

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

W

CASACIÓN 23508
NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS

40274

*Ca
818
50*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 303

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de esta ciudad y, en su lugar, condenó a esta persona a la pena principal de cien meses de prisión como autor responsable de la conducta punible de *acceso carnal violento*.



SITUACIÓN FÁCTICA Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 8 de enero de 2002, Sandra Patricia Lamprea Duque, mujer de veintitrés años de edad, presentó denuncia en contra de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS, conductor de una ruta escolar del colegio Lorencita Villegas de Santos de Bogotá, afirmando que ese mismo día, en horas de la mañana, apareció cuando ella iba dirigiéndose a la oficina, se le abalanzó con la camioneta que suele conducir, la lesionó con dicho vehículo en la rodilla, la intimidó con un arma de fuego y se la llevó al apartamento de éste, situado en el barrio Ciudadela Colsubsidio de esta ciudad, en donde la golpeó varias veces, en medio de injurias y amenazas, para obligarla a tener sexo oral, al igual que para penetrarla por la vía anal.

La denunciante también aseguró que, a la edad de catorce o dieciséis años, conoció al agresor cuando ella era estudiante de la referida institución educativa y que, desde aquel entonces, ha sido acechada, celada, maltratada, fotografiada, explotada de manera económica, obligada a abortar y accedido en un principio en forma violenta y luego de manera consentida (en el sentido de que acataba todas sus exigencias con la esperanza de que la dejara en paz), sin que el miedo y la turbación le hubieran permitido acudir a denunciarlo penalmente, ni mucho menos dejar de aparentar frente a los demás que lo que ambos sostenían era una relación de noviazgo.

2. Por lo anterior, la Fiscalía General de la Nación ordenó la apertura formal del proceso, vinculó mediante diligencia de indagatoria a NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS, le definió la situación jurídica y, en resolución que calificó el mérito del sumario, lo acusó de



la conducta punible de *acceso carnal violento* (por el comportamiento acontecido el 8 de enero de 2002), de conformidad con lo establecido en el artículo 205 de la ley 599 de 2000, actual Código Penal.

3. Ejecutoriada la providencia acusatoria el 22 de mayo de 2002, correspondieron las diligencias para su conocimiento en la etapa siguiente al Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá, despacho que absolvió al procesado de los cargos imputados por el organismo instructor.

Según el a quo, en el relato de Sandra Patricia Lamprea Duque se observaba la intención de perjudicar al procesado, ya que entre los dos había existido una relación sentimental que, aunque tormentosa y difícil, fue tan consentida como estable con el paso del tiempo, por lo que no era posible asegurar en el grado de certeza que el acto sexual llevado a cabo el 8 de enero de 2002 había sido contrario a la voluntad de la primera.

4. Apelada la sentencia por el representante del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá la revocó y, en su lugar, condenó a NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS por el delito en comento a la pena principal de cien meses de prisión, a la accesoria de *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas* por un tiempo igual al de la sanción principal y al pago de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de indemnización de perjuicios.

Igualmente, le negó la prisión domiciliaria, al igual que la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad.



De acuerdo con el ad quem, la primera instancia no podía cuestionar la credibilidad de la denunciante tan solo por el hecho de que ella y el procesado hubieran sostenido relaciones de contenido sexual durante más de ocho años, pues, sin perjuicio de la naturaleza o la modalidad en que puedan ser catalogadas las mismas, ambos coincidieron en afirmar que no se trataba de un noviazgo formal, e incluso hay documentos que demuestran la existencia de escándalos, amenazas, agresiones e injurias de las que la mujer fue víctima.

Añadió que el objeto del debate, por lo tanto, debía centrarse en establecer la realidad de lo acontecido el 8 de enero de 2002 y, en ese sentido, precisó que la prueba medicolegal que obra en el expediente respalda la versión de Sandra Patricia Lamprea Duque, mientras que la del encausado es incoherente, ya que conforme a las circunstancias ocurridas el fin de semana anterior no era lógico que la denunciante hubiera ido de manera voluntaria a su apartamento, ni tampoco que el encuentro haya sido consentido, máxime cuando NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS admitió que ella arrojó el bolso de la ventana cuando quiso salir del apartamento.

Igualmente, indicó que no es posible descartar el factor de la violencia por el hecho de que el sujeto pasivo de la conducta tolerara las continuas agresiones del procesado, ni porque mantuviera una relación disfuncional con él, máxime cuando los exámenes psiquiátricos muestran que la personalidad de este último es la de un narcisista y en ningún caso la de un inimputable, mientras que la de ella ha sido afectada por los episodios traumáticos vividos desde su adolescencia, lo que no le restringía el derecho de buscar la protección de las autoridades en las pocas oportunidades en que optó por



hacerlo.

5. Contra el fallo de segunda instancia, el defensor de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS interpuso el recurso extraordinario de casación y, una vez que la demanda se declaró ajustada a derecho, la Procuraduría General de la Nación emitió el concepto respectivo.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera cuerpo segundo de casación, propuso el recurrente un único cargo, consistente en la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho proveniente de falsos juicios de identidad en la valoración de la prueba, que condujeron a que el Tribunal condenara al procesado por el delito de *acceso carnal violento*.

Adujo acerca del particular que, al contrario de lo que hizo el ad quem, no era posible desconocer los antecedentes de la relación sostenida por Sandra Patricia Lamprea Duque y que llevaron a que esta última buscara a NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS en su apartamento, pues la prueba que obra en tal sentido no sólo demuestra el vínculo sentimental que había en la pareja, sino además el comportamiento que tenían frente a la comunidad, e incluso la existencia de actos de disposición de la denunciante respecto de los bienes de propiedad del procesado.

Precisó además que la ley ha contemplado ciertos "*hechos notorios*"



que de manera implícita acreditan el consentimiento y que concurrieron en este asunto, a saber: (i) una relación sentimental de más de ocho años; (ii) la admisión, por parte de los dos, de haber realizado de manera conjunta actos sexuales de índole oral, vaginal y anal; (iii) el ingreso solo y voluntario de Sandra Patricia Lamprea Duque al apartamento; (iv) la ausencia de gritos, llamadas de auxilio o conatos de resistencia durante el encuentro; (v) la falta de cualquier intento de huida cuando el procesado se estaba bañando en la ducha después del encuentro; y (vi) que el celador los haya visto salir en una actitud que le pareció común y corriente.

Agregó que el Tribunal tampoco tuvo en cuenta ciertas circunstancias absurdas narradas por la denunciante, como el que NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS le introdujera cuchillos en la vagina, o que el día de los hechos le propinara puños y patadas, o que él mismo se cortara los pies y se haya lacerado con vidrios, sin que alguna evidencia de estas lesiones, así fuesen antiguas, figurasen en los respectivos dictámenes medicolegales.

Destacó que otro tanto sucede con la transcripción de las llamadas telefónicas sostenidas entre la denunciante y el procesado después de los hechos, pues en éstas de ninguna manera se habla de vicios del consentimiento en el acto sexual, e incluso Sandra Patricia Lamprea Duque manifestó en una de ellas que lo único que quiere es deshacerse de él, lo que denota manipulación, desprecio y dominio por parte de esta última, quien sólo pretende provecho económico, así como placer en el sexo, y, por ello, no debe trascender la prueba psiquiátrica acerca de las alteraciones de la personalidad de la denunciante, ni tampoco la relativa al narcisismo y la peligrosidad de



su representado.

Añadió que el Tribunal fragmentó el testimonio del perito del Instituto Nacional de Medicina Legal (en el sentido de que aseguró que era imposible establecer si la penetración por el esfínter anal pudo haber sido o no consentida por el sujeto pasivo), al igual que ignoró que lo único que quería el procesado era tener un hijo con la denunciante (y no hacerla abortar, como lo aseguró ella en sus relatos), ni mucho menos que una persona como Sandra Patricia Lamprea Duque (que ostenta una gran experiencia en materia de copulaciones anales) no pudiese precisar si NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS eyaculó o no dentro de su cuerpo.

En consecuencia, solicitó a la Corte casar el fallo objeto del recurso por atipicidad de la conducta y dictar el absolutorio de reemplazo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Después de analizar los errores argumentativos y conceptuales en la formulación del cargo, el representante de la Procuraduría General de la Nación sostuvo que el Tribunal sí tuvo en cuenta los aspectos probatorios que extraña el recurrente, pues los cotejó tanto en su correspondencia interna como externa, incluidos los referentes a la relación sostenida entre el procesado y la denunciante, para concluir que el primero era responsable de los hechos imputados por el ente acusador.

Añadió que, al contrario de lo sostenido por el demandante, no era



lógico exigirle a la víctima, en las condiciones de riesgo en las que se hallaba, que opusiera resistencia en contra del agresor, sobre todo cuando la determinación de la falta o presencia del consentimiento de ninguna manera puede depender de tal circunstancia.

Precisó que el razonamiento de la segunda instancia para concluir que hubo violencia se basó en el hecho de que la pareja había tenido anteriormente relaciones anales y que ese día el procesado utilizó para tal efecto un aceite, por lo que era contrario al sentido común que aparecieran las lesiones en el ano aludidas en el respectivo dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal.

Adujo además que al comportamiento y experiencia sexual de la víctima en los delitos sexuales no se les puede brindar la importancia otorgada por el defensor, tal como se desprende de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia.

Señaló igualmente que no es cierto que Sandra Patricia Lamprea Duque haya ido de manera voluntaria al apartamento de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS, pues no hay prueba alguna distinta a la diligencia de indagatoria que sustente la realidad fáctica de tal aseveración.

Por último, destacó que, con fundamento en la prueba pericial obrante en el expediente, el ad quem acertó al concluir que la víctima ha sufrido de alteraciones en la personalidad y que, por otro lado, el procesado es sujeto imputable y, por consiguiente, merecedor tanto de reproche como de sanción penal.



En consecuencia, solicitó a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Introducción y orden de análisis

1 (Dado que la demanda presentada por el abogado de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS fue declarada desde el punto de vista formal ajustada a derecho, la Sala considera que no viene al caso pronunciarse acerca del cumplimiento o no de los requisitos de lógica y debida argumentación aludidos por el Ministerio Público en el concepto, pues el procesado adquirió a esta altura el derecho a que se le analicen de fondo los problemas jurídicos traídos a colación en el escrito correspondiente, en armonía con los fines de la casación de garantizar la efectividad del derecho material, respetar las garantías mínimas de las personas que intervienen en la actuación, buscar la reparación de los agravios inferidos a los sujetos procesales y unificar la jurisprudencia, tal como lo establece el artículo 206 de la ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto. >

En este sentido, el problema jurídico que propuso el demandante consiste en establecer si es posible excluir el ingrediente normativo de la violencia en el tipo de *acceso carnal violento* con fundamento en prueba relativa a (i) la existencia de una relación sentimental entre el supuesto agresor y la aludida víctima; (ii) la experiencia sexual de esta última, así como los estados de ánimo que ostentaba en tal aspecto; (iii) su presencia voluntaria en el lugar en donde ocurrieron los hechos; (iv) la ausencia de gritos y pedidos de auxilio, o de



intentos de resistencia o huida, o incluso de conductas que denoten anormalidad, antes, durante y después del acto; y (v) el relato por parte del sujeto pasivo de vejámenes absurdos o jamás confirmados.

En aras de responder a tales planteamientos, la Sala, en primer lugar, analizará cómo tienen que abordarse en el proceso penal los delitos sexuales por parte de los operadores de la norma, de acuerdo con los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales y las normas de derecho interno que aluden a la protección de los derechos fundamentales de la mujer.

En segundo lugar, examinará la relevancia que ostenta el comportamiento de la víctima en la teoría del delito y, en particular, el vínculo excluyente que hay entre el factor de la violencia como componente estructural de conductas punibles como la de *acceso carnal violento* y las figuras del consentimiento del sujeto pasivo y la acción a propio riesgo, o autopuesta en peligro dolosa, como criterios normativos que impiden la realización del tipo objetivo.

En tercer lugar, estudiará el alcance del elemento de la violencia dentro de la línea jurisprudencial que al respecto ha sostenido la Corte.

Por último, resolverá con base en tal marco teórico si la decisión de segunda instancia fue dictada con arreglo a la Constitución y a la ley.

20²³
2. De la protección de los derechos fundamentales de la mujer y los delitos sexuales

2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y



proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), consagró que “[t]oda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de [...] sexo”¹ y que “[t]odos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”².

A su vez, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de la ONU de 16 de diciembre de 1966, aprobado en la legislación interna mediante la ley 74 de 1968, estableció que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”³, e impuso la obligación de “garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”⁴, así como la de asegurar “a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de [...] sexo”⁵.

De igual forma, la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* de 22 de noviembre de 1969 (o *Pacto de San José de Costa Rica*), aprobada en nuestro país por la ley 16 de 1972, señaló que los Estados parte deben comprometerse “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación

¹ Artículo 1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

² Artículo 7 ibídem.

³ Preámbulo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

⁴ Artículo 3 ibídem.

⁵ Artículo 26 ibídem.



alguna por motivos de [...] sexo"⁶, y que todos los seres humanos "tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"⁷.

Por su parte, la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979 y aprobada en nuestro país mediante la ley 51 de 1981, así como reglamentada por el decreto 139 de 1990) indicó que

*"[...] la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad"*⁸.

Así mismo, definió la expresión "*discriminación contra la mujer*" como aquella de la que se desprende

*"[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"*⁹.

⁶ Numeral 1 del artículo 1 de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*.

⁷ Artículo 24 *ibídem*.

⁸ Preámbulo de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.

⁹ Artículo 1 *ibídem*.



Igualmente, estipuló la adopción por parte de los Estados parte de *"una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer"*¹⁰, para lo cual contempló, entre otros, los deberes de

"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"*¹¹.

Por otra parte, 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 nuestro país mediante la ley 248 de 1995, afirmó que *"la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres"*¹².

¹⁰ Inciso 1º del artículo 2 ibídem.

¹¹ Literales b), c), d) y e) ibídem.

¹² Preámbulo de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer*.



Así mismo, precisó que *"debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"*¹³.

Adicionalmente, advirtió que la *"violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica"*¹⁴

"a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

*"b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar"*¹⁵.

En análogo sentido, resaltó que *"[e]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros,"*¹⁶

"a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

*"b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación"*¹⁷.

¹³ Artículo 1 ibídem.

¹⁴ Inciso 1º del artículo 2 ibídem.

¹⁵ Literales a) y b) ibídem.

¹⁶ Artículo 6 ibídem.

¹⁷ Literales a) y b) ibídem.



También introdujo como obligación de los Estados que suscribieron la Convención la de *"adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente"*¹⁸:

"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.

"[...] e) Tomar todas las medidas apropiadas [...] 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"*¹⁹.

Igualmente, previó el deber de *"adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas, para"*²⁰

"b) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y

¹⁸ Inciso 1º del artículo 7 ibídem.

¹⁹ Literales a), b), c) y e) ibídem.

²⁰ Inciso 1º del artículo 8 ibídem.



*mujeres [...] para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer*²¹.

Por último, aclaró que, para la adopción de todas esas medidas, los Estados miembros

*"[...] tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad"*²².

Es de destacar además que esta *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* tuvo como uno de sus referentes²³ la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993, en la que se aludió, entre otros, a la obligación de

*"[...] evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer"*²⁴.

²¹ Literal b) ibídem.

²² Artículo 9 ibídem.

²³ Cf. preámbulo ibídem.

²⁴ Inciso 8º del artículo 4 de la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*.



2.2. En el ordenamiento jurídico interno, por otro lado, la Constitución Política consagró que *"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República [...] fundada en el respeto de la dignidad humana"*²⁵, que *"reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienable de la persona"*²⁶ y en donde todos *"recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo"*²⁷, para lo cual *"protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"*²⁸.

Así mismo, dispuso en forma inequívoca que *"[l]a mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades"*²⁹ y que ésta *"no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación"*³⁰.

Adicionalmente, la ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto, estableció que *"[e]s deber de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta"*³¹ y que *"la actuación se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los*

²⁵ Artículo 1 de la Constitución Política.

²⁶ Artículo 5 ibídem.

²⁷ Inciso 1º del artículo 13 ibídem.

²⁸ Inciso 3º ibídem.

²⁹ Inciso 1º del artículo 43 ibídem.

³⁰ Ibídem.

³¹ Artículo 5 de la ley 600 de 2000.



derechos fundamentales de los sujetos procesales"³².

Por último, es de destacar que la ley 1123 de 2007, o nuevo Código Disciplinario del Abogado, introdujo como deber de todo asistente letrado el de "[d]efender y promocionar los derechos humanos, entendidos como la unidad integral de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de derechos colectivos, conforme a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia"³³, al igual que el de "[m]antener en todo momento su independencia profesional, de tal forma que las opiniones políticas propias o ajenas, así como las filosóficas o religiosas, no interfieran en ningún momento en el ejercicio de la profesión, en la cual sólo deberá atender a la Constitución, la ley y los principios que lo orientan"³⁴, de manera que el incumplimiento de esta última obligación "[t]ambién constituye falta disciplinaria"³⁵.

2.3. Conforme al marco normativo reseñado en precedencia, salta a la vista que los delitos sexuales en general, y en especial el tipo de *acceso carnal violento* previsto en el artículo 205 de la ley 599 de 2000 (que, en armonía con lo señalado en el artículo 212 ibídem, contempla una sanción punitiva para todo aquel que, mediante violencia, le penetre a otra persona por la vía vaginal, anal u oral el miembro viril, o cualquier otra parte del cuerpo, o incluso un objeto), no sólo buscan prevenir, castigar y erradicar específicos comportamientos de los que, en la práctica, suelen ser víctimas las mujeres,

³² Artículo 9 ibídem.

³³ Numeral 2 del artículo 28 de la ley 1123 de 2007.

³⁴ Numeral 12 ibídem.

³⁵ Artículo 39 ibídem.



sino que, al mismo tiempo, deben ser interpretados por todos los operadores de la norma, incluidos los defensores, de manera tal que no incorporen discriminación alguna en contra de aquéllas, ya sea por costumbres, prácticas e intervenciones en apariencia ajustadas a derecho, o por cualquier otra clase de manifestación que en forma directa o indirecta contenga prejuicios, estereotipos o patrones de conducta tendientes a exaltar, sugerir o proponer la superioridad de un sexo sobre otro.

Esta necesidad de adecuar las prácticas de los profesionales del derecho a los parámetros nacionales e internacionales en materia de protección de la mujer no restringe el derecho del procesado a una representación eficaz³⁶, ni mucho menos la libertad que le asiste al asistente letrado de escoger la estrategia defensiva que a bien tenga, pues si bien es cierto que este último está obligado a la parcialidad (es decir, a actuar de manera exclusiva en pro de los intereses subjetivos de su prohijado), también lo es que cumple con una función de interés público en el proceso³⁷, consistente en garantizar, dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho, el respeto irrestricto de las garantías fundamentales, principalmente del defendido, pero a la vez de todos los involucrados en la actuación.

Por lo tanto, ningún acto procesal del abogado en la interpretación del alcance del tipo de *acceso carnal violento* y de los demás delitos

³⁶ Cf., al respecto, sentencia de 2 de septiembre de 2008, radicación 25153: "[...] de acuerdo con el numeral 11 de la observación 13 al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU [el derecho a una representación eficaz] implica el deber de 'actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles'".

³⁷ Ibídem.



sexuales puede contener de forma explícita o implícita cualquier argumento, valoración o postura que atente en contra del derecho de la mujer de disfrutar una vida digna y libre de violencia, segregación o reincidencia en el papel de víctima, ni mucho menos derivar de una concreta situación de vulnerabilidad provecho alguno en beneficio del procesado.

2.4. La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales.

Lo anterior ha llevado, en el diario vivir, a un sinnúmero de situaciones en las que no sólo deviene en evidente el estado de debilidad manifiesta de la mujer, sino en las que también se producen consecuencias lesivas de bienes jurídicos que siguen contando con la aquiescencia de un considerable sector de la comunidad. Por ejemplo, en la *Encuesta Nacional de Salud* realizada por el Ministerio de la Protección Social en el año 2007, se aseguró que, en relación con algunas formas de violencia doméstica, la percepción de los habitantes de Bogotá comprendidos entre los dieciocho y los sesenta y nueve años era la siguiente:



"El 23,2 % de los hombres y el 11,8 % de las mujeres de ese grupo de edad y que reside en el departamento considera que 'cuando un hombre golpea a una mujer muy seguramente es porque ella le dio motivos'. En el promedio nacional los porcentajes fueron del 29,8% en los hombres y del 18,8% en las mujeres.

"El 12,6% de los hombres y el 9,1% de las mujeres de ese grupo de edad y que reside en el departamento considera que 'hay situaciones en las cuales se justifica que un hombre le dé una cachetada a su esposa o compañera'. En el ámbito nacional los porcentajes fueron del 16,2% en hombres y del 12,0% en las mujeres"³⁸.

Los anteriores datos parecen confirmar la vigencia del *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias* (presentado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 11 de marzo de 2002 y realizado en virtud de una misión a Colombia, durante el mes de noviembre de 2001), en el que acerca del particular sostuvo que, en nuestro país,

"[...] sigue considerándose la violencia doméstica como una cuestión privada, por lo que no suelen denunciarse los sucesos de esa índole, ni se puede por consiguiente determinar el alcance real del problema. Según la información recibida por la CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos], son menos de la mitad las mujeres maltratadas que buscan ayuda y sólo el 9% de ellas presentan denuncia ante las autoridades. Ni el Estado ni la sociedad están lo bastante sensibilizados a la necesidad de abordar el problema de la violencia doméstica. La impunidad de los autores de estos actos contra la mujer es prácticamente del 100%"³⁹.

³⁸ <http://www.minproteccionsocial.gov.co/VBeContent/librery/documents/DocNewsNo18-358DocumentNo9094.PDF>.

³⁹ Coomaraswamy, Radhika, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias acerca de su misión a Colombia del 1º al 7 de noviembre de 2001*, CDH, 11 de marzo de 2002, § 29.



2.5. Por otro lado, también refulge que las normas que integran el bloque de que trata el artículo 93 de la Carta contemplan al acceso carnal violento, o violación, como una de las manifestaciones más graves de la delincuencia sexual cometida en contra de la mujer, sobre todo cuando se presenta en el hogar o proviene de sujetos con los que la víctima tiene relaciones interpersonales o de parentesco.

En este sentido, el informe de la Comisión de Derechos Humanos aludido en precedencia (*supra* 2.3) precisó que

*"[...] es motivo de especial preocupación la violencia sexual en Colombia. En 1995, el Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia emitió 11.970 dictámenes en la investigación de delitos sexuales en toda la nación. De las víctimas, el 88% eran mujeres, o sea, un promedio de 34 por 100.000 habitantes. Según la información, se estima que al año se perpetrán 775 violaciones de adolescentes y que el índice de violaciones en ese grupo es de 3,5%. Sin embargo, sólo el 17% de las víctimas denuncian esos actos. Cabe señalar que los autores del 47% de esos atentados contra mujeres mayores de 20 años son parientes de la víctima"*⁴⁰.

A su vez, la Corte Constitucional, en el fallo que declaró exequible la ley 248 de 1995 (aprobatoria de la Convención de Belém do Pará), manifestó que

"[...] las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo [...], sino que

⁴⁰ Ibídem, § 30. La fuente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 1999, §§ 22 y 23.



*pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles prohibidos por la Constitución [...] No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado e incluso, a veces, tácitamente legitimado*⁴¹.

En análogo sentido, el Tribunal Constitucional retiró del ordenamiento jurídico el artículo 25 de la ley 294 de 1996 (que contemplaba un tipo penal de *violencia sexual entre cónyuges*, de naturaleza querellable y con penas inferiores a las de los delitos de *acceso carnal* y *acto sexual violento*⁴²), presentando, entre otros argumentos, que “*la existencia de un vínculo legal o voluntario no comporta la enajenación de la persona*”⁴³, que “[*l*]*a libertad sexual no admite gradaciones, pues ello implicaría considerar a algunas personas menos libres que otras*”⁴⁴, y que “[*l*]*a lesividad del hecho es mayor cuando la víctima está unida al agresor por vínculo matrimonial o marital*”⁴⁵.

“En conclusión, la consagración de un tipo penal privilegiado para los delitos de acceso y acto carnal violento, cuando se ejecutan contra el cónyuge, o la persona con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con quien se haya procreado un hijo, es desproporcionada y, en consecuencia,

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1996.

⁴² Artículo 25 [ley 294 de 1996]-. *Violencia sexual entre cónyuges*. El que mediante violencia realice acceso carnal o cualquier acto sexual con su cónyuge, o quien cohabite o haya cohabitado, o con la persona que haya procreado un hijo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años. La acción penal por este delito sólo procederá por querrela de la víctima.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-285 de 1997.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.



vulnera el derecho a la igualdad⁴⁶.

De ahí que, para la jurisprudencia en sede de revisión de tutela de dicha Corporación, las víctimas de delitos sexuales en el proceso penal

*"[...] 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 constitucionales inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión"*⁴⁷.

2.6. En armonía con lo expuesto, la Sala, en repetidas ocasiones, ha rechazado con firmeza cualquier clase de argumento, reproche o visión del mundo proveniente de los sujetos procesales que, en las conductas punibles de *acceso carnal violento* (o en cualquier otro delito sexual), discrimine a la mujer, menoscabe la dignidad inherente a su condición de ser humano o vuelva a situarla en el rol de víctima. Por ejemplo, en la sentencia de 7 de septiembre de 2005, señaló que

*"[...] las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, sicológicas, etc., de una persona no la excluyen 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"*⁴⁸.

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-453 de 2005.

⁴⁸ Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455



Así mismo, en el fallo de 26 de enero de 2006, sostuvo que

"[...] con el fin de establecer responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima [...]"

"De esta manera, el Tribunal no sólo construyó una inferencia inadecuada con el objeto de descalificar el testimonio de la víctima, pues no existe ningún nexo entre su conducta y el thema probandi, sino que fue mucho más allá, al someter a una niña de nueve años para la fecha de los hechos a una nueva victimización, denigrando de su integridad, llegando a tacharla, a tan corta edad, de 'haberse iniciado precozmente en el mundo sexual', conclusión que utilizó finalmente para restarle veracidad a sus acusaciones"⁴⁹.

Igualmente, en la providencia de 23 de enero de 2008, precisó que

"[...] 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 mismos, refulge como evidente que no puede ser objeto de prueba la vida íntima o sexual de la víctima.

"[...] De ahí que, en el presente caso, aun en el evento de aceptar que la conducta anterior [...] 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 [...] la hubiera accedido la noche de los hechos, pues tal argumento parte de la idea tan

⁴⁹ Sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 23706.



*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 vista moral, cualquiera tiene el derecho a violentarla*⁵⁰.

Por último, en la decisión de fecha 6 de mayo de 2009, recalcó que

*"[...] la Sala, en varias oportunidades, 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"*⁵¹.

2.7. En este orden de ideas, la existencia de vínculos matrimoniales, uniones maritales, relaciones sentimentales o de cualquier otra índole en la pareja no debe estar sujeta a argumentación (a menos que se pretenda concretar una específica situación de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta en la mujer), ni de modo alguno puede excluir o justificar la perpetración de comportamientos de índole violenta que afectan la libertad sexual y la dignidad de esta última.

Es más, la verificación de tales circunstancias implica una mayor intensidad del injusto, y por tanto un mayor grado de reproche, en la

⁵⁰ Sentencia de 23 de enero de 2008, radicación 20413.

⁵¹ Auto de 6 de mayo de 2009, radicación 26013.



medida en que hayan surgido especiales deberes de solidaridad o estrechas comunidades de vida entre los implicados.

Lo anterior, sin perjuicio de que en la apreciación de la credibilidad del testimonio de la víctima pueda ser relevante, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, aquellos hechos accesorios, relativos a la animadversión o al resentimiento de ésta, de los cuales puedan derivarse falsos señalamientos en contra del procesado que imposibiliten demostrar la imputación fáctica.

Al respecto, la Sala enumeró en la providencia de 11 de abril de 2007 los siguientes requisitos para alcanzar en los delitos sexuales el grado de certeza acerca de la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del infractor:

"a) Que no exista incredibilidad 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

"c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones"⁵² (negrillas fuera del texto original).

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial acabado de referir, es de precisar el alcance de la decisión en comento, en el

⁵² Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26128



sentido de que, cuando el abogado haya escogido como estrategia defensiva la de cuestionar la credibilidad del relato del sujeto pasivo de la conducta, deberá tener especial cuidado en que todos sus actos procesales apunten a establecer el aspecto psíquico de odio, rencor o interés (y no cualquier otro estado, condición o cualidad de la víctima) mediante la acreditación, al igual que la valoración, de hechos indicadores distintos a los de la vida sexual e intimidad de la mujer y que de ninguna forma lleven a lesionar su dignidad o discriminarla, ya sea de manera directa o indirecta.

Esto último, además de necesario para la protección de los derechos fundamentales, no restringe desproporcionada ni irrazonablemente los derechos de defensa y contradicción que le asisten al procesado, pues son incontables las vías que quedan para garantizarlos, ni tampoco abre la puerta para que algunas personas utilicen al proceso penal como herramienta de injusta o caprichosa incriminación, ya que, en todo caso, la realización del delito sexual siempre tendrá que demostrarse en el grado de certeza. >

3. De los aportes de la víctima en la realización objetiva del tipo

- 9 3.1. < De manera correlativa al valor que ha adquirido el derecho de acceso a la administración de justicia de que trata el artículo 229 de la Carta Política, la consideración de la víctima en el derecho penal también ha repercutido en los aspectos sustantivos y materiales de la teoría del delito durante los últimos años.

En un principio, el sistema penal moderno excluía a la víctima de cualquier estimación material en el conflicto, lo que en la práctica



condujo a un modelo de decisión en el que la persona no era tomada en cuenta como titular de derechos y obligaciones en la configuración de la conducta, sino como un símbolo de la posibilidad de intervención del poder punitivo a fin de evitar la justicia privada o de suplir el estado de debilidad del lesionado, sin tener en cuenta la voluntad de éste⁵³.

Con la aparición del pensamiento ilustrado, tal criterio fue relativizado en razón del llamado principio del daño, según el cual el derecho penal *"carece de legitimidad si se castigan conductas que no implican lesiones para personas distintas a uno mismo o que sólo encierran la prevención de una simple inmoralidad"*⁵⁴.

Este principio, además de que ha contribuido a delimitar el alcance de la teoría del bien jurídico y la lesividad en materia penal⁵⁵, representó el abandono en la interpretación y aplicación de la ley de criterios paternalistas tendientes a imponer patrones de conducta por encima de la libertad que tan solo le atañe al sujeto pasivo, gracias a lo cual el análisis de sus actos adquirió cierta trascendencia, en pro de establecer si el menoscabo provino de él o contó con su participación.

Posteriormente, las constituciones que aparecieron después de la Segunda Guerra Mundial (y, en nuestro país, la de 1991) introdujeron una transformación en el tradicional concepto de Estado de Derecho, pues el principio de legalidad, o principio de sujeción a la ley, ya no podía circunscribirse al cumplimiento ciego de los requisitos señalados

⁵³ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 219.

⁵⁴ Sentencia de 13 de mayo de 2009, radicación 31362.

⁵⁵ Cf. sentencias de 13 de mayo de 2009, radicación 31362, y 8 de julio de 2009, radicación 31531.



en la norma, sino también a la aplicación irrestricta de los contenidos sustanciales e inherentes a la misma, en la medida en que fuesen interpretados de manera coherente con el resto de mandatos de orden superior.

Lo anterior repercutió en la evolución, por un lado, y la consagración, por el otro, de dos figuras atinentes a la teoría del delito: (i) el consentimiento de la víctima y (ii) la autopuesta en peligro dolosa, también conocida como acción a propio riesgo. >

10 3.2. El consentimiento como causal excluyente de responsabilidad penal está previsto en el numeral 2 del artículo 32 de la ley 599 de 2000 de la siguiente manera:

"Artículo 32-. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

"[...] 2-. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo".

El contenido de esta norma se ajusta al criterio dominante en la doctrina penal contemporánea, de acuerdo con el cual el actuar sobre la base de la aquiescencia manifestada por la víctima excluye la realización típica de la conducta punible, en la medida en que se trate del titular de un bien jurídico no indisponible y tenga la capacidad de comprender la acción realizada, así como de adecuarse a su comportamiento.

La eficacia del consentimiento, por lo demás, no desaparece a pesar



de que lo aceptado sea contrario a las buenas costumbres⁵⁶, o de que la voluntad del sujeto pasivo haya sido afectada por ciertos errores o engaños que atañen a una contraprestación esperada o a otras circunstancias no referidas al bien jurídico (al contrario de lo que sucede, por ejemplo, con el tipo de *estafa*, en el que el engaño o la inducción en error tienen que ser los medios idóneos para la obtención del perjuicio económico)⁵⁷.

Sin embargo, cuando en el acto de voluntad ha mediado la violencia, no sólo refulge la imposibilidad de excluir el tipo por consentimiento (en la medida en que ya no sería un acto de libertad o disposición del titular del bien jurídico), sino que además la atención deja de circunscribirse a la conducta o a las condiciones especiales de la víctima, dado que el comportamiento dirigido a someterla proviene del sujeto agente y, por consiguiente, es el de este último el que termina siendo jurídicamente relevante, incluso en aquellos eventos en que también lo sea el estado de vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Lo anterior incluso es más evidente cuando el actuar en contra de la libertad del afectado corresponde a un elemento del tipo, como sucede con los delitos sexuales de *acceso carnal*, *acto sexual violento* y *constreñimiento a la prostitución* (artículos 205, 206 y 214 de la ley 599 de 2000), en los que la ley exige de manera expresa que la víctima haya sido objeto de violencia o coacción.)

⁵⁶ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Solkar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 479; Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 303.

⁵⁷ Cf. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, § 13, 66-69



11/12/13
3.3. En los eventos en los que el resultado típico no es deseado por el sujeto pasivo, sino que tan solo consiente en participar en una situación de riesgo susceptible de producirlo, lo pertinente es hablar de la autopuesta en peligro dolosa, o acción a propio riesgo, como criterio normativo de la teoría de la imputación objetiva.

Acerca de dicha figura, esta Corporación, en reciente providencia, adujo lo siguiente:

"Sin perjuicio de que toda imputación al tipo objetivo presupone la creación de un peligro por parte del autor no cubierto por el riesgo permitido, la exclusión de la misma puede presentarse, sin embargo, en aquellas situaciones en las que hay incitación o colaboración respecto de las conductas realizadas por otra persona, ya que el ámbito de protección de la norma no puede comprender los menoscabos que han sido suscitados por el propio titular del bien jurídico.

"En razón de lo anterior, la Sala, a partir de la sentencia de 20 de mayo de 2003 [radicación 16636], ha establecido que, para que la conducta del sujeto pasivo excluya o modifique la atribución del tipo a quien coopera o contribuye de manera significativa en su realización, es necesario que aquél conozca (o tenga la capacidad de conocer) el peligro que afronta con su acción y tenga bajo su control el poder de asumir el riesgo que se concreta en el resultado, siempre y cuando al actor no le sea exigible la obligación jurídica de evitarlo, es decir, que no se encuentre en posición de garante respecto de la persona que de manera consciente y voluntaria se ha puesto en peligro.

"La valoración de las primeras dos situaciones deberá efectuarla el juez de una manera ex ante o, lo que es lo mismo, teniendo que retrotraerse al momento de la realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición de la víctima (a las que habrá de sumárseles las calidades y conocimientos



*especiales de ella), el comportamiento sería o no adecuado para excluir a favor del agente la atribución del resultado típico*⁵⁸.

De esta manera, la Corte ha admitido que, en conductas contra el patrimonio económico como la de estafa, sea viable estudiar

*"[...] aspectos tales como el nivel intelectual del sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve y las herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su protección"*⁵⁹

No obstante, también ha precisado que

*"[...] sólo cuando se reúnen los tres requisitos de las acciones a propio riesgo (conocimiento del peligro, poder de control sobre su asunción y ausencia de posición de garante) podrá estudiarse si el sujeto pasivo en los delitos de estafa activó los mecanismos de protección que le eran exigibles, o en qué medida contribuyó con su comportamiento no diligente o precavido a la obtención del resultado previsto en la norma"*⁶⁰.

En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, sin embargo, no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido (es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de la otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor.

⁵⁸ Sentencia de 19 de agosto de 2009, radicación 26882.

⁵⁹ Sentencia de 10 de junio de 2008, radicación 28693.

⁶⁰ Ibídem.



Adicionalmente, de ninguna manera es posible sostener que el sujeto pasivo, cuando es sometido a una situación de constreñimiento, fuerza o coacción, tiene poder de control sobre la asunción del peligro, e incluso el autor estaría en una posición de garante cuando entre él y el sujeto agredido hay relaciones susceptibles de equipararse a estrechas comunidades de vida (*supra* 2.7), pues éstas obligan al primero a evitar la realización de cualquier conducta que lesione o amenace la libertad sexual o la dignidad del segundo.

En consecuencia, el comportamiento íntimo o sexual de la víctima resulta por completo irrelevante para efectos de la configuración de los delitos sexuales que incluyan a la violencia como elemento estructural del tipo objetivo.)

4. Del ingrediente normativo de la violencia

17/11/16
La Sala ha precisado que en conductas como las de acceso carnal violento la violencia ejercida por el autor de la conducta puede ser de índole física o 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*⁶¹.

Dicha postura de ninguna manera riñe con el contenido sustancial de los instrumentos internacionales reseñados en precedencia (*supra* 2.1), ni en particular con el artículo 2 de la *Convención de Belém do Pará*, que alude a toda violencia física y psicológica contra la mujer que tenga lugar en la comunidad o en la familia o en cualquier otra relación interpersonal.

Igualmente, la Sala ha considerado que estas formas 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)"*⁶².

Sin embargo, también ha resaltado que

*"[...] 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"*⁶³.

⁶¹ Sentencia de 23 de enero de 2008, radicación 20413.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.



A su vez, ha estipulado que el empleo de la violencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso carnal o acto sexual:

"Importa recabar y volver la atención una vez más hacia la violencia que, como bien lo señaló el procurador recurrente con apoyo en la doctrina española, no es la que se emplea en la realización del comportamiento sexual reprochado sino la utilizada para doblegar la voluntad de la víctima [...]"

"Ciertamente, la violencia no necesariamente depende en todo caso de la prolongación en el tiempo de la ejecución de los actos reales o presuntos en virtud de los cuales una persona pretenda imponer su voluntad sobre la de otra, de manera que el factor temporal no es siempre determinante de su existencia."

"Pero sí es claro, se insiste, que [...] sólo puede tener esa connotación la fuerza o la coacción dirigida a vencer la resistencia"⁶⁴.

Por lo tanto, *"la violencia (física o moral) [...] no puede identificarse con la que se emplea para consumar el acceso antijurídico, ni mucho menos con el tiempo que puedan durar los vejámenes"*⁶⁵.

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)⁶⁶, ni tampoco es indicio de un acceso no violento o consentido el que la persona

⁶⁴ Sentencia de 26 de octubre de 2000, radicación 25743

⁶⁵ Cf. sentencia de 17 de septiembre de 2008, radicación 21691.

⁶⁶ Ibidem.



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"⁶⁷.

5. Del caso en concreto

5.1. En el asunto que concita la atención de la Sala, el demandante sustentó un error fáctico en la valoración de la prueba mediante la inclusión de argumentos del siguiente tenor:

(i) El Tribunal cercenó pruebas relativas al vínculo sentimental de Sandra Patricia Lamprea Duque con NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS, en el cual *"hubo relaciones sexuales, tanto orales [como] vaginales y anales"*⁶⁸.

(ii) Tampoco tuvo en cuenta que la primera señaló al segundo como

⁶⁷ Sentencia de 4 de marzo de 2009, radicación 23909.

⁶⁸ Folios 61-62 del cuaderno del Tribunal.



la persona responsable de haberle interrumpido el embarazo "de un hijo que no era del sindicato, sino de otro hombre con el que había sostenido relaciones sexuales, [...] cuando él aspiraba [...] a que la denunciante tuviera un hijo con él"⁶⁹.

(iii) Hay, por lo demás, grabaciones telefónicas interceptadas en las que

"[...] la conversación se toma erótica, sexual, íntima, se narran hechos antes de que tanto sindicato como denunciante se conocieran, inclusive la denunciante detalla con quiénes y cuántas veces había tenido sexo, de qué forma, si le gustaba o no, que tenía sexo con otros hombres al mismo tiempo que tenía relaciones con el sindicato. El mismo sindicato le dice que a él le gusta 'hacerlo por ahí (por el ano) porque por delante siempre la tocaba todo el mundo'"⁷⁰.

(iv) De las pruebas analizadas en conjunto se observa en ella "la intención dañina de una persona manipuladora, mentirosa, libertina, que sólo busca el placer en el sexo"⁷¹.

(v) También es una mujer que ostenta "conocimientos de carácter sexual, como está probado en el proceso, que ha tenido sexo con varios hombres, que ha tenido relaciones anales y vaginales"⁷², y, sin embargo, "no puede determinar claramente una eyaculación dentro de su cuerpo cuando de forma infantil manifiesta que no sabe si el procesado eyaculó dentro de ella o no"⁷³.

⁶⁹ Folio 64 ibídem.

⁷⁰ Ibídem.

⁷¹ Folio 67 ibídem.

⁷² Folio 68 ibídem.

⁷³ Ibídem.



(vi) Por último, se trata de

"[...] una mujer adulta, con una basta [sic] experiencia en el ámbito sexual, con capacidad de discernimiento, con capacidad de comprensión, con estudios superiores, con relaciones personales y familiares, y que se desempeña dentro de un medio social urbano, en donde tiene a su alcance todo tipo de mecanismos para haber puesto en conocimiento de la situación que indica venía padeciendo desde hacía ocho años"⁷⁴.

17

5.2. Para la Corte, salta a la vista que el derecho del procesado a que se le responda de fondo el cargo propuesto por el demandante no puede comprender el análisis de aspectos que tan solo conciernen a la vida íntima de la mujer, ni que tampoco desconozcan el derecho fundamental de esta última a no ser valorada con base en conceptos de inferioridad y subordinación del sexo femenino, ni mucho menos que atenten en contra de la dignidad inherente a su condición de persona.

En este sentido, el Tribunal acertó en el fallo impugnado al afirmar que, en este caso, *"el objeto del debate se centra en la demostración de los hechos imputados fácticamente en el pliego de cargos"*⁷⁵, así como al restarle importancia a los elementos de prueba que aludían a la existencia de una relación de pareja entre el agresor y la agredida: >

"Al plenario se ampararon las declaraciones de Víctor Julio Jiménez Infante, José Herbelein Hernández Millán, Juan Carlos Alarcón Martínez, Cristina [sic] Rodrigo Ruiz Beltrán, Yenny Carolina Céspedes Gómez y María Eugenia Acevedo Téllez, personas allegadas al procesado, quienes de los

⁷⁴ Folios 68-69 ibídem.

⁷⁵ Folio 14 ibídem.



hechos materia de juzgamiento no tienen ningún conocimiento y se dirigieron a demostrar la relación sentimental de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS y Sandra Patricia Lamprea⁷⁶.

En cambio, el historial obsesivo y de continua agresión que en contra de la víctima provino del procesado tuvo relevancia para el ad quem al momento de colegir que, el día de los hechos, fue él quien la buscó a ella y no al contrario:

"De lo informado por Sandra Patricia y NELSON ARMANDO se infiere que éste [sic] último planeó para el fin de semana, denominado puente de reyes del año 2002, un viaje a Melgar acompañado de Sandra, al cual ella no deseaba ir, pues tenía previsto para esa misma fecha un paseo con otras personas.

"A pesar del poco interés que el viaje con NELSON ARMANDO le producía, nunca se lo dijo, e hizo lo que quería, esto es, viajar con sus amigos, dejando al procesado esperándola inútilmente.

"Tal conducta lo obligó a permanecer sólo [sic] en la ciudad, con el ítem de no saber con quién se había marchado aquella, situación desencadenante de la reacción violenta del día siguiente hábil, 8 de enero de 2002.

"Es preciso, en este punto, señalar como probada la costumbre del procesado de salir a buscarla a los sitios de obligatorio tránsito o permanencia.

"En efecto, en diligencia de indagatoria aceptó haber propiciado varios altercados en los sitios de estudio y trabajo de Sandra Patricia, también que en su contra se habían formulado varias quejas ante una Estación de Policía y la Fiscalía.

⁷⁶ Folio 13 ibídem.



"Sobre éstas, se trajo copia de acta del 9 de mayo de 1977 [sic] de la Décima Tercera Estación de la Policía Nacional, según la cual se comprometió a no molestarla, llamarla, buscarla, dejarla tranquila y no intervenir en su vida [...]”⁷⁷.

"También copia de querella número 31248 del 6 de diciembre de 2000, en la que Sandra Patricia Lamprea informa a la autoridad policiva de Engativá que el procesado le arma escándalos, la golpea, la amenaza, la ultraja con palabras soeces, la busca y la persigue [...].

"En ese orden de ideas, resulta cierto que el 8 de enero de 2002, como era su costumbre y en el estado de enojo en el que se encontraba, esperara a Sandra a la salida de su casa para el trabajo, la abordara atravesándole el vehículo para impedirle huir y obligarla a acompañarlo a su apartamento”⁷⁸.

Así mismo, precisó que el hecho de haber tolerado el sujeto pasivo el comportamiento de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS de ninguna manera demeritaba la credibilidad de su relato, en razón de los trastornos que por tal razón había experimentado desde que era menor de edad:

"[...] si bien la denunciante Sandra Patricia Lamprea ha consentido muchas de las agresiones de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS y tolerado la relación anormal que han tenido durante muchos años, esta circunstancia no resta fuerza probatoria a su denuncia, pues no puede negársele el derecho que tiene de acudir a la justicia luego de ser víctima de agresión que no quiso consentir [...], máxime cuando la tolerancia a los maltratos y ultrajes devienen del trastorno de personalidad registrados [sic] en el dictamen psiquiátrico practicado por orden del

⁷⁷ La fecha correcta del documento es 9 de mayo de 1997 (folio 50 del cuaderno I de la actuación principal).

⁷⁸ Folios 14-16 del cuaderno del Tribunal.



juzgador⁷⁹.

En otras palabras, lo único que el Tribunal encontró en relación con los hechos antecedentes del caso fue la situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta en la que se encontraba la víctima frente a los abusos y maltratos del agresor, que según la versión de la primera comenzaron con una violación cuando ella tenía catorce o dieciséis años de edad, circunstancia que, dicho sea de paso, no pudo ser abarcada por el organismo instructor en la imputación fáctica, debido a que había operado la figura de la prescripción de la acción penal⁸⁰.

Esta relación de dominio, por lo demás, encuentra respaldo en el dictamen medicolegal realizado por un psiquiatra forense acerca de la 'doble realidad' que vivía la denunciante:

"Al examen mental sobresale el afecto constreñido del cual sale sólo con angustia y la hace aparecer por momentos como una persona fría. Todo lo anterior es compatible con alteraciones del desarrollo y estructuración de una personalidad depresiva enmascarada.

"En cuanto a los hechos, debe tenerse en cuenta que estos ocurren en la intimidad y se constituyen en un proceso que ha durado años, pero cuyo inicio fue en la adolescencia, periodo crítico para el desarrollo [...] Es decir, los hechos hasta el momento de las denuncias, estuvieron bajo el peso del secreto, siendo la portadora de este la ofendida, e implica la 'destrucción del mundo adolescente con pérdida de las figuras confiables hasta ese momento'.

⁷⁹ Folio 24 ibídem.

⁸⁰ Ello, por cuanto dicha conducta debió haberse realizado durante el periodo comprendido entre 1993 y 1995, época en la cual el artículo 298 del anterior Código Penal (antes de que fuera modificado por la ley 360 de 1997) establecía una pena máxima de ocho años de prisión para el delito de acceso carnal violento.



"Debido a lo crónico e insidioso de esos hechos, se instala una 'segunda realidad', se manejan unos hechos públicos y unos hechos privados; de un lado, se evidencia un comportamiento convencional de estudiante, hija de familia, compañera, etc., y, del otro, la realidad de la relación con el chofer de su transporte escolar.

"La naturaleza de los hechos conllevan el establecimiento de una intimidad con el sindicado, lo que no implica participación, sino imposición, esta intimidad debe ser guardada bajo secreto, dadas las amenazas y la confusión en la que se ve inmersa la (para ese entonces) menor ofendida. Esta situación mental (confusión) es connatural a las relaciones asimétricas (entre menores y adultos), máxime que el adulto abusador portaba autoridad por ser el conductor y era casado y con hijos.

"Una vez en esta posición, la ofendida ve sobrepasada su capacidad de manejo de asuntos de mecanismos defensivos que describe, por ejemplo, cuando cuenta las relaciones sexuales que se le ha propuesto como necesarias para la terminación del abuso. La existencia de eventos traumáticos como el aborto impiden también la adecuada elaboración y se instala una franca sintomatología depresiva, también larvada (no aparente y que ella califica como ponerse la máscara) y prolongada, la cual se describe en la historia personal y que marca la siguiente fase de alteraciones del desarrollo. En este punto, por falla en los mecanismos defensivos acordes con el desarrollo y las dificultades psicológicas ya presentes, se da la identificación con el agresor, las cuales explican la falta en buscar ayuda y la dificultad en apartarse de la relación abusiva y la aparente colaboración y participación en la vida del sindicado; por ejemplo, explican la presencia de cartas, encuentros, fotos en las que se comparte, etc. Como ya se dijo, aquí ya aparecen alteraciones del desarrollo y se internaliza como parte de la personalidad aspectos que han nacido de la relación alterada, es decir, de los hechos mismos, pudiendo ser posible entonces que ella también tenga conductas desconsideradas y, como ella misma lo llama, haberse vuelto distante afectivamente, desconfiada, indolente, con rechazo a la intimidad [...]



"La revelación tardía de los hechos se da por la sensación inminente de agresiones graves y muerte, lo cual llevaría el proceso de victimización a una terminación previsible"⁸¹.

17 (Por consiguiente, Sandra Patricia Lamprea Duque aparentaba ante los miembros de su familia y la comunidad en general que la relación que llevaba con el procesado era un noviazgo como cualquier otro, cuando en realidad era el fruto de diversos actos de sometimiento que culminaron con el episodio violento del 8 de enero de 2002.

El demandante, por el contrario, quiso que la Sala tuviera presente la vida íntima, sexual y moral de la mujer para probar que dicho acto fue consentido, ignorando, por un lado, que una consideración en tal aspecto menoscaba los derechos fundamentales de la víctima (*supra* 2) y que, por otro lado, en la demostración del ingrediente normativo de la violencia en delitos como el de *acceso carnal violento* es en absoluto irrelevante analizar la conducta del sujeto pasivo, a menos que esté relacionada con la verificación de un estado de vulnerabilidad (*supra* 3).

18 5.3. Sería del caso remitir copias de la presente actuación a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá y Cundinamarca con el fin de que sea investigada la actuación como profesional del defensor de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS, dado que en sus intervenciones no se ciñó a los parámetros de la Carta Política, ni tampoco interpretó los derechos de la víctima conforme a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por

⁸¹ Folios 163-164 del cuaderno II de la actuación principal.



Colombia, sino que, en cambio, antepuso una filosofía⁸² de discriminación e irrespeto hacia la mujer, en la que subyace la idea de que cuando un hombre sostiene relaciones con otra persona puede accederla en contra de su voluntad si así lo desea, o que no hay violencia cuando el comportamiento sexual del sujeto pasivo es, desde su particular criterio, no convencional, inmoral o reprochable.

Por lo tanto, el recurrente, al poner en tela de juicio la conducta de Sandra Patricia Lamprea Duque, no sólo la hizo reincidir en el papel de víctima, sino que además habría incurrido, aparentemente, en la falta disciplinaria de que tratan los artículos 28 numeral 12 y 39 de la ley 1123 de 2007, nuevo Código Disciplinario del Abogado.

Sin embargo, como la demanda fue presentada antes de la entrada en vigencia de las disposiciones en comentario⁸³, y como en el anterior estatuto del abogado (decreto 196 de 1971) no estaba contemplada de manera específica una falta disciplinaria en tal sentido, la Corte, en atención del principio de legalidad, se abstendrá de la remisión aludida, no sin antes hacer un llamado para que los profesionales del derecho eviten en el futuro presentar en sede de casación, así como en otro cualquier momento de la actuación procesal, opiniones como las acabadas de referir (*supra* 5.1), ni que en ningún caso planteen estereotipos de subordinación o inferioridad por razones de sexo. >

5.4. El resto de los argumentos esgrimidos por el demandante, aparte

⁸² En el sentido de "[m]anera de pensar o de ver las cosas" (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2001, tomo a/g, p. 1059).

⁸³ Folio 53 del cuaderno del Tribunal.



de que en ocasiones no pueden escindirse de la vida íntima de la víctima ni de la relación de pareja, en ningún modo son constitutivos de error fáctico alguno, ni de cualquier otro yerro que tenga vocación de éxito en sede de casación.

En primer lugar, no es cierto que Sandra Patricia Lamprea Duque haya ingresado sola y de manera voluntaria al apartamento del procesado, pues, aparte de lo analizado por el Tribunal respecto de las costumbres de este último (*supra* 5.2), Cristian Rodrigo Ruiz Beltrán, portero del edificio en donde ocurrieron los hechos, afirmó ante una pregunta del entonces defensor que, ese día, él ingresó en compañía de la víctima (*"entraron a pie, entraron por la portería a pie, no recuerdo en qué llegaron, entraron a pie"*⁸⁴).

En segundo lugar, es totalmente irrelevante el hecho de que Sandra Patricia Lamprea Duque 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 de que la concurrencia de tal ingrediente normativo excluye la posibilidad de exigirle al sujeto pasivo la activación de mecanismos de autotutela y protección (*supra* 3.3).

Al respecto, son de destacar las explicaciones que Sandra Patricia

⁸⁴ Folio 176 del cuaderno I de la actuación principal.



Lamprea Duque brindó al ser interrogada por el aquí demandante en audiencia pública. Por un lado, señaló que, cuando NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS se bañó después del acto, la amenazó y en ningún momento la perdió de vista:

"PREGUNTADO. Diga a esta audiencia si después de tener la relación sexual es cierto, sí o no, que NELSON se entró al baño con el objeto de ducharse; en caso afirmativo, qué tiempo aproximado gastó en el ese [sic] acto. CONTESTÓ. Es cierto que él se entró a bañar y no tardó dos minutos dando un duchazo de afán, igual dejó la puerta abierta para ver que no fuera y me advirtió que, si me iba, podía ser peor⁸⁵.

Y, por el otro, precisó que ella actuó de esa manera para salvaguardar su propia vida e integridad física:

"[...] PREGUNTADO. Diga a la audiencia por qué motivo, luego de haber ocurrido la supuesta violación, usted sale en compañía de mi representado, sale del edificio, se sube en el vehículo de mi defendido y va con él hasta su oficina o sitio de trabajo, si cuando a uno lo violentan o lo acceden forzosamente la reacción humano [sic] y lógica es pedir auxilio o socorro e igual denunciar los hechos antes [sic] las personas que estén cerca del sitio donde acaecieron. CONTESTÓ. La razón de mis actos es muy sencilla y se llama instinto de supervivencia; si a usted lo agreden [sic] y usted luego de la agresión sigue cerca o a la mano del mismo, su reacción es no provocar más violencia y sí buscar a la mayor brevedad la oportunidad de hacerse oír como lo hice al dirigirme a Medicina Legal, debido a que esta vez estaba decidida a poner un punto final a las constantes agresiones que por miedo tal vez en ocasiones anteriores no denuncié como debía ser".

⁸⁵ Folio 106 del cuaderno II de la actuación principal.



Súmese a lo anterior la condición especial del sujeto activo aludida en precedencia (*supra* 5.2.), pues de acuerdo con el dictamen medicolegal presentaba cierto grado de identificación con el agresor, al igual que dificultades para apartarse de la relación abusiva, lo que incluso ayuda a reforzar más la idea de por qué el portero los vio entrar y salir del edificio sin que su comportamiento denotase alguna anomalía o actitud por fuera de lo 'normal'.

En tercer lugar, carecía de toda importancia el que la experta del Instituto Nacional de Medicina Legal haya sostenido, y con razón, que le era imposible determinar por las fisuras encontradas en el ano si la penetración fue o no consentida⁸⁶, ya que, como se sostuvo en precedencia (*supra* 4), no hay que confundir la violencia física o moral que el agresor emplea para someter a la víctima con las lesiones que podrían presentarse en el desarrollo de una determinada actividad sexual, ya que la primera no es necesariamente coetánea a la perpetración de esta última.

En cuarto lugar, no desvirtúa el relato de la denunciante haber dicho de pasada que el procesado se cortó los pies ("*es muy violento, pelea con todo el mundo, rompe botellas y separa [sic] sobre los vidrios, se corta los pies, es demente*"⁸⁷), ni que en un dictamen medicolegal no hayan aparecido señales de edemas, excoriaciones, abrasiones, heridas o cicatrices⁸⁸, toda vez que Sandra Patricia Lamprea Duque, de veintitrés años al momento de poner los hechos en conocimiento de las autoridades, se refería a los sucesos de una relación abusiva y

⁸⁶ Folio 11 ibídem.

⁸⁷ Folio 7 del cuaderno I de la actuación principal.

⁸⁸ Folio 44 del cuaderno II de la actuación principal.



de maltratos que comenzó cuando tenía catorce o dieciséis años de edad.

Por el contrario, para el Tribunal sí fue trascendente que la víctima presentara una *"excoriación lineal desde muslo hasta pierna izquierda, compatible con el atropellamiento y el dicho según el cual [el procesado] le lastimó una rodilla"*⁸⁹.

En quinto lugar, la circunstancia aludida por Sandra Patricia Lamprea Duque, en el sentido de que NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS la había penetrado con un cuchillo, no es absurda ni imposible, pues, tal como lo aclaró la primera durante la etapa de instrucción, éste lo hizo con el mango y no con la hoja (*"me metía cuchillos en la vagina, o sea, por el lado del mango, y me tomaba fotos así"*⁹⁰).

En sexto lugar, en la transcripción de las conversaciones telefónicas aportadas por la denunciante, carece de relevancia profundizar en las expresiones descontextualizadas que destacó el recurrente (como *"sólo quiero deshacerme de ti"*⁹¹), o en el hecho de que no hubieran hablado acerca de lo que ocurrió el 8 de enero de 2002, máxime cuando Sandra Patricia Lamprea Duque le reprochó al procesado su conducta violenta al decirle de manera sarcástica que jamás la había atacado (*"M: [...] ¿yo cuándo la he tocado, Sandra? / F: ¡No, nunca!"*⁹²).

⁸⁹ Folio 16 del cuaderno del Tribunal.

⁹⁰ Folio 44 del cuaderno I de la actuación principal.

⁹¹ Folio 65 del cuaderno II de la actuación principal.

⁹² Folio 53 ibídem.



19 Por último, no sobra aclarar que, al contrario de lo que afirmó el demandante, en ningún momento la ley o la jurisprudencia han tenido como hechos notorios o indicativos del consentimiento en la víctima las relaciones sentimentales y la vida sexual de una pareja.

Según el inciso 2º del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, los hechos notorios, al igual que las afirmaciones o las negaciones indefinidas, son aquellos que no requieren de prueba y, de acuerdo con la doctrina⁹³, la notoriedad de un hecho se produce cuando en el medio social en donde se presenta, o en la rama del saber en la que se divulga, es conocido por la generalidad de las personas, de manera que también puede ser adoptado por el juez al momento de valorarlo, sin que por ello se constituya en conocimiento privado, ni tampoco se confunda con la fama, reputación o los rumores públicos, razón por la cual carece de correspondencia alguna con el objeto de prueba en este asunto, que es atinente a la realización de un delito de violencia sexual en el ámbito de las relaciones interpersonales. >

5.5. En consecuencia, como ninguno de los argumentos del demandante está llamado a prosperar, la Sala no casará la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

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,

⁹³ Cf., entre otros, Devis Echandía, Hernando, *Tratado general de la prueba judicial. Tomo primero*, Temis, Bogotá, pp. 217 y ss.



RESUELVE

NO CASAR el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

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

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESTUNOSA PÉREZ

IMPEDIDA

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
- DELANO VOTO -

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. ABÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Respetuosamente –no faltaba más- presentamos las razones esenciales que nos llevan a (i) respaldar la parte vertebral de la decisión por albergar una lícita y elogiabile discriminación positiva (artículo 13 inciso 2 Const. Pol.) a favor de la mujer-minoría, pero (ii) a la vez, a referir la preocupación por poder trascender a precedente judicial lo que a la postre puede significar una paradoja de desigualdad al exacerbar penalmente la protección de una minoría con el correlativo sacrificio de los derechos fundamentales de quienes casuísticamente puedan aparecer oficiando como victimarios, repercutiendo a discriminación negativa que repudia el acervo axiológico de nuestra Carta de navegación (artículo 13 Const. Pol.):

(i) En un loable, encomiable y monumental ejercicio académico-pedagógico, se relacionan las normas más salientes del bloque de constitucionalidad dirigidas a aminorar la regular situación de desventaja de la mujer en una civilización-cultura dominada por el androcentrismo:

tal perspectiva permitió que la mujer legalmente fuera considerada como incapaz, no sólo para adquirir derechos sino para contraer obligaciones y en todo momento



dependiera de un hombre: primero del padre y luego, cuando casada, de su esposo¹,

situación penosa que ha alcanzado niveles que destrozan todo estándar internacional con razón y motivo del conflicto armado no-internacional padecido por Colombia y reconocido en las últimas épocas de la muy convulsionada historia nacional, esencia de la solicitud para que se enliste el atropello sexual como delito de lesa humanidad no susceptible de amnistía (Resolución 135 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas)².

En las fuerzas armadas regulares e irregulares se ha constatado la violencia a que son sometidas por superiores y compañeros, y en las segundas, su reclutamiento involuntario incluso siendo niñas. En la desmovilización colectiva representan un 6% y en la desmovilización individual un 13%, espacios en los que se da cuenta de violaciones, prostitución forzada, esclavitud sexual y doméstica, anticoncepciones y abortos forzados. Y los sistemas de justicia nacional y penal internacional responden menos de lo que debieran, en obediencia al elemento central de la desigualdad entre hombres y mujeres presente en el mundo entero.

(ii) Empero, encontramos irrazonable el señalar por el juez linderos y muros a estrategias diseñadas por el defensor para

¹ "Las Constituciones de origen decimonónico que estuvieron vigentes en Hispanoamérica hasta bien entrado el siglo XX y todas las legislaciones que regularon las relaciones conyugales y la vida de la mujer en sociedad, siempre la tuvieron como un menor de edad necesitado de tutoría, como por ejemplo se palpa en el ejercicio de la ciudadanía: obsérvese que en Colombia sólo hasta el año 1936 se le permitió ocupar cargos públicos y después del plebiscito de 1957 se le autorizó ejercer el derecho al voto". YESID RAMÍREZ BASTIDAS, *Mujeres y bloque de constitucionalidad en Corte Suprema de Justicia y Garantías Fundamentales*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2007, página 10.

² "Es de destacar que una de las violaciones sexuales fue inducida por una mujer paramilitar, en lo que es posible observar la supresión de cualquier empatía de género con la víctima, y la preeminencia del sentimiento de hostilidad desde su percepción del otro como su 'enemigo'. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *La Masacre de El Salado: Esa guerra no era nuestra*, Bogotá, 2009, página 71.

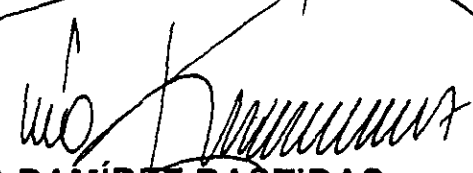
bregar por los intereses de un agresor que, como todo procesado, también es titular de garantías y derechos que con la estirpe de fundamentales reconoce y avala el bloque de constitucionalidad, y que la jurisprudencia en ámbitos de la jurisdicción ordinaria –para contraponerla a la justicia transicional, en donde las prerrogativas de las víctimas en juicios de proporcionalidad y de ponderación priman frente a las de los victimarios- ha privilegiado de cara a las restantes partes e intervinientes procesales.

(iii) Concedemos que una argumentación desbordada puede revictimizar a la mujer atropellada, y eso es detestable. También creemos que en estas sensibles temáticas, el contexto a probar y de argumentación defensiva y de análisis judicial, se debe circunscribir al episodio preciso denunciado como ilícito.

Pero dista de ser abusivo traer a cita por el defensor en su tarea importante en sede de un Estado constitucional de Derecho, piezas probatorias, más si son de la propia cosecha de la víctima, que digan sobre intimidades sexuales escabrosas cumplidas desde hace tiempos y en los que se puede comprender y abarcar el episodio denunciado por ser contemporáneo y de la misma tonalidad, contexto del que es posible inferir judicialmente la utilización vivaz de la acción penal para fenecer un pasado tormentoso pero consentido y buscar otros horizontes, como talvez se perfila de ese puente festivo de los Santos Reyes vivido en la cálida ciudad de Melgar, antesala de la postura y actitud jurídica de la señorita LAMPREA DUQUE.

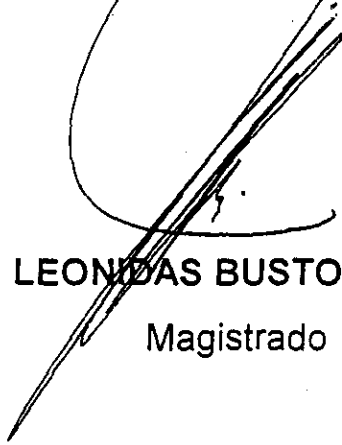
(iv) Y si hubo abuso en el ejercicio del derecho de defensa, no resulta suficiente en un amplísimo campo de discriminación positiva para amparar los derechos de la minoría-mujer, la mera amenaza judicial a manera de escarnio público, puesto que un tal comportamiento ha sido tipificado como punible desde siempre.

Cortésmente,



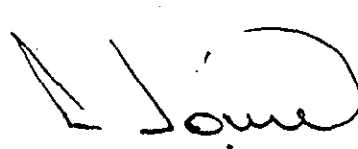
YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado



JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado



ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Magistrado

Fecha *ut supra*