



## PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 12 de febrero de 2021

Doctora  
**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**  
Sala de Casación Penal  
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
Ciudad.

REF. Casación radicado 51936  
Procesado: Carlos Enrique Ávila Barbosa  
Delitos: Acceso carnal violento

Honorables Magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, en defensa del orden jurídico, los derechos y garantías de los intervinientes, me permito presentar los alegatos de sustentación, dentro de la demanda de casación interpuesta por la Fiscalía, contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2017, por el Tribunal Superior de Buga, mediante la cual confirmó la absolutoria emitida el 30 de agosto de 2016, por el Juzgado 1 Penal del Circuito de conocimiento de Tuluá, como autor del delito de acceso carnal violento.

### 1. SOBRE LOS HECHOS

La situación fáctica fue resumida por el juez de segundo grado, del siguiente tenor literal:<sup>1</sup>  
*“Se extrae de la denuncia presentada por la señora María Odilia Henao Aristizabal y de los elementos materiales probatorios allegados a esta investigación que el día 23 de agosto de 2015 a eso de las nueve de la mañana la señora María Odilia concurrió al consultorio del señor CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, quien ejerce como médico acupunturista en la ciudad de Tuluá, acompañada de su hermana Hercila Henao Aristizabal que encontrándose allí y cuando su hermana le realizaban una terapia, el médico Carlos Enrique Barbosa se le acerca preguntándole que si ella sentía mucho dolor en la parte alta de la nuca, respondiéndole la señora María Odilia que en efecto sentía mucho cansancio, por lo cual este le indica que pasare a su consultorio, iniciándole en forma normal una terapia, pero que durante el transcurso de la misma llega un momento en el cual éste empezó a tocarle sus partes íntimas, tocando su vagina con los dedos de sus manos y lastimándola; que en ese momento este le indica que guardase silencio y procedió a coger con la mano que tenía libre a meterle el dedo gordo para taparle la boca extendiéndole los otros dedos de su mano tapándole la cara, continuando a su vez lastimándole la vagina, que ella se quejó y él le decía que callara procediendo a sacar su miembro viril, volteándole su cara como queriéndole meter su pene en la boca, ante lo cual ella voltea la cara, por lo cual este procede a sacarla a un poco afuera de la camilla procediendo con su pene a penetrarla en su vagina, quedando lastimada y con mucho ardor además de sangrar.”*

### 2. DEMANDA

El recurrente presentó los siguientes cargos, con el propósito de que se case el fallo del Ad quem:

#### 2.1. CARGO ÚNICO: Violación indirecta de la ley sustancial

Con fundamento en la causal tercera de casación, del artículo 181 del C.P.P. (Ley 906 de 2004), el censor acusó el fallo de segunda instancia, de estar incurso en error de hecho, por falso raciocinio: *“Censuro la sentencia proferida por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con base en la causal tercera de que trata el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por no haberse valorado pruebas recaudadas en el juicio oral conforme a las reglas de la sana crítica, en particular las máximas de la experiencia, y la falta de aplicación del art. 380 y 381 del C.P.P., y aplicación indebida del indubio pro reo de que trata el art. 7 ibidem.”*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Fls. 1 y 2 fallo del *ad quem*.

<sup>2</sup> Fl. 7 de la demanda de casación.



Planteó, que el fallo del Tribunal incurrió en error en la valoración probatoria, por exigirle a la víctima reaccionara en forma diversa a como lo hizo, al asumir una actitud pasiva frente a los hechos jurídicamente relevantes: *“De lo expuesto por el ad quem, en precedencia, se erige un error en la valoración probatoria por la construcción de una máxima de la experiencia que excluye factores, importantes al momento de examinar el testimonio, en este caso una mujer adulta mayor, por tal razón al desconocer criterios como estos, no es posible entender a su particular forma de actuar o responder bajo tales circunstancias. De ahí, que la máxima de la experiencia utilizada por el ad quem para interpretar lo ocurrido, y en particular la reacción de la víctima no sea la más plausible en este caso.”*<sup>3</sup>

Añadió, que el Tribunal se equivocó en su razonamiento, pues pretendía exigirle a la víctima reaccionara en forma violenta frente a la agresión de que fue objeto por parte del procesado: *“Pretende que la víctima reaccionara conforme se espera de una persona promedio, es exigirle a una señora de setenta años de edad, reaccionara en forma violenta o en todo caso generara fuerte repulsa ante la agresión sexual, para dar por cierto que en efecto fue víctima de un acceso carnal violento.”*<sup>4</sup>

Recalcó, que el raciocinio efectuado por el Tribunal es absurdo, toda vez que riñe con las máximas de la experiencia, pues no todas las personas reaccionan de la misma manera ante un evento como éste: *“Por tanto, esperar que actuara de esa manera como suele ocurrir en la mayoría de las veces, riñe abiertamente, con la máxima de la experiencia que las personas no siempre reaccionan de la misma manera, en este caso: i) una mujer; y ii) mayor de setenta años. Sobre el particular, la Corte ha dicho que “Se olvida además que existe, ella si como regla de experiencia, un tópico o lugar común que determina diferentes las reacciones de las personas frente a este tipo de vejámenes, sin que pueda afirmarse nunca la pasividad de algunos es externas ampulosas —dígase los gritos, repulsa física o reclamos de ayuda a terceros que echa de menor la Sala mayoritaria-, es posible advertir en la víctima su contrariedad con el hecho.”*<sup>5</sup>

Insistió, en que el Tribunal, pasó por desapercibido, que la razón para que la víctima concurriera al consultorio del enjuiciado, fue la insinuación del mismo médico para que se dejara hacer un masaje, y no el ayuntamiento sexual del cual fue víctima la ofendida: *“Contrario a ello, la víctima es clara en sostener que no consintió en la relación sexual, y que el médico la accedió cuando le realizaba un masaje corporal, aprovechando su situación de indefensión mientras se hallaba acostada en la camilla del consultorio, y este con la mano le tapaba la cara, pese a la oposición de ella cuando señala “. pues yo me siento en la camilla el empieza a masajearme y ya me acostó y pues como yo él era el médico empezó a masajearme y ya empezó ya a bajar a sobarme los senos y ya entonces yo ya pues hice como una repulsa, pero entonces ya el me introdujo el dedo de la mano y con la palma de la mano me tapaba la cara...” De ahí, que se pueda inferir de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en especial a las máximas de la experiencia, que la mujer no sostuvo una relación sexual consentida, sino que por el contrario se advierte de una negativa al acto libidinoso del médico.”*<sup>6</sup>

### **3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar el fallo del Tribunal de Buga.**

#### **3.1. AL CARGO ÚNICO: Violación indirecta de la ley sustancial**

La censura acusó el fallo de segundo grado, de estar incurso en errores de hecho por falso raciocinio, al exigirle a la víctima reaccionara en forma diversa a como lo hizo, ante la agresión sexual de que fue objeto puesto que: *“Pretender que la víctima reaccionara conforme se espera de una persona promedio, es exigirle a una señora de setenta años de edad, reaccionara en forma violenta o en todo caso generara fuerte repulsa ante la agresión sexual, para dar por cierto que en efecto fue víctima de un acceso carnal violento.”*<sup>7</sup> El problema jurídico a resolver en el sub examine, se contrae a elucidar si el fallo del Tribunal esta incurso en el yerro denunciado, pues al exigirle a la víctima reaccionar en forma diversa a como lo hizo, ante la agresión sexual de que fue objeto, desconoció las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. En esta dirección, es necesario destacar que, según

<sup>3</sup> Fl. 8 de la demanda de casación.

<sup>4</sup> Fl. 9 de la demanda.

<sup>5</sup> Fl. 10 de la demanda.

<sup>6</sup> Fls. 9 y 10 de la demanda de casación.

<sup>7</sup> Fls. 8 y 9 de la demanda.



lo discernió el propio fallo del Tribunal, las contradicciones percibidas por el a quo frente a las declaraciones rendidas por la víctima, se tornaban irrelevantes e incluso, inexistentes:<sup>8</sup>

*“Sin embargo, las discordancias percibidas por la primera instancia entre la declaración en juicio ofrecida por María Odilia Henao Aristizabal y las rendidas ante los peritos forenses, las halla esta colegiatura irrelevantes o, incluso, inexistentes. Bizantinas cuando adujo ante el perito psiquiatra que el masaje lo comenzó en las piernas y luego en el juicio señaló que lo inició en la nuca, es una disimilitud en su relato que no demerita de entrada la veracidad del mismo, simplemente los masajes, tal como lo explicó en el juicio: fueron tanto a nivel de la cerviz como al de los miembros inferiores y por ello tiene la concepción de ambos sucesos, pero en todo caso y de acuerdo a lo manifestado por la deponente de descargo Dora Inés Barbosa de Ávila, madre del procesado, la víctima sí ingresó a la oficina del médico Ávila Barbosa para que éste le realizara un masaje, luego la zona anatómica donde inició el mismo o previa a los tocamientos libidinosos, se torna intrascendente.”*

El fallo del *ad quem*, destacó también que, del análisis de la prueba científica practicada, se comprobó, sin dubitación alguna, que el semen hallado en el protector vaginal de la víctima, pertenecía al procesado:<sup>9</sup> *“Al relacionar los resultados tanto del test biológico como del genético, la inferencia razonable a la que se arriba sin hesitación alguna es que el semen hallado en el protector vaginal de María Odilia Henao Aristizabal pertenece a Carlos Enrique Ávila Barbosa, porque de acuerdo a la cifra probabilística, para observar nuevamente esa mezcla de células tendrían que pasar por ese test 60.712 billones de personas, lo cual es prácticamente imposible, en tanto la población mundial ni siquiera asciende a dicha suma. Por tal razón, resplandece evidente que los únicos aportantes de células a ese fragmento analizado fueron las personas arriba mencionadas.”*

La corporación judicial de segundo grado, destacó también, que era digno de credibilidad el testimonio de la afectada en cuanto a la ocurrencia del acceso carnal, pero que existían dudas en relación a si dicho acceso, se efectuó con violencia física o moral sobre la agraviada:<sup>10</sup> *“Sin embargo, si bien es digno de credibilidad el testimonio de María Odilia Henao Aristizabal en cuanto al acceso carnal, del mismo surgen dudas plausibles en relación a si dicho acceso se efectuó con violencia física o moral, es decir, si fue producto de un dominio material y/o psíquico por parte del acusado.”* En este contexto, de conformidad con la situación fáctica descrita de manera prolija y pormenorizada por la víctima, quien contó detallada y esmeradamente que fue agredida sexualmente por el procesado, en el consultorio de su propiedad y por invitación del mismo, vía vaginal con los dedos y el pene, en contra su voluntad, se le imputó la conducta al procesado de haber incurrido de manera dolosa, como autor del delito de acceso carnal violento, del artículo 205 del C.P.<sup>11</sup>

El censor alega que el Tribunal se equivocó en su razonamiento, pues pretendía exigirle a la víctima reaccionara en forma violenta frente a la agresión de que fue objeto por parte del procesado<sup>12</sup>. Le asiste razón al demandante y el fallo deberá ser casado, toda vez que el juez de segundo grado incurrió en el falso raciocinio denunciado, pues no se le podía exigir a la víctima una forma determinada de reacción ante el ultraje sexual de que fue objeto, pues el hecho de que haya asumido una actitud pasiva y no reaccionara agresivamente ante el ataque lujurioso que sufrió, no demerita en nada la ocurrencia real del agravio tal y como ella lo describió.<sup>13</sup> Al respecto, el artículo 212A del C.P., establece los elementos y aspectos como se debe entender el factor violencia, tanto física como la psicológica o moral sobre la víctima, que le impidan dar su libre consentimiento<sup>14</sup>.

Como se observa, la norma en cita y que extrañamente no aplicó el *ad quem*, la violencia efectuada en esta clase de conductas puede ser física, psicológica o moral a través de: “el

<sup>8</sup> Fl. 11 fallo de segundo grado.

<sup>9</sup> Fl. 14 fallo del *ad quem*.

<sup>10</sup> Fl. 16 fallo de segundo grado.

<sup>11</sup> Fls. 2 y 3 escrito de acusación.

<sup>12</sup> Fls. 10 y 11 de la demanda.

<sup>13</sup> Fl. 16 fallo de segundo grado.

<sup>14</sup> “ARTÍCULO 212A. VIOLENCIA. <Artículo adicionado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, 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.



uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica”. Tal cometido fue cabalmente inobservado por el juez de segundo grado, pues a pesar de que la afectada (de 70 años de edad), refirió que fue sometida sexualmente por el procesado en la camilla cuando iba a ser masajeadada por sugerencia del propio victimario, desconoció que la agraviada no solo hizo una relación clara y detallada de los actos violentos que sufrió, sino que en su exposición fue precisa y concisa en señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos, al ser accedida carnalmente de manera violenta la adulto mayor, por el procesado ÁVILA BARBOSA.<sup>15</sup>

Ahora bien, como bien lo planteó el recurrente en casación, el fallo del Tribunal incurrió en un evidente error de hecho por falso raciocinio, al sostener que la resistencia desplegada por la víctima no fue suficiente, o al menos indicativa de su no consentimiento, ya que no estaba atada y bien pudo haberse levantado de la camilla, pues es una mujer lúcida, sin discapacidad física alguna que le impidiera patear y moverse.<sup>16</sup> *“Cómo dilucidar una violencia idónea si la resistencia desplegada por la víctima no fue, al parecer, suficiente, o al menos indicativa de su no consentimiento, pues de haber existido la defensa esperada, cobraría especial connotación la distribución y estructura arquitectónica del lugar de los hechos, establecida en la inspección judicial realizada por la primera instancia, toda vez que la denunciante no estaba atada y bien pudo haberse levantado de la camilla, pues es una mujer lúcida, sin discapacidad física alguna que le impidiera patear y moverse, sus piernas siempre estuvieron sueltas. Haber ejercido esos actos mínimos de reacción ante el ataque denunciado habría alertado tanto a su hermana como a la madre del procesado quienes se encontraban en la sala de espera del iluminado consultorio, a pocos metros, y estando las puertas abiertas entre ambos recintos.”*<sup>17</sup>

Esa aseveración del Tribunal, constituye un evidente falso raciocinio, que desconoce las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, ya que pretende construir una regla de la experiencia que no parece serlo, por carecer de las notas de generalidad y reiteración que le son consustanciales, pues es claro que no todas las personas reaccionan de igual forma ante el evento de un ataque sexual alevé, como el referido en el relato descarnado y crudo de la víctima, en el cual contó que fue accedida carnalmente con los dedos y con el pene, vía vaginal en forma violenta por el procesado CARLOS ENRIQUE ÁVILA: *“después empezó a lastimarme, como le digo yo doctora, la vagina con los dedos de las manos”* y más adelante aseguró: *“me metió el dedo gordo a la boca y así me tapaba y me extendió los otros dedos tapándome la cara y me lastimaba y me lastimaba la vagina.”*<sup>18</sup>

Extrañamente, el propio fallo de la corporación seccional, destacó que las discrepancias ofrecidas por la afectada en juicio y ante los peritos forenses, eran irrelevantes, pero aun así, desvaloró el factor violencia descrito por la perjudicada con el delito:<sup>19</sup> *“Sin embargo, las discordancias percibidas por la primera instancia entre la declaración en juicio ofrecida por María Odilia Henao Aristizabal y las rendidas ante los peritos forenses, las halla esta colegiatura irrelevantes o, incluso, inexistentes. Bizantinas cuando adujo ante el perito psiquiatra que el masaje lo comenzó en las piernas y luego en el juicio señaló que lo inició en la nuca, es una disimilitud en su relato que no demerita de entrada la veracidad del mismo, simplemente los masajes, tal como lo explicó en el juicio: fueron tanto a nivel de la cerviz como a! de los miembros inferiores y por ello tiene la concepción de ambos sucesos, pero en todo caso y de acuerdo a lo manifestado por la deponente de descargo Dora Inés Barbosa de Ávila, madre del procesado, la víctima sí ingresó a la oficina del médico Ávila Barbosa para que éste le realizara un masaje, luego la zona anatómica donde inició el mismo o previa a los tocamientos libidinosos, se torna intrascendente.”*

Adicionalmente, el fallo de segundo grado aseveró que las repulsas u oposiciones advertidas por la víctima, no tenían la entidad suficiente para anunciarle al agresor que no consentía la relación sexual<sup>20</sup>. Esta inferencia del ad quem constituye un evidente falso raciocinio, sino que la misma muestra una marcada discriminación de género, que atenta contra la dignidad de la mujer, en este caso, de una dama de la tercera edad, viuda y en evidente estado de inferioridad física ante su agresor, pues exigirle que no hizo lo suficiente para evitar el ataque sexual, es endilgarle una doble victimización que no se compadece

<sup>15</sup> Fls. 2 y 3 fallo del a quo.

<sup>16</sup> Fl. 20 fallo del Tribunal.

<sup>17</sup> Fl. 20 fallo de segunda instancia.

<sup>18</sup> Fls. 2 y 3 fallo de primer grado.

<sup>19</sup> Fl. 11 fallo del ad quem.

<sup>20</sup> Ver fl. 20 fallo de segunda instancia.



con el drama y agravio sufrido por la señora MARÍA ODILIA:<sup>21</sup> *“Las presuntas repulsas u oposiciones advertidas por la ofendida no tenían la entidad para anunciarle al supuesto agresor el no consentimiento en la relación sexual, pudo ocurrir, o por lo menos existe la duda frente a ello, que el procesado interpretó esa resistencia, por ser débil, como una maniobra para defender su honor, pero jamás la consideró un rechazo serio y vehemente, que le permitiera imaginar un actuar lesivo a la norma.”*<sup>22</sup>

Sobre este tópico, la Corte ha señalado que, por el contrario, sí constituye una regla de la experiencia, que determina ser diferentes las reacciones de las personas frente a vejámenes de tipo sexual, sin que pueda sostenerse válidamente que la pasividad es muestra inequívoca de consentimiento del acto:<sup>23</sup> *“Resulta cuando menos peligroso advertir, como lo hace la sentencia, que en todos los casos las mujeres –o cualquier víctima-, de delitos sexuales violentos deben manifestar amplia y contundentemente su oposición al vejamen, pues, ello es casi obligarla a comprometer otros bienes valiosos como la integridad personal o incluso la vida. Además, exigirle una determinada forma de reacción o comportamiento a la víctima ante el insuceso, es trasladarle a esta la responsabilidad de lo acontecido, pues una tal consideración comporta una nueva victimización de quien debió soportar la comisión del delito, como si aparte de ser accedida carnalmente por el enjuiciado de manera violenta, debería reaccionar de la misma manera ante el ataque, desconociendo que no solo era una mujer de la tercera edad, sino que como ella misma lo refirió, fue violada por el inculpatado ÁVILA BARBOSA: “Luego él sacó el miembro de él y me voltió la cara como queriéndome meter el miembro de él como a la boca, entonces yo voltié la cara y dije: no señor, Dios, que es esto tan horrible, y entonces él en vista de esto bajó a la parte de abajo vaginal y me sacó un poco hacia afuera de la camilla y ahí fue donde me violó y yo quedé toda lastimada”.*<sup>24</sup>

Sobre el particular, es necesario puntualizar, en primer término, que no se investiga en esta actuación el proceder de la mujer víctima del delito, sino el comportamiento ilícito que refirió la víctima, en que señaló puntualmente que fue accedida carnalmente en la vagina por el victimario ÁVILA BARBOSA, quien ante la arremetida libidinosa con los dedos y el pene lastimó sus genitales, pues ella declaró sintió mucho ardor en su órgano sexual e incluso que la hizo sangrar, lo cual evidencia el factor violento reclamado por el artículo 205 del C.P.: *“Entonces él en vista de esto bajó a la parte de abajo vaginal y me sacó un poco hacia afuera de la camilla y ahí fue donde me violó y yo quedé toda lastimada, yo seguí votando como sangre de la lastimada y mucho ardor y ahí y pues esto la verdad me afectó mucho moralmente y yo después de eso me fui para mi casa”.*<sup>25</sup>

En segundo lugar, la afirmación del juez de segundo grado, relativa a la supuesta actitud pasiva que asumió la afectada frente al ataque lujurioso y: *“no presentar una oposición férrea por parte de su paciente”*,<sup>26</sup> se muestra ajena a la individualidad propia de las víctimas, en cuanto exige de ellas un proceder que no necesariamente corresponde al asumido por quienes en tales circunstancias se encuentran, caso en el cual era necesario no desligar tal pasividad, de los actos y vejámenes a los que fue sometida la ultrajada (de 70 años de edad), por el encartado, persona que como lo destacó el mismo fallo: *“cuenta con más de cincuenta años de edad, médico de profesión, con estudios en la medicina tradicional china”.*<sup>27</sup>

De lo anterior, se reveló en el sub lite, que quien la violó fue el procesado ÁVILA BARBOSA y por esto, la aseveración del Tribunal consistente en que al haber asumido la víctima una actitud pasiva y no hubiese reaccionado agresivamente ante la agresión sexual<sup>28</sup> (exigiendo casi una actitud heroica a una anciana de 70 años), tal como lo señala la demanda no solo constituye un falso raciocinio que trasgrede las máximas de la experiencia, que revela que cada quien es dueño de sus propios miedos y reacciona de manera diferente ante un ataque

<sup>21</sup> Fl. 11 fallo del ad quem.

<sup>22</sup> Véase Fl. 20 fallo del Tribunal.

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicación No. 29.308. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. “Se olvida además que existe, ella sí como regla de la experiencia, un tópico o lugar común que determina diferentes las reacciones de las personas frente a este tipo de vejámenes, sin que pueda afirmarse nunca que la pasividad de algunos es muestra inequívoca de consentimiento, o mejor, que sólo a través de maniobras externas ampulosas –dígase los gritos, repulsa física o reclamos de ayuda a terceros que echa de menos la Sala mayoritaria-, es posible advertir en la víctima su contrariedad con el hecho.”

<sup>24</sup> Fl. 2 fallo del a quo.

<sup>25</sup> Fl. idem.

<sup>26</sup> Fls. 20 y 21 fallo del ad quem.

<sup>27</sup> Fl. 20 fallo de segunda instancia.

<sup>28</sup> Fl. idem.



sexual, sino que no demerita la ocurrencia del acceso carnal, que fue corroborado además con la prueba técnica, en la cual se determinó que la vagina presentaba claros signos inflamatorios compatibles con acto sexual violento, por los traumatismos en la horquilla vulvar, así como laceraciones en sus labios mayores y menores.<sup>29</sup> *“En términos clínicos explicó el análisis final y conclusivo del informe, observando en los hallazgos, evidencias de un acto sexual en que también pudiesen encontrarse en un proceso infeccioso, claros signos inflamatorios compatibles con acto sexual violento, por los traumatismos en la horquilla vulvar que medía 2 centímetros acompañada de laceraciones en labios mayores y menores y enrojecimiento de la mucosa vaginal”.*

Ahora bien, la postura del fallo del *ad quem*, se ofrece equivocada y es enteramente errada al criticar la actitud asumida por la víctima, como si ante un acceso carnal existiera un manual de comportamiento o de reacción determinados, con lo cual, se evidencia que el Tribunal pareciera estar exigiéndole a la agraviada una tenacidad que no compagina con las reglas de la experiencia para una persona de su edad y condición, que informan por el contrario, que no existe un parámetro preestablecido o regla de comportamiento único ante este tipo de arremetidas violentas, pues no siempre se reacciona mediante actos materiales de defensa o ataque, ya que puede ocasionar en la víctima un estado de conmoción síquica que enerva o debilita cualquier resistencia de esa índole y, por ello, el cargo deberá prosperar y casarse el fallo de segundo grado.<sup>30</sup> La Corte Suprema de Justicia, en el proceso con Radicación No. 42.599, indicó que 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.<sup>31</sup> *“La Sala, como lo puntualizó de manera reciente (SP439-2018, 28 feb. 2018, rad. 50493) rechaza consideraciones de tal jaez, y reitera lo allí consignado al recapitular las decisiones en las que ha sostenido la tesis contraria y actualmente en vigor,<sup>32</sup> en particular lo precisado en SP5395-2015, 6 may. 2015, rad. 43880, oportunidad en la que expresamente formuló como máxima el postulado según el cual “(...) ante un ataque violento no siempre se reacciona mediante actos materiales de defensa, pues ello también puede ocasionar en la víctima un estado de conmoción síquica que enerva cualquier respuesta de esa índole (...)”.*

Lo evidenciado en el proceso, se contrae a establecer que en efecto, el actor actuó con violencia al someter sexualmente a la señora MARÍA ODILIA HENAO ARISTIZÁBAL (de 70 años de edad), en el entendido de que violencia física en el acceso carnal, consiste en cualquier vía de hecho suficiente para vencer la resistencia de la afectada, pues nótese que el encartado ÁVILA BARBOSA, aprovechando el masaje que le estaba practicando a la paciente, la pasividad y confianza que ello implicaba en la paciente cuando la sintió relajada, procedió a introducirle los dedos y el pene en la vagina y para evitar la reacción o solicitud de auxilio de la agraviada, le introdujo el dedo pulgar en la boca y le tapó la cara con la mano e introdujo los dedos en su vagina y luego el pene, con lo cual se impidió a la víctima dar su libre consentimiento: *“él se fue pasando y empezó a tocarme las partes íntimas, después empezó a lastimarme, como le digo yo doctora, la vagina con los dedos de las manos y empezó a lastimarme y él me decía que silencio y él cogió y así con la mano que tenía el dedo libre me metió el dedo gordo a la boca y así me tapaba y me extendió los otros dedos tapándome la cara y me lastimaba y me lastimaba la vagina y yo me quejaba y él decía que chito y luego él sacó el miembro de él y me voltio la cara como queriéndome meter el miembro de él como a la boca, entonces yo voltié la cara”.*<sup>33</sup>

El criterio del Tribunal de Buga, al criticar la actitud pasiva asumida por la víctima ante el ataque sexual sufrido, permite señalar que esgrimieron erradamente razones como los que posiblemente asumiría una mujer joven y fuerte pero no así por parte de la afectada a su edad, débil y asustada, y por esto no se le podía exigir a la víctima que protestara como los jueces de instancia razonaron: *“toda vez que la denunciante no estaba atada y bien pudo*

<sup>29</sup> Fl. 8 fallo de primer grado.

<sup>30</sup> Fls. 8 y ss. de la demanda de casación.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de julio de 2018. Radicación No. 42.599. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Postura que luego reafirmó en SP12161-2015, 9 sep. 2015, rad. 34514, en la que señaló: Cuando la Corte, en la sentencia CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413, arguyó que la violencia física en el acceso carnal consistía en cualquier vía de hecho suficiente para “vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado”, jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan solo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención de las circunstancias particulares, lo que implicaría considerar todas las contingencias (incluidas la inactividad, el pánico y la total subordinación) frente a las agresiones sexuales (pues) es absurdo pensar que en todos los casos en los cuales se ha imputado la realización del artículo 205 del Código Penal la víctima está obligada a actuar de determinada forma en aras de colegir que la acción del autor fue violenta”.

<sup>32</sup> Cfr. CSJ SP 26 nov. 2003, rad. 17068; SP 2 jun. 2004, rad. 18987; SP 26 oct. 2006, rad. 25743; SP 23 ene. 2008, rad. 20413, y SP 4 mar. 2009, rad. 23909.

<sup>33</sup> Fl. 2 fallo de primer grado.



*haberse levantado de la camilla, pues es una mujer lúcida, sin discapacidad física alguna que le impidiera patear y moverse, sus piernas siempre estuvieron sueltas*<sup>34</sup>. El fallo confutado, desconoce que la ley jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo o actos de heroísmo o sacrificio, exigir lo contrario sería trasladar a la víctima asunción de culpa por no reaccionar ante un ataque de contenido sexual, desconociendo como bien lo describió la propia víctima, que el ataque fue tan sorpresivo y ejercido con fuerza y violencia física, en tanto fue desgarrada en su zona vaginal hasta sangrar (*produjo laceraciones en labios mayores y menores*)<sup>35</sup>, lo cual, se itera, corrobora el carácter violento exigido por el artículo 205 del C.P.: *“y luego él sacó el miembro de él y me voltió la cara como queriéndome meter el miembro de él como a la boca, entonces yo voltié la cara y dije: no señor Dios, que es esto tan horrible, y entonces él en vista de esto bajó a la parte de abajo vaginal y me sacó un poco hacia afuera de la camilla y ahí fue donde me violó y yo quedé toda lastimada, yo seguí votando como sangre de la lastimada y mucho ardor y ahí y pues esto la verdad me afectó mucho moralmente y yo después de eso me fui para mi casa”*.<sup>36</sup>

La Corte Suprema de Justicia, en el proceso con Radicación No. 50.493, en relación con el factor violencia en el delito de acceso carnal violento, precisó los siguientes aspectos relevantes:<sup>37</sup> *“(…) el factor violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida.*

En este contexto, de conformidad con lo probado en el decurso del proceso, todas las pruebas debatidas en el juicio oral, en especial el testimonio de la víctima, de la sicóloga clínica así como de la médica del Instituto Nacional de Medicina Legal<sup>38</sup>, conducirían al conocimiento y demostración -más allá de toda duda razonable-, como lo exige el artículo 272 del C.P.P., sobre la responsabilidad penal del procesado ÁVILA BARBOSA, en el delito de acceso carnal violento, como le fue imputado por la Fiscalía, pues los jueces de instancia no tuvieron en cuenta que el comportamiento del autor fue adecuado para producir el resultado típico, tampoco atendieron factores como la seriedad del ataque (la sometió en la camilla), la desproporción de fuerzas (sobre una anciana de 70 años) y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida (mujer de la tercera edad con dolores agudos y que además, es viuda desde hace 14 años).<sup>39</sup> Como bien quedó comprobado, la víctima no consintió el acceso carnal de que fue objeto por parte del agresor (*él sacó el miembro de él y me voltió la cara como queriéndome meter el miembro de él como a la boca, entonces yo voltié la cara y dije: no señor Dios, que es esto tan horrible, y entonces él en vista de esto bajó a la parte de abajo vaginal y me sacó un poco hacia afuera de la camilla y ahí fue donde me violó*).<sup>40</sup> De esta manera, en su atestación la víctima dejó claro que no toleró ni consintió el acceso, cuya narración por lo demás se advierte veraz y digna de credibilidad, en que se corrobora que el acusado ÁVILA BARBOSA, empleó violencia en su contra al someterla en la camilla contra su voluntad, introducirle los dedos en la boca y taponarla la cara para acallarla y penetrarla sin más preámbulos en la vagina con dedos y pene. Por todo ello, el cargo formulado tiene asidero fáctico y legal y el mismo deberá ser atendido y casar los fallos de instancia.<sup>41</sup>

Entonces el Tribunal concluyó y descalificó la credibilidad respecto de la versión de la víctima que:

<sup>34</sup> Fl. 20 fallo de segundo grado.

<sup>35</sup> Fl. 8 fallo del a quo.

<sup>36</sup> Fl. 2 fallo de primera instancia.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de febrero de 2018. Radicación No. 50.493. M.P. José Luis Barceló Camacho. *Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia moral.*

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

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

<sup>38</sup> Fl. 8 fallo de primer grado.

<sup>39</sup> Fls. 7 y 8 fallo del a quo.

<sup>40</sup> Fl. 2 fallo de primera instancia.

<sup>41</sup> Ver fl. 12 fallo de segundo grado.

- a) Si es cierto que ella entro al consultorio del procesado, porque además lo corroboro la progenitora de este, la cual se encontraba ese mismo lugar el día de los presuntos hechos.
- b) Que la víctima aportó un protector vaginal con residuos de espermatozoide del procesado, como evidencia que este si la accedió
- c) El Tribunal dio credibilidad al acceso carnal a la denunciante
- d) El Tribunal no encontró digno de credibilidad que el acceso fuese violento
- e) La defensa con la prueba de inspección judicial al consultorio del procesado quiso probar que este no era un lugar con la privacidad requerida que hubiera facilitado la perpetración del hecho sin llamar la atención de las personas que se encontraban en la sala de espera y que hubieran auxiliado dado el caso a la victima, mas aun cuando esta acudió en compañía de su hermana.
- f) La duda surgida frente a que el acceso carnal fuese violento se fundo en el razonamiento de los juzgadores, en cuanto no les quedo claro que la denunciante no hubiese ofrecido resistencia para rechazar a su agresor, pues según entienden los juzgadores, el procesado solo con una mano no podía someter a la denunciante y accederla carnalmente, tal como ella lo describe; esto por cuanto el Ávila Barbosa tenia ocupada una mano cubriéndole la boca a la victima y no es posible que con la otra la hubiera quitado el pantalón y pudiera accediera sin que ella hiciera una maniobra para rechazarlo.
- g) Este razonamiento considerando la edad y las condiciones de la victima en criterio de esta representación del Ministerio Publico, se muestra revictimizante por las siguientes razones: los juzgadores especialmente en la primera instancia se mostraron dubitativos frente al relato de la denunciante, mostrando reparos incluso a hechos no atribuibles a la misma, como la forma en que esta aportó la evidencia, -prendas de vestir, protector vaginal con residuos de semen- queriendo atribuirle una presunta contaminación o desvió de la cadena de custodia, poniendo igualmente en duda, que el esperma encontrado en el protector vaginal que allegó la victima no arrojaba certeza, cuando la ciencia demostraba lo contrario, pero además cuestionando del porque no se encontró espermatozoide en otras prendas, y en fin, en mismidades o detalles irrelevantes del relato de la denunciante para descalificarlo en su credibilidad.
- h) El análisis del Tribunal, si bien se ajustó en una mejor y mas acertada visión de los hechos; igualmente considera esta Delegada que igualmente erro en la conclusión, pues por una parte acertadamente y ante lo evidente del hecho probado e indicador consistente en encontrar residuos de esperma del procesado en el protector vaginal que apporto la denunciante, ello le permitió concluir que si existió el encuentro sexual entre Carlos Enrique Ávila Barbosa y María Odilia Henao Aristizábal. Conclusión lógica ante la aparición de mezcla de células de ambos en el protector vaginal. Dedución lógica no obstante que se haya tratado de desvirtuar el hecho denunciado, inclusive con la misma inspección judicial al consultorio para mostrar que allí no había privacidad para materializar un acto como el denunciado sin que las demás personas que estaban en la sala lo notaran u observaran, mas aun si la puerta no permaneció cerrada. No obstante, el Tribunal señalo que ante tal hallazgo la conclusión lógica posible es dar por cierto el acceso carnal, quedando superado los escollos de las inconsistencias en la versión de la denunciante, pero que aún así quedaba duda que este acceso hubiera sido violento y por ello no dio credibilidad a su dicho en el sentido que el acceso carnal hubiese sido contra su voluntad.
- i) Para validar esta hipótesis o supuestos de las acciones que debió llevar a cabo la señora Henao Aristizabal, se dice por los juzgadores de instancia que ella pudo repudiar o rechazar a su agresor y no mostrar pasividad, porque al analizar el testimonio de la misma *“encontramos que es imposible deducir con grado de certeza racional una resistencia real de su parte tendiente a malograr o prevenir el presunto ataque.”*<sup>42</sup>
- j) Luego de explicar la segunda instancia en que consiste la violencia física y la violencia moral concluyó que la resistencia desplegada por la victima no fue al parecer suficiente, o al menos indicativa de su no consentimiento, pues de haber existido la defensa esperada, cobraría connotación la distribución y estructura arquitectónica del lugar de los hechos, establecida en la inspección judicial realizada por la primera instancia, toda vez que la denunciante no estaba atada y bien pudo haberse levantado de la camilla, pues es una mujer lucida y sin discapacidad alguna

<sup>42</sup> Pagina 12 del fallo de segunda instancia





que le impidiera patear moverse, sus piernas siempre estuvieron sueltas. Haber ejercido esos actos mínimos de reacción ante el ataque denunciado habría alertado tanto a su hermana como a la madre del procesado quienes se encontraban en la sala de espera del iluminado consultorio, a pocos metros y estando las puertas abiertas entre ambos recintos.<sup>43</sup>

- k) Además agregó el Tribunal, “la ofendida es una persona madura, con pensamiento lógico y coherente, viuda y con cuatro hijos mayores de edad, sabia perfectamente lo que estaba sucediendo, incluso antes de la penetración; de modo que se le demandaba, dada su edad y pudor, una reacción mas impetuosa, exteriorizando su oposición radical frente al acto lujurioso, tenia los medios para hacerlo y no lo hizo no fue porque sus fuerzas flaquearon ante la fatiga de un rechazo serio, pues ante ello, se itera, es que radica la duda.
- l) Concluyó el Tribunal en su decisión absolutoria al procesado indicando que, tampoco puede indicarse que la victima estuviera intimidada ante una posible afrenta física contra si o contra un tercero allegado. Luego si no sintió temor, surge aun mas la incertidumbre frente a la resistencia, si esta fue real, seria, adecuada y suficiente para medir la idoneidad de la violencia, pues no hay manera de descartar la hipótesis contrapuesta, como es una oposición débil, insuficiente e indicativa de una simple negativa, que demerite na violencia apta para doblegar. Esto para concluir por parte del Tribunal que había duda razonable sobre la violencia que estructura el tipo penal.

Para esta representación del Ministerio Publico, la conclusión del Tribunal no solo es contradictoria sino además muestra cierto sesgo de discriminación que atenta contra la protección que se debe dar a las victimas de violencia o abuso sexual, en particular de mujeres en condición de vulnerabilidad. En efecto, obsérvese como el Tribunal al analizar el grado de credibilidad del testimonio de la victima señaló en la pagina 16 de la decisión de segunda instancia que *“su relato resulta creíble para esta instancia, en la medida que obtiene confirmación tanto en las valoraciones físicas como en los estudios biológicos y genéticos.”*<sup>44</sup> También, precisó el mismo Tribunal. *Igualmente, el dictamen psiquiátrico realizado a la denunciante advierte sobre su buena salud mental, su pensamiento lógico, estructurado y lenguaje hilado, sin ideas delirantes, así como su afectación emocional cuando relata lo acontecido; dicha experiencia apuntalada a la veracidad de su relato, en la medida que lo descarta como fabula o producto de la imaginación. Sumado a lo anterior, tampoco es posible inferir, pues no hay prueba que así lo indique, la presencia de sentimientos de animadversión, de antaño, o reciente entre victima y procesado, como para conjeturar un posible actuar vindicativo con su testimonio incriminante”*<sup>45</sup> Conforme lo anterior no encuentra esta delegada, lógica la conclusión a la que llegó el fallador de instancia, por cuanto no se de credibilidad al dicho total de la denunciante en relación a los señalamientos de acceso carnal violento que contra su voluntad dice le realizo Carlos Enrique Ávila Barbosa. Es desmedido pensar como lo planea el Tribunal que una victima de acceso carnal como la señora María Odilia Henao, de corta estatura -150- de setenta años se le exija vencer y doblegar a un hombre que mide 180 de estatura, corpulento, mucho mas joven y fuerte con -algo mas de 50 años- y que además por su oficio -realiza masajes corporales- con lo cual se concluye que tiene destrezas especiales para manipular el cuerpo humano y vencer con mayor facilidad la resistencia o rechazo físico que se le presente.

No hay razón para concluir que por el hecho que María Odilia Henao, fue inferior en las fuerzas para repeler el accionar Carlos Enrique Ávila Barbosa al momento de este accederla carnalmente ella hubiera implícitamente consentido el hecho. Al contrario, la victima si evidenció su negativa y ante la impotencia por lo sucedido con su agresor, una vez consumado el hecho no le quedaba mas remedio que denunciarlo y por ello procuró tener alguna prueba, porque ciertamente imaginó lo que iba a suceder, que no se le creyera y por ello guardó el protector vaginal donde quedaron huellas o vestigios inequívocos del acto. Pero aun así no se le creyó su dicho y además se deja un manto de duda sobre su versión cuando se afirma que no hay certeza sobre la violencia. Esta postura parece ignorar que la victima acudió al consultorio donde ocurrieron los hechos de manera accidental porque fue a acompañar a su hermana quien tenia una cita con el profesional y concluida esta quiso una atención de este quien por sus conocimientos le ofreció un masaje a lo que ella accedió ignorando como es de esperarse y la misma victima lo señala que no iba

<sup>43</sup> Pagina 20 del fallo de segunda instancia

<sup>44</sup> Folio 16 decisión del Tribunal

<sup>45</sup> Véase pagina 16 fallo del tribunal



preparada para ser agredida sexualmente. No hay evidencia que permita concluir como lo plantea el Tribunal que la víctima no sintió temor, que no opuso resistencia real, sería adecuada y suficiente para medir la idoneidad de la violencia, lo que no descarta la hipótesis contrapuesta, como es una oposición débil, insuficiente e indicativa de una simple negativa, que demerite la violencia apta para doblegar.<sup>46</sup> Al respecto hay que indicar que no hay evidencia en el proceso que permita inferir que entre María Odilia Henao y el procesado existía alguna relación de cercanía o amistad como para poder pregonar que aprovecharon la oportunidad el día de los hechos masaje para materializar el acto sexual, más aun cuando la denunciante es una persona que por su edad y sus características personales no se prestaría para denunciar a una persona por un delito tan grave.

De todo lo anterior, se deduce que el fallo del Tribunal incurrió en los yerros denunciados, al no valorar las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica y de las máximas de la experiencia, pues no le podía exigir a la víctima una forma determinada de reacción ante el ultraje sexual de que fue objeto, pues el hecho de que haya asumido una actitud pasiva y no reaccionara agresivamente como lo quería la corporación de segundo grado ante el ataque lujurioso que sufrió, no demerita en nada la ocurrencia real del agravio tal y como ella lo describió y, por todo ello, el cargo así propuesto deberá ser atendido favorablemente.<sup>47</sup>

En este orden de ideas, para esta Agencia del Ministerio Público, estima que el cargo formulado por la censura debe prosperar y, por lo anterior, se solicita respetuosamente a la Corte, casar la sentencia impugnada del Tribunal de Buga, y, en su lugar, de deberá proferir condena contra el enjuiciado CARLOS ENRIQUE ÁVILA BARBOSA, por el delito de acceso carnal violento y actos sexuales violentos, tal y como le fue imputado por el ente fiscal.<sup>48</sup> Finalmente, en el evento de proferirse sentencia condenatoria contra el enjuiciado, tal y como se pide a través de este concepto del Ministerio Público, se solicita a la Sala, garantizar al procesado el derecho a la impugnación especial de la sentencia de la Corte, toda vez que esta constituiría primera condena en contra del enjuiciado, a fin de que se garantice el principio de doble conformidad judicial, como se ha definido por la Corte de Casación, entre otras, en las sentencias con Radicación No. 47.967, 48.142, 48.880 y 54.215.<sup>49</sup>

En el entendido de que la institución de la doble conformidad judicial o impugnación extraordinaria, se ha establecido como una garantía procesal de carácter excepcional para evitar una condena sin filtro superior, es decir, para que en los eventos en que el procesado sea condenado por primera vez en cualquiera de las instancias, tenga la posibilidad de que el superior funcional del fallador, revise de manera integral la decisión y se garantice de esta manera el debido proceso, al constituir un derecho fundamental, como bien lo definió la Corte Constitucional, en las Sentencias C-792/2014, SU-217/2019 y SU-146/2020. Por todo ello, procedería la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena, como acaecería en el asunto sub examine.<sup>50</sup>

De los señores magistrados.

Atentamente,

**PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA**  
**Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal**

<sup>46</sup> Véase pagina 21 fallo del Tribunal

<sup>47</sup> Fl. 16 fallo de segunda instancia.

<sup>48</sup> “Procede a acusar en calidad de autor al señor CARLOS ENRIQUE AVILA BARBOSA de condiciones civiles y generales de ley conocidas, por la conducta delictiva tipificada en nuestra legislación penal LIBRO 2°. TITULO IV. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES, CAPITULO I DE LA VIOLACIÓN, ARTÍCULO 205. ACCESO CARNAL VIOLENTO.”

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de abril de 2019. Radicado No. 54.215. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

<sup>50</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-217 de 2019, del 21 de mayo de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.