cara... Me toca la vagina fuerte masajeándome.

Esos masajes no sé, para mí no era, pero yo ya vi que él ya no estaba masajeándome como médico, pero yo trataba de quejarme pero él como me tenía ahí.

No hice nada porque ya me sentía ahí como aprisionada.

Explicando sobre el desarrollo de los actos lascivos de que fue víctima, expresó:

Entonces ya él me bajó el pantalón, saca una manga y ya me voltea hacia afuera un poco y ya pues me viola ahí.

Cuando él empezó yo tenía la ropa... él me tocó los senos por el medio de (sic), no me desabrochó ni nada, sino así por debajito de la ropa.

Él me bajó el cierre y me quita el pantalón pero una sola manga, entonces ahí ya me voltió (sic) hacia afuera y ahí fue donde me hizo eso.

...

Una vez me retira la manga del pantalón me coge, me coge hacia la cintura y me viola ahí en la misma camilla, yo en la camilla y él de pie.

...

Cuando él me masajeaba hacia arriba, él sacó el miembro y me puso la mano y yo ya vi que eso no era normal.

Sobre el momento en que se produjo el acceso carnal, precisó:

Él me voltió (sic) y me puso el miembro de él en mi vagina, me lo introdujo.

Ya se ha dicho en esta decisión que es un hecho inconcuso la existencia del encuentro sexual entre María Odilia Henao Aristizábal y el acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, conclusión a la que se llegó no solamente por la claridad que en ese sentido ofrece el testimonio de la mujer sino porque además existe poderosa evidencia científica que corrobora esa circunstancia, puesto que en el protector vaginal que usaba en esa oportunidad María Odilia se encontraron rastros de semen y, además, se halló una mezcla genética aportada por los dos.

Ahora bien, el debate se viene suscitando especialmente sobre la determinación de si esa conjunción sexual fue un acto permitido por María Odilia Henao Aristizábal o, por el contrario, si fue violento en la medida en que ella no prestó su concurso voluntario para la consumación de la conducta.

La narración de María Odilia Henao Aristizábal se advierte precisa y sin exageraciones. Relató con claridad cada una de las circunstancias que gobernaron los hechos, desde que acompañando a su hermana arribó al consultorio del acupunturista hasta que lo abandonaron después de lo sucedido: *«yo salí a la sala de espera donde estaba mi hermana y él le quitó las agujas y ya nos fuimos».*

En la rememoración de lo acaecido por parte de la víctima pudieron omitirse algunos detalles y quizá se puedan detectar imprecisiones puntuales, lo que resulta apenas comprensible no solamente por las imperfecciones de la memoria sino por lo traumático que, según ella misma puntualizó, le generó dicho episodio y que se hizo evidente en la recepción de su testimonio, como puede advertirse del registro del mismo; sin embargo, encuentra la Sala que, en los aspectos medulares del hecho, lo declarado por la víctima se ofrece coherente y justado a la razón.

Además, no se observa inverosimilitud en algunos aspectos que han sido cuestionados por la defensa y por los jueces de instancia, como el hecho de que, según el relato de la víctima, el agresor cubrió su cara con la palma de la mano y le introdujo un dedo en la boca, mientras con la otra mano la tocó con fuerza en sus partes íntimas, la despojó de parte su vestimenta, extrajo su miembro viril y la penetró por vía vaginal.

Ninguna imposibilidad puede asegurarse en la ejecución de esa maniobra. Mantener la mano sobre la cara de la víctima como mecanismo de dominación y al tiempo realizar los actos referidos por la declarante son condiciones físicas que no se excluyen entre sí. Además, claramente es aquella una forma de expresión que encontró la mujer para hacer narración de los acontecimientos, lo que no implica que, literalmente, el agresor en ningún momento haya desprendido sus manos para coordinar los movimientos

acordes con la conducta que desarrolló. De hecho, cuando fue cuestionada sobre ese aspecto en particular, María Odilia explicó que *«cuando me quita la manga del pantalón me retira la mano de la boca»*¹⁹.

Así mismo, narró María Odilia el momento preciso en que el acusado, en medio de los masajes que le practicaba, sacó su pene, lo que le confirmó a ella que lo que sucedía *«no era normal»*. Y cuando en medio del interrogatorio cruzado se impugnó su credibilidad con base en las manifestaciones que había hecho ante la médica legista y el psiquiatra que la intervinieron, la mujer de manera aclaratoria manifestó que *«no me metió el pene a la boca, trató y me volteé»*²⁰. Igualmente aclaró, cuando fue confrontada con las declaraciones que hizo fuera del juicio, que en ningún momento el acusado se subió encima de ella, que empezó a masajearla desde el cuello y no desde los pies y que en todo momento mientras ella yacía en la camilla su victimario la afrentaba encontrándose de pie.

En ese contexto de los hechos, surge evidente para la Corte la ausencia de consentimiento de María Odilia Henao Aristizábal, pues aparte de que el agresor la sometió por la fuerza, ella no hizo ninguna manifestación que permitiera inferir su aquiescencia con el contacto sexual.

Lo primero, porque el acusado ÁVILA BARBOSA desplegó sobre su víctima actos físicos de dominación

¹⁹ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 00:38:17.

²⁰ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 01:06:50.

claramente dirigidos a doblegar su voluntad. No otra cosa podría desprenderse del hecho de que una vez inició sus maniobras eróticas y cuando sintió la menor *repulsa* por parte de la mujer, le cubrió con su mano la cara y le introdujo un dedo en la boca, lo que le impedía hacer alguna manifestación verbal de oposición y ofrecer la mínima resistencia física. Por eso manifestó que «*No hice nada porque yo me sentía ahí como aprisionada*»²¹ y que «*yo trataba de hacer una fuerza pero él tenía más que yo*»²².

Lo segundo, porque la intempestiva conducta desarrollada por el procesado cuando supuestamente se dedicaba a ofrecer una terapia para aliviar el dolor, creó tal perturbación en María Odilia Henao Aristizábal que le impidió exteriorizar con alguna vehemencia su contrariedad con lo sucedido.

Sobre esto último, expresó lo siguiente:

Yo no tuve palabras para hablar porque yo estaba muy sorprendida.

...

*Sentí mucha tristeza. Temor, pues temor temor, pero sí me angustió mucho porque yo no iba preparada para eso y nunca lo habría pensado de él.*²³

²¹ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 00:35:44.

²² Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 00:37:40.

²³ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 01:10:30.

Con lo anterior queda develado el desacierto del *ad quem* cuando puso en duda la imposibilidad de resistencia física de la víctima, aduciéndose en el fallo recurrido que bien pudo levantarse de la camilla porque nada le impedía hacerlo. No es cierta esa afirmación. La mujer se encontraba sometida físicamente por el agresor, quien no solamente estaba de pie con ventaja sobre ella que yacía en la camilla, sino que también la sometió empleando la fuerza sobre su cara.

Además, según narró, «Hice repulsa pero él me decía que chito, porque mi hermana estaba afuera». Fue entonces que «obedecí la orden de callarme»²⁴.

Se puede concluir, entonces, que el procesado ÁVILA BARBOSA ejerció una coerción física y moral sobre María Odilia Henao Aristizábal idónea para sojuzgarla y someterla a sus designios.

Pero si así ello no se entendiera con suficiente claridad para acreditar la acción violenta ejecutada, igual no puede sostenerse que de la pasividad de María Odilia se pudiera inferir su consentimiento o conformidad sobre la actuación lujuriosa del acusado. Mucho menos es posible gravitar sobre ella la responsabilidad de lo que sucedió porque, según sustentó el Tribunal, «sabía perfectamente lo que estaba sucediendo, incluso, antes de la penetración».

²⁴ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 01:09:05.

Más reprochable aun es la apelación que hace el juzgador de segunda instancia a claros prejuicios de género, cuando se sostuvo que a la víctima *«se le demandaba, dada su edad y pudor, una reacción más impetuosa, exteriorizando su oposición radical frente al acto lujurioso, tenía los medios para hacerlo y si no lo hizo no fue porque sus fuerzas flaquearon ante la fatiga de un rechazo serio»*.

Un razonamiento en tal sentido revela a las claras un sesgo discriminatorio hacia la mujer, como si no fuera suficiente con su actitud silente para dejar sentada su posición de no participar de manera voluntaria del encuentro sexual y, por supuesto, de repudiar el coito vaginal del que fue sujeto pasivo.

Ninguna conducta en particular podía demandarse de quien no reveló de manera explícita su aquiescencia para intervenir en la escena sexual desencadenada a instancia únicamente del profesional que la atendió. Menos aún podía exigírsele reacciones impetuosas o determinantes de agotamiento físico en defensa del bien jurídico que le era quebrantado.

Era al autor del comportamiento contrario a derecho de quien se exigía, conforme a la norma de prohibición inserta en el tipo penal, una conducta respetuosa del bien jurídico tutelado, puesto que buscar la prueba sobre la ausencia de consentimiento en quien fue víctima y no en los datos objetivos referidos a la actuación del agente activo, no hace más que revictimizar a la mujer y atribuirle obligaciones de

protección de sus bienes jurídicos, no previstas en la ley penal, ante el ataque que ella no promovió.

De manera que la objetividad de los hechos muestra a las claras que María Odilia Henao Aristizábal no quiso ni consintió lo sucedido. De parte de ella resulta apenas comprensible que su pasiva respuesta física y emocional ante lo acontecido estuviera condicionada por el estado de shock, de angustia y de incredulidad por lo que estaba ocurriendo, según lo manifestó. Y, en todo caso, ninguna razón objetiva reveló que con su silencio haya prestado su consentimiento como una manifestación del libre albedrío en el contexto de los acontecimientos, lo que de suyo representa un claro indicador de su oposición o rechazo al acto sexual.

Ahora bien, en materia de imputación al tipo subjetivo, desde la perspectiva del acusado resulta injustificado aducir en esas condiciones que la débil oposición de la mujer respondiera a la complacencia de ella con su comportamiento. Es inadmisibles argüir, como se hace en el fallo recurrido, que la débil respuesta de la víctima hacía imposible que el agresor pudiera advertir la ausencia de voluntad de la mujer, a quien no solo indujo a un trato personal bajo el pretexto de realizarle una terapia física y se prevaleció de su confianza, sino que la abordó en su intimidad y la subyugó físicamente hasta lograr el cometido de accederla carnalmente.

Imposible resulta en esas condiciones la presencia de un error de tipo -numeral 10 del artículo 32 del Código Penal-

que pudiera excluir el dolo y, por ende, la tipicidad de la conducta lesiva, bajo el argumento de que, ante la frágil resistencia de la mujer, el acusado pudo haber interpretado que ella consentía la relación sexual. Hacia allí parece dirigirse el razonamiento del Tribunal cuando adujo que *«el procesado interpretó esa resistencia, por ser débil, como una maniobra para defender su honor, pero jamás la consideró un rechazo serio y vehemente, que le permitiera imaginar un actuar lesivo a la norma»*.

Sin embargo, bajo el entendido que se configura un error de tipo cuando el agente no tenía conocimiento de que realizaba el aspecto objetivo del tipo *-la violencia-*, en este caso-, es inadmisibile que en el contexto de los hechos existiera alguna discordancia entre lo que CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA se representó y lo realmente ocurrido. Su misma actuación evidencia que actuó bajo conocimiento de que realizaba una acción aflictiva del bien jurídico de la libertad e integridad sexual de su ocasional paciente.

Bastaría para ello acotar que desde un comienzo el procesado tomó precauciones que aseguraran la comisión de la conducta, cubriendo la cara de la mujer e introduciendo un dedo en su boca, con la clarísima intención de evitar que ella hiciera manifestaciones de inconformidad para alertar a su hermana, quien se encontraba en la adyacente sala de espera, o que pudiera ofrecer alguna resistencia física que le impidiera lograr su cometido.

Pero, además, no es posible invocar defectos en el conocimiento cuando se trata de un comportamiento

enmarcado en una relación claramente desigual, fundada en la confianza, y donde las intenciones del sujeto agente de la conducta no coincidían con los propósitos de la paciente. No se demostró en el acusado, por demás, factores culturales, sociales, psicológicos o personales, distintos a la necesidad básica de satisfacer su instinto sexual, que pudieran hacer razonable su incursión en un error relativo al conocimiento sobre algún elemento del tipo objetivo del artículo 205 del Código Penal.

En ese contexto, la ausencia de conocimiento sobre la voluntad de la víctima es insostenible como factor determinante del comportamiento del acusado, puesto que su interpretación, si en realidad así lo fue, en el sentido de que con la débil oposición de María Odilia Henao Aristizábal haya dado lugar a inferir su aquiescencia para la realización de la conjunción sexual, carece de sustento fáctico en el marco de ejecución de la conducta.

Así es, porque aparte de las expresiones que ella emitió, como quejarse, voltear su cara y hacer repulsa ante el asedio de que era objeto, suficientes para entender su falta de voluntad para participar del encuentro sexual con el procesado, debe decirse que así se tratara de una débil resistencia o, aún, de una actitud completamente pasiva por parte de la víctima, recaía sobre el agente de la conducta el deber jurídico de no quebrantar el bien jurídico involucrado.

En un pensamiento contrario, como aquel expuesto por el juez colegiado, subyace un claro prejuicio patriarcal, según

el cual, si una mujer no se resiste expresamente y con vehemencia a una iniciativa sexual del hombre es porque consciente en ella y, por lo tanto, debe soportar las consecuencias de ese rol, asignado cultural y socialmente.

Ahora, desde el punto de vista personal, el acusado en virtud de sus condiciones particulares y de su formación profesional, se encontraba en condiciones de asumir una postura de respeto a la decisión de la mujer y a la gestión propia de su sexualidad. Resulta inaceptable que, en ese contexto, en el que ofició como profesional de la medicina alternativa china y en curso de un tratamiento que él mismo ofreció a la paciente, se atribuyera una interpretación de la voluntad ajena sustentada en sus propios requerimientos íntimos.

Resulta falaz, además, desde todo punto de vista el argumento esgrimido por el Tribunal en el sentido de que el procesado interpretó la resistencia de la mujer como una maniobra para defender su honor, pero que jamás la consideró un rechazo serio y vehemente, que le permitiera imaginar un actuar lesivo a la norma. Pareciera una percepción de las cosas enclavada en una arcaica protección penal del bien jurídico del honor y de la honestidad de la mujer, conceptos asociados a la castidad de la mujer, y no, como es hoy, fundado esencialmente en la libertad, integridad y formación sexuales. No era el honor lo que claramente pretendió defender la víctima, sino su misma libertad sexual.

La Sala reconoce que dentro de lo que algunos autores han denominado *metafísica del consentimiento*²⁵, las relaciones sexuales entre adultos son el resultado de un proceso de comunicación entre ellos, a veces no explicitado verbalmente, pero de allí no se puede desprender la reproducción de estructuras de dominación en el sentido de admitir erigir una regla de la experiencia subyacente a cada encuentro sexual según la cual no desplegar actos de resistencia física, ni pedir auxilio, significa aceptar libre y voluntariamente el trato sexual.

Así, es posible que no haya verbalización de la aquiescencia en la relación por parte de la mujer, pero siempre debe existir la explicitud de su querer, la cual debe ser definida por el contexto de los acontecimientos en concreto. Es así como, según acaba de verse, el acusado ÁVILA BARBOSA tenía un conocimiento pleno sobre los componentes del tipo penal y, en especial, sobre el elemento de violencia que acompañó su comportamiento, por lo que sabía que acceder carnalmente a María Odilia Henao Aristizábal sin atender a su voluntad es de por sí una vía de hecho constitutiva de violencia.

Por lo demás, es importante reiterar que no existen circunstancias que contradigan la declaración de la víctima, quien, según la prueba de psiquiatría realizada por el perito Luis Alberto Valencia Estrada, presentó un relato con estructura lógica y engranaje contextual claro, propio de una

²⁵ FLETCHER, George P., *op. cit.* p. 169.

persona coherente, adecuada y orientada en tiempo y lugar, no obstante que advirtió en ella la presencia de trastornos de estrés postraumático y depresivo a causa de lo sucedido.

De igual manera, es preciso acotar que la versión de lo sucedido entregada por María Odilia Henao Aristizábal no logra ser infirmada por el hecho de que, mientras ocurría el episodio sexual dentro del consultorio del acusado, se encontraran en la sala de espera contigua y con visibilidad hacia el interior, la hermana de aquella, Hercilia, y la madre de este, Dora Inés Barbosa de Ávila, mujeres de avanzada edad, quienes en medio de su conversación no se percataron de lo sucedido. Ello, sin embargo, no se advierte extraño si se tiene en cuenta que el acusado silenció a su víctima controlando todas sus reacciones.

Así mismo, resultan irrelevantes frente a lo sucedido los testimonios de los médicos acupunturistas Luis Javier Rincón Hinestroza y Néstor Orlando Alzate Tobón, quienes declararon que en la medicina tradicional china existen algunos masajes que se practican sobre el cuerpo desnudo de pacientes y también sobre puntos de sus áreas genitales. Al respecto cabe señalar que aun en tales eventos, si de verdad se realizaran tales prácticas, cualquier actividad de carácter lascivo resultaría contraria a la libertad sexual como bien jurídico protegido si se llevara a cabo sin el consentimiento de los intervinientes, siendo ese aspecto, no propiamente el ejercicio de su profesión médica, el que compromete la responsabilidad del acusado.

En suma, ninguna de estas circunstancias, apreciadas con las demás pruebas practicadas en el juicio, tienen el peso necesario para edificar una duda razonable a favor del acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA.

Por el contrario, es imperioso concluir que la Fiscalía demostró con un grado de conocimiento más allá de duda razonable que el acusado ÁVILA BARBOSA realizó el tipo penal del artículo 205 del Código Penal, emergiendo la presencia de un yerro que atañe a la formulación de la experiencia insostenible, según la cual la frágil o nula oposición, a través de gritos y actos de resistencia, de parte de la víctima de un delito sexual, se traduce en su aquiescencia por la realización de la conducta.

Por último, la Corte debe llamar la atención sobre la necesaria introducción de una perspectiva de género por parte de los funcionarios no solamente en la sentencia sino en todos los momentos de la actuación judicial. Ello a propósito de que la jueza de conocimiento realizó algunas preguntas complementarias a la víctima relacionadas con sus años de viudez y la ausencia de parejas²⁶, como si ese fuera un factor del que se podía inferir su consentimiento para la relación sexual. Tal interrogatorio por parte de la jueza no solamente se ofreció impertinente sino claramente ofensivo y prejuicioso frente a los derechos de la mujer, por lo que resulta inadmisibile, con mayor razón proviniendo de la misma jueza.

²⁶ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 01:11:50.

3. Conclusiones:

A modo de recapitulación, la Corte encuentra que el testimonio de María Odilia Henao Aristizábal representa fiablemente lo acaecido dentro del consultorio del acusado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, pues aparte de no contener motivo alguno de incredibilidad porque se haya demostrado algún interés en mentir sobre un episodio tan relevante, su versión de los hechos cuenta con pruebas de corroboración que hacen más verosímil su declaración.

En primer lugar, advierte la Sala que ninguna duda se cierne sobre el hecho mismo de la unión sexual verificada sobre la camilla del consultorio de ÁVILA BARBOSA. Allí, según lo narró la víctima, tras aceptar la terapia que le ofreció el médico acupunturista, permitió que este iniciara unas maniobras de masajeo que desencadenaron en la relación sexual. Prueba científica practicada confirma ese hecho: en el protector vaginal que se encontró, con alto grado de probabilidad, semen y una mezcla genética cuyos aportantes fueron el acusado y la víctima.

En segundo lugar, encuentra la Corte demostrado que esa relación sexual no contó con el consentimiento de María Odilia Henao Aristizábal, por lo que, desde la perspectiva aquí sostenida (según la cual acceder al sujeto pasivo sin atender a su voluntad es de por sí una vía de hecho constitutiva de violencia), tiene que concluirse que la imputación tanto al tipo objetivo como al subjetivo del artículo 205 del Código Penal es

evidente, derivándose de ello la responsabilidad penal del acusado.

En tercer lugar, insiste la Corte en la necesidad de adoptar una perspectiva de género con la que sea posible que los funcionarios judiciales se desprendan de sus sesgos cognitivos frente al rol de la mujer dentro de la relación sexual y de los prejuicios inherentes a una concepción de dominación machista completamente superada al día de hoy.

Lo anterior, cabe de nuevo aclararlo, no implica que, al momento de la valoración de la prueba, la perspectiva de género pueda aportar alguna especificidad, aparte de permitir la adopción de un razonamiento probatorio libre del empleo de estereotipos y prejuicios para tomar las decisiones, so pena de incurrir en un error por falso raciocinio al incorporar en su valoración falsas reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual²⁷.

En cuarto lugar, no cobija al acusado la circunstancia de ausencia de dolo fundada en un error de tipo, pues las circunstancias que rodearon los hechos permiten ver con claridad que tuvo conocimiento de los elementos del tipo objetivo del artículo 205 del Código Penal, en tanto ejecutó actos de fuerza tendientes a impedir la oposición de la

²⁷ CSJ SP-3274-2020, 2 sep. 2020, rad. 50587. En el mismo sentido, CSJ SP-2136-2020, 1º jul. 2020, rad. 52897.

víctima y, además la frágil resistencia prestada por ésta no pudo dar lugar a interpretar su aquiescencia en la conducta. El consentimiento, aunque es factible que no se verbalice, siempre debe aparecer demostrada su explicitud.

En quinto lugar, el empleo de un claro sesgo cognitivo por parte del juez *ad quem* fue lo que permitió que adoptara una regla de la experiencia insostenible, según la cual no desplegar actos de resistencia física, ni pedir auxilio, significa aceptar libre y voluntariamente el trato sexual, por lo que alejándose de cualquier enfoque de género hizo gravitar en la víctima la obligación de repeler la agresión gritando u ofreciendo otros actos de resistencia a modo de estructurar el ingrediente normativo del tipo.

Lo anterior configuró un yerro por falso raciocinio que resultó trascendente en la decisión de absolver al procesado, lo que obliga a la Corte a casar la sentencia emitida por el Tribunal.

Ninguno de los elementos probatorios incorporados a la actuación logra estructurar una duda razonable en favor del acusado. Por el contrario, la prueba de manera fehaciente permite cumplir con el estándar probatorio atinente al conocimiento más allá de duda razonable.

Por los motivos expuestos, la Sala casará el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Buga y, en su lugar, declarará que el procesado es autor responsable de la conducta punible de *Acceso carnal violento agravado*, de

acuerdo con lo señalado en los artículos 205 y 211, numeral 2, del Código Penal.

4. De la circunstancia de agravación del numeral 2 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000

En lo relacionado con la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 2 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, la causal se configura cuando el agente ostenta una posición, carácter o cargo que le da una particular autoridad sobre la víctima, o bien, cuando ese mismo carácter, posición o cargo obliga a la víctima a depositar su confianza en el sujeto activo de la conducta. Circunstancias que, como tiene establecido la Sala, debido a la fórmula abierta de dicha causal, obligan al juez a analizar las particularidades de cada caso para establecer si, por virtud de la calidad del victimario -carácter, posición o cargo- se genera alguna condición de dominio respecto de la víctima o se la empuja a depositar su confianza en él²⁸.

Al respecto, debe recordarse que la Sala ha consolidado una doctrina que resalta los vínculos de confianza presentes en ciertas relaciones de carácter social y sobre las cuales emerge la referida circunstancia agravante común a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales:

El numeral 2° del artículo 211 de la ley 599 de 2000 establece como en igual sentido lo hacia el numeral 3° del artículo 317 del

²⁸ CSJ AP, 25 may 2015, rad. 45659. En el mismo sentido, SP-3327-2020, 9 sep. 2020, rad. 51897.

CP de 1936 y el numeral 2° del artículo 306 del decreto 100 de 1980, que las penas para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales que prevén los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando “El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.”

Sobre esta circunstancia de agravación punitiva se ha pronunciado la doctrina nacional en este sentido:

La agravante por la situación personal del agente con respecto a la víctima alude al carácter, posición o cargo de aquel. El carácter es aquella condición derivada de las relaciones naturales entre las personas, como las de padres e hijos; o que son creadas por razón de una dignidad, como la que se da a veces entre el juez y quien va a ser o fue juzgado, entre el militar y sus subordinados; o que nacen del estado acogido por algunos, verbigracia, las que se establecen entre el sacerdote y su grey, entre el prior y los miembros de su comunidad.

La posición y el cargo hacen referencia a la categoría social, económica, política y administrativa en que se encuentra colocado el agente respecto de la víctima, por ejemplo: el propietario o director de una empresa respecto de sus trabajadores, el jefe de un establecimiento carcelario respecto de los detenidos, el profesor y maestro respecto de sus alumnos.²⁹

Al tratar sobre la razón del incremento punitivo otro autor expresó:

Es obvio que el agente revela una mayor temibilidad cuando no se detiene ante los deberes que le impone la lealtad que debe a la

²⁹

LUIS CARLOS PÉREZ, Derecho Penal Partes General y Especial, Tomo V, Editorial Temis SA., 1986, pág. 71.

*confianza que le ha depositado la víctima y las especiales obligaciones de cuidado y defensa de la misma.*³⁰

Y sobre el mismo tema y la concurrencia con el delito de incesto, se dijo:

*También en virtud de la menor dificultad que tiene el agente, quien logra gracias a determinada condición abrirse camino hacia la víctima, se agravan las mencionadas conductas. Es el caso por ejemplo de los jefes, maestros, autoridades, médicos, con respecto a sus subordinados, alumnos, gobernados y pacientes.*³¹

En punto de las relaciones de confianza surgidas entre médico y paciente, la Corte también ha tenido oportunidad de fijar el mismo criterio alusivo a la concurrencia de la circunstancia de agravación punitiva:

*Así, la condición de falibilidad psicológica y anímica de la víctima en este caso, fue más que propicia para el designio criminal del imputado, quien aprovechando el proceso de interacción, confidencialidad y entrega absoluta de confianza en que se edifican las relaciones entre un médico y su paciente y que por lo mismo sitúan al galeno en una posición superlativa de poder ante sus revelaciones -íntimas dada la especialidad en sexología-, no tuvo el menor reparo en transgredir no solamente -y desde luego-, elementales principios deontológicos, sino el propio Código penal, al emplear ese conocimiento -que en el propósito concebido hacía por completo vulnerable a la víctima dada la condición psicológica, sexual y cultural destacada-, en procura de obtener la satisfacción de sus propias necesidades emocionales, inclinaciones sexuales y actos libidinosos.*³²

³⁰ HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, Delitos Sexuales, Ediciones Librería del Profesional, Tercera Edición, pág. 173.

³¹ CSJ AP, 17 nov. 2010, rad. 35029. También, CSJ AP, 25 may 2015, rad. 45659.

³² CSP SP, 27 jul. 2006, rad. 24955.

De los hechos probados en el presente caso, surge evidente que la víctima depositó su confianza en el médico acupunturista quien se aprovechó de esas condiciones de falibilidad física y anímica para ejecutar su conducta. Se prevaleció el acusado de su condición profesional y de la interacción con la víctima para que esta le permitiera, sin ninguna aprensión, realizar las maniobras que en principio confió que se desarrollaban en un entorno de cuidado, seguro para ella, propio de la relación entre un médico y su paciente, lo que por lo mismo situó al procesado en una clara posición de poder que empleó, en su afán de satisfacer su sexualidad, no solamente para transgredir los principios deontológicos a los que se encontraba sujeto, sino para realizar la conducta lesiva de la libertad sexual de quien se encontraba en una condición de franca vulnerabilidad.

Esa posición prevalente, digna de confianza, es la misma que, de acuerdo a lo declarado por María Odilia Henao Aristizábal, la llevó, en primer lugar, a aceptar su ingreso al consultorio y recostarse en la camilla y, posteriormente, a permitirle el masaje terapéutico que le ofreció, viéndose sorprendida cuando advirtió que el médico acupunturista sobrepasó los límites racionales de la actividad que era por ella conocida. Con ello se evidencia que precisamente fue el abuso de esa relación de confianza lo que permitió al procesado la vulneración de los bienes jurídicos de su paciente, pues no de otra manera habría obtenido que ella se plegara a sus requerimientos.

Valga anotar, por último, que en esas condiciones María Odilia Henao Aristizábal se encontró en una clara situación de vulnerabilidad, aprovechada por el acusado. Dicha condición se encuentra cubierta por el mismo precepto agravante del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, sin que, por lo tanto, resulte viable deducir al tiempo la agravación referida a la situación de vulnerabilidad de la víctima, prevista en el numeral 7 de dicha norma.

5. Individualización de la pena:

El tipo del artículo 205 del Código Penal, con la modificación de la Ley 1236 de 2008 –artículo 1º-, prevé una pena de prisión que oscila de doce (12) a veinte (20) años, es decir, de ciento cuarenta y cuatro (144) a doscientos cuarenta (240) meses.

Debido a la agravante contemplada en el numeral 2 del artículo 211 de dicho estatuto, dichos límites se incrementarán en una tercera parte (en el mínimo), así como en la mitad (en el máximo), quedando entre ciento noventa y dos (192) y trescientos sesenta (360) meses de prisión.

Estos extremos se dividen en los siguientes cuartos, así: uno mínimo, que va de ciento noventa y dos (192) meses a doscientos treinta y cuatro (234) meses; unos cuartos intermedios, entre doscientos treinta y cuatro (234) meses y un (1) día a trescientos dieciocho (318) meses; y un cuarto máximo, que se mueve entre trescientos dieciocho (318) meses y un (1) día y trescientos sesenta (360) meses de prisión.

Como la Fiscalía en la resolución acusatoria no atribuyó circunstancia de mayor punibilidad alguna contemplada en el artículo 58 del Código Penal y se advierte la de menor punibilidad por la carencia de antecedentes penales (artículo 55-1 ibídem), el ámbito de movilidad será el del cuarto mínimo, esto es, de ciento noventa y dos (192) meses a doscientos sesenta y cuatro (264) meses.

Establecido el cuarto, la Sala tendrá en consideración los siguientes aspectos para efectos de imponer la pena (artículo 61 del Código Penal). Por un lado, debido al contexto fáctico en el cual se desarrollaron los hechos, los actos constitutivos de la vía de hecho que desplegó el procesado sobre la víctima se redujeron a una mínima expresión (no atender su voluntad), sin ningún adicional ejercicio de violencia física, no obstante las marcadas consecuencias emocionales que tuvo para la afectada la experiencia traumática que vivió. En ese sentido, la acción del procesado se encuentra en una zona de baja gravedad frente a toda una gama de variantes en el ejercicio de la violencia.

Por otro lado, el grado de culpabilidad del procesado, aunque resulta alto en virtud de sus condiciones personales, de su profesión y de la confianza que le fue depositada por la víctima, hay que decir que se trata de factores que ya fueron abarcados por el injusto bajo la circunstancia de agravación concurrente, así no es dable derivar un reproche que, en términos de proporcional, supere el mínimo de la pena.

En este orden de ideas, la Sala le impondrá a CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA la pena principal mínima prevista en la ley, esto es, ciento noventa y dos (192) meses de prisión. Y, como pena accesoria, la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas (artículos 43, 44 y 51 del Código Penal) por un tiempo igual al de la privación de la libertad.

El procesado no tiene derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la sustituta prisión domiciliaria en razón de la pena impuesta y de la que está prevista en la ley para tales efectos (artículos 63 y 38B del Código Penal). Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá librar orden de captura contra el procesado.

5. Otra determinación

Dado que la presente decisión se erige como la «*primera condena*» que en este asunto se emite contra el procesado, la Corte debe activar en su favor el mecanismo que permita satisfacer su derecho a impugnar tal determinación, a lo cual procederá con sujeción a las consideraciones y pautas señaladas en la sentencia SP5290-2018, de 5 de diciembre de 2018, radicación 44564, a las cuales se remite en su integridad sobre este aspecto.

DECISIÓN

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 impugnada.

SEGUNDO: Por lo anterior, declarar a CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA autor responsable de la conducta punible de *Acceso carnal violento agravado*.

TERCERO: Como consecuencia de ello, condenar al procesado ÁVILA BARBOSA a la pena principal de ciento noventa y dos (192) meses de prisión. Y, como pena accesoria, la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la privación de la libertad.

CUARTO: El procesado no tiene derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la sustituta prisión domiciliaria (artículos 63 y 38B del Código Penal). Como consecuencia, se dispone librar orden de captura contra el procesado.

QUINTO: Advertir que, por haberse condenado al acusado por primera vez en casación, le asiste el derecho de activar el mecanismo especial de impugnación previsto en el Acto Legislativo N° 01 de 2018, en los términos desarrollados en la SP5290-2018, de 5 de diciembre de 2018, radicación 44564.

Cópiese, notifíquese y, una vez resuelta la solicitud de doble conformidad de la sentencia condenatoria, si llegare a

activarse tal mecanismo de impugnación, devuélvase al Tribunal de origen.

GERSON CHAVERRA CASTRO
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal 2021