



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

SP036-2023

Radicación No. 52629

(Aprobado Acta No 015)

Bogotá D.C., primero (1°) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ**, contra la sentencia proferida el 6 de febrero de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó el fallo absolutorio emitido el 4 de diciembre de 2017 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, para, en su lugar, condenarlo como autor responsable del delito de *acceso carnal violento*.

HECHOS

El acontecer fáctico que dio origen a la actuación penal fue presentado por el Tribunal de instancia, así:

«Hacia las 9:15 p.m. del 10 de agosto de 2016, varias personas acudieron a una reunión, que se realizó en un apartamento localizado en el barrio chapinero de esta ciudad. Entre ellas estaban Andrés Eduardo Castiblanco [28 años de edad], residente en ese inmueble, y Paula Andrea Gil Amaris [18 años de edad].

Al finalizar la reunión y cuando ya estaba en la puerta de salida del edificio, Paula Andrea se percató, que había olvidado su maleta y regresó al apartamento en compañía de Castiblanco González, éste cerró la puerta con llave, tomó a Paula Andrea de los brazos, la lanzó sobre un colchón, le bajó el pantalón y la accedió carnalmente. Inmediatamente después, Paula Andrea salió del apartamento, avisó a una amiga que la esperaba afuera, quien llamó a la policía y lo capturaron».

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 11 de agosto de 2016, ante el Juzgado 73 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se realizaron las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del señor, **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ.**

La Fiscalía le formuló imputación como autor del delito de *acceso carnal violento*; conducta descrita en el artículo 205 del Código Penal. Los cargos no fueron aceptados por el procesado a quien no se le impuso medida de aseguramiento.

2. El 9 de noviembre de 2016, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del acusado, correspondiendo su conocimiento al Juzgado 8 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

El 16 de enero de 2017, ante el Juzgado 8 Penal de Conocimiento, la representante del ente acusador formuló acusación en contra de **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ**, reiterando los cargos atribuidos en audiencia preliminar.

3. La audiencia preparatoria se celebró el 23 de febrero de 2017 y el juicio oral se adelantó en sesiones del 4 de abril, 12 de septiembre, 26 de octubre¹ y 27 de octubre de 2017, fecha última en la que se anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio.

La lectura de la sentencia de primera instancia se llevó a cabo el 4 de diciembre de 2017, el fallo fue impugnado por la delegada de la Fiscalía.

4. El Tribunal Superior de Bogotá, a través de decisión de 6 de febrero de 2018, revocó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, para en su lugar condenar al procesado como autor del delito de *acceso carnal violento* (artículo 205 del Código Penal), a la pena principal de 144 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. Adicionalmente negó

¹ Sesión de audiencia de juicio oral, en la que se reconoció a la apodera de víctimas de PAULA ANDREA GIL AMARIS.

al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, ordenando la captura del acusado.

Dentro de los términos establecidos en la ley, la defensa de **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ** interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó el correspondiente libelo. La Corte mediante auto de 8 de mayo de 2018 admitió la demanda, convocando a audiencia de sustentación, la cual se adelantó el 1 de octubre siguiente.

DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente al amparo del artículo 181 numerales 2 y 3 de la ley 906 de 2004, postuló un cargo principal y un cargo subsidiario en contra de la sentencia condenatoria de segundo grado, así:

1. Cargo principal

1.1 Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura

El recurrente al amparo de la causal invocada, acusa el fallo del Tribunal Superior de incurrir en *falsa motivación*, al revocar la sentencia absolutoria proferida por el *a quo*, desconociendo las pruebas que objetivamente conducían a absolver al procesado.

Aduce, que la decisión del *ad-quem* es violatoria del debido proceso en su estructura, al tergiversar el testimonio de la víctima y del procesado y dar por establecida la “*violencia*”, aplicando indebidamente el artículo 205 de la ley 599 de 2.000, cuando no se demostró el elemento típico de la violencia, e inaplicar los

artículos 29 y 228 de la Constitución Política, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 55 de la ley 270 de 1996 y el numeral 4 del artículo 162 de la ley 906 de 2004.

Refiere que la *falsa motivación*, se concreta en el desconocimiento por parte del Tribunal de los testimonios, ofrecidos por la defensa, —SANTIAGO MONTAÑEZ VELÁSQUEZ y ANDREA CAROLINA ORTÍZ—, al restarles mérito probatorio con ocasión de su vínculo de amistad con el acusado, y considerar como demostrativas del hecho y de la responsabilidad del acusado, la declaración de la víctima y del médico forense.

Cuestiona que a folio 13 de la providencia, el Tribunal afirmó “...*por último no suspenderá la condena, pues la pena impuesta es superior a 4 y tampoco la sustituirá por prisión domiciliaria ya que la pena mínima fijada para el delito de homicidio tentado es superior a 8 años*”, lo que en criterio del recurrente, es suficiente, para demostrar la equivocación del Tribunal, que conociendo un caso de presunto acceso carnal violento, terminó motivando un homicidio, lo que configura la ausencia o falsa motivación.

2. Cargo subsidiario

2.1. Error de hecho por falso juicio de identidad

Con base en la causal prevista en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, presenta como cargo subsidiario, la violación indirecta de la ley sustancial derivada de

error de hecho por falso juicio de identidad, en la apreciación de la prueba.

Precisa que tales vicios se configuran al valorar el testimonio de la víctima y del acusado, y en la apreciación del informe pericial de clínica forense. Insiste en que el Tribunal desconoció las pruebas indicativas, de que la relación sexual entre PAULA ANDREA GIL y el procesado, fue consentida.

Reitera el argumento, “*que sin violencia no puede haber acto sexual violento*”, y que en el proceso se probó, con distintos testimonios e incluso con el dictamen pericial del médico, que la presunta víctima había sostenido ese mismo día relaciones sexuales con el procesado y con otra persona que se encontraba en la misma fiesta, aspecto que considera trascendente, toda vez que en el desarrollo del interrogatorio la víctima refirió tres veces que no hubo violencia, aspecto que omitió el Tribunal.

En ese orden, el demandante finaliza el libelo solicitando a la Corte casar la sentencia y absolver al procesado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante

La defensa reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

2. Representante de la Fiscalía

Solicita no casar la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, toda vez que no se configuran las causales de casación invocadas en la demanda.

En cuanto a la primera causal, precisa la Fiscalía, que la misma no se verifica, toda vez que el fallo del Tribunal no adolece de motivación falsa, porque el elemento de la “*violencia*” sí se demostró, y se analizaron los actos anteriores al abuso sexual, que resultaron idóneos para someter a la víctima.

Refiere, que el elemento típico de la “*violencia*”, ha sido entendido por esta Corporación, como la verificación ex ante de la idoneidad de la acción desplegada para someter la voluntad de la víctima; ejercicio que llevó a cabo el Tribunal a través del análisis situacional de la joven, de conformidad con las manifestaciones que al respecto hizo en juicio oral y a las cuales le otorgó plena credibilidad, quien explicó de manera detallada, que nunca dio su consentimiento al procesado y que, si bien resistió de forma pasiva, lo fue por el temor que el agresor le había ocasionado.

Considera que el Tribunal fundamentó ese contexto de coacción física o psicológica, causado por el temor a la violencia, asunto que fue referido por la víctima en diferentes momentos de su intervención, así como el ejercicio de “*alguna fuerza física*” para su sometimiento y la desatención de su rechazo.

Coincide con la deducción del *ad-quem*, acerca de que el procesado ejerció coacción psicológica sobre la joven, cuando la encerró en su apartamento, a pesar de que ésta se había negado a besarle, motivo por el cual dobló su voluntad.

Frente a la lectura del folio 13, en el que él casacionista advierte un error por parte del Tribunal, al momento de señalar el delito, no de acceso carnal violento sino de tentativa de homicidio, estima la Fiscalía, que de ello no surge ningún tipo de incongruencia, respecto al resto de la motivación de la sentencia; pues en ninguna parte de las consideraciones se refiere al delito de homicidio en grado de tentativa, sino que ésta refiere al caso concreto del que se ocupó la sentencia.

Con relación al segundo cargo, descrito como *error de hecho por falso juicio de identidad*, respecto de la apreciación de los testimonios de la víctima y del victimario, afirma la Fiscalía que en la demanda no se indica, cuál es la distorsión en el juicio de identidad, bien sea por sustracción o adición y sin embargo en el ejercicio de comparación de los testimonios, se advierte que tal error de identidad no se verifica.

Para ello cita el testimonio de la víctima PAULA ANDREA GIL, –sintetizado por el Tribunal a folio 18 de su valoración– y enfatiza, en que la mencionada víctima en juicio señaló, que el procesado la agarró de las manos y que ella se negó a darle los besos, “*él lo que hizo fue besarme, intentaba quitar la cara, cuando logré quitar la cara le decía que me dejara ir*”², posteriormente al ser interrogada sobre si ella realizó algún tipo de rechazo, contestó, “*Sí, pero por temor a que me agrediera no actúe con violencia, yo le exigí por mi salud que se pusiera condón*”³.

²Minuto 28 de la sesión de juicio oral.

³Minuto 33 de la sesión de juicio oral.

Comparación que permite evidenciar que el Tribunal no tergiversó las manifestaciones de la víctima, por lo cual no puede predicarse el error de hecho invocado.

Con relación al testimonio de ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO, de igual manera, cita la intervención del acusado en el juicio oral, *“llegamos a mi apartamento y ahí pues yo le dije, abrí la puerta, ella siguió, pero pues nos cogimos de la mano, entonces yo me acerqué a ella y nos empezamos a besar, en ese momento que nos empezamos a besar, pues bueno ella igual yo, pues empezó a moverse como excitada y me dijo espérate, tienes condón, y yo le dije si, mientras fui a buscar el condón ella se quitó la ropa”*⁴, concluyendo la inexistencia de distorsión por parte del Tribunal al valorar la prueba.

Por lo que, afirma, no se trata de un cercenamiento del testimonio, sino de otorgar más credibilidad al testimonio de la víctima, que al victimario. Solicita no casar la sentencia impugnada.

3. Representante de víctimas

Peticiona que no se case la sentencia de segundo grado, por cuanto del desarrollo de los acontecimientos, se determina que las lesiones causadas a la víctima *“no fueron pasajeras”*, tal como lo determinó el perito en el juicio oral, quien enfatizó, que las lesiones de desgarro vaginal reciente, que presentaba la víctima al momento de realizarse la valoración pericial sexológica, eran compatibles con *“violencia”*, prueba contundente y válida.

⁴Minuto 54-10 segundos, de la sesión de juicio oral.

Precisa, que el perito hizo relevancia, que era imposible determinar si la víctima había tenido relaciones con varias personas la misma noche, dado que simplemente se evidenciaba un desgarró vaginal reciente, lo cual confirma la abrupta y violenta forma en la que ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO accedió a la víctima, por lo que reitera la solicitud de no casar la sentencia.

4. La representante del Ministerio Público

Aborda de manera conjunta los dos cargos promovidos en la demanda, por cuanto se basan en la misma situación fáctica, jurídica y probatoria; refiere que el casacionista considera que se da una *nulidad por falsa motivación* de la sentencia condenatoria, debido a que se probó que el delito de acceso carnal violento, había sucedido y que el autor era el señor ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ y también se encuentran inconsistencias en lo narrado por la víctima y a pesar de ello, profiere una decisión de condena.

La representante del Ministerio Público, aduce en su argumento casacional, que ve con extrañeza, *“si la acusada vio que el procesado en el ascensor, cuando iban bajando al primer piso, tenía una actuación lujuriosa hacia ella, como después, entra sola al apartamento con él y que él haya podido entrar al apartamento, cerrarlo con llave, bajar un colchón que estaba colgado en la pared, desvestirse, ir por un condón y no se escuchó en ningún momento que ella haya dado gritos de auxilio, ni qué haya existido una manifestación de ella, ya que es un aparta estudio pequeño, era un miércoles, más o menos las 9:30*

de la noche, dónde hay silencio, y habían unos compañeros en el primer piso que no escucharon ninguna manifestación”⁵.

Confronta el testimonio del doctor JAIRO LEÓN CARDONA, médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien sostuvo que efectivamente en el examen genital, no se encontraron huellas de lesión recientes que permitieran fundamentar una incapacidad médico legal⁶, y enfatizó que la presunta víctima presentaba *“himen festoneado con desgarró reciente a nivel de 11 horas del reloj, con sangrado escaso y bordes hemorrágicos, compatibles con maniobras sexuales recientes a ese nivel, que requirieron algún grado de violencia, para producir desgarró en un himen dilatado”⁷.*

Afirmando, que no puede aseverarse que el dictamen realizado por el médico forense sea el resultado de las relaciones sexuales sostenidas entre ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO y PAULA ANDREA GIL, pues quedó demostrado que la víctima también sostuvo relaciones sexuales con SANTIAGO MONTAÑEZ VELÁSQUEZ –otro amigo de ellos–; quien relato en juicio, que no realizó maniobras defensivas o de rechazo a la agresión, lo cual no es razonable en esta clase de situaciones.

Refiere al testimonio de ANDREA CAROLINA ORTÍZ, quien relata cómo iban bajando en el ascensor para ir a la recepción, el procesado, la víctima y ella, quien *“nota a PAULA ANDREA a través del espejo del ascensor, que empieza a coquetearle al procesado, le muestra su busto, se queda mirándolo y cuando llegan al primer piso, PAULA ANDREA dice se me quedó mi bolso, ANDREA CAROLINA le dice subamos por él, la víctima le dice no, quédate tú aquí yo subo con*

⁵Sesión de Audiencia de sustentación de Casación.

⁶ Minuto 17.53 de la sesión de juicio oral.

⁷ Minuto 18.37 de la sesión de juicio oral.

ANDRÉS y bajamos las cosas. Efectivamente la testigo dice que no le vio nada de malo a eso, que pensó que ellos tenían algo, por el coqueteo en el ascensor y ella se queda allí y luego se va en vista de que no bajo”.

Y cita el testimonio de SANTIAGO MONTAÑEZ, que narró cómo llegan al apartamento del procesado, diciendo *“que él estaba cerca de la javeriana, que lo llamó PAULA ANDREA, que le dijo que se tomaran una cerveza y se encontraron con varios compañeros, tomaron cerveza y luego llegan al apartamento del hoy procesado. Dice que todos subieron a la terraza del edificio, que estaban en un grado de alicoramiento subido, que él tiene relaciones sexuales con PAULA, en una esquina de la terraza, que luego bajan, se despiden porque PAULA tenía que irse para la casa, porque el papá y la mamá no le daban permiso hasta tanto tiempo y más que era miércoles, que él pensó que ya se había ido PAULA ANDREA, pero luego se da cuenta que ella estaba en la recepción llorando y diciendo que ANDRÉS EDUARDO había abusado de ella”.*

Para la representante del Ministerio Público, los testimonios de SANTIAGO MONTAÑEZ y ANDREA CAROLINA ORTIZ, son coherentes, los que, analizados con los demás elementos probatorios, generan duda razonable, la cual debe resolverse a favor del procesado.

Aseverando que le asiste razón al demandante, al decir que el Tribunal incurrió en *falsa motivación*, ya que se demostró que hay duda sobre la responsabilidad de ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO, por lo que se debe dejar en firme la decisión de primera instancia y salvaguardar el principio de *indubio pro-reo* a favor del procesado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión preliminar

En atención a que los defectos de la demanda de casación se entienden superados con su admisión, corresponde a la Sala examinar de fondo los problemas jurídicos propuestos por el recurrente; ello, de conformidad con el criterio según el cual, el recurso extraordinario, en tanto mecanismo de control constitucional y legal de las providencias judiciales, tiene por propósito, al tenor del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, hacer efectivo el derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia.

Además, al constituir el objeto de examen –por vía de la interposición del recurso extraordinario de casación—, una sentencia condenatoria proferida por primera vez en segunda instancia, la Corte debe resolver la inconformidad planteada por el defensor, en garantía al derecho a impugnar la primera condena o doble conformidad, conforme lo establece el Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018⁸, la cual se hace efectiva, una vez admitida la demanda, a través de la resolución del recurso extraordinario interpuesto.

2. Problema jurídico a resolver

Con base en los reparos formulados en contra del fallo de segunda instancia a través del recurso excepcional, el **problema jurídico a resolver** se concentra en establecer si el Tribunal Superior, incurrió en una *falsa motivación de la decisión* que derivó en la condena del acusado y si la relación sexual sostenida entre PAULA ANDREA GIL AMARIS y el acusado ANDRÉS EDUARDO

⁸Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementa el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria. CSJ, AP2110-2020, de 03 de septiembre de 2020, Rad. 34017.

CASTIBLANCO, fue consentida o, por el contrario, fue fruto de un acto de violencia desplegado por el acusado.

En ese orden, la controversia se circunscribe a la apreciación probatoria de la declaración de PAULA ANDREA GIL AMARIS, quien, como se verá, sostuvo que la conducta sexual realizada por el acusado se llevó a cabo sin su consentimiento.

3. Resolución del problema jurídico planteado

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala en primer lugar, hará referencia a los fundamentos de las sentencias de instancia, (4.1.), para en segundo lugar, hacer mención a la ocurrencia del hecho y la existencia de la conducta punible (4.2.), cuyo contraste con el restante material probatorio legalmente aducido (4.3.), permitirá concluir si el dicho de la víctima encuentra la corroboración necesaria, capaz de derruir la presunción de inocencia del procesado o, por el contrario, de tal análisis, surge duda acerca de la responsabilidad de éste, imponiéndose la revocatoria del fallo condenatorio de segunda instancia (4.4.).

4. Fundamentos de los fallos de instancia

4.1. Luego de reseñar las pruebas recaudadas, la Juez de primer grado consideró, que no era posible asegurar con la certeza requerida, que los actos desplegados por ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ constituyeron agresiones físicas y amenazas idóneas para vencer la resistencia de PAULA ANDREA GIL, y conseguir el acceso carnal, objeto de juzgamiento.

Argumentó que, confrontada la versión de la víctima con las versiones proporcionadas por los testigos de descargo, no era posible colegir que el acusado efectivamente desplegó actos de violencia que derivaron en el acceso carnal que se le atribuyó, pues el simple hecho que hubiese sido “*tomada de las manos*”, no tenía la connotación de violencia física y menos aún resultaba idóneo para doblegar la voluntad de la víctima, resolviendo la absolución del procesado en aplicación del principio constitucional *in dubio pro reo*.

4.2. En contrario, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, revocó la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado de Conocimiento de Bogotá, luego de considerar:

Que no se discute que, entre el acusado y PAULA ANDREA GIL, existió una relación sexual la noche del 10 de agosto de 2016.

Para el *ad-quem* el relato de la víctima es creíble, en atención a la valoración de las circunstancias concomitantes, a partir de las cuales se evidenció que PAULA ANDREA GIL fue forzada a mantener una relación sexual no consentida con el acusado, y las pruebas de la defensa no tienen la idoneidad suficiente para sustentar una hipótesis alterna de los hechos, como para generar duda probatoria insalvable a favor del procesado.

Concluyó probado el tipo penal objetivo y subjetivo del artículo 205 del Código Penal, derivando de ello la declaración de responsabilidad penal y condena en contra de ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ.

4.3. Análisis de los cargos

Advierte la Corte que, los cargos planteados por el casacionista, principal y subsidiariamente, proponen un problema jurídico de naturaleza probatoria, orientado a determinar: si en el curso de los acontecimientos se consumó una relación sexual entre PAULA ANDREA GIL y ANDRÉS CASTIBLANCO y, si ese encuentro sexual ocurrió bajo su consentimiento o, por el contrario, fue fruto de un acto de violencia desplegado por el acusado.

4.3.1. Plantea el casacionista, en la exposición del cargo principal, que el Tribunal incurrió en *falsa motivación y violación del debido proceso*, al ignorar las pruebas de descargo, indicativas de que la relación sexual entre ANDRÉS CASTIBLANCO y la joven PAULA ANDREA GIL fue consentida, con base en este primer cargo solicita se case la sentencia y se profiera fallo de reemplazo que deje en firme la decisión de primer grado.

La Jurisprudencia de esta corporación, ha precisado acerca de *la violación del deber de motivación*.

*«La jurisprudencia de la Sala tiene establecidas como situaciones que pueden dar lugar a **la nulidad de la sentencia por violación del deber de motivación**, la ausencia absoluta de ella, la incompleta o deficiente, la equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente y finalmente **la sofística, aparente o falsa**, ocurriendo la primera (ausencia de motivación), cuando el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión; la segunda (motivación incompleta), si deja de analizar uno cualquiera de dichos supuestos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su sustento; la*

tercera (equivoca), cuando los argumentos que sirven de apoyo a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o las razones que se invocan contrastan con la decisión tomada en la parte resolutive y la última (**sofística**), **si la sustentación expuesta por el fallador contradice en forma grotesca la verdad probada**, así como que los tres primeros vicios constituyen en estricto rigor técnico un error in procedendo y el cuarto uno in iudicando, de modo que la vía de ataque de las primeras es la causal tercera y de la última, la primera, cuerpo segundo (violación indirecta).

Es evidente, por eso, que él recurrente equivocó la senda de ataque porque alegada la motivación sofística o falsa, entendida como aquella aunque inteligible, equivocada debido a **errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona, o desborda los límites de racionalidad en su valoración**, debió postular una violación indirecta de la ley sustancial con arreglo a la causal primera, más aún si como en este caso se afirma por el libelista la omisión en analizar las pruebas de inocencia de su defendido»⁹.

Y en sentencia CSJ SP. Mar. 16 de 2018 Rad. 51743:

«En efecto, pregona la nulidad de la decisión por **falsa motivación**, con lo cual desconoce que ésta, a diferencia de las demás modalidades de esta categoría de irregularidades que configuran vicios de procedimiento (motivación ausente, deficiente o ambivalente), **se estructura a través de un error de juicio que, por ende, no conduce a la anulación de la actuación, sino que conlleva la emisión de una determinación sustitutiva**¹⁰.

No obstante, el recurrente en la postulación del cargo no logra demostrar, que la decisión adoptada por el Tribunal

⁹CSJ SP., abr. 11 de 2018. Rad. 49433.

¹⁰CSJ, SP, 4 sep. 2003, rad. 17257, reiterada en SP 7 feb. 2007, rad. 23331.

contrarió la realidad que evidencian las pruebas, o se sustentó en una motivación ausente o dilógica, como lo señala el casacionista.

El ejercicio argumentativo del Tribunal consistió en dar credibilidad a la declaración de la víctima y restárselo a los testimonios de SANTIAGO MONTAÑEZ y ANDREA CAROLINA ORTÍZ, por estimarlos poco creíbles, con ocasión del vínculo de amistad que existía entre estos y el procesado.

Por su parte, el Tribunal, valorando las mismas circunstancias, en las que hace énfasis el recurrente, arribó a conclusiones contrarias, para revestir de poder demostrativo el testimonio de PAULA ANDREA GIL, quien sostuvo que nunca dio su consentimiento para tener una relación sexual con ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ.

Así, el fallo de segundo grado se sustentó en el testimonio de la víctima, cuyo contenido fue fielmente apreciado por el Tribunal, en lo relativo a la afirmación de que no quería tener relaciones sexuales con el acusado, de donde dedujo la materialización de un acceso carnal violento, mediado por violencia moral. Así lo indicó el *ad-quem*:

«d. Para el Tribunal este relato es creíble: evidencia que Paula Andrea fue forzada a mantener una relación sexual no consentida y, por lo tanto, constitutiva de acceso carnal violento. En efecto, han pasado los tiempos en que de la mujer se demandaban esfuerzos heroicos de resistencia para que su oposición a una relación sexual no consentida se asumiera como constitutiva de esa conducta no consentida. Hoy por fortuna, las cosas son diferentes: si en verdad se reconoce a las mujeres como seres con capacidad de autodeterminación, las decisiones que tomen al disponer de su sexualidad deben respetarse. Por ello se dice que,

como cualquier otro ámbito de la vida civilizada, también en aquel, “no significa no” y que “solo si significa si”. Y si otra persona irrespetea esas decisiones y somete a una mujer a un contacto de ese tipo sin su consentimiento, le niega su capacidad de autodeterminación, le desconoce su dignidad de ser humano, la cosifica e incurre en una conducta penalmente relevante.

“e. La incriminación que hizo PAULA ANDREA en contra del acusado se torna más creíble aún si se tienen en cuenta varias circunstancias concomitantes: en el contexto propio de este caso no es probable que haya estado dispuesta a sostener una relación sexual con una persona desconocida y a la que solo se había dirigido una vez para pedirle prestado el baño; su alteración por el acceso de que fue víctima fue de tal magnitud, que salió del apartamento sin llevar su maleta que era el motivo por el cual había regresado a ese lugar, y además cuando bajó, de forma inmediata y con una alteración evidente, le informó lo sucedido a su amiga Adriana.

“f. El Tribunal no discute que en el testimonio de PAULA ANDREA se advierten varias inconsistencias, pero todas son explicables: su sola contrariedad con el testimonio de otro testigo, como luego se verá; no basta para afirmar que no fue novia de SANTIAGO MONTAÑEZ; es irrelevante que no tenga claro si el acusado era primo de esta persona o de otro sujeto de nombre Harold y también lo es que hayan aludido a aquel con el nombre de OSCAR, pues indistintamente de ello, lo reconoció con claridad y sabía su apellido.

“g. Por último, que el acusado haya bajado un colchón que estaba sujeto a la pared y haya utilizado un preservativo, no son razones suficientes para desvirtuar la incriminación: la puerta estaba cerrada con llave, PAULA ANDREA no podía salir y como el acusado no respetó su decisión, sino que forzó las cosas para propiciar el contacto sexual, tuvo el cuidado de tomar una medida que al menos minimizara el daño y le evitara un embarazo o la transmisión de una enfermedad. Para el Tribunal, una petición que una víctima le hace a su agresor, en el sentido que utilice un preservativo, no puede tomarse sin ninguna otra consideración como el consentimiento de una relación sexual».

De los anteriores argumentos la Corte no advierte una falsa motivación, las razones probatorias que soportan el fallo de condena no riñen con el contenido del medio de convicción base

de la sentencia. El hecho de que el Tribunal restara mérito a la prueba ofrecida por la defensa no significa que haya desconocido la virtud del medio probatorio, dado que también el sentenciador expuso los motivos por los que no otorgaba credibilidad a esos testimonios.

Aspecto diverso, es que el demandante no esté de acuerdo con el alcance asignado a los medios de convicción por el Tribunal y pretenda imponer su hipótesis sobre lo sucedido, con base en las pruebas a las que el fallador restó poder demostrativo.

Finalmente, tampoco tiene incidencia que el *ad-quem* hiciera alusión, en el acápite final de su decisión, al delito de homicidio culposo, al pronunciarse sobre el subrogado penal de la ejecución condicional de la ejecución de la pena. Se trata de un error sin trascendencia alguna sobre el contenido sustancial de la decisión o con la entidad suficiente para predicar alguna afectación a los derechos del procesado o de alguna de las partes.

Conforme con lo anterior, el cargo de nulidad por motivación falsa, no prospera.

4.3.2. En orden a resolver el cargo subsidiario, por violación indirecta de la norma sustancial

La Corte referirá al testimonio de PAULA ANDREA GIL AMARIS, –víctima de los hechos–, quien, en desarrollo de la etapa probatoria del juicio oral, describió:

«[...] Nosotros fuimos a tomar al apartamento del primo de Harold, el plan inicial no era estar ahí tomando, lo que pasa es que yo

estaba con mi amiga –María Alejandra–, y estábamos comprando licor, y pues nos dieron ganas de ir al baño, y Harold dijo que muy cerca de donde estábamos vivía un primo de él que nos podía prestar la casa, para que nosotras pudiéramos entrar al baño, entonces fuimos. Con nosotras subió Harold, Santiago, Alejandra y yo... Ya después, nos quedamos en ese lugar, luego llegaron otras personas que desconozco el nombre, todos nos fuimos a la terraza y allí permanecemos hasta las 10:00 o 10:30 p.m. A esa hora mi amiga Alejandra se quería ir ya y entonces bajó a la portería a pedir un Uber, y yo bajé con ella, –corrige– bajé después de ella y me dijo que mi maleta se había quedado arriba, cuando me iba devolver por ella, “Oscar” bajó detrás de mí y me dijo que me iba a acompañar por mi maleta.

En el ascensor, él –Oscar– insistentemente me pidió que lo besara, pero yo me negué, sentí que el ascensor se detuvo antes de llegar a la terraza, le pregunté por qué y él me contestó que la maleta estaba en el apartamento. Al entrar a éste, él cerró la puerta con llave, quitó las llaves, me besó a la fuerza, me tomó de las manos, yo lo eludí varias veces, le pedí que me dejara salir y que me diera mi maleta, pero él me dijo que me quedara un ratito con él. Después bajó un colchón que estaba fijado a la pared, me bajó el pantalón, y abusó de mí. Luego le pedí que abriera la puerta y salí del apartamento. Al llegar a la recepción estaba muy alterada, y apenas le pude decir a mi amiga María Alejandra, lo que había pasado, llamé a Santiago –su novio– para que bajara mi maleta y en ese momento bajaron las demás personas que estaban en la terraza, le dije a Alejandra que nos fuéramos, pero mi amiga llamó a la mamá que es abogada y a la policía, después llegaron los uniformados, escucharon su relato y capturaron al agresor [...]»¹¹.

En este orden, PAULA ANDREA GIL AMARIS afirmó ser víctima de un acto de violencia sexual.

¹¹Sesión de audiencia pública adelantada el 26 de octubre de 2017.

Por su parte el acusado, **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ**, en la etapa probatoria del juicio oral, relató:

«A mi apartamento llegaron Harold, Santiago, Paula Andrea y una amiga de ésta, luego lo hicieron otras personas, estuvimos un rato ahí y nos fuimos a la terraza. Explicó que, a la amiga de Paula Andrea, se le bajó el azúcar, motivo por el cual él bajó por agua y galletas. Cuando regresó, la amiga de Paula Andrea dijo que se tenía que ir, buscaron a Paula y la encontraron teniendo relaciones sexuales con Santiago, en un “metidito” de la terraza. Después, él, Andrea y Paula, tomaron el ascensor, al llegar al primer piso, Paula Andrea dijo que había olvidado la maleta y subió al apartamento con él. Al llegar al apartamento, se tomaron de las manos, se besaron, ella le preguntó si tenía condón, él dijo sí, fue a traerlo y después tuvieron sexo, le dio \$10.000 para un taxi y ella se fue. Sin embargo, momentos más tarde, cuando todos se iban, la encontró llorando en la recepción y diciendo que él la había violado»¹².

El acusado refiere que el acto sexual fue consentido.

Encuentro sexual que no fue debatido, en las instancias, ni por el recurrente, quien aceptó sin reparos la presencia de la víctima en ese lugar.

Acontecimiento que se encuentra lo suficientemente acreditado, no solo porque el dicho de la víctima es merecedor de total credibilidad, en razón a su claridad y coherencia, sino porque encuentra respaldo en pruebas de corroboración, que dejan en claro que la noche del 10 de agosto de 2016, se desarrolló una conducta de carácter sexual en el apartamento

¹²Sesión de audiencia pública adelantada el 27 de octubre de 2017.

del acusado, como se verá, de la explicación vertida en el juicio por el médico forense JAIRO LEÓN ORREGO.

En consecuencia, para la Sala resulta indiscutible que: i) el día 10 de agosto de 2016, PAULA ANDREA GIL AMARIS y ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ se encontraban en el apartamento del acusado; ii) que PAULA ANDREA GIL ingresó al apartamento de ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO, en búsqueda de su bolso; y, iii) que allí adentro, en un colchón plegable, se produjo un encuentro sexual entre el acusado y la víctima, el cual incluyó el acceso carnal por vía vaginal.

4.4. Consideraciones sobre la ocurrencia del hecho y la conducta punible

4.4.1. Del consentimiento de PAULA ANDREA GIL AMARIS y su corroboración con las demás pruebas aducidas en juicio

Plantea el casacionista, que el Tribunal incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, al valorar el testimonio de la víctima y del acusado, y apreciar el informe pericial de clínica forense; desconociendo las pruebas indicativas, de que la relación sexual entre PAULA ANDREA GIL y el procesado, fue consentida.

Por su parte la representante del Ministerio Público como no recurrente, agrega, la confluencia de duda probatoria a favor del procesado, fundada en la ausencia de actos de resistencia física o de manifestaciones verbales de oposición o llamados de auxilio, por parte de la víctima, de quien afirma no se opuso a la conducta sexual en la que se vio involucrada el acusado ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO.

Argumentos que desde ya se advierten, sustentados en una doctrina jurisprudencial superada, que, si bien refieren, que, para predicar la violencia sexual, no se requiere de «*actitudes heroicas*» por parte de la víctima, **sí de una resistencia seria y constante que ofrezca «un resultado no consentido y seriamente rechazado».**

Así lo enfatizó el casacionista, citando a CARRARA¹³, en su censura, al decir:

“Esa fuerza debe ser capaz de vencer la resistencia normal de una persona, esa resistencia debe ser seria y constante, no simulada para demostrar honestidad, sino que sea la expresión de una voluntad inequívocamente adversa. La simple negativa no es suficiente para estimar resistencia. La actitud de rechazo de la mujer es un fenómeno natural, una especie de afrodisiaco de que se vale la naturaleza para excitar el deseo del varón y provocar el acoplamiento de la pareja. Esa resistencia natural no es seria sino provocada por la naturaleza, por lo que la mujer le place ese asedio racional...”

El tipo penal 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 reiteradamente que, en aquellos 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 de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en

¹³Cita utilizada por el recurrente, CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II, Bogotá, Temis, 1981, pág. 254. Folio 43 del C.O.2.

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.¹⁴

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 (es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor.¹⁵

Así mismo, subrayó en lo concerniente al ingrediente normativo de la violencia, que dicho elemento «[...] no se desvirtúa ante

¹⁴CSJ SP, 23 Sep. 2009, rad. 23508.

¹⁵Ibidem.

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)»¹⁶.

Criterio, que encuentra sustento legislativo, en el numeral 2 del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, aplicable a los hechos¹⁷, mediante el cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, consagrando 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 la citada ley, 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:

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.

¹⁶Ibídem. En el mismo sentido, CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 21691.

¹⁷Ley que entró en vigencia el 18 de junio de 2014.

3. El Juez o Magistrado no admitirá pruebas que propicien discriminaciones por razones religiosas, étnicas, ideológicas, políticas, u otras.¹⁸(Énfasis de la Sala).

De lo que se deriva, que 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.

Al respecto esta Corporación ha explicitado:

[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»¹⁹, **jamás estableció deberes de***

¹⁸Antecedente legislativo, la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, o Ley de Víctimas, artículo 38, por medio de la cual dictó 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).

¹⁹ CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413.

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.²⁰

De ahí, que las condiciones en que se desarrollaron los presentes acontecimientos permiten identificar con claridad un evento de violencia contra la joven-mujer, en la medida en que el autor de la conducta actuó con el claro propósito de someter a su víctima a una agresión sexual en virtud de su condición. 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.

Para ilustrar de mejor manera el alcance de lo sucedido, estima la Sala de interés recoger los principales apartes de la declaración de PAULA ANDREA GIL AMARIS ²¹, que dan cuenta de la agresión sexual, así:

«La reunión se acabó porque mi amiga Alejandra se quería ir, entonces bajé a la portería a pedir un Uber, yo bajé después de ella y me dijo que mi maleta se había quedado arriba, cuando me devolví por ella, “Oscar” –con ese nombre identificó la víctima al procesado– bajó detrás de mí y me dijo que me iba a acompañar por mi maleta.

En el ascensor insistentemente me pedía que lo besara, a lo cual yo me negué, mientras subíamos a la terraza. Me pidió que lo besara. Cuando el ascensor paró le dije por qué y me dijo que la maleta se había quedado en el apartamento de él. Nos dirigimos allá, cerró con llave, estaba oscuro, no sé dónde dejó la llave.

Estando encerrada me empezó a besar a la fuerza y pues abusó de mí hasta que pude salir y me pude ir (...) Me agarró de las manos y no me dejaba ir para ningún lado no me

²⁰ CSJ SP-12161-2015, 9 sep. 2015, rad. 34514.

²¹ Audiencia de juicio oral y público, sesión 1,23 jun. 2016, C.D. min. 00:31:49.

dejaba mover. Entré en estado de shock y no supe cómo reaccionar (...)

Lo que hizo fue besarme, yo le corría la cara. Me decía que me quedara que yo le gustaba mucho que le parecía muy linda que por favor no me fuera.

Bajó el colchón, me bajó el pantalón, me penetró y después simplemente me dejó salir. Yo me subí el pantalón, le dije que por favor me abriera la puerta que me tenía que ir, fui al ascensor y abajo estaba mi amiga. Yo estaba muy alterada y como me tenía que ir, llamé a Santiago para que me bajara la maleta y ahí bajó el resto de personas que estaban con nosotros. Santiago me bajó la maleta. (Énfasis de la Sala).

Sobre, sí ella, realizó algún tipo de rechazo, precisó:

“Mmmm, si, pero por temor a que me lastimara a que me agrediera no actué agresivamente, pero si le supliqué que me dejara ir”.

Al ser contrainterrogada, indicó:

«Yo le exigí el condón porque ya no podía hacer nada, él estaba encima de mí yo tenía los pantalones abajo, en medio del susto que tenía yo lo único que le dije es que usara condón».

Se ha referido en esta decisión, que es un hecho incuestionable el encuentro sexual entre PAULA ANDREA GIL y el acusado, conclusión a la que se llegó no solamente por la claridad que en ese sentido ofrecen el testimonio de la víctima y del procesado, sino porque además existe evidencia científica que corrobora ese hecho, al respecto:

El Doctor, JAIRO LEÓN ORREGO, médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, con quien se incorporó como prueba el dictamen médico legal sexológico Nro. 10616C-2016 del 11 de agosto de 2016²², en cuanto a los

²² Informe técnico médico legal sexológico No UBAM-DRB-10616C-2016, folio 29 C.O.1.

hallazgos relevantes en el examen de la víctima, relacionados con la violencia, explicó:

*“Por definición el himen dilatable, es aquel que puede aumentar su diámetro, su tejido es elástico, y puede abrirse más de su diámetro normal, para permitir el paso de un pene erecto. La característica de este himen es que es elástico, que puede ampliar su diámetro, permite que, en la mayoría de los casos, así sea en contra de la voluntad, la mayoría de las veces puede pasar un pene sin que haya desgarro, **sin embargo, en este caso se encontró, un desgarro reciente, que es el que está descrito y en este caso, es muy probable que haya requerido algún grado de violencia, para vencer la resistencia de un himen que de por sí es dilatable o elástico.**”²³ (Énfasis de la Sala).*

Sobre, las lesiones externas en el área extra genital, afirmó,

*“No se encontraron huellas de lesión al momento del examen, que permitan fundamentar una incapacidad médico legal y como ya dije en este caso, un himen festoneado con desgarro reciente a nivel de las 11 del reloj, con sangrado escaso y bordes hemorrágicos, compatibles con maniobras sexuales recientes a ese nivel **que requirieron algún grado de violencia para producir desgarro en un himen dilatable...**”²⁴. (Énfasis de la Sala).*

Quien, al ser contrainterrogado especulativamente, por la defensa, sobre, ¿Cuáles serían los hallazgos en un himen dilatable, en aquellos casos en los que, en una misma noche, se

²³Sesión de juicio oral, Minuto16:37.

²⁴Sesión de juicio oral, Minuto18:37.

sostienen relaciones sexuales con dos personas diferentes?, contestó:

*“...Un himen dilatable, de una persona de 18 años, es un himen completamente adaptado, para permitir la introducción de un pene erecto, obviamente, **bajo condiciones normales y aceptadas, sin que sufra ningún desgarro, ya que la lubricación, y la elasticidad del himen permiten el paso de un pene sin que haya ningún tipo de lesión,** de lo contrario, obviamente no se podría tener relaciones sexuales, porque en los casos en que se dieran desgarros, habría dolor. En el caso de presentar lesiones, pues lo más probable, es que sea en el caso, en que se haga en contra de la voluntad de la persona, a la fuerza, **sin un proceso previo en el que se de paso a todos los cambios normales de la mujer, como la lubricación...**”²⁵. (Énfasis de la Sala)*

La prueba obtenida del examen sexológico da cuenta con certeza de los hallazgos obtenidos en el área anatómica vaginal de la joven mujer y que, conforme a la opinión pericial del experto, responden a un **contexto de violencia sexual**, lo que resulta coherente con la manifestación de la víctima sobre el trato no consentido que recibió del agresor.

La fuerza persuasiva de esta prueba pericial, dimana de su validez científica, aspecto que fue ampliamente fundamentado por el profesional de la medicina que la ejecutó, quien interpretó y comunicó el hallazgo de tal prueba en el juicio; elemento de convicción racional que afianza y corrobora en su contexto la verosimilitud del testimonio de la víctima PAULA ANDREA GIL, en

²⁵Sesión de juicio oral, Minuto 27:17.

relación con el hecho concreto, que se pretende dar por demostrado, esto es –la existencia de un encuentro sexual entre la víctima y el acusado ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ, sin el consentimiento de aquella–.

Ahora bien, el debate se suscita especialmente sobre la determinación de si esa unión sexual fue un acto consentido por PAULA ANDREA GIL AMARIS o, por el contrario, fue violento en la medida en que su voluntad fue forzada para la consumación de la conducta.

La narración de PAULA ANDREA GIL AMARIS se advierte precisa y sin exageraciones. Ella relató con claridad cada una de las circunstancias que gobernaron los hechos, desde que llegó al apartamento del acusado en compañía de su novio y amigos hasta que lo abandonó después de lo sucedido, quien como lo señala el Tribunal de Instancia, no fue interrogada, sobre las circunstancias abordadas por los testigos de la defensa, esto es, con quién bajó en el ascensor, en dónde dejó su bolso, ni sobre el encuentro sexual que previamente había sostenido con su novio SANTIAGO MONTAÑEZ.

Aspectos que, si bien contribuían a detallar las circunstancias concomitantes a los hechos, no alteran el devenir fáctico, ni justifican la conducta del agresor, pues de ser cierto que sostuvo relaciones sexuales previas con SANTIAGO MONTAÑEZ, quien dice era su novio, o que la víctima le coqueteó al acusado en el ascensor, eso no incide, ni altera la materialidad de la conducta aquí discutida.

Encuentra la Sala que, en los aspectos sustanciales del hecho, lo declarado por la víctima es coherente y ajustado a la razón, es decir no se observa un relato inverosímil, fruto de la fantasía o de la fabulación, tampoco se estableció que la víctima tuviera algún interés particular en perjudicar al acusado.

Si bien algunos aspectos de su relato han sido discutidos como improbables, por la defensa y la representante del Ministerio Público, como el hecho de que, *“el agresor la tomara de las manos, bajara el colchón plegable de la pared, le quitara parte de la ropa, utilizara un condón, y la accediera vía vaginal”*.

La Corte no observa inverosimilitud en la ejecución de esa maniobra; tomarla de las manos como mecanismo de dominación y al tiempo realizar los actos referidos por la declarante, son condiciones físicas que podía desplegar el acusado y que no se excluyen entre sí.

Al ser interrogada acerca de lo que ella hacía, mientras el procesado bajaba el colchón, contestó:

“Él me tenía agarrada de la mano, igual no hubiera podido salir porque el apartamento estaba con llave (...) No le di mi consentimiento para la relación...”

En ese contexto de los hechos, surge evidente para la Corte la ausencia de consentimiento de PAULA ANDREA GIL, en la realización de los hechos, pues sumado a que el agresor se valió de un entorno de coacción, para someterla y obtener su cometido sexual, ella no hizo ninguna manifestación que permitiera inferir su complacencia con el encuentro sexual.

Lo primero, porque el acusado ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO, desplegó sobre la víctima actos físicos de dominación, claramente dirigidos a doblegar su voluntad, no otra cosa se desprende del hecho de que una vez ingresó al apartamento, cerró la puerta con llave, guardó las llaves, la tomó de las manos, la besó, no le permitió salir, la despojó de su pantalón, lo que le impedía hacer alguna manifestación física de oposición, por eso manifestó que:

«...por temor a que me lastimara a que me agrediera no actué agresivamente, pero sí le supliqué que me dejara ir».

Lo segundo, porque la intempestiva conducta desarrollada por el procesado cuando supuestamente le iba a entregar su bolso, desencadenó un estado de inhibición emocional²⁶ en PAULA ANDREA GIL, que le impidió exteriorizar con alguna vehemencia su contrariedad con lo sucedido.

Sobre esto último, expresó:

“me bajó el pantalón, quedé en estado de shock y no supe cómo reaccionar, fue una situación por la que nunca había pasado, me opuse, pero no de forma agresiva, porque tenía miedo que él me lastimara, cuando me di cuenta de que no podía hacer nada, le pedí que usara condón y él me accedió vaginalmente...”

Con lo anterior queda demostrado el desacierto del casacionista, al decir, que *“estas situaciones no demuestran en ningún momento una violación, lo que demuestran es un galanteo y un ruego para tener una relación sexual, un juego erótico, donde jamás existió violencia **y si hubo en algún momento una negación no fue***

²⁶CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, Rad. 43880.

sería, fue la resistencia normal, tanto así que en más de tres oportunidades manifestó No No No, al referirse al uso de la fuerza o violencia o rechazo de parte de ella (Negrita y mayúscula original).

Se puede concluir, entonces, que el procesado ANDRÉS CASTIBLANCO ejerció una coerción física y moral sobre PAULA ANDREA GIL AMARIS idónea para doblegar su voluntad y someterla a sus designios.

Pero si ello no fuera concluyente, para acreditar la acción violenta ejecutada, igual no puede sostenerse que de la aparente pasividad de PAULA ANDREA, o del pedido de la víctima de utilizar preservativo, se pudiera inferir su consentimiento o conformidad sobre la actuación libidinosa del acusado. Mucho menos gravitar sobre ella la responsabilidad de lo que sucedió porque, según sustentó el casacionista, *«lo que hubo fue una resistencia simulada, una supuesta lucha falsa, que terminaron [sic] en caricias, una travesura que terminó en una relación sexual consentida y cuando reaccionó Paula Andrea, ya era tarde, se asustó de lo que ella misma había hecho y trató de justificar ante su amiga»*.

Las consideraciones del casacionista y de la representante del Ministerio Público son inadmisibles en tanto acuden a claros prejuicios de género, cuando sostienen que *“si la acusada vio que el procesado en el ascensor, cuando iban bajando al primer piso, tenía una actuación lujuriosa hacia ella, cómo después, entra sola al apartamento con él y que él haya podido entrar al apartamento, cerrarlo con llave, bajar un colchón que estaba colgado en la pared, desvestirse, ir por un condón y no se escuchó en ningún momento que ella haya dado gritos de auxilio, ni que haya existido una manifestación de ella, ya que es un aparta estudio pequeño, era un miércoles, más o menos*

las 9:30 de la noche, donde hay silencio, y habían unos compañeros en el primer piso que no escucharon ninguna manifestación”.

Un razonamiento en tal sentido revela un sesgo discriminatorio hacia la mujer. 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 la que se ha visto sometida la mujer y deja de lado considerar que el reproche penal se dirige a quien causa la afrenta del derecho tutelado, no a quien lo sufre.

Ninguna conducta en particular podía demandarse de la víctima, quien no reveló de manera explícita su aprobación para participar en el acto sexual provocado a instancias del acusado. Menos aún podía exigírsele reacciones impetuosas o determinantes de defensa física, en guarda del bien jurídico que le era quebrantado.

Era al autor del comportamiento contrario a derecho a quien se le exigía, conforme a la norma de prohibición inserta en el tipo penal, una conducta respetuosa del bien jurídico tutelado, pues se reitera, buscar la prueba sobre la ausencia de consentimiento en quien fue víctima y no en los datos objetivos de la conducta del agente activo, contribuye a revictimizar a la mujer y atribuirle obligaciones de protección sobre sus bienes jurídicos, no previstas en la ley penal, ante el ataque que ella no promovió.

De tal manera que la objetividad de los hechos evidencia que PAULA ANDREA GIL no consintió lo sucedido. De parte de ella

resulta comprensible que su pasiva respuesta física y emocional ante lo acontecido estuviera condicionada por el estado de inhibición emocional, de angustia y temor por lo que estaba ocurriendo, según lo manifestó. Y, en todo caso, ninguna razón objetiva reveló que su comportamiento, fuera aquiescente.

Ahora bien, desde la perspectiva del acusado es injustificado aducir, que la víctima lo sedujo y que él solo respondió a la complacencia de ella con su comportamiento. A quien no sólo condujo a un ambiente de coacción controlado por éste –su apartamento– bajo el pretexto de entregarle su bolso y se prevaleció de su confianza, sino que la abordó en su intimidad y la redujo físicamente hasta lograr el cometido de accederla carnalmente.

Desde el aspecto subjetivo del tipo penal, es inadmisibile que, en el contexto de los hechos, existiera alguna discordancia entre lo que ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO se representó y lo realmente ocurrido. Su actuación evidencia que actuó bajo el conocimiento de que realizaba una acción aflictiva del bien jurídico protegido, de la libertad e integridad sexual de la joven.

Basta para ello destacar que desde un comienzo el procesado tomó precauciones que aseguraron la comisión de la conducta, estas fueron: cerrar el apartamento con llave, guardar las llaves, tomarla de las manos, ignorar su pedido de que la dejara salir, concebir un contexto de intimidación, con la clara intención de evitar que ella hiciera manifestaciones de rechazo, para alertar a sus amigos, quienes se encontraban en la recepción del edificio –6 pisos abajo– y a su novio que se encontraba en la terraza, o que

pudiera ofrecer alguna resistencia física que le impidiera lograr su cometido.

Pero, además, no es posible afirmar que se trató de una relación consensuada, aprobada, cuando fue un acontecimiento enmarcado en una relación claramente asimétrica, y donde las intenciones del acusado no coincidían con los propósitos de la víctima; pues, se reitera, la víctima subió por su bolso, el procesado era una persona desconocida para ella, tanto así, que la víctima en el desarrollo del juicio oral, lo llama “Oscar”, a quien reconoce en juicio, pero no recuerda su nombre.

En ese contexto, son insostenibles las afirmaciones exculpatorias del acusado, que sostienen que de alguna manera PAULA ANDREA GIL AMARIS provocó el encuentro sexual, quien al respecto señaló “*a mi me pareció lanzada, insinuante y estaba flirteando con él*”. Y es que aún, si así hubiera sido, tales señales no son, en ningún caso, una patente de curso, para estimarlas como una especie de autorización implícita de una relación sexual.

En contrario, lo que aparece es que el acusado de manera consciente y voluntaria decidió ignorar las expresiones de rechazo, que ella manifestó, como voltear su cara, “*suplicarle que por favor la dejara salir*” y resistir al hecho, aspectos que eran suficientes manifestaciones expresas de voluntad, contraria a participar en un encuentro sexual con su victimario.

En un pensamiento contrario, como el expuesto por el recurrente o la representante del Ministerio Público, subyacen claros preconceptos machistas, según los cuales, sí una mujer no se resiste con vehemencia a una iniciativa sexual del hombre es

porque consiente en ella y, por lo tanto, debe soportar las consecuencias de ese rol, asignado cultural y socialmente²⁷.

Tampoco puede deducirse la aquiescencia de la víctima, sí como en el presente caso, en medio de la agresión sexual le pide o exige al victimario el uso de un preservativo, pues tal comportamiento puede obedecer, como razonó el Tribunal, a la elección del mal menor en el contexto de la agresión, o a la simple resignación ante lo inevitable a causa de la fuerza e idoneidad de la coacción.

Es así como, el acusado 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 PAULA ANDREA GIL, sin atender a su voluntad era de por sí una vía de hecho constitutiva de violencia.

No existen elementos de convicción que tengan la fuerza suficiente para contradecir la declaración de la víctima, pues si bien al juicio comparecieron los testigos de descargo, SANTIAGO MONTAÑEZ y ANDREA CAROLINA ORTÍZ, quienes declararon sobre circunstancias asociadas a los hechos, –las relaciones sexuales previas sostenidas entre SANTIAGO y PAULA en la terraza del edificio, y los aparentes coqueteos entre PAULA y el acusado–; los mismos no tienen la entidad suficiente para restar poder demostrativo al relato de la víctima.

Contrario a ello, los hallazgos del dictamen sexológico, realizado por el perito experto, respaldan el relato de la joven

²⁷ Tomado de Revista La Cibeles, Bonino Luis, 2014, Los Micromachismos.

víctima, quien dio cuenta de la violencia utilizada en el encuentro sexual, quien, al respecto, señaló:

“...sin embargo, en este caso se encontró, un desgarramiento reciente, que es el que está descrito y en este caso, es muy probable que haya requerido algún grado de violencia, para vencer la resistencia de un himen que de por sí es dilatado o elástico”.

Finalmente, es preciso destacar que la versión de lo sucedido por PAULA ANDREA GIL tampoco logra ser infirmado por el hecho de que mientras ocurría el incidente sexual dentro del apartamento del acusado, ella no gritara, o de alguna manera alertara o pidiera auxilio, lo que no se advierte extraño, si se tiene en cuenta que el acusado intimidó a su víctima encerrándola en el apartamento, controlando el espacio en que se encontraban.

En suma, ninguna de estas circunstancias, apreciadas con la versión de la víctima y la prueba científica practicada en el juicio, tienen el valor persuasivo necesario para edificar una duda razonable a favor del acusado ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ.

Y en ese contexto no debe pasarse por alto la inmediatez de la denuncia de los hechos. No se trata de una denuncia tardía o de una rememoración espontánea de hechos pasados en el tiempo, sino de una queja inmediata ante su amiga y luego ante la Policía Nacional, que al instante tomaron cartas en el asunto. Esa circunstancia permite dotar de credibilidad el relato, en tanto transmitió su angustia y alteración ante terceros en secuencia inmediata al ataque.

Por último, la Corte reitera, la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género, la cual debe ser entendida como un deber ontológico inexcusable para las autoridades, con el fin de evitar sesgos y prejuicios fundados en el género²⁸.

Conclusión

En este orden, conforme lo concluyó el *ad-quem* en el fallo censurado, con fundamento en las pruebas presentadas en juicio y hasta aquí destacadas, verifica la Sala la demostración en el presente caso, del tipo objetivo del delito de *Acceso carnal violento*, descrito en el artículo 205 del Código Penal por el cual se le impuso condena a **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ**.

Así lo permiten concluir, más allá de toda duda, el relato de la víctima y valoración sexológica practicada por el forense doctor JAIRO LEÓN ORREGO –medio de prueba de corroboración periférica– que corrobora la versión de la víctima PAULA ANDREA GIL, en cuanto al acceso carnal violento; elementos de persuasión legal, que permiten deducir, más allá de toda duda, la participación y responsabilidad del acusado.

Es así como la conducta objetiva desplegada por el acusado afectó, sin justa causa, el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, protegidos por el legislador a través del Título IV, Libro II del Código Penal, sin que se advierta la configuración de causal alguna de justificación, siendo reprochable el actuar del acusado, quien, aprovechándose de la confianza depositada por la víctima, valiéndose de un contexto de intimidación, actuó en contra de la libertad sexual de la misma, a fin de satisfacer su deseo sexual.

²⁸CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

Lo anterior, conlleva al reproche punitivo, porque a pesar de tener el deber de actuar conforme con las normas penales y su capacidad de comprensión y autodeterminación, el aquí implicado realizó la conducta vulneradora de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, arriba mencionados.

En suma, revisado el material probatorio legalmente aducido en juicio y con base en el cual el *ad-quem* condenó al aquí procesado **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO**, la Sala corrobora la existencia de prueba suficiente, para declarar en el grado de certeza requerido por la Ley, la declaratoria de responsabilidad penal en los términos concluidos por el Tribunal, deduciéndose en consecuencia, la legalidad de la condena impuesta en segunda instancia.

En este orden y de conformidad con lo hasta aquí razonado, la Corte resolverá no casar el fallo de segunda instancia impugnado, manteniéndose incólume la condena declarada en contra de **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO**, la cual, una vez examinada en su legalidad en garantía del principio de la doble conformidad, cumple igualmente con los presupuestos exigidos por el Código de Procedimiento Penal de 2004 (artículo 381) para condenar.

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: NO CASAR, la sentencia proferida el 6 de febrero de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, a través del cual revocó el fallo absolutorio emitido por el Juzgado 8° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, para en su lugar condenar a **ANDRÉS EDUARDO CASTIBLANCO GONZÁLEZ,** como autor penalmente responsable del delito de *acceso carnal violento*.

Segundo: En garantía del principio de la doble conformidad, confirmar el fallo condenatorio proferido por primera vez por el Tribunal Superior de Bogotá en contra del aquí procesado.

Tercero: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.


HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

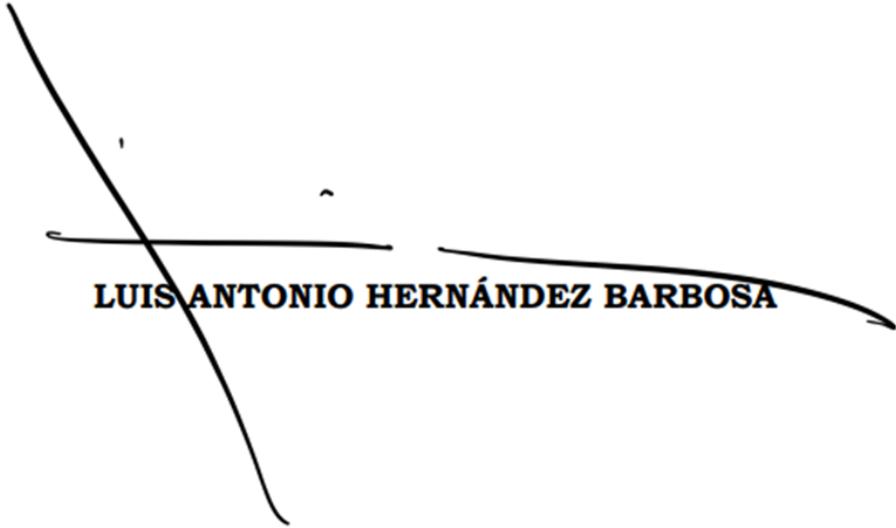


GERSON CHAVERRA CASTRO

2023



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal @ 2023