



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP 2136-2020

Radicación No. 52897

Aprobado acta No.135

Bogotá, D.C., primero (01) de julio de 2020

La Sala decide el recurso extraordinario de casación promovido por la representación judicial de la víctima contra la sentencia de 7 de marzo de 2018, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá revocó la emitida en primera instancia y, en su lugar, absolvió a JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS y HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA de los cargos que les fueron imputados, en su orden, como autor y cómplice del delito de acceso carnal violento agravado.

HECHOS

Para la época de los hechos, HJHT tenía la edad de 24 años, vivía en la casa de sus progenitores, ubicada en la calle XXXXXXXXXXXXXXXX de

Bogotá, y aproximadamente un año antes había culminado el vínculo sentimental que por ocho años sostuvo con el padre de sus tres hijos. Adicionalmente, llevaba alrededor de doce meses en una relación sexual, habitual pero casual y clandestina, con HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA, vecino suyo a quien conocía desde que eran adolescentes.

En ese contexto ocurrió que en la madrugada del 1° de enero de 2015, BURGOS MENDOZA invitó a su casa, donde estaba también su primo JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS, a HJ y su familia para festejar el año nuevo. Allí concurrieron entonces, además de la nombrada, su hermana y su cuñado, sus padres, su exesposo y un amigo.

Por distintas razones, alrededor de las 2:00 A.M. BURGOS MENDOZA y HJ quedaron solos en el lugar. En ese momento aquél le propuso que subieran al tercer piso de la edificación para tener relaciones sexuales y ella, aunque en principio fue renuente, en últimas aceptó. En tal virtud, se dirigieron hacia la habitación del primero, donde en efecto se acostaron.

En medio del coito, HT se percató de que JEINSON BOTELLO BURGOS había irrumpido en el cuarto y empezó a masturbarse, tras lo cual se le acercó y le insinuó que se acostara también con él. Ella rehusó, expresamente le dijo que no quería hacerlo y se paró de frente al recién llegado.

Ante la negativa, BOTELLO BURGOS la «*volteó hacia la cama*», la sostuvo con las manos por la espalda y la penetró vaginalmente, todo ello, mientras HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA, quien permaneció en el lecho, reía y le decía que «*no fuera boba*» y que «*se dejara*».

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia preliminar celebrada el 19 de enero de 2016 ante el Juzgado Sesenta y Siete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía imputó cargos a JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS y HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA como autor y cómplice, respectivamente, del delito de acceso carnal violento agravado, definido en los artículos 205 y 211, numeral 5°, de la Ley 599 de 2000¹.

2. El escrito de acusación fue presentado el 18 de febrero siguiente², y aquélla fue verbalizada el 11 de mayo de 2016 en audiencia celebrada ante el Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá³. En esta oportunidad, la Fiscalía precisó que el agravante atribuido a los procesados no era el señalado en el numeral 5° del artículo 211, sino el previsto en el numeral 2° de esa disposición (que «el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza»).

¹ Fs. 17 y ss., c. 1; récord 4:30 y ss.

² Fs. 25 y ss., c. 1.

³ Fs. 38 y ss., c. 1; récord 12:50 y ss.

3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 2 de junio de 2016⁴, mientras que el juicio oral se agotó en sesiones de 25 de agosto⁵ y 18 de octubre del mismo año⁶, y 1° de febrero⁷ y 13 de marzo de 2017⁸.

4. Mediante sentencia de 29 de marzo de 2017, el despacho condenó a BOTELLO BURGOS como autor del delito de acceso carnal simple (en tanto consideró que aquél no tenía una relación de confianza con la víctima) y a BURGOS MENDOZA como cómplice de ese mismo delito en la modalidad agravada. Consecuentemente, les impuso, en su orden, las penas principales de 144 y 96 meses de prisión⁹.

Esa decisión fue apelada por la defensa y revocada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de 7 de marzo de 2018, en el que resolvió absolver a los imputados. La Corporación estimó que la Fiscalía no logró demostrar que la víctima hubiere sido sometida a violencia física o de otra índole para quebrar su voluntad¹⁰.

5. Contra la decisión de segunda instancia, la representación judicial de la víctima presentó y sustentó el recurso extraordinario de casación.

⁴ Fs. 49 y ss., c. 1.

⁵ F. 73, c. 1.

⁶ Fs. 86 y ss., c. 1.

⁷ Fs. 94 y ss., c. 1.

⁸ Fs. 104 y ss., c. 1.

⁹ Fs. 122 y ss., c. 1.

¹⁰ Fs. 12 y ss., c. del Tribunal.

LA DEMANDA

Contiene un cargo único formulado al amparo de la causal tercera, con base en el cual pide que se case la sentencia de segundo grado y se reestablezca la condena irrogada por la Juez a quo.

Los planteamientos son los siguientes:

1. El Tribunal “cambió la esencia” del testimonio de la víctima en cuanto concluyó que la interacción sexual no estuvo precedida por un acto de violencia. HJHT atestó que les manifestó a los acusados, expresamente y con claridad, que no quería acostarse con JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS, máxime que el hecho sucedió en unas condiciones que *«no eran las más óptimas para la víctima»*, porque *«se encontraba sin su ropa interior, en una posición de vulnerabilidad frente a dos sujetos en una habitación»* y, en tal virtud, estuvo sometida a una forma de violencia moral.

La ofendida también declaró que, tras exteriorizar inequívocamente que no quería sostener ningún intercambio sexual con BOTELLO BURGOS, éste la penetró luego de *«poner(le) su mano en (la) espalda»*; no obstante, el ad quem estimó que ello no constituía “violencia extrema” capaz de someterla, más aún porque no se demostró *«la capacidad física de la víctima respecto de la que pudieron tener los acusados»*.

Con tales razonamientos, entonces, el fallador no sólo cometió un *«error iudicando»* que lo llevó a *«restarle legitimidad y veracidad al testimonio de la víctima»*, sino que desconoció también los estándares internacionales en materia de valoración de la prueba en casos de violencia sexual.

2. El ad quem cercenó el testimonio de HJHT, específicamente, en tanto suprimió de su dicho algunos aspectos que *«pueden llevar a la convicción... de la existencia del elemento de violencia en el accionar de los acusados»*.

Así, el juzgador no tuvo en cuenta que, de acuerdo con el relato de la perjudicada, al momento de los hechos sonaba en la vivienda música a altos volúmenes (por lo cual, según ella, habría sido inane pedir ayuda), e incluso, llegó a decir que *«nunca hubo intimidación por parte de los acusados»*, aun cuando la nombrada *«fue enfática en mencionar su oposición y sus actos para salir rápido de dicha situación»*.

En suma, dice, *«ante... la manifiesta negativa de la víctima a sostener el encuentro sexual... es claro que nos encontramos ante el delito de acceso carnal violento»*, y ello lo descartó la Corporación *«con el insuficiente argumento de que no quedaron huellas externas... ni la mujer opuso resistencia o solicitó ayuda»*.

Además, en la sentencia recurrida se concluye que la víctima denunció los hechos por el *«arrepentimiento posterior»*

sobre lo acaecido, con lo cual cercenó las explicaciones ofrecidas por aquélla en punto a los motivos por los que no informó a las autoridades inmediatamente.

El fallador también suprimió apartes de la declaración de Sandra Plazas Roldán, psicóloga que atendió a HJ en una consulta, y quien reveló que, frente a ella, ofreció un relato de lo sucedido enteramente coincidente con el vertido en el juicio oral.

3. El Tribunal omitió la valoración del testimonio de Harold Mauricio Sarmiento, que resulta relevante porque enerva la credibilidad de la versión ofrecida por HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA.

En efecto, el nombrado Harold Mauricio atestó que, al día siguiente de los hechos, BURGOS MENDOZA le contó que *«realizaron un trío con pleno conocimiento de la acción»*, pero en cambio el acusado aseguró en el juicio que lo sucedido fue *«producto del azar y la casualidad, que su primo arribó solo a la habitación y que él no advirtió problema en apartarse y dejar que los otros dos sujetos mantuvieran otra relación sin su participación»*.

4. El Tribunal quebrantó estándares internacionales y la jurisprudencia de la Corte, porque acogió la argumentación discriminatoria presentada por la defensa y juzgó los hechos con atención al comportamiento íntimo antecedente de la víctima, al punto en que entendió que *«la actitud asumida por (aquélla) al aceptar voluntariamente*

intimar con su pareja sexual es óbice para permitir un abuso por parte de un tercera el cual ella no esperaba».

Además, al privilegiar el testimonio de los acusados sobre el ofrecido por la víctima sin realizar la «*debida ponderación*», incurrió en razonamientos constitutivos de «*discriminación de género*», máxime que varios de los planteamientos contenidos en la providencia se fundamentan en estereotipos de género inaceptables en el actual orden jurídico.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La apoderada de la víctima – distinta de quien presentó la demanda – reiteró los argumentos allí contenidos e insistió en la pretensión formulada¹¹.

2. El Representante del Ministerio Público estimó que el Tribunal, en tanto concluyó que no se demostró la violencia ejercida contra la víctima, no incurrió en error alguno, pues a ese aserto llegó a partir de una valoración de la prueba ceñida a la Ley.

Lo anterior, porque de los testimonios de la víctima y de los acusados, que considera coincidentes, no puede colegirse que la interacción sexual haya sido producto de violencia física o moral, y por ende, ante la duda respecto del elemento

¹¹ Récord 3:30 y ss.

normativo que configura el delito imputado, lo procedente era, en efecto, la absolución¹².

3. El Delegado de la Fiscalía, tras precisar que el eje del debate en el caso concreto es la determinación de si se probó o no el elemento normativo de la violencia, pidió que se case el fallo censurado.

Adujo que la víctima fue clara al sostener que no prestó su consentimiento para el intercambio sexual producido con BOTELLO BURGOS, al cual se llegó por la fuerza. Lo anterior, sumado al contexto en el que se produjo el hecho – esto es, con la presencia de sus familiares en el hogar, lo que le impedía pedir ayuda porque se hubiera revelado su relación con BURGOS MENDOZA – pone en evidencia que el acceso carnal investigado fue producto de la violencia.

Ello, además, encuentra respaldo en la narración que la víctima rindió ante el médico forense y la psicóloga que la examinaron, e incluso, en el testimonio de su hermana y su madre, quienes dieron detalles del deterioro de su salud física y mental con posterioridad a lo sucedido.

Explicó que el ingrediente normativo de la violencia no debe cuantificarse sino cualificarse y ser valorado en cada caso concreto a efectos de establecer si fue suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, lo cual, en este evento, ciertamente sucedió.

¹² Récord 12:40 y ss.

Incluso, se sabe que meses antes de los hechos, HERI FERNANDO BURGOS le había propuesto a HJ que hicieran un trío con BOTELLO BURGOS. Ella expresó inequívoco rechazo a esa idea, lo que hace evidente la falta de consentimiento que derivó en el suceso violento¹³.

4. Los defensores de JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS y HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA pidieron, con argumentos similares, que no se case la sentencia de segunda instancia. Consideraron que la valoración probatoria adelantada por el Tribunal es acertada y ceñida a las reglas de la sana crítica, y que esa Corporación no omitió ni cercenó o tergiversó medio suasorio alguno.

Adujeron que en este asunto no se ejerció contra la víctima violencia que quebrara su voluntad, tanto así que no gritó ni pidió auxilio, y ni siquiera informó sobre lo ocurrido de manera inmediata.

Indicaron que, en el curso de los hechos, los acusados no realizaron ninguna manifestación ni desplegaron comportamientos que permitan inferir que existió constreñimiento o coerción contra la víctima, cuya denuncia puede explicarse razonablemente en la desazón que le produjo el comportamiento de HERI FERNANDO BURGOS, con quien tenía una relación y del que esperaba un proceder distinto frente al avance sexual de su primo.

¹³ Récord 19:10 y ss.

Concluyeron que, ante la acreditación de una hipótesis alternativa compatible con la inocencia, debe mantenerse el fallo absolutorio¹⁴.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Preliminares.

Básicamente, los reproches planteados en la demanda tienen que ver con la demostración de la «*violencia*» que integra la estructura típica de delito imputado. En ese punto, la Corte observa que el fallador de segundo grado, conforme lo alega con acierto la recurrente, cercenó ostensiblemente el testimonio de la víctima y, además, incurrió en razonamientos contrarios a la perspectiva de género al valorar las pruebas, con lo cual cometió plurales errores de hecho por falso raciocinio.

Del análisis de estos dislates se ocupará la Sala en primer lugar y, para ello, (i) explicará la relación entre el enfoque de género y el falso raciocinio; (ii) expondrá los fundamentos probatorios y argumentativos de la sentencia recurrida, y (iii) evidenciará los yerros cometidos por el Tribunal.

Posteriormente, la Corporación abordará el estudio de otro problema jurídico, inescindiblemente asociado a los planteamientos de la demanda, exteriorizado de manera explícita por el Fiscal interviniente en sede de casación y derivado del tenor del fallo atacado, relativo a la adecuada

¹⁴ Récord 33:50 y ss.

comprensión de la tipicidad objetiva del delito de *acceso carnal violento*.

Finalmente, examinará la prueba practicada en el juicio para establecer si es procedente casar el fallo cuestionado.

2. Sobre los errores de hecho denunciados.

2.1 Enfoque de género y falso raciocinio.

Se configura un error de hecho por falso raciocinio cuando el fallador, estando obligado a hacerlo (por ejemplo, en casos de violencia contra la mujer), no valora la prueba con enfoque de género, el cual, en el ámbito de la ponderación y razonamiento probatorios, se traduce en la obligación de examinar los elementos de juicio – y particularmente, el testimonio de la víctima - *«eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas»*¹⁵.

Las razones que sustentan tal regla son las siguientes:

(i) El enfoque de género es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, y que les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que les permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres.

¹⁵ RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”. En *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (n. 1), 2020, ps. 201 – 246.

En el ámbito nacional, aquél se desprende primordialmente de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 13 Superior, a cuyo tenor *«el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados»*, y del artículo 43 ibídem, según el cual *«la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación»*.

En desarrollo de ello, por ejemplo, la Ley 1257 de 2008 ordenó a las autoridades encargadas de formular e implementar políticas públicas *«reconocer las diferencias y desigualdades sociales, biológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social»*¹⁶.

En el contexto internacional, son múltiples los instrumentos que cargan a los Estados con la implementación y adopción de medidas de toda índole tendientes a erradicar cualquier tipo de discriminación en perjuicio de las mujeres, o lo que es igual, con la obligación de aplicar, en todas las esferas del poder público, la perspectiva de género.

Verbigracia, mediante la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, las naciones contrayentes se obligaron a promover *«una política encaminada a eliminar la*

¹⁶ Art. 9.

*discriminación contra la mujer» y, en ese marco, a «abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer **y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación**», como también a «establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, **por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación**»¹⁷.*

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por su parte, estableció la obligación de *«adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia»*¹⁸.

(ii) Estos mandatos no atañen únicamente a las autoridades del orden ejecutivo sino también a las judiciales, que, por consecuencia, están así mismo llamadas a materializar, en el marco de sus funciones legales y constitucionales, la perspectiva de género.

En efecto, la Corte Constitucional tiene dicho que, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales referidas a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Estado tiene, entre otras imposiciones, la de *«investigar, sancionar y reparar la*

¹⁷ Art. 2.

¹⁸ Art. 7.

*violencia estructural contra la mujer», la cual «en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la **Rama Judicial del Poder Público**, por lo que, son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento»¹⁹. En tal virtud,*

«...es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad»²⁰.

También esta Corporación tiene sentado que en «un modelo de Estado Social de Derecho, **los jueces** están llamados a garantizar la protección de las prerrogativas fundamentales y con ello, de manera prioritaria, la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas»²¹.

(iii) Esa obligación en cabeza de las autoridades judiciales tiene cabida, primero, en el ámbito de la *investigación* de casos relacionados con violencia contra la mujer:

«La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que la investigación, en los casos de violencia contra la mujer, debe “emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa

¹⁹ Sentencia T – 338 de 2018.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ CSJ SP, 10 oct. 2018, rad. 50836.

de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”. En términos generales, debe desarrollarse de manera:

A. Oportuna, para evitar que el tiempo atente contra la averiguación de la verdad y para adoptar medidas de protección eficaces;

B. Exhaustiva, practicando las pruebas necesarias y valorándolas integralmente y analizando el contexto de los hechos para determinar si se trata de un patrón generalizado de conducta;

C. Imparcial, para lo cual fiscales y jueces deben actuar objetivamente, es decir, libres de prejuicios o tendencias y evitando razonamientos teñidos de estereotipos;

D. Respetando en forma adecuada los derechos de las afectadas, para prevenir una revictimización»²².

En esa misma línea, el artículo 17 de la Ley 1719 de 2014 establece ciertos parámetros para el adelantamiento de pesquisas de delitos sexuales, mientras que el artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo contempla algunos derechos y garantías de las víctimas de tales agresiones en el marco de la actividad investigativa, por ejemplo, a «*ser atendida(s) por personas formadas en Derechos Humanos, y **enfoque diferencial***», o bien, «*a que se les brinde iguales oportunidades **desde un enfoque diferencial**, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal*».

Esta Sala ha concretado esos preceptos en casos de indagaciones surtidas por eventos de violencia intrafamiliar así:

²² Corte Constitucional, sentencia T - 590 de 2017.

«...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»²³.

(iv) Pero también en el ámbito del juzgamiento, y muy específicamente, en el del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género. En tal virtud, *«los jueces, cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de género al solucionar sus casos»²⁴*, y, por lo mismo, aquéllos **«vulneran el derecho de las mujeres cuando (incurren en la) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones»²⁵**.

No en vano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explícitamente ha señalado que *«una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba **que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas»²⁶**.*

²³ CSJ SP, 1 oct. 2019, rad. 52394.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T – 012 de 2016, citada en sentencia T – 462 de 2018.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Caso *Espinoza Gonzales v. Perú*, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), no. 278.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha considerado lo siguiente:

«El empleo de estereotipos al momento de evaluar el comportamiento de las partes en un determinado proceso se traduce en la adopción de preconcepciones basadas en prejuicios que puede llegar a constituir una acción discriminatoria. Específicamente, esto puede ocurrir cuando la negativa de protección de un derecho fundamental responde en cierta medida a un juicio de reproche por desviación del comportamiento esperado de una persona que es situada en alguna de estas dos circunstancias: en un caso, se considera que la persona se ha desviado del estereotipo esperado de acuerdo a, por ejemplo, su género; en el segundo caso una persona es identificada, implícita o explícitamente, con un estereotipo negativo, a saber un comportamiento que si bien no es ilegal, sí es considerado reprochable.

(...)

A continuación se expondrá una categorización que la doctrina ha adoptado sobre las actitudes registradas por parte de agentes del sistema de justicia penal frente a las denuncias de violencia doméstica y de género. La categoría de “mujer honesta” se refiere a los atributos con los que debe contar una mujer para ser merecedora de la tutela judicial. Por ende, bajo este prejuicio lo funcionarios indagan sobre la vida pasada de la denunciante, a pesar de que ello no tenga relevancia en el juicio. Tal concepto se opone a los de:

- “La mujer mendaz”, que hace referencia al estereotipo según el cual “las mujeres no saben lo que quieren” o “cuando las mujeres dicen ‘no’, en realidad quieren decir ‘sí’”, que se utilizan para construir la sospecha de que las mujeres mienten cuando denuncian un abuso sexual. En estos casos, los Tribunales buscan exhaustivamente en los testimonios dados por la denunciante elementos que lleven a corroborar el engaño. En esa línea, el relato de la mujer no tiene valor frente a la ausencia de consentimiento y deben existir elementos externos que lleven al convencimiento de su dicho (por ejemplo, marcas de resistencia en el imputado, testigos, signos de que ella ejerció resistencia).

- “La mujer instrumental”, que se deriva del estereotipo según el cual las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin, “la exclusión del marido del hogar”, “posicionarse en un juicio de divorcio”, para “perjudicar”, “vengarse”, o bien para “explicar una situación”. Esta situación las ubica en plano de desigualdad

respecto del hombre quien cuenta con el límite del derecho penal como ultima ratio a su favor. Ello implica que la mujer también tenga que probar absolutamente su versión.

- *“La mujer co-responsable”, se relaciona con la doctrina de la intimidad, de acuerdo a la cual a la justicia penal no le corresponden inmiscuirse en asuntos de pareja. Así, la violencia es una manifestación de una relación disfuncional y no de una historia de discriminación estructural, por lo que a la demandante le corresponde parte de la culpa de las lesiones recibidas.*

- *“La mujer fabuladora”, se vincula con el estereotipo la mujer “fantaseadora”, indicando que la mujer funda su denuncia en la deformación de hechos de la realidad, por ejemplo, exagerándolos. Generalmente, este prejuicio parte las nociones de locura e irracionalidad que se atribuyen frecuentemente a las mujeres, en oposición a la racionalidad que suele asignársele al hombre»²⁷.*

Precisamente, los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, en términos similares a las previsiones pertinentes de las Reglas de Evidencia y Procedimiento de la Corte Penal Internacional²⁸, establecieron «**recomendaciones para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba**» y «**recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual**».

Esos preceptos, en lo pertinente, prevén:

Artículo 18. *Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, presunción de inocencia, autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7o del Código de Procedimiento Penal, en los casos en que se investiguen delitos que involucren violencia sexual, el personal de Policía Judicial, de Medicina Legal, Ministerio Público, de Fiscalía, y de Judicatura podrán observar las siguientes recomendaciones en el recaudo, práctica y valoración de las pruebas:*

1. *El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre.*

2. *El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual.*

²⁷ Sentencia T – 878 de 2014.

²⁸ Cfr. regla 70.

3. *El Juez o Magistrado no admitirá pruebas que propicien discriminaciones por razones religiosas, étnicas, ideológicas, políticas, u otras.*

Artículo 19. *Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, de la presunción de inocencia y la autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7o del Código de Procedimiento Penal, los funcionarios competentes podrán tener en cuenta las siguientes recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual, sin perjuicio de la utilización de otros criterios dirigidos a garantizar la debida diligencia en la investigación y Juzgamiento:*

1. *No se condicionará la determinación de la ocurrencia del hecho de violencia sexual a la existencia de prueba física.*

2. *La ausencia de rastros de espermatozoides, fluidos, ADN, o lesiones en el cuerpo de la víctima, no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta.*

3. *La utilización de preservativo por parte del presunto agresor, no permite inferir el consentimiento por parte de la víctima.*

4. *El hallazgo del himen entero en la víctima no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta (...).*

Como se ve, 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. Algunos de los procesos inductivos que por inequívoco mandato legal deben reputarse inadmisibles son los siguientes:

(a) *La mujer guardó silencio o no ejerció resistencia ante un avance sexual, luego la interacción sexual fue consentida (art. 18, n. 2).*

(b) *En el cuerpo de la mujer no se encontraron marcas, rastros, heridas o vestigios de semen u otros fluidos,*

luego el hecho no ocurrió o no fue violento (art. 19, n. 1 y 2).

(c) El agresor usó un condón, luego la interacción sexual fue consentida (art. 19, n. 3).

Tales reglas, en esencia, conllevan la negación normativa de juicios probatorios viciados por preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual. Justamente, *«la persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan»*²⁹.

Incluso la Sala, de tiempo atrás, ha venido sosteniendo que los razonamientos inductivos e inferenciales contrarios al enfoque de género, así no los haya calificado explícitamente como una modalidad de falso raciocinio, se erigen en errores de hecho demandables en casación:

(a) En un asunto relacionado con un delito sexual cometido contra una menor de edad, la Sala examinó la postura asumida por el Tribunal al valorar el testimonio de la ofendida, al cual restó credibilidad con el argumento de que aquélla se había *«iniciado precozmente en el mundo sexual»*.

²⁹ DI CORLETO, Julieta, y PIQUÉ, María L. "Pautas para la Recolección y Valoración de la Prueba con Perspectiva de Género", p. 426. En POZO, José y SILVA, Luz (Eds.), *Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*. Ed. Pacífico Editores, Lima, 2017.

Frente a tal planteamiento, y luego de precisar que «con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima», la Corte encontró que el juzgador incurrió en error porque «no sólo construyó una inferencia inadecuada con el objeto de descalificar el testimonio de víctima, pues no existe ningún nexo entre su conducta y el *thema probandi*, **sino que fue mucho más allá, al someter a una niña de 9 años para la fecha de los hechos a una nueva victimización, denigrando de su integridad**»³⁰.

(b) Más adelante, al estudiar la responsabilidad penal de una mujer que, tras ser reiteradamente sometida a maltratos de toda índole por parte de su esposo, le disparó en dos ocasiones y le causó la muerte, encontró que el Tribunal, en tanto no reconoció la configuración de la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor,

«...incurrió en una valoración discriminatoria en contra de la mujer, no sólo al ignorar o minimizar todos los aspectos fácticos narrados por OMAIRA RAQUEL JOR-DÁN SIMANCA (que sin duda eran alusivos a violencia por razones de sexo), sino también al estimar que el solo acto de ser encerrada en un inmueble sin alimentos carecía de las connotaciones de gravedad necesarias para producir consecuencias jurídicas en la imposición de la pena o en la determinación del grado de reproche, e **incluso al sugerir que podía tratarse de un acto tolerado por esta persona, en la medida en que había sido vista barriendo la puerta y lavando el patio, es decir, como si realizar labores que por cultura o tradición han sido asignadas a las representantes del sexo femenino demostrase la ausencia de cualquier comportamiento contrario a derecho relacionado con el menoscabo a la libertad**».

³⁰ CSJ SP, 26 ene. 2006, rad. 23706.

Aunque en esa ocasión la Corporación no vinculó ese yerro *expresamente* con la tipología del falso raciocinio, sí puso de presente que el mismo consistió en que dejó de apreciar las circunstancias indicativas de un contexto de violencia y discriminación contra la víctima, por un lado, y **en la elaboración de inferencias prejuiciosas y machistas**, por otro³¹.

(c) Posteriormente, en el análisis de un caso de violencia sexual contra una mujer mayor de edad en el que el juzgador de segunda instancia absolvió a los procesados, advirtió que algunas premisas inductivas formuladas por aquél, en cuanto desconocían la perspectiva de género porque reflejaban posturas discriminatorias y prejuicios, resultaban *«inaceptables, en tanto son contrarias a la Constitución Política en general y a los derechos fundamentales de la mujer en particular»* y, en tal virtud, no pueden tenerse como *razonables*.

Algunas de las inferencias a las que se hace alusión fueron del siguiente tenor:

(i) Hecho indicador: *NRM le dijo a JGMG cuando él empezó a besarla que no quería sostener relaciones sexuales; también le preguntó mientras él la desvestía si la iba a violar.*

(ii) Hecho indicado: *El acceso carnal de N y JG fue consensuado.*

(iii) Criterio o idea subyacente: *Siempre o casi siempre que en materia sexual la mujer le dice al hombre que no, lo que en realidad desea manifestarle es que sí.*

(...)

(i) Hecho indicador: *N sabía de la presencia de LAGC en la finca; sin*

³¹ CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 27595.

embargo, no gritó por auxilio ni solicitó su ayuda antes de ser accedida carnalmente.

(ii) Hecho indicado: *Las relaciones sexuales sostenidas por N en la finca se dieron con su consentimiento.*

(iii) Idea o criterio subyacente: *No hay violencia en un acceso carnal si no hay gritos de la supuesta víctima u otros actos de resistencia cercanos o al borde de un peligro serio para su vida e integridad física».*

Así pues, la Sala, en esa oportunidad, negó la validez de los procesos inductivos que sustentaron el fallo de segunda instancia tras advertir que no reflejaban verdaderas máximas empíricas ni procesos intelectivos lógicos, sino preconcepciones sexistas y discriminatorias.

(d) Incluso, la Sala de Casación Civil de esta Corporación, en el ámbito de sus propias competencias, ha asumido una aproximación similar al sostener que

«Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar»³².

(v) En suma, pues, la Sala reitera que el enfoque de género en casos de violencia sexual y de género obliga al fallador a valorar la prueba *«eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas»*. Puesto en otros términos,

³² CSJ STC, 21 feb. 2018, rad. 2017-00544-01. Citada en CSJ STC, 28 sep. 2018, rad. 2018-00194-02.

«La incorporación de la perspectiva de género en el razonamiento judicial no asegura una decisión a favor de las mujeres pero obliga a los jueces a considerar las manifestaciones de la desigualdad entre hombres y mujeres -o las especiales características y circunstancias de los delitos sexuales al momento de justificar su decisión. La perspectiva de género en el razonamiento judicial trae como consecuencia la exigencia de deliberación práctica en los casos de delitos sexuales –aunque las normas que tipifican delitos sean reglas–, la misma que no tendría por objeto derrotar las reglas sino **garantizar que la resolución de dichos casos sea valorativamente coherente con los principios constitucionales.** El enfoque de género, como exigencia metodológica, contribuye, como se ha afirmado, a que las decisiones que toma el operador judicial estén mejor fundamentadas y sean más justas; es decir, **respetuosas de los derechos que la Constitución reconoce a las mujeres**»³³.

Es que los estereotipos, incluidos los asociados al género, «son elementos cognitivos **irracionales**»³⁴ que «poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas» (por ejemplo, las mujeres se visten provocativamente para incitar comportamientos sexuales en los hombres), o bien, pretenden «imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado» (verbigracia, las mujeres, si no consienten una interacción sexual, deben oponer resistencia física a su consumación)³⁵.

Por lo tanto, cualquier razonamiento probatorio, inductivo o inferencial que los replique o afirme (salvo que tenga asidero en su demostración real y concreta en el caso específico, lo cual puede perfectamente suceder), será contrario a la sana crítica, en tanto ésta reclama que los procesos intelectivos y de

³³ VILLANUEVA, Rocío. “Delitos contra la libertad sexual y valoración de la prueba: la importancia de un acuerdo plenario para combatir la impunidad”. Citado en *Apreciación de la Prueba en los Delitos contra la Libertad Sexual. Guía de Orientación. El acuerdo plenario No. 1-2011/cj-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, p. 23.

³⁴ POYATOS I MATAS, Gloria. “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”. En *Revista de Género e Igualdad* (n. 21) 2019.

³⁵ ARENA, Federico José. “Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género”. En *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (n. 1) 2020, ps. 247 – 258.

valoración de la evidencia respeten las máximas experienciales, de las que se apartan los planteamientos sustentados en ideas discriminatorias o prejuiciosas desprovistas de asidero fáctico y empírico.

En palabras de la recomendación treinta y tres del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,

*«Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. **Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos.** Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. **El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos.** Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa»*

Es así que todo proceso mental de ponderación probatoria o construcción indiciaria basado en preconcepciones machistas o prejuicios de género desembocará en un razonamiento formalmente defectuoso, porque

«...los estereotipos implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales. Y en tanto establecen jerarquías de género y asignan categorizaciones peyorativas o desvalorizaciones hacia las mujeres, son discriminatorios.

Los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos.

(...)

(Dichos) estereotipos... interfieren en la valoración de la prueba y en la sentencia final, que pueden verse marcadas por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (por ejemplo, que una agresión sexual solamente es tal en la medida que la mujer se haya resistido). En ese sentido, una de las garantías para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas...»³⁶.

(v) Ya en el campo de la técnica casacional, la incorporación del enfoque de género en la valoración de la prueba – entendido aquél como la obligación de razonar eliminando estereotipos y prejuicios que se hacen pasar por falsas reglas de la experiencia – lleva a concluir que su desconocimiento **configura un error por falso raciocinio**.

En efecto, esa modalidad de error de hecho se materializa cuando el operador valora los elementos de juicio con violación de las reglas de la sana crítica o cuando realiza deducciones inferenciales contrarias a aquéllas, lo cual ocurre, dejando de lado lo atinente a la lógica y la ciencia, si soslaya las máximas de la experiencia aplicables, o si otorga tal calidad a proposiciones que en realidad no lo son.

³⁶ Piqué, María Luisa. “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”. En DI CORLETO, Julieta (Ed.), *Género y Justicia Penal*. Ed. Didot, Buenos Aires, 2017, ps. 323 y ss.

En esa comprensión, la invocación de prejuicios o estereotipos sexistas (que por definición **no** constituyen reglas empíricas sino que se les oponen) y su aplicación a la valoración probatoria o la deducción inferencial bajo la falsa justificación de constituir máximas experienciales encierra, por consecuencia obvia, un yerro demandable por la vía del falso raciocinio.

(vi) Desde luego, no está de más enfatizar que la adopción del enfoque de género en la valoración probatoria no supone una flexibilización del estándar epistemológico exigido para proferir condena, ni conlleva como conclusión necesaria que siempre y en todo caso deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia sexual. Aquélla únicamente implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de sustento probatorio en el caso concreto.

2.2 Los fundamentos del fallo absolutorio.

La premisa básica de la decisión proferida por el Tribunal es la siguiente:

«Al término del debate probatorio, la Sala encuentra que tal hecho con el que se enmarcaba la violencia sexual (fuerza) no logró abatir las dudas razonables que se surtieron sobre el motivo que antecedió y le fue concomitante al acceso carnal entre los protagonistas de los hechos; pues no se encontró en la descripción de los sucesos el ejercicio de esa fuerza del orden físico y moral que hiciesen de la

conducta desplegada por unos y otros un escenario que hubiese doblgado la acción de HJ en contra de su expresión voluntaria» (sic)³⁷.

En sustento de la aserción que antecede, el ad quem presentó las siguientes consideraciones:

(i) «...no se trajo (sic) a juicio elementos materiales probatorios o situaciones de la que se pudiese colegir que la señora HJ interpuso su potencial físico para repeler el accionar del segundo individuo que participaba en las acciones», ni tampoco se demostró que los acusados «le hubiesen impedido... vestirse y salir del cuarto, o retirarse... (o) apartarse... del sujeto»³⁸. De hecho, HJH, al describir la violencia desplegada en su contra, simplemente dijo que BOTELLO BURGOS le puso la mano en espalda, de lo cual «no se observa que... hubieran ejecutado actos de hecho para vencer la resistencia de la denunciante»³⁹.

(ii) Ante la presencia de JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS en la habitación en que HJ y BURGOS MENDOZA sostenían relaciones sexuales consensuales, aquélla no reaccionó con «repulsión y reacción», sino que «(dio) continuidad al escenario inicial, mantiene la posición originaria, lo que permite que el accionar acordado... se prolongue con el nuevo sujeto»⁴⁰.

(iii) Aunque se demostró que con posterioridad a los hechos la víctima ha exteriorizado sentimientos de temor y

³⁷ F. 23 (vto.), c. del Tribunal.

³⁸ Fs. 23 (vto.), c. del Tribunal.

³⁹ F. 24 (vto.), c. del Tribunal.

⁴⁰ *Ibidem*.

rabia, los mismos «no necesariamente están originados con exclusividad de un episodio violento, puesto que a esas respuestas también se arriba cuando pesa en el individuo sentimientos de arrepentimiento, desilusión frente a lo sucedido con lo esperado, o miedo hacia el sentir y pensamiento de sus más cercanos, como los progenitores»⁴¹.

En el caso concreto, HJ hizo afirmaciones que «denotan... un arrepentimiento posterior, con un reconocimiento personal de lo que considera debió hacer y no hizo», lo que no sólo explica el posterior malestar emocional, sino que puede tener origen en varios motivos, como «el haber estado a punto de ser sorprendida por Ana Cecilia Trujillo Martínez»⁴².

Más aún, el acusado BURGOS MENDOZA declaró que HJ había sido insistente en que quería «cambiar los términos de la relación para que fueran novios, lo cual él no aceptó porque “estaba casada”». En ese orden, «la decepción de HJ... radica, tal vez, en la actitud de complacencia mostrada por quien consideraba era “su pareja sentimental”, mientras presenciaba un acto sexual de su compañera con un tercero, en vez de acoger una actitud celosa, proteccionista o de otra índole...»⁴³.

2.3 Los errores del Tribunal.

2.3.1 Falso juicio de identidad.

⁴¹ F. 25 (vto.), c. del Tribunal.

⁴² Fs. 27 y ss., c. del Tribunal.

⁴³ Fs. 26 y ss., c. del Tribunal.

Contrario a lo concluido por el ad quem – con fundamento en una apreciación parcial y sesgada del testimonio de HJH – ésta sí describió un episodio de violencia física precedente al acceso carnal perpetrado por JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS, e incluso, dio cuenta de que intentó, aunque sin éxito, repeler su avance.

Esto fue lo que atestó la ofendida:

*«...ese día fue la despedida de año... empezamos toda la reunión y eso, más o menos a las 2:30 de la mañana, en la casa de HERI, entramos HERI, JEINSON, mi hermano, mi hermana, otros amigos... “chiqui” (se refiere a BURGOS MENDOZA) estaba poniendo la música, estábamos bailando ahí, cuando terminó la canción todos salimos, yo iba detrás de JEINSON y HERI me llamó y me dijo que fuera... me acerqué a donde estaba él... me dijo que si íbamos a tirar, yo le dije que no porque mis papás estaban ahí y se iban a dar cuenta, entonces él me dijo “ay, no sea boba, vamos, suba”... y bueno, accedí y subí con él, subimos al tercer piso y estábamos teniendo relaciones, cuando terminamos entró el primo de él, yo me estaba empezando a subir al ropa interior, cuando me di cuenta que él se estaba masturbando y se acercó a mí, entonces él me dijo que me dejara, **yo le dije que no, entonces me puse al frente de él**, HERI me decía que no fuera boba, que me dejara, que no pasa nada, **entonces JEINSON me volteó, me empujó hacia la cama y me puso su mano en mi espalda** y fue ahí cuando me penetró, no duró mucho, fueron como 3 minutos y **me le pude zafar** y me senté, mientras ocurría eso HERI se reía y decía “ay, déjese, no sea boba, no pasa nada”, se ponía una mano en el estómago y la frente y la movía y la batía burlándose de mí... entonces yo me empecé a subir la ropa interior... me paré y HERI se me acercó y me dio un beso en la boca y me dijo “tranquila que acá no pasó nada”, yo le dije “acá sí pasó y yo no quiero tener que ver con usted nunca más”...».*

Más adelante precisó:

*«...cuando él (se refiere a JEINSON ENRIQUE BOTELLO) ingresó pues yo estaba empezando a subir mi ropa interior y él se estaba masturbando... **cuando yo le dije que no, cuando me puse de frente de él, él me volteó y me puso su mano en mi espalda... (me volteó) hacia la cama... (le dije) en todo momento que no, que yo no quería...** poner su mano en su espalda fue la suficiente*

fuerza, yo la verdad no soy una mujer muy fuerte y no me pude defender de eso...⁴⁴.

(...)

... él me volteó hacia la cama y puso su mano en mi espalda, su mano fuertemente en mi espalda, él me empujó así hacia la cama...⁴⁵.

La simple lectura de lo declarado por la víctima hace evidente el yerro en que incurrió el Tribunal, que, como consecuencia de la supresión de apartes relevantes de ese medio suasorio, minimizó la descripción de la agresión al punto de ridiculizarla inadmisiblemente.

En efecto, de acuerdo con lo relatado por HT, la violencia física desplegada por BOTELLO BURGOS para facilitar la interacción sexual no consentida no estuvo limitada a ponerle «*su mano en la espalda*», sino que, antes de ello, el nombrado la volteó y empujó contra la cama.

Además, lo que el ad quem quiso hacer ver como el simple reposo de una extremidad del agresor en el cuerpo de la ofendida, ésta lo describió un modo bien distinto, pues lo que evocó fue que aquél le puso la mano «*fuertemente en (su) espalda*», tanto así, que sólo logró poner fin a la penetración cuando «**(se) le (pudo) zafar**». Puesto de otra forma, la aprehendió de un modo que le impidió evitar la penetración, hasta cuando, pasados varios minutos, se pudo liberar.

⁴⁴ *Ibidem*, récord 30:20 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, récord 1:23:30 y ss.

Incluso, el Tribunal desconoció la objetividad de la prueba (porque la mutiló) al afirmar que HT no «*interpuso su potencial físico para repeler el accionar del segundo individuo*», o bien, que, ante la sorpresiva presencia de BOTELLO BURGOS en la habitación, aquélla «*(dio) continuidad al escenario inicial (y mantuvo) la posición originaria*».

Lo que la testigo afirmó fue que, al percatarse de la irrupción de JEINSON ENRIQUE en el cuarto – y cuando éste se le acercó y la conminó para que “se dejara” – ella «**(se) puso al frente de él**», es decir, adoptó una posición y postura corporales con las cuales pretendió, dentro de sus posibilidades de reacción física, evitar la interacción sexual reclamada; mecanismo de defensa que el acusado venció tras voltearla, empujarla sobre la cama y asirla *fuertemente* por la espalda en el curso de la penetración.

En ese orden, resultaron ostensiblemente cercenados por el fallador de segundo grado aquéllos apartes del testimonio de la ofendida según los cuales (i) intentó impedir la interacción sexual sugerida por JEINSON ENRIQUE BOTELLO parándose de frente a él y manifestando, repetida y expresamente, que *no quería*; (ii) aquél quebrantó esa oposición volteando su cuerpo e hincándola en la cama, y; (iii) logró persistir en la penetración subyugando la potencialidad física de la víctima aferrándose *fuertemente* de su dorso, hasta que aquélla, *venciendo la sujeción*, logró “zafarse” de su agarre.

2.3.2 Falso raciocinio.

El Tribunal realizó varias deducciones e inferencias indiciarias permeadas por prejuicios sexistas que lo llevaron a desestimar la credibilidad del relato de HJH y, por esa vía, a incurrir en errores de hecho por falso raciocinio.

Véase:

(i) *No se trajo (sic) a juicio elementos materiales probatorios o situaciones de la que se pudiese colegir que la señora HJ interpuso su potencial físico para repeler el accionar del segundo individuo que participaba en las acciones».*

Más allá de que esa proposición, como ya se explicó, se basa en una lectura sesgada de la prueba (porque HJ sí intentó repeler físicamente la agresión), es claro que a la misma subyace un proceso intelectual contrario al enfoque de género, que se sustenta en la pretensión de imponer a las mujeres sexualmente agredidas un determinado comportamiento o reacción como presupuesto para otorgar credibilidad a sus acusaciones.

El silogismo formulado por el Tribunal puede sintetizarse así:

P¹: Si una mujer no opone una reacción física a un avance sexual, es porque consiente a su realización.

P²: HJH no ejecutó actos de resistencia física para evitar la interacción sexual.

C: HJH accedió voluntariamente a la relación sexual con BOTELLO BURGOS.

Pacíficamente – y de antaño – tiene discernido la Sala que para la configuración del delito de acceso carnal violento resulta enteramente irrelevante el comportamiento asumido por la víctima en defensa de la agresión⁴⁶, e incluso, un razonamiento de tal naturaleza se encuentra positivamente proscrito en la actualidad (y lo estaba ya para la fecha de emisión del fallo censurado) en el artículo 18 de la Ley 1719 de 2014 precitada.

Con esa deducción, el Tribunal incurrió en un planteamiento discriminatorio contrario a la dignidad de la víctima (en tanto radicó en ella la carga de evitar el acto violento y no en el agresor la de no ejecutarlo) que invocó como motivo para descartar la materialidad del delito objeto de investigación.

(ii) No se demostró que los acusados hayan impedido a HJH «*vestirse y salir del cuarto, o retirarse*», y ésta no exteriorizó «*repulsión y reacción*» cuando JEINSON ENRIQUE BOTELLO entró al cuarto masturbándose.

⁴⁶ Por ejemplo, CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508. Así mismo, CSJ SP, 6 may. 2015, rad. 43880.

El dislate es obvio, porque (i) como ya se dijo, y se reitera ahora, no es exigible de la víctima de una agresión sexual asumir comportamiento alguno, y no puede entonces reclamarse de HJ, para creerle, que hubiese abandonado la habitación; y (ii) así se admitiera, en gracia de discusión, que HJ accedió voluntariamente a observar a BOTELLO BURGOS mientras se masturbaba, de ello bajo ninguna perspectiva válida puede colegirse o inferirse el consentimiento para una ulterior relación sexual, máxime en cuanto fue enfática al atestar que **«(le dijo) en todo momento que no, que... no quería».**

Puesto de otro modo, el consentimiento que HP pudo haber prestado para permanecer en el cuarto e, incluso, para observar a JEINSON BOTELLO BURGOS en el acto de onanismo, no puede extenderse a una suerte de autorización para ser penetrada, del mismo modo en que la aceptación de una invitación a cenar o a ver una película, contrario a tan difundidos prejuicios patriarcales, en ningún modo supone la posterior aquiescencia a una relación sexual.

El pensamiento del fallador se sostiene, así mismo, en el estereotipo de que una mujer que es enfrentada a un hombre que se masturba debe reaccionar con *«repulsión»*. Se trata, a no dudarlo, de una forma velada de imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual “adecuados” o patriarcalmente aceptados, a cuyo acatamiento se condiciona la credibilidad de su acusación.

Que HJ no haya exteriorizado repulsión ante la desnudez de BOTELLO BURGOS y la manipulación de

genitales (i) nada dice sobre si consintió o no la posterior penetración; (ii) atañe a un aspecto de su comportamiento sexual anterior al hecho investigado, que, por ende, no puede ser valorado, y; (iii) tampoco tiene que ver con la credibilidad de su testimonio ni, en particular, con la descripción que hizo del subsiguiente acto violento.

En tal virtud, la mención de ese comportamiento no es nada más que la exteriorización de un prejuicio, que, a pesar de ser enteramente irrelevante para la solución del caso examinado, invocó el Tribunal para apreciar (negativamente) el dicho de la víctima.

(iii) Es cierto que HJ, conforme lo atestaron ella misma, varias personas de su núcleo familiar y la psicóloga que la examinó, luego de los hechos empezó a padecer sentimientos de temor y rabia, pero estos, más que explicarse en la verdadera ocurrencia del delito, pudieron tener origen en el «*arrepentimiento posterior*» de haber sostenido relaciones sexuales consentidas con JEINSON ENRIQUE BOTELLO, ora en «*la decepción*» que sintió ante «*la actitud de complacencia*» asumida por HERI FERNANDO BURGOS al verla acostarse con su primo, en tanto esperaba de aquél un compromiso emocional serio y, por ende, «*una actitud celosa, proteccionista o de otra índole*».

Son dos las inferencias erradas que en este ámbito plantea el Tribunal:

Primero, parte de la idea preconcebida o estereotípica de que las relaciones sexuales que se apartan de las dinámicas hegemónicamente definidas como normales (esto es, las que se ejecutan entre no más de dos personas, esencialmente de sexos opuestos, en un entorno íntimo y sin público u observadores) son para la mujer, o deben ser, motivo de arrepentimiento.

Una afirmación de esa índole puede ser admisible, en un determinado caso, si existen elementos de juicio que la soporten, pero es contraria al enfoque de género cuando, como sucede acá, se formula al modo de una regla general, sin sustento probatorio ni empírico, evento en el cual simplemente refleja la equivocada asunción de que la actividad sexual desviada de la norma *debe ser vergonzosa para la mujer*.

Además, HJ nunca dijo o insinuó “estar arrepentida” (para comenzar, porque siempre sostuvo que ella no consintió a la interacción sexual), y entonces, ese planteamiento del ad quem no tiene fundamento objetivo alguno, ni soporte distinto de una comprensión sexista sobre la “normalidad” de las relaciones sexuales.

Segundo, porque también razonó prejuiciosamente al afirmar, sin sustento probatorio serio, que los padecimientos de HJ estuvieron determinados por la “decepción” que le causó percatarse de que BURGOS MENDOZA no reaccionó con “celos” ante la observación de que HJ sostuvo relaciones sexuales con su primo BOTELLO BURGOS.

A esa premisa subyace la comprensión estereotípica de la mujer sometida y subyugada, cuya sanidad mental y estabilidad emocional están condicionadas por la aceptación y el cariño masculinos. Aunque es posible que ello sea cierto, en un caso concreto, respecto de una mujer específica, HJ, muy en contra de ello, fue enfática al explicar que el vínculo entre ella y BURGOS MENDOZA se limitaba a mantener «*relaciones sexuales ocasionales*», e incluso, que llegó el punto en que persistía en esos encuentros «*por necesidad*», pues «*llegó la novia de él de Cúcuta y entonces tuvo un comportamiento feo con (ella)*»⁴⁷.

Explícitamente admitió que se trataba de una relación casual, sin vínculos emocionales o afectivos, y así la aceptaba y la quería.

3. Sobre la equivocada comprensión del delito de acceso carnal violento.

Como se anunció anteriormente, la Sala observa otro problema derivado de los planteamientos de la demanda, la intervención del Fiscal en la audiencia de sustentación y el contenido del fallo de segundo grado, en el cual se consignó la siguiente aserción:

*«En este orden de ideas, en la acción se realizada por los acusados se debe predicar que la voluntad de la víctima, aunque no fue la de consentir o acceder expresamente a los actos de índole sexual ejecutados, tampoco se vio doblegada ni subyugada por vías de hecho, por lo tanto... ya no podía adecuarse a la conducta punible de acceso carnal violento»*⁴⁸.

⁴⁷ Récord 1:13:00 y ss.

⁴⁸ F. 25, c. del Tribunal.

En otras palabras, el Tribunal afirmó que el acceso carnal no fue consentido, pero tampoco violento. Dicha conclusión revela un entendimiento inadecuado de los elementos constitutivos del punible objeto de investigación y la noción de “consentimiento”, y encierra, por demás, una perspectiva de las cosas contraria a la dignidad de la mujer.

Se explica:

(i) Si una persona comunica la voluntad discernible de **no acceder** a una determinada interacción sexual y ésta de todos modos se consuma, tal curso causal sólo puede encontrar explicación en una de dos situaciones:

(a) Aquélla, luego de expresar discerniblemente el no consentimiento al intercambio sexual, cambió de opinión y accedió al mismo, o;

(b) El intercambio sexual se materializó en oposición a la voluntad discernible de rechazo.

(ii) El primer escenario es irrelevante para el derecho penal. Nada impide que, no obstante haberse negado en un primer momento a la relación, el individuo, en ejercicio de su libre albedrío y disposición de su sexualidad, modifique su voluntad y acceda a ella de manera autónoma.

(iii) El segundo escenario, en cambio, corresponde precisamente a la descripción de una interacción sexual (acto o acceso, según el caso) violenta.

En efecto, si la persona exterioriza y persiste discerniblemente en su voluntad de **no** acceder a un intercambio sexual, el único curso causal ajustado a derecho es que dicho intercambio sexual no ocurra.

Lo contrario implicaría la asunción – violatoria de la dignidad humana - de que el consentimiento es irrelevante y carece de significado en la autodeterminación sexual del individuo, o bien, de que al decir “no” la persona ofendida en realidad quiso decir “sí”. En últimas, supondría su reducción a un objeto desprovisto de la capacidad de disponer de su propio cuerpo y erotismo. Ese razonamiento ya ha sido calificado por la Sala como «*por completo inaceptable*»⁴⁹.

En esa línea, si el individuo exterioriza y persiste en su voluntad inequívoca de **no** acceder a un intercambio sexual y éste de todos modos se produce, la conclusión obvia es que su voluntad fue quebrantada, pues de no haberlo sido, sencillamente la interacción no habría tenido lugar.

(iv) De acuerdo con el artículo 205 del Código Penal, comete el delito allí definido «*el que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia*». A su vez, el artículo 212A *ibídem* prevé que

⁴⁹ CSJ SP, 9 sep. 2015, rad. 34514.

*«...se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares **que impidan a la víctima dar su libre consentimiento**».*

De la hermenéutica conjunta de ambos preceptos se sigue con claridad que la conducta típica se materializa cuando la interacción sexual sucede aunque la víctima no ha dado «**su libre consentimiento**» para ello, es decir, cuando la aquiescencia es *aparente* y está determinada por la coacción (de cualquier índole). Con mayor razón, por consecuencia, cuando sucede en contra de su voluntad discernible de no asentir al mismo.

La inclusión del precitado artículo 212A al Código Penal, entonces, supuso un viraje en la comprensión del delito sexual violento. Mientras antes estaba asociado a la existencia de una relación causal instrumental entre la violencia y el evento sexual, ahora su dimensión normativa está referida a la consumación de intercambios sexuales sin la aquiescencia real (voluntaria y libre de constreñimiento alguno) de la persona ofendida.

Eso fue justamente lo que quiso el legislador con la promulgación de ese precepto, tal y como, sin hesitación, se sigue de la exposición de motivos del proyecto de Ley que resultó en su aprobación:

«La Corte Suprema de Justicia en variadas sentencias ha aclarado el significado de la “violencia” confirmando el sentido que en el

presente proyecto de ley se hace explícito. La Corte Suprema de Justicia aclara que las conductas que incurren en violencia en los casos de violencia sexual se deben entender en el siguiente sentido:

“Lo jurídicamente relevante para constatar la tipicidad objetiva de la acción es establecer si la conducta [...] imputada se ejecutó doblegando la voluntad de la víctima”

(...)

*Por último, en todos los informes de la del Grupo de Memoria histórica que hacen parte del proyecto de “Memorias de Guerra y Género: víctimas, combatientes y resistentes” coordinado por la profesora María Emma Wils se evidencia que muchos actos sexuales y violaciones contra las mujeres y/o niñas por parte de los actores del conflicto armado ocurren sin acudir a la fuerza física. Las mujeres, en muchos casos, dado el contexto de coacción y atemorizadas frente a la situación de una toma para militar, por ejemplo, pierden la capacidad de tomar decisiones libremente. **Son violadas sin ningún tipo de agresión física y resistencia, pero es un acto violento contra las mujeres dado que no es consentido...**»⁵⁰.*

Desde luego, el último aparte reseñado y enfatizado hace alusión directa a las situaciones de conflicto armado, en las que la capacidad de disponer voluntariamente de la propia sexualidad es estructuralmente anulada. A ello, sin embargo, subyace una lógica enteramente aplicable a entornos de normalidad, cual es que, en últimas, la configuración de la agresión sexual depende de que el consentimiento de la víctima sea desestimado.

Precisamente, la Sala ha venido avanzado en la consolidación de esta comprensión, señalando que *«lo primordial frente a estas situaciones consiste en establecer **cuál era la voluntad del titular del bien, sin perjuicio de sus***

⁵⁰ Gaceta del Congreso n° 473, del 27 de julio de 2012.

reacciones o la ausencia de estas⁵¹. Más recientemente insistió en que la configuración del delito dependerá de si la víctima ha perdido «*la libre autodeterminación de su sexualidad*»⁵².

(v) La nueva aproximación del legislador respecto del delito sexual - poniendo el énfasis en la anuencia libre de la víctima y no en el rompimiento o quebrantamiento de su resistencia mediante actos instrumentales de violencia física o moral - corresponde en todo a los más recientes avances que en la materia se han producido en el derecho comparado y, muy especialmente, en el ámbito del orden jurídico penal alemán, «*que castiga la realización de... actos de contenido sexual "sin consentimiento"*»⁵³.

También en el Reino Unido se ha consolidado una perspectiva similar. La Ley de Ofensas Sexuales de 2003 prevé que

«1) Una persona (A) comete un delito si:

- a) *Intencionalmente causa que otra persona (B) participe en una actividad,*
- b) *La actividad es sexual,*
- c) **B no consiente la participación en la actividad;**
- d) *A no cree razonablemente que B consiente.»*

Al margen de las dificultades que en ese país se han suscitado en la tarea de definir la noción de

⁵¹ CSJ SP, 9 sep. 2015, rad. 34514.

⁵² CSJ AP, 6 ago. 2019, rad. 54394.

⁵³ ACALE SÁNCHEZ, María. "Violencia Sexual de Género contra Mujeres Adultas". Ed. Reus, Madrid, 2019, p. 190.

consentimiento⁵⁴, lo cierto es que la redefinición de la ofensa sexual abandonó, como eje central de su estructura, la constatación de una relación instrumental entre la violencia y el acto sexual, y lo fincó en la ausencia de consentimiento y el soslaye de tal voluntad por parte del agente.

En términos similares, se debate ahora en el Reino de España la aprobación del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Libertad Sexual, con el cual se propone modificar el artículo 178 del Código Penal de esa nación en los siguientes términos:

*«Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona **sin su consentimiento** (...).»*

Por demás, la novedosa interpretación del delito sexual se ha elevado a un mandato en el orden internacional, concretamente, en el ámbito europeo. En ese sentido, el numeral 1° del artículo 36 del Convenio de Estambul señala que

«Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

*a) **La penetración vaginal, anal u oral no consentida**, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;*

*b) Los demás actos de carácter sexual **no consentidos** sobre otra persona;*

⁵⁴ Por ejemplo, SJÖLIN, Catarina. "Ten years on: consent under de Sexual Offences Act 2003". *The Journal of Criminal Law* (v. 79), 2015.

c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero».

(vi) En este orden de cosas, se insiste, siempre que se encuentre demostrado que la víctima exteriorizó persistente y discerniblemente su voluntad de **no** sostener una interacción y ésta de todos modos se produce, habrá de concluirse necesariamente que el comportamiento del sujeto activo fue idóneo para vencer su autonomía, o lo que es igual, que realizó actos que, en el caso concreto, terminaron por sobrepasar su *«libre consentimiento»*.

(vi) Desde luego, para la Corte no pasa desapercibido que en la dinámica sexual de las personas adultas pueden presentarse escenarios en los que las expresiones verbales de los involucrados no corresponden a su verdadera voluntad, por ejemplo, cuando se asumen, al modo de un juego erótico, roles de dominación. En la práctica sadomasoquista, verbigracia, es admitido que “no” es una alocución que no comunica necesariamente la intención de poner fin a la interacción sexual, para lo cual se suelen adoptar palabras de seguridad a las que sí se les atribuye ese sentido.

De ahí que, en cada caso, a efectos de establecer si el consentimiento de la víctima fue o no vulnerado, no sólo debe atenderse a sus manifestaciones verbales, sino a todas las circunstancias fácticas que permitan establecer si exteriorizó una voluntad discernible de no aquiescencia al acto sexual o acceso carnal.

De igual modo, importa precisar que la casuística, tanto delictiva como de la interacción humana, muestra eventos en los que la víctima no comunica discerniblemente su voluntad (ni verbalmente ni de otras maneras) respecto de si quiere o no la interacción sexual. En tales eventos, resultará relevante la valoración integral del contexto en que se produce el hecho, por ejemplo, para establecer si se advierten elementos de constreñimiento o violencia que le impiden exteriorizarla (amenazas o entornos de conflicto armado, entre otros) a efectos de discernir la configuración – o no – del delito.

4. La valoración de la prueba en el caso concreto.

4.1 La Sala encuentra, desde la valoración conjunta e integral de la prueba (efectuado con supresión de los errores valorativos e intelectivos en que incurrió el Tribunal), que el acceso carnal del que fue víctima HJH corresponde a la descripción típica del artículo 205 del Código Penal. En tal virtud, casará el fallo de segunda instancia y reestablecerá la vigencia de la condena emitida por el Juez de primer grado.

4.2 Las circunstancias precedentes a la comisión del delito no son objeto de controversia y en su descripción coinciden todos los testimonios practicados.

Así, se tiene que entre la noche del 31 de diciembre de 2014 y la madrugada del 1° de enero de 2015, se reunieron para celebrar el año nuevo HJ, su padre y su madre, su hermana Giselle, el esposo de ésta y un amigo suyo, HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA y su primo

JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS. En el festejo estuvo también el excompañero sentimental de la primera, pero se fue temprano del lugar.

La fiesta se desarrolló primordialmente en la vía pública, al frente de la casa de BURGOS MENDOZA, donde los participantes se congregaron para departir. Ocasionalmente, algunos entraban a la vivienda para bailar y salían de nuevo al exterior.

Alrededor de las 2:00 o 2:30 A.M., quedaron solos BURGOS MENDOZA y HJB, quienes entonces subieron al tercer piso de la edificación para tener relaciones sexuales. A ellos los unía una relación erótica ocasional y clandestina que habían sostenido por cerca de un año, y dicho encuentro fue consentido. El debate gira en torno a lo que sucedió a partir de ese momento.

4.3 De acuerdo con HJ, los hechos acaecieron así:

«... estábamos teniendo relaciones y cuando terminamos entró el primo de él, yo me estaba empezando a subir mi ropa interior, cuando me di cuenta que él se estaba masturbando y se acercó a mí, y entonces él me dijo que me dejara, yo le dije que no, entonces me puse al frente de él, HERI me decía que no fuera boba, que me dejara, que no pasaba nada, entonces JEINSON me volteó, me empujó hacia la cama y me puso su mano en mi espalda y fue ahí cuando él pues me penetró, la verdad no duró mucho, fueron como 3 minutos y me le pude zafar y me senté, mientras ocurría eso HERI se reía y decía “ay, déjese, no sea boba, no pasa nada”, se ponía una mano en su estómago y la frente y la movía y la batía burlándose de mí... entonces cuando yo me senté y me empecé a subir la ropa interior... me paré y HERI se me acercó y me dio un beso en la boca y me dijo “tranquila que acá no pasó nada”, yo le

dije “acá sí pasó y yo no quiero tener que ver con usted nunca más”.

(...)

Cuando yo le dije que no, cuando me puse al frente de él, él me volteó y me puso su mano en mi espalda, me volteó hacia la cama. (Yo le dije en todo momento) que no, que yo no quería (llora)... siempre, siempre, en todo momento, les dije a ellos dos que yo no quería...

... les insistí muchas veces a HERI y a JEINSON que no quería, que no, que no... él me volteó hacia la cama y puso su mano en mi espalda... fuertemente... me empujó contra la cama...».

Del relato de la ofendida surge inequívoca la materialidad del delito investigado y la responsabilidad de los acusados en su comisión. En efecto, HJ comunicó la voluntad discernible e indiscutible de **no ser penetrada** por JEINSON BOTELLO: no sólo lo hizo verbalmente de manera repetida y explícita, sino que acompañó esa comunicación oral con resistencia física mediante la asunción de una postura corporal con la cual quiso evitar el acceso carnal.

A pesar de lo anterior, el último nombrado, con total desprecio por la libertad y autodeterminación sexual de la víctima, quebrantó su voluntad – primero volteándola y después agarrándola por el dorso -, hasta que aquélla logró zafarse y poner fin a la penetración no consentida.

La hipótesis defensiva – consistente en que el intercambio sexual entre JEINSON ENRIQUE BOTELLO y HJ fue de mutuo acuerdo – se llevó al juicio a través del testimonio de HERI FERNANDO BURGOS

MENDOZA. Éste admitió la existencia de una relación erótica casual con la víctima y también dio cuenta de las circunstancias anteriores al hecho investigado en los términos ya descritos.

En lo que atañe al suceso criminal, lo evocó en los siguientes términos:

«... estábamos solos los dos... le dije que subiéramos al tercer piso a tener relaciones... entró mi primo... al principio me sorprendí, pero al ver la actitud de H, que ella no manifestó nada, se quedó mirándolo y no manifestó nada, pues a mí se me hizo que ellos ya tenían algo cuadrado... yo me hice hacia atrás y comencé a subirme los pantalones... ella se quedó mirando a mi primo y mi primo pues se bajó la cremallera, sacó su miembro y comenzó a masturbarse, yo al ver eso, que H no hacía nada, yo supuse que ellos ya tenían algo cuadrado... se quedó mirando a H y se vino a donde estábamos los dos, H estaba sentada en la cama y mi primo comenzó a hablar con H, la verdad no sé qué se dijeron... comenzó a besarla, a acariciarla y ella pues, comenzó pues a, mejor dicho, ella se volteó, él suavemente la volteó y la comenzó a acariciar, yo estaba terminándome de colocar el pantalón... (esa relación duró) aproximadamente tres a cuatro minutos... yo me quedé ahí por curiosidad... me pareció, pues, morbo... ellos como que ya tenían algo cuadrado... si ella se hubiera querido zafar, se hubiera ido hacia la parte de adelante o se hubiera volteado»⁵⁵.

Frente a algunas de las preguntas específicas formuladas por la defensa y la Fiscalía, aseveró que H no intentó oponerse a la penetración ni realizó ningún tipo de manifestación indicativa de que no consintiera esa interacción sexual, y tampoco pidió ayuda ni exteriorizó molestias por lo sucedido.

⁵⁵ Sesión de 1° de febrero de 2017, récord 55:00 y ss.

4.4 Pues bien, ante a la existencia de dos versiones divergentes y mutuamente excluyentes sobre el hecho – una según la cual fue violento y, la otra, consentido – la Sala observa plurales razones, que se explican a continuación, por las que se impone otorgar credibilidad al testimonio de la víctima sobre el de BURGOS MENDOZA.

(i) En primer lugar, no se avizoran motivos probatoriamente sustentados para inferir que HJH buscare perjudicar a los acusados con una sindicación falaz.

En efecto, la nombrada dio cuenta – y en ello coincidió el propio BURGOS MENDOZA – de que antes de los hechos sostenía con aquél una relación de intimidad sexual consensual, e incluso, que antes de ello fueron amigos por muchos años. Se trata de una persona a quien, a su decir, conoce desde los catorce años, y quien además tenía también buenas relaciones con sus padres y colaterales, tanto así, que GDHT, hermana de la víctima, aseguró que *«era como de la familia»*.

Tampoco respecto de JEINSON FERNANDO BOTELLO BURGOS se pueden deducir circunstancias indicativas de una acusación falaz. Sobre él, HJ se limitó a decir que apenas lo había visto *«tres o cuatro veces»*. No tenían vínculo alguno – positivo o negativo – y escasamente habían interactuado.

(ii) El dicho de HJH es, en sí mismo y en atención a los criterios de valoración de la prueba testimonial previstos en el artículo 404 del Código Penal, creíble.

En el curso de su intervención durante la vista pública, la perjudicada rindió una declaración fluida y espontánea, incluso, revestida de respaldo emocional, al punto en que no pudo contener el llanto.

Además, en la descripción que hizo se observa el propósito de ofrecer un relato objetivo y ceñido a su percepción de la realidad; no obstante admitir sentimientos de rabia por la agresión, fue transparente al explicar, por ejemplo, que los acusados no la amenazaron de ninguna forma, que no gritó ni pidió auxilio, ni «*fue agresiva*» con ninguno de ellos, premisas, todas estas, que podrían debilitar probatoriamente su caso y que de todas formas afirmó sin ambages.

(iii) La interposición de la denuncia implicó para HJ la revelación, tanto a las autoridades como a sus parientes más allegados, de circunstancias personales y detalles de su vida íntima que pretendía mantener en el ámbito privado, concretamente, la relación sexual casual que sostenía con HERI FERNANDO BURGOS, de cuya existencia «*nunca le contó a nadie*»⁵⁶.

⁵⁶ Récord 47:00 y ss.

De hecho, explicó que únicamente denunció lo ocurrido luego de cuatro meses – el 3 de abril de 2015 - porque quiso «*hacer(se) la fuerte, (convencerse de) que no había pasado nada, que eso había sido una estupidez*»⁵⁷, pero además, porque tenía miedo de que su padre asumiera un comportamiento violento en contra de los enjuiciados.

No obstante, en últimas se resolvió a exponer lo sucedido cuando advirtió los profundos efectos psicológicos y emocionales que la violación le causó:

*«...las depresiones que me dio (sic) fueron terribles por este suceso, la verdad me sentía como en un hueco donde no tenía escapatoria, sentía que si estaba viviendo era porque tenía que hacerlo porque tenía un deber de cuidar a mis tres hijos, de resto no le veía sentido a vivir, ni siquiera...»*⁵⁸.

(iv) Aunque la perjudicada tomó varios meses para denunciar, sí le contó lo acaecido a su hermana Giselle, bajo el pedido de que guardara la reserva, dos días después, y ese relato muestra que su versión se ha mantenido constante y coherente en distintos escenarios y aún ante el paso del tiempo. Esto fue lo que, sobre ese particular aspecto, atestó GHT:

*«Ella a mí me contó al día siguiente... sí pasó mucho tiempo para que se enterara mi familia, me siento muy responsable de no haber hecho algo... ella no contó por temor a la reacción de mi papá y de mi mamá, sobre todo la de mi papá... a él no le importa hacer defender a su hija... por miedo a lo que mi papá podría hacer...»*⁵⁹.

(...)

⁵⁷ Récord 35:00 y ss.

⁵⁸ Récord 39:00 y ss.

⁵⁹ Récord 38:40 y ss.

... ella se puso a llorar y me dijo “ese es un tal por cual”... mientras yo me fui a acompañar a mi esposo a coger el taxi al amigo, ella y él subieron a tener relaciones, fue lo que ella me dijo... cuando ellos dos estaban teniendo relaciones ella voltea a mirar y se da cuenta que está el otro señor... manoseándose... y cuando “chiqui” la suelta que el otro tipo se aprovechó de ella y abusó de mi hermana ... yo le dije “esto hay que hacer algo”, ella me dijo “no, ¿usted se imagina, Giselle, donde mi papá se llegue a enterar de esto... qué va a hacer?... va y mata a ese señor” ... yo le dije “ok, yo no voy a decir nada” ... se volvió una persona depresiva... se la pasaba llorando... estaba teniendo relaciones... llega el otro tipo y la agarra del brazo y la somete contra la pared...”⁶⁰.

Como se ve – y aunque es obvio que a Giselle nada le consta sobre los hechos – la narrativa que HJ vertió en el juicio coincide sustancialmente con la que años atrás, y en los días inmediatamente posteriores al delito, puso en conocimiento de su hermana.

(v) Se demostró que luego de los hechos HJ en verdad empezó a padecer graves afectaciones en su estado anímico y salud mental.

Su madre, ACTM, evocó que la nombrada, durante los meses siguientes al evento investigado, permaneció deprimida y con quebrantos de salud que determinaron su recurrente hospitalización⁶¹. La psicóloga Sandra Plazas Roldán, quien realizó una sesión de valoración de salud mental a la ofendida en mayo de 2015, dio cuenta de que aquella exhibía afectaciones psicológicas consistentes en ansiedad, sentimientos de temor y rabia, alteraciones del sueño y pesadillas y dificultades para salir de su vivienda⁶².

⁶⁰ Récord 26:00 y ss.

⁶¹ Récord 1:32:00 y ss.

⁶² Récord 11:00 y ss.

Incluso, se acreditó que ya desde los instantes inmediatamente siguientes a la agresión HJ empezó a mostrar cambios de comportamiento consistentes con la verdadera ocurrencia del delito. Su hermana GD H narró lo siguiente:

«...estaba en mi casa... con mis padres, mis hijos, estábamos haciendo la celebración de fin de año, una comida... más o menos mi esposo llegó a las once de la noche acompañado de un amigo... estuvimos departiendo... acostamos los niños... ya el amigo de mi esposo se fue más o menos a las dos de la mañana para la casa de él, mi esposo y yo lo acompañamos al taxi, cuando llegamos pues encontramos a mi hermana en la esquina de la cuadra sentada llorando, y yo ¿qué pasó?, “no, no, no pasó nada...”... ella lloraba, y lloraba y lloraba, lloró toda la noche... se la pasó llorando hasta que nos acostamos a dormir... lo que me pareció aterrador era que no paraba de llorar... todo el tiempo lloraba, eso fue cuando llegamos de dejar al señor en el taxi... (antes estaba) bien, tenía ganas de bailar... estaba súper bien de ánimo»⁶³.

Con ella coincidió su esposo, Harold Mauricio Sarmiento Fuentes, quien informó que cuando regresaron a la casa tras acompañar a su amigo a tomar un taxi, HJ, quien antes estaba «*muy contenta*», se mostraba «*muy distinta, como si tuviera algo y no pudiera desahogarse*»⁶⁴.

Desde luego, la Sala no desconoce que, en criterio del Tribunal, las afectaciones emocionales exteriorizadas por la víctima pueden explicarse (entre otras razones ya descartadas) en que «*(estuvo) a punto de ser sorprendida por AC*

⁶³ Récord 19:00 y ss.

⁶⁴ Récord 2:00 y ss.

TM, (su) progenitora»⁶⁵. Con todo, la valoración objetiva del testimonio de esta última hace evidente que tal apreciación no tiene sustento. Esto fue lo que la madre manifestó en la vista pública:

«... me encontraba en mi casa, con mis hijos, con mi esposo, estábamos todos reunidos ahí... con un familiar de mi esposo... estábamos comiendo tipo diez de la noche... después de eso, que se terminó la cena... HERI FERNANDO nos invitó para que fuéramos a la casa de él... nos sentamos en frente de la casa de él, nos sentamos con mi esposo... tomando una cerveza... estaban mis tres hijos... HERI y el primo... ellos iban cada rato, entraban y bailaban y volvían y salían... había un amigo de mi yerno... que es el esposo de Giselle Dayana... eran como las dos de la mañana... entonces se fue Giselle, que es mi hija, se fue Harold, se fue mi otro hijo Carlos David, se fueron a llevar al señor al taxi... en ese momento nos quedamos... mi esposo Carlos... HERI, el primo y mi hija HJ... los familiares de mi esposo ya se habían ido también... entonces nosotros nos fuimos para la casa porque yo dije “yo voy a ir al baño” y mi esposo dijo que él también quería entrar para comer algo... yo me regresé inmediatamente para la casa de HERI... y sorpresa porque no había nadie, la casa estaba sola... entonces yo dije “ve, esto tan raro”, salí, miré al frente, al lado... más allá media cuadra... dije “pero bueno, ¿ahora qué se hicieron?... yo me fui a mi casa y le dije a mi esposo “no hay nadie, la música está a todo volumen, pero en la casa no hay nadie” ... dije “vamos” ... entramos con mi esposo (se refiere a la casa de HERI FERNANDO BURGOS) y él se puso a mirar... entonces yo me senté en el sofá, me quité los tacones... y miré hacia escalera que había de frente y me subí... busqué... nos bajamos, me senté... volví a salir... no había nadie... volví y alcé la cara hacia la escalera y vi a mi hija parada allá... me subí rápido, la cogí de los brazos y le dije “¿qué le pasó, qué le pasó?” y ella me dijo “nada”, pero estaba así con las manos puestas en el estómago... ¿por qué tiene esa cara?... entonces “no, mami, nada” ... de repente... veo una sombra que corre, entonces solté a mi hija y salí corriendo detrás de esa sombra y esa persona se metió debajo de la cama... le agarré una pierna... y mi hija fue hasta allá asustada, “mami, no, suéltelo” ... ella me decía “no, mami, no pasó nada” ... nos bajamos... en eso salió mi esposo “¿qué pasó?” ... ella “papi, es que yo fui a hacer chichí” ... yo me quedé ahí parada en la puerta... era el señor JEINSON... en eso llegó HERI corriendo ahí... JEINSON ... (dijo) que estaba por allá arriba porque... estaba fumando marihuana...»⁶⁶.

⁶⁵ F. 26, c. del Tribunal.

⁶⁶ Récord 1:32:00 y ss.

De esa narración no se desprende, como lo entendió equivocadamente el ad quem, que ACT “haya estado a punto” de sorprender a HERI BURGOS, JEINSON BOTELLO y HH durante la relación sexual no consentida, tanto así, que cuando se percató de la presencia de ofendida en la casa del primero, ya la agresión había culminado y aquella estaba descendiendo al primer piso.

En consecuencia, no es razonable sostener que los padecimientos mentales de la ofendida hayan estado determinados por esa circunstancia, ni tampoco que se haya decidido a presentar una falsa denuncia contra los acusados para encubrir una actividad sexual consensual de la que, en cualquier caso, su madre no se habría percatado.

(vi) La explicación alternativa ofrecida por HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA no es verosímil.

Para comenzar, en su relato se observan aserciones poco creíbles y evidentemente dirigidas al cometido de desmentir la acusación formulada por HJ, esa sí vertida en un modo fluido y espontáneo.

A modo de ejemplo, se tiene que, al preguntársele si la víctima le dijo algo a JEINSON FERNANDO BOTELLO durante la penetración, respondió que «no vislumbró», lo cual no tiene sentido porque estaba sentado al lado de ellos. Así mismo, para morigerar el señalamiento de la ofendida en cuanto a que BOTELLO BURGOS venció la resistencia de

aquella volteando su cuerpo, declaró, primero, que fue ella quien autónomamente viró, pero después, que su primo «*suavemente la volteó*»⁶⁷. Lo mismo pretendió frente a la afirmación de la perjudicada en cuanto a que JEINSON BOTELLO la asió fuertemente de la espalda y sólo se pudo zafar tras varios minutos, ante lo cual dijo que «*sólo (le) tenía una*» mano en el cuerpo.

Llama la atención - y conspira contra la credibilidad de su testimonio - que (a pesar de la corta distancia que los separaba) no haya “vislumbrado” si HJ y su primo tuvieron alguna comunicación verbal durante la penetración, pero que sí se haya percatado de aquellos detalles, esto es, justo los que configuran los comportamientos a través de los cuales BOTELLO BURGOS se impuso sobre la voluntad negativa de la víctima.

De igual modo, BURGOS MENDOZA quiso hacer ver en su testimonio que la madre de H se había dado cuenta de lo sucedido (quizás para, así, sentar las sospechas sobre una falsa denuncia orientada a encubrir un comportamiento “díscolo” inaceptable para sus progenitores) y, en tal virtud, que inmediatamente después del hecho la reprendió diciéndole «*que era una perra... que se lo comiera en otro lado*»⁶⁸. Sin embargo, la propia ACT desmintió esa hipótesis cuando negó haberse percatado de ello.

⁶⁷ Récord 1:15:00 y ss.

⁶⁸ Récord 1:21:00 y ss.

El acusado BURGOS MENDOZA también buscó cuestionar la veracidad de lo denunciado insinuando que HJ pudo reaccionar por rabia ante la negativa de aquél de convertir su relación puramente sexual en una de naturaleza más estable y sentimental, a lo cual dijo haber rehusado porque ella «*tenía esposo*». Con todo, la totalidad de los testimonios recabados dieron cuenta de que, para ese momento, la víctima no tenía ningún vínculo de pareja.

Como si fuera poco, para dar a entender que el acceso carnal realizado por JEINSON BOTELLO fue consentido por la ofendida, adujo que uno y otra «*ya tenían algo cuadrado*», lo cual supuestamente infirió de que «*cuando estaban bailando, bailaban muy pegado y se estaban coqueteando*»⁶⁹. Para reforzar esa propuesta, adujo que, en el curso de la fiesta, el exesposo de HJ «*comenzó a buscarle problemas a (su) primo (por) celos, porque... (su) primo estaba bailando muy pegado con H*»⁷⁰.

Más allá de que esa última aserción fue desmentida por GDH, quien evocó que el conflicto con el exesposo de la víctima se produjo porque «*alcanzó a darse cuenta de la cercanía que tenía (su) hermana con "chiqui"*»⁷¹, lo cierto es que el planteamiento es en todo contradictorio: si HJ quería profundizar su relación y conformar un vínculo estable de noviazgo, no se entendería entonces que, a la vez de buscar un mayor compromiso emocional con HERI FERNANDO BURGOS, hubiese obrado de esa manera con su primo JEINSON BOTELLO.

⁶⁹ Récord 1:14:00 y ss.

⁷⁰ Récord 1:05:00 y ss.

⁷¹ Récord 31:30 y ss.

En todo caso, y aunque BURGOS MENDOZA intentó dar la impresión de que la llegada de su primo BOTELLO BURGOS a la habitación donde estaba teniendo relaciones sexuales con la víctima fue imprevista, su relato demuestra que ellos dos necesariamente debieron convenir previamente ese hecho.

Es que si la aparición de BOTELLO BURGOS en el cuarto (por demás, en una actitud sexual explícita de masturbación) en realidad no hubiese sido acordada anteriormente entre los acusados, no resultaría verosímil que BURGOS MENDOZA, al verlo irrumpir mientras sostenía relaciones con su pareja habitual, simplemente se hubiese apartado, sin hacer manifestación de ningún tipo, para facilitar una interacción entre su primo y la ofendida.

Ese devenir, en cambio, refuerza la credibilidad de un aparte del testimonio de la ofendida, en concreto, que

«...tal vez un mes antes, o veinte días, HERI (le) había propuesto hacer un trío con su primo y yo (ella) le había dicho que no, que... no (le) gustaba eso, que no estaba interesada en eso, él lo sabía...»⁷².

La evaluación conjunta de la forma en que sucedieron los hechos – particularmente la llegada de BOTELLO BURGOS al cuarto y la reacción permisiva que inmediatamente que adoptó BURGOS MENDOZA – y lo dicho en ese sentido por HJH permite inferir

⁷² Récord 4:40 y ss.

razonablemente que aquéllos tenían un acuerdo previo, y que el segundo invitó al primero a presentarse en la habitación con el fin de promover un intercambio sexual grupal frente al cual aquélla expresamente había manifestado **no consentir**.

4.5 Las razones expuestas son suficientes para otorgar credibilidad al testimonio de la víctima – que se muestra consistente, coherente y tiene respaldo indirecto en otros medios de prueba – y para descartar, consecuentemente, la versión ofrecida por HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA, la cual, por carecer de rasgos de verosimilitud, resulta insuficiente para sustentar una hipótesis alternativa plausible consistente con la inocencia.

La prueba practicada demuestra, en el grado de certeza exigido para tal fin, que JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS accedió carnalmente a HJHT en contra de su voluntad discernible (comunicada tanto verbal como corporalmente) de no sostener con él la interacción sexual. Esa voluntad fue ignorada por aquél y superada mediante la imposición física con la complicidad de su primo HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA. Este último, lejos de actuar para evitar el resultado, aportó a su consumación, no sólo logrando la presencia de la ofendida en la habitación, sino también burlándose de ella y diciéndole reiteradamente que «se dejara», lo cual indudablemente contribuyó al quebrantamiento de su voluntad.

No sobra agregar que asistió razón a la Juez a quo al afirmar que, en realidad, «*el aporte de BURGOS MENDOZA lo ubica en calidad de autor y no de cómplice, al contar con dominio del hecho*», pero «*como quiera que fue imputado como cómplice*», no queda solución distinta que condenarlo en esos términos.

Así las cosas, y como se anunció anteriormente, se casará el fallo de segunda instancia para reestablecer la vigencia del condenatorio emitido por la falladora de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CASAR, por los cargos contenidos en la demanda, la sentencia de 7 de marzo de 2018, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá absolvió a HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA y JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS de los cargos que les fueron imputados.

2. En consecuencia, CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 29 de marzo de 2017 por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que condenó a HERI FERNANDO BURGOS MENDOZA como cómplice del delito de acceso carnal violento agravado, y a

JEINSON ENRIQUE BOTELLO BURGOS como autor de ese mismo ilícito, pero en la modalidad simple.

Esta decisión no admite recursos.

Notifíquese y cúmplase,



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado



GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA




JAI ME H UMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria