



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP3274-2020

Radicación n° 50587

Aprobado acta n° 182

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil veinte (2020)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de JOSÉ ALEXANDER MORA en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 13 de marzo de 2017, mediante la cual confirmó la sentencia que emitió el Juzgado 34 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, el 9 de noviembre de 2016, condenando al mencionado procesado como autor de los delitos de *Acceso carnal violento* y *Violencia intrafamiliar*, cometidos ambos en circunstancias de agravación punitiva y en concurso de conductas punibles.

HECHOS

De acuerdo con los hechos declarados como demostrados en la sentencia recurrida, para el 4 de febrero de 2016, JOSÉ ALEXANDER MORA y BLPG, durante dos años aproximadamente, habían hecho vida marital y convivían bajo el mismo techo con tres hijos menores que ella había concebido en una unión anterior.

Ese día, tras una discusión, recurrente en la conflictiva vida conyugal que sostenían, BLPG decidió separarse y partir del inmueble que habitaban llevándose consigo a sus hijos, decisión ante la cual JOSÉ ALEXANDER MORA le pidió que tuvieran una relación sexual por última vez. Como quiera que ella se negó a tal propuesta, el acusado la golpeó y contra su voluntad la accedió carnalmente por vía vaginal, conductas que se habían presentado en anteriores oportunidades. Después de lo sucedido PG se refugió en casa de su madre, donde se presentó el agresor rompiendo, con piedras, los vidrios de la vivienda.

Las lesiones ocasionaron en el último hecho narrado le generaron a la víctima una incapacidad física definitiva de 10 días, sin secuelas.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos y después de hacerse efectiva la orden de captura que había sido expedida, el 18 de febrero de 2016 la Fiscalía presentó a JOSÉ ALEXANDER MORA ante el Juez 61° Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, formulándole imputación en calidad de autor de los delitos de *Acceso carnal violento* y *Violencia intrafamiliar*, cometidos cada uno en circunstancias de agravación punitiva y en concurso homogéneo de conductas punibles.

Presentado el escrito de acusación por parte de la Fiscal 175 Seccional de Bogotá, le correspondió al Juzgado 34° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 3 y 23 de mayo de 2016, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 21 de junio, 7, 13, 14 y 26 de julio, 19 de agosto y 15 de septiembre de 2016. El 27 de octubre de ese año se anunció el sentido del fallo declarando culpable al acusado.

El 9 de noviembre de 2016, el mismo despacho judicial emitió el fallo condenatorio, declarando responsable a JOSÉ ALEXANDER MORA por los delitos de *Acceso carnal violento*, agravado por cometerse sobre la compañera permanente (artículos 205 y 211-5 del Código Penal), y *Violencia intrafamiliar*, cometido en la circunstancia de agravación punitiva relativa a que la conducta recayó sobre una mujer y sobre menores (artículo 229, inciso segundo, ibídem), ambos

delitos cometidos en concurso homogéneo, y heterogéneo entre ellos, de conductas punibles, imponiendo en su contra la pena principal de doscientos dieciséis (216) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. No le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el apoderado del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del día 13 de marzo de 2017, lo confirmó en su integridad.

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

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Un cargo presenta la apoderada del sindicado JOSÉ ALEXANDER MORA, quien previamente aclara que la demanda versa exclusivamente en relación con el delito de *Acceso carnal violento*, agravado, puesto que ningún reparo ofrece en lo que atañe a la condena por el delito de *Violencia intrafamiliar*, agravado.

Cargo único: falso juicio de convicción

Con base en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia por violación indirecta de la

ley, al incurrirse en un error de derecho por falso juicio de convicción por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se fundó la sentencia de condena.

En desarrollo de la censura, señala la demandante que la condena por el delito de *Acceso carnal violento*, agravado, tuvo como fundamento únicamente pruebas de referencia, con lo que se trasgredió el mandato del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Sostiene que la única versión sobre el acto de violación sexual es la denuncia presentada por BLPG, declaración anterior que de manera equivocada fue adoptada como prueba directa para fundar la condena de primera instancia. Y no obstante que el Tribunal corrigió tal yerro y reputó como prueba de referencia la declaración anterior al juicio contenida en la denuncia, sustentó de manera complementaria la confirmación del fallo de condena en la declaración de la menor Y.R.P., la que en nada corrobora la agresión sexual, y en el testimonio rendido en juicio por personas que no presenciaron los hechos y que solo dieron cuenta de lo que oyeron relatar a la víctima.

Así, hace referencia a los testimonios del investigador John Hamilton Londoño Jurado, del médico legista Germán Alfonso Fontanilla Duque y de Guillermo Aguilar Torres, padrastro de la víctima, de cuyas declaraciones, sostiene, se puede inferir la comisión del delito de *Violencia intrafamiliar agravado*, cuya ocurrencia no discute, pero no del *Acceso*

carnal violento, pues no percibieron estos acontecimientos, según precisa.

Finalmente, se refiere a los testimonios de Y.R.P. y Luz Marina Quintero Varela, del acusado JOSÉ ALEXANDER MORA, del Comisario de Familia Alfonso Cuervo Ballén y del psiquiatra Henry García Moncaleano, afirmando que aunque con ellos se pueden corroborar los episodios de violencia intrafamiliar, ninguno, ni siquiera de manera tangencial, pudo testimoniar sobre circunstancia alguna que diera cuenta de la realización de las conductas de agresión sexual.

Así las cosas, concluye, la prueba de referencia aducida no encuentra respaldo alguno en los demás medios de conocimiento para atribuir la responsabilidad penal del acusado en el delito de *Acceso carnal violento*, razón por la cual reclama casar parcialmente la sentencia para que se le absuelva por esa conducta.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

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

1. La demandante:

Reiteró los reproches consignados en su demanda, en el sentido de que la sentencia condenatoria proferida en contra de JOSÉ ALEXANDER MORA se fundó de manera

exclusiva en prueba de referencia, en contravía de lo dispuesto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Insistió en que en virtud de este error, constitutivo de un falso juicio de convicción, el Tribunal dio por probado, sin estarlo, el delito de *Acceso carnal violento* en contra de BLPG, no obstante que la única referencia a la agresión sexual es la contenida en la denuncia, versión que no fue corroborada por las demás pruebas practicadas en el juicio, pues ninguna de ellas aludió a ese aspecto en particular.

Por lo tanto, solicitó casar la sentencia para absolver al procesado por el delito de *Acceso carnal violento*.

2. La Fiscalía:

El Delegado de la Fiscalía General de la Nación reclamó no casar la sentencia toda vez que, en su sentir, no se configura el único cargo de la demanda.

Expresó que el fallo de condena no se fundamentó exclusivamente en la prueba de referencia, como lo sostiene la recurrente, pues no fue solo el relato de la denunciante el tenido en cuenta por el Tribunal, en tanto se destacó en la sentencia que el médico legista Germán Alfonso Fontanilla Duque expuso que los hallazgos en la víctima no descartaban una penetración vaginal, así como que el investigador John Hamilton Londoño Jurado dio cuenta de los rastros de violencia percibidos en el rostro de PG, y Guillermo Aguilar Torres, padrastro de la denunciante,

señaló que el acusado era una persona constantemente violenta y que aquella le había informado que había sido violada por él.

Aseguró que el testimonio de Guillermo Aguilar Torres, no es una prueba de referencia, como se sostuvo en la demanda, sino que es una «*prueba indirecta*» ya que no da cuenta del hecho mismo que se investiga sino de hechos secundarios que permiten inferir la ocurrencia del hecho principal, lo que no riñe con la prohibición del inciso final del artículo 381 del estatuto procesal.

Así mismo, destacó, que la menor Y.R.P., hija de la denunciante, dio cuenta de diferentes agresiones por parte del acusado JOSÉ ALEXANDER MORA, quien llegó a masturbarse delante de ella y su hermana, lo que permite la conclusión de que la víctima estaba sumida en un entorno de violencia y de presión psicológica constantes, lo que fue ratificado por el propio acusado al declarar que sostenía con su compañera relaciones sadomasoquistas en contextos de sumisión física y moral.

3. La Procuraduría

Por su parte, el representante del Ministerio Público estimó que le asiste razón a la defensora del procesado al considerar que la condena proferida por el delito de *Acceso carnal violento* se basó únicamente en prueba de referencia, ya que la única versión que hay sobre el acto de violación carnal es la denuncia formulada por BLPG.

Además, advirtió, las otras pruebas en que se sustentó la condena también fueron de referencia y aunque se recibieron en el juicio, solo dieron cuenta de los actos de agresión recurrentes ejecutados por el acusado JOSÉ ALEXANDER MORA, constitutivos del delito de *Violencia intrafamiliar*.

Por lo anterior, concluyó que, ante la duda probatoria sobre la ocurrencia del hecho de agresión sexual, el cargo tiene vocación de prosperar y debe casarse parcialmente el fallo impugnado para absolver al procesado por el delito de Acceso carnal violento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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

La recurrente pretende la remoción del fallo impugnado reclamando la absolución del procesado en relación con el delito de *Acceso carnal violento*, al estimar que no fue demostrada la ocurrencia del hecho y la responsabilidad

penal atribuida en las sentencias proferidas por los jueces de instancia.

El argumento central de la censura tiene que ver con la interpretación relativa a que el fallo de condena proferido en relación con esa especie delictiva se fundamentó de manera exclusiva en prueba de referencia consistente en la declaración anterior al juicio de BLPG, contenida en su denuncia, lo cual constituye una transgresión al inciso final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 que presupone la asignación a dicha prueba de un valor demostrativo o de persuasión único, predeterminado, que no puede ser alterado por el intérprete.

Debe dejarse por sentado que ningún reparo ofrece la recurrente en relación con la condena derivada al acusado por el delito de *Violencia intrafamiliar*, agravado, en tanto sostiene que la prueba recibida en juicio permite demostrar la existencia de actos de maltrato físico y psicológico desplegados en contra de BLPG y sus hijos menores, todos albergados bajo el mismo núcleo familiar.

Así las cosas, el problema jurídico planteado estriba en la determinación de si a partir de la prueba de referencia incorporada a la actuación y de los concurrentes medios de conocimiento complementarios se puede arribar al conocimiento, más allá de duda razonable, de la ocurrencia de los hechos constitutivos del delito de *Acceso carnal violento* y de la responsabilidad del procesado JOSÉ ALEXANDER MORA.

Para dilucidar el problema jurídico en cuestión y resolver el caso, la Sala: (i) hará una breve referencia al contenido de los fallos de condena de primera y segunda instancia en alusión al aludido delito; (ii) retomará sus propios precedentes sobre la prueba de referencia, relevantes para la resolución del caso; (iii) llevará a cabo algunas consideraciones sobre los medios de prueba que deben servir de complemento o corroboración a la prueba de referencia; (iv) se referirá a la perspectiva de género y su incidencia en la investigación y sanción de delitos cometidos como ejercicio de violencia contra la mujer; (v) determinará la legalidad de la prueba de referencia admitida como tal por el juzgador; (vi) abordará el caso concreto y valorará la prueba de referencia valorada y los demás medios de conocimiento estimados por el Tribunal como complemento para la validez del estándar demostrativo en relación con la estructura de la conducta punible y la responsabilidad del procesado en el caso concreto; y, (vii) presentará las conclusiones como definición del problema planteado en torno a la decisión recurrida en casación.

1. Fundamentos del fallo de condena:

Respecto del delito que fue objeto de reproche penal se expresó en la sentencia de primer grado que la fiscalía logró demostrar, más allá de cualquier duda razonable, la ocurrencia de los hechos (tipificados en concreto como un concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles de *Acceso carnal violento agravado*) y la responsabilidad del procesado con base en la declaración anterior al juicio

rendida por BLPG, aduciendo que se diferencia la denuncia del testimonio porque *«la primera es una declaración de voluntad exclusiva del titular que ejerce la facultad de denunciar, en la que pone en conocimiento de la autoridad competente la existencia del delito o delitos que estima cometidos, y el segundo, solo cumple en el proceso actividades de colaboración, sin alcanzar la condición de sujeto procesal»*.

De allí que, según se razonó por el *a quo*, la denuncia presentada por la víctima PG se incorporó como prueba con un valor demostrativo directo –no de prueba de referencia-, puesto que al denunciar *«imputó cargos al aquí procesado»*.

Con ello, sumado a la versión entregada por el acusado y la pericia ofrecida por el médico legista presentado en juicio, quien no descartó la posible violencia sexual, se concluyó que la denunciante es merecedora de credibilidad al no observarse ningún interés en perjudicar al procesado y sí el propósito de relatar la verdad ante los constantes agravios físicos y sexuales padecidos durante su relación conyugal.

En la sentencia de segunda instancia el Tribunal estimó equivocada la conclusión de la juez de primer grado en relación con la naturaleza probatoria de la denuncia presentada por BLPG, en tanto, según el criterio seguido, como se trató de una declaración rendida fuera del juicio, solo puede ser abordada como prueba de referencia, lo que sin embargo no impide atribuir al acusado la responsabilidad penal por el delito contra la libertad e integridad sexuales puesto que, además, se cuenta

con pruebas complementarias que corroboran ese hecho, tales como el testimonio de la niña Y.R.P., el dictamen del perito de Medicina Legal Germán Alfonso Fontanilla Duque, la declaración recibida en juicio del investigador judicial John Hamilton Londoño Jurado, los testimonios de Luz Marina Quintero Varela, Guillermo Aguilar Torres, Alfonso Cuervo Ballén y del psiquiatra Henry García Moncaleano, así como la versión de los hechos que entregó en el juicio el acusado.

2. Algunas consideraciones sobre la prueba de referencia, relevantes para la resolución del caso:

Según lo tiene señalado la Sala, en el marco de la Ley 906 de 2004, por regla general, solo pueden ser valorados los testimonios practicados en el juicio oral con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad de esas pruebas.

Ese es el mandato que se deriva del artículo 16 ibídem, norma rectora del estatuto procesal, al disponer que *«en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción...»* y de los artículos 379 y 402 ib. al referir que *«El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional»* y que el testigo *«únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir»*.

Responde lo anterior a que la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba implica, generalmente, aparte de la limitación a la inmediación que debe tener el juez con los medios de

conocimiento que servirán de base a la sentencia, la afectación del derecho a la confrontación del testigo, que supone la posibilidad de asegurar la comparecencia al juicio de los testigos de cargo y, con ello, la oportunidad de interrogarlos o hacerlos interrogar y de controlar el interrogatorio¹.

De allí que las declaraciones rendidas por fuera del escenario del juicio oral y público en principio no tienen el carácter de pruebas y únicamente en situaciones excepcionales² pueden ser incorporadas al juicio con fines demostrativos, bajo el cumplimiento de las exigencias previstas en la ley para tal efecto³.

En relación con la admisión excepcional de la prueba de referencia, esta Corporación tiene decantado que, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla

¹ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153. En el mismo sentido, CSJ SP-14844-2015, 28 oct. 2015, rad. 44056; CSJ SP-5798-2016, 4 may. 2016, rad. 41667; CSJ SP-12229-2016, 31 ago. 2016, rad. 43916, CSP SP-1664-2018, 16 may. 2018, rad. 48284, entre otras.

² Cuando se practiquen como pruebas anticipadas, se demuestre una causal de admisión excepcional de prueba de referencia o se establezca que el testigo disponible en juicio se retractó o cambió su versión, de tal manera que su versión anterior deba ser incorporada como testimonio adjunto. Cfr. CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153.

³ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-606-2017, 25 ene 2017, Rad. 44950, entre otras.

en el juicio, porque de ser ello factible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio⁴.

De otro lado, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 limita la eficacia probatoria de la prueba de referencia y registra una tarifa legal negativa en tanto prohíbe proferir sentencia condenatoria cuando el fundamento se basa, de manera exclusiva, en esa clase de elemento de convicción.

Por lo tanto, la prueba de referencia por sí sola no es suficiente para proferir condena, y cuando la fiscalía utiliza este medio para sustentar su teoría del caso, debe contar con prueba complementaria que permita: (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381, inciso segundo, de estatuto procesal penal.

3. La prueba complementaria acompañante de la prueba de referencia:

Respecto de la prueba que debe acompañar a la de referencia para que la decisión condenatoria se estime válida, la Corte ha sostenido que la misma puede tener una naturaleza ratificatoria o complementaria, en la medida en que proporcione nuevos elementos de juicio que en su valoración resulten trascendentes para el objeto del proceso

⁴ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866; CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477; entre otras.

o corroboren los que por el camino de la prueba de referencia ya existens.

Igualmente, en virtud del principio de libertad probatoria, no existe ninguna tarifa legal para establecer la suficiencia demostrativa de la prueba complementaria de cara a las exigencias del referido inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Es por ello que en ese propósito la prueba que acompañe a la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en dicha norma, puede ser directa o de carácter inferencial o indirecto sobre los hechos o, incluso, de corroboración periférica.

Al respecto, la Sala ha enfatizado en la necesaria claridad que debe existir en torno a la prueba de referencia y su conexión con la “*prueba directa*” y la “*prueba indirecta*”, bajo el entendido que entre la primera y las últimas no existe identidad, pues estas responden a una relación entre la prueba y el hecho que integra el tema de prueba, de la misma manera que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral.

Así se ha precisado que:

En la práctica judicial, la Sala ha advertido que existen algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso del abuso

⁵ CSJ SP-2447-2018, 27 jun. 2018, rad. 51467; CSJ SP-2582-2019, 10 jul. 2019, rad. 49283.

sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición.

Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que integra el tema de prueba, la primera categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera.

La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta).⁶

De allí se sigue que si la condena puede estar basada en prueba directa e, incluso, exclusivamente en prueba indirecta⁷, el medio de conocimiento que acompañe a la de referencia, en orden a superar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, puede tener cualquiera de tales características, siempre y cuando, dentro de su

⁶ CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

⁷ CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468, CSJ SP, 24 ene. 2007, rad. 26618.

valoración conjunta, tenga la condición de rebasar el estándar de conocimiento de la duda razonable.

Ahora bien, la Sala ha subrayado que en el ámbito de los delitos sexuales, concurren especiales situaciones que resultan trascendentes frente al análisis del sentido y alcance de la parte final del artículo 381 *ibídem*, debiéndose destacar la clandestinidad que suele rodear esa clase de conductas, que generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas «*directas*», lo cual no significa la imposibilidad práctica de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de donde objetivamente pueda inferirse que los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron tal y como los relata la víctima, resultando de especial importancia, para lograr la corroboración de la versión rendida fuera del juicio, el acopio medios de conocimiento que en el derecho español se ha acuñado con el término «*corroboración periférica*», para referirse a «*cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesados; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros*»¹⁰.

Obviamente, aquellos medios complementarios, directos, indirectos o periféricos, tienen que tener la entidad suficiente, tras hacerse la valoración individual y conjunta

⁸ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

⁹ *Idem*.

¹⁰ CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

de la prueba, para apuntalar la demostración del aspecto que se pretende probar relacionado con la conducta penal y/o la responsabilidad del acusado, pues tal exigencia no se satisface con la simple sumatoria de elementos de conocimiento sin trascendencia o inconexos frente al tema de prueba que se debe acreditar conforme a la acusación.

Así se ha precisado por la Sala¹¹:

Esto significa que la prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado, y que para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente de complementación probatoria.

La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

Si la prueba de referencia (única o múltiple), complementada con la prueba de naturaleza distinta, no permite llegar a este nivel o estadio de conocimiento, el juzgador debe absolver, pues el artículo 381 no contiene una tasación positiva del valor de la prueba, en el sentido de indicar que una prueba de referencia más una de otra naturaleza es plena prueba, sino una tasación negativa, en los términos ya vistos, es decir, que no es posible condenar con fundamento únicamente en pruebas de referencia.

¹¹ CSJ SP, 6 de marzo de 2008, radicación No.27477. En el mismo sentido, CSJ SP-5798-2016, 4 may. 2016, rad. 41667.

En consecuencia, debe subrayarse que la exigencia de medios probatorios que sirvan en el cometido de complementar, ratificar o corroborar la prueba de referencia, no se satisface sino a partir de la aportación de otros elementos demostrativos de naturaleza distinta que ofrezcan datos objetivos y relevantes para la estructuración de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, los cuales, en su conjunta valoración, deben estar dirigidos a llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y las circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, según lo establecido en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004.

En este punto, debe resaltar la Sala dos aspectos que resultarán relevantes en relación con la prueba complementaria que fue tenida en cuenta por el Tribunal para la resolución del presente caso.

En primer lugar, la Sala ha tenido oportunidad de destacar que es de ocurrencia en la práctica judicial que un testigo pueda ser sometido, durante la fase de preparación del juicio, a múltiples entrevistas tanto por la Fiscalía como por la defensa, aparte de que es posible que por otros medios (informes, entrevistas, declaraciones juradas, etc.) entregue varias versiones, distintas o semejantes, sobre los hechos, por fuera del escenario del juicio oral y público. En tales casos, debe procurar el juez la depuración sobre cuáles de esas declaraciones anteriores serían incorporadas como prueba de referencia, instando a las partes a especificar qué es exactamente lo que pretenden incorporar a título de prueba de referencia y cuál el instrumento de demostración

de su existencia y su contenido, con el fin de garantizar los derechos de contradicción y confrontación¹².

En segundo lugar, cuando se pretende utilizar como complementaria o de corroboración una prueba pericial, aparte de cumplir con todos los requisitos de admisión e incorporación en los términos del artículo 405 y siguientes, *ibídem*, debe surtirse sobre ella la condición de su pertinencia a efectos de que sea alusiva, directa o indirectamente, a los propósitos del artículo 375 *ib.*, esto es, que su contenido debe estar dirigido a probar el tema de prueba, resultando materia del juicio de valoración probatoria determinar si en efecto en el caso concreto la conclusión pericial logró ese cometido, pues lo trascendental es que en el plano argumentativo se pueda explicar la conexión esencial del medio de conocimiento con el asunto que se pretende demostrar con la prueba de referencia.

Por lo tanto, cuando la sentencia está basada en prueba de referencia, se hace necesario determinar si el perito realmente aporta información adicional (a la declaración rendida por fuera del juicio oral), que permita superar la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004¹³.

Finalmente, se ha señalado por esta Corporación que cuando la censura está dirigida no a la existencia de la prueba complementaria o ratificatoria, acompañante de la

¹² CSJ SP-5295-2019, 4 dic. 2019, rad. 55651; CSJ SP-2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637.

¹³ Cfr. CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

prueba de referencia, sino a cuestionar su valor probatorio, el ataque en casación deberá estar acorde con el error alegado.

De esta manera se ha acotado que:

[e]n los casos en los cuales se alega, no la inexistencia del medio directo que se sume a la prueba de referencia, sino su concreto valor probatorio, de cara al análisis que lleva a concluir en la existencia del delito y responsabilidad del acusado, al demandante le compete un segundo estadio de argumentación, que reclama de él demostrar, en términos de sana crítica y bajo la égida del error de hecho por falso raciocinio, que el examen valorativo adelantado por el tribunal atentó, en concreto, contra la lógica, la ciencia o la experiencia.

De forma similar, si se quiere señalar que el medio en cuestión es ilegal, debe hacerse valer el error de derecho por falso juicio de legalidad; si ha sido tergiversado, cercenado o ampliado en su contenido objetivo, es menester acudir al error de hecho por falso juicio de identidad; y si lo querido es advertir que no fue aportado, el debate se ha de plantear en sede del falso juicio de existencia por suposición.¹⁴

4. La aplicación de la perspectiva de género en el ámbito penal:

La Corte ha sido insistente en la necesidad de abordar casos como el sometido a estudio con un enfoque de género que permita, entre otras cosas, contextualizar y definir los episodios acaecidos como consecuencia de las diferentes

¹⁴ CSJ SP-4135-2019, 1º oct. 2019, rad. 52394.

manifestaciones de violencia infligidas a la mujer en el seno del núcleo familiar o fuera de este¹⁵.

Lo anterior bajo la comprensión de que la violencia contra la mujer se sustenta, en la mayoría de casos, en una relación asimétrica de poder caracterizada por prácticas asignadas a través de las estructuras sociales, reforzadas por la dependencia socioeconómica y, de esa manera, convertidas en prejuicios y estereotipos de género.

De allí que se haya destacado por la Sala que el deber de diligencia debida en materia de protección a las mujeres, consagrado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres –Convención de Belem do Pará-¹⁶, implica, entre otras cosas, una reorientación de la labor investigativa, en orden a visibilizar las circunstancias reales bajo las cuales ocurre la violencia y la discriminación que afectan a este grupo poblacional, lo cual implica que, frente a la violencia exacerbada y poco visibilizada que históricamente ha agobiado a las mujeres, el acceso de estas a la administración de justicia *«supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción»*¹⁷.

¹⁵ Cfr. CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394; CSJ SP-468-2020, 19 feb. 2020, rad. 53037.

¹⁶ 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.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

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

(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas 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.¹⁸

La obligación que impone el deber de debida diligencia en la investigación de la violencia contra la mujer debe desplegarse durante todo el desarrollo del modelo de enjuiciamiento criminal previsto, en este caso, en la Ley 906 de 2004, por lo que su implementación se debe llevar a cabo desde que la Policía Judicial genera las primeras hipótesis factuales y, a partir de las mismas, realiza los actos urgentes, así como en el diseño del programa metodológico por parte del Fiscal, el oportuno aseguramiento de las evidencias físicas, la utilización de los recursos técnico científicos orientados a establecer sus aspectos más relevantes y la adopción de las medidas procesales necesarias para que en

18 CSJ SP-4135-2019, 1º oct. 2019, rad. 52394.

el juicio oral las evidencias físicas puedan ser presentadas y debidamente autenticadas¹⁹.

De igual manera, el enfoque de género en conductas como la que ocupa esta decisión debe permear el juicio de imputación asignado al fiscal, así como el desarrollo de la etapa de juicio y ejecución de la sentencia, debiéndose ponderar la información relativa a las relaciones desiguales de poder, los contextos de subordinación y las situaciones de discriminación o asimetría entre los sujetos del proceso, a efectos de equilibrar y poner en plano de igualdad material a las mujeres.

Ahora bien, debe la Sala subrayar que lo anterior no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un enfoque diferencial que permita una estimación parcializada o diferenciada a efectos de romper la desigualdad, pues 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*»²⁰, 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.

¹⁹ CSJ SP-19617-2017, 23 nov. 2017, rad. 45899.

²⁰ 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.

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 importante en aras de preservar los derechos de la mujer.

En efecto, en reciente decisión esta Corporación se encargó de fundamentar con toda claridad que, en el ámbito del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género, en la medida en que no pueden acudir a la utilización de estereotipos y prejuicios para tomar sus decisiones, so pena de incurrir en un error por falso raciocinio al incorporar en su valoración falsas reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual²¹.

Así mismo, debe destacarse, como se hace en el citado precedente, que *«fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres»*²², proposición que se desprende de las recomendaciones contenidas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, relativas al recaudo, práctica y valoración de las pruebas y a la conducción de la

²¹ CSJ SP-2136-2020, 1º jul. 2020, rad. 52897.

²² *Ibídem.*

investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual.

De otro lado, sin que ello represente en modo alguno una variación no controlada del carácter lógico-epistémico de la valoración de la prueba común en todos los procesos, la perspectiva de género debe permitir en el juicio del fallador la adecuada contextualización de los hechos, a partir de la misma prueba, que posibilite advertir patrones de desigualdad de poder y escenarios de subordinación en la ejecución de los actos de agresión que puedan resultar jurídicamente relevantes.

Por último, es preciso relieves que la perspectiva de género no puede dar lugar a la reducción de los derechos y garantías del procesado, pues, como lo ha puesto de presente esta Corporación²³, los mismos también gozan de protección constitucional y han sido objeto de desarrollo en los más importantes tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

En ese sentido, el enfoque de género, como herramienta de protección de los derechos de la mujer en la investigación y sanción de los delitos cometidos en su contra, no se puede contraponer a postulados democráticos como la presunción de inocencia del procesado y la consecuente carga probatoria en cabeza del Estado, así como al sentido de protección de los bienes jurídicos como única función asignada al derecho penal.

²³ Cfr. CSJ SP-2709 11 jul. 2018, rad. 50637; CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

5. El derecho a no declarar en juicio y la posibilidad de admitir como prueba de referencia la declaración anterior del testigo cuando no se hace ejercicio libre de aquel privilegio constitucional

Advierte la Sala que, de manera relevante, la condena de JOSÉ ALEXANDER MORA, en calidad de autor del delito de *Acceso carnal violento*, se hizo gravitar probatoriamente en la denuncia presentada por BLPG el 5 de febrero de 2016, admitida por la juez de conocimiento como prueba de referencia, razón por la cual, antes de establecer si el Tribunal incurrió en un error consistente en falso juicio de convicción por sustentar la condena de manera exclusiva en ese medio de conocimiento, según es propuesto por la demandante, la Corte estima necesario examinar si se cumplieron las condiciones de incorporación de aquella declaración anterior al juicio, lo que impone un análisis sobre su legalidad como medio de prueba, sin lo cual no sería posible su valoración judicial.

Se recordará, entonces, que BLPG, en su doble condición de víctima y testigo de los hechos, se presentó a la audiencia de juicio oral y público. Después de ser advertida por la juez, conforme al artículo 385 de la Ley 906 de 2004, de su derecho a no declarar por ser el acusado su compañero permanente, manifestó que no estaba interesada en hacerlo, haciendo uso de aquella prerrogativa constitucional (CD-1 audiencia de juicio oral, min. 00:04:52).

Dicha declaración, incorporada a la actuación de manera documental a través del investigador John Hamilton Londoño Jurado, fue valorada por la juez *a quo* como una «prueba directa», lo que implicó, más allá de la impropiedad de su denominación como oposición a la prueba de referencia²⁴, que asumiera que la responsabilidad penal podía basarse exclusivamente en la denuncia de BLPG, con lo que se eludió el valor probatorio menguado otorgado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 a la prueba de referencia y, en consecuencia, la prohibición de que la condena esté basada solo en este tipo de declaraciones.

El Tribunal, sin embargo, corrigió, de acuerdo a lo visto en el acápite 1 de las consideraciones de esta decisión, en el sentido de valorar la denuncia de BLPG como prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, en tanto se trató de una declaración realizada con antelación al juicio oral, presentada por la Fiscalía como medio de prueba para demostrar la ocurrencia de la conducta punible y la autoría endilgada al procesado y que no fue posible practicarla en el juicio oral y público.

Como lo precisó el juez colegiado, la circunstancia de tratarse de una denuncia no le resta a aquella entrevista su condición de declaración rendida por fuera del juicio, con afectación del derecho a la confrontación del testigo²⁵.

²⁴ Lo que contraría la tesis de la Sala obrante en fallos como CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866, o CSJ SP-2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637, según la cual «la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba directa».

²⁵ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153.

Así mismo, es del caso acotar que la declaración de BLPG, rendida por fuera del juicio oral, fue introducida a la actuación procesal a través de cuatro instrumentos diferentes: el documento de «*entrevista FPJ-14*» que contiene la denuncia recibida por el investigador judicial; el testimonio del investigador cuando fue sometido a interrogatorio, en extenso, sobre la declaración que a manera de denuncia recibió de la víctima BLPG; a través del *Informe ejecutivo FPJ-3*, documento en el que el mismo investigador judicial consignó fragmentos de la entrevista recibida a la denunciante; y, finalmente, por medio de la anamnesis consignada por el médico legista en el informe pericial de clínica forense, aducido a la actuación a través del testimonio del referido profesional.

De cualquier manera, se trató de la misma versión de los hechos, semejante a la consignada en la denuncia recibida y documentada por el investigador judicial en el formato «*entrevista FPJ-14*», que en su cuerpo tiene los siguientes apartes: (i) los datos del entrevistado, (ii) el relato de la denunciante, y (iii) los datos de las personas que intervinieron. El investigador, John Hamilton Londoño Jurado, presente en el juicio como testigo de acreditación, permitió demostrar, a través del documento aducido, la existencia y contenido de la declaración anterior.

Ahora, según lo puede advertir la Sala, con alguna deficiencia en su postulación por parte de la fiscal y en la conducción del procedimiento a cargo de la juez de conocimiento, aquella declaración anterior de BL

PG, se reitera, fue admitida e introducida a la actuación por el investigador judicial John Hamilton Londoño Jurado, tras el proceso de incorporación que supuso descubrimiento del medio de prueba por parte de la Fiscalía, la sustentación de su pertinencia, la invocación de la situación habilitante en los términos del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y la posibilidad efectiva de oposición a dicha determinación por parte de la defensa del acusado (CD-1 audiencia de juicio oral, min. 00:18:50).

Cabe destacar, para su análisis, que la circunstancia en la que se fundamentó la admisión de la prueba de referencia de BLPG es la prevista, como cláusula residual incluyente, en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, referida a que corresponde al testigo que *«es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar»*. De dicho aspecto, que toca con la legalidad de la prueba, se ocupará la Sala a continuación.

5.1. Delimitación del problema

El problema central se contrae a la viabilidad legal de valorar como prueba de referencia la denuncia formulada por la víctima –obviamente por fuera del juicio oral-, a pesar de que en este último escenario manifestó su intención de hacer uso del privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política.

Ese interrogante general debe ser desagregado en los más específicos, pues de ello dependen varios aspectos relevantes para el desarrollo jurisprudencial, entre ellos: (i)

para mantener la disciplina del precedente, el análisis debe reducirse a las reglas orientadas a la solución del caso (CSJSP, 52227 de 2020, entre otras); y (ii) a mayor especificidad, la argumentación será más entendible y, por tanto, aplicable al universo de casos que guarden analogía fáctica, y rebatible por los demás actores del sistema penal.

Aclarado lo anterior, la Sala advierte que frente al primer aspecto (la posible afectación del derecho de la testigo-víctima a no declarar en contra de su compañero sentimental), existen dos líneas de discusión perfectamente delimitables, a saber: (i) la verificación de si la víctima que invoca el privilegio actuó con plena libertad o si, por el contrario, su manifestación es producto de amenazas o cualquier tipo de presión ilegal; y (ii) si la persona que en su momento decidió con plena libertad renunciar a esa derecho y, por tanto, formular la denuncia penal que dio lugar a la acusación y al encarcelamiento preventivo, puede, **si actúa con esa misma libertad**, «retomar» el derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política durante su intervención en el juicio oral.

Estas situaciones no solo son diferentes sino que, además, se excluyen entre sí, porque si la invocación del referido privilegio obedece a amenazas o presiones ilegales ejercidas sobre la víctima, pierde relevancia el estudio de la segunda hipótesis, habida cuenta de que la discusión sobre la misma solo será relevante cuando el titular del derecho obra con libertad.

Lo contrario implicaría el contrasentido de desproteger múltiples derechos de las víctimas (acceso a la administración de justicia, autonomía de la voluntad, etc.), con el pretexto de proteger un derecho (a no declarar en contra de sus parientes) que ha invocado por las presiones de que ha sido objeto. Ello, sin duda, podría dar lugar a una nueva victimización en el ámbito judicial, totalmente ajena a las obligaciones contraídas por Colombia en materia de erradicación de toda forma de violencia en contra de las mujeres.

Lo expuesto en precedencia también determina el segundo bloque de análisis, atinente a la posible vulneración de los derechos del procesado con la utilización, como prueba de referencia, de una declaración rendida por fuera del juicio oral. Ello por cuanto en ese ámbito debe resolverse si la indisponibilidad del testigo encaja en alguno de los supuestos de admisión excepcional de prueba de referencia.

Desde ya puede anticiparse que si la no disponibilidad del testigo es producto de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales, es claro que se está ante uno de los eventos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, concretamente en su literal b, que, bajo la modalidad de cláusula abierta, regula los eventos en que la imposibilidad de escuchar la declaración del testigo obedece a que ha sido víctima de delitos que impiden que la prueba se practique de la forma regular, esto es, en el juicio oral y con la posibilidad de realizar el interrogatorio cruzado, o cuando ello obedece a «*eventos similares*». Este tema será retomado más adelante.

Este evento no admite mayor discusión si se constata la existencia de amenazas u otras presiones ilegales expresamente orientadas a que la víctima no declare en el juicio. En estos casos es claro que: (i) es posible que el testigo esté siendo víctima de otro delito; y (ii) la invocación del privilegio solo constituye la manera de acceder a las pretensiones de quien profiere la amenaza o ejerce la presión, equiparable a otras, como guardar silencio, ocultarse para no ir al juicio oral, etcétera.

Lo que debe resolver la Sala es el tratamiento que debe dársele a la situación cuando puede concluirse que la víctima, después de haber renunciado libremente al derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, en el juicio oral pretende retomar dicho privilegio, pero ello es producto de la violencia exacerbada a que ha sido sometida y de las presiones que suelen presentarse en este tipo de asuntos, así no aparezca demostrado que el procesado (u otra persona) realizó acciones expresamente dirigidas a impedir que la víctima rindiera testimonio.

En lo que atañe a los derechos del procesado, resulta imperioso establecer si: (i) la declaración rendida por la víctima por fuera del juicio oral constituye o no prueba de referencia; (ii) bajo las condiciones indicadas, la invocación del privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política da lugar a la no disponibilidad del testigo; y (iv) esa causal de no disponibilidad encaja en alguno de los eventos excepcionales de admisión de prueba de referencia, previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Esto último no puede perderse de vista en el presente análisis, pues, como lo ha resaltado la Sala en múltiples oportunidades, siempre debe procurarse un punto de equilibrio entre los derechos de las víctimas y los derechos del procesado, dada la trascendencia constitucional de ambos bloques de intereses y la protección de los mismos en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras). En el actual contexto de análisis, ello se traduce en la imposibilidad de arrasar con las garantías judiciales mínimas del procesado, con el propósito de proteger a las víctimas, en este caso a una mujer que comparece como sujeto pasivo de diversos, plurales y sistemáticos actos de agresión.

5.2. Marco conceptual relevante

5.2.1. El derecho a no declarar en contra de los parientes. El núcleo del derecho y los aspectos que no admiten discusión

A la luz de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, no admite discusión que una persona no puede ser obligada a declarar en contra de sus parientes, en los grados establecidos por la ley. Aunque históricamente este derecho ha tenido múltiples explicaciones, que abarcan desde contenidos religiosos (por la concepción de los esposos como «un solo cuerpo»), hasta la desconfianza frente a un testimonio «interesado» o «parcializado», en la actualidad se acepta que son dos sus principales fundamentos: (i) proteger la unidad familiar, que naturalmente podría verse afectada si una

persona es compelida a declarar en contra de un pariente; y (ii) el dilema moral a que resulta sometido el testigo cuando es obligado a elegir entre faltar a la verdad o perjudicar a uno de sus familiares cercanos, sin perjuicio de la amenaza punitiva inherente al delito de falso testimonio. Al respecto, en la sentencia T-321 de 2017 la Corte Constitucional reiteró:

El artículo 33 de la Constitución consagra el principio de no autoincriminación al establecer que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado que dicho precepto superior reconoce dos garantías claramente diferenciables, a saber:

(i) La garantía de no autoincriminación que es un componente esencial del derecho de defensa, en tanto protege a la persona cuya responsabilidad jurídica se intenta determinar de la posibilidad de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo; y

(ii) La garantía de no incriminación del cónyuge, compañero permanente y parientes cercanos que persigue salvaguardar el vínculo entre el autor o cómplice del hecho punible y sus familiares^[31].

En relación con la garantía de no incriminación de los parientes próximos, este Tribunal ha explicado que tiene como fundamento la protección de los lazos de amor, afecto y solidaridad, y en general, el respeto a la autonomía y la unidad de la institución de la familia^[32]. En concreto, la Corte ha expresado que dicha prerrogativa blinda la institución familiar como tal, en la medida en que “el establecimiento de un deber de declarar en contra del cónyuge, compañero o pariente que ha cometido o participado en un hecho punible, generaría un clima de desconfianza entre los miembros de la familia, por el peligro latente de que los asuntos

que se conocen en la intimidad sean sometidos al escrutinio público, todo lo cual terminaría por debilitar los vínculos entre ellos y por desestabilizar la familia” [33].

En torno al alcance de la garantía de no incriminación de familiares próximos, este Tribunal ha manifestado que:

(i) Se concreta en prohibición absoluta a las autoridades públicas de forzar declaraciones, ya sea por vías directas o por medios indirectos, de las personas en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil[34].

(ii) Resulta inconstitucional establecer sanciones u otras consecuencias adversas para quien se abstiene de declarar en contra de una persona que se encuentre dentro de los grados de parentesco mencionados, pues estas pueden constituirse como formas de presión para obtener una declaración[35].

(iii) Comprende cualquier tipo de declaración, como la denuncia, la rendición de testimonios o las manifestaciones juramentadas ante notario o ante funcionario judicial

Sobre esta base, no admite duda que una persona no puede ser obligada a declarar en contra de un familiar (en los grados establecidos en la ley) en procesos seguidos por delitos cometidos en contra de terceros. Incluso, si su testimonio es necesario para investigar delitos graves. Aun en estos eventos, prima el derecho previsto expresamente en la Constitución. Al respecto, en el referido fallo de tutela la Corte Constitucional reiteró –y aclaró–, el sentido y alcance de lo resuelto en la sentencia C-848 de 2014, donde se estudió la obligación de denunciar los casos de graves atentados contra los derechos de los niños. Incluso en esos eventos, resaltó el alto tribunal, no se pueden ejercer coacciones

directas o indirectas sobre una persona para que declare en contra de uno de sus parientes, en los grados señalados en el artículo 33 superior; dijo:

De otra parte, la Sala estima pertinente advertir que el actor efectúa una errada lectura de lo dispuesto por este Tribunal en la Sentencia C-848 de 2014^[58], puesto que si bien en dicho fallo se indicó que la excepción al deber de denuncia en contra del cónyuge, compañero permanente o pariente cercano^[59] no comprende las hipótesis en las que la víctima del delito contra la vida, integridad personal, libertad individual o libertad y formación sexual es un menor, también se señaló que, en virtud de la garantía de no incriminación contenida en el artículo 33 de la Constitución, *“las autoridades públicas no se encuentran facultadas para forzar tales declaraciones ni por vías directas ni por medios indirectos, y que el ordenamiento tampoco puede establecer ninguna sanción u otra consecuencia adversa para el infractor de tal deber”*.

En ese orden de ideas, la decisión de aceptar la determinación de los familiares del procesado de no declarar en su contra no puede considerarse contraria a lo dispuesto por esta Corporación en dicha providencia de constitucionalidad, pues el funcionario judicial no podía *“apelar a la coacción, directa o indirecta, para obtener declaraciones incriminatorias”*^[60], máxime cuando también lo ha sostenido así este Tribunal en las sentencias C-024 de 1994^[61], C-621 de 1998^[62] y C-776 de 2001^[63], el Comité de Derechos Humanos en diversas observaciones generales^[64], y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia como órgano de cierre de la justicia ordinaria^[65].

A ese respecto, la Sala estima necesario resaltar que en la Sentencia C-848 de 2014^[66], el pleno de la Corte reiteró que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 33 de la Carta Política, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 8 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, *“las personas tienen el derecho a no ser forzadas a dar declaraciones inculpativas, ni por medios coercitivos directos, ni por medios indirectos que formalmente confieran la posibilidad de abstención, pero atribuyan consecuencias adversas para quien no lo hace (...)”*.

5.2.2. Es un derecho esencialmente renunciabile

Es igualmente claro que en el ordenamiento jurídico colombiano se le otorga al ciudadano la posibilidad de decidir si declara o no en contra de sus familiares, lo que se contrapone a la idea de una prohibición de rendir testimonio en esos casos (*como se ha concebido en algunos lugares y momentos históricos*). No es necesario ampliar la explicación de esta conclusión, no solo por su aceptación pacífica en la tradición jurídica nacional, sino además porque encuentra pleno respaldo en el texto del artículo 33 constitucional, donde se dice expresamente que la persona **no podrá ser obligada** a declarar, mas no que le está prohibido comparecer en calidad de testigo. Esto último sería un contrasentido cuando el testigo tiene, además, la calidad de víctima, porque implicaría privar del acceso a la administración de justicia a quienes son víctimas de delitos cometidos por sus parientes, como en este caso, de violencia física y sexual a manos del compañero sentimental de la denunciante.

Se trata, entonces, de una expresión de la autonomía de la voluntad, que solo será válida si el consentimiento no está viciado. Así, a la idea de una decisión libre, naturalmente se contrapone la que es producto de amenazas o cualquier otro tipo de violencia.

Sobre el particular, debe retomarse lo expuesto por la Corte Constitucional en el sentido de que el Estado no puede obtener la declaración del testigo amparado por el privilegio, a través de presiones directas o indirectas. Bajo la misma lógica, no podría admitirse que la voluntad del testigo de entregar su versión ante las autoridades judiciales sea doblegada a través de amenazas u otro de tipo de presiones ilegales.

De lo anterior se extraen tres importantes reglas, relevantes para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala: (i) si una persona ha decidido no rendir testimonio en contra de un pariente, no como una expresión autónoma y libre, sino a raíz de la violencia o coacciones **ejercidas en su contra con ese fin**, la valoración de su testimonio no genera un verdadero debate sobre la trasgresión del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política; (ii) sin duda, se estará en presencia de una de las circunstancias de admisión de prueba de referencia, previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, pues se trata de un evento claramente asimilable a los previstos en el literal b de dicha norma –que trata de testigos no disponibles porque han sido víctimas de delitos, entre otros aspectos-; y (iii) si esas presiones o violencia son ejercidas por el mismo procesado, este no podrá invocar la trasgresión del derecho a la confrontación, ya que el mismo ha dado lugar a la indisponibilidad del testigo.

5.2.3. El testigo que tiene, además, la calidad de víctima del delito objeto de juzgamiento

En los numerales anteriores quedó claro lo siguiente: (i) en el núcleo del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política se enmarca la situación de una persona que fue testigo de un delito cometido por uno de sus parientes en contra de un tercero; (ii) así, cuando una persona es indagada sobre su intención de declarar en un caso penal por un delito atribuido a un pariente, cometido en contra de un tercero, y manifiesta libremente su intención de hacer uso del derecho en mención, esta decisión debe prevalecer, independientemente de la gravedad del delito y la importancia del testimonio para lograr su esclarecimiento; y (iii) si esa decisión es producto de amenazas o cualquier otro tipo de presión ilegal, **debidamente probadas en el proceso**, no existe un verdadero debate acerca de la necesidad de proteger el referido privilegio, pues ello solo ocurre ante una decisión verdaderamente libre.

El otro problema que debe afrontar la Sala es el atinente a la situación de las mujeres que, además de testigos, tienen la calidad de víctimas de delitos violentos, cometidos por uno de sus parientes –en este caso, su compañero sentimental–, que en un momento de la actuación renunciaron libremente al privilegio previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, dando lugar a la acusación y encarcelamiento preventivo del procesado, y luego, en el juicio, manifiestan su intención de no declarar en el mismo. Ello, bajo el entendido de que **en el proceso no se demostró fehacientemente que su decisión acerca del privilegio fue producto de amenazas u otras presiones ilegales**, pues, de haber sido así (probadas las amenazas o las presiones), el asunto se sometería a la regla atrás enunciada.

Para resolver este asunto, deben considerarse los siguientes aspectos:

5.2.4. La atmósfera de presión inherente a la violencia doméstica, principalmente cuando es grave y/o sistemática

Aunque el flagelo de la violencia de género está presente en la sociedad desde tiempos inmemoriales, su tratamiento legislativo y judicial es reciente, tanto en Colombia como en otros países.

En nuestro entorno, una prueba palmaria de ello es la evolución del tratamiento penal de la violencia de género, pues solo a partir de 1996 se consagró el delito de violencia intrafamiliar, la inclusión del delito de feminicidio es reciente, como también lo son las medidas adoptadas por el legislador para evitar que el sometimiento de las mujeres y las presiones a las que puede ser sometida al interior de la familia finalmente la determinen para evitar la intervención del Estado desde la perspectiva penal.

Sobre lo primero (la evolución del tratamiento penal del flagelo de la violencia de género), en la sentencia T-331 de 2018 la Corte Constitucional hizo un recuento de la manera como Colombia se ha venido ajustando a los estándares internacionales sobre la erradicación de la violencia contra las mujeres, y resaltó que

La ley penal se ha ocupado de incluir dentro del abanico de conductas punibles aquellas que afectan a la familia y a sus

miembros. Así se tiene, por ejemplo, que desde el Decreto Ley 100 de 1980 se incluyeron como delitos la inasistencia alimentaria, el incesto, la supresión, alteración o suposición del estado civil, los cuales se reprodujeron en la Ley 599 de 2000, actual Código Penal.

Posteriormente, el artículo 22 de la Ley 294 de 1996, introdujo en esa enumeración el delito de violencia intrafamiliar y sobre dicho canon, la Corporación, en sentencia C-285 de 1997, se pronunció a favor de su constitucionalidad, al considerar que el legislador “quiso elevar a la categoría de delito algunas conductas que no podían ser adecuadas a las figuras típicas previstas en el Código Penal¹⁸⁶, con el objeto de brindar una mayor protección a los miembros de la familia, que eventualmente puedan ser víctimas de violencia por parte de otro integrante de su misma familia”.

En esa oportunidad la Corporación también indicó que estos atentados no podían cubrirse a partir de la tipificación de las lesiones personales, dada la diferencia de bienes jurídicamente tutelados; en el caso del primero era exclusivamente la integridad personal, mientras que el de la violencia intrafamiliar lo sería la unidad familiar.

Después, y hasta la actualidad, el delito de violencia intrafamiliar se incluyó en el catálogo sustantivo penal –Ley 599 de 2000- en el artículo 229, estableciéndose como circunstancia de agravación punitiva que el sujeto pasivo de la conducta sea, entre otros, una mujer. Ahora bien, la dimensión punitiva de esta figura no se agota en esta normativa, comoquiera que el sustrato constitucional de la misma se encuentra difuminado en otras leyes que se mencionarán más adelante. De la misma manera, esta dimensión tiene un componente procesal imprescindible, el cual también ha sufrido un desarrollo legislativo de obligatoria alusión en esta providencia.

La Ley 600 de 2000, cuya expedición fue coetánea a la del actual Código Penal, estableció en el artículo 35 que el delito de violencia intrafamiliar era querellable, esto es, la activación del aparato investigativo y judicial depende de la víctima de la conducta punible^[87].

Por su parte, la legislación adjetiva vigente –Ley 906 de 2004-, ha sufrido modificaciones en cuanto a la figura de la querrela y así se tiene que el original artículo 74 mantuvo la figura en los casos de la violencia intrafamiliar hasta la expedición de la Ley 1142 de 2007, que no incluyó esta conducta punible en la lista de delitos que para su investigación exigían querrela.

Posteriormente, el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011 lo incluyó nuevamente en dicha enunciación, pero un año después fue suprimida por el artículo 2 de la Ley 1542 de 2012. Así las cosas, en la actualidad este delito es investigable de oficio, esto es, su procesamiento penal no depende de la acción de la víctima.

En punto de la reforma introducida por el artículo 2 de la Ley 1542 de 2012, que sacó la violencia intrafamiliar del listado de delitos querellables, se tiene que esa norma fue demandada ante la Corte Constitucional bajo el argumento de que propiciaba el encarcelamiento y, por ende, la ruptura de la unidad familiar, en esencia porque privaba a la víctima de la posibilidad de disponer de la acción penal (bien porque decidiera no instaurar la querrela o porque presentara un desistimiento posterior), además que afectaba la posibilidad de acudir a diversos mecanismos de autocomposición. El asunto fue resuelto a través de la sentencia C-022 de 2015.

En esa oportunidad, la Corte resaltó varios aspectos relevantes para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala. En efecto, luego de traer a colación los tratados

internacionales suscritos por Colombia, orientados a la erradicación de toda forma de violencia contra la mujer, y tras referirse a la exposición de motivos de la referida ley, concluyó:

*Ahora bien, en el caso de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, la eliminación de la querrela de parte, por el Legislador fundada en la protección de la vida, la salud y la integridad de la mujer, merece similares consideraciones, en la medida que su victimización debe trascender el ámbito de lo privado, para constituirse en un problema de salud pública, dadas sus causas y dimensiones, así como las consecuencias que ocasiona al interior de la familia y por fuera de ella, como pueden ser los daños físicos y emocionales a las víctimas y a los miembros de su entorno, haciéndose necesaria la participación del Estado en su atención y sanción, **sin que ello signifique la desprotección de la familia como núcleo esencial de la sociedad, en la medida que dicha protección debe basarse en “la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de todos sus integrantes”** y en la obligación del Estado de sancionar cualquier forma de violencia que se presente en la familia, la cual se considera destructiva de su armonía y unidad, conforme a los mandatos constitucionales del artículo 42.*

Para la Sala, la oficiosidad en la persecución de estos delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, contenidos en las normas acusadas, promueven un fin legítimo, cual es la salvaguarda de la vida, la salud y la integridad personal de la mujer, la protege de su revictimización, promueve el acceso real a la justicia, derechos y valores considerados importantes por el Constituyente, quien los consagró en los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Carta Política.

Por último, resulta al caso establecer si la eliminación de la querrela como requisito para la iniciación de la acción penal en los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, como medida legislativa permite lograr el fin propuesto, cual es proteger a la mujer en su vida, salud e integridad.

*Las consideraciones del Legislador para eliminar la querrela como exigencia para la investigación de los delitos subexamine, es perseguir y erradicar la violencia de género y los feminicidios que se presentan en el país, en su mayoría mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, **quienes en algunos casos son amenazadas por sus agresores y/o dependen económica y afectivamente de estos, lo que las intimida en la presentación de las denuncias impidiéndoles el acceso efectivo a la administración de justicia,** efectivamente contribuye a lograr los fines planteados, puesto que la denuncia puede ser instaurada por cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos constitutivos de la violencia intrafamiliar o de la inasistencia alimentaria y su persecución por parte de las autoridades debe realizarse de manera oficiosa.*

A juicio de la Sala la eliminación de la querrela en las disposiciones acusadas es una medida efectivamente conducente a la disminución de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, toda vez que su investigación y castigo no estará sujeto a la denuncia que deba interponer la víctima, sino al conocimiento que tenga la autoridad de los mismos, lo que a todas luces significará un acceso efectivo a la justicia por parte de la víctima, mediante la imposición de un castigo efectivo a los infractores, evitará la comisión de delitos que se dan como consecuencia de la imposibilidad de acción de la sociedad y de las autoridades e inculcará valores de respeto y protección, instigando a los maltratadores a abstenerse de concretar sus conductas abusivas.

La referida decisión legislativa y el respectivo análisis realizado por la Corte Constitucional ponen de presente una realidad cada vez más visibilizada, atinente a las presiones que suelen recaer sobre las víctimas de violencia a manos de otros integrantes de su núcleo familiar, bajo el entendido de que ese maltrato puede tener efectos físicos y psicológicos demoledores, que incluso pueden conducir a que la víctima “normalice” ese estado de agresión, a lo que se aúna lo expuesto en torno a las presiones y los efectos negativos de la dependencia afectiva y económica. Lo anterior, sin perjuicio del impacto que el encarcelamiento puede tener en

la manutención de los hijos y la relación de estos con su agresor, lo que puede erigirse en una carga adicional para la mujer maltratada.

En todo caso, tanto la reforma como la respectiva sentencia de constitucionalidad giran en torno a la idea de impedir que las secuelas del maltrato, con sus diversas expresiones y alcances, limiten el acceso a la administración de justicia de las mujeres víctimas de violencia, especialmente cuando la misma es grave y/o sistemática, lo que podría ocurrir porque bajo el ambiente atrás descrito se pueda ver compelida a no formular la querrela o a presentar un posterior desistimiento.

Aunque en esta oportunidad se analiza un tema diferente, esto es, la posibilidad de admitir como prueba de referencia la denuncia formulada por la víctima, cuando pueda inferirse razonablemente que la invocación del privilegio previsto en el artículo 33 superior, realizada durante el juicio oral, es producto del sometimiento y la violencia exacerbada a que la mujer ha sido sometida y de las presiones inherentes a estos escenarios de maltrato, la decisión legislativa en comento y la respectiva sentencia de constitucionalidad resultan útiles en cuanto destacan un fenómeno que se ha evidenciado, especialmente en las últimas décadas, atinente a la posibilidad de que esos mismos círculos de violencia impidan que las víctimas decidan con verdadera libertad sobre su intervención en los respectivos procesos penales.

En orden a resaltar la importancia y vigencia de esta problemática en el ámbito internacional, conviene anotar que ese fue uno de los argumentos expuestos recientemente por el Tribunal Supremo Español ⁽²⁶⁾ para cambiar su jurisprudencia sobre una arista diferente del manejo de las declaraciones de las víctimas al interior del proceso penal. En ese proveído, el tribunal ibérico concluyó que, bajo ciertas condiciones, cuando la víctima, antes del juicio oral, promueve la actuación penal y, de esa forma, renuncia al referido privilegio constitucional ⁽²⁷⁾, no le es posible invocarlo nuevamente cuando sea citada como testigo en el juicio oral, *“porque de esa forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior a prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo”*.

Aunque es claro que el Tribunal Supremo de España analizó un problema muy diferente al que ocupa la atención de la Sala (*una cosa es decidir si la víctima, obrando con plena libertad en los diferentes escenarios procesales, puede retomar en el juicio un privilegio al que ya había renunciado, y otra muy distinta lo atinente a la solución por la que debe optarse cuando se demuestra que la invocación del privilegio no es producto de una decisión libre*), y sin que puedan perderse de vista las notorias diferencias que existen entre los dos regímenes procesales, lo cierto es que el cambio de jurisprudencia se orienta a enfrentar el fenómeno ya mencionado, como incluso se acepta en los respectivos salvamentos de voto.

²⁶ Sentencia 389 del 10 de julio de 2020

²⁷ En España, al igual que en Colombia, este derecho tiene rango constitucional. La diferencia estriba en que en nuestro ordenamiento la norma superior establece los grados protegidos, mientras que en el país ibérico ese aspecto fue dejado al desarrollo legal.

Solo a efectos de darle un mayor contexto al tema que se analiza, cabe destacar que la postura mayoritaria del Tribunal Supremo Español se aviene en varios aspectos a la regulación del mismo tema en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988, donde se establece que los parientes cercanos del imputado no están obligados a declarar, pero deben hacerlo cuando hayan presentado denuncia o querrela o cuando tienen la calidad de víctima del delito investigado.

5.2.5. La necesidad de armonizar las diversas normas constitucionales que se ocupan de la protección de la familia

Según se indicó, el artículo 33 de la Constitución Política tiene como soporte principal la necesidad de proteger a la familia, que podría verse afectada si una persona es obligada a declarar en contra de uno de sus parientes, en los grados establecidos en la Constitución y la ley.

A su vez, el artículo 42 de la Carta se ocupa del rol de la familia en la sociedad y establece, entre otras cosas, que *«las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de los integrantes»*, y que *«cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley»*.

En casos como el sometido a conocimiento de la Sala se advierte algún nivel de tensión entre estos aspectos constitucionalmente relevantes, porque el juzgamiento de las formas de violencia que se consideran destructivas de la

armonía y unidad familiar, que suelen materializarse en la intimidad, generalmente suele depender, por esta razón, de la declaración de la víctima o de quienes conviven en virtud de este tipo de vínculos o relaciones. A su vez, los testigos más frecuentes de estos delitos –los propios familiares– no pueden ser obligados a declarar. En opinión de diversos sectores doctrinarios, esta realidad es la que justifica regulaciones como la italiana, referida en los párrafos precedentes.

En este contexto, el hecho de que la víctima, en alguna fase de la actuación, haya decidido entregar una declaración con la intención unívoca de que fuera utilizada judicialmente (para iniciar la investigación, decidir sobre la procedencia de la acusación y de la medida de aseguramiento, etcétera), constituye, por lo menos, un hecho indicador de su propósito de buscar la tutela de sus derechos en el ámbito penal.

Así, cuando se presenta un cambio de postura (la víctima pretende «retomar» el privilegio), el Estado tiene la obligación de constatar que ello obedezca a una decisión libre, pues, según se indicó, solo bajo este presupuesto resulta pertinente estudiar los efectos de sus decisiones anteriores sobre la renuncia al privilegio en mención.

De ahí la importancia de que la Fiscalía realice la investigación y, en general, la actuación, con perspectiva de género, lo que no se reduce a simples enunciados formalistas. Lo importante es que se actúe con la debida diligencia y que los procedimientos se adecúen para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Colombia a

nivel internacional en materia de prevención y erradicación de todas las formas de violencia contra las mujeres.

En este marco, cobra mayor importancia lo expuesto reiteradamente por esta Sala sobre la obligación de indagar por el contexto en el que ocurrió el acto de violencia que se investiga, no porque ello constituya un elemento estructural del tipo penal (sin perjuicio de su importancia para establecer la presencia de la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal), sino porque permite comprender, además, las necesidades de protección de la víctima, el daño físico y psicológico que la misma ha sufrido, así como las presiones a las ha sido o podría ser sometida frente a sus actuaciones en el proceso penal (CSJSP, 1 oct 2019, Rad. 52394, entre otras.

Valga aclarar que estas verificaciones pueden poner en evidencia que las renunciaciones de la víctima son verdaderamente libres. En esos casos, surgen problemas jurídicos diferentes, como el estudiado recientemente por el Tribunal Supremo de España acerca de si la renuncia al privilegio previsto en el artículo 33, realizada libremente en una etapa anterior al juicio, priva o no a la víctima de la posibilidad de invocar el mismo privilegio en caso de ser citada como testigo al juicio oral. Igualmente, y también a título de simple ilustración, si en esos eventos la declaración anterior podría ser incorporada como prueba de referencia.

5.2.6. La obligación del Estado de verificar que la renuncia a derechos al interior del proceso penal sea libre

Este aspecto no admite mayor discusión cuando se trata del procesado, pues el ordenamiento jurídico dispone expresamente que cuando este opta por renunciar a uno o varios de sus derechos, los jueces (y, en su momento, los fiscales), deben constatar que actúan libremente y que han sido suficiente informados sobre las consecuencias de su decisión. Sobre esta temática, ilustran suficientemente las determinaciones en materia de allanamiento a cargos, acuerdos, renuncia al derecho a no declarar en juicio, etcétera).

En lo que atañe a las víctimas, a lo largo de la Ley 906 de 2004 se consagra la obligación de su protección. Por ejemplo, el artículo 114 se refiere al deber de los fiscales de «*velar por la protección de las víctimas, testigos...*», y los artículos 132 y siguientes regulan con amplitud los derechos de las víctimas a lo largo de la actuación penal.

Lo cierto es que todas estas normas, cuando se trata de casos de violencia contra las mujeres, deben ser interpretadas a la luz de los tratados internacionales suscritos por Colombia, atinentes a la erradicación de todas esas formas de violencia. Bajo esa misma lógica, se advierte que el cambio de jurisprudencia al interior del Tribunal Supremo de España, referido en precedencia, tuvo entre sus múltiples motivaciones la necesidad de ajustar el ordenamiento interno a lo establecido en el Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica), que guarda una semejanza notoria con la Convención Belem do

Pará (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), incorporada al ordenamiento jurídico colombiano.

Al margen de las decisiones que en su momento deban tomarse en virtud de la mirada sistemática del ordenamiento jurídico, por el momento resulta suficiente con destacar la obligación de verificar que la mujer que comparece al proceso penal en calidad de víctima de graves actos de violencia, atribuidos a sus propios familiares, actúa con total libertad al tomar las decisiones sobre su participación en el proceso.

Lo anterior, sin perder de vista que estos derechos de las víctimas deben, a su vez, armonizarse con los derechos del procesado, también de rango supralegal, tal y como lo ha reiterado esta Corporación.

5.2.7. Conclusiones

De lo expuesto en precedencia se extraen las siguientes reglas:

La Fiscalía tiene la obligación de brindarle una protección amplia y suficiente a las mujeres víctimas de violencia de género, lo que se acentúa cuando se trata de maltratos graves y/o sistemáticos.

Entre esas obligaciones, se destaca el deber de constatar que la víctima no está siendo amenazada o de alguna manera presionada para que no rinda declaración.

Igualmente, debe indagar por el contexto en el que se presenta la violencia de género y, además, constatar el daño físico y psicológico sufrido por la víctima.

Bajo ese contexto, cuando se avizoren riesgos para la prueba, debe tomar las medidas necesarias, entre ellas, la posibilidad de acudir a la prueba anticipada (CSJSP, 11 jul 2019, Rad. 50637, entre otras).

Si en el proceso se **prueba** que la víctima invoca el privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, no por una expresión libre de la autonomía de la voluntad sino a raíz de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales a que ha sido sometida, orientadas expresamente a evitar que rinda testimonio, sus declaraciones anteriores podrán ser incorporadas como prueba de referencia.

Lo anterior porque: (i) si la declaración anterior se pretende introducir como medio de prueba, por la imposibilidad de su práctica en el juicio, dicha declaración constituye prueba de referencia, a la luz de lo establecido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 43156, entre muchas otras); (ii) ese evento de no disponibilidad del testigo hace parte de las excepciones a la prohibición general de admisibilidad de prueba de referencia, en la medida en que encaja en los eventos similares de que trata el literal b del artículo 438 ídem, atinente a la indisponibilidad del testigo por actuaciones ilegales que impiden que su testimonio sea escuchado en el juicio oral; y (iii) si esas acciones intimidatorias son realizadas directa o indirectamente por el procesado, este no podría invocar la

vulneración del derecho a la confrontación, ya que es su propia conducta la que impide que la versión de la víctima se reciba en el juicio, según las reglas del interrogatorio cruzado.

Si no logra demostrarse que el procesado (u otra persona) realizó acciones expresamente dirigidas a que la víctima rindiera su testimonio, pero se infiere que la invocación del privilegio previsto en el artículo 33 superior no es producto de una decisión libre, sino de las secuelas del maltrato, de las presiones derivadas de la dependencia económica u alguna otra expresión de la relación de desequilibrio y sometimiento, sus declaraciones anteriores también pueden incorporarse como prueba de referencia. Ello, por cuanto el evento encaja en la cláusula abierta prevista en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que la no disponibilidad del testigo es consecuencia del delito mismo, sin perjuicio de la obligación de ajustar, en la mayor medida posible, el ordenamiento interno a las obligaciones adquiridas por Colombia en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

No sobra reiterar la importancia de que la Fiscalía asuma sus obligaciones frente a las víctimas, en este caso de violencia de género, no solo porque esa es su obligación constitucional y legal, sino además porque ello permitiría tomar, a tiempo, las medidas orientadas a preservar la prueba, bien porque deba optarse por su práctica anticipada o porque se adopten las medidas que resulten necesarias para que el testigo, que tiene a la vez la calidad de víctima,

pueda comparecer a rendir su testimonio con total libertad y rodeado de todas las garantías.

Finalmente, solo cuando la víctima manifieste libremente su intención de acogerse al privilegio previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, son pertinentes los otros debates mencionados a lo largo de este proveído, entre los que se destaca el atinente a las consecuencias derivadas de que en un momento determinado de la actuación, rodeada de todas las garantías, haya decidido renunciar a dicho privilegio, con el propósito inequívoco de descartar la despenalización del supuesto agresor. Esta discusión no se aborda en esta decisión, toda vez que como se mostrará a continuación, la situación de la víctima en este caso se encuentra dentro de la última hipótesis mencionada.

5.2.8. El caso juzgado

En el presente caso se destacó por los testigos presentados en el juicio que la relación entablada por BLPG y el acusado estuvo siempre cruzada por un fenómeno sistemático de violencia, que le impedía a ella el ejercicio de cualquier acto de libertad no solamente para desempeñar sus actividades cotidianas sino, incluso, para la realización de sus conductas más íntimas, como aquellas asociadas a su sexualidad.

En ese sentido, bastaría con aludir a lo declarado en juicio por Luz Marina Quintero Varela, Guillermo Aguilar Torres y la menor Y.R.P., para entender con claridad que en el contexto en el que se desarrollaba aquella relación

disfuncional se encontraba sojuzgada la voluntad de la víctima en razón de la opresión que de manera constante ejercía sobre ella su agresor, sometiéndola de manera definitiva a sus propios designios.

Pero, además, es la propia víctima quien, cuando denunció, evidenció que carecía de cualquier posibilidad de ejercer acciones voluntarias, no solamente por el temor que sentía frente a la violencia ejercida en su contra por el agresor, sino también por una profunda dependencia económica de ella y sus hijos menores, lo que le impedía emprender cualquier comportamiento que pudiera alterar esa condición de sumisión frente a su compañero permanente.

Ahora bien, el enfoque de género que debió guiar en este caso la actividad de investigación de la Fiscalía, habría permitido develar de manera puntual las razones que la llevaron a hacer uso en juicio del privilegio de no declarar para favorecer a su ofensor.

Las condiciones narradas desde un comienzo por BLPG y el testimonio de quienes las conocían de cerca, hacían presumir la posibilidad de la actitud procesal asumida por ella, por lo que era obligación de la Fiscalía constatar las circunstancias que rodeaban aquellas relaciones que, según se evidenciaba, transcurrían en un contexto de sometimiento estructural inherente a la misma violencia desplegada en contra de la mujer.

Nada de ello se hizo por el acusador, no obstante lo cual la Corte no puede soslayar que del probado contexto dentro del cual se desarrolló la violencia de género y doméstica, según se viene de narrar, puede inferirse sin mayor esfuerzo que el ejercicio de la dispensa constitucional de no declarar por parte de la víctima se debió al mismo fenómeno de sujeción y sometimiento al victimario, lo que se advierte con mayor claridad si se repara en el hecho de que esa declaración anterior fue la denuncia presentada de manera reactiva por la mujer ante la imposibilidad de tolerar mayores agravios cuando, según lo narró con lujo de detalles, la sometió a tal violencia física y sexual que hizo que terminara exhausta tras varios días de subyugación.

Con lo anterior entiende la Corte que no hubo ninguna excepción o limitación a la garantía fundamental prevista en el artículo 33 de la Carta Política, pues aunque la víctima hizo manifestación de acogerse a la dispensa constitucional para no declarar como testigo en el juicio adelantado contra su compañero permanente, los evidentes condicionamientos a los que se encontraba sometida por razón de la violencia estructural que padecía, permiten sostener que la ausencia de voluntad en esa decisión no habilita la extensión de la protección constitucional sobre la declaración vertida en su denuncia, haciéndose evidente que, en este caso en particular y bajo las condiciones vistas, se presenta, conforme con lo regulado por el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un **evento similar de indisponibilidad**, que permite admitir como prueba de referencia la declaración anterior que rindió en su denuncia, en la cual además, importa resaltarlo, se le puso de presente su

derecho a no declarar, renunciando, allí sí libremente, a su ejercicio.

En consecuencia, fue legal la admisión de dicho medio probatorio.

6. El caso concreto y la delimitación del problema que se debe resolver:

Hechas las anteriores consideraciones, corresponde a la Sala, en consecuencia, establecer si el Tribunal incurrió en un error de derecho consistente en falso juicio de convicción por sustentar la condena de manera exclusiva en aquella prueba de referencia, según es propuesto por la demandante. Para ese cometido se hace necesario analizar el contenido de la prueba de referencia admitida por el juez de conocimiento y de la demás pruebas complementarias o ratificadoras, valoradas así en el fallo confutado, con cuya estimación conjunta y racional se permitió llegar por el juzgador a la conclusión de que el hecho delictivo ocurrió y que el procesado es responsable de su realización.

6.1. De la prueba de referencia aducida:

En la declaración rendida el 5 de febrero de 2016 por BLPG ante el investigador judicial, manifestó que el día anterior, cuando le anunció que abandonaría su casa, fue golpeada en la cara por su compañero permanente JOSÉ ALEXANDER MORA, quien además la insultó y la amenazó.

Ese mismo día, relató, el acusado le propuso una última relación sexual que ella rechazó, razón por la cual la correteó por toda la casa y cuando cayó rendida por el cansancio fruto de la agresión física que se había prolongado por varios días, la tomó del pelo, la desnudó y, en contra de su voluntad, cuando no pudo resistirse más, la accedió carnalmente por su vagina.

Así, narró en su denuncia que: *«me colocó el brazo bajo del cuello, me tomó del pelo, me ahorcaba con la mano que me tenía sujeta el pelo, la soltó y me empezó a bajar los pantalones, yo le decía que no lo hiciera, yo lloraba era por lo que él me decía y para dónde cogía sin dinero y sin nada, ya que me abusara sexualmente porque me doliera o no, lo único que me importaba era que los niños no se dieran cuenta de nada».*

En otro aparte de su relato, expresó: *«me tocaba quedarme ahí por necesidad, porque no tengo para dónde irme y además tengo tres niños y me queda muy difícil, casi que imposible, pagar algo para mis tres hijos y para mí, como lo puede notar Alexander es una persona muy peligrosa y por tal motivo me había tocado aguantar todo esto por mucho tiempo, aproximadamente desde hace un mes si hubiera podido yo me había apartado de él desde hace mucho tiempo, pero no tengo cómo. Retomando el momento, corrió el armario que cubría la puerta que daba con la habitación de los niños, armario que yo misma coloqué para cuando él abusara de mí, los niños no se dieran cuenta, se pasó para donde yo estaba acostada y me cogió del pelo muy duro, también me manoseó los senos, yo me opuse, lo empujé y traté de salirme, pero no tenía para dónde irme, yo le decía que no quería estar con él y como estaba sola, ya que los niños estaban donde mi mamá, no tenía por qué quedarme callada; caminé por todo lado y en un sofá me recosté la cabeza en la cama llorando desesperada, muy cansada, porque ya llevábamos así desde el sábado por la noche y no había podido descansar nada, llegó ahí Alexander y me cogió del pelo y de un brazo y me subió a la cama, me bajó la sudadera, yo me oponía pero ya de mi*

cansancio y tanto maltrato me dejé, no demoró mucho porque estaba muy excitado, solo fue vaginal, anal no me dejé, me quedé quieta, cuando él terminó se quedó dormido y yo me quedé ahí llorando hasta que amaneció porque pensé que si me iba él me volvía a traer».

Expresó que, durante los años de convivencia, fue víctima en múltiples oportunidades, de manera sistemática, de semejantes agresiones físicas y sexuales por parte del procesado.

Del accionar violento e inconsulto en materia sexual por parte de su pareja, según sostuvo, procuró siempre que sus hijos no se enteraran, por lo que dispuso de tal manera los muebles de la casa que sus hijos no pudieran percibir las ofensas que le causaba contra su libertad sexual. Así, afirmó que *«de las agresiones sexuales obviamente nadie se ha dado cuenta porque trato de que ni siquiera mis tres hijos que viven con nosotros se den cuenta de los que pasa».*

6.2. De la prueba complementaria o ratificatoria:

El Tribunal, a efectos de sustentar la condena del acusado JOSÉ ALEXANDER MORA como autor penalmente responsable de los delitos de *Violencia intrafamiliar* y *Acceso carnal violento*, sustentó que fueron aducidos otros elementos demostrativos de naturaleza distinta a la referida prueba de referencia que, en su valoración conjunta, permitieron alcanzar el estándar requerido para el juicio de reproche.

Así, se invocaron como pruebas complementarias el dictamen del perito de Medicina Legal Germán Alfonso

Fontanilla Duque, la declaración recibida en juicio del investigador judicial John Hamilton Londoño Jurado, los testimonios de Luz Marina Quintero Varela, Guillermo Aguilar Torres, Alfonso Cuervo Ballén, de la menor Y.R.P., del psiquiatra Henry García Moncaleano y la versión que sobre los hechos entregó en el juicio el acusado.

Como se verá a continuación, algunos de estos medios de prueba efectivamente pueden dar cuenta de la realización de las conductas lesivas de la libertad, integridad y formación sexuales que fueron denunciadas por BLPG y, en consecuencia, es posible encontrar en ellos la prueba complementaria que a decir del Tribunal posibilitó el juicio de condena por el delito de *Acceso carnal violento*. Veamos:

6.2.1.- El día siguiente de los hechos denunciados, se le realizó a BLPG un reconocimiento forense en el Instituto Nacional de Medicina Legal, elaborándose a cargo del profesional que lo practicó el informe pericial incorporado a la actuación, el mismo que fue empleado en la sustentación de la prueba pericial a través de la intervención durante el juicio oral y público del médico legista Germán Alfonso Fontanilla Duque.

Como ya lo tiene decantado la Sala, en relación con la base fáctica en esta clase de experticias, en el informe pericial se suelen relacionar, de una parte, hechos percibidos directamente por el perito, como cuando éste emite opiniones sobre los hallazgos médicos a partir de la observación y análisis personal de las heridas causadas, caso en el cual ha

tenido conocimiento *«personal y directo»* de las mismas; y, de otra parte, datos o información fáctica suministrada por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos o relatos sobre la conducta investigada que la examinada ofrece a los peritos en las valoraciones médicas.

Estas versiones recibidas por los peritos médico-legales en el abordaje forense, conocidas como anamnesis, por tratarse de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, solo pueden tener la condición de pruebas de referencia, en caso de ser incorporadas bajo las condiciones previstas en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004²⁸.

En el presente caso, el médico legista Germán Alfonso Fontanilla Duque, en su intervención durante el juicio oral (CD-2, pista 4^a, audiencia de juicio oral, min. 00:09:24), se refirió, en primer término, al relato que la víctima suministró sobre los hechos investigados, dicha narración guarda fiel coincidencia con la declaración anterior entregada por PG, rendida en un escenario distinto, admitida y aducida a la actuación con el documento incorporado a través del investigador judicial.

En efecto, en esa oportunidad, según consta en el informe y lo ratificó el respectivo perito en el juicio oral, la víctima expresó que: *«corrió los armarios y se metió donde yo estaba acostada en la cama de mis niños porque mis niños no estaban, me cogió por el cabello y con el brazo de él me apretó el cuello duro, me bajó la sudadera que tenía, me paré, lo tiré al piso, me fui para la otra pieza, pensé que ya con eso se calmaba y entendía que no quería, se fue para la cama y me*

²⁸ CSJ SP-2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637; CSJ SP-4179-2018, 26 sep. 2018, rad. 47789.

cogió por la espalda, me tiró duro encima de la cama, me cogió del cuello y de una mano para inmovilizarme, luego me bajó la ropa, yo ya cansada de tantos días sin dormir desde el sábado me quedé quieta y dejé que me penetrara por la vagina, yo me acosté en la misma cama y no me fui para evitar que me siguiera pegando y cuando amaneció me levanté, me bañé y cogí las bolsas que tenía empacadas y me preguntó que si de verdad me iba a ir y le dije que sí... y fue que me pegó y me tiró a la cama y me vio el ojo y me dijo que mire a lo que hemos llegado».

Aparte de la total coincidencia en la narración de los acontecimientos que la denunciante había hecho al investigador judicial, resulta especialmente relevante la declaración del perito forense sobre los hechos clínicos percibidos directamente durante el reconocimiento médico y el análisis, interpretación y conclusiones que hizo sobre sus hallazgos.

Así, dio cuenta que la examinada presentaba lesiones en cara, cabeza y cuello, de carácter traumático, causadas por objeto contundente, consistentes en «1. Hematoma irregular moderado, localizado en región bpalpebral izquierda, asociada a inyección conjuntival hacia canto externo. Movimientos oculares conservados. 2. Excoriación irregular de 1 cm, localizada en mejilla derecha». Se estimó una incapacidad definitiva de diez (10) días.

Igualmente, refirió que en el examen genital practicado a BLPG no se halló la presencia de lesiones, lo que significa, según explicó en el juicio oral, que «a pesar de que el examen ginecológico fue normal, no se encontraron signos externos que indiquen que hubo algún tipo de lesión o de trauma a ese nivel, eso no descarta que se haya podido presentar, ya esa es una interpretación personal, la penetración a nivel vaginal o a

nivel de la región anal, porque hay ocasiones en que ese tipo de circunstancias no dejan huella».

Las conclusiones a las que llegó el médico legista referidas a la presencia de lesiones en la cara, cabeza y cuello de la víctima, no solamente son compatibles con el hecho jurídicamente relevante alusivo a la *Violencia intrafamiliar* que fue objeto de condena y sobre el cual no existe controversia alguna por parte de la defensa.

De igual manera, en dicha opinión pericial es posible encontrar respaldo probatorio frente al delito imputado de *Acceso carnal violento* cuando el perito precisamente consignó como hallazgos durante el examen físico la presencia de hematoma en la región bpalpebral izquierda y escoriación en la mejilla derecha, lo que corrobora las afirmaciones hechas por la denunciante relativas a los golpes que recibió en su rostro de parte del agresor en el propósito de vencer su resistencia y someterla a la conducta sexual que pudo ejecutar de esa manera; también ratifica la expresión que, según narró, tuvo con ella el ofensor al día siguiente de los hechos: *«me vio el ojo y me dijo que mire a lo que hemos llegado».*

Obviamente, resulta razonable la opinión pericial en el sentido de no descartarse, por sus características empíricas, una penetración vaginal o anal, aunque no haya encontrado rastros de violencia en aquellas zonas anatómicas, puesto que las mismas circunstancias en que tuvieron lugar los acontecimientos hacía improbable la presencia de señales de violencia en las zonas íntimas de la mujer. Ella misma narró que el acto copulativo fue ejecutado por el agresor después

de que ella se opusiera a esa pretensión, haciéndoselo saber no solamente de manera verbal sino, además, resistiéndose a la agresión física con la cual quiso someterla, y que fue al final de esa pugna, durante la que fue golpeada en su rostro, que ella quedó sin fuerzas y tuvo que permitir, imposibilitada de repeler la agresión y sin que en ese acto final se presentara confrontación alguna, que la accediera carnalmente.

Ese es el motivo que explica, de manera lógica, el por qué en el rostro de BLPG el médico legista halló vestigios de la violencia física a la que fue sometida y por qué tales rastros no se encontraron en sus genitales y en las zonas aledañas, lo cual ofrece total coincidencia con la denuncia, corroborando lo consignado en ella.

6.2.2.- En cuanto al investigador judicial John Hamilton Londoño Jurado se tiene que expresó en su declaración jurada que la denunciante PG le manifestó que temía por su vida y la de sus hijos y que la observó «*muy nerviosa y con notorias lesiones en el rostro*» (CD-2, pista 2^a, audiencia de juicio oral, min. 00:18:50), lo cual también se acompasa con la narración de los hechos ofrecida por ella, puesto que esos rastros percibidos en el rostro y los temores revelados por la mujer servirían para confirmar el accionar violento constitutivo de la agresión sexual y corroboran no solo el relato consignado en la denuncia sino también los hallazgos revelados en el reconocimiento médico legal.

6.2.3.- Igualmente, según depuso Luz Marina Quintero Varela, en su casa arrendó una habitación al grupo familiar del acusado JOSÉ ALEXANDER MORA y pudo presenciar constantes actos de agresión física y verbal que éste infligía a BLPG, debiendo incluso en alguna oportunidad llamar a la policía ante las amenazas de las que la hacía víctima (CD-2, pista 8^a, audiencia de juicio oral, min. 00:08:05).

Así mismo, Guillermo Aguilar Torres, padrastro de BLPG, atestiguó que en múltiples oportunidades la recibió en su casa con visibles señales de maltrato. Narró que, según le dijo una de las hijas de su hijastra, el acusado se paseaba desnudo delante de las niñas. Fue testigo, según afirmó, de las amenazas proferidas por el acusado en caso de que lo fuera a dejar. También aseguró que, en alguna ocasión, concretamente la fecha en que ocurrieron los hechos que motivaron este juicio, la misma BL le había contado que su compañero permanente la había violado, pidiéndole su ayuda y acompañamiento a formular la denuncia en la fiscalía (CD-2, pista 8^a, audiencia de juicio oral, min. 00:31:12).

En el mismo sentido declaró Alfonso Cuervo Ballén, Comisario de Familia, quien informó sobre una orden de protección impartida en favor de BLPG y de sus hijos en razón de los visibles actos de violencia ejecutados por su compañero permanente, siendo remitidos a una casa refugio en razón de los riesgos a los que estaban expuestos (CD-3, pista 1^a, audiencia de juicio oral, min. 00:11:10).

Observa la Sala que dichos testigos, aparte de acreditar los actos repetidos de violencia intrafamiliar ejecutados por el procesado, suministran información complementaria relevante en torno a las acciones de agresión sexual relacionados en la denuncia incorporada a la actuación. En realidad, en este caso parece imposible escindir las acciones sistemáticas de violencia a los miembros de su núcleo familiar de la ejecución violenta de conductas sexuales sobre su compañera permanente, las cuales ocurrían en un entorno de intimidad que sólo trascendió cuando la víctima no pudo tolerar mayores ultrajes y comunicó lo sucedido a familiares y autoridades, pues hasta ese entonces, según ella lo manifestó, hasta evitó que sus hijos percibieran las agresiones sexuales de las que era objeto, separando con muebles el recinto donde era sometida a prácticas eróticas ajenas a su libertad de elección.

Es cierto que la versión entregada por Guillermo Aguilar Torres sobre la violencia sexual no respondió a su percepción de los hechos, pero sí dio cuenta de los daños que percibió en el rostro de su hijastra cuando llegó lesionada a su casa tras lo sucedido y le pidió que la acompañara a formular la denuncia recibida por el investigador John Hamilton Londoño Jurado porque había sido violada, lo que es coincidente con los hechos consignados en el documento de la denuncia admitida e incorporada como prueba de referencia. De manera que es cierto, como lo sostuvo el representante de la Fiscalía durante la sustentación del recurso de casación, que lo declarado por el testigo corresponda a una *«prueba indirecta»* sobre la ocurrencia del

hecho contra la libertad e integridad sexual, en la medida en que a través de datos objetivos como los percibidos por él pueden inferirse los hechos relevantes denunciados por la víctima de la agresión.

6.2.4.- Ahora bien, el Tribunal enfatizó en la declaración de la niña Y.R.P. como prueba confirmatoria de los hechos de agresión sexual narrados por BLPG en la denuncia incorporada a la actuación.

La menor refirió que fue testigo de constantes confrontaciones entre su madre y el acusado, llevando aquella la peor parte porque frecuentemente resultaba lesionada. También aludió a los insultos y amenazas recurrente que JOSÉ ALEXANDER MORA profería en contra de los miembros del grupo familiar. Así mismo, hizo referencia a episodios especialmente relevantes, como la vez en que el acusado empleó un cuchillo contra su progenitora; así como la ocasión en que, en medio del tenso ambiente que se vivía dentro de la casa, se masturbó delante de ella y sus hermanos menores; y la oportunidad en que se refería a ella con la expresión «mamacita», cuando usaba camisetas ombligueras (CD, pista 3^a, declaración en cámara Gesell, audiencia de juicio oral, min. 00:12:19).

De los eventos narrados por la menor Y.R.P., el Tribunal anunció que se trataba de datos de los que se podían deducir las agresiones sexuales ejecutadas por el procesado en contra de BLPG, determinando que de allí *«sí es claro inferir que los accesos carnales no consentidos imputables al actor tienen una base probatoria sólida»*.

Advierte la Sala que, conforme a su testimonio, la niña Y.R.P. no obstante convivir con su madre y el acusado, no percibió la conducta de acceso carnal violento que, como hipótesis factual, emana de la prueba de referencia analizada. La menor no recreó ninguna situación que se relacionara con un encuentro sexual entre su madre y el procesado, pudiéndose desprender de su relato, sin embargo, los actos reiterados de maltrato físico y psicológico de MORA en contra de los miembros del núcleo familiar y una actuación de carácter erótico dirigida más a violentar sexualmente a los niños que a la propia compañera permanente, aspecto que no fue objeto de acusación y que amerita, dígame de una vez, que la fiscalía inicie la investigación penal sobre esa hipótesis delictiva en particular.

De cualquier manera, en el relato de la menor sí se advierte un claro entorno de violencia promovido de manera sistemática por el acusado y, además, el hecho de no haber percibido los actos de agresión sexual ejecutados en contra de su madre tiene su explicación en que ésta procuró por todos los medios, según lo narró en su denuncia, que sus hijos no se enteraran de lo sucedido.

6.2.5.- Finalmente, aseguró el *ad quem* que las pruebas presentadas en juicio por la defensa del acusado también permiten confirmar la realización de las conductas lesivas de la integridad sexual cometidas contra la denunciante.

Así, se hizo mención al médico psiquiatra Henry García Moncaleano, quien sostuvo en el juicio que recibió en consulta al acusado cuando ya se encontraba privado de su libertad, refiriendo que padecía una cefalea severa, síntomas depresivos, tristeza, ansiedad e irritabilidad, lo que sin embargo el galeno no asoció a una sintomatología psicótica (CD-4, pista 4^a, audiencia de juicio oral, min. 00:07:19).

También se sostuvo por el Tribunal como dato revelador de la agresión sexual que el acusado, cuando decidió declarar en su propia causa, adujo que mantenía con PG relaciones sexuales exacerbadas, ejecutadas en lugares no sólo privados sino también públicos, pero en todo caso consentidas por su pareja (CD-3, pista 5^a, audiencia de juicio oral, min. 00:23:14).

Al valorarse dicha prueba, se consignó en el fallo recurrido que el procesado *«parecía ufanarse de hacerlo (el acto sexual) en cualquier sitio»*, por lo que la combinación de conductas de sadismo y exhibicionismo sexual, según se afirmó, permite acreditar sus *«comportamientos sexuales inadecuados»*.

Es cierto, como lo puso de presente el delegado de la Procuraduría durante el trámite de sustentación del recurso de casación, la irrelevancia de la calificación psiquiátrica sobre los síntomas depresivos o de una *cefalea en estudio*, según lo reveló el profesional en el diagnóstico mental del procesado, para inferir de allí la realización de la conducta punible objeto de la acusación.

Del mismo modo, es verdad que se ofrece insuficiente en el propósito de corroborar la ocurrencia del delito contra la libertad sexual la alusión a los comportamientos sexuales del acusado y su pareja, siempre y cuando hayan sido consentidos por ésta, que es a donde se dirige el contenido de su declaración, caso en el cual no es dable abordar tales conductas bajo una presunción de responsabilidad penal a partir de cuestionamientos más de orden moral que probatorio, como parece emerger de aquel razonamiento.

No obstante, tampoco encuentra la Sala, como lo quiere hacer ver el demandante, que en la revelación del acusado sobre las maneras empleadas en sus relaciones sexuales con la denunciante pueda sustentarse una suerte de ausencia de responsabilidad. Es claro que la pareja era libre de desarrollar, bajo diversas formas, mientras consintieran en ellas, su libertad sexual; sin embargo, de los hechos denunciados por BLPG se infiere total ausencia de la libertad sexual y, contrario a ello, el sometimiento por la fuerza a los designios de su compañero permanente, lo que obviamente no puede inscribirse en un modelo de comportamiento sexual acordado por la pareja.

7. Conclusiones:

El debate se circunscribe al estándar probatorio del que se valió el juez colegiado de segunda instancia para dar por demostrada la ocurrencia de la conducta que tipificó como *Acceso carnal violento*, agravado, así como la responsabilidad del acusado.

Se sustentó aquel juicio de responsabilidad penal en la valoración de la denuncia de BLPG, declaración anterior que fue admitida por el juzgador como prueba de referencia.

Manifestó la denunciante que en aquella oportunidad el acusado JOSE A LEXANDER MORA, con quien llevaba dos años de convivencia, la accedió carnalmente por su vagina, en contra de su voluntad, lo que ocurrió en desarrollo de acontecimientos ejecutados cuando ella le anunció su separación, resultando además lesionada en su rostro ante la resistencia que ofreció al accionar del agresor.

Encuentra la Sala que la condena no está fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, por lo que no se trasgredió la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Ello por cuanto la declaración de la víctima fue corroborada en los siguientes aspectos:

El perito forense que llevó a cabo el reconocimiento clínico forense a la víctima, aunque no encontró lesiones que se localizaran en sus genitales, tampoco pudo descartar la ocurrencia de un acceso carnal no consentido. La explicación a dicha conclusión pericial se encuentra en la base fáctica de lo sucedido: (i) según declaró, BLPG se opuso a la pretensión de su compañero para que tuvieran relaciones sexuales; (ii) ante la negativa, el acusado procedió a maltratarla, golpeándola en su rostro y en su cuello (de ello encontró hallazgos clínicos el forense) hasta que venció su resistencia y ella, exhausta, permitió la agresión sexual cuando ya no se pudo oponer; (iii) ello explica

que no se hayan encontrado vestigios de la agresión en las zonas genitales de la víctima, lo que obviamente no puede descartar el acceso carnal no consentido por ella; (iv) la ausencia de consentimiento de la mujer y los actos de violencia que precedieron al ayuntamiento sexual, corresponde a una acción propia del tipo penal de *Acceso carnal violento*.

De igual manera, corrobora la versión entregada en la denuncia por BLPG su coincidencia con la narración de lo sucedido que hizo a su padrastro Guillermo Aguilar Torres una vez pudo huir de su agresor, con el relato que hizo al investigador judicial John Hamilton Londoño Jurado después de entrar en contacto con ella y con la exposición de los hechos que transmitió al médico legista cuando la exploró en función del reconocimiento de clínica forense. En todos los relatos refirió que fue agredida físicamente por su compañero permanente, quien, además, la accedió carnalmente en contra de su voluntad. Y en todos los eventos, los testigos refirieron los rastros de violencia física en su rostro que concuerda con la narración que hizo de lo sucedido.

Otros testigos presentados en juicio (Luz Marina Quintero Varela, inquilina de la pareja; Alfonso Cuervo Ballén, funcionario de Bienestar Familiar; la niña Y.R.P., hija de la denunciante; y, el padrastro Guillermo Aguilar Torres), si bien no presenciaron lo acaecido en relación con las agresiones sexuales recurrentes a las que era sometida BLPG por parte de su compañero JOSÉ ALEXANDER MORA, sí dan cuenta de un entorno en

el que prevalecía un sistemático patrón de conducta de maltrato realizado por el acusado dentro de un contexto de subyugación que, en este caso en particular, resulta imposible de escindir de la violencia sexual como ejercicio de dominación.

La violencia intrafamiliar y la agresión sexual, por lo que se pudo probar, fueron dos realidades que respondían al mismo fenómeno de sometimiento patriarcal, pues a decir por la propia denunciante existía un definido modelo de conducta por parte del acusado en el que entrelazaba acciones de violencia física y moral contra el grupo familiar y conductas sexuales violentas, no toleradas por ella, al punto que para proteger a sus hijos tuvo que disponer dentro de la casa de artilugios que les impidieran la percepción de los ultrajes a los que se veía sometida por parte de su compañero, de quien, según reconoció, no podía separarse porque era el proveedor económico para su familia.

Esas acciones de violencia sexual, relevantes para la resolución del caso, aunque frecuentes, según admitió ella, no trascendieron su entorno íntimo, hasta aquel día en que decidió denunciar lo sucedido y describir el comportamiento reiterado del que era víctima, el que sin duda se adecúa al tipo penal del artículo 205 del Código Penal y que corresponde con exactitud a las definiciones de *acceso carnal*, prevista en el artículo 212 ibídem, y de *violencia*, de que trata el artículo 212A ib., modificado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, en tanto se ejecutó mediante la amenaza y el uso de la fuerza, la coacción física y la opresión psicológica, la intimidación y el empleo de un entorno de

sujeción y poder contruidos para impedir el libre consentimiento de la víctima.

Tales circunstancias, sin duda, se encuentran probados con la denuncia de la víctima BLPG, valorada como prueba de referencia, y con medios probatorios, directos, indirectos y periféricos, como los que se acaban de mencionar, que permiten la corroboración de la conducta lesiva de la libertad, integridad y formación sexuales de la mujer.

Con lo anterior, cabe acotar que, conforme a lo demostrado, el acusado sometió a su compañera permanente a una constante violencia sexual sustentada en la discriminación como manifestación de la desigualdad estructural de trato en el ámbito familiar y de la unidad doméstica que integraban. Basta recordar que los actos de agresión sexual recreados por la denunciante y que se producían al tiempo que las conductas vejatorias que transgredían la unidad familiar, tuvieron lugar en un claro contexto de dominación y sometimiento por parte de JOSÉ ALEXANDER MORA, prevalido en todo momento de condiciones de supremacía física y económica que ostentaba sobre su pareja y las hijas menores de ésta, circunstancias advertidas por la denunciante y por los testigos presentes en el juicio.

Así, la relación afectiva y la convivencia que la víctima mantenía con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales, como pareciera ser la comprensión que sobre tal

aspecto asumía el procesado. Por el contrario, aquellas circunstancias, lejos de representar la manifestación de la voluntad en materia sexual por parte de BLPG, configuran una agravación punitiva, según lo establecido por el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal.

Se trataba, en suma, de una relación asimétrica que se desarrollaba en condiciones de discriminación y de violencia jerárquica basada en intolerables estereotipos de poder sobre una idea recurrente de inferioridad de la mujer y que rompían el equilibrio debido y las condiciones de igualdad que debían gobernar el vínculo de pareja. En ese contexto surgió la manifestación de sumisión que se tradujo en un constante maltrato físico y psicológico y en un sometimiento sexual, evidenciándose, además, el temor subyacente en la mujer que claramente coartaba su capacidad de decisión como titular de derechos, hasta el punto de tolerar y callar las diversas manifestaciones de violencia sexual a las que siempre era sometida.

Por último, el mismo contexto de los acontecimientos, según fue demostrado, impide que el comportamiento lesivo del procesado se pueda exculpar, como lo propone la defensa, en sus padecimientos psicológicos asociados a depresión y ansiedad, según el diagnóstico del psiquiatra Henry García Moncaleano, presentado en el juicio sin ninguna conexión con lo acaecido, y en sus preferencias y conductas sexuales que, de acuerdo a lo asegurado por el propio acusado, practicaba de manera concertada con su compañera, lo que dista mucho de la violencia ejercida sobre ella.

Así las cosas, no encuentra la Corte que el Tribunal haya incurrido en un error de derecho por falso juicio de convicción, pues la condena de JOSÉ ALEXANDER MORA por el delito de *Acceso carnal violento agravado* no se fundamentó exclusivamente en prueba de referencia, razón por la cual no resultó transgredida la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Bajo estas consideraciones, no se casará el fallo de segunda instancia.

8. Últimas consideraciones:

El juez *a quo* impuso al procesado una pena de doscientos dieciséis (216) meses de prisión, resultante de aumentar en veinticuatro (24) meses la sanción prevista mínima de la que partió –ciento noventa y dos (192) meses– por el delito de *Acceso carnal violento agravado*, en razón del concurso homogéneo de esta conducta y el concurso heterogéneo con el delito de *Violencia Intrafamiliar agravado*, calificado, a su vez, como concurso homogéneo de conductas punibles. El Tribunal confirmó integralmente dicha decisión.

Advierte la Sala, sin embargo, la presencia de inconsistencias que es preciso corregir la sentencia a fin de ajustar a su estricta tipicidad el delito de *Violencia Intrafamiliar agravado*.

Al respecto, debe precisarse que la calificación jurídica de la conducta contra la familia imputada al acusado por la

Fiscalía versó por un delito de *«Violencia intrafamiliar agravada por el inciso segundo de del artículo 229 del C.P., el cual consagra una pena de cuatro (4) a ocho (8) años prisión aumentada de la mitad a las 3 cuartas (sic) partes atendiendo el agravante en concurso homogéneo y sucesivo, por lo normado en el artículo 31 del C.P.»*.

La juez *a quo* declaró demostrados los hechos jurídicamente relevantes presentados en la acusación, relacionados con la conducta prevista en el artículo 229 del Código Penal, acogiendo en su integridad la tipicidad relativa con tal comportamiento, en los términos consignados en la acusación.

Además, acertadamente, dedujo el juzgador la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso segundo de dicho tipo penal, aduciendo que la conducta fue realizada sobre una mujer y unos menores de edad, en referencia a: (i) BLPG, lo que responde a la doctrina desarrollada por la Corte en cuanto que de manera objetiva se demostró la sujeción a un patrón de conducta de maltrato realizado de manera sistemática, habida cuenta que la acción delictiva estuvo motivada en un claro perfilamiento de género en la condición de mujer de la víctima, con lo que se encuentra acreditada la existencia de un contexto de discriminación, dominación o subyugación de su compañera por parte del procesado; y (ii) sus hijos infantes, expuestos a las agresiones perpetradas por su padrastro aprovechándose que se encontraban en situación de indefensión en razón de su edad y condición de dependencia; circunstancias que ciertamente permiten extender el juicio de tipicidad a la agravación punitiva

prevista en el citado inciso segundo del artículo 229 del Código Penal²⁹.

Adicionalmente, siguiendo los mismos términos de la acusación, el *a quo* calificó aquella conducta lesiva del bien jurídico de la familia como un «concurso homogéneo y sucesivo (en cuanto a los tres menores hijos de la mujer adulta, y ésta)», con lo que, advierte la Sala, incurrió en un error conceptual en la tipificación de la conducta como quiera que, según se desprende de los hechos debidamente probados, no se trata de alguno de los eventos de unidad y pluralidad de acciones típicas regulados en el artículo 31 del Código Penal, sino de un tipo penal que puede configurarse mediante un solo acto o una suma de varios actos (es decir, una conducta compleja), en el contexto del verbo rector «maltratar»³⁰, por lo que el delito de *Violencia intrafamiliar agravado* es uno solo sin importar cuantos miembros del núcleo familiar resulten afectados ni el número de actos de maltrato ejecutados en el curso de la relación familiar, al ser acciones propias de una misma conducta, adelantada bajo el mismo desvalor de acción y de resultado y con el quebrantamiento de un único bien jurídico.

Así lo ha precisado la Sala:

La violencia sea física o psíquica a que se refiere el tipo penal no debe confundirse con las específicas agresiones a cada uno de los miembros del núcleo familiar, ni se pueden tomar de manera individual o aislada, por manera que si hay una o varias acciones

²⁹ CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394; CSJ SP-468-2020, 19 feb. 2020, rad. 53037.

³⁰ CSJ SP-14151-2016, 5 oct. 2016, rad. 45647; CSJ SP-964-2019, 20 mar. 2019, rad. 46935.

*que afectan la tranquilidad en la comunidad doméstica, habrá un solo delito, pues jurídicamente la acción no va en contra de las personas, sino en contra de la convivencia y tranquilidad familiar.*³¹

En este caso, según se pudo demostrar, se trató de la realización de un sistemático maltrato físico y psicológico que el acusado llevó a cabo a través de reiterados actos ejecutados en diversos eventos, los cuales perpetró sobre la mujer y sus hijastros durante los aproximados dos años de convivencia, afectándose de manera cierta y efectiva el bien jurídico de la unidad y armonía familiar. Se realizó, por lo tanto, un único delito de *Violencia intrafamiliar agravado*.

Dicha consideración se traducirá en la disminución de la pena impuesta teniendo en cuenta que la juez de primera instancia fijó la respuesta punitiva por el delito de *Acceso carnal violento agravado* (artículos 205 y 211-5 del Código Penal), aumentándola por las conductas concurrentes – concurso de ese mismo delito y concurso homogéneo de *Violencia intrafamiliar agravado* (artículo 229, inciso segundo, ibídem)- sobre las cuales no adelantó el proceso de individualización, como correspondía, fijando un guarismo que respondió, en su criterio, a la intensidad del dolo, el daño causado y, en general, el mayor grado o magnitud del injusto y la culpabilidad.

Como no existe una referencia precisa ni un parámetro determinado en el ejercicio del aumento punitivo adelantado por la juez *a quo*, la Sala asumirá que a la pena de ciento

³¹ CSJ SP-679-2019, 6 mar. 2019, rad. 51951.

noventa y dos (192) meses impuesta por el delito base de *Acceso carnal violento agravado*, se incrementó veinticuatro (24) meses, de la siguiente manera: doce (12) meses por las restantes conductas de esa especie delictiva y doce (12) meses por el concurso homogéneo de *Violencia intrafamiliar agravado*, para un total de doscientos dieciséis (216) meses de prisión.

Al establecerse que se trata de un solo delito de *Violencia intrafamiliar agravado*, se reducirá en la mitad el aumento punitivo que, según se infiere, se produjo por esa conducta, por lo que se determina en seis (6) meses.

Por lo tanto, se parte de la pena de ciento noventa y dos (192) meses por el delito base de *Acceso carnal violento agravado*, incrementada en doce (12) meses por las restantes conductas de esa especie delictiva y seis (6) meses más por el único delito de *Violencia intrafamiliar agravado*. Lo que arroja como resultado una pena definitiva de doscientos diez (210) meses de prisión.

En ese sentido se casará, parcialmente, la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 13 de marzo de 2017, mediante la cual confirmó el fallo que emitió el Juzgado 34 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, el 9 de noviembre de 2016, condenando a JOSÉ ALEXANDER MORA como autor de los delitos de *Acceso carnal violento*, agravado, y *Violencia intrafamiliar*, agravado, en concurso de conductas punibles.

SEGUNDO: SE MODIFICA la sentencia en el sentido de que se declara al acusado penalmente responsable, en calidad de autor, de los delitos *Acceso carnal violento agravado*, en concurso homogéneo de esta conducta, y un delito de *Violencia Intrafamiliar agravado*.

En consecuencia, SE MODIFICA la sanción impuesta, la cual se establece en la pena principal de doscientos diez (210) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

TERCERO: En los demás aspectos el fallo impugnado se mantiene incólume, incluyendo lo atinente a negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

CUARTO: Por parte del juez de conocimiento, se compulsarán copias de la actuación, a fin de que se investigue por parte de la Fiscalía la conducta delictiva en que pudo incurrir el acusado JOSÉ ALEXANDER MORA, en

relación con los hechos de contenido declarados por la la
niña Y.R.P., realizados en contra de los menores de edad.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al
Despacho de origen.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Presidenta



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Sala Ca-

FABIO OSPITIA GARZÓN


EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

Sala Casación Penal@2020