



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

SP3218-2022

Radicación No. 59763

Acta 221

Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de *impugnación especial*, promovido por la defensa de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, contra la sentencia SP1793-2021 del 12 de mayo de 2021, por la cual esta misma Corporación, en sede de casación, revocó el fallo absolutorio proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, del 15 de septiembre de 2017, y en su lugar condenó por primera vez al acusado como autor del delito de Acceso carnal violento agravado.

HECHOS

En la sentencia impugnada fueron sintetizados en los siguientes términos:

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, 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

1. 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 (Valle), la Fiscalía le formuló imputación a CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA como autor de los delitos de Acceso carnal violento, en concurso heterogéneo con Acto sexual abusivo con incapaz de resistir, descritos en los artículos 205 y 210

del C.P., conductas agravadas según lo previsto en el numeral 2 del artículo 211.

2. 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.

3. La audiencia de juicio oral se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 23 y 25 de junio y 1 de julio de 2016.

En esta última fecha se anunció el sentido del fallo absolutorio.

4. Mediante sentencias del 30 de agosto de 2016 y sentencia complementaria del 9 de mayo de 2017, el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Tuluá (Valle), absolvió a CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, del delito de Acceso carnal violento agravado y en sentencia de adición, lo absolvió del delito de Acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado.

5. 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.

6. El Delegado de la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue admitida mediante auto del 29 de julio de 2019.

Esta Corporación mediante sentencia de Casación Penal SP1793-2021 del 12 de mayo de 2021, condenó a CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA como autor del delito de Acceso carnal violento agravado, contemplado en el artículo 205 y 211 numeral 2 del Código Penal, a la pena principal de 192 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

Negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, dispuso librar orden de captura contra el procesado, comunicando que contra dicha determinación procedía el recurso extraordinario de *impugnación especial*.

7. El defensor del acusado interpuso recurso de impugnación especial, el cual sustentó oportunamente.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala de Casación Penal, integrada por seis Magistrados, revocó la sentencia absolutoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, luego de considerar:

El testimonio de la víctima encontró pleno respaldo en pruebas de corroboración periférica, que evidenciaron que el día de los hechos se desplegó una conducta de carácter sexual no consentida contra la señora María Odilia Henao Aristizábal por parte de CARLOS ENRIQUE ÁVILA, siendo de especial relevancia la ratificación de la versión de la víctima con el dictamen pericial de genética de forense y el estudio de bacteriología, conclusivos de que en el protector vaginal que portaba aquella se encontró semen del procesado, corroborándose veraz la narración que dio la afectada sobre la relación sexual.

Aunada la valoración de la médica legista Yakelin Ramírez Mejía¹, quien dictaminó que la víctima 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 ese nivel»*, asociada a un episodio de violencia sexual.

Indiscutible, entonces, que el 23 de agosto de 2015 María Odilia Henao Aristizábal acompañó a su hermana mayor Ercilia Henao al consultorio de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, quien ejercía como médico acupunturista en la ciudad de Tuluá; que la señora Henao Aristizábal ingresó al consultorio de ÁVILA BARBOSA para recibir un masaje terapéutico que éste le ofreció; y, que allí se produjo una

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

agresión del terapeuta contra la paciente, el cual incluyó el acceso carnal por vía vaginal.

Además, el acusado ÁVILA BARBOSA desplegó actos de dominación dirigidos a doblegar la voluntad de la víctima, lo que se desprende del hecho de que una vez inició sus maniobras eróticas y cuando sintió el rechazo por parte de la mujer, le cubrió con su mano la cara y le introdujo un dedo en la boca, impidiéndole hacer alguna manifestación verbal de oposición y ofrecer la mínima resistencia física, es decir, ejerció coerción física y moral sobre la víctima idóneas para someterla a sus designios, sin que de la pasividad de María Odilia pueda inferirse su consentimiento o conformidad con la actuación lujuriosa, mucho menos gravitar sobre ella la responsabilidad de lo sucedido.

Destacó los prejuicios de género del Tribunal fallador, cuando 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»*, razonamiento que reveló un sesgo discriminatorio hacia la mujer, como si no bastara con su actitud silente para dejar sentada su posición de no participar de manera voluntaria en el encuentro sexual y repudiar el coito vaginal del que fue sujeto pasivo.

Por manera que, examinado el asunto con relación a parámetros legales y jurisprudenciales atinentes a la

violencia en el delito de acceso carnal desde la perspectiva de género, concluyó demostrado que la relación sexual no contó con el consentimiento de María Odilia Henao Aristizábal.

En consecuencia, probado tanto el tipo objetivo como el subjetivo del artículo 205 del Código Penal, al igual que la circunstancia agravante del artículo 211-2 ídem, dada la posición destacada del actor, derivándose de todo ello la declaración de responsabilidad penal y condena en contra de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Los motivos de inconformidad del abogado recurrente se pueden resumir como sigue:

1. Cuestiona el análisis que desde la perspectiva de género hizo esta Corporación a la sentencia del Tribunal, porque se puede constituir peligrosamente en una especie de responsabilidad objetiva pues bastaría con que la víctima afirme que no consintió la relación o ajuste el contexto de los hechos a su conveniencia, para deducir la responsabilidad del acusado.

2. Afirma que está en duda si la relación ocurrió el día y hora materia de los hechos objeto de juzgamiento, o fuera del consultorio y en fecha distinta a la narrada por la víctima, ante la ausencia de corroboración periférica de su versión pues los testigos nada dijeron al respecto.

No obstante, aduce que el encuentro entre la víctima y el acusado fue ocasional y que la sentencia desconoce la cotidianidad de los seres humanos en relación con “**los encuentros sexuales casuales**”.

3. Cuestiona la ocurrencia del hecho porque una camilla de consultorio es inestable, alta y para acceder a ella siempre hay que hacerlo a través de escalones móviles y, en algunas ocasiones, es ruidosa; luego se interroga *¿cómo fueron esos movimientos que no fueron percibidos ni vistos, por las personas que se encontraban en la sala de espera?*

4. El “*contexto de los hechos*” no fue materia de investigación y si en gracia de discusión existió, la prueba testimonial corroborada por la inspección al lugar, permiten concluir que la relación sexual no ocurrió pues era imposible que la madre del procesado y la hermana de la víctima no se hubieran percatado de lo que sucedía al interior del consultorio debido a que desde la sala de espera se podía observar lo que ocurría adentro.

Sin embargo, aduce que “*lo cierto es que, las relaciones existieron, porque así quedó demostrado según el resultado de la prueba de ADN, pero no en ese lugar ni en ese contexto, y de eso da cuenta la diligencia de inspección en el lugar de los hechos, al igual que los testimonios de la hermana de la víctima y la madre del procesado que confrontándolos con lo dicho por la víctima, resulta inverosímil*”.

5. En cuanto a la perspectiva de género, señala que no puede interpretarse como un estándar de prueba específico en materia de violencia del hombre sobre la mujer, por lo que no es dable valorar de forma distinta la suficiencia de un testimonio para fundamentar una condena por el hecho de que quien lo aporte sea un hombre o una mujer, sin que la perspectiva de género pueda colmar la insuficiencia probatoria.

6. Considera que casar la sentencia bajo la perspectiva de género, sin que la investigación y el juicio se hubieran tramitado bajo ese concepto y metodología, viola el derecho al debido proceso y defensa del acusado, pues si desde la imputación se advierte a la defensa que la investigación y el proceso se adelanta con perspectiva de género, muy seguramente la teoría del caso hubiera sido distinta y el principio de contradicción se habría orientado bajo aquella metodología.

Por tanto, pide se revoque la sentencia condenatoria que profirió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en consecuencia se dicte sentencia absolutoria y se cancele la orden de captura emitida en contra de su defendido.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

1. Fiscalía

Solicita negar la pretensión del impugnante y mantener incólume la sentencia condenatoria por estar demostrada

más allá de toda duda la responsabilidad del acusado en los hechos.

Señala que los criterios jurisprudenciales que en la actualidad se aplican en relación con la valoración probatoria frente a la conducta de acceso carnal violento, omitidos por los juzgadores de primera y segunda instancia, se fundaron en reglas de la experiencia ajenas al enfoque diferencial que debe aplicarse respecto de personas o grupos que requieren protección especial con miras a salvaguardar los derechos a la igualdad y acceso a la justicia de las víctimas de delitos de naturaleza sexual.

Considera que contrario a lo dicho por el recurrente, el enfoque de género no es una figura procesal que pueda o no elegirse a criterio del funcionario judicial o de los intervinientes en el proceso, es una garantía cuya salvaguarda es imperativa; de ahí que no sea de recibo exigir que debía informarse desde el principio de la actuación, que la investigación se adelantaría con perspectiva de género, y mal puede decirse que su aplicación viola los derechos al debido proceso y defensa del procesado cuando su finalidad es superar criterios discriminatorios en las decisiones judiciales.

La sentencia de casación analizó de manera profunda el testimonio de la víctima, quien a pesar del tiempo transcurrido hizo un relato detallado de las circunstancias en las que se produjo la agresión sexual, precisó el

comportamiento a través del cual exteriorizó su falta de consentimiento con la pretensión sexual del agresor, pormenores fácticos de los que se concluyó, que la cópula no fue consentida por la víctima y que su desaprobación fue desoída por el acusado, quien hizo gala de su superioridad física, como de la derivada de su condición de médico alternativo para lograr su cometido sexual con avasallamiento de la resistencia y voluntad de la ofendida.

Ignora el impugnante que entre la víctima y el acusado no se advirtió una relación diferente a la de médico - paciente, que le permitiera a este último tener una pretensión sexual de ese tipo, tampoco una enemistad o animadversión de la víctima hacia él que la motivará a responsabilizarlo de una conducta tan grave.

Concluye que la pretensión del apoderado no está llamada a prosperar, pues la prueba practicada en juicio, analizada en contexto, dio cuenta de la violencia que ejerció CARLOS ENRIQUE ÁVILA para superar el rechazo expresado por la señora Henao Aristizábal y accederla carnalmente contra su voluntad, por lo que se debe confirmar la sentencia condenatoria emitida en sede de casación.

2. Apoderado de la víctima

Demanda se confirme la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, toda vez que, con base en elementos probatorios científicos como los resultados de la prueba de

ADN, en el protector que llevaba la víctima el día de los hechos y otras experticias médicas, se pudo establecer que su representada fue accedida carnalmente.

Aduce que la duda respecto de si el acto fue consentido o no, ante la escasa o débil resistencia de su representada, se generó por un concepto machista y discriminatorio, por una apreciación parcializada, toda vez que el Tribunal Superior de Buga al confirmar la sentencia de primera instancia, erigió como una máxima para su confirmación, la falta de una defensa de mayor envergadura de la víctima ante la agresión de la que era objeto.

Respecto a la defensa de la víctima, considera que ésta fue acorde con el momento de los hechos, con sus principios, vergüenza, crianza y avanzada edad, aunado al impedimento físico de que un médico joven y en posición dominante, le introdujera un dedo en la boca y tapara su cara con la mano.

Concluye que el acceso carnal violento existió, enfatizando *“que su procurada no fue buscando una consulta médica, mucho menos sexo consentido y desconocido para ella”*, y solicitando se confirme la decisión impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a esta Sala de Decisión, conformada por tres magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia que no participaron en la providencia recurrida, conocer de la impugnación especial interpuesta por la defensa contra la primera condena emitida en sede de casación, conforme lo establece el numeral 7 del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por Acto Legislativo 01 de 2018.

Ceñida al principio de limitación, la Sala revisará los aspectos impugnados y los que resulten inescindiblemente vinculados con su objeto, sin agravar la situación del procesado en cuyo favor se interpone el recurso de impugnación especial, por tratarse de apelante único.

2. Resolución del recurso de impugnación especial

Como se expuso en precedencia, los cuestionamientos principales que suscitan la inconformidad del impugnante radican en el enfoque de género aplicado en la providencia impugnada, lo que significó, según el recurrente, que se vulnerara el derecho a la defensa y el debido proceso del procesado por no ser enterado desde un comienzo, que la investigación y el juzgamiento cumplirían con ese enfoque. Igualmente, respecto de la materialidad de la conducta que se encuentra en duda como quiera que la versión de la víctima no contó con prueba de corroboración periférica; y que la perspectiva de género no es estándar de prueba para colmar dicha insuficiencia probatoria.

2.1. De la ocurrencia del hecho

Advierte la Corte que se plantean diversas hipótesis para desestimar la ocurrencia del hecho ilícito acusado, razón por la cual se dará prioridad al examen de los cuestionamientos a ese respecto planteados, por la trascendencia que tiene esclarecer el asunto con miras a la declaración de la responsabilidad penal de CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA.

En ese sentido, alega el impugnante que no se cuenta con prueba de corroboración periférica que dé certeza a la versión de la víctima.

Por otro lado, que de haber ocurrido el hecho en el consultorio que atendía el inculpado, cómo explicar que la hermana de la víctima ni la madre del acusado se dieran cuenta de ello, que no se escucharan los ruidos que provendrían de la camilla, sumado que con la prueba testimonial y la inspección judicial se establecería que la relación sexual no existió.

Y, de otra parte, que el encuentro sexual sí existió, porque así lo demostró la prueba científica, “*fue un encuentro ocasional*” pero no habría ocurrido en el consultorio.

Respecto de las diversas hipótesis planteadas por la defensa, todas tendientes a desvirtuar la ocurrencia del hecho, encuentra la Sala, que incurre el recurrente en

insalvables contradicciones que riñen con los principios lógicos de identidad, que consiste en que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra; y tercero excluido, entendido como que entre dos proposiciones en la cual una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera.

En ese orden, contrario a lo afirmado por el impugnante, para concluir verdadera la materialidad delictiva en la sentencia de casación impugnada se analizó exhaustivamente la credibilidad de la versión rendida por la víctima, señora María Odilia Henao Aristizábal, en armonía con los demás elementos que contribuían, desde la perspectiva de la corroboración periférica, a dar respaldo a su dicho, esto es, que la versión de la afectada encontró pleno respaldo en otros medios de prueba autónomos, como son, primordialmente, las pruebas de genética y biología forenses.

Véase, en primer lugar, la contundencia que tiene el testimonio de la ofendida:

...En momentos en que él me iba haciendo la terapia, él se fue pasando y empezó a tocarme las partes íntimas, después empezó a lastimarme, como le digo yo doctora, la vagina con los dedos de las manos y empezó a lastimarme y él me decía que silencio y él cogió y así con la mano que tenía el dedo libre me metió el dedo gordo a la boca y así me tapaba y me extendió los otros dedos tapándome la cara y me lastimaba y me lastimaba la vagina y yo me quejaba y él decía que chito y luego él sacó el miembro de él y me volteó la cara como queriéndome meter el miembro de él como a la boca, entonces yo volteé la cara y dije, no señor Dios, que es esto tan horrible y entonces él en vista de esto bajó a la parte de abajo

vaginal y me sacó un poco hacia afuera de la camilla y ahí fue donde me violó y yo quedé toda lastimada, yo seguí votando como sangre de la lastimada y mucho ardor...

Con los resultados de la prueba científica de comparación genética y de la prueba pericial biológica, se demostró cierto e irrefutable que en el protector higiénico que usaba la señora María Odilia Henao Aristizábal el día de marras, se hallaron restos del fluido denominado “semenogelina”² o semen, provenientes del acusado, lo cual es determinante para afirmar que sí hubo una relación sexual que involucró a la prenombrada y el médico acupunturista ÁVILA BARBOSA, tal y como ella lo relató.

Así mismo, la valoración médica y sexológica realizada por la médico legista³, arrojó que la señora María Odilia Henao Aristizábal presentaba *«al examen físico externo: Tejidos blandos: hematoma en cara externa tercio proximal, equimosis de color violácea en cara externa tercio proximal muslo derecho que mide 2x3 cm, sin huellas de amarre sujeción o lucha... examen genital: ... 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 que mide 2 cm, con enrojecimiento y*

² Semenogelina: proteína que forma parte del plasma seminal del semen y es secretado por las vesículas seminales, según explicación rendida en juicio oral por la experta genetista forense Dra. Rosa Elena Romero Martínez del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

³ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1, 23 jun. 2016, C.D. min. 02:06:20, testimonio de Yakelin Ramírez Mejía.

eritema a ese nivel», hallazgos asociados a un contexto de **violencia sexual**, reciente, menor a diez días.

Empero, contradictoriamente, desplaza la defensa la discusión sobre la ocurrencia del hecho a los componentes de su tipicidad objetiva, al cuestionar como elemento normativo del mismo, el presunto consentimiento de la víctima, a pesar de que, para la actualización del tipo penal de Acceso carnal violento, se exige:

(...) que el sujeto agente quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza física o moral, para obligarla a permitir la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril, o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo humano (...)”, ya que “(...) lo tutelado en particular mediante ese delito es la libertad de la persona referida a la capacidad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea⁴.

No resultan de recibo los argumentos que banalizan el hecho y lo reducen a lo que la defensa denomina una “*relación sexual causal u ocasional*”, dando a entender que la señora María Odilia Henao Aristizábal voluntariamente accedió a un encuentro sexual con el médico alternativo que trataba a su hermana, desdeñando aspectos sustanciales del relato fáctico de la víctima.

En efecto, narró la ofendida que fue el acusado quien la abordó, la invitó a seguir a su consultorio, le propuso la

⁴ CSJ SP, 4 mar. 2009, Rad. 23909.

realización de un masaje aparentemente terapéutico basado en los conocimientos milenarios de la medicina ancestral china, y aprovechando la situación de superioridad que le daba su condición de médico realizó tocamientos de contenido sexual en sus partes íntimas -senos y vagina-, mismos que no se advierten justificados ni sustentados en la praxis del masaje terapéutico, en vista que el motivo para que la señora María Odilia Henao Aristizábal ingresara al consultorio fue porque ÁVILA BARBOSA ofreció hacerle un masaje a fin de aliviar el dolor que sufría en la nuca, nada más ni diferente.

Aprovechándose de la situación, ÁVILA BARBOSA pasó a un plano distinto y de mayor significación que los referidos tocamientos en los senos y la vagina de la víctima, que, en todo caso, fueron rechazados como ella expuso al decir que ante la conducta inicial del procesado "*hice repulsa*"; a pesar de lo cual él prosiguió a introducir uno de sus dedos en la boca y con la mano tapar la cara de la mujer postrada desde un inicio en la camilla, con el innegable ánimo de silenciarla, a la vez que intentó introducirle el pene en la boca, lo que ella también rehusó, para, finalmente, accederla por vía vaginal.

De esta correlación de los medios probatorios practicados con sujeción al debido proceso probatorio, no encuentra la Sala cómo se puede deducir que hubo una relación sexual casual, consentida o acordada por la víctima; o, peor aún, que no sucedió aquel día en el consultorio del acusado, sino en otro lugar, pretendiendo desplazar la

atención a un escenario hipotético no debatido en el desarrollo del juicio oral, muchos menos acreditado probatoriamente.

Las alegaciones defensivas, se repite, contrarían la lógica de los hechos probados, quedando en claro que no es posible afirmar que la relación sexual violenta no tuvo ocurrencia, y al tiempo que sí sucedió, pero de manera voluntaria, en un indeterminado lugar y bajo desconocidas condiciones no acreditadas probatoriamente, en franca contravía de la contundencia de lo que enseñan los medios de convicción reseñados, que en su exacta significación fueron valorados en la providencia impugnada.

En línea de pensamiento, el cuestionamiento acerca de cómo pudo ser que las personas que estaban a las afueras del recinto donde se produjo el ataque sexual no escucharan el ruido de la camilla, ninguna relevancia tiene ni descarta de por sí la ocurrencia del reato en tanto lo trascendente es que se produjo en un entorno de desventaja y sometimiento, contra la voluntad de la víctima; no fue consentido ni participativo y no incidió en su devenir la libre determinación de la señora Henao Aristizábal

Aunado a lo anterior, cierto es que la reacción de la ofendida durante la ejecución de la conducta punible no se exteriorizó en forma vehemente, como sería lo esperado según el criterio de los jueces de primera y segunda instancia y retoma la defensa, de tal manera que pudiera haber

alertado a su hermana, mayor de 80 años, y a la madre del acusado, también mayor de 80 años, de lo que sucedía al interior del consultorio médico, lo cual en manera alguna descarta la ilicitud.

En cambio, se constituye en un argumento basado en estereotipos de discriminación sexista que omite, entre otras cosas, considerar que un asalto sexual como el que sufrió ella, bien pudo generar algún tipo de conmoción o estado de inhibición emocional⁵ que le impidió reaccionar, al margen de lo cual cabe resaltar que no le resultaban exigibles actitudes heroicas en defensa de su libertad e integridad sexuales.

Imponer cargas adicionales a la víctima, tendientes a la autoprotección del bien jurídico en discusión, se aviene desproporcionado y coadyuvante de los modelos de desventaja histórica y estructural a que se ha visto sometida la mujer a lo largo de la historia y deja de lado considerar que el reproche penal se dirige a quien causa la afrenta del derecho tutelado, no a quien la sufre.

Por eso tampoco es de recibo el argumento que pretende hacer ver complaciente la aparente actitud silente de la víctima que no gritó, no pidió ayuda, etc., lo que significaría su consentimiento o beneplácito con el acto sexual, por cuanto no es dable deducir racionalmente del contexto de los hechos probados que provino de la libre voluntad de la

⁵ CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, Rad. 43880.

señora María Odilia Henao Aristizábal participar del encuentro sexual.

En consecuencia, demostrada más allá de toda duda la materialidad de la conducta de acceso carnal violento carecen de prosperidad las censuras del impugnante, en tanto no desvirtúan las valoraciones probatorias y las conclusiones a ese nivel expuestas en la sentencia de casación.

2.2. El análisis del caso con perspectiva de género

Acercas del abordaje del caso y la valoración de la prueba con enfoque de género, advierte la Sala que no le asiste razón al defensor cuando señala que la perspectiva de género es una herramienta, que constituye una forma peligrosa de responsabilidad penal objetiva y que en el presente caso suplió la insuficiencia probatoria, además de vulnerar los derechos al debido proceso y defensa del acusado.

El enfoque de género, también llamado perspectiva de género, representa un mandato constitucional, que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público y les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren de una manera que les permita identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres y algunos grupos poblacionales⁶.

⁶ CSJ SP, 1° jul. 2020, Rad. 52897.

A través de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- de 1979, se dispuso promover *“una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”* y, en ese marco, a *“abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con ésta obligación”*, así como *“establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”*⁷.

Entre tanto, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará⁸, estatuyó la obligación de *“adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”*⁹.

Por su parte, la Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas

⁷ Art. 2. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW-

⁸ Instrumentos internacionales del Sistema Universal de los Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, respectivamente, que hacen parte del ordenamiento constitucional interno en virtud del artículo 93 de la Carta Política y la figura del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

⁹ Art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

de discriminación contra las mujeres, entiende la violencia contra la mujer como *“cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”*.

En la exposición de motivos del proyecto de ley en mención, se expuso que:

El problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad, debe ser abordado con una visión integral, que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la sociedad.

Siguiendo ese lineamiento, el legislador a través de la Ley 1719 de 2014, por la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de la víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, determinó, algunos parámetros para la investigación de delitos sexuales, así como un enunciado de derechos y garantías para las víctimas de violencia sexual en el marco de la actividad investigativa, entre ellos, el derecho *“a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto*

*de investigación sin prejuicios contra la víctima*¹⁰, el derecho **“a que se considere su condición de especial vulnerabilidad, atendiendo a su condición etaria, de discapacidad, pertenencia a un grupo étnico...”**¹¹(Negrita adicionada).

Por su parte el artículo 18 de la citada Ley 1719 de 2014, señala como recomendación para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba, a saber:

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:

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. (Negrilla no original).

Es por eso por lo que la Corte Constitucional, en sentencia T-012 de 2016, señaló que a los funcionarios

¹⁰ Numeral 8 del artículo 13 de la ley 1719 de 2014.

¹¹ Numeral 11 del artículo 13 de la ley 1719 de 2014.

judiciales que tengan a su cargo casos con esta clase de características, les corresponde:

(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la protección a las mujeres en el ámbito penal implica orientar las investigaciones a establecer el real contexto en el que ocurre un episodio de violencia, puesto 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 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.*¹²

En conclusión, la *perspectiva de género* en materia penal, en las distintas etapas del procedimiento, es la visión con la que se deben abordar las actuaciones y sus decisiones, al momento de estudiar un caso, teniendo en cuenta la desigualdad y la discriminación a la que históricamente se ha visto sometida la mujer en la sociedad –y otros grupos poblacionales–, sin que ello signifique el adelantamiento de actuaciones judiciales desprovistas de las garantías procesales o la adopción de decisiones sesgadas o con prejuicios de género.

Contrario a lo afirmado por el impugnante, lo que se pretende con el *enfoque de género*, es que la ponderación de las pruebas se realice suprimiendo todos aquellos estereotipos discriminatorios que de forma consciente o inconsciente han alcanzado la consideración de máximas de la experiencia, elevando a tal categoría lo que no son sino consecuencias históricamente asumidas de un entendimiento distorsionado de la sociedad, basado en una artificial distribución de roles, y proponiendo su sustitución por otros elementos cognitivos racionales que contrarresten la influencia de esa cultura patriarcal.

El abordaje de los casos con perspectiva de género debe ser entendido como un deber ontológico inexcusable para las

¹² CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

autoridades, con el fin de evitar sesgos y prejuicios fundados en el género. De ahí que se equivoque el recurrente al afirmar que la Corte suplió la deficiencia probatoria con una valoración de la prueba sustentada solamente en *enfoque de género*, porque si bien se advierte que los hechos tienen como víctima a una mujer, adulta mayor, viuda, se evidenció un claro desequilibrio o asimetría entre las partes que no fue atendido por las instancias regulares, trascendiendo en su desfavor al considerar que debió asumir determinado comportamiento para contrarrestar la conducta de su agresor.

Oportuno especificar que la perspectiva de género o enfoque de género no es, como desacertadamente lo señala el recurrente, una herramienta que deriva en una forma peligrosa de responsabilidad penal objetiva o que reemplaza el estándar de prueba requerido para condenar; cuando se habla de perspectiva de género, se hace referencia a criterios que permiten advertir desigualdades, en el presente caso en la valoración probatoria, que afectaron de manera directa los derechos de la víctima, sujeto de especial protección dada su condición de vulnerabilidad y evidente desequilibrio ante el agresor.

En lo que tiene que ver con la aplicación de un enfoque de género en la valoración probatoria, la Corte ha considerado:

(...) la valoración probatoria debe estar guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad

fundados en la epistemología jurídica, mientras que los estándares probatorios responden a decisiones políticas relacionadas con lo que se conoce como «distribución del error»¹³, por lo que descansa en cabeza del legislador, no del juez, la determinación del grado o nivel de corroboración o probabilidad suficiente exigido para concluir en la demostración de un determinado enunciado fáctico que comprometa la responsabilidad del procesado.

*Por tales razones, al momento de la valoración de la prueba, **la perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad, aparte, claro está, de permitir la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, lo que de hecho es bien.***¹⁴ (Negrita fuera de texto).

De lo anterior se sigue, que no es cierto que en la decisión que decidió casar la sentencia de segunda instancia, se haya flexibilizado el estándar epistemológico para condenar en procura de resguardar los derechos y garantías de la víctima; lo que hizo fue una valoración de los medios probatorios debatidos en el juicio oral despojada de argumentos estereotipados.

El impugnante, más allá de pretender justificar la conducta de su defendido en un aparente consentimiento de la víctima, o en la ausencia de pruebas de corroboración periférica, no demostró ningún error en la sentencia recurrida que haga procedente revocarla.

¹³ Elección político-valorativa relacionada con la importancia y priorización de los derechos o intereses jurídicos y, en esa medida, la asunción para el procesado, en menor o mayor medida, de los errores resultantes del razonamiento probatorio.

¹⁴ CSJ SP, 2 de Septiembre de 2020, rad. 50587.

Acertada, entonces, la decisión adoptada por esta Corporación en sede de casación conforme a los avances jurisprudenciales respecto del abordaje de los casos de violencia sexual con perspectiva de género, en tanto la señora María Odilia Henao Aristizábal, dada su situación de mujer agredida sexualmente en condición de vulnerabilidad y desproporción respecto del agresor, no le era exigible ejercer una determinada reacción para repeler la afrenta a su libertad e integridad sexuales, ni podía exigírsele manifestar su falta de consentimiento de una forma diferente a la que exteriorizó según se ha precisado.

3. Las precedentes consideraciones permiten a la Sala declarar que la sentencia de casación se soporta en una valoración razonada y acertada de la conducta ilícita y las pruebas de su ocurrencia, a partir de las cuales, aplicado un criterio valorativo -enfoque de género- pertinente al estatus de la víctima, se concluye más allá de toda duda que CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA es responsable de haber incurrido en el tipo penal de Acceso carnal violento agravado descrito en artículos 205 y 211-2 del Código Penal por el cual se le impuso condena.

Consecuencialmente, se impartirá confirmación a la sentencia de casación SP1793-2021 del 12 de mayo de 2021.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,**

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia SP1793-2021, por cuyo medio se condenó por primera vez a CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA en sede de casación en calidad de autor responsable del delito de Acceso carnal violento agravado.

SEGUNDO: Informar que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y, devuélvase al Tribunal de origen.



FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

IMPUGNACIÓN ESPECIAL
CUI 76834600018720150192102
NÚMERO INTERNO 59763
CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA


HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal @ 2022