



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada ponente

SP 5395-2015

Radicación N° 43880

(Aprobado Acta No. 159)

Bogotá D.C., mayo seis (6) de dos mil quince (2015).

VISTOS

Celebrada la audiencia de sustentación oral, procede la Sala a proferir fallo con ocasión del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal 52 Delegado ante los Jueces Penales de Circuito -Unidad CAIVAS- de Pasto contra la sentencia del 17 de julio de 2013, a través de la cual el Tribunal Superior de la misma ciudad revocó el fallo proferido el 30 de agosto anterior por el Juzgado Quinto Penal del Circuito también de la misma sede que había condenado a *CTER* como autor responsable del delito de acceso carnal violento agravado para, en su lugar, absolverlo de dicha ilicitud.

La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

HECHOS

La situación fáctica base del proceso se declaró por el *ad quem* de la siguiente manera:

Los acontecimientos históricos que han dado origen a la presente investigación penal reportan que para el mes de marzo de 2009 la jovencita LDPG¹ contaba con quince (15) años de edad y estudiaba en una institución educativa rural ubicada en el corregimiento de (...) del municipio de (...), a la cual se desplazaba a caballo desde su casa en compañía de su hermanito. Desde el año 2006 el semoviente era dejado en la casa del señor CTER mientras acudían a sus actividades académicas, el cual también era el punto de encuentro con su consanguíneo cuando se trataba de regresar a su residencia. El día de los hechos, cuya fecha del mes y año citados no se precisa, la menor ha llegado al lugar sola porque salió más temprano de clases y fue invitada por ER a ingresar a ella para guarecerse de una fuerte lluvia que caía, ubicándose en una habitación y sentándose en una cama, en donde se le entregaron unos libros para que los leyera mientras transcurría el tiempo, momento en el cual indicó la jovencita que el sujeto cerró la puerta, la agarró fuertemente del brazo para que no saliera ni gritara, procediendo a tocar su cuerpo, levantarle la falda del uniforme del colegio, la lanzó a la cama, le abrió con violencia las piernas para accedería carnalmente en contra de su voluntad.

Como producto de esa relación quedó en embarazo y dio a luz a una niña nacida el 21 de diciembre de 2009, la cual fue posteriormente reconocida por CTER como padre.

ACTUACIÓN PROCESAL

¹ Como esta providencia puede ser publicada, se omite el nombre de la menor, de conformidad con lo normado en el numeral 8° del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

1. Con sustento en la información suministrada por la Comisaria de Familia del municipio de (...) ((...)), la Fiscalía General de la Nación inició indagación, al cabo de la cual solicitó de un juez de control de garantías orden de captura en contra de *CTER*, la cual se materializó el 4 de julio de 2012.

2. En esa misma fecha, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto, durante audiencia preliminar concentrada se legalizó la aprehensión de *ER*; luego de lo cual el ente acusador formuló imputación en su contra por el delito de acceso carnal violento a quien se afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

3. El 31 de agosto ulterior, la Fiscalía 52 Delegada ante los Jueces Penales de Circuito -Unidad CAIVAS- de Pasto presentó escrito de acusación contra el imputado por el delito de acceso carnal violento agravado (arts. 205 y 211-6 del C.P.). La subsiguiente audiencia de formulación la realizó el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad el 12 de septiembre postrero.

4. El 1° de febrero de 2013 el mencionado despacho judicial llevó a cabo la audiencia preparatoria, en tanto el juicio oral lo inició el 18 de marzo del mismo año, culminándolo con el anuncio del sentido del fallo de carácter condenatorio.

5. La lectura de la sentencia anunciada ocurrió el 30 de

agosto posterior. En ella se condenó a *CTER* a la pena principal de ciento noventa y dos (192) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la principal, como autor penalmente responsable del delito por el cual se lo acusó. Así mismo, no se le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional ni el sustitutivo de la prisión domiciliaria.

6. Contra la anterior determinación, la defensa y el representante del Ministerio Público interpusieron recurso de apelación, motivo por el cual se pronunció el Tribunal Superior de Pasto el 26 de febrero de 2014, en sentido de revocarla integralmente y, en su lugar, absolver a *ER* de la conducta objeto de acusación.

7. Inconforme con lo decidido, el Fiscal 52 Delegado ante los Jueces Penales de Circuito -Unidad CAIVAS- de Pasto acudió al recurso extraordinario de casación que sustentó oportunamente, presentando la respectiva demanda, en la cual formuló dos cargos.

8. Mediante auto del 11 de agosto de 2014 la Corte admitió el libelo. Por tanto, ordenó realizar la audiencia de sustentación oral regulada en el inciso final del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, celebrada la cual es del caso emitir el fallo de rigor.

LA DEMANDA

En las dos censuras propuestas el actor acusa al Tribunal de violar en forma indirecta la ley sustancial, como consecuencia de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio y de derecho por falso juicio de legalidad, respectivamente.

En el primer reparo comienza por advertir que el debate gira en torno de si la prueba obrante en el plenario constató la existencia del elemento violencia del delito de acceso carnal violento atribuido o su aceptación por la víctima, cuya ausencia condujo al Tribunal a absolver al acusado.

En ese contexto, insiste sobre la necesidad de delimitar el concepto *“y descartar como lo haremos, que únicamente sea de tipo físico o que contenga expresiones graves y reiteradas cuando se trata de violencia moral, pues tiene un mayor alcance, que es el enervar dicha voluntad, el imponer un comportamiento por raciocinio interno de la víctima, de aceptación para evitar cualquier tipo de retaliación”*.

Lo anterior, a fin de determinar si la menor *LDPG* permitió voluntariamente el acceso carnal o su voluntad se doblegó frente a actos de *ER*, así éstos no tengan el carácter de gran violencia, *“pues baste la producción del miedo dentro de los márgenes intelectuales, sociales y físicos de la persona afectada”*. Para ello, acude a la noción desarrollada por la Corporación Humanas en donde se ha realizado un estudio de la jurisprudencia existente sobre el tema.

De ese modo, encuentra que la violencia también se despliega aún frente a formas sutiles de presión psicológica *“así parta de breves compromisos físicos, como apretar la mano, lanzarla a la cama, decirle simplemente que guarde silencio, bien pueden producir la inmovilidad, la obnubilación y hasta el abandono ante la voluntad del otro”*.

Así la cosas, era imperativo para el Tribunal *“examinar y calificar tanto la credibilidad, como su calidad como medio de prueba y no descartarla simplemente porque no tuvo unos alcances sangrientos (en lo físico) o tétricos (en cuanto lo moral), porque LDPG sí dijo que la hubo y generó un contexto”*.

Acto seguido, aduce que no traiciona la legalidad el hecho de que tanto la niña como su familia no hayan puesto en conocimiento de las autoridades judiciales la ocurrencia del ilícito y que ello sólo sobrevino a instancias de la actuación de los servicios médicos, para lo cual se han de considerar los fenómenos sociales o idiosincrasia propia de la región, que no generó a favor de la menor, un apoyo por parte de su propio padre y maestros.

Al contrario, estima, fue precisamente la confianza generada por el servicio de cuidado del semoviente en que LDPG y su hermano se movilizaban a sus estudios, sumada a la ascendencia social de CTER , y *“no la permanencia, quehaceres (cambiarse de ropa por ejemplo), relaciones amistosas (pedir dinero en poca cantidad)”* pretextados en la prueba de descargo y que en parte han sido aceptados por la víctima, *“lo que lleva a una persona de escasos 15 años, sin*

una cultura sexual (ella así lo ha manifestado y ninguna prueba legal lo contradice) a considerar en sus adentros que cerrar la puerta, el fenómeno climático de la lluvia, tomarla del brazo y ubicarla en la cama (que se sentó o se acostó es intrascendente y darle calidad de contradictorio es llevar a puntualidades casi morbosas en el caso), la llevaron a sentir un fenómeno personalísimo de temor, a punto de quedar inmóvil. Eso lo debió entender el Tribunal como violencia en el género de error de comportamiento e impedir en su psiquis la disposición de la defensa de su cuerpo”.

Este aspecto, destaca, no fue advertido por el *ad quem* descartando con ello la posibilidad de que el elemento violencia del tipo penal no alcance una connotación de gravedad, fuerza física o moral “a la luz del criterio que de ello pueda tener una persona adulta, preparada y en un entorno cultural distinto”, en tanto no puede negarse, como regla de la experiencia, “que dada la combinación de circunstancias (como lo ha advertido la Corte y se citó antes), en una persona con débil estructura social, plena de ignorancia sexual, se dieron tales circunstancias y temores, a punto que quedar inmóvil, se debe denominar resultado de la invasión de ánimo, que no es otra cosa lo que hace la violencia por sutil que sea, a partir de una insinuación de que se quede callada”.

Además, se dejó de lado que el despliegue por parte de la víctima de gestos de desaprobación o rechazo hubiera sido infructuoso, en atención al sitio donde se encontraba, el factor climático, la lejanía de su hogar y colegio y, “especialmente el enfrentamiento a la credibilidad (como está

sucedido con el reconocimiento que se hace en la sentencia de la supuesta calidad social del acusado)”, lo cual, “rompe la lógica y la sana crítica”. Es más, añade, “habrá que entender que la inmovilidad predicada por LDPG, pudo generar en ella, el olvido de situaciones propias como fecha, hora, lo que tenía puesto; pues nadie ha discutido que ella, una vez regresó a su hogar, se bañó con la ropa puesta y eso no pudo pasar desapercibido en la segunda instancia. De allí que la claridad que echa de menos la sentencia demandada, se torna en excesivamente exigente frente a la consideración que una niña puede tener de violencia y de miedo”.

En cuanto al planteamiento del *ad quem* según el cual no se advierten actos de defensa de la menor para colegir la comisión de la conducta porque cedió ante la simple sujeción de su brazo y la orden de permanecer callada, alude que al respecto no es viable construir tarifas de comportamientos válidos, sin que se pueda descalificar al pánico, cuya realización deja a la víctima a merced del agresor sin que se pueda confundir con el consentimiento, pues *“esa parálisis no puede ser interpretada como una autorización de uso del cuerpo, sino como una afección suficiente de su decisión y carácter”*.

Si el acto hubiera estado precedido de consentimiento, como mal lo entiende el Tribunal, no podía desconocerse la situación lógica surgida tanto de la prueba estipulada como del dicho de LDPG, en cuanto a que a partir de la violación ella no volvió a esa casa y CTER nada hizo por mantener una relación amorosa y sexual, la cual, conforme lo exponen los

apelantes, existía entre ellos. En efecto, *“si el evento no hubiese sido traumático ni precedido de violencia, con toda seguridad el hombre acompañaba en su embarazo a la niña, se hubiera hecho pública esa relación de pareja y no la sometía al escarmiento de dudar de su paternidad y recurrir a la prueba de ADN. Esa conclusión es de sentido común y por tanto contraria a la que llegó el H. Tribunal”*.

En relación con el argumento del *ad quem* conforme al cual la menor ingresó voluntariamente a la vivienda del acusado y a su habitación no obstante éste ya había patentizado un interés directo en tener un contacto físico con ella de lo cual infirió que el acto fue consentido, hechos que la misma víctima relata en su declaración jurada al afirmar que en oportunidad anterior ya la había abrazado, ante lo cual le cogió miedo, también riñe con la lógica, pues el lugar era frecuentado por ella no por interés en el hombre, sino por necesidad de obedecer un mandato paterno.

Adicionalmente, fue al lugar, el día de los hechos, porque no hubo clase y se despidió de sus compañeras porque ellas vivían en otra vereda y la niña debía esperar a su hermano. Por tanto, exigir que no debió acudir al sitio, resulta ilógico, como igual que debió salir corriendo ante una invitación a leer, máxime cuando *“nadie ha contradicho que ER impuso una talanquera, como era cerrar la puerta durante el evento sexual, esto es suficiente para notar que la niña no podía hacerlo. A ello debe incrementarse el inesperado comportamiento de quien se dice es el patriarca de la región, que contrariando el respeto debido a la niña, se ubica en el*

mismo sitio. Era éste quien debía evitar el contacto con alguien que no es de su edad, con quien no tiene una relación permanente y estable y, no pensar que por \$10.000 que alguna vez le dio, le iba a entregar su cuerpo”.

Por lo mismo, insiste, resulta contrario a la lógica confundir la falta de reacción con la permisión, toda vez que el tipo penal correspondiente exige como elemento la violencia y no que la víctima tenga la obligación de oponerse, precisamente por las múltiples reacciones que una imagen violenta pueda generar en ella.

Aplicable al caso, por tanto, emana la misma regla de experiencia derivada del hurto calificado por la violencia (art. 240 núms. 1-2 del C.P.) y agravado por atacar bienes móviles como celulares (Art. 241 núms. 5-10 *ib.*), “*comúnmente denominado raponaso*”, de corriente acontecer y que tienen en alerta y peligro a cualquier ciudadano por cuanto han trascendido incluso hasta la muerte de la víctima, “*muchas, pero muchísimas veces, el agredido al perder su bien (celular), considera que no haber sido lesionado, resulta mejor que haber opuesto resistencia, que le hubiera causado por retaliación un resultado peor. No pone denuncia alguna, ni avisa a las autoridades y pasa a engrosar el inmenso número de afectados, Jaque en que se encuentra toda una nación. Pero no por ello (que no haya resistencia) el delito no existe o el agredido lo permitió (aun cuando se hace entrega del bien por miedo) o; como en este caso que lo consienta*”.

De suerte que haberle restado calidad probatoria al dicho de *LDPG* viola realmente las reglas de la experiencia y la lógica y se convierte en una conclusión contraria a la sana crítica del testimonio de cargo, en torno a su victimización *“por cuenta de quien le generó confianza al permitir el acceso a su casa a guardar el semoviente que utilizaba para ir al colegio, que le facilitó dinero para gastos estudiantiles, que permitía su residencia para que la niña se cambiara de ropa y no dañara el uniforme escolar, que le entregara libros para leer, únicamente porque no agarró a golpes a una persona que la cuadruplica en edad, en tamaño, en prevalencia social y en capacidad económica”*, a partir, además, de que no fue espontánea por haber ocultado su estado de gravidez y el nombre del padre.

Bajo igual línea, en consecuencia, debe sopesarse la prueba pericial, esto es, el testimonio del sicólogo forense *Víctor Oswaldo Peña Hernández*, quien reconoce los sentimientos de *LDPG*, como de repulsión a un hecho no querido. Las supuestas contradicciones del dicho de ella no tienen alcance distinto al de hacer entender que así la violencia sea sutil no deja de serlo y que si no hubo oposición, fue por un interno responder a la misma

Con la valoración del Tribunal, pregona, se violó el art. 29 de la Constitución Política en cuanto las garantías a la parte ofendida, a lo cual hace alusión la Corte Constitucional en la sentencia T-453 de 2 de mayo de 2005, al referir a las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los

Estados Parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002, consagrando pautas específicas sobre apreciación probatoria en materia de violencia sexual, concretamente sobre los actos de los cuales no se puede inferir el consentimiento.

Además, el indebido tratamiento judicial a la prueba de cargo, especialmente el dicho de *LDPG* y el informe pericial *“que consagran elementos suficientes y sin duda insuperables, sobre la autoría y responsabilidad, al igual que tipicidad y antijuridicidad del hecho investigado, al exigir que la víctima pruebe que no dio consentimiento y; también negar que su prueba es suficiente para demostrar la fuerza conminatoria de su voluntad, resulta violatorio del art. 404 de la Ley 906 de 2004, en el sentido que exigir del testimonio excesos de información, como lo requiere la sentencia demandada, implica desconocer los límites formales del testimonio y la obligación del juzgador de otorgarle el correspondiente valor”*.

Igualmente vulnerado encuentra el artículo 372 de la misma obra, en el sentido de que las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable de los hechos y circunstancias, *“lo que para el caso significa, que no pueden negarse, por la parquedad del testimonio de la menor o la sutileza de los hechos que relata, pues existe una base objetiva (probada por estipulación) que lo respalda”*.

En este caso, por tanto, resulta necesario exaltar la garantía del derecho fundamental a la personalidad y

dignidad de una menor agredida, otorgando confianza a su testimonio.

En **el segundo reparo**, por su parte, plantea la misma causal de casación en contra del fallo impugnado a consecuencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad, originado en que ningún análisis ofrece sobre lo expuesto por el *a quo* “*en el sentido de reclamar respeto por la personalidad y antecedentes sociales de la víctima LDPG y desatenderse por su ilegalidad, las pruebas recepcionadas en el Juicio Oral a instancia de la Defensa, testimonios que hacen referencia a la vida personal de LDPG, con el objeto de demostrar una especie de comportamental irregular, como plantear antecedentes sexuales y antisociales y, ser utilizado por la Defensa y el Ministerio Público y prohijadas por el H. Tribunal, como indicativos de la supuesta voluntad o consentimiento en el hecho juzgado*”, todo ello, en detrimento de la proscripción legal y del bloque de constitucionalidad al respecto.

Refiere, en concreto, a la valoración de los testigos de la defensa (i) *Polo Emiro ER*, quien afirmó que en alguna ocasión del mes de febrero de 2009 estuvo en la casa de su hermano *CT* y lo encontró en la habitación en compañía de la menor *LDPG* semidesnudos; (ii) *Aura Eliza R*, vecina del acriminado, la cual adujo haber visto una tarde a la menor en la casa de *CT* abrazándolo y confianzudamente empujándolo hacia la habitación; (iii) *Sandra Liliana R* y *Milton Oscar Mena*, quienes manifestaron haber visto a la menor frecuentando la casa de

su vecino *CT* , al punto que se cambiaba de ropa dentro de dicho inmueble.

Así mismo, (iv) el testimonio de la menor *NYPP* , compañera de estudio en el grado octavo de la menor *LDPG*, al referir que tuvo conocimiento de las relaciones de confianza o amistad existentes entre ésta y el señor *ER*, a quien su compañera le pedía favores de dinero que él no renunciaba, lo cual corroboró la víctima cuando relató que en una ocasión el señor *CT* le prestó la suma de \$20.000 que necesitaba para pagar una rifa del colegio, porque el dinero se le había perdido.

De los anteriores testimonios coligió el Tribunal que *“entre la menor LDPG y el acusado subyacían relaciones de confianza y unos contactos interpersonales que permitirían descartar la existencia de un acceso carnal en la modalidad violento”*.

Así las cosas, prosigue, el Tribunal compartió los planteamientos de la defensa para demostrar el consentimiento de la menor en el evento criminoso *“a partir de hechos, como conocimiento previo, solicitud de dinero, actitudes fraternales y un supuesto antecedente sexual, como suficiente”*. Por el contrario, el juez de primera Instancia planteó una base legal distinta negando legalidad a esos dichos, por lo que la sentencia desconoce ese error en la producción de la prueba, en tanto *“proscribe todo sistema probatorio atentatorio contra la dignidad humana y no son ni siquiera los antecedentes sexuales, útiles legales, para*

presumir (como si fuera una presunción legal) que una ocasión juzgada, tenga el antecedente, como garantía de consentimiento”, cuyos apartes transcribe.

El *a quo*, continúa, en su análisis respetó, además, la línea jurisprudencial asumida por esta Sala en SP, sept. 23 de 2009, rad. 23508 de *“en la que se hace plena referencia a las reglas de aducción de esta clase de pruebas y el respeto a la dignidad de la mujer que debe considerarse”* y en SP, ene. 26 de 2006, rad. 23706.

Por lo expuesto, *“aparte del yerro por falso raciocinio que nace de otorgarle importancia probatoria a los testimonios relacionados en los apartes anteriores y propuestos por la Defensa -como se dijo-, para cimentar el descrédito del testimonio de LDPG, que bien puede integrarse como sustento del cargo prevalente, se comete por la sentencia demandada, aquel de derecho, de no negar la aducción de las mismas pruebas por ilegalidad, por pretermitir el Bloque de Constitucionalidad, que para el caso concreto, prohíbe la discriminación de la persona que declara, proscribe el tratamiento desestimatorio de su dicho, por acudir (en este caso no es cierto) a ciertos antecedentes de carácter sexual o social, que impliquen eventos similares, como si ello garantizara la permisividad del que ocupa ahora la atención de la judicatura”*.

Pero, además, la sentencia no sólo yerra en la legalidad de los medios de prueba reseñados, sino en otorgarles crédito probatorio respecto de un hecho que no les consta

personalmente y que refiere a eventos anteriores sin ninguna trascendencia.

Específicamente en relación con la valoración del testimonio de la menor *Nidia Yadina Potosí Portillo*, que según la sentencia prueba el consentimiento en el evento juzgado, *“se tiene únicamente que en una ocasión acompañó a la víctima a casa de CTER, a la que dicho sea de paso, frecuentaba por el permiso (hospedar la yegua en que se transportaba al Colegio) que generó una supuesta solidaridad social y no porque llevara una relaciones sentimental (sic) que pueda llamarse manutención por obligación marital y, en una demora que no puede ser garantía de otro evento sexual, logró que le facilitara la suma de \$10.000, que utilizó como lo haría cualquier niña en edad escolar, en ‘mecato’. Esta no puede servir como prueba, por no ser directa. Por manera que por ello y por la ilegalidad de su consideración, el Tribunal yerra en tenerla como tal, pues ésta ni siquiera podía aducirse”*.

A su vez, en lo que concierne a lo apreciado por el Tribunal respecto del dicho del “interesado” deponente *Polo Emiro Erazo Portilla*, hermano del acusado, acerca de un supuesto ejercicio sexual anterior, *“así hubiera sido cierto, no prueba que en el momento dado del hecho que nos ocupa, se hubiera repetido el consentimiento y ausencia de violencia. Por lo tanto, aparte de causar extrañeza, dado el medio social, la idiosincrasia lugareña, dado que se dice que CTERera el patriarca de la región, estaba llamado al respeto de quienes le tenían confianza y que lógicamente debía llevar al testigo, a advertir a su importante hermano, que evitara cualquier*

relación, especialmente esta desigual, o en últimas hasta generar una crítica (así sea en son de burla), de tal desigualdad por las edades de los supuestos protagonistas. Por ello, al no hacerlo, se demuestra la artificiosa (como lo advierte la primera Instancia) presencia del dicho testimonial”.

En razón de lo expuesto, estima, el Tribunal ha debido negar condición probatoria a las declaraciones que imponían una crítica social y un antecedente discriminatorio a *LDPG*, como consecuencia de esa inexistencia legal procede, entonces, invalidar la sentencia impugnada, para *“hacer prevalecer el carácter impreso por la sentencia condenatoria, que sí señaló tal ilegalidad”.*

El yerro anterior determinó, a juicio del demandante, la transgresión de los artículos 93 Superior; 6°, núm. 7, de la Ley 1257 de 2008 *“que consagra el principio de la no discriminación hacia las mujeres”* y a los términos de la sentencia T-452 de 2005 de la Corte Constitucional, los cuales transcribe en lo que considera pertinente. De esa forma, dice, se pretermitió la legalidad de la prueba, consagrada en el art. 373 del C.P.P., en cuanto limita la libertad probatoria cuando se trata de violación de los derechos humanos y el principio de dignidad, así como el 376, ordinales a y b, de la misma normativa, en la medida en que este tipo de prueba generó peligro para los derechos de la víctima.

Con fundamento en lo expuesto, depreca casar la sentencia impugnada y, en su lugar, se deje en firme la sentencia condenatoria de primer grado.

INTERVENCIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES

1. El demandante (Fiscalía):

Para complementar el primer cargo del libelo, indicó que en la valoración probatoria de los testimonios de la víctima y el sicólogo forense fue manifiesta la vulneración de las reglas de apreciación de la prueba al no tenerse en cuenta la condición de género de aquella en atención a su corta edad, débil estructura educativa y entorno social y cultural que le generó una situación de parálisis e inmovilidad que determinaron el acceso carnal contra su voluntad.

Recordó cómo, acorde con el criterio de autoridad de la Corte, no todo acto de violencia conlleva la presencia de vestigios o rastros físicos, según se adujo en decisión de octubre 25 de 2008, rad. 25578, pues lo importante para determinar la tipicidad objetiva de la acción es constatar si se doblegó su voluntad, aun cuando haya existido pasividad de su parte.

De ese modo, añade, se equivocó el Tribunal al exigir de la menor que hubiera reaccionado defendiéndose, huyendo o gritando, amén de que no se consideró lo que ella misma narra sobre cómo su voluntad fue doblegada en atención a la condición del agresor. Además, dice, se infirió su

consentimiento en contravía a lo dispuesto en el artículo 70, literales b y c, de las reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, de acuerdo con el cual no puede inferirse del silencio de la víctima o de su falta de resistencia.

En esa misma dirección, añade, ha debido valorarse el testimonio del perito sicólogo *Víctor Oswaldo Peña Hernández* referido en cuanto admite que el acto no fue aceptado por la menor.

Respecto de la segunda censura, señala, en consonancia con lo expuesto en el libelo, que en la valoración de los testimonios de la defensa en los cuales se da cuenta del comportamiento anterior de la menor, su vida personal y antecedentes sociales, se violó el principio de no discriminación hacia las mujeres consagrado en la Ley 1257 de 2008, así como su desarrollo previsto en la tutela T-452 de 2005 de la Corte Constitucional, resultando manifiestamente ilegales por invadir la intimidad y sexualidad de la víctima.

2. No recurrente (defensa):

Inicia por destacar algunos defectos de la demanda de casación en cuanto a la construcción de la proposición jurídica completa, el sentido de violación y las pautas de la sana crítica en el error de hecho por falso raciocinio denunciado en el primer cargo.

Luego se ocupa del elemento violencia del delito atribuido, insistiendo, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte, que su ponderación obedece a una verificación

objetiva y *ex ante* de que fue idónea para doblegar la voluntad de la menor, lo cual no se puede pregonar de la acción de su defendido consistente en haber tomado del brazo a la menor.

Como carece de suficiencia tal acción encuentra que ni erige el error de valoración probatoria invocado ni ostenta la suficiencia requerida para derrocar la doble presunción de acierto y legalidad que gobierna al fallo absolutorio. De ese modo solicita no casar el fallo con fundamento en el primer reparo de la demanda.

En cuanto al segundo cargo, entiende que a partir de la Ley 1257 de 2008 y la interpretación expuesta en la sentencia de esta Sala del 23 de septiembre de 2009, rad. 23508, existen dificultades cuando se trata de pruebas edificadas en la violación a la intimidad de la víctima y que esa postura fue desechada por el Tribunal.

Sin embargo, refiere que aún si se da por configurado el error de derecho por falso juicio de legalidad respecto de las pruebas cuestionadas por el censor, no tendrían la suficiente trascendencia en la medida en que no constituyen el fundamento del fallo de segunda instancia, pues sólo refieren a la forma cómo ocurrió el hecho investigado descartando el elemento violencia del acceso carnal.

En consecuencia, depreca tampoco casar el fallo con sustento en esta censura.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea del caso señalar, en primer término, que la Sala hará caso omiso a los reclamos referidos por el defensor de CTER durante su intervención como no recurrente en la audiencia de sustentación del recurso de casación en relación con las deficiencias técnicas y argumentativas de la primera censura del libelo, pues su admisión, como ya es criterio jurisprudencial consolidado, conlleva la superación de tal temática y el deber, consecuencial, de la Corte de emitir pronunciamiento de fondo.

Por otra parte, importa precisar que aun cuando en el libelo se postulan dos cargos independientes con sustento en la misma causal tercera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, realmente el objetivo del demandante es su integración, como así se infiere de la afirmación consignada en el segundo reparo en sentido de que *“aparte del yerro por falso raciocinio que nace de otorgarle importancia probatoria a los testimonios relacionados en los apartes anteriores y propuestos por la Defensa -como se dijo-, para cimentar el descrédito del testimonio de LDPG, que bien puede integrarse como sustento del cargo prevalente, se comete por la sentencia demandada, aquel de derecho, de no negar la aducción de las mismas pruebas por ilegalidad, por pretermitir el Bloque de Constitucionalidad, que para el caso concreto, prohíbe la discriminación de la persona que declara, proscribire el tratamiento desestimatorio de su dicho, por acudir (en este caso no es cierto) a ciertos antecedentes de carácter sexual o social, que impliquen eventos similares, como si ello garantizara la permisividad del que ocupa ahora la atención de la judicatura”*.

Fue por esa misma razón que, se advierte, el censor eleva una única pretensión de casar el fallo con el objeto de que se deje en firme la sentencia condenatoria de primer grado, lo cual, además, se ciñe a la estructura probatoria del fallo atacado porque el fundamento expuesto para revocar el condenatorio de primer grado no derivó exclusivamente del descrédito de la versión de la víctima en cuanto a la inexistencia del elemento violencia del acceso carnal, sino, igualmente, del análisis de los testimonios de la defensa de cuyo contenido el Tribunal advirtió *“que entre la menor LDPG y el acusado subyacían relaciones de confianza y unos contactos interpersonales que permitían descartar la existencia de un acceso carnal en la modalidad violento, y más bien permiten inferir que el acceso carnal fue consentido”*².

En consecuencia, la Corte abordará el estudio de fondo de las dos censuras de forma integral.

El primer yerro de apreciación probatoria denunciado por el representante de la Fiscalía, según quedó expuesto, radica en el error de hecho por falso raciocinio en que habría incurrido el Tribunal al apreciar los testimonios de la víctima LDPG y del perito sicólogo Víctor Oswaldo Peña Hernández, quien respaldó lo dicho por la menor acorde con la exposición que ésta le brindó en la entrevista base del dictamen rendido. Uno y otro, dígase, en orden a que fue sometida violentamente por el procesado ERal tomarla fuertemente del brazo y exigirle se quedara callada, situación que le produjo

² Pág. 19 del fallo de segunda instancia.

un estado de parálisis e inmovilidad, el cual le impidió el ejercicio de actos materiales de defensa.

Pues bien, el yerro invocado en esta primera parte se enfoca en la apreciación del concepto violencia constitutivo del tipo penal atribuido a *ER* cuando quiera que, se ha de dejar en claro, no se discute la realización del acceso carnal con la menor *LDPG* -como ya se sabe de 15 años para esa época- esto es, sus alcances y límites y, especialmente, a partir de ahí, si la noción aplicada por el Tribunal al concluir su inexistencia e inferir, contrariamente, el consentimiento de la sujeto pasivo, se corresponde con las reglas de la sana crítica.

La jurisprudencia de la Sala ha sido prolija sobre la noción de violencia, habida cuenta que dicho elemento es común a diversos tipos penales, ya como ingrediente normativo o bien como estructurante de circunstancias de agravación que elevan el reproche por una mayor afectación al bien jurídico protegido. Así, en relación con la exigida para la configuración de la conducta punible sancionada en el artículo 205 del C.P. por la que se procede, se precisó (CSJ SP, 23 ene. 2008, rad. 20413):

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

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

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

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

Para efectos de la realización típica de la conducta punible de acceso carnal violento, sin embargo, lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima. (...)

Es más, dado que la acción constitutiva del delito en comento debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y

variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización (subrayas fuera de texto).

Por lo tanto, una valoración de ese elemento consecuente con las reglas de la sana crítica demanda de la autoridad judicial un análisis de la situación fáctica y de los medios probatorios que la sustentan desde una perspectiva *ex ante*, donde se identifique el acto constitutivo de violencia -que puede admitir combinaciones entre la física y la moral- y su idoneidad, estudio este último que comporta determinar, siendo lo más importante, si tenía la entidad o no de doblegar la voluntad de cualquier persona en las mismas condiciones de la víctima bajo la óptica de un observador inteligente (Cfr. CSJ SP, ene. 23 de 2008, rad. 20413), atendidos factores como, según se reseña en la jurisprudencia que se viene de transcribir parcialmente, “*la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida*”.

Es precisamente en este aspecto final (idoneidad de los actos de coacción), donde la Sala advierte evidentes falencias en la labor valorativa del *ad quem* que corroboran la materialización del error invocado por el representante de la Fiscalía.

Un primer yerro deviene de la identificación plena del acto violento desplegado por el procesado, pues no se trata, como lo entendió el Tribunal, del insular hecho de haberla tomado del brazo y ordenado que se callara, con lo cual se minimiza su entidad, sino que necesariamente esa ponderación debe considerar el contexto particular que rodeó tales actos.

En ese orden importa especialmente tener en consideración la posición del agresor respecto de la ofendida. Sobre ese punto está acreditado que el procesado mantenía una relación de amistad con el progenitor de *LDPG* y justamente en virtud de ese grado de confianza le solicitó al primero permitir dejar al cuidado, en su vivienda, el caballo utilizado por sus dos hijos para desplazarse hasta su sitio de estudios mientras salían de clase. Obtenido el beneplácito de *ER*, el padre de la menor impuso la obligación a sus descendientes de dejar el semoviente en dicha vivienda y recogerlo, para retornar a su morada, una vez finalizadas las clases diarias.

Tal rutina se realizó, sin novedad alguna, por más de tres años (desde el año 2006). Es decir que el implicado³ sorprendió a la víctima con la actitud asumida el día de los hechos consistente en cerrar la puerta de la habitación donde la había invitado a leer unos libros, tomarla fuertemente del brazo y ordenarla callar, para acto seguido retirarle sus prendas de vestir y proceder a accederla carnalmente, lo cual explica con suficiencia la perplejidad que le desencadenó,

³ De 63 años para la fecha de los hechos.

sobreviniéndole el estado de parálisis e inmovilidad referido uniformemente en su declaración jurada⁴ y en sus manifestaciones previas al juicio oral, situación determinante para que no reaccionara físicamente ante el ataque sexual.

Los referidos actos desplegados por el procesado, como una combinación de actos de violencia física⁵ (tomarla fuertemente del brazo y bajarle sus prendas de vestir) y moral (cerrar súbitamente la puerta de la habitación y ordenarle se callara), vistos en sus justas dimensiones y contexto real, ostentaron la magnitud necesaria para doblegar la voluntad de la víctima, pues si bien para los efectos legales, como lo señalan los sentenciadores, a sus quince años ya gozaba de la facultad para disponer de su sexualidad, la sorpresa que le ocasionó la arremetida de su agresor, seguida del temor que tal situación le infundió, la dejó en estado de petrificación.

No se debe olvidar, además, que a efectos de esta ponderación, siguiendo las reseñadas pautas de la Sala, resulta imperativo tener en cuenta la condición de vulnerabilidad de la víctima. Sobre ese particular se ha de destacar que se trata de una menor de edad de extracción campesina, sin formación educativa en materia sexual⁶ y seriamente sometida al dominio paterno, como así lo sostuvo en su declaración al indicar que le tenía miedo a su padre⁷, e igual se estableció en el examen psicológico que le practicó el

⁴ Cd. contentivo del juicio oral, archivo No. 2, récord 11'30".

⁵ Cfr. CSJ. SP, ene. 23 de enero de 2008, rad. 20413.

⁶ Según lo manifestó, no recibió clases de educación sexual. Cd. contentivo del juicio oral, archivo No. 2, récord 57'50".

⁷ *Ídem*, récord 56'08"

perito en la materia *Víctor Oswaldo Peña Hernández*, donde se consignó que:

Proviene de hogar estructurado matrimonio católico con dos hijos fruto de la unión fraterna, en tanto su padre tiene un patrón de crianza psicorígido, que hace que la entrevistada le tenga miedo.

(...)

Se identifica que la padre (sic) adopta pautas de crianza de corte psicorígido, que conlleva a que albergue temor hacia la figura paterna y reprima emociones, empleando la racionalización como mecanismo de defensa al justificar las reacciones a salidas o actividades propias de su edad por parte de su padre...⁸.

Por esa razón, esto es, por el físico temor que sentía hacia la reacción de su progenitor, quien, según la ofendida, solía proceder de forma violenta, optó por no contar nada de lo sucedido a su familia, sólo dando a conocer el hecho cuando se vio obligada a revelarlo a raíz del estado de gravedad ocasionado por la agresión sexual. Es más, también se sabe que, luego de la conducta, su padre ejerció presión revictimizante sobre ella al punto de culparle por lo sucedido⁹, lo cual la obligó a vivir por un tiempo, a partir del quinto mes de embarazo, fuera de su casa paterna, concretamente donde su madrina.

Logra advertirse, entonces, que se está en presencia de una víctima en alto grado de vulnerabilidad tanto por su minoría de edad y escasa formación sexual¹⁰ como por su difícil entorno familiar, lo que determina, como es apenas

⁸ Fols. 60 y 61 de la carpeta.

⁹ Fol. 64 *ibídem*.

¹⁰ Manifiesta, igualmente, que esta fue su primera experiencia sexual y no haber tenido novio antes.

natural, su débil estructura mental, pues, a diferencia de lo que sostienen algunos testigos de la defensa, a través de quienes se pretende demostrar que tenía un comportamiento vivaz y confianzudo con el acusado, punto sobre el cual se ahondará más adelante, es introvertida, callada y poco sociable, como así lo atestó el perito en su declaración¹¹ y lo dejó sentado en el dictamen psicológico, e igual lo certificó expresamente el *a quo* en el fallo de primera instancia, fruto de la percepción directa de su testimonio en la audiencia del juicio oral¹².

Es por ello que, para la Sala, la conjugación de los aspectos aludidos, a la luz de la jurisprudencia, permiten otorgar credibilidad a *LDPG* sobre el empleo de la violencia en la relación sexual analizada, pues no se puede pretermitir, como lo indica MUÑOZ CONDE, que:

*En las agresiones sexuales, la edad y el contexto social o familiar que le rodean son, pues, factores decisivos para valorar hasta qué punto la intimidación puede tener el grado suficiente para integrar el tipo de alguno de estos delitos*¹³.

En ese mismo contexto, se ha de subrayar, igual resulta digno de credibilidad que la reacción de *LDPG* frente al ataque no haya sido a través de actos materiales de defensa o resistencia, como así se lo reprocha el Tribunal en el fallo recurrido al echar de menos actitudes tales como “*correr, gritar, hacer reacción física con su cabeza, tronco o mismas extremidades, etcétera*”¹⁴ que pueden ser, dígase de algún modo, algo más frecuentes, y que, a cambio de ello, le haya sobrevenido un estado de parálisis e inmovilidad total,

¹¹ Cd. contentivo del juicio oral, archivo No. 6, récord 44'28”.

¹² Pág. 28 del fallo de primera instancia.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial. Undécima Edición. Editorial Tirant Lo Blanch, 1996, pág. 185.

¹⁴ Pág. 18 del fallo de segunda instancia.

diferente, desde luego, al consentimiento, cuya ocurrencia también es común frente al miedo o la sorpresa del ataque, por lo que su desconocimiento atenta claramente contra la experiencia.

Así incluso lo entendió esta Sala de antaño, en un asunto de estrecha similitud fáctica al *sub exámine*:

Considera el recurrente que la menor ofendida miente al acusar al sindicato de haberla sometido, por la fuerza, al acceso carnal y que está encubriendo a otra persona que sería el verdadero autor de la violación.

Para llegar a tal conclusión, una de las primeras tachas que le formula al dicho de la menor es la de la forma como depuso en sus varias intervenciones y que llevan al demandante a considerar compuesta, esto es, arreglada de antemano la declaración, haciendo hincapié, para calificarla así, en que la menor dice no haber gritado, ni pedido socorro ni intentado resistir.

Anota la Procuraduría que la menor era en esos momentos víctima del terror, y hace suyos los conceptos de un eminente tratadista, quien dice que en el miedo los fenómenos de inhibición alcanzan tal intensidad, que se producen manifestaciones de suspensión de la vida psíquica que pueden llegar hasta la muerte.

La Corte, por su parte, añade que en los momentos de conmoción psíquica como el que debía sufrir la menor ofendida, si bien en casos se pueden producir reacciones motoras de defensa como movimientos bruscos, gritos, etc., también suele suceder lo contrario, esto es, que se inhiba la siquis y la persona quede, no solo transitoriamente, paralizada, incapaz para hacer frente a su agresor.

El hecho de que la ofendida diga que no gritó, ni se defendió armoniza perfectamente con lo que se acaba de decir, y al apreciar

en esta forma el testimonio de la menor el Tribunal no pecó contra las normas de la crítica del testimonio, sino que lo aplicó correctamente.

La tacha que el demandante endereza contra el testimonio de la menor en el sentido de que su noción del tiempo que duraron los hechos no se acomoda a la realidad, tampoco es aceptable, por las mismas razones que se dejan expuestas en el aparte anterior, esto es, porque en el caso de una fuerte conmoción síquica, se altera la noción del tiempo¹⁵ (subrayas fuera de texto).

En ese orden se puede colegir, con el casacionista, que el Tribunal desconoció, en la valoración de los medios probatorios aludidos en esta primera parte de la censura, la máxima de la experiencia según la cual ante un ataque violento no siempre se reacciona mediante actos materiales de defensa, pues ello también puede ocasionar en la víctima un estado de conmoción síquica que enerva cualquier respuesta de esa índole y que, como también lo narra aquí la víctima, le hizo perder las nociones de espacio y tiempo.

Es claro que este postulado reúne los presupuestos que esta Colegiatura tiene establecidos para considerarla como máxima de la experiencia, en tanto obedece a una percepción sensorial no transitoria que origina una forma específica de conocimiento con pretensión de universalidad (cfr. CSJ SP. abr. 11 de 2007, rad. 26128).

La aplicación de dicha regla de la experiencia a casos de violencia sexual conocidos por la Corte, la han llevado a concluir, más recientemente, que (CSJ SP. sep. 23 de 2009, rad. 23508):

¹⁵ Sentencia de julio 5 de 1972, citada por PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, en DELITOS SEXUALES, “La Sexualidad Humana y su Protección Penal”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 227.

Este elemento normativo del tipo, por lo demás, no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de ésta), ni tampoco es indicio de un acceso no violento o consentido el que la persona agredida tenga relaciones pocas horas después de lo sucedido, por cuanto

“[...] para la efectiva materialización del comportamiento sólo es menester la realización de ‘acceso carnal con otra persona mediante violencia’, esto es, que el sujeto agente quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza física o moral, para obligarla a permitir la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril, o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo humano [...]

“Y ello es así, porque lo tutelado en particular mediante ese delito es la libertad de la persona referida a la capacidad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”¹⁶.

(...)

En segundo lugar, es totalmente irrelevante el hecho de que S.P.L.D. no haya presentado resistencia en forma de gritos, golpes o llamadas de auxilio para evitar el acceso carnal, ni que tampoco intentara huir cuando luego el procesado se estaba bañando, ni mucho menos que el vigilante haya notado alguna actitud anormal en la pareja, ya que la violencia que se ejerce para doblegar la voluntad de la víctima, que es la jurídicamente relevante (supra 4), puede excluir cualquier reacción en los aludidos aspectos, aparte

¹⁶ Sentencia de 4 de marzo de 2009, radicación 23909.

de que la concurrencia de tal ingrediente normativo excluye la posibilidad de exigirle al sujeto pasivo la activación de mecanismos de auto tutela y protección (supra 3.3). (subrayas fuera de texto).

Ahora, no se pretende sostener que la valoración de los actos de resistencia de la víctima, cuando existan, no sea importante, sino, se insiste, su ponderación tiene incidencia directa para la determinación de la idoneidad de la violencia empleada, al sopesarse con la prueba restante frente a cada caso en particular, en tanto no tienen identidad propia como elemento estructurante del tipo objetivo del delito de acceso carnal violento, como lo da a entender en este caso el *ad quem*.

Es decir que, se insiste, la apreciación probatoria del Tribunal por cuyo medio no da crédito a la reacción de la menor *LDPG* al señalar que ante la agresión sexual de *ERCayó* en estado de parálisis e inmovilidad, para en su lugar inferir que prestó su consentimiento a la relación sexual, resulta abiertamente contraria a las reglas de la sana crítica, conforme lo explicado.

Pero más desafortunada se torna esa apreciación, como bien lo señala el recurrente, cuando esa misma autoridad deduce el consentimiento a la práctica sexual precisamente a partir de esa reacción de parálisis -ausencia de actos materiales de oposición- de la ofendida o de su silencio, en tanto desconoce flagrantemente instrumentos internacionales ratificados internamente por el Estado Colombiano, en particular el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

del 17 de julio de 1998, ratificado internamente por la Ley 742 del 5 de junio de 2002, como acertadamente lo aduce el libelista.

Ciertamente, en sus Reglas de Procedimiento y Prueba, adoptadas por la Asamblea General de los Estados Parte del Estatuto de Roma el 9 de septiembre de 2002, se previeron principios de valoración probatoria en casos de violencia sexual, y concretamente sobre los actos respecto de los cuales no es viable inferir el consentimiento de la víctima, se establece:

Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual:

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

a) *El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;*

b) *El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;*

c) *El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;*
(subrayas fuera de texto)¹⁷.

¹⁷ Cfr. Sentencia T-453 del 2 de mayo de 2005.

De esta manera, por tanto, la Corte encuentra acreditado el error de estimación probatoria denunciado por el actor, con mayor acento porque en este caso la víctima es una menor de edad, a quien le asiste un interés superior reconocido en los artículos 44 de la Carta Política, 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y 6, 8, 9, 18 y 20 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia y aun cuando, como lo tiene suficientemente decantado la Sala, ello *per se* no implica que sin reflexión o análisis alguno se deba otorgar credibilidad a su dicho sino que debe ser sometido a ponderación junto con los demás elementos probatorios (CSJ. SP, ene. 26 de 2006, rad. 23706), sí era preciso considerar, como lo ha pregonado la Corte Constitucional que *“constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente”*¹⁸.

En el *sub exámine* el testimonio de la menor *LDPG* adquiere especial confiabilidad porque se ha mostrado uniforme tanto en lo dicho en el juicio oral como en sus declaraciones previas, incluyendo la narración que realizó ante el perito sicólogo *Víctor Oswaldo Peña Hernández*, debidamente introducidas al juicio oral, en relación con las circunstancias esenciales que rodearon lo hechos, sin que pueda tenerse como razón para sustentar su descalificación, punto que destacó el Tribunal, la nimia contradicción en que incurre sobre la prenda de vestir específica que le habría

¹⁸ Sentencia T-458 del 7 de junio de 2007. En el mismo sentido, sentencia T- 554 de 2003.

bajado *ER* previamente a accederla de forma violenta (falda del colegio o pantalón de sudadera del plantel)¹⁹.

Lo cierto es que en su atestación la menor adujo que no prestó consentimiento al acceso y que el procesado empleó violencia en su contra, narración a la que simplemente el *ad quem* no le otorga credibilidad, según ya se dijo, por la inexistencia de actos materiales de defensa, sin tener en cuenta, tampoco, su consistencia interna, toda vez que, consecuente con esa aseveración, se ofrece lo expuesto en cuanto a que al llegar a su casa se bañó con la ropa que llevaba puesta, lo cual demuestra un claro acto de repudio a la relación y no de aquiescencia.

De igual forma, no puede ser motivo para desacreditar su versión sobre la falta de consentimiento, el argumento del *ad quem* según el cual *LDPG* accedió a ingresar sola a la vivienda del enjuiciado el día de los sucesos a pesar de existir antecedentes de acercamientos afectivos por parte de su agresor que incluso ella misma reconoce, ante el riesgo que ello entrañaba para su integridad y libertad sexual²⁰.

Por una parte, porque con ese raciocinio desconoce todos las circunstancias acreditadas probatoriamente y que no se discuten por las partes, como que la menor el día de los hechos terminó previamente su horario habitual de clases; se despidió de sus compañeras, quienes se dirigieron a su respectivas casas; debía esperar a su hermano menor a que concluyera la jornada escolar para retornar a su hogar -de acuerdo con la orden paterna cuya influencia le era

¹⁹ Pág. 19 del fallo de segunda instancia.

²⁰ Pág. 23 *ibidem*.

incuestionable como atrás se señaló- e intempestivamente se desgarró un fuerte aguacero, todo lo cual conflujo para que accediera a la invitación de *CT* de seguir a la vivienda.

Por otra, en tanto con esa afirmación se construye un absurdo juicio de responsabilidad en cabeza de la víctima sobre la base de que siempre se debe desconfiar del comportamiento de los demás, menos razonable ante el hecho manifestado por ella en sentido de que días antes el procesado la intentó abrazar, pues un gesto de esa naturaleza no necesariamente se corresponde con una intención libidinosa.

Además erigiría, de aceptarlo, la irrazonable obligación para las víctimas de este tipo de conductas de ejercer o desplegar mecanismos de autotutela, cuya exigencia es procedente frente a otros punibles, como la estafa (cfr. CSJ. SP, jun. 10 de 2008, rad. 28693, entre otras), y que determina la exoneración de responsabilidad penal al autor cuando el ofendido no los ejerce, pero del todo inviables frente a los delitos sexuales, no sólo por la posición del sujeto pasivo, sino porque crearía un amplio espectro de subjetivismo en donde podrían caber exigencias de estirpe moral (así, p. ej. al propiciar el acto por vestirse de forma provocativa o por asumir una actitud que podría calificarse de insinuante, etc.) bajo el prurito de que, bajo su propia responsabilidad el ofendido habría incrementado los niveles de riesgo permitido por lo cual debe atenerse a las consecuencias de ese obrar (cfr. CSJ. SP, sep. 23 de 2009, rad. 23508).

Tampoco puede incidir en desdoro de la versión de la ofendida la pretextada por el Tribunal falta de espontaneidad en el relato de los sucesos, porque no enteró a su familia de lo ocurrido²¹, cuando ya atrás se hizo énfasis sobre el temor fundado hacia su padre, el cual, asociado a su inmadurez derivada de su corta edad y difícil entorno familiar y social, le determinó a optar por asumir tal actitud ante las consecuencias que, de acuerdo con su *siquis*, le podría acarrear el hecho.

Y todavía más cuando en este caso se verifica el cumplimiento de las pautas que ha sentado esta Sala en orden a obtener convicción acerca de la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana a partir de lo narrado por la víctima, ante la especial naturaleza de estos comportamientos, que comporta, por lo general, escasez probatoria, a saber:

a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

²¹ Pág. 21 *ibidem*.

c) *La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones* (CSJ. SP, abr. 11 de 2007, rad. 26128).

En efecto, en el asunto de la especie se tiene que la versión de la víctima, según ya se explicó, ha sido persistente y uniforme sobre lo esencial en sus diversas oportunidades, se corresponde con la realidad fáctica y circunstancial corroborada y tampoco se avizora resentimiento alguno en contra del implicado que permita evidenciar un ánimo revanchista de su parte que haya determinado una irreal atribución de la conducta.

Baste lo expuesto para colegir la concreción del primer yerro denunciado por el libelista.

El segundo error valorativo de la prueba propuesto en la demanda, sustentado en la misma causal de casación, pero esta vez por error de derecho por falso juicio de legalidad, apunta a la inadmisibilidad de los medios de prueba aportados por la defensa que tienen relación con el comportamiento social y sexual anterior de la víctima.

Acercas de la naturaleza y esencia de tal yerro, la Sala tiene precisado que se configura cuando el juzgador al valorar las pruebas allegadas al juicio oral excluye una que cumple con los requisitos que condicionan su validez y/o aprecia un medio de convicción allegado de manera irregular, esto es, con violación de los derechos fundamentales (prueba ilícita) o con transgresión del rito establecido en la ley para su producción y aducción (prueba ilegal).

Pues bien, al apreciar los medios de prueba respecto de los cuales el censor contrae el yerro, el Tribunal adujo de forma expresa lo siguiente:

Peor aún, un importante grupo de testimonios arrimados al proceso por parte de la Defensa de E (sic) R refieren que entre la menor LDPG y el acusado subyacían relaciones de confianza y unos contactos interpersonales que permitirían descartar la existencia de un acceso carnal en la modalidad violento, y más bien permiten inferir que el acceso carnal fue consentido, amén que no se presentaron en una sola ocasión. Lo anterior dimana de las declaraciones recibidas en la sesión de la audiencia de juicio oral del 19 de marzo de 2013 al señor Polo Emiro E (sic) R, quien afirmó bajo juramento que en alguna ocasión del mes de febrero de 2009 arrimó a la casa de su hermano CT y lo encontró en la habitación en compañía de la menor LDPG semi desnudos; a su vez la señora Aura Eliza R, vecina del acriminado, informó haber visto una tarde a la menor en la casa de CT abrazándolo y confianzudamente empujándolo hacia la habitación; con similar confianza dicen la señora Sandra Liliana R y Milton Oscar Mena haber visto a la menor frecuentando la casa de su vecino CT, al punto que se cambiaba de ropa dentro de dicho inmueble. A su vez, en la sesión de juicio oral del 20 de marzo de 2013 se recibió testimonio de la menor NYPP, quien ha sido compañera de estudio en el grado octavo de la menor LDPG y refiere por conocimiento propio de las relaciones de confianza o amistad existentes entre esta y el señor E (sic) R, a quien su compañerita le pedía favores de dinero que él no renunciaba. Esta última manifestación había sido afirmada por la víctima LDPG en su testimonio cuando relató que en una ocasión el señor CT le prestó la suma de veinte mil pesos (\$20.000) que ella necesitaba para pagar una rifa del colegio, porque el dinero se le había perdido²².

²² Págs. 19 y 20 *ibidem*.

No ofrece ninguna discusión que estas probanzas testimoniales de la defensa están sustentadas, en los aspectos que de ellas exalta el Tribunal, en el comportamiento anterior de la víctima en los planos afectivo, social y, especialmente, sexual, en cuanto supuestamente mantenía una relación anterior con el implicado.

Al respecto, esta Colegiatura tiene dicho (CSJ. SP, sep. 23 de 2009, rad. 23508), siguiendo a la Corte Constitucional y al desarrollo orbital que han tenido los derechos de las víctimas de este tipo de delitos, plasmado en algunos instrumentos normativos supranacionales ratificados por el Estado colombiano, que evaluar esos aspectos para determinar la responsabilidad penal del agresor atenta contra sus derechos fundamentales al debido proceso, intimidad y dignidad, esto último en cuanto entraña una forma de revictimización.

Sobre el particular, esta Corporación en SP, ene. 26 de 2006, rad. 23706, precisó que:

[...] con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima, como así lo indicó la Corte Constitucional en reciente fallo, que bien está traer a colación en lo pertinente:

“Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer

un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.

“De lo anterior se concluye que las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión’ [Corte Constitucional, sentencias SU-159 de 2002 y SU-1159 de 2003]. (subrayas fuera de texto).

Esta tesis se reiteró en CSJ. SP, ene. 23 de 2008, rad. 20413, donde concretamente se ahondó en torno a la inadmisibilidad de pruebas concernientes a la existencia de una relación anterior entre víctima y procesado. Allí, se plasmó:

En lo que atañe al segundo problema probatorio tratado por el demandante, relativo a la existencia de una relación sentimental anterior entre el procesado y la víctima como factor para cuestionar la realidad del señalamiento de esta última, ha sido pacífica la postura de la Corte, en el sentido de que "las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una

persona no la excluye de ser sujeto pasivo de un delito sexual, puesto que lo que se busca proteger es la libertad sexual y la dignidad de las personas, esto es, el derecho que se tiene para disponer del cuerpo en el ámbito erótico sexual como a bien tenga"²³.

En este orden de ideas, como la actividad probatoria tiene que estar circunscrita durante el transcurso de la actuación procesal a la verificación o refutación de los hechos jurídicamente relevantes del caso contenidos en la acusación, o a la demostración de un enunciado fáctico del cual se pueda extraer de manera lógica una conclusión acerca de la verdad o falsedad de los mismos²⁴, refulge como evidente que no puede ser objeto de prueba la vida íntima o sexual de la víctima. (subrayas fuera de texto).

En ese orden de ideas concluyó, frente al caso objeto de estudio:

De ahí que, en el presente caso, aun en el evento de aceptar que la conducta anterior de Y.A.A.C.²⁵ descrita por el procesado se ajusta a la realidad de los hechos, en el sentido de que los dos habían sostenido relaciones sexuales en por lo menos tres oportunidades anteriores, y de que la conducta moral de la víctima era bastante disipada, ello de ninguna manera constituye razón o justificante alguna para que Héctor Bonel Loaiza Alzate la hubiera accedido la noche de los hechos, pues tal argumento parte de la idea tan equivocada como prejuiciosa de que si un hombre en alguna oportunidad accede carnalmente a una mujer con su consentimiento, tal antecedente lo habilita para hacerlo cuantas veces se le antoje sin importar la voluntad de esta última; o que si una persona lleva una vida disoluta o reprochable desde un punto de

²³ Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455.

²⁴ Cf. Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, Editorial Trotta, Madrid, 2002, págs. 120 y ss.

²⁵ En este caso se trataba de una mujer mayor de edad, pero se protege su identidad en esta providencia ante los señalamientos contra su intimidad.

vista moral, cualquiera tiene el derecho a violentarla. (subraya fuera de texto).

Criterio que se ratificó después en AP, may. 6 de 2009, rad. 26013, al señalar:

La Sala, en varias oportunidades²⁶, ha rechazado posturas argumentativas en los delitos sexuales que tan solo reflejan los prejuicios, la discriminación por género o las opiniones eminentemente morales de quienes las predicán, como cuestionar el comportamiento sexual de la víctima, o aducir que ésta y el agresor habían sostenido con anterioridad una relación sentimental, o sostener (como de manera absurda lo sugirió el demandante en este caso) que el haber tomado licor durante varias horas les permitiría a los procesados, con la simple solicitud, acceder carnalmente a su acompañante con el consentimiento de ella (subraya fuera de texto).

Esta hermenéutica, por demás, resulta consonante, según ya se anunció, con la del Tribunal Constitucional, como así se plasmó en el fallo de tutela T-843 de 2011, donde sobre la temática objeto de estudio, refiriendo a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a otras de ese mismo Tribunal, se señaló:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha indicado que (i) se debe dar credibilidad al testimonio de las víctimas, incluso cuando las denuncias no se hayan realizado en las primeras entrevistas con las autoridades judiciales²⁷, y (ii) se

²⁶ Cf., entre otras, sentencias de 26 de enero de 2006, radicación 23706; 28 de enero de 2008, radicación 20413; y 5 de noviembre de 2008, radicación 29053.

²⁷ Ver caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010. Para la Corte, “(...) dicha omisión puede deberse a no contar con seguridad o confianza suficiente para poder hablar sobre lo ocurrido”.

deben considerar en conjunto las evidencias y el contexto en el que ocurre la violencia sexual²⁸.

Estas reglas han sido reiteradas y profundizadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. Así, en la sentencia T-453 de 2005, al examinar una acción de tutela contra un juez penal por (i) ordenar y practicar pruebas que se referían al comportamiento y vida personal de la víctima anterior y posterior a los hechos objeto de investigación, y (ii) admitir la práctica de pruebas sobre asuntos sobre los que ya existían otras pruebas científicas, así como testimonios de terceras personas sobre asuntos que no guardaban relación directa con los hechos objeto de investigación, la Corte recordó los derechos de las víctimas de actos punibles que fueron señalados en la sentencia C-228 de 2002 así:

(...)

Adicionalmente, en relación con las evidencias que se pueden practicar y valorar en los procesos penales por delitos sexuales, la Corte señaló que aquellas que se relacionan con la intimidad de la víctima únicamente pueden ser decretadas cuando en el caso concreto se superen todos los pasos del juicio de proporcionalidad. Por esta razón, en el caso concreto revocó los fallos de instancia y concedió al tutela, por encontrar que varios materiales probatorios cuya práctica había sido decretada por la autoridad accionada, como la historia clínica sobre la interrupción de un embarazo de la tutelante y declaraciones sobre su conducta y relaciones amorosas anteriores a los hechos, constituían una intromisión desproporcionada en su intimidad, razón por la cual ordenó su exclusión del acervo probatorio (subrayas fuera de texto).

Así entonces, con la salvedad de que en el caso *sub exámine* la Sala tampoco encuentra que los medios de prueba

²⁸ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009.

referidos a la existencia de una relación sexual anterior entre LDPG y el procesado CTER ostenten credibilidad ante la contundencia y sinceridad del dicho de la menor y por encontrar apoyo en el restante acervo probatorio, lo cierto es que, acorde con el criterio de la Sala, resultan ilegales y, por ello, deberán ser excluidos de la valoración probatoria.

Y no puede ser de otra manera, pues, como atrás se explicó, una interpretación distinta, como la que ofrece el Tribunal en el fallo confutado, también resulta abiertamente desconocedora de instrumentos normativos internacionales ratificados por el Estado colombiano. Así, del mismo artículo 70, literal c, y del 71, literal a, de las aludidas Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, reseñado en precedencia, a cuyo tenor:

c) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima.

Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual

Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo. (subrayas fuera de texto).

Ahora, en la audiencia de sustentación del recurso de casación, el defensor de ER, durante su intervención como no recurrente, reconoció las dificultades que surgían de la

práctica de estas pruebas, pero minimizó su entidad al considerar que no fueron trascendentes en la decisión adoptada por el Tribunal de absolver a su prohijado; empero, basta una revisión somera del fallo para colegir lo contrario.

En efecto, el fundamento de la decisión de absolución radicó en la inexistencia del elemento violencia del acceso carnal, para inferir, a cambio, que hubo aquiescencia por parte de la víctima; en las inconsistencias del dicho de la menor, a las que ya se ha hecho referencia, y en el valor otorgado a los medios de prueba de la defensa que dieron cuenta de la relación previa entre el procesado y la víctima, a partir de lo cual también extrajo el consentimiento.

De modo que, contrario a lo planteado por el defensor, resulta incuestionable la incidencia de estas pruebas en la decisión de revocar el fallo condenatorio de primer grado.

Es de resaltar, además, que el *a quo* ya había prevenido *in extenso* sobre la ilegalidad de esos medios de prueba y por ello aplicó correctamente la cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 de la Carta Política²⁹; no obstante, sus planteamientos no merecieron glosa alguna del Tribunal. Reseñó el juez de conocimiento:

Aparte de lo anterior, debe advertirse que no está legítimamente permitido a las partes, en particular a la defensiva, acudir a la estrategia de desacreditar la conducta de la presunta víctima de una agresión sexual para así conseguir la absolución del comprometido en su ejecución. Así lo ha determinado la

²⁹ Pág. 22 y ss.

jurisprudencia nacional e internacional, en particular en los pronunciamientos que en juicio fueron enunciados por el señor delegado del ente fiscal, entre ellas las siguientes:

(...)

De otro lado y para ahondar más en el tema, se tiene que ha dejado en claro nuestro máximo Tribunal Constitucional que es constitucionalmente inadmisibile y por tanto se constituye en prueba ilícita que amerita su exclusión en el juicio, aquella que pretenda desacreditar a la víctima por su comportamiento anterior o posterior a los hechos objeto de juzgamiento y así pretender desvirtuar la responsabilidad del acusado, en virtud de que se atenta contra el derecho fundamental de la dignidad de la víctima y de su intimidad como persona, re victimizándola bajo la justificación de que por su forma de ser o manera de comportarse, no puede ser sujeto pasivo de agresión sexual, advirtiéndose por la judicatura que no es este el caso de LDPG, de quien, según lo manifestado por los testigos familiares de la misma, por el concepto del perito forense y por la directa percepción de la suscrita juzgadora en audiencia de juicio oral, se predica que se trata de una joven introvertida, callada y poco sociable, muy distante de la apreciación de algunos de los testigos presentados en juicio por la parte defensiva, en particular lo manifestado por el señor Milton Oscar Mena.

Ninguna duda, por consiguiente, asalta a la Sala en cuanto a la materialización -también- del segundo yerro de valoración probatoria denunciado por el representante del ente acusador en la demanda de casación.

Resta por señalar que la valoración probatoria dispuesta por el Tribunal de Pasto en el caso *sub exámine* contraviene

normativas internacionales, algunas de ellas ratificadas por el Estado colombiano, así como legislación interna, que propugna por erradicar cualquier forma de discriminación contra los derechos de la mujer y por exaltar la igualdad de género.

Así, entre otras, La Convención de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas para la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará de 1994, y la denominada Plataforma de Acción de Beijing.

En la Convención de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 o CETFDCM (también conocida por sus siglas en inglés como CEDAW), adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981, los Estados partes, en su artículo 2°, declaran condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, conviniendo en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros*

medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.

c) 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.

d) 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.

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”.

Así mismo, en la Declaración de Naciones Unidas para la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, considerada como un refuerzo de la anterior, los Estados partes, conforme su artículo 4°, se obligan a:

Considerar la posibilidad, cuando aún no lo hayan hecho, de ratificar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de adherirse a ella o de retirar sus reservas a esa Convención;

Abstenerse de practicar la violencia contra la mujer;

Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia

contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por Particulares;

Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;

Por su parte, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (o Convención de Belém do Pará –Brasil), suscrita el 9 de junio de 1994 y aprobada en Colombia mediante la Ley 248 de 1995, los Estados que la suscriben, en su artículo 7°, contraen las obligaciones de:

a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.

b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.

d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en

peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”.

Finalmente, en la Plataforma de Acción de Beijing³⁰, en su Anexo I (24), los Estados firmantes ratifican su compromiso de *“Adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas, y suprimir todos los obstáculos a la igualdad de género y al adelanto y potenciación del papel de la mujer”;*

En dicho instrumento, dentro del capítulo D, alusivo a *“La violencia contra la mujer”*, se establecen objetivos estratégicos (D.1.) de suma importancia para el tema analizado, tendientes a adoptar medidas integradas para prevenir y eliminar la violencia contra la mujer, entre los

³⁰ La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer se celebró en Beijing, China, en septiembre de 1995. El resultado fue la adopción de una Declaración y una Plataforma de Acción (Plataforma de Acción de Beijing) con 12 esferas de especial preocupación, centradas en los temas de: pobreza, educación, salud, violencia, economía, toma de decisiones, mecanismos para el adelanto de las mujeres, medios de difusión, medio ambiente y la niña.

cuales destaca, el consagrado en el literal g, según el cual los Estados deben:

Promover la integración activa y visible de una perspectiva basada en el género en todas las políticas y programas en materia de violencia contra la mujer; alentar vigorosamente, respaldar y aplicar las medidas y los programas destinados a desarrollar los conocimientos y propiciar la comprensión de las causas, las consecuencias y los mecanismos de la violencia contra la mujer entre los responsables de la aplicación de esas políticas, como los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, los miembros de la policía y los asistentes sociales, el personal médico y el personal judicial, así como entre las personas que se dedican a actividades relacionadas con las minorías, los migrantes y los refugiados, y establecer estrategias para impedir que las mujeres víctimas de la violencia vuelvan a sufrirla por la prescindencia del género en las leyes o en las prácticas de aplicación de la ley o los procedimientos judiciales (subrayas fuera de texto).

En el orden interno, una postura como la asumida por el Tribunal resulta claramente violatoria del artículo 13 de la Carta Política que dispone la igualdad de todas las personas ante la ley y prohíbe la discriminación surgida, entre otras razones, por el sexo, mención que debe entenderse referida al género. Así mismo, del artículo 43 del mismo ordenamiento superior, que reconoce la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer, quien, además, no podrá ser sometida a ninguna clase de exclusión originada en dicha condición.

También va en contravía de la Ley 984 de 2005, por cuyo medio se aprueba el “Protocolo facultativo de la

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” y en contra de la filosofía de la Ley 1257 de 2008, por cuyo medio se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

Por virtud de lo expuesto, el cargo prospera y, en consecuencia, se confirmará el fallo condenatorio de primera instancia proferido en contra de *CTER*.

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

RESUELVE

1. CASAR la sentencia absolutoria de segundo grado, para en su lugar confirmar el fallo condenatorio de primera instancia proferido en contra de *CTER*.

2. LIBRAR, inmediatamente, la correspondiente orden de captura en contra del mencionado.

3. REMITIR copia de esta providencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para lo de su competencia (artículo 163 de la Ley 1098 de 2006).

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria