

ARTURO ACERO, MIGUEL ALEJANDRO, "La evolución del delito de acceso carnal violento en aplicación de la perspectiva de género: caso Maria Odilia Henao Aristizábal. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de mayo de 2021, radicado 51.936, M.P. Patricia Salazar Cuellar", *Nuevo Foro Penal*, 99, (2022).

La evolución del delito de acceso carnal violento en aplicación de la perspectiva de género: caso Maria Odilia Henao Aristizábal. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de mayo de 2021, radicado 51.936, M.P. Patricia Salazar Cuellar¹.

"The evolution of the violent carnal access crime with the application of the gender perspective: Maria Odilia Henao Aristizábal case. Commentary about the judgment of the Supreme Justice Court of May 12 2021, filed 59.936, R.P. Patricia Salazar Cuellar

MIGUEL ALEJANDRO ARTURO ACERO SOLER²

1. Introducción

En el presente comentario jurisprudencial, se analizará la sentencia del 12 de

1 Estudiante de Noveno semestre de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero de derecho penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar". Correo Electrónico: miguel.acero@urosario.edu.co

2 El presente comentario jurisprudencial se desarrolló dentro de la investigación realizada en el Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar" de la Universidad del Rosario en el primer semestre del 2022, bajo la dirección de la Dra. María Camila Correa Flórez y Luisa Fernanda Téllez.

mayo de 2021, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 51.936, en la cual la Corte en esta oportunidad estudió el caso de la señora María Odilia Henao Aristizábal quien fue víctima de acceso carnal violento.

El objetivo que pretende este texto es el de analizar la histórica decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en materia de enfoque de género en el delito de acceso carnal violento, para lo cual se hará un análisis jurisprudencial de esta corporación y el desarrollo doctrinal sobre la materia del acceso carnal violento. Principalmente se analizará como se le ha dado el trato a este tipo de casos a lo largo de la historia desde un enfoque machista, sobre todo en las exigencias del elemento violencia con el cual se configura este delito y el consentimiento como excluyente del tipo.

En virtud de lo anterior, se utilizará el presente orden de investigación, luego de expuestos los hechos que tienen relevancia jurídica de la sentencia, aquellos aspectos fundamentales de relevancia procesal, el cargo formulado por el casacionista y las consideraciones de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se sentarán unas bases fundamentales de tinte doctrinal y jurisprudencial sobre la manera en cómo se ha determinado la configuración del delito de acceso carnal violento, además de los elementos de violencia en este tipo de delitos y del consentimiento como excluyente de la responsabilidad penal. Lo anterior dará pie para mostrar la problemática fehaciente del tinte machista con el cual se ha tratado este tipo de casos en la configuración del acceso carnal violento, sobre todo en las exigencias que se hacen para probar la falta de aquiescencia de la víctima y la necesidad de que estos casos se traten con enfoque de género.

2. Hechos jurídicamente relevantes

El caso estudiado por la Honorable Corte Suprema de Justicia se resume básicamente en que el día 23 de agosto del año 2015 María Odilia Henao Aristizábal quien en esa época era una persona mayor de 70 años, acompañó a su hermana Herculía Henao Aristizábal a eso de las 9 de la mañana al consultorio de Carlos Enrique Ávila Barbosa quien desarrollaba la profesión de médico acupunturista en la Ciudad de Tuluá (Valle del Cauca).

La señora María Odilia se encontraba en la sala de espera cuando el médico Ávila Barbosa se acercó a ella para entablar una conversación, ya en la conversación la señora María Odilia le manifestó que sufría de dolores en el cuello, a lo cual el señor Ávila Barbosa le propuso realizarle unos masajes desde su experiencia como médico acupunturista de medicina alternativa china, a lo cual la señora aceptó y este

la hizo seguir a su consultorio y la recostó en una camilla.

Durante la terapia propuesta por Ávila Barbosa, el comenzó a acariciarla en sus partes íntimas, luego procedió a taponarle la boca con una mano, luego de pedirle que guardara silencio, sacó su miembro viril, le bajó los pantalones a la señora María Odilia y la accedió por vía vaginal.

3. Actuaciones procesales de relevancia

El día 30 de diciembre de 2015 ante el juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tuluá, la Fiscalía le imputó a Carlos Enrique Ávila Barbosa los delitos de Acceso Carnal Violento y Acto Sexual Abusivo con incapaz de resistir, cometidos ambos en circunstancia de agravación punitiva, en concurso de conductas punibles (En concordancia con los artículos 205, 210 y 211-2 del Código Penal).

Luego de presentado el escrito de acusación por parte del Fiscal 30 Seccional de Tuluá, por reparto le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad para adelantar la etapa de juzgamiento. Las audiencias de acusación y preparatorias se celebraron los días 14 de marzo de 2015 y 27 de abril de 2016 de manera respectiva.

Mediante sentencias proferidas por este despacho judicial los días 30 de agosto de 2016 y del 9 de mayo de 2017 respectivamente, se emitió doble fallo absolutorio en favor de Carlos Enrique Ávila Barbosa, el primero en relación sobre el delito de Acceso Carnal Violento y el segundo frente al Acto sexual abusivo con incapaz de resistir. Es menester resaltar que tanto el recurso de apelación como el de casación, se surtieron en relación con el delito de Acceso Carnal Violento.

El día 15 de septiembre de 2017 luego de que el delegado de la Fiscalía y el representante de la víctima apelaran la decisión tomada por el juzgado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga mediante providencia de esta fecha confirmó el fallo en su integridad.

Por último el delegado de la Fiscalía General de la Nación de manera oportuna interpuso el recurso extraordinario de casación. La demanda fue estudiada en su aspecto formal y admitida mediante auto del 29 de julio de 2019, surtiéndose el trámite de sustentación en audiencia pública el día 4 de febrero de 2020.

4. Demanda de casación

La demanda de casación que fue promovida por el delegado de la Fiscalía General de la Nación y está cuenta con un único cargo. Este único cargo alega falso raciocinio el cual se fundamentó en la causal previa del numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, de esta manera presentó un cargo contra la sentencia de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial, debido a errores de raciocinio en la apreciación de las pruebas, lo cual condujo a faltar en la aplicación de los artículos 380 y 381 de la Ley 906 de 2004.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación en su demanda desarrolla su fundamento jurídico exponiendo que el Tribunal incurrió en la errada construcción de una máxima de la experiencia, al pensar que, frente a la acción ejecutada por el acusado, la víctima tuviese la obligación de realizar determinado comportamiento para repeler de manera activa la acción que el acusado estaba ejerciendo sobre su integridad sexual.

Enfatiza el demandante que las víctimas de comportamientos de índole sexual reaccionan de manera diferente, que es menester tener en cuenta que en la valoración de las circunstancias en que se realizaron estos actos, la víctima en el caso en concreto es una mujer mayor de 70 años, quien en su declaración afirmó que ella no consintió la relación sexual y que el médico se aprovechó de sus condiciones, sin que ella pudiera prever que de la terapia alternativa se desencadenaría una actividad de índole sexual, para lo cual no se prestó ni consintió.

Es así como el demandante contrario a lo que determinó el Tribunal afirma que las máximas de la experiencia en el caso en concreto indicarían que en las condiciones en que se produjeron los hechos, no puede afirmarse ni sostenerse que hubo una relación consentida y en cambio sí existió una actuación dolosa por parte del médico. Recalca de igual manera que el mismo Tribunal admitió que la versión de la víctima goza de digna credibilidad, por lo cual el Tribunal erró al afirmar que la ausencia de oposición en la realización de la conducta pudo ser interpretada por el acusado como un consentimiento por parte de la víctima.

5. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia

5.1. Explicación de los fundamentos de las diferentes instancias

La Corte Suprema de Justicia en primera medida esbozó cuales fueron los argumentos tanto del fallador de primera instancia como del Tribunal para absolver al acusado.

Referente al fallo de primera instancia resalta que el fundamento que se utilizó fue que surgieron dudas sobre las circunstancias en que se presentaron los hechos, puesto que de los relatos afirman que la denunciante ofreció versiones contradictorias sobre el momento en que se produjo el acceso carnal violento. De la misma manera sostienen en su fallo que no se acreditó ninguna clase de violencia extrema en la actuación del procesado (ni de carácter físico ni moral) y por último colocó en duda las conclusiones de la prueba pericial referente al análisis de ADN en el protector vaginal de la víctima, puesto que consideraron que existían defectos en la cadena de custodia que inciden en la autenticidad de la prueba. De esta forma el fallador de primera instancia absolvió al acusado.

El Tribunal por su parte confirmó la sentencia impugnada, pero por razones diferentes a las del juzgado de primera instancia. En primera medida no encontró contradicciones en el testimonio de la víctima, ni mucho menos colocó en duda la prueba pericial, pues es claro que de ella se corrobora la presencia del ADN del acusado; sin embargo, aunque el tribunal admitió como digno de credibilidad el testimonio de la víctima, este sostuvo que surgían dudas plausibles sobre si el acceso carnal al que la víctima hace referencia fue cometido por el acusado con violencia física o moral, ya que del relato de la víctima no se puede inferir que esta haya estado en oposición para el desarrollo de la actividad sexual, es así como amparado bajo el principio de in dubio pro reo el tribunal mantuvo la absolución del acusado.

5.2. Consideraciones de la Corte sobre la existencia del hecho y de la conducta punible

La Corte estima que en el caso en concreto existen dos problemas jurídicos, los cuales son de materia probatoria. Por un lado, determinar si dentro del curso de los hechos se consumó una relación sexual entre la víctima María Odilia Henao Aristizábal y el acusado el señor Carlos Enrique Ávila Barbosa, el segundo problema jurídico es el de determinar si ese encuentro sexual se consumó bajo el consentimiento de la víctima o por el contrario fue ejecutado con violencia por parte del acusado. Al desarrollar estos dos problemas jurídicos la Corte cuestionó la existencia de la conducta y posteriormente la tipicidad de esta.

a. Existencia del hecho

En cuanto al primer problema jurídico la Corte Suprema realizó un raciocinio a partir del testimonio de la víctima María Odilia Henao Aristizábal el cual fue confirmado en parte por la misma madre del acusado quien se encontraba en la sala de espera del consultorio ese día. El acto sexual denunciado por la víctima fue constatado especialmente a partir del dictamen pericial de genética rendido en juicio por la genetista Rosa Elena Romero Martínez del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien tras comparar la información genética obtenida de la sangre, de la saliva del acusado y de los residuos hallados en el protector vaginal concluyó que del protector vaginal que llevaba la víctima el día de los hechos este tenía células de Carlos Enrique Ávila Barbosa.

De la misma manera y previamente a la comparación genética, se llevó a cabo el estudio de bacteriología de la perita encargada Adriana Rivera Peña adscrita al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se encontró la presencia de semen en el protector vaginal aportado por la víctima como material probatorio, de esta manera, la Corte estima razonable y coherente que conforme a los estudios científicos sustentados a través de peritos en el juicio oral, el protector vaginal que la señora María Odilia Henao Aristizábal llevaba el día de los hechos tenía el semen del acusado, lo cual confirma la versión de los hechos que la víctima expuso.

La Corte desestimó que el material genético encontrado en el protector vaginal haya sido consecuencia de una transferencia producto de un mal manejo de las evidencias, puesto que como fue expuesto en juicio oral, este elemento material probatorio fue sometido con rigor a los protocolos de cadena de custodia. También desestimó el argumento del *ad quem* puesto que en el momento en que la víctima realizó la denuncia se encontraba con las prendas de vestir y con el protector vaginal de los hechos, los cuales entregó al día siguiente al médico legista donde la remitieron y el cual los embalgó y remitió a la investigadora del CTI en debida forma; dado lo anterior es ilógico y carece de cualquier sustento el pensar que existió una injerencia externa sobre los elementos materiales probatorios.

Es así como a través del testimonio rendido por la víctima y por las corroboraciones de los dictámenes periciales la Corte concluyó que es cierto e irrefutable que el día 23 de agosto de 2015, la señora María Odilia Henao Aristizábal mientras acompañaba a su hermana al consultorio del señor Carlos Enrique Ávila Barbosa, ingreso al consultorio del médico acupunturista para recibir un masaje terapéutico que este le ofreció y allí adentro, sobre la camilla, se desencadenó un encuentro sexual entre la víctima y el acusado.

b. Análisis del elemento del consentimiento y de la posible existencia de un error de tipo como excluyente de la responsabilidad

Luego de dejar por sentado la real ocurrencia del encuentro sexual entre María Odilia Henao Aristizábal y el señor Carlos Enrique Ávila Barbosa, la Corte analizó la decisión del Tribunal quien estimó que no se alcanzó el estándar probatorio para demostrar que el acusado realizó el tipo penal de Acceso Carnal Violento, puesto que no existe un conocimiento que supere la duda razonable en relación con el elemento típico que hace referencia a la violencia. El Tribunal sustentó esto al darse cuenta de que al momento de analizar a la víctima no le fue posible deducir con grado de certeza una resistencia real de ella, tendiente a que no se consumara el encuentro sexual. De la misma manera el Tribunal afirmó que de haberse resistido, la víctima habría realizado cualquier acción positiva tendiente a prevenir esto, como levantarse de la camilla o gritar.

La Corte estima que el Tribunal discierne de manera equivocada, fundamentándose en una dogmática penal y doctrina jurisprudencial desarrolladas en una época distinta con condiciones sociales muy diversas a las actuales, la cual determinaba que para constatar la violencia se requería de la víctima una resistencia seria y constante. Para enfatizar y ejemplificar de mejor manera la Corte en su consideración trae a colación el pensamiento de él gran autor y penalista Francisco Carrara frente a eventos de delitos y de violencia sexual, a lo sumo el autor refiere: "La mujer que, de veras, no quiera, tiene modos bien positivos para hacer cierta y patente su contrariedad, tanto al hombre que la requiere como después al magistrado..." "La resistencia de la mujer debe ser seria y constante..."³, es así como la Corte afirmó que estas nociones eran de sociedades que no habían adoptado por ningún lado perspectivas de género, lo cual acolitaba las ideas de discriminación e inferioridad sobre la mujer en el campo de las ciencias sociales.

Hoy en día el panorama es distinto, pues se pretende imponer un cambio estructural del derecho penal que interiorice la perspectiva de género en los tipos penales, en su investigación y en su posterior sanción. Es así como la Corte afirmó que bajo esta nueva lógica dogmática no se le puede exigir ninguna clase de oposición a la víctima de esta clase de delitos para manifestar su falta de aquiescencia, pues el enfoque de género pretende eliminar estos estereotipos que, como en el caso en

3 CARRARA, F, *Programa del curso de derecho criminal. Parte Especial*, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 254.

concreto, exigen a la mujer víctima de estos abusos unas acciones u obligaciones tendientes a manifestar su desagrado de la situación.

Es menester resaltar que precisamente la libertad sobre la sexualidad como un derecho ha sido uno de los fundamentos para que se desarrolle la emancipación de la mujer de la dominación patriarcal, de esta manera buscando la igualdad dentro de la sociedad. Es así como en materia penal se exige que la vinculación de los funcionarios a una perspectiva de género los obligue a liberarse de sesgos o predisposiciones de género, puesto que si lo hacen incurren en un falso raciocinio al incorporar reglas de experiencia que tienen tinte machista sobre cómo debe o no debe actuar una mujer frente a la inminente amenaza de una agresión sexual.

La Corte determinó que, bajo la perspectiva de género, la realización del tipo penal de acceso carnal violento en donde confluente como elemento fundamental la violencia, debe ser examinada desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo de la conducta punible y no desde la víctima, pues se corre el grave riesgo de incurrir en una desigualdad de carácter material. De la misma forma afirmó la Corte que en este tipo de delitos el actuar de la víctima es irrelevante ya que cada persona reacciona a estímulos y situaciones de manera diferente, por lo cual lo que para una persona puede desencadenar una reacción activa de furia desenfrenada, para otra simplemente puede desencadenar una reacción de temor profundo y silencio absoluto.

Recordó igualmente la Corte que esta perspectiva, especial en este tipo de delitos, tiene sustento normativo específicamente en el numeral 2 del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014 por medio de la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual. Pues en dicha ley se les recomienda a los funcionarios que la valoración del consentimiento no puede inferirse ni concluirse a través de reglas de experiencia por el silencio o para la falta de una conducta activa de la víctima para repeler la violencia de carácter sexual. También antes de esta ley, mediante la ley 1448 del 10 de junio de 2011 o Ley de Víctimas se señaló que dentro de la materia probatoria de los delitos sexuales, específicamente para determinar el elemento del consentimiento: 1) No se podrá inferir del silencio o falta de resistencia por parte de la víctima la aquiescencia de esta sobre la violencia sexual que ha recibido, 2) Tampoco de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta no sea capaz de dar su consentimiento de manera libre y voluntaria, ni cuando las circunstancias, fuerza o entorno hayan disminuido la capacidad de la víctima para poder consentir o no.

Por lo cual la Corte, tras hacer una ilustración de la perspectiva de género en el derecho penal, un breve análisis jurisprudencial reciente y una aplicación taxativa e integral de la normativa vigente frente al elemento del consentimiento como excluyente de la responsabilidad penal en las conductas de violencia sexual concluyó que: La víctima no está obligada a actuar de determinada manera para que se pueda establecer que la acción del autor del hecho punible fue violenta, sino que por el contrario deben analizarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar para inferir del contexto y del acontecimiento, si la relación sexual fue o no consentida, teniendo en cuenta claramente las relaciones surgidas entre la víctima y su agresor.

Ya en el caso en concreto al analizar nuevamente todo el testimonio de María Odilia Henao Aristizábal, la Corte encontró que las condiciones y la circunstancia misma en que se dieron los hechos, se identifica claramente la existencia del elemento de violencia contra la mujer, pues el autor de la conducta se aprovechó de su condición para someter a la mujer a una agresión sexual. La narración de la víctima es precisa y sin exageraciones, pues relató con claridad cada una de las situaciones que se originaron y que gobernaron los hechos constitutivos de la conducta, desde el momento en que acompañó a su hermana al consultorio del señor Carlos Enrique Ávila Barbosa hasta que lo abandonaron luego de lo sucedido; la sala de la Corte entiende perfectamente que dentro de los recuerdos de la víctima es totalmente normal que puedan omitirse algunos detalles o que existan algunas pequeñas imprecisiones pues la acción a la que fue sometida la hizo vivir una experiencia traumática, pero lo declarado corresponde a la espina dorsal de los acontecimientos, lo cual fue coherente.

Para finalizar su fundamentación respecto de este asunto la Corte aseveró que ninguna de las circunstancias que la defensa intentó alegar para convencer de que la víctima había prestado su consentimiento y que la relación sexual había sido plenamente consentida por ambas partes, tienen el peso necesario para edificar la duda razonable a favor del acusado. Por ende es menester resaltar que la Fiscalía demostró un grado de conocimiento certero más allá de duda razonable para determinar que el señor Ávila Barbosa realizó el tipo penal consagrado en el artículo 205 del Código Penal y que el *a quo* y *ad quem* habían caído en un yerro al pretender que era necesario la resistencia de la víctima o la conducta activa de la misma para demostrar su falta de aquiescencia sobre la conducta que el acusado ejecutó. También la Corte hizo un llamado a los funcionarios judiciales a incorporar la perspectiva de género en estos tipos de casos pues dentro del proceso hubo conductas que no eran conducentes ni mucho menos pertinentes para demostrar

la ausencia de consentimiento de la víctima, sino que por el contrario vulneraban la esfera privada de la misma.

Respecto de la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 2 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, fue aplicada pues de los hechos expuestos en el caso y que fueron posteriormente demostrados, se concluyó que la víctima depositó su confianza en el médico acupunturista, quien se aprovechó de las circunstancias, de su posición y de sus condiciones para ejecutar la conducta punible.

6. Desarrollo del comentario jurisprudencial

Una vez expuestas las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia frente al único cargo de la demanda de casación, se hará un análisis de estas para determinar si en Colombia existe una problemática fehaciente de tinte machista con el cual se ha tratado este tipo de casos en la configuración del acceso carnal violento, sobre todo en las exigencias que se hacen para probar la falta de aquiescencia de la víctima.

Para llegar a esta conclusión se abordará el estudio de caso de la siguiente manera: I) Breve estudio y análisis jurisprudencial y doctrinal de la configuración del delito de acceso carnal violento; II) Elemento de Violencia en la conducta típica del acceso carnal violento y III) Consentimiento como excluyente de la responsabilidad penal; para de esta manera exponer las conclusiones del presente texto.

a. Breve análisis jurisprudencial y doctrinal del delito de acceso carnal violento

Sentencia 9401-1996 del 08 de mayo 1996 Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia a través del Magistrado Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll emite Sentencia de Casación sobre un caso de acceso carnal violento. En la providencia, la Corte examina las distintas decisiones tomadas tanto por el *a quo* como por el *ad quem*, debido a que ambos falladores emitieron condena en contra del acusado y le impusieron pena privativa de la libertad, ya que consideraron probadas las conductas de acceso carnal violento y lesiones personales mediante un concurso de delitos.

La presente decisión de la Corte Suprema es interesante y fundamental para comprender la forma en como se entendía para la época el delito de acceso carnal

violento, ya que en ella se desarrollan los diferentes elementos del tipo penal para darle estudio a la procedencia del concurso de delitos con el delito de lesiones personales.

La Corte ha estimado que, en relación con las lesiones físicas de la víctima, se ha considerado que aquellas causadas por la simple relación sexual, como las normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer la resistencia quedaran contenidas sobre el mismo tipo de acceso carnal violento, pero era aquellas que causen o desborden estos límites, deben ser sancionadas de manera adicional, ya sea como delito autónomo o como simple circunstancia de agravación⁴.

De esta manera establece la sala que aquellos daños a la salud que la realización del hecho produzca y que sobrepasen los límites establecidos para la comisión del acceso carnal violento, concurrirán como un delito autónomo junto al tipo penal mencionado con anterioridad.

Es importante mencionar que la Corte le daba un tratamiento a este tipo de delitos desde una perspectiva objetiva vista desde la comisión del hecho punible pero no desde la posición de la víctima. La presente sentencia es relevante puesto que, al dictar el fallo, la corporación tuvo que examinar el estado actual de salud en el que se encontraba la víctima; es así como a través del segundo dictamen de Medicina Legal se determinó que la mujer sufría de perturbación psíquica de carácter permanente derivada de hecho ilícito. Posteriormente, a través de otras pruebas más, se constató que esta perturbación psíquica le ocasionó cambios en su personalidad natural como ansiedad, cambios emocionales, inestabilidad, abatimiento, sentimientos neutros o negativos, entre otros. A partir de este análisis específico a la mujer, la Corte le da la razón *al a quo y ad quem* confirmando el fallo, pues estima que los daños psicológicos causados a la mujer derivados de la violencia sexual traspasaron las líneas de aquellos que naturalmente se cometen por el hecho de realizar el acceso carnal violento, por esto la Corte estima que es correcto aplicar el concurso de hechos punibles con el delito de lesiones personales.

Vemos en la presente providencia como el delito de acceso carnal violento era estimado de una forma objetiva, vista a través del simple componente de realización de la conducta y de unos daños causados, sin embargo, para emitir el fallo la Corte tuvo que estudiar el estado de salud de la mujer; esto es signo, aunque tenue de aplicación de la perspectiva de género en casos de acceso carnal violento; esto es así pues la Corte en sus consideraciones se desligó de predisposiciones machistas inmersas en

4 Sentencia, 9401-1996 Id 409309, del 8 de mayo del 1996, M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll.

la sociedad y por el contrario se centró en el estado de la víctima, las consecuencias tanto a nivel físico como psicológico que le repercutieron en la sociedad a esta mujer y los posibles tratamientos que como víctima puede realizar para superar este trauma. Nuevamente es menester resaltar que el tratamiento de estos delitos se hacía de una manera objetiva sin tener en cuenta los daños causados a la mujer.

Sentencia 2714-2018 del 11 de Julio de 2018 Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia a través de su magistrado ponente Dr. Eugenio Fernández Carlier emite sentencia debido al recurso de casación interpuesto por el apoderado de la víctima, ya que el *ad quem* (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja) absolvió al acusado del delito de acceso carnal violento.

La corporación dentro de la sentencia estudia la incidencia de los diferentes elementos del acceso carnal violento como lo son: el acceso carnal, la violencia, el consentimiento y el nexo de causalidad que existe para la realización de la conducta. Critica fuertemente la corporación el hecho de que el Tribunal Superior del Distrito de Tunja a través de un falso juicio de identidad y un yerro en la interpretación sistemática, adoptó una decisión errónea en el caso en concreto, pues al valorar el testimonio de la víctima y las pruebas que la acompañaban, desarrolló una interpretación errónea y, a nuestros ojos, discriminatoria, al afirmar que el hecho de que la menor se haya quedado petrificada durante la comisión del hecho punible constituía una especie de consentimiento que facultaba al agresor a realizar la conducta.

De la misma manera el *ad quem* afirmó que debido a que la denuncia fue interpuesta con un tiempo considerable a la realización de la conducta, esto hizo que perdiera credibilidad el testimonio de la víctima, a lo cual la Corte estimó que es un yerro en la apreciación (pues no todos los seres humanos reaccionamos de la misma manera) y la familia no quiso entablar la denuncia con anterioridad debido a la revictimización que podía traer consigo para la víctima.

Es así como lo establece:

La Sala no puede dejar de resaltar que, en el análisis materializado a lo largo de las consideraciones plasmadas en la sentencia atacada, se advierte un marcado sesgo basado en estereotipos inadmisibles.

El examen de la versión de la titular del bien jurídico partió del etiquetamiento que el *ad-quem* hizo de aquella como “una adolescente con adecuada formación académica y desenvolvimiento urbano”, en quien por lo tanto era ilógico e inverosímil su reacción ante la violación.

Y así, haciendo abstracción de que se trataba de una niña que acababa de superar los doce años de edad (a la cual, dicho sea de paso, la ley la presume incapaz de dar consentimiento válido en temas sexuales), y que apenas iniciaba a cursar octavo grado de escolaridad, le exigió que frente a la sorpresiva arremetida de su agresor y pese a la forma violenta en que éste la sometió (con el peso de su cuerpo y tapándole la boca con una mano), ella tenía que oponer resistencia o dar alguna señal de no querer la cópula. O que ella estuvo en condiciones de pedir auxilio, pero no lo hizo, y que entonces su comportamiento (llorar y quedarse inmóvil) sería equivalente a “actos tendientes a demorar esos actos previos con desaires pasivos o protestas simuladas para encubrir el propio deseo tras una pose de simulada desaprobación”⁵.

De esta manera evidenciamos cómo el tribunal, bajo una óptica llena de prejuicios y discriminatoria, le exigía a la menor el deber de actuar de cierta manera para que el delito se configurara. Por esta razón, la presente sentencia cobra especial importancia al establecer que en los casos de acceso carnal violento no es exigible a la víctima el despliegue de una acción de resistencia frente al acto sexual que no es consentido. Recuerda la corporación la sentencia SP, 23 en. 2008, rad 20413 donde la misma Corte argumenta:

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 violenta⁶.

Encontramos entonces en la presente jurisprudencia un gran avance en cuanto al enfoque de género necesario para la resolución de estos casos; pues ya no es necesario para que se configure el delito que la víctima actúe de una manera en particular, pero sin embargo es preocupante el ver cómo los falladores de primera y segunda instancia resuelven este tipo de casos con prejuicios, con preceptos machistas y revictimizando a las víctimas.

5 Sentencia, 2714.2018, del 11 de julio del 2018, M.P: Eugenio Fernández Carlier

6 Sentencia, 20413, del 23 de enero del 2008, M.P: Julio Enrique Socha Salamanca.

Sentencia 5395-2015 del 06 de mayo de 2015 Corte Suprema Justicia

La Corte Suprema de Justicia a través de la magistrada María Del Rosario González Muñoz emite sentencia de Casación contra el fallo emitido por el Tribunal Superior de Pasto, quien absolvió al acusado por considerar que la relación sexual fue consentida por la víctima debido a su cercanía con el victimario y porque no opuso resistencia a la violencia ejercida durante la comisión del hecho punible.

En esta sentencia la Corte realiza un análisis sistemático e innovador del elemento de violencia requerido para la comisión del acceso carnal violento (lo cual se estudiará con posterioridad en este comentario), pero es menester resaltar aspectos puntuales para el estudio del tratamiento del acceso carnal violento en la jurisprudencia.

El Tribunal de Pasto decidió absolver al acusado por tres razones en específico: (1) a juicio del tribunal encontró que el testimonio rendido por la víctima era ilógico y no tenía coherencia, además que si bien se encontraban tendencias depresivas o agresivas que constataban el impase de algún suceso esto no acreditaba que haya sido por la comisión de un acceso carnal; (2) según el tribunal los testimonios rendidos por personas cercanas del sector acreditaban que la víctima y el acusado sostenían estrechos lazos de convivencia y cercanía, tanto así que jugaban entre ellos, por lo cual infieren que sostenían una relación cordial y amena; (3) el tribunal afirma que el hecho de que el acusado haya ejercido violencia durante la relación sexual no quiere decir que esto configure un acceso carnal violento, puesto que sostienen que de los testimonios se infiere que la víctima no opuso ninguna clase de resistencia por lo cual consintió la relación sexual, además que ya tenía edad para realizar cualquier tipo de acción.

La Corte Suprema de Justicia critica enfáticamente la decisión emitida por el *ad quem* a través de los argumentos expuestos, debido a que al realizar el análisis del elemento violencia que es constitutivo del acceso carnal violento determinan que:

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

debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización⁷.

Por lo cual para la Corte es claro que el Tribunal de Pasto emitió una sentencia discriminatoria contra la víctima, que a luces de la mala interpretación del elemento violencia constitutivo del tipo penal incurrió en un yerro por falso raciocinio, pues el *ad quem* le exigía a la víctima adoptar cierta posición específica y la realización de una conducta de oposición para que el delito de acceso carnal violento se configurara; además que no tiene ningún sustento el argumentar que, si las relaciones interpersonales ex ante a la comisión del acto sexual eran cordiales, se podía derivar de ello el consentimiento para el desarrollo de una relación sexual.

Por el contrario la Corte realiza un análisis del elemento violencia desde sus diferentes acepciones física y moral, para entender como ya se expuso con anterioridad que el juez debió observar con detenimiento las circunstancias que rodeaban la comisión del hecho punible, como son la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima, que además no es exigible a la víctima el deber de realización de conducta alguna pues todas las personas procesamos las situaciones de formas distintas y más ella al ser una menor de edad de 15 años.

Es así como la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia es fundamental en el avance de la protección de los derechos de la mujer, puesto que valora desde una perspectiva cercana el testimonio de la víctima, no le exige el deber de actuar de determinada forma y además evita la revictimización en el caso en concreto.

Sin embargo, es relevante el destacar que, si bien la Corte Suprema de Justicia tiene una visión amplia y avanzada de la aplicación de justicia en los casos de acceso carnal violento, es sorprendente evidenciar como el fallador de segunda instancia emite un fallo discriminatorio, que no le da importancia al relato de la víctima, que la

7 Sentencia, 5395-2015 Radicado 43880, del 6 de mayo del 2015, M.P: María del Rosario González Muñoz.

estigmatiza y que por demás le exige la realización de una conducta en específico. Esto genera que la víctima como mujer sea revictimizada.

Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas (CORPORACIÓN HUMANAS)

La Corporación Humanas es:

Un centro de estudios y acción política feminista, cuya misión es la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres, el derecho internacional humanitario y la justicia de género, en Colombia y Latinoamérica.

Está conformada por un grupo de mujeres de diversas profesiones de las ciencias sociales, especialmente el derecho, la antropología y las ciencias políticas, que buscan contribuir a la promoción, difusión, defensa y protección de los derechos humanos de las mujeres, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Humanitario y de la Justicia de Género, así como la promoción y realización de iniciativas que contribuyan a comprender la situación de las mujeres en diferentes contextos y superar las desigualdades de género en los ámbitos político, jurídico, económico, social y cultural⁸.

La Corporación realizó este trabajo, donde estudió las dinámicas en la jurisprudencia colombiana en los casos de delitos sexuales cometidos contra las mujeres. En él se encuentra una amplia gama de Sentencias, las cuales fueron escogidas por la corporación en un marco de temporalidad (para las de primera y segunda instancia), desde el momento en que entró en vigencia el sistema penal acusatorio colombiano y para los fallos de la Corte Suprema desde la vigencia de la Constitución Política de Colombia 1991.

Dentro del estudio realizado se analizaron 210 sentencias, de las cuales el 51% son de primera y segunda instancia y el 49% son de las altas cortes. De la misma forma el 32% de las sentencias corresponden a casos de acceso carnal violento, donde en el 79% de los casos los fallos fueron condenatorios, el 18% fueron

8 Corporación Humanas. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales contra mujeres y niñas, Bogotá D.C., Ediciones Ántropos, 2010.

absolutorios y en el 3% los casos fueron anulados⁹.

Del estudio se evidencia que en los delitos de acceso carnal violento el 27% casos tienen mayor tendencia a ser resueltos desde puntos de vista prejuiciosos y estereotipos preconcebidos por una sociedad de tinte machista. Es así como en el 63% de los fallos que son absolutorios el eje central de la argumentación son prejuicios de los jueces que los dictan. De igual manera se ve que es en primera y en segunda instancia donde se presentan la mayoría de estos fallos prejuiciosos, los cuales colocan en situaciones incluso de revictimización a la víctima.

El mayor problema que evidenciamos en los resultados arrojados en el estudio es que hoy en día la justicia si bien está estructurada desde un punto de vista objetivo, que toma como pilar la Constitución Nacional y los derechos humanos, en los procesos penales que actualmente se están llevando a cabo, el fin que se les da es el de colocar en el eje central del problema, y del caso, al victimario, para lo cual en casos como el de estudio en el presente texto sobre el acceso carnal violento, se deja en una posición de inferioridad a la víctima, llegando al punto de generar una revictimización. Ejemplo claro es cómo muchas de las sentencias de primera y segunda instancia exigen a la víctima para acreditar la falta de aquiescencia que realicen ciertas conductas que haga entender la repelencia que tienen hacía el delito o cuando para acreditar la comisión de este delito se fundamenta en que la violencia debe ser solamente física e irresistible, dejando de lado la importancia de la violencia psicológica y los prejuicios que esto trae consigo.

Además, es curioso el encontrar en el presente informe de la Corporación Humanas, cómo las altas cortes (Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional) han dejado clara la importancia del testimonio de la víctima de delitos sexuales pero como en la práctica los fallos, tanto de los juzgados como de los tribunales, en primer y segunda instancia, muchas veces le restan importancia a estos testimonios e incluso colocan a la víctima nuevamente en situación de revictimización al no tomar en serio su relato, claro ejemplo son las sentencias que ya se analizaron¹⁰ Es así como a través del estudio de la Corporación Humanas se encuentra que el delito de acceso carnal violento ha tenido gran evolución en la jurisprudencia colombiana, colocando como eje central del debate los aspectos del tipo penal como lo son el elemento de violencia y el del consentimiento (que serán desglosados con posterioridad en este trabajo). De la misma manera se encuentra que las altas cortes han tenido grandes avances en el estudio del delito, eliminando requisitos que generan revictimización

9 Ibid., 2010.

10 Sentencia, 2714, del 6 de mayo del 2015.

y discriminación (un ejemplo claro de esto es cómo se eliminó el requisito en donde la víctima tiene que actuar de cierta manera para que se cometa el delito, puesto que es una concepción prejuiciosa y discriminatoria), pero si bien las altas cortes han tenido grandes avances, lastimosamente los juzgadores de primera y segunda instancia parecen no seguir en muchos casos los lineamientos de las cortes y siguen observando este delito desde ópticas prejuiciosas, machistas y discriminatorias.

Documento de Casos Jurídicos “Delitos Sexuales” (María Catalina Visbal Agredo)¹¹

En el presente documento se hace una recopilación de 20 casos sobre delitos sexuales, en los cuales las decisiones adoptadas fueron enfocadas desde la doctrina y/o la jurisprudencia en especial el delito óbice de nuestro análisis, el acceso carnal violento. Es importante entender a través de los casos como se ha aplicado la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país.

El primer caso estudiado es del 4 de abril de 2012 donde cuatro hombres acordaron ir a la escuela de un municipio y acceder de manera carnal a la profesora de este colegio, decidieron ir encapuchados y con armas, ya allí actuaron con violencia, amenazaron a la profesora y a una empleada, solo uno de ellos accedió carnalmente a la víctima. El gran problema que plantea este acceso es el de determinar si se configura la coautoría impropia en el delito de acceso carnal violento, para lo cual se realiza un estudio de los diferentes elementos del tipo.

De la resolución del caso podemos resaltar que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia:

El acceso carnal violento, por su naturaleza, está ubicado en los “delitos de propia mano”, que no permiten la configuración de la coautoría impropia. El acceso carnal violento es considerado uno de los casos típicos de delitos de propia mano, ya que solo es susceptible de ser ejecutado por quien desarrolla material, directa y personalmente la conducta. Se trata de una acción en la que se emplea el cuerpo como medio para cometer el delito¹².

Por lo que podemos evidenciar en este caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia han evaluado el delito y determinando que el acceso carnal violento se comete a título de dolo, haciendo uso de fuerza que vulnere la resistencia de la

11 VISBAL AGREDO, M. C, Documento de Casos Jurídicos. “Delitos Sexuales”, Bogotá D.C, Universidad de Los Andes, 2007.

12 Sentencia, 14896, del 8 de agosto del 2002

víctima y que además este es un delito de mano propia por lo cual no puede existir la coautoría si solo uno de los agresores accede carnalmente a la víctima.

El tercer caso que nos trae el trabajo realizado por María Catalina Visbalágreo, nos expone un caso de una menor de edad la cual vive en una finca lejana a un municipio. En horas de la noche la madre de la menor la envió a comprar una botella de aguardiente por lo cual decidió irse con 4 hombres mayores de edad que eran conocidos de la familia. Antes de ir al pueblo para comprar la botella, los jóvenes pasaron por la casa de uno de ellos llamado Pablo, allí bebieron 1 botella de aguardiente, luego pasaron a una tienda del municipio llamada "El Bebedero", donde se tomaron algunos tragos y ahí ocurrieron ciertos actos sexuales con Carmenza la cual era considerada como "fácil"; cuando se devolvían a casa de Carmenza los jóvenes pasaron nuevamente por la casa de Pablo, donde obligaron a Carmenza a bajarse e ir a la casa y ahí Pablo y sus amigos la accedieron carnalmente.

El problema que nos plantea el presente caso es que, si por el estilo de vida que lleva el sujeto pasivo, la protección sobre sus derechos pueden ser menores. Para lo cual en el análisis del presente caso:

Para la Corte el bien jurídico protegido con el delito de acceso carnal violento es el de la libertad sexual, el cual debe ser siempre protegido sin importar el modus vivendi de la agredida. En este sentido, "aun las mujeres de la vida disipada gozan de la protección de dicho bien jurídico". Por lo tanto, los cargos del recurrente al atacar la sentencia del Tribunal por no haber apreciado los testimonios de las personas que afirmaban que Carmenza vivía una vida desorganizada respecto a los hombres no es suficiente para traspasarle su derecho a gozar de una libertad sexual propia y por tanto dejar el delito impune¹³.

No obstante, lo anterior, es importante recalcar que:

La resistencia de la víctima tiene que ser seria y constante porque la relación sexual no puede realizarse sin el consentimiento de la víctima que se expresa en voces de auxilio, huellas o rastros en su cuerpo porque, basándose en la doctrina de Carrara, la mujer bajo la apariencia de una renuencia exterior, se oculta casi siempre un deseo vivísimo de consentir; la mujer que en verdad no quiere tiene medios muy positivos para demostrar cierta y clara oposición, tanto al hombre que la requiere como después ante los jueces para hacer indudable el dolo de aquel y tranquilizarla conciencia de estos¹⁴.

Se ve en el presente caso la aplicación de los conceptos y la visión que tiene

13 Sentencia, 10672, del 18 de septiembre de 1997, M.P: Dídimo Páez Velandia2

14 Sentencia 20030, del 17 de mayo del 2004.

la Corte Suprema de Justicia en la protección de la libertad sexual de la víctima y de la configuración del delito de acceso carnal violento. Es así como la Corte determina que el *modus vivendi* o la manera en que vive la víctima no importa para revisar la configuración del delito, sin embargo es importante observar como los falladores de primera y segunda instancia basan sus sentencias en concepciones arcaicas y machistas como las del doctrinante Francisco Carrara, lo que conduce a una revictimización y en el caso en concreto a una concepción machista, la cual le exige a la víctima comportarse de cierta forma por el hecho de ser mujer y de tener cierto estilo de vida.

Del trabajo de María Catalina en el análisis de los 20 casos podemos concluir que la doctrina y la jurisprudencia colombiana a manera general concuerdan con la definición del delito de acceso carnal violento, el bien jurídico que protege y la manera en que se configura; el delito se encuentra en el artículo 205 del Código Penal, protege el bien jurídico de la libertad sexual de las personas y se configura cuando una persona accede carnalmente a otra, ejerciendo cierta violencia ya sea física o psicológica, para lo cual es fundamental que no exista consentimiento por parte de la víctima.

Derecho Penal Especial: delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico, delitos sexuales.

El presente libro es un manual escrito por el profesor de Derecho Penal Luis Fernando Tocora¹⁵, en donde desarrolla los diferentes delitos que vulneran la libertad, integridad y formación de la sexualidad, específicamente nos centraremos en las páginas 253 a la 263 donde se estudia el delito de acceso carnal violento.

En él se coloca una breve noción donde se afirma que es “el delito sexual más grave, por la modalidad de acción, cuya naturaleza elimina la voluntad de la víctima, venciendo toda resistencia posible”.¹⁶

El profesor Tocora determina que el delito de acceso carnal violento tiene 3 elementos que lo componen, los cuales son: (i) acceso carnal; (ii) violencia; (iii) nexo de causalidad.

Como acceso carnal se entiende toda aquella penetración que se haga con

15 TÓCORA, L.F. *Derecho penal especial: delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico y delitos sexuales*, Bogotá D.C., Ediciones del Profesional, 2009.

16 *Ibid.*, 2009, p. 254.

cualquier parte del cuerpo humano o con algún objeto por vía vaginal, anal u oral. La violencia que será objeto de estudio en la siguiente parte de este trabajo a mayores rasgos el autor la define como aquella fuerza que impide o vence la resistencia para permitir el acto sexual que no es consentido y el nexo de causalidad hace referencia es que la violencia que se ejerce sobre la víctima debe tener relación y la finalidad de llevar a cabo el acceso carnal.

También determina el autor que la violencia que se ejerce en el acto sexual no es consentida por las partes, puesto que esta debe vulnerar a la víctima y doblegar totalmente su voluntad.

c. Elemento de violencia en la conducta típica del acceso carnal violento

La violencia en una acepción general es entendida según la Organización Mundial de la Salud como: “El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho, o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”¹⁷.

De acuerdo con lo desarrollado en el acápite anterior, el delito de acceso carnal violento se encuentra tipificado en el artículo 205 del Código Penal (Ley 599 de 2000), uno de los elementos que componen el tipo es el de Violencia, por lo que ha sido de gran estudio por parte de las altas cortes y de la doctrina en nuestro país.

Se procederá entonces a entender las posturas actuales que tanto la jurisprudencia como la doctrina han tenido sobre el elemento de violencia en la configuración del delito de acceso carnal violento:

Sentencia 5395-2015 del 06 de mayo de 2015 Corte Suprema Justicia:

La presente sentencia ya ha sido de especial estudio en la primera parte de este comentario, pero es menester traerla de nuevo a colación debido a que, en ella, la Corte Suprema de Justicia hace un análisis innovador y sumamente detallado del elemento violencia para la configuración del delito de acceso carnal violento.

La Corte determina que:

17 Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre la violencia y la salud. Washington D.C.: OPS. (2002).

El factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva *ex ante*, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida¹⁸.

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

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

Es más, dado que la acción constitutiva del delito en comento debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a

18 Sentencia, 5395 Radicado 43880, del 6 de mayo del 2015, M.P.: María del Rosario González Muñoz.

las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización¹⁹.

A grandes rasgos la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el elemento de violencia debe estudiarse desde una posición ex ante con una valoración de todas las circunstancias fácticas que rodean la comisión de los hechos. De esta manera se podrá entender el acto que constituye la violencia, el cual puede ir equiparado bajo la combinación de las modalidades descritas por la Corporación (violencia física y violencia moral) y además la idoneidad de la violencia la que no es otra cosa que el estudio más importante de este elemento. Pues es acá donde el juzgador infiere y determina que esta violencia si tiene la capacidad de doblegar o no la voluntad de cualquier persona que se encuentre en las mismas condiciones de la víctima.

Dentro de la sentencia podemos evidenciar cómo la corporación advierte que es en el estudio de la idoneidad de la violencia donde los juzgadores de primera y segunda instancia cometen mayores errores en la aplicación de sus criterios. Puesto que normalmente lo que hacen es simplemente valorar la situación fáctica en específico (donde hubo un desarrollo de violencia física en estricto sentido), pero no se detienen a ver las circunstancias que rodean el hecho de la violencia y si esta ha desembocado en violencia física.

Encontramos de la misma forma que la corporación advierte que los jueces de primera y segunda instancia en su mayoría a través de criterios personales y prejuiciosos desestiman la valoración probatoria sobre el elemento violencia, justificándola como en el caso en concreto de esta sentencia en que la víctima no reacciona. Por lo cual entienden que la “violencia” usada por el agresor no fue lo suficientemente determinante para doblegar la voluntad de la víctima y que si actuó de esta forma es porque quizás así lo quería.

Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas (CORPORACIÓN HUMANAS).

El estudio realizado por la corporación es importante debido a que recopilan la jurisprudencia colombiana sobre el elemento violencia en los delitos sexuales, en el encontramos que las cortes han entendido a la violencia como “toda acción que se utiliza para doblegar, someter o avasallar la voluntad de la víctima con el objetivo de

19 Sentencia, 5395 Radicado 43880, del 6 de mayo del 2015, M.P: María del Rosario González Muñoz.

lograr un resultado típico”²⁰.

Es relevante observar como en el trabajo realizado por la Corporación Humanas nuevamente las nociones y teorías sobre la distinción de violencia moral y violencia física se mantienen, por lo cual podemos inferir que han sido utilizadas de manera uniforme en la jurisprudencia para la configuración del delito de acceso carnal violento.

Sumamente relevante es el evidenciar como en la recopilación encontramos qué la jurisprudencia ha determinado que no es necesario que exista evidencia física de huellas o rastros de violencia para que esta configure, dado que lo que realmente es importante es que se haya cometido el hecho punible en contra de la voluntad de la víctima por cualquiera de los medios que puedan existir.

Un elemento fundamental que podemos ver en el trabajo realizado por la Corporación Humanas es el del deber de resistirse y la capacidad de la violencia de doblegar la voluntad, encontramos desafortunadamente que en su mayoría los jueces han tomado la teoría que para que se configure la violencia en el tipo penal la víctima debe actuar de cierta manera para dar a entender que desplego todos los actos que tuvo a su alcance; pero que la violencia ejercida fue tal que doblego su voluntad. Como postura jurisprudencial fundante de esta acepción encontramos la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 25743 de 2006, lastimosamente como ya se ha descrito esta postura jurisprudencial ha sido de gran acogida por diferentes jueces para argumentar sus decisiones. Pero

Este giro hace que para hablar de violencia se haga remisión directa a hablar de consentimiento. Que para hablar de violencia primero haya que establecer si la víctima hizo o no dejó de hacer todo lo posible para no facilitar la conducta querida por el agresor, antes que centrarse en analizar el dolo del sujeto activo y las acciones por él desplegadas. Significa entonces que, aun cuando la norma penal solo exige probar que el delito lo cometió el procesado “mediante violencia”, lo que hay que terminar probando es que la víctima no consintió la agresión.²¹

De esta manera esta postura acogida en mayor medida tiene ciertos problemas los cuales a gran escala son: (1) Que se vulnera lo estipulado por el legislador ya que para que se configure el delito este debe hacerse con violencia, no debe observarse si la víctima consintió o no en un primer estadio; (2) Desconoce

20 Corporación Humanas. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales contra mujeres y niñas, cit., Bogotá D.C., 2010.

21 Sentencia, SP 25743, del 26 de octubre de 2006, M.P: Álvaro Orlando Pérez Pinzón

precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la forma en que determina el elemento violencia pues la corte ha dicho “ que no es posible entender la existencia de un consentimiento real y libre de presiones “por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen”²², igualmente desconoce la jurisprudencia propia de la Corte Suprema de Justicia; (3) Por último desconoce a la propia dogmática jurídico penal de nuestro país pues se le está atribuyendo una carga que no le corresponde a la víctima que es la de actuar de cierta forma, se le está trasladando a la víctima aquel juicio de reproche que se le debe hacer al acusado y no a la víctima.

Al aplicar esta teoría que ha sido predominante se está vulnerando los derechos de las víctimas y se les está revictimizando de manera plena.

Derecho Penal Especial: delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico, delitos sexuales.

En su libro el profesor Tocora hace un análisis del elemento violencia específicamente en la configuración del delito de acceso carnal violento o violación como él lo llama.

Nuevamente podemos evidenciar que la doctrina se encuentra en la misma línea de la jurisprudencia al distinguir entre dos tipos de violencia (física o material y moral o psicológica). Es interesante observar como el profesor Tocora propone la tesis de algunos doctrinantes que determinan que es imposible que una mujer pueda ser violada por un solo hombre bajo la teoría arcaica recogida del texto de Cervantes donde se determina:

Que es imposible pues la fuerza de las piernas y la movilidad del cuerpo impedirán la realización del coito, de la misma forma que es imposible envainar una espada que es empuñada por otro y puesta por él en movimiento²³.

Si bien el profesor Tocora toma en consideración esta teoría arcaica, concluye que no es del todo cierta puesto que pueden existir otra serie de factores que generen que se doblegue la voluntad de la víctima en especial al ser mujer.

Si se diera aplicación de la teoría del texto de cervantes nuevamente estaríamos

22 Sentencia, T-458, del 7 de junio, M.P: Tafur Galvis

23 TOCORA, L. F. *Derecho penal especial: delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico y delitos sexuales*, cit., 2009.

ante una aplicación arcaica, errónea, discriminatoria y machista que vulnera los derechos de las mujeres y las coloca en estado de inferioridad y de poca credibilidad.

c. Consentimiento como excluyente de la responsabilidad penal

El término “consentimiento”, entendido “como la autorización o permiso para que se haga algo”, proviene del latín *consentiré*, y en su acepción originaria expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión. Por tal razón se emplea la expresión mutuo consentimiento, con análogo significado²⁴.

El consentimiento se encuentra en el artículo 32 del Código Penal, se establece como una de las causas de ausencia de responsabilidad exactamente en el numeral 2do del artículo.

En concordancia con el texto Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género podemos evidenciar como la autora Yolínliztli Pérez Hernández define el consentimiento dentro de las relaciones sexuales como la aceptación ya sea no verbal o verbal que se da de manera libre para poder participar de un encuentro sexual.²⁵

Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas (CORPORACIÓN HUMANAS).

De la misma manera que con el elemento de violencia, la corporación humana realizó un análisis jurisprudencial sobre el elemento del consentimiento específicamente en la materialización de los delitos de sexuales.

Encontramos que de la lectura del artículo 32 del código penal, se evidencia que existen bienes jurídicos de los cuales se pueden hacer disposición y de los cuales no, de esta manera es claro que los bienes jurídicos de libertad, integridad y formación sexual so bienes que no son disponibles para los menores de 14 años en concordancia con la legislación colombiana, igualmente para personas que se encuentren en incapacidad de resistir, en estado inconsciencia o en un estado que le impida dar su consentimiento inequívoco de realizar la actividad sexual.

Se ha estudiado el alcance que puede tener la conducta sexual y social de la

24 PÉREZ HERNÁNDEZ, Y, “Consentimiento sexual: un análisis desde la perspectiva de género”, en Revista Mexicana de Sociología, 2016, pp. 741-767.

25 *Ibíd.*, pp. 741-767.

víctima para la configuración del acceso carnal violento, afortunadamente la Corte Constitucional ha sido clara respecto de este tema y tiene en mayor medida una jurisprudencia unánime en cuanto que determina que no procede, que es inaceptable el cuestionar a la víctima por aspectos propios de su esfera privada. Por lo cual no procede que por hechos realizados o por un estilo de vida que la víctima lleve se pueda concluir que el hecho punible cuenta con el consentimiento de la víctima y por ende se excluye la responsabilidad del agresor.

La Corte Constitucional, Sala de Revisión, en su sentencia T-453 del 2 mayo de 2005 determinó:

Que cualquier prueba que se refiera al comportamiento sexual o social, previo o posterior, de una víctima de un delito sexual, resulta una intromisión innecesaria, irrazonable y desproporcionada; que pruebas de este tipo solo apuntan a cuestionar la idoneidad moral de la víctima lejos de aportar elementos de juicio sobre la forma como ocurrieron los hechos objeto de investigación; y que buscan reproducir un prejuicio social según el cual de una mayor predisposición o experiencia sexual se puede inferir el consentimiento de la víctima a un acto totalmente distinto y separado de las relaciones que ella [la víctima] hubiere podido tener con sus ex novios o amantes²⁶.

De la misma forma la Corte Suprema de Justicia ha ratificado de manera amplia la postura que ha adoptado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al decir que del modo de vivir de la víctima no se puede inferir el consentimiento de la agresión sexual que ha sufrido²⁷.

Derecho Penal Especial: delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico, delitos sexuales.

El profesor Tocora realiza el análisis del elemento del consentimiento a partir del nexo de causalidad entre la conducta y la violencia ejercida. Este determina que hay casos en el acceso carnal donde se ejerce violencia, pero es consentido en el sentido que se busca satisfacer los deseos de las personas que actúan en esta actividad y no se doblega la voluntad de nadie. Por lo que el autor ve que para que no exista delito alguno, el consentimiento en la realización de maniobras violentas debe ser claro e inequívoco por parte de los sujetos que desarrollan la actividad sexual.

26 Sentencia, T-453, del 2 de febrero de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

27 Sentencia, T-458, del 7 de marzo de 2007, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

De lo anterior podemos concluir que la ausencia de consentimiento es un elemento fundamental para la configuración del delito de acceso carnal violento, que la jurisprudencia ha hecho un amplio análisis de esta causal de ausencia de responsabilidad determinando que esta debe ser clara, expresa e inequívoca. De la misma forma se ha determinado que no se puede inferir del estilo de vida de la víctima que esta haya consentido o no el acto sexual, ya que vulneraría su esfera privada y generaría una situación de revictimización innecesaria, pues el observar aspectos de la vida privada de la víctima no es relevante para determinar la comisión de un delito de tal entidad.

7. Conclusiones

Es histórica y fundamental la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 mayo de 2021, radicado 51.936 y que es óbice del presente análisis, puesto que en ella se realiza una clara argumentación desde la perspectiva de género protegiendo de esta manera los derechos e intereses de la víctima; realiza especialmente su argumentación desde el análisis del consentimiento como factor de exclusión de la responsabilidad penal.

El análisis que hace la Corte Suprema sobre el elemento del consentimiento en el delito de acceso carnal violento, a nuestro criterio, es innovador y acertado puesto que revoluciona la jurisprudencia, ya que no le exige a la víctima realizar ninguna acción para determinar que se encontraba consintiendo la relación sexual debido a que todas las personas procesamos y actuamos de forma distinta las situaciones que la vida nos plantea.

El acceso carnal violento tiene una amplia gama de estudios tanto doctrinales como jurisprudenciales, es claro a partir del estudio realizado que las teorías aplicadas sobre este delito han ido evolucionando y cada vez más se ha intentado aplicar por parte de las altas cortes la perspectiva de género.

En concordancia con el estudio de casos, especialmente el realizado por la Corporación Humanas vemos la realidad de nuestro sistema judicial respecto de los fallos de este tipo de delitos. Encontramos lamentablemente que los juzgadores de primera y segunda instancia en gran porcentaje siguen aplicando teorías arcaicas que revictimizan y vulneran los derechos de las mujeres, pues siguen con enfoques de tinte machistas que no respetan las posturas que las altas cortes han adoptado en pro de precisamente aplicar la perspectiva de género en un sistema judicial que ha intentado evolucionar a las necesidades sociales.

En nuestro sistema judicial lamentablemente la protección a niñas, adolescentes

y mujeres disminuye en gran medida debido a la aplicación de teorías arcaicas, prejuiciosas y machistas.

Las altas cortes han generado un gran esfuerzo por desarrollar teorías acordes a la realidad social, que dignifican los derechos de las víctimas especialmente de las mujeres, lo cual genera un marco judicial de mayor credibilidad y confianza en este tipo de casos.

Los elementos de violencia y de ausencia de consentimiento son fundamentales para la configuración del delito de acceso carnal, pero estos deben ser vistos desde una óptica más amplia y aplicando la perspectiva de género para cuidar los intereses de las víctimas.

Colombia es un país que a lo largo de su historia se ha decantado por concepciones prejuiciosas y machistas, ejemplo claro es la exigencia que la jurisprudencia le hacía a las víctimas de acceso carnal violento para poder condenar a sus agresores; si bien hoy en día se ha generado una gran evolución y las altas cortes han hecho un gran esfuerzo, el grueso de nuestro sistema judicial sigue aplicando teorías arcaicas, machistas y prejuiciosas que vulneran los derechos de las mujeres.

Bibliografía

- CARRARA, F, *Programa del curso de derecho criminal. Parte Especial*, Buenos Aires, Depalma, 1946.
- CORREA FLÓREZ, M. C, "La violencia contra las mujeres en la legislación penal colombiana", *Nuevo Foro Penal*, 2018, pp. 11-53.
- MARTÍNEZ PACHECO, A, "La violencia: conceptualización y elementos para su estudio", *Política y Cultura*, 2016, pp. 7-31.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Y, "Consentimiento sexual: un análisis desde la perspectiva de género", *Revista Mexicana de Sociología*, 2016, pp. 741-767.
- RINCÓN ANGARITA, D. *Cuerpos colonizados: la violencia sexual como estrategia de guerra en Colombia*, Bogotá D.C.: Universidad La Gran Colombia, 2018.
- TOCORA, L. F, *Derecho penal especial: delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico y delitos sexuales*, Bogotá D.C, Ediciones del Profesional, 2009.
- VISBAL AGREDO, M. C, *Documento de Casos Jurídicos. "Delitos Sexuales"*, Bogotá D.C. : Universidad de Los Andes, 2007.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia T-453 (M.P Diana Fajardo Rivera ; Mayo 2 del 2005)
- Corte Constitucional. Sentencia, T-458 (M.P Alvaro Tafur Galvis; Junio 7 de 2007).
- Corte Constitucional. Sentencia, C-297 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado; Junio 8 de 2016).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 9401-1996 Id 409309 (M.P. . . ; Mayo 8 de 1996).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 10672 (M.P Didimo Paez Velandia; Septiembre 18 de 1997).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 14896 (Agosto 8 de 2002).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 25743 (M.P Álvaro Orlando Pérez Pinzón ; Octubre 26 de 2006)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 20413 (M.P Julio Enrique Socha Salamanca; 23 de Enero de 2008).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 38857-2012 Id 232522 (Junio 12 de 2012).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 5395-2015 radicado 43880 (M.P María del Rosario González Muñoz; Mayo 6 de 2015).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 666-2017 radicado 41948 (M.P Eyder Patiño Cabrera; Enero 25 de 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia, 439-2018 radicado 50943 (M.P José Luis Barcelo Camacho ; 28 de Febrero de 2018).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 714-2018 (Julio 11 de 2018).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 2136-2020 radicado 52897 (M.P José Francisco Acuña Vizcaya; Julio 1 de 2020).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia, 3274-2020 (M.P Patricia Sálazar Cuellar ; Septiembre 2 de 2020).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 51.936 (M.P Patricia Salazar Cuéllar; Mayo 12 de 2021).

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C . Sentencia, 20030 0470 1 (Mayo 17 de 2004).

Organizaciones

CORPORACIÓN HUMANAS, CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO, *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales contra mujeres y niñas*, Bogotá D.C, Ediciones Ántropos Ltda, 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe Mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D.C.: OPS, 2002.