

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

SP439-2018

Radicación n.º 50493

Acta n.º 65

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

I. V I S T O S

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora pública de **Mauricio Pardo Velasco** en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, de fecha 14 de octubre de 2016, por medio de la cual revocó la absolutoria del Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Barrancabermeja, emitida el 4 de abril de 2014, y, en su lugar, lo condenó como autor de acceso carnal violento.

II. HECHOS

En Barrancabermeja (Santander), en horas de la madrugada del 16 de diciembre de 2006, **Mauricio Pardo Velasco**, de 24 años, realizó acceso carnal con JCPR¹, quien para entonces tenía 15 años de edad.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencias preliminares concentradas celebradas el 8 de febrero de 2012 por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, se declaró legal la aprehensión de **Mauricio Pardo Velasco**, ejecutada con fundamento en orden de captura.

Acto seguido, la Fiscalía 201 Local de la ciudad le formuló imputación como autor de acceso carnal violento, conducta punible consagrada en el artículo 205 del Código Penal. El imputado no aceptó el cargo.

Por último, el despacho precitado, atendiendo solicitud del órgano de persecución penal, impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 30 de marzo de 2012, la Fiscalía Octava Seccional de Barrancabermeja radicó escrito de acusación contra

¹ Se hará referencia a la víctima únicamente por sus iniciales, ya que para la fecha de los hechos era menor de edad.

Mauricio Pardo Velasco como autor de acceso carnal violento.

3. Correspondió adelantar el juicio al Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Barrancabermeja. Esa etapa procesal tuvo el desarrollo que se detalla a continuación. Formulación de acusación: 4 de junio de 2012. Audiencia preparatoria: 13 de agosto de 2012. Juicio oral: 20 de noviembre y 10 de diciembre de 2012; 5 de febrero, 4 de marzo y 21 de mayo de 2013; 31 de enero, 25 de marzo y 4 de abril de 2014. En la última de las fechas mencionadas se leyó el fallo, que fue absolutorio, y se libró boleta de libertad.

4. La Fiscalía interpuso y sustentó el recurso ordinario de apelación, el cual fue desatado el 14 de octubre de 2016 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, en el sentido de revocar la sentencia de primer grado y, en su reemplazo, condenar a **Mauricio Pardo Velasco**, como autor de acceso carnal violento, a la pena principal de 128 meses de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso. Adicionalmente, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria y dispuso que una vez el fallo adquiriera firmeza se librara orden de captura contra el sentenciado.

5. Oportunamente, el defensor de confianza del encausado interpuso el recurso extraordinario de casación.

Posteriormente, el libelo correspondiente fue presentado, también en tiempo, por la defensora pública que asumió la representación de **Mauricio Pardo Velasco**.

IV. LA DEMANDA

La impugnante planteó un **cargo único**, al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, a saber: *“Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio por irrespeto a las reglas de la lógica y de la sana crítica, por cuanto el tribunal le dio a la prueba una interpretación que no tiene, con base en presunciones que tampoco respetan el sentido común (...)”*.

Según la libelista, el tribunal no sólo descartó totalmente el acervo probatorio ofrecido por la defensa, sino que, además, *“(...) tomó una sola vía de interpretación (...)”* de las pruebas de cargo y, en consecuencia, *“(...) no analizó otras posibilidades mucho más claras y más lógicas, con lo cual violentó no sólo las reglas primarias de la argumentación, sino que de paso arrasó con la norma constitucional que dice que no se puede presumir en contra del acusado”*.

A juicio de la censora, la apreciación que el juez plural hizo de la experticia sexológica fue *“tergiversada”*, pues señaló que tal valoración había revelado que *“(...) las lesiones en su zona vaginal no eran comunes en cualquier mujer que tuviera el deseo de mantener su primera relación sexual dado*

que si la vagina estuviera lubricada no hubiera presentado tales traumatismos (...)”, mientras que el médico sexólogo fue claro en indicar que *“(...) no se hallaron signos de violencia que permitieran establecer un abuso sexual (...)”*. Así mismo, al ser contra interrogado por la defensa dicho profesional aclaró:

Son dos dictámenes, uno que es el dictamen de lesiones personales que se agrega al dictamen sexológico y la desfloración como tal no es un acto violento. El dictamen de lesiones personales si está indicando que hubo lesiones traumáticas. (...) Dentro de lo que es el dictamen de lesiones personales nosotros podemos establecer que el elemento es contundente (...) pero a través de las lesiones no podemos establecer el elemento directo que la ocasionó (...) Nosotros no podemos establecer la cantidad de violencia, o sea, no está dentro del dictamen, no es posible establecer la cantidad de violencia que se estableció.

Por otra parte, lo que afirmó el tribunal en el sentido que **Mauricio Pardo Velasco**, respecto de JCPR, *“(...) le imprimió fuerza en su cadera y la botó al suelo, lo que explica el edema con inflamación de 3 cms. en la zona lumbar derecha, al igual que lo hizo con sus piernas, pues se las mantuvo abiertas, a pesar de que la menor afectada, infructuosamente intentó cerrarlas para quitárselo de encima, hecho que la obligó a claudicar física y moralmente (...)”* no se refleja en la declaración de ésta y, como lo anotó el magistrado que salvó el voto, *“(...) no se puede vislumbrar violencia alguna, cuando ni siquiera se puede establecer una oposición seria de parte de ella, pues la sola manifestación no permite inferir la violencia (...)”*.

El tribunal consideró que la declaración de Fredy Alberto Betancour Bedoya corroboraba el dicho de la menor

en el sentido que se desmayó y **Mauricio Pardo** la llevó alzada hasta el lugar donde previamente se encontraban departiendo, pero ello “(...) *no es cierto, ya que indica que llegaron los dos caminando (...)*”.

Así mismo, la colegiatura estimó que la declaración de Hover Palomino Rodríguez ratificaba el proferimiento de amenazas a la joven por familiares de **Pardo Velasco**. No obstante, frente a esa situación “(...) *la fiscalía no desplegó labor alguna para verificar las manifestaciones (...)*” referidas.

También censura al tribunal por no haber valorado los testimonios de Luis Alberto Marchena Monroy, cuñado de JCPR, Manuel David Acuña Hernández y Rubén Darío Miranda Aldana.

Además, la casacionista señala la existencia de falsos juicios de identidad, por adición y distorsión o tergiversación, en relación con:

El dictamen del perito Oswaldo Arturo Lozano Pérez, toda vez que éste en ningún momento expresó lo que le atribuyó el tribunal, esto es, que “(...) *las lesiones en su zona vaginal no eran comunes en cualquier mujer que tuviera el deseo de mantener su primera relación sexual dado que si la vagina estuviera lubricada no hubiera presentado tales traumatismos*”. Así mismo, porque el galeno aclaró que “(...) *la desfloración como tal no es un acto violento (...)*”, precisión

contraria a lo acotado por el *ad quem*, esto es, que el perito “(...) *halló lesiones violentamente causadas en la cavidad vaginal (...)*”.

La declaración de JCPR, pues le atribuyó la referencia de “(...) *una circunstancia que ésta en ningún momento mencionó (...)*”, consistente en haber sido tomada por la cintura.

En cuanto a la trascendencia de los yerros denunciados, la demandante anotó: “(...) *le da a las referidas pruebas (...) un mérito y alcance distintos a los que ella tiene, en total transgresión del sentido común, de la lógica y de lo que normalmente se tiene como cierto (...) si el ad quem no hubiera realizado un raciocinio falso, la sentencia necesariamente habría mantenido incólume la decisión de primera instancia (...)*”.

En tal sentido, solicitó a la Corte casar el fallo de segundo grado y absolver al procesado.

V. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. En términos generales, la defensora ratificó los postulados de su demanda. Puntualizó que los problemas jurídicos que le plantea a la Corte son dos: (1) ¿Las huellas propias de la primera relación sexual traducen un acceso

carnal violento? Y, (2) ¿Se configura la violencia pese a la no oposición seria y continuada de la persona accedida? Reiteró que su postura es que su defendido nunca ejerció violencia y citó como precedentes aplicables al caso los correspondientes a los radicados 41778 y 34514.

2. El Fiscal Quinto Delegado ante la Corte expresó que, dadas las razones por las cuales se admitió la demanda superando sus defectos, él se inclinaba por la salvaguarda de los derechos de la víctima, en tanto es su parecer que los del procesado quedaron debidamente garantizados.

Señaló que la demandante no demostró en qué aspectos el relato de la víctima puede ser calificado de contrario a la verdad, y mucho menos la trascendencia de esas falencias.

Discriminó los dos dictámenes periciales rendidos y destacó que con el correspondiente a lesiones personales, conjugado con la versión de la víctima, quien insistió que siempre se opuso a ser accedida carnalmente, el tribunal concluyó el ejercicio de violencia física.

Descartó que el ejercicio de tal violencia se pudiera demeritar por el hecho que en cierto pasaje de su declaración la víctima dijo que **Mauricio Pardo** no la golpeó, toda vez que ese es un aspecto diferente.

Desestimó como trascendentes en casación el salvamento de voto de uno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal del tribunal y la absolución emitida en primera instancia.

Recordó que familiares del procesado quisieron manipular a la víctima para que cambiara su versión.

Por todo lo anterior, solicitó a la Corte no casar el fallo recurrido.

3. Por último, la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal se sumó a la solicitud del delegado Fiscal.

Identificó como eje del debate el elemento violencia, respecto del cual no encontró claridad en la casacionista, pues confunde el que es propio de las lesiones personales con el que reclama el acceso carnal violento.

Acotó también que la censora acude a la resistencia como prueba de la ausencia de consentimiento, siendo esta una postura ya superada.

Resaltó los fundamentos probatorios de la decisión del tribunal para colegir que no le asiste razón a la demandante cuando aduce que la sentencia se basó únicamente en la versión de la víctima, que la defensa califica como contradictoria.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Puesto que los defectos de la demanda fueron superados en orden a emitir pronunciamiento de fondo, atendiendo los fines del recurso extraordinario de casación, a ello se procede.

Uno de los cargos del libelo, que correctamente formulado corresponde a una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho originado en falso juicio de existencia por omisión (causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004), consiste en que el tribunal falló “(...) *descartando totalmente el acervo probatorio ofrecido y desarrollado por la defensa*” (fol. 311), ya que, según la impugnante, no valoró el dicho de los testigos presentados por esa parte (fol. 307).

Esa censura no está llamada a prosperar, ya que no corresponde a la realidad de lo acontecido en el proceso.

En efecto, se advierte que en la sentencia impugnada el tribunal estructuró sus consideraciones en forma tal que primero reseñó la totalidad de las pruebas practicadas por la Fiscalía (numeral 3 de sus fundamentos; folios 185 vto. a 180 vto.) y a continuación expuso las conclusiones del análisis conjunto de esos medios de prueba (fol. 180 vto. a 178). En seguida, de manera separada, realizó el mismo procedimiento respecto de las probanzas de la defensa

(numeral 4 de las consideraciones; folios 178 a 177 vto.). Por último, efectuó un ejercicio de síntesis en el numeral 5 de la parte considerativa (folios 177 vto. a 172 vto.).

Los testigos ofrecidos por la defensa fueron tres: Manuel David Acuña, Luis Eduardo Marchena Monroy y Rubén Darío Miranda Aldana. El tribunal sintetizó el relato de cada uno de ellos, en su orden, en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 del acápite de consideraciones. Luego expuso que la versión de la víctima no se debilitaba con el dicho de aquellos (fol. 177 vto.).

Así mismo, descartó que lo declarado por Rubén Darío Miranda Aldana fuera de significación para el proceso, “(...) *pues no fue testigo presencial de los hechos juzgados (...)*” (fol. 175 vto).

También, de manera expresa, desechó la versión de tales testigos sobre el carácter consensuado de la relación sexual entre **Mauricio Pardo Velasco** y JCPR (fol. 173).

Por consiguiente, mal puede afirmarse que el tribunal ignoró la existencia de esos medios de prueba y omitió tener en cuenta su contenido al momento de hacer una apreciación conjunta del acervo probatorio.

Por el contrario, los reproches por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho generado por falso juicio

de identidad sí son fundados, como emergerá de las consideraciones que siguen.

En primer lugar, por ser el centro del debate en este asunto y el objeto de los errores de hecho que se están examinando, es necesario detenerse en la violencia como elemento esencial del delito de acceso carnal violento y en los criterios para su diagnóstico.

En la providencia CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 17068, la Sala dijo que *"(...) en esta clase de actos se ha de considerar la interacción entre el ofensor y la víctima, no se trata precisamente de una cuantificación de la violencia como si de su cualificación, entendida ésta como la suficiente para vencer una resistencia (...)"*.

Precisó luego, refiriéndose al acto sexual violento, que la violencia como elemento estructurante del tipo *"(...) se constituye en el medio para lograr la ejecución del acto sexual (...)"* (CSJ SP, 2 jun. 2004, rad. 18987).

En el proveído CSJ SP, 26 oct. 2006, rad. 25743, también con referencia al punible de acto sexual violento plasmó las siguientes consideraciones, que, *mutatis mutandis*, son aplicables al reato de acceso carnal violento:

1. La violencia. 1.1. El concepto. Por violencia, para efectos del delito que ocupa la atención de la Sala, se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica -intimidación o amenaza- que el agente despliega sobre la víctima para hacer

desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta.

1.2. La relación causal. Como es obvio, debe haber perfecto vínculo de fundamento a consecuencia entre la violencia realizada por el autor sobre el cuerpo del sujeto pasivo y el acto agresor. Dicho de otra forma, el comportamiento sexual es consecuencia de la fuerza previa o concomitante, en el entendido que sin ésta no es posible el atentado. O con las palabras del artículo 206 del Código Penal, el acto sexual se debe realizar 'mediante violencia', vale decir, la presión media, intercede. Sin violencia, pues, no puede haber acto sexual violento. (...). (Se subraya).

En ocasión posterior, precisó:

(...) el factor violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida.

Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia moral.

La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados. (CSJ SP, 23 ene. 2008, rad. 20413).

Y culminó ese pasaje de su providencia acotando que lo importante es *“(...) la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima”*.

En la decisión CSJ SP, 4 mar. 2009, rad. 23909, la Sala indicó que para la efectiva materialización del comportamiento previsto en el artículo 205 del Código Penal es menester *“(...) que el sujeto agente quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza física o moral, para obligarla a permitir la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril, o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo humano (...)”*, ya que *“(...) lo tutelado en particular mediante ese delito es la libertad de la persona referida a la capacidad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”*. (Se subraya).

Más recientemente (CSJ SP12161-2015, 9 sep. 2015, rad. 34514) la Corte aclaró que cuando en la sentencia correspondiente al radicado 20413 señaló que la violencia física en el acceso carnal consistía en cualquier vía de hecho suficiente para vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado, *“(...) jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan sólo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención de las circunstancias (...)”*, pues *“(...) es absurdo pensar que en*

todos los casos en los cuales se ha imputado la realización del artículo 205 del Código Penal la víctima está obligada a actuar de determinada forma en aras de colegir que la acción del autor fue violenta”.

Es así como previamente (CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, rad. 43880) había reconocido el estatus de máxima de la experiencia al postulado según el cual: *“(...) ante un ataque violento no siempre se reacciona mediante actos materiales de defensa, pues ello también puede ocasionar en la víctima un estado de conmoción síquica que enerva cualquier respuesta de esa índole (...)”.*

Lo reseñado hasta este punto permite advertir con claridad que el criterio actual de la Sala es incompatible con el que, en el pasado, se plasmó en la providencia CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 29308, y que en un momento determinado prevaleció, dentro del libre debate de ideas que se presenta en la Corporación, en el sentido de que:

(...) las pruebas consideradas por el Tribunal no revelan en el grado requerido, que la libertad de autodeterminación sexual haya sido destruida en este caso, en la medida que omiten descubrir al menos un acto, por elemental que fuera, de oposición a la violencia con la que se dice procedió el acusado.

(...) obliga, desde los postulados de la sana crítica, a determinar si en realidad desplegó la violencia que denota ilicitud en las agresiones sexuales, si dicha violencia resultó idónea para franquear la resistencia seria y continuada de las víctimas frente a unos actos que, se supone, no deseaban realizar.

(...) la violencia que se predica en la actuación del procesado se evapora frente a la regla de la experiencia que supone la acción

beligerante, o por lo menos defensiva o evasiva de la persona que está ad portas de ser agredida sexualmente.

Sin embargo, como se observa que tal postura aún mantiene su influjo sobre algunos funcionarios judiciales, tal es el caso del magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga que salvó su voto en el presente asunto², **la Sala hace patente su expreso y categórico rechazo a tal postura**, remitiendo, para el efecto, a los fundamentos expuestos en sus proveídos CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, rad. 43880 y CSJ SP12161-2015, 9 sep. 2015, rad. 34514, ya mencionados en la reseña que antecede.

Aclarado lo anterior, viene al caso traer a cita nuevamente la primera de las sentencias acabadas de mencionar, pues en ella la Sala puntualizó que una valoración del elemento violencia *“(...) consecuente con las reglas de la sana crítica demanda de la autoridad judicial un análisis de la situación fáctica y de los medios probatorios que la sustentan desde una perspectiva ex ante, donde se identifique el acto constitutivo de violencia (...)”*. (CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, rad. 43880. Se subraya).

Precisamente, el aspecto subrayado en la transcripción que antecede es problemático en el presente caso, pues no se

² Quien argumentó: *“Ahora bien, para que exista la violencia material constitutiva del delito de acceso carnal es necesario que la persona ofendida haya opuesto una resistencia seria, es decir, que sea la expresión de una voluntad inequívocamente adversa, la simple negativa no es suficiente para estimar seria la resistencia. Además, debe ser continuada, esto es, que no se haya iniciado para abandonarla enseguida”*. (fol. 170 vto.).

encuentra creíble el dicho de JCPR, aspecto que se explorará a continuación a través de sus diferentes manifestaciones y mediante el examen de las consideraciones del ad quem.

En primer lugar, en el informe técnico médico legal sexológico solamente aparece que Johana Carolina Prada Rueda le refirió al legista lo siguiente: “*MAURICIO ME VIOLÓ EN UN PARQUE*” (fol. 79).

En la entrevista psicológica expuso:

Como yo tengo hermanos en Barranca viajé desde Bucaramanga a Barranca. Un día fui con un cuñado a tomar cerveza; allí nos encontramos con un muchacho que se llamaba Mauricio, luego llegaron otros dos muchachos más y una lesbiana. Yo bailé con mi cuñado y luego cuando regresé a la mesa me tomé un trago, luego fui al baño porque me sentía un poco mariada (sic); cuando regresé del baño tan sólo estaba Mauricio. Le pregunté por mi cuñado y me dijo que se había ido a traer unas cervezas y que no se demoraba. Al rato llegó la novia de Mauricio y cuatro muchachas más; como la novia iba para la casa, él decidió acompañarla y me dijo que lo acompañara para no dejarme sola. Al regreso él comenzó a besarme, yo como estaba tomada le respondía, después comenzó a tocarme y me llevó a un sitio un poco más oscuro y me acostó en el piso, y me subió la falda, me bajó el cachetero y me violó. (...). (Fol. 66. Se subraya).

Como fácilmente se aprecia, en ningún momento la entrevistada dijo que **Mauricio Pardo Velasco** la hubiera tomado “*fuertemente por el abdomen*” ni que le hubiera “*forzado las piernas para mantenerlas abiertas*”. Sí dijo que la “*acostó en el piso*”, pero no calificó ese acto como violento, connotación que le dio el tribunal al indicar que “*la botó a los matorrales*”.

Ya en el juicio oral, JCPR manifestó lo siguiente:

Cuando salí encontré a Mauricio Pardo solo en la, en la mesa donde estábamos; mi cuñado no estaba. Yo le pregunté pa donde se había ido mi cuñado. Primero él me dijo que se había ido a traer unas canastas de cerveza porque no había en el establecimiento, después que se fue a traer unas mujeres. Ahí me dijo que no que eran mentiras que se había ido a ver a sus hijos. En ese momento yo me senté y llegó la novia de él con tres amigas. El salió a atenderla. Yo después me le acerqué y le dije pa donde iba, él me dijo que se iba a dejar la novia y a las amigas a la casa. Yo le dije que si podía acompañarlo. Él me dijo que sí. Nos fuimos. Dejamos la novia en la casa, las amigas, nos vinimos y yo le dije a él que tenía ganas de orinar, le dije a Mauricio Pardo que tenía ganas de orinar. Él me dijo, no me llevó, no sé cómo se llama ese sitio pero queda al frente en donde vive él. Yo supuestamente iba a orinar pero no oriné porque sabía que estaba Mauricio Pardo ahí de frente. En ese momento me subió a un bordo, era alto, él empezó a besarme, yo le cedía, en medio de la borrachera, yo le cedía, empezaba a tocarme, a subirme la falda y ahí me bajó, me llevó al lado de una caseta, ahí me arrinconó, me siguió besando, yo le cedía, ahí fue donde me tocó, me subió la falda, yo me la bajaba, yo le decía que no porque él tenía novia. Él me dijo que no había problema... Me tiró al piso (...) Me acostó en el piso, empezó a tocarme, me subía la falda, yo no me dejaba, yo le decía a él que era virgen, que a mí me dolía, me bajó el cachetero, yo a no dejarme, a... yo le decía que no, que no quería, que a mí me iba a doler, que yo era virgen, uhm... ya no puedo más, no más... (Sesión del 31 de enero de 2014. Récord 11:30 a 20:21)

(...) Yo no lo quise. Él me tocaba, me subió la falda, yo me la bajaba, ahí me subió, me bajó el cachetero, ahí fue donde sucedió lo que pasó, yo le decía que no que me iba a doler, me decía tranquila eso no le va a doler... (Récord 20:21 a 22:17).

*(...) Cuando me estaba pasando yo grité, no tan duro, porque yo no grito duro, pero sí. En los mismos hechos **yo a él lo apretaba fuerte**, no... Yo le decía, **él me abrió las piernas**... lo uhm... cuando lo estaba haciendo yo le decía que me dolía, que yo era virgen, lo mismo lo que le acabé de decir: no pasa nada, tranquila, que más, no sé. (Récord 47:52 a 50:19. Se enfatiza).*

Se destaca que frente a interrogante de la Fiscalía:
“¿Qué fue lo que le hizo, usted no ha señalado qué fue lo que le hizo?”, JCPR respondió: “Mire, él no me lastimó... él no me, como se dice, a la fuerza, fue cuando ya estábamos en el acto.

(...) El insistió que a mí no me iba a doler, que eso no pasaba nada, que más se le puede escribir a una violación (...).
(Récord 36:09 a 37:14).

Y ante preguntas complementarias del juez contestó:
“¿Brusco? ¿Con fuerza? No con fuerza pero si era abuso porque yo no quería. ¿Hubo violencia, la golpeó? No”. (Récord 01:09:16 en adelante).

En conclusión, la narración no es clara, pues, si bien señaló las acciones que **Mauricio Pardo Velasco** realizó previa y concomitantemente al acceso carnal (la besó, la tocó por debajo de la falda, la acostó en el suelo, le subió la falda, le bajó el cachetero y la accedió), no dio a conocer qué fue lo que de manera concreta hizo aquél, **con connotación de violencia física o moral**, para doblegar su voluntad, ya que ella *“no quería”*. Es más, las palabras que, según ella, en esos momentos pronunció aquél no fueron de intimidación sino encaminadas a la persuasión: *que no pasaba nada, que no le iba a doler, que no importaba que él tuviera novia*.

Es cierto que el psicólogo forense expuso: *“(...) consideré creíble el relato de la examinada porque lo encontré altamente coherente, altamente consistente y altamente congruente”* (Juicio oral, sesión del 5 de febrero de 2013. Archivo con terminación _1 en el CD. Récord 35:54 a 37:14).

Sin embargo, la anterior conclusión merece varias observaciones:

(i) Dicho relato no da cuenta del elemento violencia. Por tanto, esa alta credibilidad no puede ser enfocada en contra del procesado.

(ii) La consistencia de la narración, que el psicólogo forense explicó como que la examinada *“planteó en esencia las mismas cosas”* no resulta tan significativa cuando las versiones que se comparan son vagas e imprecisas.

(iii) En ese orden de ideas, nadie puede negar que existe consistencia entre afirmar en la entrevista que *“(…) Mauricio (...) comenzó a tocarme y me llevó a un sitio un poco más oscuro y me acostó en el piso, me subió la falda, me bajó el cachetero y me violó”* (fol. 66) y referirle al médico legista que *“MAURICIO ME VIOLÓ EN UN PARQUE”* (fol. 79). Sin embargo, lo cierto es que en ninguna de esas dos manifestaciones expuso en qué consistió la violencia, como elemento integrante del injusto. Luego entonces, la presunta consistencia también cae en ese vacío.

Cabe advertir que esa vaguedad e imprecisión se mantuvo incluso en la declaración rendida en el juicio oral: *“(…) Él me tocaba, me subió la falda, yo me la bajaba, ahí me subió, me bajó el cachetero, ahí fue donde sucedió lo que pasó (...)”* (récord 20:21 a 22:17; se subraya). Por tal motivo la

Fiscal le requirió: “¿(...) cuente qué fue lo que sucedió?” (Récord 22:47). Y más adelante: “¿Qué fue lo que le hizo, usted no ha señalado qué fue lo que le hizo?” (Récord 36:09). “¿No clarifica, no dice qué le estaba haciendo?” (Récord 50:19). Y la deponente no puntualizó nunca lo que se le estaba preguntando: “(...) lo que me estaba haciendo era violándome, si se puede decir obligada, porque, imagínese, yo no quería, le decía que a mí me dolía, era virgen, que me diga, no tranquila eso no le va a doler, eso como se le llama (...)” (Récord 50:19 a 51:22).

JCPR es recurrente en la utilización del término violación, pero la relevancia jurídica del mismo no está determinada por el concepto que tenga la denunciante, ni cierto grupo de personas, por mayoritario que sea, sino por lo previsto en el Código Penal en los Capítulos Primero y Tercero del Título IV de su Libro Segundo, concretamente, para este caso, por los artículos 205 y 212 (el 212 A es posterior a los hechos de este proceso). Y para que el juzgador pueda efectuar tal calificación jurídica requiere de unas proposiciones fácticas que no se avizoran de manera indefectible en este proceso, pues las pruebas no las suministran y no se pueden obtener por otro medio.

(iv) Por otra parte, la realidad que el psicólogo forense examinó fue diferente a la que conocieron los juzgadores.

Mientras aquél cotejó la noticia criminal, la anamnesis del informe médico legal sexológico y la entrevista

semiestructurada que le hizo a JCPR, ya que, por obvias razones, no tuvo a su alcance el testimonio de la denunciante, los sentenciadores sí escucharon éste, pero no conocieron la denuncia, como quiera que no ingresó como prueba al juicio oral. De ella sólo tuvieron referencia parcial cuando la defensa impugnó la credibilidad de la testigo en cuestión, al advertir que en su declaración dijo que la razón para haber ingresado al parque fue que ella iba a orinar, aunque finalmente no lo hizo, mientras que en la exposición de los hechos ante la policía judicial no manifestó esa situación.

Adicionalmente, el paralelo entre la entrevista concedida al psicólogo y la exposición realizada en el juicio oral permite advertir otra variación, en un aspecto que no se muestra insignificante cuando lo que se pretende discernir es si el acceso carnal fue consentido o forzado.

En efecto, mientras en aquella ocasión JCPR dijo que cuando **Mauricio Pardo** se dispuso a acompañar a su novia a la casa, él “(...) *me dijo que lo acompañara para no dejarme sola (...)*” (fol. 66), ya en el debate probatorio manifestó: “(...) *llegó la novia de él con tres amigas. Él salió a atenderla. Yo después me le acerqué y le dije pa donde iba, él me dijo que se iba a dejar la novia y a las amigas a la casa. Yo le dije que si podía acompañarlo. Él me dijo que sí. Nos fuimos. (...)*” (Récord 14:02 a 16:39. Se subraya).

A lo anteriormente anotado se suma el testimonio de Luis Eduardo Marchena Monroy, que se examinará más adelante, que confluente a poner en entredicho la credibilidad de JCPR.

Aunado a lo anterior, es patente que el tribunal incurrió en dos yerros por falso juicio de identidad, a saber:

Primero, porque en distintos apartes de su sentencia expuso:

La menor afectada narró que en diciembre de 2006 viajó de Bucaramanga a Barrancabermeja a visitar a sus familiares biológicos; su cuñado Luis Alberto Marchena Monroy la invitó a tomar algunas cervezas en un sitio donde se encontraban Mauricio Pardo Velasco y otras personas; bailó con su cuñado y luego fue a la mesa, se tomó algunas copas de licor, fue al baño y al volver solo estaba el procesado, quien le dijo que su cuñado había salido a traer unas cervezas, después llegó la novia del encartado junto a otras mujeres -quienes iban para la casa-, este último se ofreció a acompañarlas y le dijo que ella también podía ir para que no se quedara sola en ese sitio.

De regreso al establecimiento de comercio Mauricio Pardo Velasco la besó y ella -bajo los efectos del licor- le correspondió; caminaron hasta un sitio oscuro donde la volvió a besar, la tocó por debajo de la falda y ante la negativa, la tomó fuertemente por el abdomen, la botó a los matorrales, le subió la falda, le bajó el cachetero, le forzó las piernas para mantenerlas abiertas y la desfloró, a pesar de su resistencia y fuerte dolor vaginal: (...). (Fol. 184 vto. y 183, síntesis incluida en la reseña del dictamen del psicólogo forense Juan José Cañas Serrano. Se subraya).

(...) Con posterioridad reiteró que Mauricio Pardo Velasco la llevó a un parque desolado donde había una caseta de color rojo, allí la sentó sobre un borde alto, se besaron y luego la botó al suelo, le bajó su cachetero, le abrió las piernas a la fuerza y la penetró sin su consentimiento (...). (Fol. 181. Subrayas fuera del texto).

(...) Preciso que cuando fue penetrada ella gritó, aunque no lo hizo tan fuerte; lo apretó con sus manos e intentó retirarlo para mitigar

el dolor que sentía en su vagina, pero el encartado le sujetaba fuertemente las piernas porque ella intentaba cerrarlas; le pidió varias veces que se retirara porque era virgen, ante lo cual el encausado continuó diciéndole que se tranquilizara y lo disfrutara. (Fol. 180. Se subraya).

(...) contestó que (...) Mauricio Pardo Velasco (...) la botó al piso, imprimió fuerza en sus piernas para mantenerlas abiertas, (...). (Fol. 180 vto. Se subraya).

(...) la víctima destacó que fue forzada porque el procesado le imprimió fuerza a su cadera y la botó al suelo -lo que explica el edema con inflamación de tres centímetros en la zona lumbar derecha-, al igual que lo hizo con sus piernas, pues se las mantuvo abiertas, a pesar que la menor afectada infructuosamente intentó cerrarlas para quitárselo de encima (...). (Fol.173 y 173 vto. Subrayas de la Sala).

Sin embargo, lo cierto es que las afirmaciones destacadas en las transcripciones que anteceden **no se encuentran presentes en ninguno de los relatos** efectuados por JCPR que obran en el proceso.

Es evidente que en ninguno de los anteriores fragmentos de su declaración JCPR dijo que **Mauricio Pardo Velasco** le abrió las piernas **“a la fuerza”**. Sí afirmó que él le abrió las piernas, pero nunca manifestó que eso lo hubiera hecho **“a la fuerza”**, sujetándole **“fuertemente las piernas”** mientras que ella **“intentaba cerrarlas”**, imprimiéndole **“fuerza en sus piernas para mantenerlas abiertas”**. Tampoco que **“le imprimió fuerza a su cadera”**.

Todo lo anterior, por lo tanto, corresponde a una adición que el tribunal realizó a su testimonio, seguramente de

manera inconsciente. Fue así como le añadió un tinte violento a algunas acciones de **Mauricio Pardo Velasco**, por el hecho de que JCPR dijo haber sido violada. Es decir, ajustó la narración de ésta a lo que supuso fue el desarrollo de los hechos.

Pero lo cierto es que esas acciones que le atribuyó al hoy procesado no están en las pruebas que se han examinado y la única vía por la que un juez puede llegar a conocer unos hechos es por medio de las pruebas que, como lo expresa el artículo 372 de la Ley 906 de 2004: *“(...) tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”*.

En segundo término, a folios 183 vto. y 182 de la carpeta (que corresponden a las páginas 12 y 13 de la sentencia), el juez colegiado anotó lo siguiente:

3.7. Oswaldo Arturo Lozano Pérez -médico del INML- admitió haber realizado el dictamen pericial sexológico a la menor JCPR, quien presentó i) un edema o inflamación de tres centímetros de diámetro en la zona lumbar derecha; ii) una equimosis en el pulpejo del primer dedo de la mano derecha; iii) una incapacidad médica de diez días, sin secuelas médico legales; iv) una equimosis de un centímetro de diámetro en el meridiano tres del himen anular desgarrado y bordes hemorrágicos generados por desfloración reciente; y v) un desgarró en el meridiano seis del himen anular y en la mucosa vaginal, por lo cual concluyó que la poca lubricación y las lesiones traumáticas en la vagina de la menor afectada probaban su no consentimiento al ser desflorada, en el contrainterrogatorio precisó que el experticio sexológico fue practicado al día siguiente del acceso carnal violento. (Se subraya).

Mediante el enunciado subrayado en la transcripción que antecede, el tribunal le atribuyó al médico legista Oswaldo Arturo Lozano Pérez haber expuesto la siguiente conclusión: que la cópula entre **Mauricio Pardo Velasco** y JCPR no fue consentida por ésta y que ello quedaba comprobado por la poca lubricación vaginal y las lesiones en su órgano sexual.

Sin embargo, la realidad es que semejante conclusión no se encuentra plasmada en el informe rendido por dicho forense como resultado del reconocimiento que le realizó a la entonces menor JCPR (denominado "INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL SEXOLÓGICO"), que constituye la base de su opinión pericial, como se constata a folios 79 y 78 de la carpeta.

Tampoco fue expuesta por el experto en el juicio oral. Su intervención se cumplió en la sesión del 21 de mayo de 2013 y se encuentra grabada en el CD correspondiente a esa fecha, del récord 01:54 en adelante.

Interrogado por los hallazgos producto del reconocimiento, explicó:

Presentaba unas lesiones traumáticas, por lo tanto se le hizo un dictamen de lesiones personales, por presentar edema e inflamación en región lumbar derecha y además en primer pulpejo de la mano de recha. Se estableció mecanismo causal contundente y se dio incapacidad de 10 días sin secuelas médico legales. En el examen ginecológico, ya sexológico, se encontró que presentaba equimosis de un centímetro de diámetro (morado, lesión contundente), himen de forma anular, de bordes desgarrado,

presentaba un desgarró en el meridiano de las 6, que es en la parte inferior, con bordes hemorrágicos, lo cual significa desfloración reciente. (Récord 09:47 a 12:33).

Contra interrogado por la defensa acerca de si la desfloración era necesariamente el resultado de un acto violento, respondió:

Son dos dictámenes. Uno que es el dictamen de lesiones personales que se agrega al dictamen sexológico. La desfloración como tal no es un acto violento. El dictamen de lesiones personales sí está indicando que hubo lesiones traumáticas. (Récord 25:17 a 27:59).

Además de que materialmente la conclusión aludida no fue escrita por el médico forense en su informe ni pronunciada por él al dar respuesta al interrogatorio cruzado de las partes, un juicio de esa naturaleza (sobre si la denunciante dio o no su consentimiento para la cópula) escapa por completo al rol que le corresponde desempeñar a ese perito.

Por tanto, si el tribunal quería introducir esa tesis como fundamento de su decisión, debió hacerlo por medio de la prueba indiciaria, cumpliendo con la carga argumentativa correspondiente, esto es, explicitando cuáles eran los hechos indicadores, la prueba de los mismos, el hecho indicado y el fundamento de la inferencia que le permitió arribar a la conclusión. Y, desde luego, todo ello con el rigor necesario para poder justificar, por ejemplo, cómo pudo adquirir conocimiento certero acerca de que en la fecha y hora de los hechos era poca la lubricación vaginal de JCPR, siendo este

un aspecto tan íntimo que solamente los protagonistas del suceso podrían haber dado cuenta del mismo, pero no lo hicieron. Por tanto, se trata de una mera suposición; ni siquiera de una conjetura.

Por otra parte, en este caso el perito no presentó ninguna conclusión en materia de violencia, pese a que la Fiscalía intentó guiarlo en tal sentido cuando le preguntó: “¿De acuerdo a la conclusión, encontró huellas de violencia en el cuerpo?” Interrogante al que el deponente respondió: “Presentaba lesiones traumáticas”. (Récord 12:33 a 13:54).

El trauma puede ser tanto físico como psicológico. Conforme a la tercera acepción del término en el Diccionario de la Real Academia Española, que corresponde a la primera de las especies mencionadas, para la ciencia médica trauma es: “Lesión duradera producida por un agente mecánico, generalmente externo”. En consecuencia, tan traumática es la lesión que se causa una persona a sí misma con un golpe accidental contra un objeto (puerta, escritorio, etc.) como la que le ocasiona otra persona intencionalmente (por ejemplo, con un puño).

También precisó el médico forense -como ya se vio- que: “La desfloración como tal no es un acto violento”. La ciencia médica explica en qué consiste la desfloración:

(...) el himen es una membrana constituida por un epitelio plano poliestratificado, carente o con muy escasas fibras elásticas, lo

que explica su frecuente desgarró cuando es distendido; (...) es lo usual que cuando el himen es distendido en un acceso carnal, se desgarré, apareciendo los bordes desgarrados, hemorrágicos generalmente en los primeros cinco días, y congestivos entre los cinco y los diez días; después del décimo día lo corriente es que ya exista cicatrización en los bordes del desgarró; (...). (GIRALDO G., César Augusto. Medicina Forense. Décimo cuarta edición. Librería Señal Editora. Medellín, 2015. Página 196).

Es decir: la desfloración es el desgarró del himen a causa de su distensión. Desde el punto de vista de las huellas físicas que quedan en esa membrana como producto de su desgarró (bordes desgarrados que, conforme al tiempo transcurrido, pueden ser hemorrágicos, congestivos o cicatrizados) no existe diferencia entre la producida de manera consensuada y la conseguida mediante violencia.

En estas condiciones, se concluye que los dos falsos juicios de identidad reprochados en la demanda al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, pese a algunas falencias formales, están demostrados y, por tanto, debe analizarse ahora la trascendencia de esos yerros.

La simple corroboración de la existencia de los errores invalida los fundamentos que se asentaron sobre la adición realizada a los medios de prueba, en virtud a la cual se les hizo decir algo distinto de lo que en realidad expresan. Tales argumentos son los siguientes:

Por consiguiente, cierto fue que la menor JACPR sentía algún tipo de atracción física por Mauricio Pardo Velasco y accedió a besarlo, pero ello no significaba que pudiera desvestirla, tocarle la vagina,

forzarle las piernas para mantenérselas abiertas y poder desflorarla hasta eyacular en su interior (...) (fol. 180 vto.).

El galeno Oswaldo Arturo Lozano Pérez confirmó que la menor afectada fue violentamente penetrada, pues el experticio sexológico practicado reveló que las lesiones en su zona vaginal no eran comunes en cualquier mujer que tuviera el deseo de mantener su primera relación sexual, dado que si la vagina estuviera lubricada no hubiera presentado tales traumatismos; por lo tanto, se fortalece lo expuesto por la menor vulnerada, quien aceptó que -consentidamente- se besó con el encartado, pero al sentir que la tocó en su zona íntima y la desvistió, inmediatamente se desesperó, rogó e intentó quitárselo de encima, pero la fuerza ejercida por el victimario en sus piernas fue efectiva para lograr su fin sexual, hasta eyacular. (fol. 179 vto.).

El testimonio de la menor JCPR resulta suficiente para afirmar que Mauricio Pardo Velasco vulneró su integridad sexual de manera violenta (...). (fol. 177 vto.).

Sin embargo, lo anterior no basta. Adicionalmente, pues, además, es necesario verificar si retirados dichos fundamentos aún puede subsistir la decisión de condena, con soporte en las demás razones esgrimidas para el efecto, las que a continuación se analizan:

1. *Que, con fundamento en el informe técnico legal sexológico, se puede concluir que fueron evidentes los rastros de violencia física advertidos en el cuerpo de JCPR. (fol. 173).*

Sobre el diagnóstico de la violencia, una vez demostrado el acceso carnal, ha dicho la doctrina ya citada en esta providencia, lo siguiente:

(...) se logra con una inspección completa de la víctima de la violación; cuando el acceso carnal fue realmente violento, por

fuerza física, son constantes algunas huellas de esta violencia; frecuentemente hay equimosis en cara interna de los muslos, pues la separación violenta de éstos, por el tejido adiposo bien vascularizado, sangra fácilmente en el tejido sub cutáneo; en la misma horquilla vulvar puede haber desgarró que compromete en diversa intensidad hasta el periné, llegando a veces desde la horquilla vulvar al esfínter rectal; suele también encontrarse algún signo de violencia en vecindad de glándulas mamarias, y otras veces alrededor de la boca de la víctima, y en algunos casos la víctima logra morder al victimario e imprime su arcada dental en éste, hecho que permitirá identificar el agresor. Puede haber otras formas de violencia física más severa, (...). (GIRALDO G., César Augusto. MEDICINA FORENSE. Página 198).

Aunque se entiende que lo anterior no es una constante, lo cierto es que ninguna de las huellas mencionadas, indicativas de violencia, se advierten en el presente caso. Así mismo, la ausencia de equimosis en la cara interna de los muslos es un indicio de que no existió la acción que el tribunal le atribuyó, sin respaldo probatorio, a **Mauricio Pardo Velasco**: *“le forzó las piernas para mantenerlas abiertas”; “le abrió las piernas a la fuerza”; “le sujetaba fuertemente las piernas porque ella intentaba cerrarlas”; “imprimió fuerza en sus piernas para mantenerlas abiertas”.*

Por otra parte, no existe ningún indicador de que las lesiones traumáticas efectivamente dictaminadas a JCPR no hubieran podido ser el producto de una relación sexual consensuada, pero ejecutada en las precarias condiciones locativas descritas por aquella y, además, antecedidas del consumo de bebidas embriagantes. Por ende, los rastros de lesiones advertidos no son indicativos de la existencia de una agresión sexual.

2. *Que la versión de JCPR es clara, concisa y contundente, no adhiere elementos nuevos pese al tiempo transcurrido y según el dictamen psicológico presenta alta credibilidad (fol. 180 vto., 176 vto. 174 vto.).*

A juicio de la Corte la contundencia que de ese relato predica el tribunal proviene de las adiciones que le realizó, en las condiciones señaladas en precedencia.

3. *Que tanto JCPR como el investigador Hover Palomino –éste por comentario de aquella- informaron que familiares del denunciado intentaron que ella cambiara su versión. Por tanto, la relación sexual no fue consensuada, pues de lo contrario no existiría temor frente a lo que aquella pudiera relatar (fol. 178).*

Ciertamente, este es un indicio en tal sentido, pero no únicamente en esa dirección, pues también puede traducir una acción torpe del inculpado y/o de su familia encaminada a tratar de arreglar la situación por medios no ortodoxos ni ajustados a la legalidad, escenario que no podría catalogarse insólito.

Además, no puede negarse el carácter estigmatizante que puede tener el proceso penal, incluso para quien sea inocente (la denominada “pena de banquillo”), más aún si se trata de un delito sexual. Lo que explica que en muchos casos

se quiera evadir el procesamiento, sin que ello necesariamente sea signo de culpabilidad.

4. *Que el acceso carnal tuvo que ser obtenido mediante violencia, pues de lo contrario la víctima no presentaría las perturbaciones psíquicas permanentes que le fueron dictaminadas (fol. 175).*

Al respecto deben destacarse dos precisiones realizadas por el psicólogo forense. La primera, que la perturbación psíquica en la esfera sexual, esto es, la dificultad para funcionar en ese plano, es una secuela típica en los casos de “delitos sexuales” (récord 43:35 a 45:09), es decir, que no es exclusiva de los delitos sexuales violentos.

Recuérdese que la “(...) diferencia fundamental entre los delitos sexuales violentos, (...) y los abusivos (...) radica en que los primeros se realizan gracias al elemento típico de la violencia, mientras que en los segundos concurre el consentimiento del sujeto pasivo de la conducta” (CSJ SP26-50-2014, 5 mar. 2014, rad. 41778) el cual no es válido, pues la ley presume que debido a su edad (menor de 14 años) no tiene capacidad para prestarlo.

Por tanto, no puede sostenerse que siempre que se detecte la secuela indicada ha de colegirse que su causa es un delito sexual violento, ya que no pueden dejarse de lado las condiciones individuales del afectado(a) con este

diagnóstico, pues al margen del ayuntamiento puede confluír a ese resultado como consecuencia de otras circunstancias independientes a ese suceso.

De otro lado, claro está que JCPR no reunía la condición necesaria para ser sujeto pasivo de un acceso carnal abusivo, porque tenía 15 años de edad. Empero, viene al caso la segunda acotación del psicólogo forense, esto es que el impacto es diferencial, vale decir, que no marca de igual forma a todas las personas (récord 01:00:14 a 01:02:30).

Luego, entonces, es posible que el acceso carnal, pese a no haber sido violento, hubiera impactado de manera especial a JCPR por cuenta de distintos presupuestos: por su edad; porque fue su primera relación sexual; porque fue dolorosa; porque para ella la pérdida de su virginidad en esas condiciones fue, en últimas, el desperdicio de la oportunidad de brindarle su vida, su amor, a un hombre especial; porque ella tenía otras expectativas: “(...) *tener mi esposo, mi hogar, entregarle a él lo que se dice, pero ya no puedo decir eso, ya no lo puedo decir (...)*” (récord 22:47 a 29:00); porque atravesaba una situación difícil, ya que se enteró que a los pocos días de nacida fue dada en adopción y que tenía unos hermanos biológicos, a quienes, precisamente, en la época de los hechos estaba visitando en la ciudad de Barrancabermeja, sólo por citar algunas que se detectan de modo latente en la actuación.

5. *Que la declaración de Rubén Darío Miranda Aldana en nada contribuye al esclarecimiento de lo acaecido, ya que no fue testigo presencial de los hechos juzgados (fol. 175 vto.).*

No es así, pues si bien es cierto este deponente no presencié el acceso carnal ni nada de lo acontecido dentro del parque donde aquél tuvo lugar, sí fue testigo presencial de episodios antecedentes y subsiguientes:

En efecto, narró que ese día, 16 de diciembre, que recuerda por ser el inicio de la novena de navidad, en horas de la madrugada, hacia las 12:30 o 1:00 a.m., se encontraba en su casa, donde tiene un negocio, tomando cerveza, y observó a **Mauricio Pardo Velasco** cuando pasó con tres muchachas, una de ellas la novia de éste. Al rato lo vio de regreso, acompañado solamente por una muchacha, con la que ingresó al sitio que él denomina CVD, ubicado en diagonal a su residencia, a una distancia de 50 metros, y después de un tiempo los vio salir “(...) normalmente, sin ningún problema ni nada, los vi que salieron juntos” (Juicio oral, sesión del 25 de marzo de 2014, récord 02:18 en adelante). Así, esta narración no se ofrece irrelevante dentro del contexto global que se examina.

6. *Que los testimonios de descargo sobre una relación sexual consensuada no tienen asidero (fol. 173).*

En particular se considera aquí el caso de Luis Eduardo Marchena Monroy, a quien el tribunal calificó como testigo de oídas sin serlo en muchos aspectos.

Al respecto llama la atención que el señor Marchena, cuñado de JCPR, quien al instante en que ésta le dijo que había sido violada la emprendió a golpes contra su amigo **Mauricio Pardo Velasco** y luego la acompañó a formular la denuncia y al reconocimiento médico legal, narre cómo tiempo después se vio sorprendido por la actitud de Johanna, a quien descubrió de visita en la casa de **Mauricio Pardo**, por lo que le reclamó y obtuvo como respuesta: “(...) *lo que pasó fue que yo quise y a usted no le interesa eso*” (Juicio oral, sesión del 31 de enero de 2014, récord 01:36:51 en adelante). Sobre el punto, este deponente expuso:

Bueno, después de los hechos, eh... pasaron unos días y a mí alguien me dijo no, usted tanto que defendió a su cuñada, ella anda buscando al muchacho que usted juzgó por violación, por lo que pasó, más sin embargo yo no lo creía. Hasta que llegó el caso, yo trabajaba como pirata, yo andaba con la moto para arriba y para abajo, hasta que llegó el caso que pasé por la casa de Mauricio Pardo y ella estaba allá. Al estar ella allá pues, listo, yo no dije nada, yo me le quedé mirando y cuando yo llegué a la casa mía, ella llegó por el barrio y yo le dije venga para acá, mire lo que usted está haciendo, por qué está buscando ese muchacho por allá, me dijo a usted no le interesa eso, a usted no le importa eso, yo le dije pero por qué, usted me dijo a mí que él la había violado y nosotros fuimos a poner la cara allá a la Policía, con el Estado no se juega, ojo con eso, yo estoy también con usted presente también ahí, y me dijo no, lo que pasa es que lo que pasó con él eso fue lo que pasó, yo quise y a usted no le interesa eso, fue lo que me dijo. (...) lo que pasó con él yo quise y a usted no le interesa eso (...) Pues yo le dije, la verdad ese día cuando me dijo eso, sabe qué aquí no nos venga a buscar, usted no necesita nada de mí, usted... de ahí en adelante no le volví a hablar a ella, no nos hablamos porque créame me pone a mí como payaso, yo venir aquí a poner una denuncia contra el señor Mauricio Pardo, que también es mi amigo, a ella no la conozco... lo único que sé es que es la hermana de mi mujer... y me pareció eso como una niñada, que se ponga a jugar con eso, porque con eso no se juega, me dice que él la violó para después estar buscándolo a él, para después estar diciéndome no que ella quiso, estuvo con él y a mí no me importaba eso... (01:43:20 a 01:45:13).

Claramente, este declarante da cuenta de una conducta y unas expresiones de JCPR que le constan directamente, porque la encontró en casa de **Mauricio Pardo** y las palabras estuvieron dirigidas a él (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Por tanto, en esos aspectos no es testigo de oídas, como equivocadamente lo calificó el tribunal.

Ahora, el deponente en su exposición se percibe sincero y transmite la indignación que le produjo el proceder de su cuñada, motivo por el cual decidió no volver a dirigirle la palabra. Así como su amistad con **Mauricio Pardo** no le impidió reaccionar violentamente contra éste, al escuchar de boca de aquella que la había “violado”, ésta tampoco aparece ahora como factor determinante de su dicho.

Por todo lo anterior, en el entorno analizado, se concluye que hay duda acerca de la existencia del elemento violencia, la cual, por mandato del artículo 7.º de la Ley 906 de 2004, debe resolverse a favor del procesado, tal como fue expresado por la Sala en otra oportunidad:

(...) si al momento de valorar ex ante la acción emprendida por un sujeto a quien se le atribuye un delito sexual no es posible predicar algún acto que implique agresión física, fuerza bruta, intimidación, constreñimiento u otra vía de hecho dirigida a doblegar la voluntad de la víctima, no podrá atribuírsele la conducta punible de acceso carnal violento ni cualquier otro comportamiento típico o modalidad delictiva en la cual se incluya el elemento de la violencia. (CSJ SP2650-2014, 5 mar. 2014, rad. 41778).

Por ende, se casará la sentencia impugnada y, en su lugar, se confirmará el fallo absolutorio de primera instancia.

No es necesario hacer pronunciamiento alguno con relación a la libertad del procesado, al observarse que el señor **Mauricio Pardo Velasco** no se encuentra privado de ella.

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

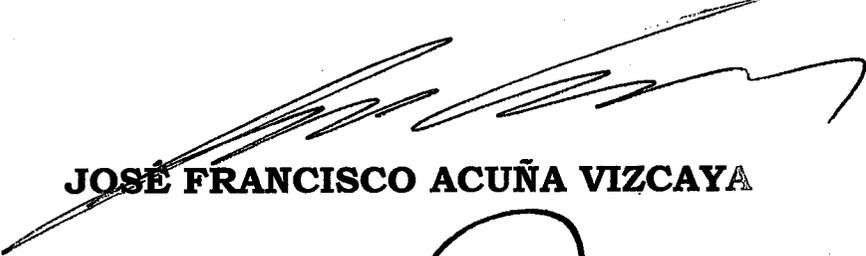
1. **Casar** la sentencia demandada, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal y, en su lugar, **confirmar** el fallo absolutorio emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Barrancabermeja en favor de **Mauricio Pardo Velasco**.

2. Devolver la actuación al tribunal de origen.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Presidente



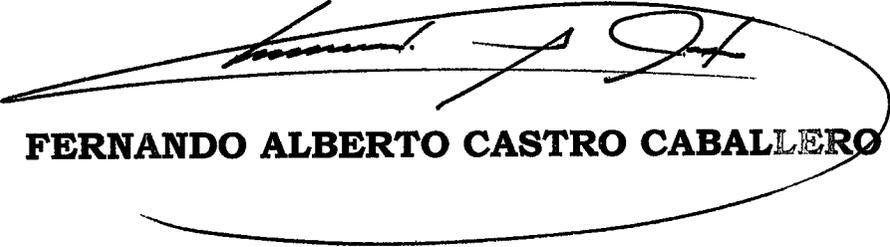
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



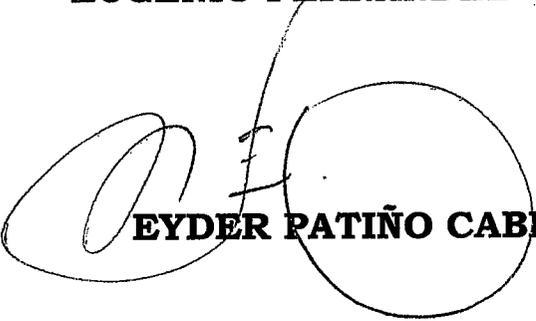
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

IMPEDIDO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria