

Serie Acceso a la Justicia **3**

Estudio de la jurisprudencia colombiana
en casos de delitos sexuales cometidos
contra mujeres y niñas

CORPORACIÓN HUMANAS

Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas

ISBN 978-958-99471-0-4

© Corporación Humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género

Cra. 7 No. 33-49 oficina 701
PBX (571) 232 59 15
Bogotá, Colombia

humanas@humanas.org.co
www.humanas.org.co

Bogotá, Junio de 2010

DIRECTORA	Cecilia Barraza
COORDINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	Nathalia Buenahora Luz Piedad Caicedo
AUTORAS	Nathalia Buenahora Adriana Benjumea Natalia Poveda Luz Piedad Caicedo Cecilia Barraza
ASISTENTES DE INVESTIGACIÓN	Melissa Quintana Carolina Báez
CORRECTORA DE ESTILO	Marcela Giraldo
DISEÑO GRÁFICO Y DIAGRAMACIÓN	Accenta
IMPRESIÓN	Ediciones Ántropos Ltda.

Investigación realizada en el marco del Programa Apoyo a la Construcción de Políticas Públicas con Enfoque de Género en Colombia de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo – AECID.



*En memoria de Rhonda Copelon,
abogada feminista defensora de los derechos humanos,
fundadora del Women's Caucus for Gender Justice (WCGJ)
para la Corte Penal Internacional.*

Contenido

Presentación	13
Presentación	
Tercera investigación de acceso a la justicia	17
Introducción.....	19
Metodología.....	27
A. Universo de estudio.....	27
B. Relevancia del precedente	34
C. Análisis y evaluación de las sentencias.....	37
Pr IMEr a Par TE	
TEnd Enc las g EnEr al Es	41
A. Características generales del universo estudiado	42
B. Algunas tendencias del universo de estudio.....	45

C. Utilización de fuentes.....	47
1. Aspectos generales	47
2. Ratificación de jurisprudencia	49
a. La presunción que protege a menores de 14 años	49
b. Violencia.....	50
c. La protección a la dignidad y la vida privada de la víctima.....	52
d. Credibilidad del testimonio de menores de edad	53
e. Retracción.....	54
f. Reglas de la experiencia y la sana crítica.....	55

sEgund a Par TE

anál ls ls d E l a jur ls Pru d Enc la 57

A. Tipicidad	59
1. Alcances de los tipos penales.....	60
a. Alcances de la conducta de acceso carnal	60
b. Alcances de la conducta de actos sexuales.....	63
c. Alcances de la puesta en incapacidad de resistir y de la incapacidad de resistir	67
2. La configuración de concursos en delitos sexuales	75
a. Concurso homogéneo sucesivo.....	76
b. Concurso heterogéneo entre el delito de acceso carnal violento y de lesiones personales	78
3. Delito sexual consumado o tentado	83
B. Bien jurídico	85
1. La definición de los bienes jurídicos y su titularidad.....	86
2. La antijuridicidad en los delitos sexuales violentos	88
3. La antijuridicidad en los delitos sexuales abusivos por la edad..	93
a. Negación del carácter sexual de los actos.....	96

b. Demostración de secuelas en delitos abusivos por la edad	98
C. Violencia	100
1. Definición y alcances de la violencia	100
2. El deber de resistirse y la capacidad de la violencia de dobligar	104
D. Consentimiento	114
1. La embriaguez de la víctima	116
2. La irrelevancia de la conducta sexual o social de la víctima	120
a. El alcance de la irrelevancia de la conducta sexual y social de la víctima	120
b. La conducta sexual y social de la víctima: “no pero sí”	125
c. Violación a la garantía de protección de la vida privada de la víctima	129
E. Responsabilidad	132
F. Valoración probatoria	135
1. Valoración del testimonio de la víctima de delitos sexuales	137
2. Valoración probatoria de la retractación	141
3. Valoración de las pruebas físicas	144
4. La sana crítica, las reglas de la experiencia y el observador inteligente	145

TErc Er a Par TE

Hall azgos y r Eco MEndac Ion Es

A. Hallazgos	153
1. Generales	153
a. Con respecto al análisis cuantitativo	153
b. Con respecto a las tendencias y las posturas imperantes de la judicatura	154

c. Con respecto a la jurisprudencia como fuente utilizada.....	155
2. En tipicidad	156
a. Con respecto a los tipos penales.....	156
b. Con respecto a la configuración de concursos en delitos sexuales	156
c. Con respecto al delito consumado o tentado.....	157
3. En bien jurídico	157
a. Con respecto a la definición de los bienes jurídicos y su titularidad	157
b. Con respecto a la antijuridicidad en los delitos sexuales violentos	158
c. Con respecto a la antijuridicidad en los delitos sexuales abusivos por la edad.....	158
4. En violencia.....	158
a. Con respecto a la definición y alcances de la violencia	158
b. Con respecto al deber de resistirse y la capacidad de la violencia de doblegar	159
5. En consentimiento	159
a. Con respecto a la embriaguez de la víctima	159
b. Con respecto a la irrelevancia de la conducta sexual o social de la víctima.....	160
6. En responsabilidad.....	160
7. En valoración probatoria.....	161
a. Con respecto a la valoración del testimonio de la víctima de delitos sexuales	161
b. Con respecto a la valoración de las pruebas físicas.....	161



c. Con respecto a la sana crítica, las reglas de la experiencia y el observador inteligente	161
B. Recomendaciones.....	162
1. Sobre el carácter obligatorio de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia	163
2. Sobre formación en derecho internacional y análisis jurisprudencial	163
3. Sobre los alcances de la ley	164
4. Sobre la valoración probatoria	164
5. Sobre los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual	164
6. Formación universitaria y profesional.....	165
7. Sobre acceso a la información	165
a nexos	167
A. Anexo A. Tablas sobre las características generales del universo estudiado	167
B. Anexo B. Tablas sobre algunas tendencias.....	172
glosario de términos	179
r eferencias bibliográficas.....	183

Presentación

La Corporación Humanas – Colombia, desde sus inicios ha tenido como un foco de especial interés, la justicia de género, tanto en su accionar investigativo como de incidencia y exigibilidad.

La justicia de género busca garantizar el acceso a la justicia de las mujeres, la aplicación de leyes a favor de sus derechos y la tipificación de los delitos que los vulneren en los ámbitos público y privado.

Sin duda, un campo de estudio de la justicia de género es el análisis de la respuesta que el sistema de justicia da a los delitos de violencia contra las mujeres por el hecho de serlo, dado que estos constituyen violaciones a derechos humanos proclives a ser considerados como delitos de menor importancia. En tanto el derecho penal fija los límites aceptables para una sociedad que establece una frontera entre aquello tolerado y aquello que socialmente deberá ser castigado.

Para la justicia de género conocer la forma como se está administrando justicia en esos casos es fundamental, ya que los contenidos de los fallos contribuyen a determinar socialmente las posibilidades de superación de la discriminación

y alcanzar la igualdad sustantiva o a perpetuar las relaciones de poder desiguales entre los sexos, naturalizar la violencia contra las mujeres y acrecentar la discriminación.

En 2007, Humanas inició la coordinación de la línea de justicia de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) en Colombia, en desarrollo del Programa Apoyo a la Construcción de Políticas Públicas con Enfoque de Género. La línea es concebida con el objetivo de emprender acciones estratégicas que contribuyan a garantizar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencias de género. Para la consecución de su objetivo, y conscientes de la necesidad de propiciar acciones potenciadoras de recursos y generadoras de sinergias, la línea desarrolla los componentes de coordinación interinstitucional, producción de conocimiento y apoyo, así como fortalecimiento de la gestión institucional por medio de asesorías técnicas.

En desarrollo del componente de producción de conocimiento, en 2008, publicamos el estudio *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*. En esta investigación se analizó el impacto de las figuras procesales en casos de violencia de género del sistema penal que rige al país desde 2005, para determinar su desempeño en lo relacionado con la satisfacción del derecho de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de esas violencias.

La investigación develó situaciones que ponen en riesgo los derechos de las víctimas y produjo una serie de recomendaciones al sistema de justicia y órganos de control, a fin de coadyuvar a perfeccionar los instrumentos, mecanismos y procedimientos para garantizar el ejercicio de esos derechos. Entre las recomendaciones propuestas se planteó la necesidad de realizar la investigación que aquí se presenta con el propósito de profundizar sobre el actuar de la judicatura en los delitos sexuales.

La justicia de género es de vital importancia para la construcción de un sujeto social democrático y respetuoso de los derechos humanos. Humanas, al usar los lentes de la justicia de género, contribuye con el esfuerzo de diversos sectores que hacen suya la teoría feminista de volver los sistemas de justicia sistemas género-sensitivos capaces de combatir la impunidad de las violencias contra las mujeres, a la vez, que garantizar la dignidad de las víctimas de dichos crímenes.

Por ello, Humanas continúa con su interés en la profundización del conocimiento, al presentar la investigación *Estudio de la jurisprudencia colombiana sobre delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*. Esta es una contribución que devela las situaciones que ponen en riesgo las garantías de las víctimas, mujeres y niñas, de delitos sexuales debido a los prejuicios de los y las funcionarias judiciales, los que predominan sobre los derechos consagrados para las víctimas y el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres, cuyos estándares hacen parte de la legislación nacional.

Humanas también plantea recomendaciones al sistema de justicia, con el fin de coadyuvar a la reflexión sobre los procedimientos, para así garantizar los derechos de las víctimas de violencia de género. Nuestra investigación no busca juzgar el comportamiento de los y las funcionarias judiciales sino problematizarlo, en aras de aportar a la reflexión sobre los derechos de las víctimas desde un enfoque de género.

La investigación no habría sido posible sin la colaboración permanente del Consejo Superior de la Judicatura, instancia que nos facilitó el proceso de acceso a la información en las distintas ciudades donde se realizó la investigación. En especial expresamos nuestro agradecimiento a la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y es nuestra aspiración que esta investigación se constituya en un aporte para el trabajo esencial, que realiza en pro de los derechos de las mujeres.

De igual modo, destacamos los aportes de los y las jueces que fueron entrevistados, quienes nos permitieron compartir sus preocupaciones y puntos de vista, más allá de un fallo específico. De manera particular, agradecemos asimismo a todas aquellas personas que con generosidad, escucharon y comentaron los avances de la investigación en el transcurso de los meses de abril y mayo de 2010.

Nuestro reconocimiento a la AECID, que además de brindar su apoyo financiero para llevar a cabo esta investigación y su publicación, facilitó la presentación de los avances ante distintos públicos y retroalimentó los resultados de este estudio. Resaltamos, de igual modo, el trabajo de esta agencia de cooperación, que tiene como una de sus directrices principales para la contribución al desarrollo, la estrategia de género con la que contribuye de manera decidida a superar la discriminación que afecta a las mujeres y garantizar el acceso a la justicia de las víctimas por razones de género.

Por último, quiero reconocer el trabajo del equipo de Humanas en esta investigación que hace de su accionar diario una contribución a la justicia de género en Colombia.

cecilia Barraza Morelle

Directora Humanas – Colombia

Presentación

Tercera investigación de acceso a la justicia

En el año 2006 la AECID en Colombia puso en marcha el Programa “Apoyo a la construcción de políticas públicas con enfoque de género en Colombia”, con el objetivo de acompañar a instituciones públicas colombianas del orden nacional y local en su apuesta por incorporar el enfoque de género en las leyes, políticas públicas y medidas que desarrollan.

En el ámbito nacional, identificamos una línea de trabajo cuyo objetivo es contribuir a la mejora del acceso a la justicia por parte de las mujeres en los delitos relacionados con la violencia de género en la jurisdicción ordinaria, espacio poco trabajado en general por la cooperación internacional. Para la realización de esta línea del programa contamos con la colaboración inestimable de la Corporación Humanas, y hemos utilizado una estrategia que combina la investigación aplicada, la asistencia técnica especializada, y el intercambio de experiencias, junto con la coordinación de las acciones con otras entidades o agencias internacionales, todo ello en estrecha colaboración con las instituciones que conforman el sistema de justicia.

Fruto de esta estrategia destacamos varios logros que consideramos apuntan en la dirección de una mejor atención por parte del Estado a las mujeres que han sido víctimas de la violencia machista. Entre dichos logros, cabe destacar: la creación de un grupo de trabajo institucional de género en la Fiscalía

General de la Nación, que reúne a todas las seccionales de la institución con el objetivo de mejorar la coordinación entre ellas; la puesta en marcha de la Mesa Interinstitucional para Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que coordina las acciones realizadas desde el poder ejecutivo, en virtud de la Ley 1257 y en la que tienen presencia además la policía nacional y el ejército; la creación de un hospital de referencia en materia de violencias contra las mujeres en la ciudad de Pasto, experiencia piloto para el sistema de salud, y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses.

En este contexto, presentamos la tercera investigación dentro de la *Serie Acceso a la Justicia. Estudio de jurisprudencia colombiana sobre delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*, realizado gracias al apoyo del Consejo Superior de la Judicatura. Este estudio tiene como objeto el examen de un amplio número de sentencias en materia de violencia sexual, de las cuales se han podido identificar “tendencias” de la judicatura colombiana a la hora de fallar sobre esta clase de delitos.

De los hallazgos y recomendaciones de la investigación se reconoce el buen hacer de jueces y juezas, y surgen nuevas líneas de colaboración con la judicatura colombiana en la mejora permanente de su labor. Fruto de esta investigación, la AECID a petición de la Comisión de Género de la Rama Judicial, apoyará la creación de una guía práctica para la incorporación del enfoque de género en el análisis de sentencias.

Quisiera destacar el encomiable trabajo realizado por el grupo de abogadas e investigadoras de la Corporación Humanas, en cabeza de su directora, Cecilia Barraza.

Durante más de un año han recopilado, analizado y sintetizado la información hasta llegar a esta publicación rigurosa y completa, que consideramos será una importante guía pedagógica para la judicatura y referencia para las personas estudiosas del tema. Por ello, mi sincero reconocimiento.



Miguel gonzález gullón

Coordinador General
Cooperación Española en Colombia

Introducción

En la mañana del 10 de junio de 2005, cuando la señorita [DMDG] caminaba por un sendero peatonal de la Calle 97 con Avenida Suba, dirección occidente, un joven que se desplazaba en bicicleta, y que luego sería identificado como Víctor Alfonso García, tras desacelerar su velocípedo, medio detenerlo y apoyar una pierna en el piso, le tocó los glúteos y la vagina o posó una mano entre sus piernas y siguió su camino¹.

Así reconstruye la Corte Suprema de Justicia los hechos que darían lugar a interpretaciones jurídicas distintas. Para el juzgado de primera instancia no hubo responsabilidad penal, el Tribunal Superior de Bogotá revocó esta decisión y condenó al hombre a cuatro años de prisión domiciliaria por acto sexual violento y la Corte Suprema de Justicia conceptuó que los hechos daban lugar a la configuración de una injuria mas no a un delito sexual.

.....

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

A raíz de que los medios de comunicación dieron a conocer los acontecimientos y las actuaciones judiciales que les sucedieron se generó un debate en el que participaron personas del común², destacadas feministas y una que otra figura pública³. A la víctima se le llegó a preguntar si le parecía justo que Víctor tuviera que pagar cárcel por tocarle las nalgas⁴ y no pocas personas opinaron que “(...) mientras tanto, a los grandes criminales los dejan sin castigo”⁵.

¿Qué fue lo que pasó? ¿Él posó su mano entre las piernas de DMDG o Víctor tocó los glúteos y la vagina de DMDG? Al retomar los hechos la Corte registra que “García solamente cuenta que iba en su bicicleta, vio a la dama con un pantalón apretado, creyó que no era problema tocarle la ‘cola’, pasó, se la tocó y siguió”; y también dijo que García palpó las nalgas y colocó la mano entre las piernas de la víctima⁶.

Los titulares de los medios de comunicación fijaron en la mente de la audiencia y de algunos editores que lo ocurrido era que una mujer había sido tocada en la nalga⁷. Esos mismos titulares recogieron, pocas veces eso sí, versiones de la fiscal Ángela Buitrago en las que enfatizaba

.....

2 Así lo registró, por ejemplo, El Tiempo, en febrero de 2006, y en agosto de ese mismo año: “La sentencia ha suscitado tanta polémica que ayer, el foro de eltiempo.com recibió 1.530 mensajes de los lectores” (El Tiempo, 25 de febrero de 2006). “A Corte llegaría condena por tocar nalgas” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1929141> [3 de mayo de 2010]. “Al menos 45 opiniones recibió la redacción de El Tiempo sobre la polémica condena de cuatro años a un hombre por tocar las nalgas de una mujer. De los mensajes enviados, 31 personas manifestaron que se trata de una pena exagerada; 6 dijeron estar de acuerdo con la condena”. El Tiempo (3 de agosto de 2006). “Breves Nación” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2124801> [3 de mayo de 2010].

3 El Tiempo (1 de agosto de 2006). “Condena a hombre que tocó las nalgas de una mujer enfrenta a Fiscalía y Procuraduría” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3046839> [3 de mayo de 2010].

4 El Tiempo (28 de febrero de 2006). “Cara a cara en condena por tocar nalgas” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1932206> [3 de mayo de 2010].

5 El Tiempo (26 de febrero de 2010). Foro del lector [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1930111> [3 de mayo de 2010].

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

7 Véase por ejemplo: El Tiempo (25 de febrero de 2006). “A Corte llegaría condena por tocar nalgas” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1929141> [3 de mayo de 2010]; El Tiempo (1 de agosto de 2006). “Condena a hombre que tocó las nalgas de una mujer enfrenta a Fiscalía y Procuraduría” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3046839> [3 de mayo de 2010]; El Tiempo (30 de octubre de 2006). “Quedó en libertad mensajero acusado de tocarle las nalgas a una mujer en Bogotá” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3305248> [3 de mayo de 2010]; El Tiempo (31 de octubre de 2010). “Tocar nalgas es injuria, no abuso” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2255793> [3 de mayo de 2010]; Radio Santafé (2006, 31 de octubre). “Victima de tocanalgas insistirá en demanda” [en línea]. Disponible en: <http://www.radiosantafe.com/2006/10/31/victima-de-tocanalgas-insistira-en-demanda> [3 de mayo de 2010]. También véase la editorial: El Tiempo (4 de agosto de 2006). “No todos los abusos son iguales” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2126322> [3 de mayo de 2010].

(...) en este caso no solo se trata de un simple toque de nalgas, como se ha bautizado en los medios de comunicación, sino que fue algo mucho más grave, pues se tocó desde la vagina hasta la nalga con una presión especial ejercida por el agresor⁸.

En este polémico caso, “el de la nalgada” o “el del tocanalgas” ¿quién tiene la razón? ¿Se banalizan los ataques de índole sexual cometidos contra las mujeres o se tiraniza a los hombres? Este caso, que preferimos referenciar como “el caso de la bicicleta”, con el fin de distanciarnos de aquellas posturas que desde nuestro criterio hicieron más cómodo el debate para quienes asimilaron la agresión cometida contra DMDG con escupir, o pisar y ensuciar sus cosas⁹ es el origen de esta investigación.

¿Cómo entiende la judicatura los delitos sexuales? ¿Qué tanta unanimidad se encuentra en sus pronunciamientos sobre lo que constituye o no una vulneración a los derechos a la libertad, la integridad y la formación sexuales? ¿Son machistas los conceptos de jueces y magistrados de ambos sexos? ¿Hay menos prejuicios entre las mujeres de la judicatura? ¿Qué tan armónicos son los pronunciamientos de las cortes con los derechos de las mujeres? Estas son las preguntas que guiaron la investigación cuyos resultados presentamos en este texto.

Lectura y análisis de sentencias judiciales

Para dar respuesta a estas preguntas, el equipo de Humanas emprendió una lectura hermenéutica de las sentencias emitidas por los distintos niveles judiciales en materia de delitos sexuales. Si bien un enfoque analítico no requiere abarcar la totalidad del universo ni una muestra representativa del mismo, la carga valorativa que tienen algunas de las preguntas que originaron esta investigación (¿son machistas los conceptos de la judicatura?) sí ameritaba otros criterios que posibilitaran ponderar los hallazgos.

.....

8 El País (31 de julio de 2006). “Procuraduría pide revocar la sentencia de cárcel” [en línea]. Disponible en: http://www.elpais.com.co/paionline/notas/Julio312006/revisan_nalgas.html [3 de mayo de 2010]. Véase también El Tiempo (1 de agosto de 2006). “Condena a hombre que tocó las nalgas de una mujer enfrenta a Fiscalía y Procuraduría” [en línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3046839> [3 de mayo de 2010].

9 Se retoman dos de las situaciones citadas por la Corte en la sentencia que postula que [DMDG] no fue víctima de un delito sexual y plantea la hipótesis de que se trató de injuria. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

También es un deseo de Humanas reflexionar con la judicatura sobre los resultados de este trabajo para lo cual es menester, que cada parte pueda dimensionar qué tan expandida parecen estar las posturas no garantistas de los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual.

Teniendo de presente estos dos aspectos, la investigación que se emprendió abarcó el mayor número posible de sentencias para contar con la suficiente ilustración (más adelante se explica cómo se acotó el universo).

El otro criterio para ponderar si los fallos develan posturas machistas frente a los delitos sexuales fue tomar como marco de referencia los instrumentos internacionales firmados por Colombia, que buscan erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres, así como garantizar el acceso a la justicia y proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual. La ruta seguida para este análisis se presenta en detalle más adelante.

En el transcurso de la investigación el equipo de Humanas se vio enfrentado al conocimiento de situaciones de violencia sexual de enorme crueldad; no pocas veces quedamos pasmadas con las descripciones de los hechos recogidas en las sentencias. En muchos momentos también nos indignamos frente a las exigencias de los jueces para con algunas víctimas; su actuación al sentar cátedra sobre la forma como ellos habrían sorteado una u otra situación según las reglas de la experiencia.

Nos sentimos reconfortadas, asimismo, al encontrar sentencias y posturas que fijan parámetros desde los cuales las garantías de las mujeres víctimas de violencia sexual están bajo mejor resguardo, y textos de los fallos que develan un esmero por precisar las particularidades del delito sexual desde una perspectiva de derechos.

Al final de la investigación encontramos –una vez el universo de sentencias de nuestra investigación terminó de ser abarcado–, la posibilidad de echar números y con ellos sopesar las posturas imperantes, los fallos en derecho y las posiciones machistas. El panorama desde las estadísticas permite avizorar que es posible el pretendido diálogo.

a larma ante obstáculos que enfrentan las víctimas

No obstante, no queremos fijar la idea de que en Colombia estamos más cerca de garantizar el acceso de las mujeres a la justicia y que los tribunales la están

garantizando. La identificación de prejuicios y los nudos críticos en torno a algunos aspectos relevantes son una alarma con respecto a los obstáculos que enfrentan las víctimas de violencia sexual para lograr un reconocimiento pleno de sus derechos y una garantía efectiva para el acceso a la justicia que se suma a otros.

En una investigación anterior¹⁰, Humanas analizó de qué forma, desde la perspectiva procedimental, el Sistema Penal Acusatorio no ha resultado garantista para las mujeres. En ese estudio Humanas encontró que el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencias por razones de género resulta menos-cabado debido, entre otros aspectos, a que hay una desproporción entre las garantías ofrecidas a las víctimas y victimarios en el desarrollo de las actuaciones procesales; no hay garantías de representación de los intereses de las víctimas en los procesos lo que viola su derecho a una participación informada y asesorada; y la prueba física prevalece sobre otros elementos probatorios.

Entre los obstáculos identificados está también uno que es intrínseco al Sistema Penal Acusatorio: descongestionar la justicia. Advertíamos en ese momento que la “actividad judicial se concentra en mostrar resultados por medio de sentencias condenatorias, terminación de procesos, fallos y decisiones” (Corporación Humanas, 2008). Al igual que en la investigación pasada se constató que la intervención de los jueces es fundamental aunque esta, no puede subsanar los problemas sustanciales y procesales que presenta en su conjunto el sistema de justicia y las partes intervinientes en él.

a lcançe de la investigación

Queremos señalar que esta investigación analizó la jurisprudencia de la justicia ordinaria puesto que en las otras jurisdicciones no es posible llevarla a cabo. En la penal militar es inconstitucional que se conozcan delitos sexuales, pues bajo ninguna circunstancia se podría argumentar que estos tienen relación con el servicio¹¹. Tenemos claro que esto no ha sido óbice para que esta jurisdicción haya conocido delitos de esta naturaleza¹², lo que aconseja que sean otras las preguntas que guíen su análisis. En lo relativo a la jurisdicción de “justicia y paz” (Ley 975 de 2005), al momento de escribir los resultados de esta

.....

10 Corporación Humanas. 2008. *La situación de las mujeres víctimas de las violencias de género en el sistema penal acusatorio*. Bogotá.

11 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-358 del 5 de agosto de 1997 y C-878 del 12 de julio de 2000.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 11097, sentencia del 12 de agosto de 1998.

investigación, no se había proferido ninguna sentencia por delitos sexuales. La única que se ha dictado hasta hoy es la de Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro” que imponía una pena de setenta meses por asesinato y extorsión¹³.

En los casos revisados en esta investigación no se encontró ningún fallo de violencia sexual ocurrido en el conflicto armado. Esta situación no es particular a este estudio, la información con que se cuenta de carácter oficial permite evidenciar el bajo nivel de denuncia que tiene la violencia sexual en el conflicto y, por ende, es de esperar que no se encuentren números significativos de procesos al respecto¹⁴.

Los problemas que se revelan a partir de esta investigación pueden generar una mayor dificultad en la judicialización de delitos cometidos en contextos de conflicto armado, por cuanto situaciones como la ausencia de testigos, la permanencia de actores armados en la zona, así como la ausencia total en la mayoría de los casos de huellas físicas, debido al tiempo transcurrido entre los hechos y su denuncia, el olvido de fechas y circunstancias de tiempo, modo y lugar, hacen más difícil establecer su comisión. Esto conlleva a una denegación del acceso a la justicia para las víctimas¹⁵. Si bien esta investigación no da cuenta de los delitos de violencia sexual en contextos de conflicto, los hallazgos para el acceso a la justicia pueden ser extrapolados.

Los obstáculos que perduran debido a los prejuicios de género de la judicatura afectan los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas de violencia sexual. Si bien, la verdad, la justicia y la reparación son términos utilizados desde la lógica de la justicia transicional, deben estar presentes como fin último en los casos de violencia contra las mujeres independientemente del contexto de ocurrencia de los hechos. Para ello, es necesario,

.....

13 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, proceso 2006-80526, sentencia del 19 de marzo de 2009. En este proceso la Corte Suprema de Justicia, declaró la nulidad a partir del acto de formulación de cargos inclusive, mediante sentencia 31539 del 31 de julio de 2009.

14 Según el Informe Forensis 2009, durante ese año solo se realizaron dictámenes sexológicos a 37 mujeres en eventos que se pueden asociar con el conflicto armado, puesto que dijeron haber sido víctimas presuntamente de actores armados: 21 por fuerzas armadas, 5 por narcotraficantes, 5 por bandas criminales, 4 por las FARC y 2 por integrantes de otras guerrillas (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010: 162). Se puede inferir que la cifra es muy baja si se compara que en el país se realizaron en ese año 17.935 dictámenes sexológicos a mujeres y niñas y que el dictamen constituye el inicio del camino de acceso a la justicia para las víctimas de los casos que se denuncian inmediatamente se cometieron.

15 Un avance de los problemas que se pueden presentar en el juzgamiento de delitos sexuales cometidos en el marco del conflicto armado se presentaron en un artículo de la Corporación Humanas para el noveno informe de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado (2009).

primero, que se reconozca el hecho de que la violencia que afecta a las mujeres es un continuo en el tiempo. Un continuo de violencia que va tomando diversas formas y se reproduce en todos los escenarios sociales, tanto en tiempos de paz (donde tiene un carácter privado) como en el marco de conflictos armados (donde adquiere un carácter público), ya que ambas violencias están basadas en la subordinación de las mujeres, en un autoritarismo patriarcal y se practican por el hecho de serlo, aunque cambien los contextos las finalidades perduran¹⁶.

¿En qué consiste el estudio?

Este es un estudio de la jurisprudencia colombiana, en justicia ordinaria, sobre delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas con un enfoque cualitativo y de derechos humanos de las mujeres, cuyo objetivo es determinar en qué medida la judicatura garantiza y protege sus derechos como víctimas de violencia sexual.

Con este trabajo se ofrecen luces sobre los intersticios de la inequidad, los temas que requieren ser trabajados en profundidad en los currículos universitarios, así como herramientas para el trabajo de incidencia que realizan las organizaciones de mujeres. Este también es un estudio que quiere abrir un diálogo con la judicatura y por ello y para ello presenta los hallazgos de la manera más amplia posible.

A continuación se explica cuál fue la metodología adoptada para hacer el análisis, qué fuentes se consultaron y cuáles son las características de esas fuentes.

En la primera parte se exponen los resultados del análisis cuantitativo que se hizo a las sentencias que formaron parte del universo de este estudio para mostrar las tendencias generales.

En la segunda parte, se presentan las posturas de la judicatura organizadas alrededor de seis temas: tipicidad, bien jurídico, violencia, consentimiento, responsabilidad y valoración probatoria, desde un análisis cualitativo de las sentencias con un enfoque de género.

En la tercera y última parte de este texto se presentan los principales hallazgos y se formulan recomendaciones.

.....

¹⁶ Para mayor información véase Corporación Humanas (2009).

Metodología

Determinar cómo entiende la judicatura los delitos sexuales; qué tanta unanimidad se encuentra en sus pronunciamientos sobre lo que constituye o no una vulneración a los derechos a la libertad, la integridad y la formación sexuales; si son machistas los conceptos de jueces y magistrados de ambos sexos y si hay menos prejuicios entre las mujeres de la judicatura; y qué tan armónicos son los pronunciamientos de las cortes con los derechos de las mujeres, implicó: primero, establecer el universo de estudio y las fuentes; segundo, determinar las tendencias y las posturas imperantes de la judicatura así como identificar los planteamientos que se distancian de los dominantes; y tercero, evaluar en qué medida la jurisprudencia es o no prejuiciosa o machista. Este fue el derrotero que se siguió en el proceso y en ese orden se explica cuál fue la mecánica seguida.

a. universo de estudio

Para establecer cuál es el pensamiento de la judicatura en lo relativo a los delitos tipificados para proteger la libertad, la integridad y la formación sexuales de mujeres y niñas se analizaron las sentencias proferidas relativas a esos delitos, en primera y segunda instancia y en la Corte Suprema de Justicia. De igual modo, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de

Estado sobre derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual, desde la instauración del Sistema Penal Acusatorio (SPA) en Colombia (Ley 906 de 2004), en cuatro ciudades del país –Bogotá, Cartagena, Medellín y Pasto–. Así mismo se profundizó en algunos aspectos considerados como neurálgicos por medio de entrevistas semiestructuradas a integrantes de la judicatura de esos mismos niveles en esas ciudades.

A continuación se desarrollan cada uno de los aspectos que acotaron el universo a estudiar.

Los delitos sobre los que se analizaron los fallos son los tipificados por el Código Penal bajo el *Título IV Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*: acceso carnal violento (art. 205), actos sexuales violentos (art. 206), acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207), acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208), actos sexuales con menor de 14 años (art. 209), acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (art. 210), acoso sexual (art. 210A, Ley 1257) inducción a la prostitución (art. 213) y constreñimiento a la prostitución (art. 214), cometidos por hombres adultos contra mujeres o niñas.

Se seleccionaron sentencias de todos los niveles judiciales para analizar y comparar si existen tendencias diferentes o iguales en juzgados, tribunales y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a las preguntas de análisis que guiaron la investigación. Se tomaron en cuenta las sentencias que tras una audiencia de juicio oral resolvieron el proceso en primera instancia, excluyendo aquellas que se resolvieron por preacuerdos, negociaciones o allanamientos; las de segunda instancia que resolvieron un recurso de apelación en procesos penales sobre delitos sexuales fallados con los criterios anteriores en primera instancia; y las sentencias de la Corte Suprema que resolvieron un recurso de casación sobre procesos que cumplieran los criterios anteriores, pero además aquellas que casaron de oficio, declararon nulidades, o incluso, las que inadmitieron el recurso pero en su argumentación desarrollaron alguna postura respecto del análisis sustantivo y/o probatorio de los delitos sexuales.

Se escogieron Bogotá, Cartagena, Medellín y Pasto como ciudades para emprender la investigación con base en tres criterios. El primero, que estas son las ciudades priorizadas para el trabajo de la AECID, entidad que patrocina esta investigación. El segundo, que en Bogotá por ser la ciudad más poblada del país se concentra un número importante de juicios de primera y segunda

instancia así como es asiento de las altas cortes (Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado), instancias de máxima injerencia y referente para las otras.

Por último, las cuatro ciudades podrían indicar tendencias distintas relacionadas con particularidades regionales. A pesar de que este último interés fue uno de los que marcó el espacio geográfico sobre el que se llevó a cabo la investigación vale la pena decir que no fue posible establecer diferencias regionales.

Un primer obstáculo lo constituyó el hecho de que en Bogotá confluyen juezas, jueces, magistradas y magistrados de todo el país y, por tanto, estas personas no pertenecen a un mismo entorno regional que pueda dar cuenta de las tendencias de esta ciudad; y el segundo, se presentó al no encontrar sentencias de primera y segunda instancia relativas a delitos sexuales en Cartagena, por razones que se presentarán más adelante. Las sentencias de la Corte Suprema no se circunscribieron a estas ciudades sino que abarcan las de todo el país en las que se fallaron casos que cumplen los demás criterios establecidos (tipo de delito, de víctima, y naturaleza del fallo¹⁷).

selección y análisis de sentencias

El marco temporal para las sentencias de primera y segunda instancia, está dado por la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio, ya que con este variaron las funciones de jueces y juezas, de tal suerte que no hay parámetros contruidos de análisis que permitan comparar o equiparar los pronunciamientos realizados en el marco del sistema anterior con los nuevos, que cruzado con las ciudades escogidas determinó periodos diferentes para cada una de acuerdo con la entrada en vigencia de este sistema: Bogotá 2005, Medellín 2006, Pasto 2007 y Cartagena 2008.

El marco temporal para la sentencias de la Corte Suprema fue determinado por la fecha de entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con la cual los conceptos de dignidad humana, derechos fundamentales y vigilancia constitucional establecen parámetros de juzgamiento distintos a los que regían hasta el momento.

.....

17 La naturaleza del fallo no se refiere a si es absolutorio o condenatorio. Este criterio no fue tenido en cuenta en la selección de las sentencias del universo. Se hace referencia a fallos que resolvieran de fondo un problema jurídico sustantivo y no solo aspectos procesales o de individualización de la pena.

Las sentencias de la Corte Constitucional que se tomaron en cuenta fueron aquellas que resolvieron acciones de tutela respecto de providencias judiciales proferidas en el marco de procesos penales seguidos por delitos sexuales cometidos contra mujeres o niñas, cuyo perpetrador fuera un adulto de sexo masculino. Y las sentencias de constitucionalidad y las del Consejo de Estado en las que se abordaron temas de derechos de mujeres, específicamente de víctimas de violencia sexual, que delimitaran un marco de interpretación para la actividad judicial.

En la práctica, entonces, la investigación versa sobre los fallos que en materia de delitos sexuales cometidos por hombres mayores de 18 años contra mujeres o niñas han sido emitidos por la Corte Suprema desde el 4 de julio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2009 y los juzgados y tribunales de Bogotá, Medellín y Pasto desde que entró a regir el Sistema Penal Acusatorio hasta el 31 de diciembre de 2009. Así mismo, las sentencias de la Corte Constitucional que resolvieron acciones de tutela contra providencias judiciales proferidas en el marco de procesos penales seguidos por delitos sexuales con los criterios anteriormente establecidos y las sentencias de constitucionalidad y del Consejo de Estado en las que se abordaron temas de derechos de mujeres, específicamente de víctimas de violencia sexual.

algunas limitaciones

Si bien el equipo de Humanas se propuso analizar toda la jurisprudencia emitida de acuerdo con los parámetros antes especificados, varias fueron las limitaciones a la hora de ubicar la información y sobre todo garantizar que en efecto se había abarcado el universo.

En lo concerniente a primera instancia la información fue requerida a los juzgados con funciones de conocimiento, con competencia en delitos sexuales, a través del Consejo Superior de la Judicatura. En los derechos de petición se solicitaron los procesos concernientes a los delitos contenidos en el Título IV del Código Penal (acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir, acoso sexual, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, acto sexual abusivo con menor de 14 años, acceso carnal o acto sexual con incapaz de resistir, inducción a la prostitución y constreñimiento a la prostitución), en los que el victimario fuera un hombre y la víctima una mujer o una niña juzgados en el marco del sistema acusatorio (tabla 1).

Tabla 1. Número de juzgados a los que se les solicitó sentencias

Ciudad	Número
Bogotá	22
Cartagena	4
Medellín	19
Pasto	2
Total	47

Para la solicitud de las sentencias de tribunales se siguió el mismo procedimiento especificando en los derechos de petición que se requerían aquellas sentencias en las que se resolvieron recursos de apelación y acciones de revisión (tabla 2).

Tabla 2. Número de magistrados y magistradas de tribunales a los que se les solicitó sentencias

Ciudad	Número
Bogotá	26
Cartagena	3
Medellín	14
Pasto	5
Total	48

A pesar de haber solicitado la información a todos los juzgados y salas penales de los tribunales de las ciudades seleccionadas, varios fueron los obstáculos para obtenerla en su totalidad.

En Cartagena la información fue solicitada personalmente y a través de derechos de petición dirigidos a cada juzgado y al Centro de Servicios Judiciales. En respuesta personal se comunicó que no había procesos con sentencia dictada que cumplieran con los criterios de selección, dado que solo hacía un año había entrado en vigencia el sistema. El Centro de Servicios Judiciales también señaló que debido a que no manejaban una estadística por delitos, no era posible suministrar la información¹⁸.

En Bogotá y Medellín, a pesar de haber recibido respuesta a las peticiones enviadas, muchas de ellas no suministraban la información solicitada aduciendo que no les había correspondido conocer de delitos con los criterios

.....

18 Oficio CS-314 del 28 de septiembre de 2009, Centro de Servicios Judiciales, Cartagena.

establecidos¹⁹, no tenían registro o un sistema de información que permitiera identificar lo solicitado²⁰. En Bogotá, cuando se acudió al Centro de Servicios Judiciales se obtuvo una respuesta negativa invocando la necesidad de proteger penalmente a las víctimas y una posible revictimización²¹, ignorando que las sentencias judiciales son de conocimiento público y que la garantía de protección se materializa manteniendo el anonimato de las víctimas y no publicando su información personal (art. 47, numeral 8 de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006).

Las sentencias que se obtuvieron de Bogotá y Medellín fueron remitidas por los despachos que suministraron directamente la información, en respuesta al derecho de petición elevado. En Pasto, remitieron tanto el Tribunal como los juzgados, las sentencias que identificaron de acuerdo con los criterios suministrados.

Entre los procesos enviados por los juzgados y los tribunales se encontraron algunos casos que no correspondían a la solicitud, por cuanto en algunos la víctima era de sexo masculino, la victimaria de sexo femenino, estaban bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000, trataban sobre otros delitos, los procesos estaban repetidos o resolvían preacuerdos, negociaciones, allanamientos o aspectos relativos a la dosificación de la pena (se revisaron 436 procesos de los cuales 226, no correspondían con los criterios solicitados).

La situación evidenciada por algunas de las respuestas dadas a los derechos de petición revela que no hay una sistematicidad en la organización de los procesos por lo que es probable que hayan dejado de lado algunos pertenecientes al universo definido por la investigación. Estas inconsistencias en la información recibida no permiten garantizar que se cuenta con el universo; por tanto, resulta prudente plantear que la información analizada es una muestra del total.

Teniendo en cuenta estas aclaraciones de aquí en adelante se hará referencia al conjunto de sentencias que constituyeron el corpus de análisis para esta investigación como el universo estudiado. En la tabla 3 se relaciona el número total de sentencias analizadas por nivel judicial y ciudad.

.....

19 Oficio 1217, Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín.

20 Oficio 004, Sala Penal del Tribunal de Medellín; Oficio 0559, Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá.

21 Oficio 39745, Centro de Servicios Judiciales de Bogotá.

Tabla 3. Sentencias de juzgados y tribunales según ciudad y año

Año	Bogotá		Medellín		Pasto		Total	
	Juzgado	Tribunal	Juzgado	Tribunal	Juzgado	Tribunal	Juzgado	Tribunal
2005	2	1	0	0	0	0	2	1
2006	4	6	0	3	0	0	4	9
2007	0	4	6	3	1	0	7	7
2008	4	17	9	9	1	5	14	31
2009	14	13	1	2	2	0	17	15
Total	24	41	16	17	4	5	44	63

Para la identificación de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado se recurrió a distintos motores de búsqueda (DataLegis y Rama Judicial²²). A pesar de que la base de datos de la Rama Judicial posibilita una consulta de las sentencias, los resultados no se mantienen de una a otra. A principios de 2010 se encontró un número mayor de resultados a los que se hallaron en noviembre de 2009. Desde esta perspectiva no es posible afirmar que las sentencias encontradas son todas las proferidas por estas instancias en los delitos de interés para el estudio.

La búsqueda se realizó mediante el siguiente procedimiento: se insertaron como criterio temporal, los años de interés de las sentencias y, como criterio temático, descriptores que indicaban cada uno de los delitos que refiere el Título IV del Código Penal. Con base en los resultados arrojados, se descartaron aquellos procesos que no cumplieran con los criterios establecidos (que la víctima fuera de sexo masculino, que la parte acusada fuera de sexo femenino, o que la sentencia versara sobre preacuerdos, negociaciones o allanamientos o sobre aspectos de dosificación de la pena).

La ausencia de control por parte del equipo de Humanas sobre la forma como fueron seleccionadas las sentencias por los juzgados y los tribunales, los problemas tecnológicos del motor de búsqueda de la Rama Judicial, la imposibilidad de obtener una información clara sobre los criterios que tiene DataLegis para incluir una u otra sentencia²³ nos llevan a plantear que las tendencias que

.....

22 www.ramajudicial.gov.co

23 El equipo de Humanas sostuvo una reunión en Legis para determinar los criterios a partir de los cuales se ingresan las sentencias a su sistema, y si bien es claro que este trabajo es llevado a cabo por profesionales que determinan la pertinencia de incluir o no la sentencia los criterios no están acotados por la institución.

aquí se muestran deben circunscribirse al número de sentencias analizadas y no extrapolarlas al comportamiento que tiene la judicatura.

Las investigadoras como se mencionó al principio, llevaron a cabo también entrevistas semiestructuradas con integrantes de la judicatura en las cuatro ciudades escogidas. Los criterios para seleccionar a quiénes entrevistar se establecieron de acuerdo con la cantidad de jueces y juezas o magistrados y magistradas en cada ciudad, mantener un equilibrio entre jueces y magistrados de ambos sexos y la disponibilidad de los y las funcionarias de conceder las entrevistas.

Con las entrevistas se buscó conocer posturas frente a temas considerados críticos por el equipo de investigación, estos fueron: existencia o no de prejuicios en la actividad judicial, conceptos penales respecto de la tentativa de los delitos sexuales, grado de relevancia de las calidades subjetivas de la víctima en un proceso seguido por delitos sexuales, carácter sexual de algunos actos, protección a las víctimas menores y a las adultas y conocimiento y utilización de instrumentos internacionales en sus fallos.

B. r relevancia del precedente

El sistema jurídico colombiano ha reconocido que la Constitución es norma de normas y por tanto impera su supremacía²⁴. Esto quiere decir que ninguna norma ni ninguna interpretación de la misma pueden ir en contravía de la Carta. La misma Constitución ha establecido además que la actividad judicial está sujeta al “imperio de la ley”²⁵, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares²⁶. La costumbre también se ha reconocido como fuente del derecho²⁷.

En este contexto, las decisiones de la judicatura son solo un criterio auxiliar y su efecto es *inter pares*. Sin embargo, tienen efectos generales la *ratio decidendi*²⁸ y parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad²⁹ y las sentencias de

.....

24 Constitución Política de 1991, artículo 4.

25 Constitución Política de 1991, artículo 230.

26 Constitución Política de 1991, artículo 230.

27 Ley 153 de 1887, artículo 13 y Decreto Ley 410 de 1971, artículos 3 y 9.

28 “La *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999.

29 Constitución Política de 1991, artículo 243. Véanse también las sentencias de la Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993 y Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-131 del 1 de abril de 1993, entre otras. La parte resolutive de las

unificación de la Corte Constitucional³⁰, las sentencias del Consejo de Estado que resuelven acciones de nulidad³¹ y las decisiones de esta corporación y de la Corte Suprema de Justicia, para ellas mismas y la judicatura de nivel judicial inferior.

Quiere decir que, para el caso de la jurisdicción ordinaria, las decisiones de la Corte Suprema tienen efectos generales en la misma corporación y tribunales y juzgados, en tanto garantizar uniformidad de criterio en los fallos de casos similares. Frente a la obligación de los y las jueces de respetar los lineamientos dados por decisiones anteriores de la Corte o del mismo órgano decisorio, se pronunció el Tribunal Constitucional en sentencia T-123 del 21 de marzo de 1995, en el sentido de establecer que por esta vía se garantizaba el principio de igualdad establecido por la Constitución Política “sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar”.

Posteriormente, mediante sentencia de unificación SU-047 de 1999³², la Corte reiteró su postura y definió la obligatoriedad del precedente en Colombia, estableciendo que las Cortes tienen la obligación de garantizar que fallos análogos tengan la misma solución. Ello en aras de respetar el principio de igualdad, de seguridad jurídica, libertad individual y como mecanismo de control para la propia actividad judicial. Así lo plantea la Corte:

Todo tribunal, y en especial el juez constitucional, deben ser consistentes con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional.

En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

.....

sentencias de constitucionalidad es aquella que determina si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, ratificada posteriormente por sentencias Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencias T-698 del 22 de julio de 2004 y T-1285 del 7 de diciembre 2005, entre otras.

30 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-131 de 1 de abril de 1993 y Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995.

31 Código Contencioso Administrativo. artículo 175, inciso 1.º.

32 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, ratificada posteriormente por la Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencias T-698 del 22 de julio de 2004 y T-1285 del 7 de diciembre 2005, entre otras.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos³³.

Esto quiere decir que más allá de la autonomía de la judicatura, así como de su imparcialidad e independencia, los y las jueces de todos los niveles deben revisar y respetar lo que frente al problema jurídico que resuelven se haya establecido previamente en otros casos similares y en la eventualidad de que no compartan tales planteamientos, deben reconocer la existencia del precedente y manifestar con argumentos las razones por las cuales, para el caso concreto, se apartan de lo establecido. El desconocimiento de los precedentes judiciales sin el cumplimiento de los requisitos que se exigen para el caso, puede dar lugar a incurrir en una vía de hecho que hace procedente la acción de tutela.

La comisión de expertos y expertas que estudia la reforma a la justicia ha reconocido que “algunos jueces no les hacen seguimiento a los casos aplicables y se limitan a citar cierta doctrina de las cortes, sin verificar las líneas jurisprudenciales vigentes”. Por esta razón ha considerado la necesidad de establecer “la obligatoriedad de tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional” (Ámbito Jurídico, 2010: 10).

.....

33 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999.

c. a análisis y evaluación de las sentencias

Para el análisis de las sentencias se construyó una ficha en la que se registró información (cuando la hubo) sobre: las consideraciones, víctima y victimario, hechos e información general del proceso. Los elementos consignados en la ficha relacionados con las consideraciones fueron los problemas jurídicos abordados, las respuestas que se dieron a esos problemas, las motivaciones para decidir, las fuentes utilizadas por la judicatura para apoyar sus planteamientos y las pruebas debatidas³⁴. Con respecto a la víctima y el victimario se consignaron su identificación en el proceso, edades y el tipo de relación que mediaba entre ellos. Los aspectos considerados para el registro de los hechos fueron los de tiempo, modo y lugar. De la información general del proceso se tuvo en cuenta el nivel judicial, la identificación de la corporación; ciudad, fecha y sentido del fallo; radicado del proceso; el delito imputado, el nombre y sexo del juez o de la jueza o magistrado y magistrada y la parte denunciante, accionante o recurrente, el motivo del recurso.

La identificación de los problemas debatidos en las sentencias permitieron ir estableciendo los temas en torno a los cuales giraban los debates y fueron esos temas –tipicidad, bien jurídico, violencia, consentimiento, responsabilidad, valoración probatoria–, los que determinaron la clasificación de las sentencias (y la línea expositiva de la segunda parte de este libro).

Las entrevistas que se hicieron se transcribieron en su totalidad y fueron clasificadas según los temas mencionados. A cada persona entrevistada se le asignó una referencia constituida por el nivel judicial, el sexo y la ciudad y se le asignó un consecutivo literal. Así entonces las personas entrevistadas son identificadas como “Jueza A de Medellín”, o “Magistrado C de Bogotá”.

Las sentencias y las respuestas correspondientes a cada tema según la clasificación (teniendo en cuenta que una sentencia y una entrevista podían abordar más de un tema a la vez) se constituyeron en un cuerpo que fue estudiado en su conjunto. El eje central del análisis fueron las sentencias para establecer las constantes, las divergencias, los puntos en torno a los cuales no había sino un pronunciamiento y los nudos críticos (es decir, donde no hay una postura unívoca). Las entrevistas dieron lugar a determinar sobre todo cuan polémicos

34 Vale la pena mencionar que se registró esta información con la expectativa de poder decir algo con respecto a las pruebas y la prevalencia de algunas de ellas. No obstante de las sentencias de tribunales y de la Corte Suprema de Justicia no siempre fue posible establecer la totalidad de las que se debatieron.

son algunos temas. Una vez se produjo este análisis se construyeron textos expositivos de la situación encontrada estableciendo si los pronunciamientos de la judicatura resultaban o no garantistas para los derechos de las mujeres víctimas; cada esfuerzo de sistematización fue debatido por todo el equipo de investigación hasta lograr el que se presenta en la segunda parte.

El marco a partir del cual se determinó si la postura en cuestión no era garantista es el conjunto de instrumentos del sistema universal y del americano que establecen los derechos de las mujeres, estos son: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba del mismo. También se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las consideraciones sobre cada postura se explicitan en la medida en que se van presentando a lo largo de la segunda parte de este texto. Es de resaltar que han sido relevantes para la exposición que se realiza tanto los fallos en derecho como los fallos desde los prejuicios, y este es el eje bajo el cual se organizan las conclusiones.

Una vez evaluadas las posturas a través de este lente se procedió a realizar el análisis cuantitativo. La información que se tomó en consideración para este tipo de análisis fue la consignada en las fichas y el análisis cualitativo de las posturas. De las fichas se tuvieron en cuenta el tipo del fallo, el delito, las fuentes; las edades de víctima y victimario y la relación entre ellos; el nivel judicial, la ciudad del fallo, el sexo del juez o jueza, o magistrado o magistrada y si se protegió o no la identidad de la víctima menor de edad³⁵.

Este aspecto se estableció a partir de la presencia o ausencia del registro del nombre de la víctima en la sentencia. Las sentencias fueron clasificadas en tres grupos a partir del análisis cualitativo: las que fallaron en derecho (respetan la Constitución y las leyes) las que develan una postura machista (desconocen lo establecido por la Constitución, las leyes o los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres³⁶) y las género-sensitivas (apelan a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres para dar sustento jurídico a sus planteamientos que son además planteamientos en derecho).

.....

35 Ley 1098 del 8 de noviembre 2006, artículo 47, numeral 8.

36 El sustento de dicha clasificación se presenta cuando se hace el análisis cualitativo por temas.

Por último, y como se expuso antes, la actividad judicial debe respetar una uniformidad en los criterios utilizados para resolver jurídicamente, con la salvedad de poder apartarse de los mismos y, reconociendo que en un sentido mayoritario, la judicatura al momento de producir sus fallos efectivamente toma como marco, referencia o fundamento pronunciamientos anteriores relacionados con el problema jurídico planteado.

Por ello para este estudio fue relevante también establecer cuáles de las sentencias en materia de delitos sexuales se han convertido en fallos trascendentales, acogidos y ratificados posteriormente. Mediante la construcción de un árbol de sentencias se identificó cuáles de ellas son las más citadas por la judicatura, las que han desarrollado doctrina jurisprudencial en la materia, las imperantes en la definición de los principios e interpretaciones de las normas penales y cómo ha sido el movimiento de acogida de dichos principios por parte de la propia Corte, de los tribunales y juzgados estudiados.

El árbol de sentencias se construyó siguiendo la metodología propuesta por López Medina (2006). Este se construye tomando como punto de partida la última sentencia del tiempo a estudiar y se identifica el nicho citacional, es decir el universo de sentencias que refiere. Para cada una de las citadas se hace el mismo ejercicio. Una vez establecido quién cita a quién fue posible determinar cuáles son los puntos nodales, es decir, aquellas sentencias que se repiten varias veces entre las fuentes utilizadas.

El análisis de las fichas, el árbol de sentencias y los puntos nodales pusieron en evidencia que aunque varios jueces se remitieron a un fallo, no todos lo referenciaron para el mismo tema, lo que no permite saber cómo están acogiendo los jueces la jurisprudencia y si ratifican argumentos que fueron *ratio decidendi* de la sentencia citada o argumentos *obiter dicta*³⁷.

.....

37 "Constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario". Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999.

Primera parte Tendencias generales

En esta sección se presentan las características del universo estudiado desde una perspectiva cuantitativa. La primera parte busca que se tenga un panorama general sobre las sentencias analizadas: de qué niveles judiciales son; cuántos casos fueron conocidos por hombres y cuántos por mujeres; en qué ciudad hay mayor concentración; qué tipo de delitos se juzgaron y cuáles son los más frecuentes.

También se presentan las tendencias con respecto a las edades de las víctimas y la relación de esta con el agresor. Y, por último, se establece en qué proporción las sentencias analizadas corresponden a fallos absolutorios, condenatorios o debieron ser anuladas, con qué frecuencia se garantiza el derecho a la intimidad de las menores de 18 años y qué tan comunes son los prejuicios en los fallos.

La segunda parte busca determinar si existe alguna relación entre la situación de los agresores, la protección a la identidad de las víctimas y el carácter de las sentencias con el nivel judicial, sexo de los integrantes de la judicatura, ciudad de los fallos, modalidades de los delitos, edad de las víctimas y relación entre ellas y los agresores.

Para finalizar esta parte se presentan las sentencias más ratificadas por la judicatura para sustentar sus análisis jurídicos.

a. características generales del universo estudiado³⁸

El universo estudiado está compuesto por 210 sentencias de las cuales el 51% son de primera y segunda instancia (21% juzgados y 30% tribunales) y el 49% de altas cortes (42% de la Corte Suprema de Justicia, 6% de la Corte Constitucional y 1% del Consejo de Estado) (tabla A.1). De las 89 sentencias de la Corte Suprema de Justicia una es una acción de tutela y las 88 restantes son de casación; las de la Corte Constitucional son todas acciones de tutela y las del Consejo de Estado, una es una acción de cumplimiento y otra una acción de repetición (tabla A.2).

Como se ha registrado en otras investigaciones, la judicatura tiene una alta presencia de mujeres en los niveles judiciales más bajos y en la medida en que se va subiendo la escala jerárquica su presencia disminuye en forma considerable (Corporación Humanas, 2007). En el universo estudiado esta tendencia se mantiene, de tal suerte que en primera instancia el 61% de los fallos fueron proferidos por juezas y en segunda las decisiones de magistradas correspondieron al 11%; en la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional el porcentaje de resoluciones emitidas por mujeres es aún menor (8% en cada instancia). En el Consejo de Estado solo se estudiaron dos casos, uno fallado por un hombre y otro por una mujer por lo cual es el único nivel judicial en el que hay paridad (tabla A.3).

Debido al marco temporal seleccionado el 90% de las sentencias fueron proferidas en el periodo comprendido entre 2005 y 2009 (tabla A.4).

Por cuanto Bogotá, como se mencionó en la introducción, es la sede de las altas cortes y, de las cuatro ciudades consideradas en el estudio, es la primera en la que se implementó el sistema acusatorio, el 80% de las sentencias pertenecen a esta ciudad, le sigue en importancia Medellín con una concentración del 16% y por último Pasto con el 4% restante (tabla A.5). Es de recordar que si bien Cartagena estaba dentro del universo de estudio no se pudo analizar

.....

38 En esta sección se presentan las cifras más relevantes, es decir aquellas que indican las frecuencias más altas. Un mayor detalle puede consultarse en las tablas del anexo A.

ninguna sentencia debido a que no había ningún proceso por delitos sexuales de acuerdo con los criterios de la investigación que hubiese llegado a su fin.

Las modalidades de los delitos sobre los que versan las sentencias³⁹ proferidas son en su mayoría: actos sexuales con menor de 14 años (35%), acceso carnal violento (32%) y acceso carnal abusivo con menor de 14 años (17%). Los otros delitos tratados en las sentencias fueron, en orden de importancia por la frecuencia: acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (5%), actos sexuales violentos (4%), acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir (3%), actos sexuales abusivos con incapaz de resistir (2%) y constreñimiento a la prostitución⁴⁰. Ninguna de las sentencias analizadas fue sobre acoso sexual, acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o inducción a la prostitución (tabla A.6).

En el 79% de los fallos se condenó al sindicado; en el 18% se absolvió a los inculcados y el 3% de los procesos fueron anulados de tal suerte que la situación del agresor es indefinida (tabla A.7). Sobre estos últimos no se cuenta con información para determinar si el caso se abrió de nuevo y en qué va el proceso⁴¹.

De las 170 víctimas sobre las que se puede establecer si son mayores o menores de edad el 7% son adultas⁴². Si se toman en cuenta las sentencias en las que es posible determinar cuántas son niñas y cuántas adolescentes el mayor porcentaje (75%) corresponde a las menores de 14 años, 17% tienen entre 14 y 17 años y el 8% son adultas⁴³ (tabla A.8).

Si se tienen en cuenta solo los casos en los que se conoce la relación entre el victimario y la víctima (192 procesos, correspondientes al 95% de las sentencias que aplican)⁴⁴ se observa que la mayoría de ellos (85%) pertenece al entorno de la afectada y solo el 15% son personas desconocidas. Entre los inculcados

39 Los porcentajes se calculan teniendo en cuenta 202 sentencias y no las 210 del universo estudiado por cuanto ocho de los procesos fueron acciones de constitucionalidad, repetición o nulidad (tabla A.6).

40 Del delito constreñimiento a la prostitución solo hay un caso que corresponde al 0,495% y se ajusta a 0%.

41 Los porcentajes se calculan sobre 195 sentencias puesto que 15 no aplican debido a que corresponden a: una acción de cumplimiento y una acción de repetición del Consejo de Estado y 12 a acciones de tutela de la Corte Constitucional y una de la Corte Suprema de Justicia.

42 Correspondiente al 82% de total de 207 víctimas del universo de estudio.

43 Un total de 159 son las víctimas sobre las que se puede establecer si son menores de 14 años; tienen entre 14 y 17 años o son mayores de 18 años; corresponden al 77% del total de víctimas del universo de estudio.

44 El total de las sentencias que aplican son 202 puesto que 8 sentencias corresponden a acciones de constitucionalidad, repetición o nulidad.

del entorno de la víctima, los conocidos (sin ninguna relación de parentesco o emocional con ella) son el 42% de los agresores y les siguen en importancia los parientes (personas distintas al padre, padrastro y quienes fueron clasificados bajo la categoría compañero) con una frecuencia del 16%, después los padrastros que son el 14% de los acusados y los padres que conforman el 9% de los victimarios. Aún cuando con un porcentaje bajo, el hecho de que el 5% de los presuntos responsables de violencia sexual sean compañeros resulta relevante puesto que el reconocimiento de la violencia sexual como delito entre cónyuges es reciente. Bajo la categoría compañero se incluyeron los hombres con los que la víctima tiene o tuvo una relación de pareja, afectiva y/o sexual (como por ejemplo, esposo, amante, novio, ex esposo, ex novio) (tabla A.9).

Entre las sentencias sobre las que se tiene información con respecto al grupo de edad al que pertenece la víctima (79% de las que aplican)⁴⁵ se observa que el derecho de protección de la identidad de las víctimas menores de edad es respetado en un poco más de la mitad de los casos (56%) (tabla A.10). Como se mencionó en la metodología, el respeto a la intimidad de las víctimas menores de edad solo se estableció a partir de la reserva del nombre de las mismas⁴⁶.

De las sentencias analizadas fallaron en derecho el 76%, 20% son prejuiciosas y 4% son género-sensitivas (tabla A.11).

En suma, vale resaltar que el 84% de las sentencias que se estudiaron son, sobre todo, por actos sexuales con menores de 14 años, accesos carnales violentos y accesos carnales abusivos que dieron lugar en el 84% de los casos a fallos condenatorios. Solo 7% de los casos en los que se puede inferir el grupo etario de las víctimas corresponde a adultas, lo que lleva a preguntar si ello se debe a que los procesos que cursan en los estrados judiciales son sobre todo los de mujeres menores de edad y los casos de las adultas no llegan a instancias del juicio. Por último es de destacar que se trata de delitos cometidos en el 85% de los casos por personas del entorno de las víctimas.

.....

45 Las sentencias que aplican son 190, de ellas se tiene información sobre el grupo de edad al que pertenecen las víctimas en el 79% de los casos. No aplican 20 sentencias: 8 correspondientes a acciones de constitucionalidad, repetición o nulidad, y 12 correspondientes a mujeres mayores de edad. Es de anotar que si bien en 10 sentencias no es posible determinar la edad de la víctima se puede inferir el grupo de edad al que pertenece puesto que el delito del que se trata es un abusivo con menor de 14 años.

46 El respeto al derecho a la identidad de la víctima es aplicable a menores de edad e incluye preservar información respecto a su nombre, lugar de residencia y toda aquella que posibilite establecer de que persona se trata.

B. a algunas tendencias del universo de estudio⁴⁷

Las tendencias se establecen teniendo en cuenta las sentencias con respecto a la situación del procesado, la protección a la identidad de las menores de 18 años y el carácter de las sentencias (si son en derecho, prejuiciosas o género-sensitivas).

Mientras que el 18% de los fallos son en general absolutorios, esta proporción tiende a ser más alta en primera y segunda instancia (25 y 29%, respectivamente), (tabla B.1). Si se tiene en cuenta el sexo de quien juzga se observa que los hombres profirieron más fallos absolutorios (19%) que las mujeres (12%), (tabla B.2). La ciudad en la que hay más fallos absolutorios, en comparación con la tendencia general, es Medellín (33%) (tabla B.3).

Los delitos en los que hay una tendencia más alta a presentarse fallos absolutorios, en comparación con el promedio general, son los actos sexuales abusivos con incapaz de resistir (40%) y los de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (30%) (tabla B.4). El grupo de edad en el que hay más tendencia a fallar de manera absolutoria es el de 14 a 17 años siendo estos el 38% (tabla B.5) y son los compañeros y los padres quienes con una frecuencia mayor a la general, tienden a ser absueltos (33 y 31%, respectivamente) (tabla B.6).

Si se tiene en cuenta el derecho que tienen los y las menores de edad a que su identidad sea protegida se observa que la instancia más garantista es la Corte Suprema de Justicia (en el 78% de los casos omite el nombre de la víctima), mientras que en primera y segunda instancia el porcentaje de sentencias que respetan este derecho está 14 y 12 puntos porcentuales, respectivamente, por debajo de la tendencia general (que es 55%) (tabla B.7). Las juezas y las magistradas tienden a respetar más (64%) ese derecho que los hombres (53%), (tabla B.8). La judicatura de Medellín y Pasto tienen una tendencia a proteger menos la identidad de las víctimas (solo se reservó el nombre de la víctima en el 31 y 22%, respectivamente) a la de Bogotá que lo hace en el 65% de los casos (tabla B.9).

Los delitos en los que se suele respetar menos la identidad de las menores de edad son actos sexuales violentos (83% en comparación con 44% de la tendencia general) y actos sexuales abusivos con incapaz de resistir (67%).

.....

47 Un mayor detalle puede consultarse en el anexo B. Tablas correspondientes a algunas tendencias del universo de estudio.

En contraposición, en todos los casos en que el delito fue acceso carnal abusivo en persona puesta en incapacidad de resistir se protegió este derecho y en el 67% de los casos en los cuales el delito fue acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (tabla B.10). La mayor protección a la intimidad se observa cuando el agresor es pariente de la víctima (70%) y la menor cuando se trata de su compañero (es de resaltar que solo hay tres casos en los que esta es la relación debido a que las víctimas son menores de edad), seguido por el padre y los desconocidos en los que la tendencia a no omitir el nombre de las niñas y adolescentes es del 53% en ambos casos en comparación con el 43% que es la tendencia general (tabla B.11).

En lo que se refiere al carácter de las sentencias se advierte que es en los juzgados de primera instancia donde se tiende a fallar con más prejuicios (30%) en comparación con la tendencia general (20%). En tribunales, el prejuicio es cinco puntos porcentuales mayor al general. En los fallos de la Corte Suprema de Justicia la tendencia prejuiciosa es siete puntos más baja que para el promedio general, en la Corte Constitucional el 50% de los fallos fueron género-sensitivos y las dos sentencias del Consejo de Estado también. Es de resaltar que en la Corte Suprema de Justicia solo en una ocasión se hizo referencia a instrumentos internacionales de los derechos de las mujeres (tabla B.12). No se advierte una tendencia a fallar con mayores prejuicios ni de forma género-sensitiva si se tiene en cuenta el sexo de jueces y juezas y magistrados y magistradas, la proporción en las sentencias prejuiciosas en ambos casos es casi la misma siendo la de las mujeres un punto porcentual menor (tabla B.13).

Si se tiene en cuenta el lugar en el que se emitió el fallo se observan tendencias distintas; mientras Medellín es la ciudad en la que hay más fallos prejuiciosos (33%), Pasto es la que menos tiene (11%), mientras Bogotá está solo dos puntos por debajo del promedio general (que es 20%) (tabla B.14). Es de anotar que las sentencias género-sensitivas solo fueron proferidas por las altas cortes que tienen su asiento en Bogotá por lo que sobre este particular no hay como establecer diferencias por área geográfica.

Los delitos en los que se observa una mayor tendencia a fallar desde prejuicios son actos sexuales abusivos con incapaz de resistir (40%), actos sexuales violentos (33%) y acceso carnal violento (27%). Los menores prejuicios tienden a estar en los delitos de acceso carnal abusivo (9%) y en el acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir (14%) (tabla B.15).

El 63% de los fallos absolutorios son prejuiciosos así como la mitad de los procesos que fueron anulados. Cuando se condena se observa una tendencia a emitir conceptos en derecho (11 puntos más que si se tiene en cuenta el promedio general que es 78%) (tabla B.16). La mayor proporción de fallos en derecho se hicieron en los casos en que la víctima tenía menos de 14 años (83% en comparación con el 77% que es la tendencia general), y los más prejuiciosos se presentan cuando las víctimas son adultas (42%, en contraste con el 21% de la tendencia general) (tabla B.17). Cuando el victimario es el compañero el porcentaje de fallos prejuiciosos es 12 puntos más alto que el general (que es 21%). La mayor frecuencia de fallos en derecho se presenta cuando el padrastro es el agresor (89% frente a 77% que es la tendencia general) y cuando se trata de un pariente (87%) (tabla B.18).

Si se tiene en cuenta la información de manera global, se observa que el nivel judicial que ofrece menos garantías es el de primera instancia, pues ahí hay una tendencia un poco más alta de no protección de los derechos de las menores de edad a la intimidad así como una mayor frecuencia en la introducción de prejuicios en los fallos. En las sentencias analizadas se observa que la proporción de fallos condenatorios proferidos por las mujeres es un poco más alto que el que los hombres emiten y con más frecuencia se protege el derecho de las menores de edad a que no se revele su identidad.

Medellín aparece como la ciudad con menos garantías, en comparación con Bogotá y Pasto; es donde se producen proporcionalmente, más fallos absolutorios, menos protección al derecho a la intimidad de las menores de edad y más sentencias prejuiciosas. Por último, también se advierte que cuando el victimario tiene una relación de compañero con la víctima, la proporción de fallos absolutorios es más alta que en el resto; hay menos protección a la identidad de la víctima y una tendencia más alta a introducir prejuicios.

c. utilización de fuentes

1. aspectos generales

La judicatura, en el 64% de los fallos estudiados, sustentó sus posturas en fuentes nacionales como la Constitución Política, leyes nacionales, jurisprudencia y doctrina. En el 21% recurrió a fuentes extranjeras entre las que se encuentran instrumentos internacionales y doctrina. El 31% de la judicatura no utilizó ninguna.

De todos los niveles judiciales la Corte Suprema de Justicia es la que menos hace uso de fuentes (38%), le siguen los tribunales (32%), los juzgados (23%) y la Corte Constitucional (8%).

Al revisar la doctrina referenciada se encuentra que ninguno de los autores es citado por más de cuatro sentencias de las 120 estudiadas. Entre los autores nacionales el más mencionado es Florián (1982) para sustentar en dos oportunidades planteamientos sobre credibilidad y en otras dos sobre valoración probatoria; Pérez (1991) usado para discutir dos veces sobre tipicidad y otra sobre bien jurídico. Los autores extranjeros más referenciados son Juárez López (2004) cuatro veces en el tema de credibilidad, Framarino dei Malatesta (1978) dos veces al tratar el tema de valoración probatoria y una los derechos del victimario; Bassiouni (2000) una vez para derechos de las víctimas y otra en el tema de protección a la dignidad de las mismas; Muñoz Conde (1996) una vez en el tema de responsabilidad y otra en el de tipicidad; Orts Berenguer (1995) en una oportunidad para responsabilidad y en otra para violencia; Simonin (1980) para tipicidad dos veces.

Entre las referencias que sustentan posiciones género-sensitivas se mencionan los siguientes instrumentos internacionales: Convención de Belem do Pará (1994), Cedaw (1979), Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993). La doctrina citada para respaldar sus planteamientos está conformada por: Cabal, Roa y Lemaitre (2001), Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (2004), Coomaraswamy (2001), Ministerio de la Protección Social (2007), Organización Panamericana de la Salud (2003), Estatuto de Roma (1998), Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma (2002), Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (1993) y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994).

Estas posiciones también fueron apoyadas con base en pronunciamientos internacionales: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso 12.350 de 2001 contra Bolivia y Caso 11.565 de 2001 contra México); Corte Europea de Derechos Humanos (Caso 23178 de 1994, Aydin contra Turquía, Caso 39272 de 1998 M.C. contra Bulgaria, Caso 33218 de 1996 E. y otros contra el Reino Unido); Corte Suprema de Canadá (Caso R. v. Park, 1995 y Caso R. v. O Connor, 1995); Tribunal Supremo Español (sentencia del Tribunal Supremo 777/2000, rec. 1468/1995); y jurisprudencia del Tribunal Supremo de Dinamarca (Caso U1991.534H, mayo 7 de 1991 y Caso U1993.941V, agosto 17 de 1993).

El cuerpo más relevante para este estudio es el conformado por las sentencias de la propia judicatura. Este es analizado en detalle en el siguiente apartado.

2. Ratificación de jurisprudencia

La ratificación de jurisprudencia se estableció a partir de la elaboración del árbol de sentencias y de la identificación de los puntos nodales. Es importante aclarar que sobre las sentencias en esta sección no se hará ninguna valoración ni análisis diferente a identificar cuáles son las más acogidas y para qué temas. Así mismo, que los puntos nodales no necesariamente garantizan más los derechos de las mujeres víctimas. Las sentencias que corresponden a los puntos nodales son las que se presentan a continuación aclarando en cada caso para qué tema fueron utilizadas por fallos posteriores.

a. La presunción que protege a menores de 14 años

En el tema “bien jurídico”, respecto de la presunción que protege a menores de 14 años de cualquier interferencia en materia sexual, las sentencias nodales son las 13466 del 26 de septiembre de 2000 y 18455 del 7 de diciembre de 2005.

La 13466 tomó la C-146 del 23 de marzo de 1994, que establece la exequibilidad del límite de los 14 años para los delitos abusivos, como marco para fundamentar su decisión. La 13466 ha sido ampliamente ratificada tanto por la propia Corte como por algunos fallos de los tribunales y juzgados estudiados, que se pronunciaron posteriormente en materia de delitos sexuales cometidos contra niñas (tabla 1).

Tabla 1. Sentencias que ratifican la 13466

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2003	Corte Suprema de Justicia	17168*	4 de febrero
2003	Corte Suprema de Justicia	18585	11 de diciembre
2005	Corte Suprema de Justicia	18455	7 de diciembre
2006	Tribunal de Bogotá	2005-11640	29 de marzo
2007	Corte Suprema de Justicia	25386	11 de enero
2007	Tribunal de Bogotá	2006-04432	16 de mayo
2007	Juzgado de Medellín	2006-12492**	20 de septiembre
2008	Juzgado de Pasto	Sin información	27 de mayo

(continúa)

(continuación)

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	29053	5 de noviembre
2008	Corte Suprema de Justicia	30305	5 de noviembre
2008	Tribunal de Bogotá	2007-00041	11 de diciembre

* Esta sentencia también acogió el fallo de la Corte Constitucional C-146 del 23 de marzo de 1994.

** Esta sentencia también acogió el fallo de la Corte Constitucional C-146 del 23 de marzo de 1994.

La segunda sentencia que revela más acogida por los fallos estudiados es la 18455 del 7 de diciembre de 2005, que también había ratificado la 13466 del 26 de septiembre de 2000. No se encontró ningún registro de fallos de la Corte Suprema que la acogieran, pero sí una cantidad considerable de sentencias de primera y segunda instancia. Dos de ellas, también ratificaron la anterior (tabla 2).

Tabla 2. Sentencias que ratificaron la 18455

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	20413	23 de enero
2008	Corte Suprema de Justicia	21105	29 de julio
2009	Juzgado de Pasto	2008-05453	3 de abril
2009	Corte Suprema de Justicia	23508	23 de septiembre

b. Violencia

Las sentencias más acogidas relativas a la “definición” y “alcance de la violencia”, como elemento objetivo de los delitos sexuales violentos (artículos 205 y 206 del Código Penal), son las 9401 del 8 de mayo de 1996, 17068 del 26 de noviembre de 2003, 23706 del 26 de enero de 2006, 25743 del 26 de octubre de 2006 y 20413 del 23 de enero de 2008. Muchas de estas se ratifican entre sí y algunas acogen más de una (tablas 3 a 7).

Tabla 3. Sentencias que ratificaron la 9401

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2005	Corte Constitucional	T 453	2 de mayo
2007	Corte Constitucional	T 458	4 de agosto
2008	Corte Suprema de Justicia	20413	23 de enero
2008	Corte Suprema de Justicia	21691	17 de septiembre
2009	Juzgado de Bogotá	2007-03473	30 de marzo
2009	Corte Suprema de Justicia	29308	13 de mayo

Tabla 4. Sentencias que ratificaron la 17068

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2006	Tribunal de Medellín	2006-00732	14 de noviembre
2008	Corte Suprema de Justicia	20413	23 de enero
2008	Corte Suprema de Justicia	21691	17 de septiembre
2009	Corte Suprema de Justicia	29308	13 de mayo

Tabla 5. Sentencias que ratificaron la 23706

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2006	Tribunal de Medellín	2006-00819	22 de noviembre
2008	Corte Suprema de Justicia	20413	23 de enero
2008	Corte Suprema de Justicia	21105	29 de julio
2009	Corte Suprema de Justicia	26013	26 de mayo
2009	Corte Suprema de Justicia	23508	23 de septiembre

Tabla 6. Sentencias que ratificaron la 25743

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2007	Juzgado de Medellín	2006-16477	4 de diciembre
2008	Corte Suprema de Justicia	20413	23 de enero
2008	Juzgado de Pasto	Sin Información	27 de mayo
2008	Corte Suprema de Justicia	21691	17 de septiembre
2009	Juzgado de Pasto	2008-05453	3 de abril
2009	Corte Suprema de Justicia	29308	13 de mayo
2009	Corte Suprema de Justicia	23508	23 de septiembre
2009	Corte Suprema de Justicia	32192	28 de octubre

Tabla 7. Sentencias que ratificaron la 20413

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	21105	29 de julio
2008	Corte Suprema de Justicia	29053	5 de noviembre
2009	Corte Suprema de Justicia	23508	23 de septiembre
2009	Corte Suprema de Justicia	26013	6 de mayo

c. La protección a la dignidad y la vida privada de la víctima

En el tema de “consentimiento”, la protección a la dignidad y la vida privada de las víctimas de violencia sexual ha sido una postura muy respaldada por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Suprema, así como por algunos de los tribunales y juzgados de los que se estudiaron sus sentencias. Tres son las sentencias que han marcado una postura imperante frente al tema y que por lo mismo han sido ratificadas por múltiples fallos posteriores, estas son las sentencias 18455 del 7 de diciembre de 2005, 23706 del 26 de enero de 2006 y 20413 del 23 de enero de 2008. Esta última acogió en su fallo las dos anteriores. (tablas 8 a 10).

Tabla 8. Sentencias que ratificaron la 18455

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	20413	23 de enero
2008	Corte Suprema de Justicia	21105	29 de julio
2009	Juzgado de Pasto	2008-05453	3 de abril
2009	Corte Suprema de Justicia	23508	23 de septiembre

Tabla 9. Sentencias que ratificaron la 23706

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2006	Tribunal de Medellín	2006-00819	22 de noviembre
2008	Corte Suprema de Justicia	20413	23 de enero
2008	Corte Suprema de Justicia	21105	29 de julio
2009	Corte Suprema de Justicia	26013	26 de mayo
2009	Corte Suprema de Justicia	23508	23 de septiembre

Tabla 10. Sentencias que ratificaron la 20413

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	21105	29 de julio
2008	Corte Suprema de Justicia	29053	5 de noviembre
2009	Corte Suprema de Justicia	23508	23 de septiembre
2009	Corte Suprema de Justicia	26013	6 de mayo

d. credibilidad del testimonio de menores de edad

En el tema de la “valoración probatoria”, la credibilidad del testimonio, especialmente de menores de edad, ha contado con gran desarrollo jurisprudencial. Varias sentencias se han pronunciado al respecto; sin embargo, en el universo estudiado se destacaron las siguientes como las más acogidas por fallos posteriores a ellas: 24468 del 30 de marzo de 2006 (tabla 11), 26411 del 8 de noviembre de 2007 (tabla 12), 27946 del 26 de septiembre de 2007 (tabla 13), la 28274 del 26 de septiembre de 2007 (tabla 14), 28511 del 28 de noviembre de 2007 (tabla 15) y 28742 del 13 de febrero de 2008 (sentencia que ratificó a todas las anteriores, véase tabla 16).

Es importante resaltar que de las sentencias mencionadas, solo la 24468, la 28274 y la 28742 se refieren a casos específicos de violencia sexual contra niñas, las demás refieren otros delitos. Sin embargo, todas las sentencias que se identificaron como aquellas que las ratificaron, sí hacen parte del universo de sentencias estudiadas, tratan sobre delitos sexuales cometidos contra niñas y, por ende, se hace evidente que resultan aplicables también para estos casos.

Todas o algunas de las sentencias presentadas, fueron ratificadas por las siguientes sentencias de la Corte y de tribunales y/o juzgados:

Tabla 11. Sentencias que ratificaron la 24468

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2002	Corte Suprema de Justicia	29117	2 de julio
2008	Corte Suprema de Justicia	28742	13 de febrero
2008	Corte Suprema de Justicia	28257	29 de febrero
2008	Corte Suprema de Justicia	29740	19 de agosto
2008	Corte Suprema de Justicia	29678	5 de noviembre
2007	Juzgado de Medellín	2006-13866	19 de diciembre
2008	Tribunal de Medellín	2006-05803	21 de agosto
2009	Tribunal de Bogotá	2007-00278	15 de mayo

Tabla 12. Sentencias que ratificaron la 26411

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	28742	13 de febrero
2008	Corte Suprema de Justicia	29678	5 de noviembre
2008	Tribunal de Bogotá	2006-13866	25 de noviembre

Tabla 13. Sentencias que ratificaron la 27946

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2002	Corte Suprema de Justicia	29117	2 de julio
2008	Corte Suprema de Justicia	28742	13 de febrero
2008	Corte Suprema de Justicia	29678	5 de noviembre
2008	Tribunal de Medellín	2006-05803	21 de agosto
2009	Tribunal de Bogotá	2007-00278	15 de mayo

Tabla 14. Sentencias que ratificaron la 28274

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2002	Corte Suprema de Justicia	29117	2 de julio
2008	Corte Suprema de Justicia	28742	13 de febrero
2008	Corte Suprema de Justicia	29678	5 de noviembre
2008	Tribunal de Medellín	2006-05803	21 de agosto
2009	Tribunal de Bogotá	2007-00278	15 de mayo

Tabla 15. Sentencias que ratificaron la 28511

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2002	Corte Suprema de Justicia	29117	2 de julio
2008	Corte Suprema de Justicia	28742	13 de febrero
2008	Corte Suprema de Justicia	29678	5 de noviembre
2008	Tribunal de Medellín	2006-05803	21 de agosto
2009	Tribunal de Bogotá	2005-00842	17 de abril
2009	Tribunal de Bogotá	2007-00278	15 de mayo

Tabla 16. Sentencias que ratificaron la 28742

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	29740	19 de agosto
2008	Corte Suprema de Justicia	29678	5 de noviembre
2009	Tribunal de Medellín	2006-12470	30 de enero
2009	Juzgado de Bogotá	2007-06568	3 de julio

e. retractación

Frente al tema de la retractación de los testigos, la sentencia 22240 del 23 de agosto de 2006 (tabla 17), aunque no es específica de delitos sexuales, es la más ratificada por la propia Corporación así como por tribunales y juzgados, cuando se estudian estos delitos.

Tabla 17. Sentencias que ratificaron la 22240

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	28257	29 de febrero
2008	Corte Suprema de Justicia	22318	8 de octubre
2009	Juzgado de Bogotá	2008-01746	4 de septiembre
2009	Juzgado de Bogotá	2008-02246	10 de septiembre

f. reglas de la experiencia y la sana crítica

En el tema de las reglas de la experiencia y la sana crítica las siguientes son las sentencias con más acogida dentro de la judicatura, que aunque no resuelvan específicamente sobre delitos sexuales, constituyen los precedentes más acudidos en materia de estos delitos cometidos contra mujeres y/o niñas estudiados en la presente investigación: 16472 del 21 de noviembre de 2002 (tabla 18), 23593 del 11 de abril de 2007 (tabla 19) y la 22548 del 9 de abril de 2008 (tabla 20). Estas sentencias fueron ratificadas, en su orden, por las siguientes:

Tabla 18. Sentencias que ratificaron la 16472

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2007	Corte Suprema de Justicia	26128	11 de marzo
2008	Corte Suprema de Justicia	29053	5 de noviembre
2009	Corte Suprema de Justicia	23909	4 de marzo

Tabla 19. Sentencias que ratificaron la 23593

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2007	Corte Suprema de Justicia	26381	25 de abril
2008	Corte Suprema de Justicia	21105	29 de julio
2009	Corte Suprema de Justicia	30356	10 de marzo

Tabla 20. Sentencias que ratificaron la 22548

Año	Corporación	Proceso	Fecha de la sentencia
2008	Corte Suprema de Justicia	24685	28 de mayo
2008	Corte Suprema de Justicia	28874	24 de octubre
2008	Corte Suprema de Justicia	29053	5 de noviembre

Segunda parte Análisis de la jurisprudencia

La revisión de las sentencias reveló que la judicatura en materia de delitos sexuales se pronuncia ampliamente en torno a la tipicidad, los bienes jurídicos protegidos, la violencia, el consentimiento de la víctima, la responsabilidad de los autores y la valoración de las pruebas.

Los debates en tipicidad que se presentan en esta segunda parte giran en torno a los alcances de los tipos, es decir qué elementos permiten establecer que los actos que se analizan constituyen un delito y de qué tipo de delito se trata. Los aspectos que se discuten son la penetración como elemento central del acceso carnal y la naturaleza sexual de determinados actos. El otro tema de tipicidad que se aborda es cuando hubo acceso carnal violento y si la violencia que se utilizó para cometer el delito vulneró también los bienes jurídicos de la integridad personal. Por último la jurisprudencia desarrolla criterios para establecer si el delito sexual fue consumado o tentado y, en este último caso, para determinar qué tipo de delito finalísticamente era el que quería cometer el autor.

Las sentencias que presentan discusiones sobre el tema de los bienes jurídicos que protegen los delitos sexuales buscan delimitar y definir la libertad, la integridad y la formación sexuales y su titularidad. Adicionalmente se debate sobre la antijuridicidad, es decir si las conductas que originan el juicio vulneraron o pusieron en riesgo los bienes jurídicos protegidos, sobre todo en los delitos sexuales violentos y en los abusivos por la edad. El otro aspecto relativo a los bienes jurídicos que origina pronunciamientos de la judicatura es el desarrollo de la presunción que protege a los y las menores de 14 años; es decir, la protección penal de no interferencia en materia sexual para los niños y las niñas menores de esta edad.

Determinar si se hizo uso de la violencia, para llevar a cabo los delitos sexuales que tienen este componente como uno de los elementos que configuran el tipo, ha sido medular en algunas de las sentencias estudiadas. Los debates se centran en la definición y alcance del elemento de la violencia, y otros buscan establecerla, analizando las reacciones de la víctima. Es así como varios de los pronunciamientos proponen, que si la víctima no se resistió no puede determinarse que se usó la violencia y otros que no existió una fuerza capaz de doblegar la voluntad de la víctima puesto que esta podía reaccionar de alguna manera según lo indica la lógica del juez o jueza.

La embriaguez y la vida sexual y social de la víctima son presentadas en algunas sentencias como indicativas de que la víctima consintió los hechos sexuales que dieron lugar al juicio. Con respecto al primer aspecto la judicatura ha debatido sobre si la embriaguez constituye un estado de incapacidad de resistir que anula cualquier consentimiento; en algunos casos se concluye que cuando la víctima ha ingerido licor ha propiciado y, de alguna manera, consentido la relación sexual. Por otra parte, mientras algunas de las posturas reiteran que en ningún caso puede inferirse el consentimiento o desvirtuar la credibilidad de la víctima haciendo alusión a su vida privada, anterior o posterior a los hechos, otras incumplen claramente con este postulado constitucional.

Con respecto a la responsabilidad de los victimarios, en este estudio se expone la postura de la judicatura frente a la inimputabilidad en estos delitos; esto es, cuándo un agresor no puede ser sujeto de responsabilidad penal. El debate que se presenta en esta sección corresponde al que busca determinar la responsabilidad de quienes no tuvieron contacto corporal con la víctima, cuando el delito lo cometen varios sujetos. Para esta determinación la judicatura analiza la figura de la coautoría impropia; esto es, determinar si participó en

la planeación del ilícito, si jugó algún papel y si este fue determinante para que se llevara a cabo el delito.

Finalmente, en el tema de valoración probatoria se tratan los temas relativos al testimonio de la víctima de violencia sexual y su importancia por ser un delito que se comete regularmente sin testigos, la especial confiabilidad cuando se trata de menores de edad; la irrelevancia de la prueba física y los criterios y figuras de valoración que tiene el o la jueza para determinar si las pruebas que se le presentan le permiten asegurar más allá de toda duda razonable, que efectivamente el delito se cometió. Estos criterios son las reglas de la experiencia, la sana crítica, y la figura a la que se alude es la del observador inteligente.

En la presentación de cada uno de los temas se relacionan las sentencias que los tratan con el fin no solo de que se pueda cotejar nuestra interpretación sino con miras a que la relación que se hace les sirva a las personas interesadas, en particular a los y las juezas para conocer el desarrollo jurisprudencial que se ha hecho en los temas. La exposición se hace mostrando primero las posiciones que fallaron en derecho para terminar, cuando así ocurre, con aquellas que por sus lecturas prejuiciosas vulneraron los derechos de las víctimas o ponen en riesgo sus derechos a futuro al sentar precedentes o fijar restricciones a interpretaciones que hasta el momento habían sido más garantistas.

a. Tipicidad

La tipicidad es la definición que la ley penal hace de manera inequívoca, expresa y clara de las características básicas estructurales de los tipos penales⁴⁸; corresponde a una descripción objetiva de una conducta. El Código Penal colombiano tipifica tres clases de delitos sexuales:

- Los de violación: contienen los tipos penales que exigen violencia o poner a la víctima en incapacidad de resistir⁴⁹.
- Los abusivos: cometidos contra menores de 14 años o contra personas que se encuentran en incapacidad de resistir y el acoso sexual⁵⁰.

.....

48 Artículo 10 del Código Penal.

49 Artículo 205, 206 y 207 del Código Penal.

50 Artículos 208, 209, 210 y 210A del Código Penal. De los delitos abusivos se encontró una sanción administrativa por acoso sexual pero no sentencias relativas a ese delito, por lo que no se presenta ninguna discusión ligada a este tipo penal.

- Los de proxenetismo: penalizan la obtención de beneficio económico con la violencia sexual ejercida contra otras personas⁵¹.

Si bien la adecuación típica no le corresponde a la judicatura sino a la Fiscalía, los y las jueces y los y las magistradas (en adelante también mencionados como judicatura) son finalmente quienes determinan si la conducta tipificada se corresponde con la realidad fáctica, de ahí la relevancia de examinar las posturas que ha sentado la judicatura al respecto.

1. alcances de los tipos penales

En el Código Penal se establecen para cada una de las conductas punibles los elementos del tipo y sus ingredientes especiales (normativos y subjetivos). La Corte Suprema de Justicia en la medida en que se han presentado controversias e interpretaciones sobre los elementos ha sentado el alcance de algunos de ellos. En la jurisprudencia analizada el debate gira en torno al alcance de la conducta de acceso carnal; alcance, naturaleza y connotación de la conducta de acto sexual; y el debate entre la conducta de poner en incapacidad de resistir y la incapacidad como calidad del sujeto pasivo.

Es menester dejar sentado que la Corte Constitucional ha reiterado que los delitos sexuales son tipos “de actividad o de mera conducta”⁵², esto quiere decir que “describen como punibles el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias” (Reyes Echandía, 1994: 116).

a. alcances de la conducta de acceso carnal

El Código Penal en el artículo 212 define el tipo como sigue:

se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

Las estrategias defensivas de los inculpados han generado pronunciamientos de la judicatura con respecto a qué se entiende por penetración, en lo relativo a cuatro aspectos: profundidad de la misma, partes del órgano reproductivo

.....

⁵¹ Los delitos de proxenetismo están contenidos en los artículos 213, 214, 217 y 218 del Código Penal. Solo una de las sentencias analizadas versó sobre constreñimiento a la prostitución (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 10854, sentencia del 24 de octubre de 2002), por lo cual en los análisis que se presentan no se hace referencia a ellos.

⁵² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-674 del 30 de junio de 2005.

femenino comprometidas, objetos con que se realiza, y relación mecánica entre penetración y eyaculación. Como correlato de estas posiciones la judicatura se pronuncia sobre los rastros y su determinación en la ocurrencia de los delitos de violación.

Con respecto a la profundidad y las partes del órgano reproductivo femenino comprometidas, la judicatura ha planteado que: “la introducción del asta viril, puede ser parcial o total, y por vía oral, anal o vaginal del mismo o heterogéneo sexo”⁵³ y que esta puede comprometer solo el introito vaginal puesto que “el introito vaginal hace parte de los genitales internos”⁵⁴. Con respecto a los objetos que se reconoce pueden penetrar sexualmente a la víctima, la Corte recuerda que además del pene, la penetración puede realizarse con los dedos⁵⁵ o elementos no corporales⁵⁶. Y, finalmente, en lo relativo a la relación mecánica entre penetración y eyaculación, la Corte ha manifestado que el delito de acceso carnal se configura “simplemente con la introducción del asta viril en el cuerpo de otra persona, no es necesario que para la consumación se tenga perfección fisiológica”⁵⁷.

Por tanto, en lo relacionado con los rastros que puede o no dejar el acceso carnal la Corte desestima como relevantes para eximir de responsabilidad al inculpado que no haya huellas de sí mismo sobre la víctima, tales como: espermatozoides, fluidos o ADN. En efecto la Corte ha planteado que el acceso carnal no “depende para su consumación de huellas espermáticas, líquidos o fluidos genéticos para su estructuración. Por ello, el sentido hermenéutico de la referida norma no está condicionado a un elemento objetivo (espermatozoides)”⁵⁸, como tampoco está determinado por la existencia de rastros de ADN del autor en la víctima. Muchos factores pueden influir para que no se encuentre este

.....

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008.

54 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23790, sentencia del 7 de septiembre de 2006. Esta postura es también la del Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00574, sentencia del 23 de septiembre de 2008 y la del Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00732, sentencia del 14 de noviembre de 2006.

55 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23790, sentencia del 7 de septiembre de 2006. Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00732, sentencia del 14 de noviembre de 2006.

56 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23027, sentencia del 13 de julio de 2006. En ese mismo sentido se pronuncia la misma Corporación, en los procesos 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007 y 18727, sentencia del 6 de abril de 2005.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008. Véase también en el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23027, sentencia del 13 de julio de 2006.

tipo de rastros, por ejemplo: penetración con elementos no corporales⁵⁹, el paso del tiempo que hace que la prueba se pierda, la realización del delito sin eyaculación⁶⁰ o sin dejar rastros de ADN en el cuerpo de la víctima⁶¹.

De igual manera, la judicatura ha sentado posición con respecto a las pretensiones de la defensa de absolver al inculpado porque el himen de la víctima permanece entero después de cometida la conducta. La Corte recalca que la ausencia de desfloración puede estar relacionada con que el himen es dilatable⁶², o porque la penetración (ya sea con el pene o algún otro objeto) solo llega hasta el introito vaginal⁶³.

A pesar de los alcances precisados por la Corte, relativos a la profundidad de la penetración, las partes de los genitales femeninos implicadas, los objetos con que se puede hablar de penetración y, por ende, el tipo de pruebas que pueden estimarse como relevantes para demostrar que la hubo, entre las sentencias analizadas se encontró una que contraviene dichos planteamientos.

El Tribunal Superior de Bogotá en una sentencia del año 2008⁶⁴ considera que el delito de acceso carnal abusivo denunciado por una niña no ocurrió, puesto

.....

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23790, sentencia del 7 de septiembre de 2006; proceso 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007 y proceso 26682, sentencia del 4 de febrero de 2009.

60 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23027, sentencia del 13 de julio de 2006 y proceso 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007.

61 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007; proceso 22579, sentencia del 22 de agosto de 2008; proceso 24900, sentencia del 18 de agosto de 2009 y Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00819, sentencia del 22 de noviembre de 2006.

62 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005 y proceso 26682, sentencia del 4 de febrero de 2009. Una posición similar es mantenida por el Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-04542, sentencia del 9 de mayo de 2008 y proceso 2007-00574, sentencia del 23 de septiembre de 2008; y por el Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-00588, sentencia del 30 de junio de 2009. Vale la pena anotar que algunos juzgados (referido en el proceso 18727) tribunales (referido en los procesos 13466 y 18455) y fiscales (referido en la sentencia T-453) siguen denominando al himen que es elástico "himen complaciente", con lo que se denota que por no romperse está dispuesto a la penetración, lo que revela una perspectiva androcéntrica en el uso del lenguaje. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18727, sentencia del 6 de abril de 2005; proceso 13466, sentencia del 26 de septiembre de 2000; proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005 y Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-453 del 2 de mayo de 2005.

63 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23790, sentencia del 7 de septiembre de 2006. En el mismo sentido véase: Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00574, sentencia del 23 de septiembre de 2008; Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00732, sentencia del 14 de noviembre de 2006.

64 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-00143, sentencia del 20 de febrero de 2008. A pesar de este pronunciamiento en contravía de lo establecido por la jurisprudencia, el mismo tribunal meses después vuelve a afirmar la postura imperante (Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-04542, sentencia del 9 de mayo de 2008).

que “el examen sexológico mostró un himen íntegro no dilatado, al igual que su ano”. La sala afirma que

si bien es cierto el testimonio de la víctima es reiterativo en afirmar que su padre la abordó sexualmente también lo es que esta es la única prueba sobre la existencia del hecho pues la narración de la niña, no encontró soporte en la valoración científica a la que fue sometida por parte de la perito forense, ya que la menor siempre ha indicado que su papá le metió el dedo asociando este episodio con dolor físico en su área genital cuando el examen de medicina legal no arrojó muestras de que la niña hubiera sido penetrada tal y como esta lo indica.

En este caso la corporación desconoció que la penetración pudo realizarse sin que produjera desgarramiento del himen (por ejemplo, si solo comprometió el introito vaginal), que el dolor reportado por la niña no solo puede deberse a que hubo rompimiento del himen sino también por ejemplo, al forzamiento y manipulación de sus genitales⁶⁵.

b. alcances de la conducta de actos sexuales

Los actos sexuales son las conductas que vulneran o ponen en riesgo los bienes jurídicos de la libertad, la integridad y la formación sexuales y no implican penetración; el Código Penal se refiere a ellos como “diversos al acceso carnal”. En tanto el acto sexual es definido en negativo “lo que no constituye acceso carnal” y vulnera o pone en riesgo los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales, la Corte se ha pronunciado para determinar el alcance de lo que se puede entender por sexual.

La Corte en un fallo del 5 de noviembre de 2008 plantea que los actos sexuales deberán determinarse de acuerdo con la norma social o porque involucran zonas erógenas. La Corte aclara que se entiende por zona erógena

toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual [...] aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)⁶⁶.

.....

65 Lo referente a la valoración de las pruebas físicas se analiza en la sección de “Valoración probatoria”.

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008 citando a Muñoz Sabaté (1976) (subrayado en el original). Este caso

Comprometer las zonas erógenas de las personas, no solo está referido a la víctima, ya que el tipo no requiere contacto corporal (como en casos de masturbación, tocarse frente a una persona, exhibicionismo)⁶⁷.

El acto sexual se configura entonces por acciones de connotación sexual que comprometen zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, y no circunscritas a los genitales ni a tocamientos. Siendo estos los alcances del tipo queda sentado que no se deben exigir al mismo elementos adicionales como huellas del acto sexual en la víctima, porque estos pueden perfilarse aún sin dejar huellas⁶⁸, o en el victimario⁶⁹. Tampoco se requiere que el acto tenga una duración prolongada en el tiempo, pues no puede afirmarse que un acto rápido no alcanza a vulnerar los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales⁷⁰.

Si bien los temas anteriores quedan claros en la jurisprudencia, un caso conocido por un juzgado de Medellín devela un problema jurídico sobre el que no se conoce pronunciamiento anterior. Se trata de establecer si las constantes llamadas telefónicas que un hombre les hace a unas niñas menores de 14 años para hacerles proposiciones morbosas, decirles palabras obscenas, insinuarles prácticas sexuales, son un acto sexual. Aún cuando la jurisprudencia se ha pronunciado para determinar que el contacto visual da lugar a una acción de connotación sexual no dice nada sobre el contacto auditivo. En concepto del juzgado que conoce el caso, las llamadas de connotación sexual no pueden ser consideradas actos sexuales abusivos puesto que los actos sexuales requieren un contacto mínimo entre los sujetos activo y pasivo del delito, aunque el contacto sea meramente visual (como son, por ejemplo, los actos de exhibicionismo). El juzgado concluye que si bien se trata de acciones vulgares estas no tipifican la conducta para hacerla recaer en el ámbito del delito⁷¹.

Algunos pronunciamientos de la judicatura han girado en torno a afirmar que no basta con que existan tocamientos en zonas erógenas para determinar que se está ante una conducta de naturaleza sexual que pueda vulnerar la

.....

se retoma en "Bien jurídico".

67 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-05416, sentencia del 17 de febrero de 2009.

68 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-03370, sentencia del 10 de septiembre de 2007.

69 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008.

70 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-03040, sentencia del 18 de mayo de 2007.

71 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-13866, sentencia del 19 de diciembre de 2007.

integridad, formación y/o libertad sexuales de la víctima. Es necesario además que haya una intención libidinosa en el autor.

En este sentido se pronuncia un juzgado de Bogotá al conocer el caso de un recreacionista de una atracción mecánica en un parque de diversiones denunciado por tocarle la vagina a una usuaria menor de edad:

no basta que existan actos de tocamiento en un área normalmente vista como erótico sexual, sino que además es necesario acreditar que el acusado verdaderamente hubiera tenido interés de afectar la libertad y formación sexual⁷².

En este caso la niña dijo que cuando perdió el equilibrio (porque la atracción busca justamente eso) el recreacionista la sostuvo metiendo la mano entre su pantalón y la ropa interior y le tocó la vagina.

La tipicidad del hecho es desvirtuada por el juzgado aduciendo que en la fugacidad del acto no puede haber intencionalidad libidinosa del autor.

Este relato de la menor (...) en lo específico de la clase de actos recibidos y al área manipulada (...) no le dan necesariamente alcance erótico sexual en un contexto en el cual ocurrieron estos posibles tocamientos en breves instantes cuando dice la menor que el acusado pretendió ayudarla justo, cuando iba a perder el equilibrio.

En este fallo el juzgado se aparta de pronunciamientos del mismo nivel y del tribunal de la misma ciudad que han reconocido que, como se ya se dijo, en casos de menores de edad, en nada inciden la fugacidad de los actos para determinar su ilicitud⁷³.

La intensión libidinosa también es considerada parámetro para determinar la connotación sexual de los tocamientos en zonas erógenas en otro caso conocido también por un juzgado de Bogotá. El caso compromete a un padre que en varias oportunidades realizó actos “por fuera de lo normal” consistentes

en tocarle [a la niña] las piernas por debajo de la ropa, al parecer con la intención de llegar hasta la vagina; besarla en la boca tratando de introducirle la lengua y, en una ocasión, ofrecerle exhibirle sus órganos genitales.

.....

72 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2009-00091, sentencia del 28 de agosto de 2009.

73 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-03040, sentencia del 18 de mayo de 2007.

Para el juzgado la actividad desarrollada por el padre no constituye delito puesto que

si bien el acusado pudo realizar actos dignos de reproche, porque los hijos merecen respeto y el trato debe ser delicado sin ningún asomo de lujuria o manoseo indebido, más a pesar de ello, tampoco se evidencia claramente la intención de corromperla sexualmente, pues nunca se excedió de tocarle las piernas y darle besos en la boca, situación que genera una duda, resultando insuficiente para predicar la responsabilidad del procesado⁷⁴.

Aún cuando el juzgado reconoce que el padre “realizó caricias ciertamente diferentes de las que proporciona un padre a su hija dentro de un ambiente familiar bien estructurado” y que “debe conminársele para que evite ese tipo de caricias, limitándose al trato normal que se acostumbra en la sociedad colombiana” conceptúa que “la normativa exige que el acto sexual necesariamente deba tener el elemento erótico sexual, así como la intención de inducir al menor a realizar prácticas sexuales indebidas para su edad y sus esferas de madurez psicológica y volitiva”, lo cual consideró no quedó demostrado en el proceso. Para el juzgado “el límite entre las caricias y los tocamientos abusivos es muy sutil y no basta con la sola valoración subjetiva de terceros para justificar un pronunciamiento de responsabilidad”⁷⁵. Para esa instancia judicial los hechos ocurrieron de tal suerte que se desconoce que entre ellos el inculpado haya ofrecido exhibirle sus órganos genitales. Cabe preguntar si esto no significó para el juzgado una evidencia del dolo de cometer actos sexuales abusivos.

De los dos casos analizados se advierte una interpretación errada de la necesidad de demostrar el dolo de delinquir del autor⁷⁶. Si bien en el análisis de la tipicidad este debe quedar demostrado, la intención de cometer el delito por parte del autor dista de la intención libidinosa que ha concebido la judicatura. En la acción delictiva pueden estar presentes muchas intenciones, las cuales no están exigidas por la legislación para el tipo penal de los actos sexuales abusivos, como para todos los delitos sexuales. No es un requisito típico un ingrediente subjetivo que refiriera a determinado o concreto propósito del actor.

.....

74 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2006-00618, sentencia del 13 de agosto de 2009.

75 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2006-00618, sentencia del 13 de agosto de 2009.

76 Ley 599 de 2000, artículo 22. “Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

La tendencia de asociar la violencia sexual con el placer erótico de quien la lleva a cabo conduce a la impunidad y desconoce que la violencia sexual es ante todo un ejercicio de dominación sobre la víctima (Mackinnon, 1995).

c. alcances de la puesta en incapacidad de resistir y de la incapacidad de resistir

El acceso carnal o el acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir está tipificado en el artículo 207 del Código Penal y en él se establece que una persona puesta en incapacidad de resistir es aquella

a la cual haya puesto [el agresor] en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

La Corte ha precisado aún más el alcance de lo establecido por el Código delineando los límites de conciencia en que es dable hablar de incapacidad. Se trata dice la Corte de una

perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos [...] para su configuración no se requiere que quien entre en ese estado quede en el coma profundo, anterior a la muerte, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor [...] los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas, sin que su origen deba auscultarse en alteraciones patológicas, en cuanto apenas pueden constituir una etapa pasajera e incluso fugaz, padecida por una persona normal, su médula desde la perspectiva jurídica, es la alteración que causan en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones⁷⁷.

De igual manera la Corte ha explicitado que se puede poner en incapacidad de resistir a una persona también poniéndola en inferioridad psíquica, por ejemplo haciendo que esta deposite la confianza en el agresor a tal punto de no

.....

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23290, sentencia del 20 de febrero de 2008.

comprender que la acción que este comete es un delito. Esto es posible en las situaciones en que al sujeto activo se le reconoce poder o conocimiento, ya sea por su cargo en la sociedad o por su profesión, como se da en la relación entre un funcionario público y una usuaria⁷⁸ o entre la de un médico y su paciente⁷⁹, entre otras. Estas situaciones en concreto presentan una potencialidad para inducir a la mujer en error, logrando que no se resista bajo el supuesto de estar en un procedimiento legal de rigor o en uno médico o terapéutico, lo que la pone en una situación de inferioridad psíquica

que sin eliminar por completo la consciencia la disminuya en tal medida que impide a la víctima el entendimiento de la relación sexual, cualquiera que sea la persona, edad, y demás circunstancias, o dar su consentimiento⁸⁰.

La Corte ha reiterado recientemente que en este delito

la afectación relevante del bien jurídico [...] ocurre en todos los casos en los que el autor se vale de su autoridad, cargo, posición o carácter para colocar a la víctima en cualquier estado de inconsciencia, incapacidad o inferioridad psíquica y, con ello, le impide comprender el acto o acceso cometido⁸¹.

El acceso carnal o el acto sexual con persona incapaz de resistir está tipificado en el artículo 210 del Código Penal. En él se especifica que es incapaz de resistir una “persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir”.

La Corte ha hecho precisiones sobre cada una de estas situaciones. Con respecto a la inconsciencia especifica que esta debe manifestarse “en el momento en que ocurre el acceso o acto de índole sexual” y la define como

aquellos estados en los que el ser humano objeto de la agresión sexual se halla bloqueado en sus facultades cognoscitivas, efecto de anulación en la capacidad

.....

78 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24096, sentencia del 6 de abril de 2006 y proceso 32872, sentencia del 24 de febrero de 2010.

79 La Corte ha planteado que en la relación médico-paciente, demostrado el dolo del autor, se configura una forma de poner en incapacidad de resistir a la víctima. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24096, sentencia del 6 de abril de 2006; proceso 24955, sentencia del 27 de julio de 2006 y proceso 31236, sentencia del 17 de junio de 2009.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24096, sentencia del 6 de abril de 2006.

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 32872, sentencia del 24 de febrero de 2010.

de conocimiento que puede darse como resultado de la ingesta de licor o de cualquier sustancia natural o química que produzca dicho efecto⁸².

Esto también debido a ciertos estados hipnóticos o de obnubilación.

Sobre el trastorno mental precisa que este puede presentarse de manera transitoria o permanente y debe implicar “un detrimento en las facultades intelectivas que le impida comprender la naturaleza de la relación u otorgar el respectivo consentimiento en la misma”⁸³. Por trastorno mental la Corte entiende

estados más o menos permanentes de enajenación y alteración de las funciones síquicas⁸⁴ [...] en los que las afectaciones no solo recaen en la capacidad de comprensión sino en las facultades volitivas, es decir, en la libre autodeterminación o eventos de involuntabilidad [sic] y que corresponden a variadas manifestaciones⁸⁵.

Por último, la Corte especifica que la incapacidad de resistir es el

estadio en el cual sus capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición⁸⁶.

En esta misma sentencia la Corte señala que la incapacidad de resistir puede configurarse también por un estado anímico especial, no originado en ninguna sustancia, que no necesariamente implica quedar paralizada en su esfera psicomotriz y que, a su vez, es aprovechado por el victimario para inducir la realización de una actividad sexual, a la cual la víctima no prestó su consentimiento libre, como

.....

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24055, sentencia del 6 de mayo de 2009, citando a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30546, sentencia del 25 de noviembre de 2008.

83 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24055, sentencia del 6 de mayo de 2009.

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24955, sentencia del 27 de julio de 2006.

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24055, sentencia del 6 de mayo de 2009, citando a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30546, sentencia del 25 de noviembre de 2008.

86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24055, sentencia del 6 de mayo de 2009, citando a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30546, sentencia del 25 de noviembre de 2008.

la debilidad extrema o la anemia exhaustiva, la hipnosis, la narcosis, el sueño profundo y en general todas aquellas hipótesis que le impidan oponerse a las pretensiones sexuales del agente, sin que dentro de esta lista eminentemente enunciativa pueda excluirse alguna, pues la condición idónea para que el punible tenga realización está dada porque el sujeto pasivo no pueda enfrentar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo.

En estos casos la Corte ha advertido que el autor del delito para descargarse de responsabilidad no puede alegar el desconocimiento de la incapacidad, si se establece que el agresor sabía o debía saberla, se configura el delito abusivo⁸⁷. También ha sostenido que no todas las discapacidades (como la sordera) implican per se una incapacidad de auto determinarse sexualmente que le impidan comprender la relación sexual; hay que establecer la relación entre tal discapacidad y la incapacidad de comprensión⁸⁸.

Por otra parte la Corte con respecto a los delitos descritos en los artículos 207 y 210 manifiesta que la diferencia entre ambos es clara

El artículo 207 sanciona las maniobras del agresor para llevar a la ofendida a ese estado de indefensión en tanto que el 210 tiene que ver con la víctima que ya se encuentra en esa situación, es decir que el victimario no influye en ella, pero la aprovecha⁸⁹.

Aunque ampliamente definidos estos delitos por la legislación y claramente diferenciados en cuanto al papel que juega o no el agresor en la situación de la víctima se encontraron entre las sentencias analizadas algunos fallos judiciales que confunden el alcance de ambos delitos o confunden el delito sexual con incapaz de resistir (artículo 210), con los delitos cometidos contra menores de 14 años; o confunden el delito sexual contra persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 207) con los delitos violentos (artículos 205 ó 206).

En el caso que se describe a continuación la Fiscalía imputó el delito del artículo 207 cuando los hechos dan para entender que la víctima estaba en incapacidad de resistir. Los hechos que retoma la Corte⁹⁰ en su fallo son los siguientes:

.....

87 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 28874, sentencia del 24 de octubre de 2008.

88 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24055, sentencia del 6 de mayo de 2009.

89 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25724, sentencia del 19 de octubre de 2006.

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 28649, sentencia del 3 de junio de 2009.

una mujer y dos hombres conocidos se embriagaron juntos, los tres bebieron voluntariamente grandes cantidades de licor; los hombres le habían prometido a la mujer que la llevaban a su casa. Antes de conducirla a su residencia uno de ellos la accedió carnalmente. La Fiscalía consideró que los procesados (uno en calidad de autor y el otro de cómplice) habían puesto a la mujer en incapacidad de resistir por medio del suministro de la bebida embriagante.

El juzgado tercero penal de Medellín, que conoció el caso condenó por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir, al considerar que ese era el estado en que se encontraba la víctima al momento de que los procesados cometieron el delito. Como consecuencia de la violación al principio de congruencia la Corte confirmó la decisión del tribunal de absolver a los procesados.

También se encontró un caso en que se confunden nuevamente el delito sexual con persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207) con el delito sexual con incapaz de resistir (art. 210), en consecuencia de ello la Corte confirma la nulidad por error en la calificación jurídica. Se trata del caso de una menor que tras ser abusada sexualmente por su padre se dirige a la Fiscalía a interponer la denuncia. El fiscal que la atiende le solicita que le permita verificar si es virgen; si bien en un principio la niña se opone después de que el fiscal la tranquiliza accede al examen propuesto. El fiscal procede “a la verificación” introduciendo un dedo en su vagina y afirma que la niña hacía rato había tenido relaciones. La niña se viste y el fiscal comienza a hacerle preguntas. El fiscal de la investigación imputó acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, el mismo por el cual fue condenado por el juzgado de conocimiento. Sin embargo la Corte, respaldando la decisión del tribunal de declarar la nulidad de lo actuado a partir del acta de imputación, consideró que los hechos debían adecuarse al delito del artículo 207, puesto que valiéndose de su estatus el agresor en su calidad de funcionario público la puso en incapacidad de resistir. La decisión del juzgado traslada el análisis judicial a una calidad subjetiva de la víctima (que no tiene) y no centra el debate en la intención del victimario de poner a la víctima en un estado de indefensión⁹¹.

Una confusión en el alcance de los tipos también se presentó en un caso en que se imputó acceso carnal con incapaz de resistir cuando la conducta era

.....

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24096, sentencia del 6 de abril de 2006.

típica de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir⁹². El caso es el de una joven de 18 años de edad que fue accedida carnalmente por un médico cirujano de 52 años a quien siempre ha considerado como su padre. En una cita concertada la joven salió con el médico quien le insistió en que la notaba enferma, a pesar de que con anterioridad la joven se encontraba en buen estado de salud y así se sentía. Para aliviar el supuesto malestar, el médico le suministró una pastilla, que la adormeció un poco. Le hizo saber que posiblemente se hallaba embarazada, premisa bajo la cual le dijo que la iba a examinar, se detuvo en una farmacia, hizo algunas compras y luego la inyectó en dos oportunidades. La joven perdió el sentido y cuando lo recobró constató que se encontraba en un motel en compañía del agresor con rasgos evidentes de haber sido accedida carnalmente por este. La Fiscalía imputó acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (art. 210) y el juzgado y el tribunal condenaron por este delito.

Al llegar el caso ante la Corte esta no casó la condena, sin embargo, fue enfática en advertir el error en el que había incurrido Fiscalía, juzgado y tribunal, por cuanto era claro que el comportamiento descrito se adecuaba al delito del artículo 207. La Corte además resaltó que esta indebida imputación generó una relativa impunidad porque la conducta punible realmente cometida conllevaba una pena de prisión entre 12 y 33 años, en tanto que la imputada implica una pena de entre 7 y 18 años⁹³.

En el caso del médico que hace que su paciente le practique sexo oral como parte del tratamiento que le está siguiendo para ayudarlo a superar la fobia al sexo, los jueces en sus consideraciones se refieren a la conducta confundiendo los límites que separan los delitos 207 y 210. La Corte casó y condenó al procesado en un caso seguido por el delito abusivo con incapaz de resistir por considerar que la víctima había llegado a consulta por manifestar aversión al sexo, en un estado de “falibilidad psicológica y anímica”, y que fue aprovechándose de tal situación que el galeno la obligó a practicarle sexo oral como parte de un tratamiento médico.

.....

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25724, sentencia del 19 de octubre de 2006.

93 En estricto sentido la pena (con los debidos aumentos y agravantes y sin el descuento de la mitad por el allanamiento a los cargos) por acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir oscila entre 12 años, 2 meses y 20 días, y 33 años y 9 meses, en tanto que la de acceso carnal con incapaz de resistir oscila entre 7 años y 10 días y 18 años.

Sin embargo, de las argumentaciones de la Corte al mismo tiempo se desprende que se responsabiliza al procesado por aprovechar la relación superior de poder entre él y la paciente para hacerla incurrir en error sobre el tratamiento que le ofrecía tal y como se resalta en la exposición del máximo tribunal que se transcribe a continuación:

Así, la condición de falibilidad psicológica y anímica de la víctima en este caso, fue más que propicia para el designio criminal del imputado, quien *aprovechando el proceso de interacción, confidencialidad y entrega absoluta de confianza* en que se edifican las relaciones entre un médico y su paciente y que por lo mismo sitúan al galeno en una *posición superlativa de poder* ante sus revelaciones —íntimas dada la especialidad en sexología—, no tuvo el menor reparo en transgredir no solamente —y desde luego—, elementales principios deontológicos, sino el propio Código Penal, *al emplear ese conocimiento* —que en el propósito concebido hacía por completo vulnerable a la víctima dada la condición psicológica, sexual y cultural destacada—, *en procura de obtener la satisfacción* de sus propias necesidades emocionales, inclinaciones sexuales y actos libidinosos [...] las circunstancias personales de la víctima en el caso concreto, según quedó visto, hacen palmario que se trata de alguien que estaba en incapacidad de resistir la embestida sexual que en forma metódica concibió el galeno procesado, con evidente y muy grave deterioro de la libertad y pudor sexuales de la víctima en el acometimiento de una conducta necesariamente imputable en su dolosa realización⁹⁴.

En este fallo es evidente que la Corte reconoce que el médico aprovechándose de su investidura de experto en materia sexual condujo a la víctima a un estado en el cual no podía comprender que estaba siendo víctima de un delito. No obstante, condenó al procesado por el delito que se le había imputado: acceso carnal con incapaz de resistir, por el cual se le había absuelto tanto en primera como en segunda instancia. Una actuación en concordancia con la interpretación de los hechos que hizo la Corte implicaría anular el proceso para que le fuera imputada la conducta que consideró demostrada; es decir la del artículo 207. Sin embargo, se reconoce que esta situación hubiese significado reiniciar el proceso. Este es un ejemplo en el cual a veces las situaciones procesales no permiten decisiones más favorables para las víctimas⁹⁵.

.....

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24955, sentencia del 27 de julio de 2006 (cursivas fuera de texto original).

95 Debido al contexto que se reconoce en este caso, esta sentencia no ha sido considerada prejuiciosa en este estudio.

Los siguientes casos corresponden a imputaciones que confunden al sujeto pasivo menor de 14 años con el sujeto pasivo incapaz de resistir, que como se ha expuesto antes, cobija a quienes están en estado de inconsciencia, padecen trastorno mental o están a merced de la unilateral disposición del agresor⁹⁶. Si bien, podría indicarse que la tercera circunstancia puede ser compartida por las niñas menores de 14 años es importante señalar que el legislador considera este rango de edad, no como una situación de incapacidad sino como una condición que merece especial protección por parte del Estado, de ahí que tipifique los delitos abusivos por la edad de manera separada de los cometidos contra persona incapaz de resistir.

La confusión antes señalada se encuentra en un caso conocido por el Tribunal de Bogotá⁹⁷, en el que una menor de 5 años de edad dijo haber sido víctima de violación. Este hecho es respaldado por un dictamen sexológico que certifica maniobras antiguas penetrativas por el ano. El fiscal del caso imputó acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, hecho por el cual el juzgado de conocimiento dictó condena. Al llegar a conocimiento del tribunal, este confirmó la condena pero varió la tipificación, considerando que no desbordaba los límites de la congruencia a delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, bajo el argumento acertado de que no concurrían en la víctima las calidades del sujeto pasivo que se exigían en el delito condenado.

De igual manera se confunde la minoría de 14 años con incapacidad de resistir en un caso conocido por la Corte. Se trata del acceso carnal a una niña de 10 años, en el que participa la madre como coautora por cuanto ayudó al violador a amarrarla para que este la accediera anal y vaginalmente. El fiscal imputó el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, por el cual fue condenado por el juzgado y confirmado el fallo por el tribunal. Al llegar a la Corte, esta instancia llamó la atención de la Fiscalía acusadora y del sentenciador por haber tipificado los hechos como acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir, ya que resultaba claro que al acceder carnalmente a la niña se trata de un acceso carnal y por haber sido amarrada de pies y manos es violento configurándose entonces el tipo penal de acceso carnal violento⁹⁸.

.....

96 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24055, sentencia del 6 de mayo de 2009, citando a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30546, sentencia del 25 de noviembre de 2008.

97 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-00479, sentencia del 27 de enero de 2009.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 12733, sentencia del 30 de mayo de 2000.

Como se observa en los casos revisados en esta sección, la línea conceptual que separa estos delitos no parece estar muy clara para entes acusadores y falladores, quienes en algunas oportunidades como se vio confunden las conductas punibles. Ello hace que los principales obstáculos estén relacionados con el desconocimiento de los alcances penales de los delitos descritos en los artículos 207 y 210.

Si bien en todos los procesos, la Corte falló en derecho el camino que tuvieron que recorrer las víctimas revela una vulneración al derecho a obtener justicia siendo el más grave el tratado en el proceso 28649, por cuanto por error de congruencia la Corte mantuvo la absolución de los agresores que había declarado el tribunal. Como lo advirtió la Corte en el proceso 25724 hubo una relativa impunidad por cuanto el delito por el que se le condenó tiene una pena menor a la que le correspondía por el delito que concuerda con la conducta. Por otra parte es de advertir que las confusiones y los alcances revelan una concepción equívoca sobre la víctima; en dos oportunidades son calificadas como incapaces, cuando no lo son, a la vez que desconocen las acciones intencionadas de los agresores de ponerlas en tal estado (procesos 25096 y 25724).

Sin embargo, cabe cuestionar si fueron las situaciones procesales las que no permitieron decisiones judiciales más favorables para las víctimas, pues la solución ante un error en la calificación jurídica implica la nulidad del proceso, lo cual significa para ellas volver a comenzar su tránsito judicial. Es de advertir que fallar en derecho no necesariamente representa la sentencia más justa para la víctima.

2. I a configuración de concursos en delitos sexuales

El Código Penal colombiano establece en su artículo 31 que: “El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de ley, o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza”. De esta manera se define el concurso de delitos.

Con base en las sentencias analizadas, se pudo evidenciar que en delitos sexuales la configuración de concursos por parte de la judicatura se aplica con mayor claridad cuando se trata de un concurso homogéneo y presenta ambigüedades para configurar concurso heterogéneo (entre acceso carnal violento

y lesiones personales). A continuación se analizarán las sentencias que corresponden a la configuración de uno y otro.

a. concurso homogéneo sucesivo

El concurso homogéneo sucesivo se configura cuando un agresor con varias acciones infringe varias veces la misma disposición penal, cuando el victimario somete a la víctima varias veces al mismo delito sexual se está ante un concurso homogéneo sucesivo de delitos sexuales.

El concepto de delito continuado que contempla el derecho penal consiste en que un individuo comete “dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza” (Muñoz Conde, 2002: 638). El delito continuado debe contar con tres elementos: (a) un componente subjetivo, constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad; (b) el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión; y (c) la identidad del tipo penal afectado con tales comportamientos⁹⁹.

El hecho de que la configuración de un concurso homogéneo sucesivo requiera pluralidad de acciones ha llevado a la judicatura a debatir, por requerimiento sobre todo de las defensas, si en vez de concurso homogéneo sucesivo, se trata de la configuración de un delito continuado. Al respecto, la Corte ha dicho que los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales son bienes jurídicos personalísimos y por tanto “cada vez que se produce la agresión se desconoce por completo el bien jurídico tutelado, y cuando ello sucede, se niega en el sujeto pasivo la dignidad humana que le es inherente”. Por lo que plantea el “delito continuado queda excluido cuando la conducta se dirige contra bienes jurídicos eminentemente personales”¹⁰⁰.

La Corte no da cabida a que en delitos sexuales se pueda hablar de delito continuado, por la mera sucesión de las conductas o porque estas se mantengan prolongadas en el tiempo y en ese sentido afirma que la

continuidad de las conductas penalmente relevantes y su prolongación en el tiempo de manera alguna puede conducir al equívoco de estimar que se pueda

.....

99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 17089, sentencia del 25 de junio de 2002.

100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 17151, sentencia del 21 de mayo de 2004.

estar ante un delito único o continuado, puesto que tal categoría se entiende configurada en las hipótesis en las cuales se verifica una pluralidad de acciones homogéneas realizadas con unidad de designio criminal que responden a un plan previo preconcebido¹⁰¹.

También ha planteado que “la noción de delito continuado se restringe únicamente a los casos en los cuales el bien jurídico afectado admite grados de afectación, diversas cantidades de daño, o menoscabos de diferente calidad”¹⁰², y porque los delitos sexuales comprometen bienes jurídicos que se basan en la protección de la dignidad humana, la cual es bien absoluto que no admite graduación, escalas ni excepciones, estos no pueden configurarse como delito continuado¹⁰³. Además afirma que tratándose de delitos sexuales no existe un dolo general, sino que el mismo se renueva en cada acción, es autónomo e independiente y se agota y perfecciona con cada acto¹⁰⁴, y que el bien jurídico tutelado es dañado en su totalidad cada vez, por lo que se configuran tipos penales autónomos que concursan homogéneamente.

Esta posición es asumida de manera unánime por la Corte, tribunales y juzgados. Con ella se garantizan los derechos de las víctimas al reconocer el menoscabo de sus bienes jurídicos cada vez que son sometidos a una agresión sexual¹⁰⁵.

El mantenimiento en el tiempo de agresiones sexuales de un victimario sobre una víctima son prácticas realizadas en su mayoría sobre niñas menores de 12 años, por agresores que tienen cercanía a ellas y ostentan una relación de poder gracias a lo cual pueden perpetuar el daño, mantener el lugar de dominación, propiciar su silencio y sostener las agresiones en el tiempo¹⁰⁶. No en vano

.....

101 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23790, sentencia del 7 de septiembre de 2006.

102 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 17151, sentencia del 21 de mayo de 2004.

103 En este sentido puede verse también el proceso 22027 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de abril de 2006.

104 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 27518, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

105 En la sentencia de la Corte Constitucional, proceso 19475, sentencia del 7 de septiembre de 2006, que fue inadmitida por este alto tribunal, se evidencia cómo ante una condena por delito continuado de acceso carnal violento, dada en un juzgado en el municipio de Gauteque, el Tribunal Superior de Tunja confirma la condena, pero deja sentado que existe un concurso homogéneo y no un delito continuado dejando claro que la vulneración a los bienes jurídicos se agotó con cada acción. Véase además: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23952, sentencia del 28 de noviembre de 2007 y la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-12016, sentencia del 4 de julio de 2008.

106 Ejemplo de ello son los procesos 2007-06646 del Tribunal Superior de Medellín del 23 de enero de 2009, donde se tipificó como acceso carnal violento en concurso homogéneo y sucesivo, pues una joven de 15 años era sometida en forma repetida y constante

la legislación reconoció este agravante en la normativa penal¹⁰⁷ y la judicatura lo aplica cuando establece el concurso homogéneo sucesivo de delitos sexuales en las circunstancias antes descritas¹⁰⁸.

b. concurso heterogéneo entre el delito de acceso carnal violento y de lesiones personales

El delito de acceso carnal violento exige el uso de la “violencia” para que se configure el tipo. Pero cuando esa violencia además de vulnerar los bienes jurídicos de la libertad, la integridad y la formación sexuales, atentan o dañan otros bienes jurídicos, como la integridad personal, se está frente a otro tipo penal, el de lesiones, consagrado en el artículo 111 del Código Penal.

En circunstancias donde las acciones de violencia sexual vulneren más que los bienes jurídicos de libertad, integridad y formación sexuales, tipificar el delito acudiendo solo a los tipos contenidos en el Título IV del Código Penal, sería insuficiente para evidenciar el daño real sufrido por la víctima y, por tanto, se hace necesario en un caso de estos, configurar un concurso heterogéneo de delitos entre el sexual y el de lesiones¹⁰⁹. La Corte dice:

En relación con las lesiones de naturaleza corporal de que la víctima del acceso pueda ser objeto, tradicionalmente se ha considerado que tanto las causadas por la simple conjunción sexual (perforación del himen, desgarramientos

.....

a dichos actos por su compañero permanente, o el proceso 2008-00047 del Juzgado Penal del circuito de Bogotá, donde un padrastro mientras fue compañero de una mujer accedió a la hija de esta de 9 años en distintas oportunidades.

107 Ley 599 de 2000, artículo 211, numeral 2: “El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”; y numeral 4: “Se realizare sobre persona menor de 12 años” y numeral 5 (modificado por la Ley 1257 de 2008): “La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre”.

108 En las sentencias analizadas en las que la víctima era menor de 12 años había una relación de confianza y/o cohabitación o parentesco, se agravaron los delitos en concurso homogéneo y sucesivo: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 28874, sentencia del 24 de octubre de 2008; proceso 30355, sentencia del 15 de julio de 2009. Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-00437, sentencia del 30 de octubre de 2008; proceso 2007-00041, sentencia del 11 de diciembre de 2008. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2005-81345, sentencia del 19 de octubre de 2005; proceso 2006-00654, sentencia del 28 de noviembre de 2006 y proceso 2008-01746, sentencia del 4 de septiembre de 2009. Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-12492, sentencia del 20 de septiembre de 2007; proceso 2007-80170 y sentencia del 13 de febrero de 2008 y proceso 2008-05416, sentencia del 17 de febrero de 2009.

109 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9401, sentencia del 8 de mayo de 1996.

perineales), como las normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer su resistencia (equimosis, rasguños, laceraciones), quedan comprendidas por el tipo penal que pune la violación, pero que los daños que desbordan esos límites, deben ser motivo de sanción adicional, bien como delito autónomo, o como simples circunstancias de agravación¹¹⁰.

Aclara la Corte que cuando hay daños en la salud, si estos trascienden más allá del rompimiento del himen o desgarros menores, estos

ya no serán consustanciales del ilícito de violación, sino que concurrirán como especie delictiva autónoma, en la medida que sean imputables al victimario a título de dolo o culpa, pues en relación con el delito de lesiones personales no es predicable la preterintención como forma de culpabilidad¹¹¹.

La Corte reconoce que además de los daños de carácter psicológico que son consecuencia natural de la violación existen otros daños psicológicos que pueden calificarse como lesiones personales en razón de su severidad y que pueden llegar a configurar el concurso entre el delito sexual y las lesiones. En ese sentido ha afirmado el

acceso carnal violento seguido de perturbación síquica en la víctima puede llegar a estructurar delito de violación en concurso con lesiones personales, por el grave daño que se causó a la salud síquica que trasciende el delito de acceso carnal¹¹².

Para determinar si ambos tipos penales –acceso carnal violento y lesiones personales– son concurrentes, la Corte ha dicho que lo serán

si la víctima sufre alteraciones de la personalidad, de carácter permanente o transitorio, con compromiso en el desarrollo de una vida normal de relación. No lo serán, si la perturbación síquica, a pesar de su persistencia, no ha incidido de manera notoria en su conducta de vida, entendiéndose por tal todas las facetas de actividad del sujeto, pues, en dicho evento, habrá de estimarse que este daño en la salud, por su menor entidad, es consecuencia propia del acceso violento¹¹³.

.....

110 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9401, sentencia del 8 de mayo de 1996.

111 Ibidem.

112 Ibidem.

113 Ibidem.

La Corte también ha dicho que es “evidente que los medios de coerción física [están] comprendidos en aquellos elementos que estructuran el delito de acceso carnal [...] sin trascender en ningún momento hacia los delitos contra la vida e integridad personal” cuando no generan “incapacidad para trabajar o enfermedad, o deformidad, o perturbación psíquica o funcional y mucho menos la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro”¹¹⁴. Es el o la juez quien determina si en cada caso concreto, las lesiones causadas configuran el concurso de conductas punibles. Para ello valora el daño y estudia la incapacidad médico legal.

De la lectura conjunta de las dos sentencias se desprende que hay una violencia propia de los accesos carnales violentos que puede dejar lesiones y que cuando estas lesiones (físicas o psicológicas) dan lugar a al menos un día de incapacidad para trabajar¹¹⁵ (o deformidades, pérdidas anatómicas, enfermedad, perturbación síquica, etc.) se está ante dos delitos, el sexual y el de lesiones personales. No obstante, cuando se analizan las sentencias de casos que han dado lugar a certificaciones de medicina legal se hace evidente que el criterio no es claro. En efecto, no en todos los casos revisados en los que se dictaminó alguna incapacidad médico legal se reconoció el delito de lesiones.

El caso de una joven que fue accedida carnalmente por su ex novio y que dio lugar a un dictamen en el que se certificó:

equimosis moderada en región cervical posterior. Escoriaciones lineales múltiples de 2 cm, cada una en dorso de mano derecha. Edema y equimosis moderados en muñeca derecha, edema y equimosis moderados sobre articulación metacarpofalángica de tercer dedo de la mano derecha. Escoriación lineal en sentido oblicuo de 5 cms. En región lumbar media.

Ante estas lesiones se dictaminó una incapacidad médico legal de 13 días¹¹⁶.

.....

114 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 11832, sentencia del 23 de marzo de 2000.

115 Según Medicina Legal “los términos incapacidad para trabajar y enfermedad, se asimilan al concepto de incapacidad médico-legal”. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (sf). Guía práctica para el dictamen de lesiones personales [en línea]. Disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/guias/GUIA%20DE%20LESIONES%20PERSONALES.pdf> [consultado el 19 de abril de 2010].

116 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26381, sentencia del 25 de abril de 2007. Otros casos de acceso carnal violento en los que se dictaminó alguna incapacidad médico legal y no se configuró el concurso fueron conocidos por: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21762, sentencia del 2 de marzo de 2005 y proceso 25578, sentencia del 8 de octubre de 2008. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-06375, sentencia del 20 de mayo de 2009.

A continuación se exponen los casos en los que sí se configuró el concurso entre acceso carnal violento y el delito de lesiones personales.

En un proceso conocido por la Corte el dictamen de medicina legal certificó

hematomas recientes en ambas regiones frontofaciales, edemas recientes en la región periorbitaria, excoriación leve múltiple recientes en ambos antebrazos, escoriaciones en ambas mucosas, excoriaciones múltiples en ambos muslos, edema región clavicular derecha, edema pierna izquierda, equimosis en región torácica izquierda. Fijándosele una incapacidad de 25 días¹¹⁷.

En otro caso conocido por la misma corporación el dictamen médico señala que la víctima quedó con diversas lesiones determinantes de una incapacidad definitiva de 28 días y deformidad física permanente por la fractura del tabique nasal¹¹⁸.

En un caso juzgado en Bogotá se certifican

[...] equimosis moderada en resolución en ambas regiones palpebrales y malaras, eso es alrededor de los ojos y región malar, no había compromiso de los globos oculares, los ojos estaban bien, lesiones en la región facial, hay una equimosis moderada en resolución en la nariz, en región nasal y una desviación hacia la izquierda de la nariz región izquierda –laterorrinia izquierda–, se encontró además una fractura de los huesos de la nariz con esto yo le di una incapacidad médico legal de 20 días¹¹⁹.

En el siguiente caso se reconoció el concurso en primera instancia, pero en la segunda se desestimó. Se trata de la violación de una mujer en un hotel después de encerrarla en una habitación, golpearla fuertemente en la cara y romperle la ropa. El sindicado fue condenado en primera instancia por los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales toda vez que se probó el acceso carnal y la incapacidad médico legal fue de doce días. No obstante, en segunda instancia, el tribunal refiriéndose al delito de lesiones personales afirmó

.....

117 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007.

118 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24900, sentencia del 18 de agosto de 2009.

119 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-03473, sentencia del 30 de marzo de 2009.

la Sala se abstendrá de imponerle sanción al procesado [por lesiones personales] porque la incapacidad fue solo de 12 días, sin secuelas, [...] y, además, porque este hecho en realidad viene a constituir es el mismo delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO por el cual se le sanciona¹²⁰.

Por último se advierte una valoración diferente a lo establecido por la Corte en 2000, en cuanto a que la presencia de perturbación psíquica da lugar a la configuración del concurso.

En un caso que conoció la Corte, medicina legal realizó la valoración psíquica de una mujer que fue violada concluyendo que

la víctima presenta signos y síntomas de perturbación síquica permanente, corroborando que ello es debido a los hechos acontecidos, lo que demuestra que efectivamente la situación presentada fue de tal magnitud que el daño psicológico aún no ha sido superado y por ende su afectación ha permanecido en el tiempo.

Adicionalmente se certificó

Equimosis leve cuello. Equimosis moderada en ambos miembros superior (sic). Equimosis moderada y excoriación en ambos muslos. Equimosis leve en ambas muñecas. Equimosis leve en ambas piernas [...] se fija incapacidad médico legal definitiva de diez días. Sin secuelas médico legal¹²¹.

Como se ve, a pesar de haberse reconocido la perturbación psíquica de la víctima, no se configuró el concurso.

Las entrevistas que se realizaron reflejan también que no hay una opinión unánime al respecto. Para una magistrada “estos dos tipos penales siempre pueden concursar, si una víctima presenta incapacidad, así sea de un día se puede concursar, aunque no se vea una lesión física”¹²². Mientras que para un juez “no es posible hablar de lesiones personales por fuera de las propias del acceso carnal violento, pues todas las lesiones se cometen con el fin de consumir el acto”¹²³.

.....

120 Véase la Sentencia del Tribunal en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9454, sentencia del 17 de julio de 1997. (Subrayado y mayúsculas en el original).

121 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008. Otro caso fallado en el que a pesar de haber perturbación psíquica no se reconoce el concurso es el de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26595, sentencia del 2 de diciembre de 2008.

122 Magistrada A de Medellín.

123 Juez C de Medellín.

Con el concurso entre acceso carnal violento y lesiones personales se reconoce la vulneración de los bienes jurídicos que han sido afectados por la acción sexual violenta: integridad, libertad y formación sexuales; y por el desbordamiento del uso de esa violencia: integridad personal. Sin embargo, como se ha visto no hay consenso sobre cuál es el límite para establecer que la violencia usada es la propia del acceso violento y concluir que se vulneró también la integridad personal de la víctima. Si bien la Corte no puede acotar más lo que ha de entenderse por lesiones propias del acceso carnal violento la valoración de estas debe garantizar seguridad jurídica para las víctimas.

La delimitación de la violencia propia del acceso carnal violento es un nudo crítico que requiere de una reflexión por parte de la judicatura. Colombia como firmante de la Convención de Belem do Pará (Ley 248 de 1995), se comprometió a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres, con lo que acepta la definición de violencia de la Convención, es decir que incluye la violencia física, sexual y psicológica (art. 2). Y, de manera particular, entre las medidas que debe implementar vale resaltar que debe “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (art. 7). Solo si se reconocen los bienes jurídicos vulnerados por la violencia sexual y la violencia que desborda la propia del delito sexual es posible resarcir, reparar o compensar los daños; su identificación parcial dará lugar a una reparación parcial y a un incumplimiento del deber del Estado¹²⁴.

3. delito sexual consumado o tentado

El artículo 27 del Código Penal define la tentativa de un delito como “el que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjera por circunstancias ajenas a su voluntad”¹²⁵.

.....

124 El 25 de noviembre de 2005 el Consejo de Estado, mediante acción de cumplimiento, recordó la obligación del Estado de diseñar e implementar políticas y mecanismos para erradicar la violencia contra la mujer. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

125 La sentencia 31948 retoma la definición de tentativa de Mir Puig: “El comienzo de ejecución necesario para la tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios (si los hay) de los actos ejecutivos (...) La teoría objetivo-material parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel ‘campo previo’ a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio (...). En la determinación de cuándo empieza el ‘campo previo’ en el que ya da comienzo la ejecución debe tomarse en consideración el plan del autor, pero valorándolo desde un prisma objetivo (punto de vista objetivo-subjetivo)

Además de la definición que da el Código Penal, doctrinaria y jurisprudencialmente se han establecido dos elementos objetivos para determinar si se está frente a un delito tentado: que exista una progresividad de los actos llevados a cabo por el agresor y que por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de este no se adecuara cabalmente la conducta exteriorizada al tipo objetivo¹²⁶. Además de los elementos objetivos, debe presentarse el elemento subjetivo del dolo, como la voluntad finalísticamente ideada por el agresor para cometer un delito¹²⁷. Por ser los delitos sexuales dolosos, estos admiten el grado de tentativa.

Específicamente en relación con la modalidad de tentativa del delito de actos sexuales, la Corte ha reiterado que en esta no se sancionan

los simples “pensamientos morbosos” del acusado, sino el principio de actos de ejecución que pusieron en peligro el bien jurídico protegido de la libertad, integridad y formación sexuales de la ofendida¹²⁸.

Respecto de la diferencia entre tentativa de acceso carnal y los actos sexuales el Tribunal de Bogotá se ha pronunciado especificando que el “acto sexual [...] de ninguna manera presupone que deba estar orientado a perpetrar el acceso carnal. Para este delito no hay exigencia de desnudez o del contacto físico cuerpo a cuerpo entre el abusador y la víctima”. Con este planteamiento desestima la postura de la primera instancia con respecto a que “los actos sexuales solo serán aquellos ‘preparativos o consumativos del coito’”¹²⁹.

A pesar de estos pronunciamientos encontramos un caso en el que un juez considera que el delito de acto sexual se subsume en el de acceso carnal en modalidad de tentativa.

.....

(...) Como criterios objetivos de valoración del plan del autor se manejan dos: la puesta en peligro inmediata y la inmediatez temporal. El primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico, el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o algunos de los elementos del tipo. Este segundo criterio ofrece la ventaja de una mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31948, sentencia del 27 de julio de 2009, citando a Mir Puig (sf).

126 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31948, sentencia del 27 de julio de 2009 y proceso 32107, sentencia del 18 de noviembre de 2009.

127 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31948, sentencia del 27 de julio de 2009.

128 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31948, sentencia del 27 de julio de 2009. La modalidad de tentativa de los actos sexuales también es reconocida por el Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2008-05267, sentencia del 5 de agosto de 2008.

129 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006- 06537, sentencia del 28 de enero de 2009.

En lo que respecta al específico tipo penal imputado y aceptado [actos sexuales violentos], podría pensarse que se trata de un acceso carnal violento que se vio interrumpido en su consumación por la oportuna intervención de terceros, particularmente por el elemento de la progresividad de los actos que ordinariamente se ejecutan y preceden a un acceso carnal pretendido. [Ahora bien] la inferencia lógica no es unívoca, o conduce de manera inequívoca a esa conclusión, [pues] el tipo penal imputado no contraviene el sustrato fáctico de lo ocurrido, [...] y de acuerdo al resultado demostrado [...] habremos de convenir [que], como se dijo, por ajustarse al eje fáctico esencial, que el comportamiento del acusado se subsume en el tipo penal por el cual se formuló y aceptó la imputación¹³⁰.

El caso conocido por el Tribunal de Bogotá y el de Pasto revelan que algunos miembros de la judicatura desconocen los tipos penales y reducen el delito sexual a la modalidad de acceso carnal consumado contraviniendo lo que el Código Penal establece. Además desconoce el concepto de violencia de la Convención de Belem do Pará (ratificada por la Ley 248 de 1995), en la que se identifica como violencias: la violación, el maltrato sexual, el abuso sexual y el acoso sexual. De igual manera, desconoce las violencias sexuales tipificadas por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por la Ley 742 de 2002): violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable.

Se puede inferir, además, que el no reconocimiento de la tentativa puede estar afectado por darle prevalencia a las garantías de favorabilidad que amparan al procesado.

B. Bien jurídico

El bien jurídico es una institución de la dogmática penal que hace alusión a aquellos derechos que el legislador ha decidido proteger penalmente, con base en la política criminal que se haya trazado el Estado. Por medio de las diversas normativas penales el legislador ha definido cuáles bienes jurídicos ha querido que protejan los delitos sexuales. Así, para el Código Penal de 1936 se establecía la protección penal de la dignidad y el honor, en el de 1980 la

.....

¹³⁰ Juzgado Penal del circuito de Pasto, proceso 2007-80016, sentencia del 6 de febrero de 2007.

dignidad humana y la libertad sexual y, en la actual normativa penal (de 2000) la libertad, integridad y formación sexuales. Sin embargo, aún cuando el legislador los ha establecido es la judicatura la que, en desarrollo de su función interpretativa del derecho, se ha ocupado de definirlos y determinar su alcance. En este ejercicio la judicatura se ha pronunciado respecto de la titularidad de los bienes jurídicos así como sobre la antijuridicidad de los delitos abusivos y violentos.

1. La definición de los bienes jurídicos y su titularidad

En la actualidad, los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales son la libertad, integridad y formación sexuales, dejando de lado la dignidad humana que antes era explícitamente protegida por estos tipos penales, y definida como “el respeto a la integridad de la persona”¹³¹. La referida exclusión “no quiere decir que, en términos generales, no pueda predicarse que los delitos sexuales no la protegen puesto que su protección es deber constitucional y principio rector de la normatividad penal” (Corporación Humanas, 2009a: 41), en tanto la Corte ha sostenido que

las conductas punibles regladas bajo este acápite [Título IV] buscan preservar que los seres humanos no se conviertan en un elemento de sometimiento y desigualdad en el campo sexual, sin desconocerse que la actividad sexual es un derecho humano, derecho indiscutible de la personalidad y, por lo mismo, inalienable¹³².

Incluso la protección de la dignidad humana puede predicarse de todos los delitos en tanto la Corte ha reconocido que esta es

pilar fundamental del Estado Social de Derecho que la convierte en objeto de protección de todo el derecho penal y de transgresión de todas las conductas punibles, por lo tanto no puede ser referida a un título en específico¹³³.

La Corte ha entendido libertad sexual como

la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los

.....

131 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005.

132 Ibidem.

133 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006, citando la exposición de motivos del Código Penal.

postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para autodeterminar y autoregular su vida sexual¹³⁴.

La libertad sexual es “la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual, libres de coerción, explotación o abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida”¹³⁵. De otro lado, el concepto de formación sexual ha sido entendido como la “facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual”¹³⁶.

La legislación no distingue la titularidad de los bienes jurídicos en tanto, como lo dispone el Código, todos los delitos sexuales protegen en conjunto la libertad, integridad y formación sexuales. Sin embargo, la judicatura, en consonancia con la política criminal del Estado, ha establecido jurisprudencialmente que los delitos sexuales no protegen en los menores de 14 años su libertad sexual en el entendido de que no disponen de ella. Por esta razón, en el análisis de la antijuridicidad de los delitos abusivos por la edad no se analiza la lesión a la libertad sexual sino a lo sumo, su puesta en peligro¹³⁷.

No obstante, encontramos un caso en que la Corte pareciera reconocer la libertad sexual solo a partir de la mayoría de edad

el derecho a gozar de un ambiente pulcro, limpio donde pueda evolucionar y disponer libremente de su sexualidad cuando adquiera la mayoría de edad, sin intromisiones impropias que puedan alterarla¹³⁸.

La judicatura ha reconocido que con el acceso carnal violento puede atentarse contra la formación sexual¹³⁹. En tanto mujeres mayores de 14 años pueden ser víctimas de este delito y se reconoce en ellas la titularidad de este bien jurídico. No obstante, el Tribunal de Bogotá plantea que en “caso de mayores de

.....

134 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005 y proceso 10672, sentencia del 18 de septiembre de 1997.

135 Así la entendió el Consejo de Estado al estudiar el alcance del acoso sexual, en un caso en el cual una trabajadora de una entidad del Estado denuncia que el acoso sexual por parte de su jefe desencadenó su despido injustificado (Consejo de Estado, proceso 26977, sentencia del 10 de noviembre de 2005).

136 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29117, sentencia del 2 de julio de 2008.

137 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 13466, sentencia del 26 de septiembre de 2000.

138 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

139 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00071, sentencia del 3 de septiembre de 2008.

14 años ya se ha cumplido el proceso formativo¹⁴⁰. Esta postura es compartida por algunas personas entrevistadas quienes estiman que “se presume que los adultos ya tienen, además de la libertad sexual, una formación sexual mínima que les permite distinguir hasta dónde llegan sus derechos”¹⁴¹ y que

lo que pasa es que la víctima, cuando es menor de edad aún no se ha formado sexualmente, y los adultos, se entiende que ya tienen su formación, que tienen disposición de su cuerpo, que ya conocen su cuerpo, entonces [un delito sexual] no les afecta esa formación. [En cambio] si se somete a una niña a actos para los que aún no está preparada ni física, ni emocional ni mentalmente, pues se le va a afectar en su crecimiento. Esta persona sexualmente no va a crecer como una persona normal, en cambio la otra ya se formó¹⁴².

La Corte al plantear que las mujeres entre los 14 y los 17 años no disponen de libertad sexual desconoce la ley y la jurisprudencia y revela que en su concepto, las mujeres en ese rango de edad no se pueden autodeterminar sexualmente. Cabe preguntar si esta postura de la Corte revela un prejuicio sexista y si con respecto a los jóvenes de sexo masculino en ese mismo rango de edad conceptuaría de igual manera. Así mismo cabe preguntar cuál es la base (social, antropológica o psicológica) desde la cual la judicatura puede aseverar que una persona termina su proceso de formación sexual a los 14 años, y deducir por ello que el bien jurídico de la formación sexual no se podrá ver afectado para las mayores de esta edad.

2. La antijuridicidad en los delitos sexuales violentos

La antijuridicidad en los delitos sexuales violentos es la constatación de que los actos a los que son sometidas las víctimas “mediante violencia”, lesionan o ponen en peligro la libertad, la integridad y/o la formación sexuales. Sin embargo, en la jurisprudencia estudiada se encontró un caso que no se consideró antijurídico de delito sexual por cuanto se constató que los actos no afectaron la libertad sexual sino el ámbito de la moral, teniendo estos un carácter de ofensas injuriosas y no sexuales.

En efecto en el caso de la bicicleta¹⁴³, en el que un hombre le toca la nalga y la vagina a una mujer y que fue descrito en la introducción, la Corte en sede de

.....

140 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-03040, sentencia del 18 de mayo de 2007.

141 Magistrada A de Pasto.

142 Jueza B de Pasto.

143 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

Casación anuló el proceso por considerar que este acto, que calificó como una nalgada, era a lo sumo una ofensa a la moral y no un acto de carácter sexual, y conceptuó que no era antijurídico de delito sexual, porque los actos no tenían ese carácter y la fugacidad de los mismos no afectaban con potencia los bienes jurídicos protegidos ni constituían violencia. En esta sección se analizarán solo los argumentos esgrimidos por la Corte respecto a no considerar los actos como sexuales y a que no se vulneró ningún bien jurídico de los que protegen los delitos sexuales discutiendo que al menos el de la libertad sexual sí lo fue¹⁴⁴.

La Corte basándose en la definición de actos injuriosos que hace la doctrina internacional (Morales Prats y García, 1999; Di Benedetto, 1998; Fragoso, 1981), afirmó que una nalgada es solo uno de ellos puesto que, en su concepto, es equiparable a quitarle la peluca a otra persona, escupirla o decirle groserías¹⁴⁵. Esta corporación considera, por esta razón, que tal acto debe ser entendido como una ofensa a la moral y a las buenas costumbres y no un acto sexual. De esta manera se aparta de lo afirmado por el tribunal que conoció el caso en segunda instancia. Para este último “los tocamientos tenían un contenido erótico”, lo que no cabe duda puesto que el propio acusado “trató de justificar su conducta diciendo que la señora tenía un pantalón ceñido”, y que eso fue lo que “lo motivó a realizar la conducta, que él creyó no tenía mayor gravedad”¹⁴⁶.

La postura de la Corte contraviene lo conceptuado anteriormente por la jurisprudencia¹⁴⁷ cuando al acoger doctrina en el tema, estableció que no hay discusión “acerca del carácter netamente objetivo y sexual de toda acción en la que se encuentren involucrados los órganos genitales”¹⁴⁸, y la que reconoció que “aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)”¹⁴⁹. De modo que tocamientos de la cola, la vagina o los

.....

144 Los argumentos respecto a la inexistencia de violencia en los actos serán abordados en la sección de “Violencia”.

145 Uno de los jueces entrevistados consideró los tocamientos fugaces en partes íntimas en cuanto a que “son como tirar una piedra a un carro” Juez A de Bogotá.

146 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-02339, sentencia del 21 de febrero de 2005.

147 Ver sección “Tipicidad”.

148 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008, ratificada por la sentencia de la misma corporación en el proceso 32872, sentencia del 24 de enero de 2010.

149 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008, citando a Muñoz Sabaté (1976: 62). (Subrayado en el texto original). Esta sentencia es ratificada por la misma corporación, proceso 32872, sentencia del 24 de enero de 2010.

senos, e incluso besos¹⁵⁰, desnudar a las víctimas¹⁵¹ o exhibicionismos¹⁵², entre otros, constituyen actos de naturaleza sexual.

Para afirmar que el acto al que fue sometida la víctima no vulneraba ninguno de los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales, la Corte advirtió que “una nalgada” “no cercena con potencia, es decir, sustancial, materialmente, la facultad de escoger comportamientos en temas sexuales, no desintegra el bagaje sexual que pueda tener una persona de 26 años de edad y no deforma la constitución física y mental que sobre el mismo punto posea esa persona”, por cuanto considera que tal acto fue un “ataque’ rápido, vivaz, apresurado, ligero”, y debe ser considerado como una ofensa a la moral y no un acto de carácter sexual.

Cuando la Corte afirma que este acto no cercena con potencia la facultad de escoger comportamientos en materia sexual está claro que considera que este no tenía esa naturaleza, como la víctima alegaba. Con este análisis de antijuridicidad la Corte revela que no comprende el concepto de libertad sexual con el alcance que este tiene. Del análisis de la jurisprudencia se desprende que la libertad sexual se entiende como el derecho a decidir sobre el cuerpo en materia sexual¹⁵³.

.....

150 En el universo de sentencias estudiadas se encontraron por ejemplo los casos: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 22787, sentencia del 27 de febrero de 2007; y proceso 27413, sentencia del 13 de marzo de 2008, en los que se denunciaron actos sexuales que incluían besos, los procesados fueron condenados y ninguno de los jueces que conoció el caso ni la Corte cuestionaron el carácter de los mismos como de naturaleza sexual. Se encontraron tres casos de juzgados de Bogotá en los que se presentó la misma situación y tampoco se cuestionó que los besos no tuvieran un carácter sexual: Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-06568, sentencia del 3 de julio de 2009; Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2005-03895, sentencia del 30 de julio de 2009; y Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-02331, sentencia del 9 de septiembre de 2009. Y se encontró finalmente un caso en donde solo se denunciaron besos como actos sexuales y el juzgado encontró responsable al procesado y el carácter sexual de los mismos nunca fue cuestionado: Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2005-00821, sentencia del 7 de noviembre de 2006.

151 Actos de quitarle la ropa interior a las víctimas fueron considerados como tentativa de actos sexuales abusivos en el proceso 31948 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de julio de 2009; y como actos sexuales abusivos consumados en el proceso 2007-03690 del Juzgado Penal del circuito de Medellín, sentencia del 29 de febrero de 2008.

152 Véase por ejemplo las sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-05529, sentencia del 24 de abril de 2009; Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-05416, sentencia del 17 de febrero de 2009; Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-12492, sentencia del 20 de septiembre de 2007.

153 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005 y proceso 10672, sentencia del 18 de septiembre de 1997 (ver la postura de la judicatura en el literal anterior).

El derecho a la libertad sexual contiene dos dimensiones: qué se considera como materia sexual y cómo desarrollarse en esta materia. Permitir que la judicatura sea la que llene de sentido ambas dimensiones, sin tener en consideración la perspectiva de la víctima al respecto, es una contradicción al principio de libertad que subyace en tal derecho. En el caso bajo estudio la víctima consideró que los actos de que fue objeto vulneraron su libertad. En este caso es de justicia tener en cuenta la percepción de la víctima sobre el carácter de los actos para apoyar la valoración objetiva que los jueces deben adelantar.

La determinación de si un acto vulnera o no la libertad sexual, no puede estar condicionado a la velocidad con que se realizan los actos como lo hizo la Corte en el caso analizado. Esta sentencia tomó el propio modus del autor para no ser descubierto –la fugacidad y la sorpresa– como factores que condicionan la vulneración de la libertad sexual de la víctima. Justamente parte del *iter criminis* sobre el que se construye el acto sexual violento es efectuarlo con tal sorpresa y fugacidad que la víctima no pueda ni siquiera defenderse, si así lo quisiera. Como lo dijo el tribunal de segunda instancia que conoció este fallo “los tocamientos, [...] fueron sorprendivos para la víctima, quien por ello no tuvo la oportunidad de impedirlos”.

Entonces no puede el juez condicionar el derecho a decidir sobre su cuerpo en materia sexual a que el autor realice los actos lenta o rápidamente para determinar si lo que sufrió la víctima fue una ofensa a sus buenas costumbres o una vulneración al derecho a decidir sobre quién, cómo, cuándo y dónde quiere ser tocada. Lo que revela en el fondo el análisis efectuado por la Corte, es que sujetó la delimitación de la lesión al bien jurídico sin tener en cuenta la objetiva valoración de los hechos y la real afectación a la libertad sexual de la víctima.

El punto de partida que debe tener la judicatura para evidenciar cuándo un hecho es de carácter sexual, qué es lo que una persona entiende como de materia sexual y cuándo su derecho a decidir sobre la misma se encuentra vulnerado, va más allá del dolo o de la percepción que el victimario tenga de la lesividad o no de su conducta. Pasa primero por un análisis objetivo en cuanto a las zonas en las cuales se realizan los tocamientos en conjunto con la percepción que la víctima tiene del hecho. Como lo sostuvo recientemente la Corte, para el análisis de los delitos sexuales hay que

valerse de criterios sociales, culturales y empíricos de comportamiento humano que le permitan concluir (con objetividad) acerca de la vinculación de

la conducta a razones de sexo, lascivia y lujuria, calificativos alrededor de los cuales giran los conceptos “carnal” y “sexual”¹⁵⁴.

No hay que olvidar que ninguna costumbre o tradición cultural puede ir en contravía de los derechos humanos fundamentales¹⁵⁵.

Como se mencionó en la introducción, este caso fue muy comentado por los medios de comunicación y generó una opinión pública en su mayoría a favor del agresor. Los hechos fueron interpretados como la exageración de una mujer, puesto que para algunos hombres resultaría placentero a tal punto que debería permitirse libremente tocar a las mujeres “debería haber una ley que nos permita a todos los hombres tocar a las mujeres en la calle, sin tener que salir corriendo y sufrir estas injusticias de condenas tan largas por tocar un pedacito de carne”¹⁵⁶ y para otros equiparables con quitar una peluca.

La valoración de algunas conductas sexuales arraigadas en los hombres que objetivizan a las mujeres o consideran que sus impulsos son obvios, propios de su naturaleza masculina (como lo natural es que las mujeres sean tocadas si lo desean los hombres) convierten un delito en un hecho quejoso. Esa “naturaleza” que no logra ser “civilizada” por el hombre debe ser considerada siempre por las mujeres; su desconocimiento es una exposición al riesgo y exime de responsabilidad al agresor; el contexto (mujer con hombre solo = quiere sexo / hombre = sexo) debe ser tenido en cuenta para no cometer una injusticia con los hombres. Esta aseveración esquematiza la reflexión llevada a cabo por uno de los jueces entrevistados.

Yo creo que [...] se tiene que tener en cuenta, el componente síquico de cada uno de los dos sujetos que aparecen enfrentados, hablando de géneros, de la mujer. El hombre tiene una tendencia a la sexualidad, digámoslo de una manera que casi que está hecho de sexo. La mujer lo percibe de una manera distinta. Al hombre le cuesta más dominar sus instintos sexuales que a la mujer. Y desde ese punto de vista el hombre tiene menos control sobre su apetencia sexual. Está bien que la mera provocación no es un justificante para que se haga un asalto y entonces se recurra a la fuerza. Pero también eso tiene que tener su

.....

154 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 32872, sentencia del 24 de enero de 2010.

155 En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005.

156 L'Absurd Diari. “Condenan a cuatro años de prisión a un colombiano por tocar nalgas” [en línea]. Disponible en: <http://www.absurddiari.com/s/llegir.php?llegir=llegir&ref=9370>. Consultado [3 de mayo de 2010].

ingrediente al momento de dosificar la pena, porque ese autocontrol que trata de hacer el hombre a través de la civilización llega un momento dado en que pierde toda posibilidad de manejo si se está exponiendo mucho a una provocación.[...] la mujer también debe tener en cuenta las circunstancias en las que se está exponiendo; si está un hombre solo en un apartamento y ella llega muy seductora, obviamente el hombre va entender esa manera de llegar no tanto como una provocación sino como una insinuación o como una invitación al sexo. Y puede que en un momento dado ya no sea capaz de controlar civilizadamente sus impulsos y sea capaz de dar un salto a la fuerza. Pero eso sí debería regularse con mayor precisión para efectos de no cometer injusticias¹⁵⁷.

La justicia de género plantea que los intereses y las experiencias de las mujeres deben ser considerados para determinar qué es o no un delito. Hasta el momento es la experiencia masculina la que ha regido al derecho (West, 2000: 158).

El fallo de la “bicicleta” ha tenido un impacto negativo. Sus argumentos han dado sustento a alegatos de la defensa para desestimar actos de naturaleza sexual y/o equipararlos con ofensas a la moral que han sido acogidos por juzgados¹⁵⁸, tribunales¹⁵⁹ y la propia Corte¹⁶⁰, aunque no en todos los casos¹⁶¹. Incluso su efecto permeó los delitos abusivos por la edad, como se verá en la siguiente sección, desencadenando desprotecciones para víctimas menores de 14 años.

3. La antijuridicidad en los delitos sexuales abusivos por la edad

El legislador ha establecido que los accesos carnales o actos sexuales cometidos sobre personas menores de 14 años constituyen, per se, un delito. Este límite definido en la ley penal parte de una presunción de derecho que busca

.....

157 Juez D de Medellín.

158 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2008-08868, sentencia del 30 de septiembre de 2008. Este caso se analiza en la próxima sección.

159 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-01281, sentencia del 18 de diciembre de 2008. En este caso no llegan a equiparar los actos con injurias por vía de hecho pero sí utilizan los argumentos de la sentencia de la “bicicleta” para descartar la naturaleza sexual de los actos denunciados.

160 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29117, sentencia del 2 de julio de 2008. (Referenciado como el caso del “tendero”).

161 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008; proceso 31715, sentencia del 27 de julio de 2009; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-03040, sentencia del 18 de mayo de 2007; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-06537, sentencia del 28 de enero de 2009; Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2008-05267, sentencia del 5 de agosto de 2008.

mantener a los menores de esta edad libres de cualquier intervención en materia sexual, por lineamientos de política criminal que así lo han determinado.

La judicatura, se ha encargado de interpretar y darle el alcance a esta presunción. La postura imperante por parte de la Corte¹⁶², tribunales¹⁶³ y juzgados¹⁶⁴ ha sido reconocer que el legislador ha querido determinar que

hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad¹⁶⁵.

Lo que se está presumiendo de derecho es

la incapacidad del menor de 14 años para determinarse o actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas volitiva, intelectual y afectiva¹⁶⁶.

Y que esta presunción tiene un carácter

absoluto, y no admite, por tanto, prueba en contrario, por esto al juzgador no le es dado debatir la presunción de incapacidad, bajo el argumento de la idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual o del consentimiento¹⁶⁷.

La Corte al ratificar esta postura y delimitar aún más su alcance afirmó que

.....

162 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 13466, sentencia del 26 de septiembre de 2000; proceso 17168, sentencia del 4 de febrero de 2003; proceso 18585, sentencia del 11 de diciembre de 2003; proceso 21710, sentencia del 25 de febrero de 2004; proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005; proceso 25386, sentencia del 1 de noviembre de 2007; proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008; proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008; proceso 31715, sentencia del 27 de julio de 2009; proceso 32192, sentencia del 28 de octubre de 2009.

163 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-11640, sentencia del 29 de marzo de 2006; proceso 2005-03040, sentencia 18 de mayo de 2007; proceso 2005-00524, sentencia del 10 de noviembre de 2008.

164 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-12492, sentencia del 20 de septiembre de 2007; proceso 2006-12100, sentencia del 29 de julio de 2008; proceso 2006-09911, sentencia del 31 de julio de 2008; Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2006-01079, sentencia del 21 de enero de 2009.

165 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 13466, sentencia del 26 de septiembre de 2000.

166 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 13466, sentencia del 26 de septiembre de 2000.

167 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 13466, sentencia del 26 de septiembre de 2000.

las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una persona no la excluye[n] de ser sujeto pasivo de un delito sexual, puesto 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, mucho más cuando se trata de menores, por cuanto al no haber logrado aún la plenitud de su madurez psicológica, les resulta imposible comprender a cabalidad el significado y los alcances del acto sexual y de los que con él están relacionados¹⁶⁸.

Incluso, como lo reitera una sentencia de segunda instancia, en los actos abusivos por la edad, ni la fugacidad ni la ausencia de ánimo sexual del autor son relevantes para determinar la antijuridicidad de los mismo pues “los menores de 14 años, no tienen disposición sobre su sexualidad, se encuentran en proceso de formación de esta, por lo que este tipo de actos, constituyen una interferencia indebida”¹⁶⁹.

La única excepción que tiene esta presunción se da en el marco de las relaciones sexuales consentidas entre menores de 12 a 14 años que están unidos en vínculo matrimonial. Así lo ratificó la Corte Constitucional¹⁷⁰ al advertir que teniendo en cuenta la normativa civil que establece que los menores entre 12 y 14 años tienen la capacidad para contraer matrimonio, esta circunstancia hace que no sea delito una relación sexual que se da entre menores de esas edades casados. Sin embargo, esto no debe entenderse como justificante ni causal de menor lesividad cuando al interior de esa relación matrimonial se presentan violencias sexuales, pues como también lo ha sostenido la misma corporación, los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales, en general “no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior”¹⁷¹.

En el momento de determinar cuándo procede la presunción de derecho para concluir que se está ante un delito penal abusivo por la edad, debe: primero, verificarse que el sujeto pasivo es menor de 14 años; segundo, establecer el dolo de delinquir del autor (diferente al ánimo sexual)¹⁷²; y tercero, reconocer la naturaleza sexual de los actos a los que se someten a los menores de esta

.....

168 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005.

169 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-03040, sentencia 18 de mayo de 2007.

170 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-146 del 23 de marzo de 1994; Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-1095 del 19 de noviembre de 2003.

171 Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-285 del 5 de junio de 1997.

172 Ver sección “Tipicidad”.

edad. Una vez comprobados los tres elementos es improcedente cualquier prueba que conduzca a demostrar lo contrario, solo los argumentos que desvirtúen la culpabilidad¹⁷³ eximirían de responsabilidad al procesado.

Respecto del análisis sobre la naturaleza sexual de los actos la jurisprudencia, como se ha visto antes¹⁷⁴, ha dado lineamientos para entender cuáles tienen este carácter y cuáles no. Al retomar lo dicho, un beso, tocamientos de la cola, la vagina o los senos, acciones de exhibicionismo, entre otros, constituyen actos de naturaleza sexual.

No obstante la claridad que la judicatura pueda tener frente a lo expuesto, entre los casos analizados se encontraron algunos que no aplican la presunción, a partir de negar el carácter sexual de los actos o la interpretan de manera errónea al hacer referencia a las secuelas en la víctima como argumento ponderante. Estos dos nudos críticos se presentan a continuación.

a. negación del carácter sexual de los actos

Aún cuando la jurisprudencia, como se vio en el acápite de “La antijuridicidad en los delitos violentos”, ha establecido lineamientos interpretativos claros respecto a lo que debe considerarse como un acto de naturaleza sexual, en los casos de delitos cometidos contra menores de 14 años, también ha habido sentencias en las que los jueces se apartan de dichos límites y le niegan el carácter de sexual a actos que evidentemente lo tienen, casi siempre con el argumento de que constituyen ofensas a la moral y no a la libertad, integridad y formación sexuales. Desde esta perspectiva niegan la procedencia de la presunción de derecho.

La sentencia hito que abre en forma indebida la puerta a desconocer la presunción que protege a los y las menores de 14 años es aquella que niega el carácter sexual de un beso y unos tocamientos en la cola realizados por un tendero contra una niña (en adelante, se referencia como el caso del “tendero”)¹⁷⁵. Esta sentencia se fundamenta en los argumentos del caso de la “bicicleta”¹⁷⁶.

.....

173 Entendida la culpabilidad como el último de los elementos que configuran el delito, que alude a los juicios de reproche que se realizan sobre la conducta del autor.

174 Como se vio en el literal anterior y en la sección “Tipicidad”.

175 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29117, sentencia del 2 de julio de 2008.

176 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

En el caso del “tendero” se denuncian hechos en los cuales una niña de 9 años de edad es víctima de actos sexuales cometidos por parte de un tendero del barrio, consistentes en cogerla de las muñecas y besarla en la boca con introducción de su lengua, adicionado a que en otra oportunidad ya la había besado y le había cogido las nalgas. La Corte señaló que en el caso “no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales”¹⁷⁷. La Sala argumentó que

ese comportamiento no alcanza la connotación de perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales de la menor, quien dada su capacidad de raciocinio compatibles con esa edad (9 años) atinadamente referida por la sicóloga que la examinó, permiten concluir que a más del trato agresivo no sufrió alteraciones sustantivas en la “formación sexual”¹⁷⁸.

En consecuencia, la Corte anuló el proceso por indebida tipificación al considerar que la niña se vio afectada en el ámbito de la moral más no de lo sexual, razón por la que el fiscal debía imputarle el tipo penal de injurias por vía de hecho y no el de actos sexuales abusivos.

Al equiparar un beso con una ofensa a la moral y no con un acto de naturaleza sexual, la Corte erró al desconocer jurisprudencia anterior¹⁷⁹, que ha considerado que los besos constituyen actos sexuales. Incluso tres de los magistrados de la Sala así lo afirmaron cuando al salvar su voto en el fallo reconocieron que era claro que este era un acto sexual, que por cometerse sobre una menor era abusivo, y que por lo mismo la presunción que la protege conlleva a que no se admita ninguna prueba en contrario que busque desestimar el daño que le ocasiona a la víctima¹⁸⁰.

.....

177 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29117, sentencia del 2 de julio de 2008.

178 *Ibidem*.

179 En cuanto a la naturaleza sexual de los actos se han pronunciado: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 22787, sentencia del 27 de febrero de 2007; proceso 27413, sentencia del 13 de marzo de 2008; Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2005-00821, sentencia del 7 de noviembre de 2006. Sobre la naturaleza sexual de los besos se han pronunciado: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 22787, sentencia del 27 de febrero de 2007; y proceso 27413, sentencia del 13 de marzo de 2008. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-06568, sentencia del 3 de julio de 2009; proceso 2005-03895, sentencia del 30 de julio de 2009; y proceso 2008-02331, sentencia del 9 de septiembre de 2009. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2005-00821, sentencia del 7 de noviembre de 2006.

180 Ver salvamento de voto en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

Algunos jueces y juezas entrevistados también consideraron que la Sala se equivocó:

no tengo ninguna duda de que [en ese caso] hay un acto sexual y que su intención [la del tendero] no era otra que la de un acto sexual [...] Eso me parece a mí que es clarísimo y me parece que la Corte se equivocó cuando dijo que era injuria por vías de hecho¹⁸¹.

Y otra juez entrevistada conceptuó que “es absurdo que se pueda pensar que eso es solamente unos actos que no llegan o no trasgreden la libertad y dignidad sexuales”¹⁸².

Además del efecto negativo que este fallo tuvo respecto de la víctima del caso concreto, sus pronunciamientos abrieron la posibilidad para que en otros de tocamientos a menores de 14 años estos se invocaran como precedente para desvirtuar el carácter sexual de los actos y pretender considerarlos meras injurias¹⁸³.

En este caso nuevamente se refleja la idea de que cuando los hombres besan o tocan a las mujeres a lo sumo las están ofendiendo en su moral por cuanto estos actos para ellos no son una acción que vulnere su ámbito sexual. Al trasladar esta concepción al plano de las menores de 14 años se desconoce además de la política criminal del Estado que busca proteger a los y las menores de 14 años de toda interferencia en el campo sexual materializada en la garantía de la presunción de derecho que los y las ampara, los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los niños, las niñas, y los y las adolescentes¹⁸⁴

b. demostración de secuelas en delitos abusivos por la edad

Ante la decisión del Tribunal de Bogotá de considerar que los tocamientos en las nalgas de una niña de 8 años por parte del compañero permanente de su

.....

181 Juez B de Medellín.

182 Jueza B de Bogotá.

183 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31715, sentencia del 27 de julio de 2009; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-00524, sentencia del 10 de noviembre de 2008.

184 La Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 19 dispone: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. Esta Convención fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

prima no constituía violación a los bienes jurídicos sexuales sino a los morales, acogiendo la tesis del fallo del “tendero”, la Corte, cuando conoce el caso, aprovecha para rectificar y “unificar su jurisprudencia y garantizar los derechos de la menor víctima”, aclarando que estos hechos sí son de naturaleza sexual y que, por tanto, la presunción de derecho que la protege por ser menor de 14 años, no admite que se pruebe que este acto no la perjudicó en su integridad y formación sexuales –como sucedió en el caso del “tendero”–¹⁸⁵.

La Corte reitera el alcance de la presunción al decir que precisamente lo que esta supone es que los actos sexuales abusivos afectan el desarrollo de la personalidad de la víctima y que pueden producir alteraciones importantes que incidan luego en su vida y equilibrio futuro. Que el “derecho a gozar de un ambiente pulcro, limpio donde pueda evolucionar y disponer libremente de su sexualidad cuando adquiera la mayoría de edad, sin intromisiones impropias que puedan alterarla”¹⁸⁶ se vio lesionado con el actuar del procesado. Ratifica que “[l]a intención del legislador [al establecer la presunción] fue prevenir el daño o el peligro de daño en el desarrollo del menor en sus funciones sexuales, pues en esa época se encuentra en desarrollo de sus etapas intelectual, afectiva y volitiva”¹⁸⁷.

Sin embargo, aunque es de aplaudir la intención de la Corte de recoger su postura frente a la garantía para los y las menores de 14 años, cerrándole la puerta a discutir que actos de este talante no son de naturaleza sexual, la abre por otro lado cuando de sus argumentaciones se desprende que sujeta la procedencia de la presunción a la demostración de las secuelas que tuvo el acto para la niña. La Corte consideró que el tocamiento de la cola era indebido por que “produjo efectos psicológicos traumáticos, tal como lo demostró el dictamen de Psiquiatría y Psicología Forense, y lo corroboró su padre”¹⁸⁸. Con ello restringe el verdadero alcance que tiene la presunción de sustraer al juez de la potestad de demostrar el daño que ocasionan los actos abusivos a las víctimas, puesto que sujeta su fallo a que se demostró tal daño.

.....

185 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008. La sentencia se fundamenta en los argumentos del Tribunal de Casación de Santa Cruz (Costa Rica), del 27 de febrero de 2008, que sustentan que el tocamiento de la cola de un menor o un beso tienen un innegable carácter sexual.

186 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

187 Ibidem.

188 Ibidem.

La misma restricción de la presunción se encuentra en un caso conocido por el Tribunal de Bogotá¹⁸⁹ en el que se analizan los hechos que involucran a una niña menor de 14 años que fue víctima de manipulación de su vagina por parte del conductor de la ruta escolar. El Tribunal, para no acoger el fallo del “tendero” invocado por la defensa que buscaba desestimar la conducta del agresor como actos sexuales y considerarlas injurias, además de referir que las situaciones fácticas son diferentes por la zona afectada (vagina), se apoya en dictámenes psicológicos y en testimonios de terceros para establecer que por el cambio en el estado de ánimo en la niña, era evidente que este hecho sí había vulnerado su integridad y formación sexuales.

En estos dos casos se le da un alcance a la presunción de derecho que no se corresponde con su propio espíritu. Del análisis de la presunción, hecha por el legislador e interpretada por la jurisprudencia, se debe entender que esta abarca la prohibición sobre las interferencias en materia sexual con menores de 14 años, porque genera consecuencias inaceptables en su vida sexual y personal. No se puede inferir, como se hace en los casos en mención, que deben demostrarse las secuelas, daños psíquicos o psicológicos transitorios o permanentes o, en general, cualquier daño en la salud mental de la víctima, para determinar su procedencia. Este daño se presume es causado siempre que un o una menor de 14 años tiene interferencia en materia sexual. El legislador no quiso dejarle al arbitrio del juzgador, la facultad de decidir cuándo encontraba causado el daño y cuándo no, por lo que presumió de derecho, sin admitir pruebas en contrario y haciendo irrelevantes las que así lo demostraran.

Estos casos, aunque permitieron la materialización de los derechos de las víctimas dejan un precedente, a partir del cual se puede deducir que solo cuando se demuestran las secuelas causadas por la conducta sexual resulta aplicable la presunción.

c. Violencia

1. definición y alcances de la violencia

La jurisprudencia ha considerado qué se debe entender por violencia, como elemento objetivo de los tipos penales de acceso y acto sexual violento, toda acción que se utiliza para doblegar, someter o avasallar la voluntad de la vícti-

.....

¹⁸⁹ Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-00524, sentencia del 10 de noviembre de 2008.

ma con el objetivo de lograr un resultado típico¹⁹⁰. Es el medio a través del cual se logra vencer, hacer desaparecer o anular la resistencia de la víctima frente al acto sexual. También ha reconocido que la violencia puede ser física o moral, y las ha identificado como sus modalidades jurídicamente relevantes¹⁹¹.

Del estudio de las sentencias se puede concluir que la violencia física es la fuerza o la agresión que pretende coartar la libertad o la integridad física para hacer desaparecer la voluntad mientras que la moral se refiere a un acto de consecuencias psíquicas para conseguir el mismo fin. Los jueces han enfatizado que “lo jurídicamente relevante para constatar la tipicidad objetiva de la acción es establecer si la conducta [...] imputada se ejecutó doblegando la voluntad de la víctima”¹⁹², independientemente de si esta es física o moral, como lo señaló la Corte. Así se entiende que ya sea mediante la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica¹⁹³, una vía de hecho o agresión¹⁹⁴, actos de intimidación o amenaza¹⁹⁵, coacciones o chantajes¹⁹⁶, o el error o el engaño¹⁹⁷, la consecuencia debe ser el sometimiento de la voluntad de la víctima por parte de la del agresor. Además, la Corte señaló que la violencia debe tomarse en el sentido normativo y no ontológico ya que

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

.....

190 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9401 del 8 de mayo de 1996; proceso 10672, sentencia del 18 de septiembre de 1997; proceso 17068, sentencia del 26 de noviembre de 2003; proceso 24096, sentencia del 6 de abril de 2006; proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006; proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008; proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008; proceso 25578, sentencia del 8 de octubre de 2008; proceso 29308, sentencia del 13 de mayo de 2009; proceso 21749, sentencia del 10 de junio de 2009; proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009; proceso 32192, sentencia del 28 de octubre de 2009. Así también lo han entendido algunos fallos estudiados de segunda y primera instancia: Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00401, sentencia del 26 de febrero de 2008; Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-03473, sentencia del 30 de marzo de 2009.

191 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008.

192 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21105, sentencia del 29 de julio de 2008; proceso 26013, sentencia del 6 de mayo de 2009; proceso 21749, sentencia del 10 de junio de 2009; proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

193 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

194 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008.

195 Ibidem.

196 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008.

197 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25578, sentencia del 8 de octubre de 2008.

desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas)¹⁹⁸.

También hay consenso en admitir¹⁹⁹ que la violencia toma lugar cuando se dobla la voluntad de la víctima. Es irrelevante para el tipo penal identificar la modalidad de violencia que se empleó en la comisión del hecho. Como se dijo, lo relevante es determinar más allá de la forma cuál fue el medio para doblar la voluntad de la víctima que como lo ha dicho la Corte “ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción”, que configura el delito violento²⁰⁰. En el mismo sentido han sugerido otras instancias que

la violencia que consagra la norma no es la que se emplea en la realización del comportamiento sexual reprochado sino la que se utiliza para plegar la voluntad de la víctima, por lo tanto, no es la fuerza o el ímpetu con que se realicen los actos de tocamiento y acceso sobre el cuerpo de la ofendida lo que debe considerarse para determinar la concurrencia de la violencia, sino la conducta desplegada para dominar la resistencia, intimidarla [...] y [lograr que] no se resista u oponga a la ejecución del ataque sexual²⁰¹.

Del mismo modo las primeras instancias han afirmado que

la violencia para el delito de acceso carnal, se debe presentar antecedente y/o concomitante a éste, no así con posterioridad a su consumación ya que esa violencia posterior debe ser entendida es como el medio para lograr la impunidad²⁰².

A su vez, la configuración de la violencia no depende de las huellas que esta deje o no en el cuerpo de la víctima, aunque cuando se encuentran sean indicativas de la misma²⁰³. En un caso reciente recogiendo la postura frente al tema, la Corte afirmó que para que se configure el elemento de la violencia no

.....

198 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008.

199 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00401, sentencia del 26 de febrero de 2008; Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-03473, sentencia del 30 de marzo de 2009; Juzgado Penal del circuito de Pasto, proceso 2008-05453, sentencia del 3 de abril de 2009.

200 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008.

201 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00401, sentencia del 26 de febrero de 2008.

202 Juzgado Penal del circuito de Pasto, proceso 2008-05453, sentencia del 3 de abril de 2009.

203 Como en un acceso carnal vía anal, el hecho de que se encuentren lesiones es indicativo de la existencia de la violencia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23027, sentencia del 13 de julio de 2006.

es menester que haya evidencia física de huellas o rastros de violencia, pues lo importante es que se haya cometido el acto en contra de la voluntad de la víctima por cualquiera de los medios con que este resultado se consiga²⁰⁴. En otras oportunidades ya había dicho la Corte que no es pertinente establecer el sangrado y el dolor en un caso de violación pues estos no son elementos del tipo²⁰⁵. Antes que desestimar el delito sexual por la ausencia de huellas de violencia, su presencia puede implicar la tipificación de un delito diferente, el que protege la integridad personal y no la libertad, integridad y formación sexuales²⁰⁶. Esta tesis que hace que no sean exigibles las huellas o rastros de la violencia para configurar un delito sexual también ha sido acogida por bajas instancias²⁰⁷.

Finalmente, la jurisprudencia²⁰⁸ también ha sostenido que el examen que debe hacerse para concluir si existió o no violencia, debe obedecer a un análisis desde un punto de vista objetivo y *ex ante* que permita determinar que el medio utilizado era idóneo para doblegar la voluntad de la víctima. La Corte ha planteado que es la perspectiva objetiva de un observador inteligente²⁰⁹, la que indica si el medio utilizado es suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. Esta postura ha sido acogida por primeras instancias que, refiriéndose a la violencia, afirman que *“su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que conf gura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización”*²¹⁰, lo que ratifica las tesis que ha sentado la Corte que se acaban de presentar, frente al momento y al examen de la violencia.

Para la configuración de los delitos sexuales que la ley exige se cometan “mediante violencia”²¹¹ es necesario que se establezca en el proceso, la presencia de esta como el medio utilizado para lograr el resultado típico. Argumentar

.....

204 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008.

205 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 16368, sentencia del 22 de octubre de 2003.

206 Sobre el concurso del delito de acceso carnal violento y lesiones personales puede verse también la sección de “tipicidad” en la que se trata este aspecto.

207 Tribunal Superior de Pasto, proceso 2007-80599, sentencia del 21 de noviembre de 2008.

208 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008; y proceso 26013, sentencia del 6 de mayo de 2009.

209 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008. Sobre el observador inteligente se hará referencia en la sección “Valoración probatoria”.

210 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-03473, sentencia del 30 de marzo de 2009. (Cursiva y subrayado en texto original).

211 Ley 599 de 2000. Código Penal, artículos 209 y 210.

sobre si los hechos se cometieron con o sin violencia es un tema de constante debate jurídico que se hace evidente cuando se estudia la jurisprudencia sobre estos delitos.

Del análisis de la jurisprudencia se concluye que hay coincidencia en aceptar que: la violencia es aquella suficiente para doblegar la voluntad de la víctima; puede ser física o moral; no es relevante que queden rastros o huellas de ella; toma lugar en el momento en que se domina la voluntad de la víctima; y que para determinar si existió se debe acudir a un examen *ex ante* y desde un observador objetivo e inteligente²¹².

El problema jurídico que se torna en nudo crítico está en determinar cuándo el medio empleado por el agresor sexual es capaz o idóneo para doblegar la voluntad de la víctima. Si bien el concepto de violencia definido por la jurisprudencia es unánime, los criterios que utilizan algunos jueces y juezas para determinar cuándo esa violencia logra doblegar la voluntad de la víctima terminan exigiendo condiciones que, como se verá, sobrepasan lo establecido en la ley develando prejuicios de carácter sexista. Estas condiciones son: que la víctima se resista a la agresión, y que la violencia parezca irresistible para el o la juez como criterio para que esta pueda doblegar la voluntad.

2. El deber de resistirse y la capacidad de la violencia de doblegar

Aunque en teoría los jueces no tienen problema en ratificar la postura imperante que determina el alcance y la configuración del elemento de la violencia, en la resolución de los casos se ve cómo hay una postura encontrada en la que se crean umbrales estereotípicos y condiciones que invierten las responsabilidades, para que los jueces encuentren configurada la violencia.

Esta postura plantea un mismo argumento que se presenta desde dos caras. La primera, en la que se determina que la víctima debe actuar de cierta manera para poder decir que se configura el elemento de la violencia –resistiéndose, huyendo o pidiendo auxilio–; y la segunda, en la cual la entidad de la violencia no es suficiente para doblegar la voluntad por que la víctima podía haber hecho algo para impedir el hecho –resistirse–. Estos dos sentidos revelan el mis-

.....

212 Aunque la postura de la Corte es clara frente a la definición y el alcance del elemento de la violencia, generalmente las tesis defensivas de casación insisten en presentar como argumento, para conseguir fallos favorables a los procesados, interpretaciones de la norma que van en contravía de lo que ya ha establecido la Corte en su jurisprudencia.

mo principio que subyace a tales interpretaciones: a la víctima le es exigible una forma de comportarse frente a la agresión para que el juez considere que fue contra su voluntad. Si la víctima no se comporta de tal o cual manera, se pone en duda la ausencia de su voluntad o la efectividad del medio que se utilizó para doblegar la voluntad, dudas que se resuelven a favor del procesado.

Ha sido de creación jurisprudencial la condición de resistirse y expresar oposición ante la agresión sexual para poder configurar los delitos sexuales violentos. Puede decirse que esta exigencia de reprocharle a la víctima un comportamiento diferente al ejecutado frente a la agresión se reconoce por la misma jurisprudencia²¹³ como postura fundante de una línea desde la sentencia 25743 de 2006²¹⁴, en el caso conocido como el de la “bicicleta”. La Corte contrario a lo que había considerado el Tribunal, encontró que en el caso no se configuraba el delito de actos sexuales violentos por cuanto ese había sido un acto “sorpresivo” mas no violento, pues la víctima no había alcanzado a oponer resistencia a los tocamientos. Bajo este principio, construido según la Corte desde las reglas de la lógica, de que solo es posible configurar el elemento de la violencia cuando hay oposición de fuerzas, en el entendido de una manifiesta y seria resistencia de la víctima a la agresión, los tocamientos de los que fue víctima la mujer a lo sumo constituirían un delito contra la moral y la honra y no contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Este planteamiento fue acogido por alguna jurisprudencia posterior tanto de juzgados y tribunales como de la propia Corte²¹⁵, admitiendo que solo es posible hablar de delitos sexuales violentos cuando la víctima ha manifestado una oposición seria a la agresión que vencida por el victimario, doblega su voluntad²¹⁶. El Tribunal de Medellín, por ejemplo, resolvió un caso en el que una mujer adolescente denunciaba haber sido víctima de acceso carnal violento. El problema jurídico de este caso se centró en resolver si había consentimiento

.....

213 Así lo reconoció la propia Corte en sentencia 31715 del 27 de julio de 2009.

214 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

215 No todos los fallos posteriores a esta decisión en los que se debate sobre el elemento de la violencia acogen esta postura. (Cfr. entre otros: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008; proceso 23508 del 23 de septiembre de 2009).

216 El análisis de los nichos citacionales de las sentencias estudiadas indica que el fallo 25743 de octubre de 2006, ha sido el que más acogida ha tenido para respaldar la tesis de la necesidad de que la víctima se resista o manifieste alguna oposición para entender que se ha configurado el elemento de la violencia. Sin embargo, se pueden ver sentencias anteriores a ella, como la 9253 del 21 de mayo de 1996, donde este argumento ya había sido expresado; la Corte avala el sentir del tribunal de considerar que los actos de reacción deben presentarse naturalmente ante una violación.

que desvirtuara la existencia de la violencia. La sala del tribunal en su fallo fue clara en apuntar que, aunque hay pruebas que dan certeza sobre la materialidad del acceso carnal, duda de los hechos porque la víctima no actuó como en su concepto debió haberlo hecho, pues

cuando en tratándose de una persona mentalmente normal, como lo era la menor DY, es de esperar, enseñan las reglas de la experiencia y del comportamiento humano, una reacción directamente proporcional al daño que se busca evitar, en la medida que las circunstancias se lo permitan. Y como se ha podido apreciar de lo probado en la actuación, la menor, en caso de haberlo querido, tuvo todas las oportunidades o medios posibles para evitar que sucediera ese acceso carnal²¹⁷.

En concreto una de las posibilidades que vio la sala de haber podido actuar de manera diferente se centraba en alcanzar la ventana de donde se dieron los hechos y gritar pidiendo auxilio.

En el mismo sentido, el caso de conocimiento de un juzgado de Bogotá, cuando en primera instancia descarta que el delito de acceso carnal violento que alega la víctima se haya cometido, no solo por algunas cuestiones de credibilidad del testimonio de la víctima, que serán objeto de análisis en otro momento, sino también por que la víctima no pidió auxilio. Este fue uno de los argumentos del juzgado para desestimar el delito.

No parece lógico que [...] la presunta víctima no hubiera emitido voz de auxilio alguna a sabiendas de que la recepción del hotel se encontraba cercana a la habitación, habiendo ya sido golpeada y amenazada por su compañero de habitación y estando la puerta abierta tal y como lo afirmó la segunda testigo de la Fiscalía²¹⁸.

Así como en jurisprudencia de primera y segunda instancia hace carrera la exigencia de la resistencia, como se dijo, la propia Corte Suprema en fallos posteriores a la sentencia de la “bicicleta”, utiliza el mismo razonamiento; para configurar delitos sexuales violentos a la víctima le es exigible un comportamiento de manifiesta y exteriorizada resistencia u oposición, de lo contrario no puede hablarse de que existió violencia y se suscitó una duda sobre un

217 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-03350, sentencia del 18 de febrero de 2008. (Cursiva en el original).

218 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-81258, sentencia del 29 de julio de 2009.

posible consentimiento de la víctima para el acceso carnal. El caso más reciente que acoge esta postura lo dicta la Corte en mayo de 2009²¹⁹. Al resolver un recurso de casación contra la sentencia que en segunda instancia confirmaba la condena proferida por el juzgado por los delitos de hurto en concurso con acceso carnal violento, la Corte casa la sentencia y absuelve al procesado.

Los hechos del caso sucedieron contra dos mujeres, DCM y AMC, que en el trayecto camino a la casa de la primera, fueron abordadas por cinco hombres, uno de los cuales tocó el cuerpo de DCM. Los individuos forzaron a las dos mujeres a cambiar de rumbo de tal manera que al llegar frente al parque del barrio Olaya, las intimidaron, las empujaron contra la pared y las despojaron de teléfonos celulares y bolsos de mano, luego de lo cual cuatro de los agresores huyeron. El que se quedó con las mujeres las amenazó con “chuzarlas”, y forzó a DCM a realizarle sexo oral, mientras le acariciaba los senos a AMC. A continuación obligó a AMC a sentarse e hizo desnudar a DCM, a quien intentó acceder carnalmente pero, ante la imposibilidad de hacerlo, la obligó a practicarle una felación.

Uno de los argumentos principales de la Corte para desvirtuar los cargos es que, en tanto las víctimas no opusieron resistencia manifiesta a la amenaza proferida por el agresor de ser “chuzadas” se presumió que hubo consentimiento por parte de ellas, lo cual desestima el delito de acceso carnal imputado²²⁰.

Otra de las caras que tiene este argumento es aludir a la posibilidad de haberse resistido a la agresión como principio para desestimar la idoneidad de la violencia para doblegar la voluntad de la víctima. La sentencia del caso “Barrio Olaya”, sirve también para demostrar que de manera sutil igualmente operó este otro sentido del deber de actuar de la víctima, para configurar el elemento de la violencia. Si bien el argumento central de esa sentencia para desestimar el delito –*ratio decidendi*– radicaba en la ausencia de resistencia de las víctimas, argumentos adicionales²²¹ –*obiter dicta*– apuntaban a desvirtuar la idoneidad de las amenazas de “chuzarlas” como el medio violento, porque el agresor nunca les enseñó un arma y porque era de una talla y peso inferior al de las víctimas. Estas condiciones en que se dio la violencia, según la Corte,

.....

219 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29308, sentencia del 13 de mayo de 2009. En adelante se hará referencia a esta sentencia como el caso “Barrio Olaya”.

220 La Corte también cuestiona la valoración probatoria que hizo el Tribunal respecto de las pruebas que indicaban el hurto, razón por la cual también desestima ese cargo. Para ampliar la información respecto de este punto, consultar la sentencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29308, sentencia del 13 de mayo de 2009.

221 Es decir que, aun suprimiéndolos, el sentido del fallo hubiere sido el mismo.

hacían que las víctimas hubieran podido resistirse, de tal modo que era dable concluir que la violencia no era de la suficiente entidad que lograra, en concepto de la Sala, doblegar la voluntad de las víctimas. Apreciaciones que, por lo demás, desconocen una decisión anterior de la misma corporación en la que desvirtuando una regla de la experiencia alegada, como la que adujo la Corte en esta ocasión, se afirmó que “jamás se ha determinado invariable y universal que en todos los casos en los cuales el agresor sexual no usa armas, la víctima que quiere oponerse a la agresión pide auxilio”²²², dando a entender que ejerciera alguna resistencia.

Un caso que deja ver claramente cómo opera este otro sentido del principio del deber de actuar de la víctima, para determinar la idoneidad del medio utilizado, se ve en una sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá²²³, en la cual se debatió sobre si la violencia, en este caso moral, alegada por la víctima, era suficiente o no para haber accedido a sostener relaciones con su padrastro.

Se denuncia que la madre de la víctima observó que su hija ZZBO de 16 años estaba siendo accedida por el compañero permanente de aquella. Al inquirirles por esta conducta, su hija le manifestó que desde hacía varios años el padrastro la accedía vía anal o vaginal, bajo la amenaza de causarle la muerte a ella y a la madre si contaba lo que estaba sucediendo, además de perseguirla y asediarla a la salida del colegio y crearle fama de prostituta entre sus amistades. Durante la audiencia pública se logra establecer que, efectivamente, el procesado sostuvo relaciones sexuales con la víctima durante algo más de dos años, primero, el hombre se limitaba a tocamientos y caricias de los órganos, pero luego las acciones se intensificaron hasta llegar al acceso carnal por vía vaginal y anal.

El Tribunal, para sustentar su fallo absolutorio revocando la condena que había impuesto el juzgado de primera instancia por el delito de acceso carnal violento en concurso sucesivo y homogéneo, dijo:

no se determinó que psicológicamente [...] [Z] era tan vulnerable que la simple mención de un arma inexistente o la amenaza de tildarla de depravada, era suficiente violencia para doblegarla a los deseos lúbricos de Sánchez, porque cualquier persona normal es capaz de resistirse a esas amenazas [...] la ame-

.....

222 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26381, sentencia del 25 de abril de 2007.

223 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-11640, sentencia del 29 de marzo de 2006.

naza contra ella dirigida, no alcanza el nivel requerido de avasallar o reducir su consentimiento²²⁴.

Es claro que las amenazas deben doblegar la voluntad para que se consideren como violencia, como lo sostiene sin problema la jurisprudencia. El punto álgido es cuándo las amenazas o constreñimientos son considerados por la judicatura como suficientes para tal efecto. Es con estas consideraciones con las que se constituye un umbral que da lugar a que argumentos estereotípicos o androcéntricos imperen, trasladándole la responsabilidad a la víctima de haber actuado de otro modo si en realidad no hubiese querido la agresión, traduciéndolo a un acto consentido.

La obligación de actuar de la víctima se erige con base en la postura teórica acogida sin problema por la jurisprudencia, sobre el concepto general de entender violencia como aquella que doblega la voluntad de la víctima. Pero el giro sutil consistió en condicionar dicho elemento a que la víctima tuviera una respuesta negativa frente al asalto, que entre agresor y agredida mediara una lucha donde se opusieran fuerzas antagónicas, que el agresor venciera la resistencia "seria y continuada"²²⁵ exteriorizada por la víctima.

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, aún 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.

La judicatura en los casos en que argumenta que no hay violencia por cuanto no hay oposición de fuerzas cuando la víctima no se resistió de algún modo, no infiere expresamente el consentimiento en el sentido de dar por probada la eximente de responsabilidad penal²²⁶ sino que, al plantear que la víctima no se resistió, se genera una duda respecto al consentimiento de esta, por lo cual se resuelve a favor del procesado.

.....

224 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-11640, sentencia del 29 de marzo de 2006.

225 Esta tesis la profesa la doctrina española y argentina, valga decir masculina, en la cual se basó la Corte en la sentencia de la "bicicleta" para estructurar el concepto de violencia (Cfr. Suárez Rodríguez, 1995; Soler, 1953).

226 Ver sobre este punto el acápite dedicado al tema del consentimiento.

Esta postura que sienta el principio del deber de actuar de la víctima para configurar el delito, exigiéndole haberse resistido o manifestado expresamente oposición, tiene varias implicaciones.

En primer lugar, implica una interpretación de la norma que difiere de lo establecido por el legislador. La ley cuando determina los tipos penales sexuales violentos establece como elemento objetivo el que se realicen “mediante violencia” mas no que la víctima se oponga manifiestamente a la agresión. La norma no exige que para que se configurasen tales delitos la víctima deba actuar de una u otra manera. Esta exigencia ha sido una creación de la jurisprudencia que a todas luces atenta contra los derechos de las víctimas de violencia sexual.

Cuando el legislador imprimió el sentido de capacidad de resistir en la ley penal lo hizo para distinguir algunos delitos que se cometían con personas “puestas en incapacidad de resistir”, o con personas “incapaces de resistir” como los de los artículos 207 y 210 del Código Penal²²⁷. De esto se puede deducir que hay delitos que se cometen sobre personas “capaces de resistir”, aunque incapaces de autodeterminarse sexualmente –como los menores de 14 años–, y otros donde el sujeto pasivo es “capaz de resistir” y capaz de autodeterminarse sexualmente y de decidir sobre su cuerpo. Solo mediante violencia pueden cometerse delitos sexuales contra estas personas “capaces de resistir” y con posibilidades de autodeterminarse sexualmente. Sin embargo, la jurisprudencia ha tornado esa “capacidad de resistir”, que tiene el sujeto pasivo en una obligación de la víctima a resistirse, para configurar el delito, lo cual resulta improcedente.

En segundo lugar esta postura implica un desconocimiento de sentencias del Tribunal Constitucional al aclarar que no es posible desvirtuar el elemento de la violencia en los delitos sexuales que lo exigen, por la ausencia de resistencia o manifestaciones de auxilio. Ya lo había dicho la Corte Constitucional estudiando la jurisprudencia nacional y las normas internacionales, que no es posible entender la existencia de un consentimiento real y libre de presiones “por

.....

227 Ley 599 de 2000. Código Penal, Título IV, Capítulo I, artículo 207 “El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años. Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de tres (3) a seis (6) años”; artículo 210 “El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión”.

la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen²²⁸. Incluso con anterioridad había reconocido, acogido y ceñido sus argumentos a instrumentos internacionales como las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional, para regular en la realidad colombiana algunos aspectos probatorios de la violencia sexual donde se sienta la prohibición de inferir el consentimiento de las víctimas, a partir de la ausencia de resistencia física²²⁹. Reglas que ya han sido acogidas por la propia Corte Suprema para, en otros casos, aplicar los principios que en materia de delitos sexuales allí se establecen²³⁰.

Por la misma línea, desconoce algunas sentencias de la propia Corte Suprema en las que ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto del tema de la exigencia de la víctima a resistirse. En ellas ha sentado que no existe tal regla de la experiencia al sustentar que ante una agresión es inminente que la víctima pida auxilio o se resista, pues esta no tiene vocación ni de invariable ni de universal, y va en contravía de lo que enseña la práctica judicial, en tanto sí ha sido reconocida por la propia Corte Suprema regla de la experiencia. Esto es, que hay muchos casos en los cuales

apenas haciendo uso de la fuerza física o de simples amenazas verbales, el abusador logra su propósito de acceder carnalmente a la víctima, sin que esta, a pesar de oponerse al vejamen, acierte en pedir auxilio, sea porque la fuerza utilizada lo impide, la amenaza verbal cumple su efecto constrictor, o simplemente en atención a que la turbación del ánimo propia del evento traumático, mediatiza la posibilidad de que se recurra a este desesperado medio de evitar la agresión²³¹.

En tercer lugar, desconoce la dogmática penal en torno a quién es el que debe hacersele un juicio de reproche y exigírsele haber actuado de modo diferente. En este sentido y retomando lo que dijo la Corte en un fallo reciente²³², trasladarle la responsabilidad a la víctima de actuar de una manera u otra para no facilitar la comisión del delito, es tanto como restarle la responsabilidad a

.....

228 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-458 del 7 de junio de 2007.

229 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-453 del 2 de mayo de 2005.

230 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 21105, sentencia del 29 de julio de 2008; proceso 21691, sentencia del 17 de septiembre de 2008; proceso 25578, sentencia del 8 de octubre de 2008; proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

231 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26381, sentencia del 25 de abril de 2007.

232 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

quien ha creado el riesgo no permitido, entiéndase el sometimiento de la voluntad de la víctima para accederla carnalmente o cometer un acto sexual. Al único que procede hacerle un juicio de reproche y exigirle haber actuado de otra manera, es al procesado en el análisis de la culpabilidad y no a la víctima para determinar la tipicidad o la antijuridicidad del hecho.

Así mismo, implica la interpretación de un alcance contraproducente para las víctimas de delitos sexuales de la teoría del daño y la figura de la auto puesta en peligro dolosa o el “consentimiento de la víctima”. Si bien es cierto que en materia penal la teoría del bien jurídico y la lesividad, hacen relevante para el análisis del delito la conducta del sujeto pasivo para determinar su responsabilidad en la antijuridicidad del hecho, también lo es que cuando en el acto de voluntad ha mediado la violencia, no se puede predicar el consentimiento, en la medida en que ya no sería un acto de libertad o disposición del titular del bien jurídico. En este punto le asiste toda la razón a la Corte cuando advierte que la figura del consentimiento como eximente de responsabilidad penal del procesado implica que

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.

Sin embargo, cuando se ejerce violencia contra la víctima

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 pasivo²³³.

Bien aclara la Corte que en los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, no cabe la figura de la autopuesta en peligro dolosa, pues esta se configura 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, siendo ello un criterio normativo de la teoría de la imputación objetiva. Explica que en estos delitos no es pro-

.....

233 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

cedente 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 típico²³⁴.

En cuarto lugar, deja ver una postura androcéntrica, que se traduce en una violación al principio de igualdad y la no discriminación. El haber creado esta exigencia de comportamiento a la víctima a partir de una regla de la lógica y la experiencia²³⁵, implica necesariamente preguntarse desde la experiencia de quién se está construyendo. Si bien es cierto, habrá muchos casos en los cuales las víctimas logran oponer una resistencia al hecho hasta el punto de salir ilesas del atentado, o en los cuales a pesar de resistirse el agresor logra dominarlas, no son menos aquellos en los cuales las víctimas entran en un estado de miedo, temor, angustia o perplejidad que no necesariamente les impida resistirse, por que en efecto no pretenden oponer ni la más mínima resistencia, sino que están inundadas por un sentimiento doblegándolas en su voluntad, sin poder deducir que por ello no existió delito. Basta recordar las nociones civilistas sobre los vicios del consentimiento para entender que bajo algunas circunstancias aunque se preste el consentimiento, cuando este no fue expresado de manera libre y espontánea, se genera su invalidez.

Es necesario cuestionarse si esta lógica desde la cual resulta improbable que no se desplieguen acciones beligerantes –como lo pide la Corte²³⁶– cuando no se quieren los hechos, es una lógica androcéntrica que desconoce por lo mínimo una mirada inclusiva y subjetiva de la realidad. No es atrevido colegir que las reglas de la experiencia invocadas, no son las de la experiencia de la humanidad sino de quien las alega y es de preguntar si es dable exigir que esta sea una regla a seguir. Pero también si las personas deben reaccionar de una misma manera. El principio que debería imperar es el de la Corte cuando manifiesta que lo importante no es la cuantificación de la violencia sino su calidad, sin exigirle a la víctima “actos desesperados de heroísmo o martirio, ni a la violencia connotaciones de gravedad o brutalidad”²³⁷.

.....

234 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

235 La regla de la lógica y la experiencia invocada es: “como es lógico, si la violencia o intimidación es utilizada para vencer la resistencia de la víctima, por regla general, ante el asalto, tiene que haber una respuesta negativa de esta que finalmente resulta dominada por el autor” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

236 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

237 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 17068, sentencia del 26 de noviembre de 2003.

Por último, esta postura *revictimiza*, condena a la víctima y niega el derecho a acceder a la justicia. Cuestionar a la víctima en su actuar ante una agresión sexual significa responsabilizarla de los hechos por los que se aqueja redundando su afección, insinuándole que ella quería los hechos o de lo contrario, otra hubiere sido su respuesta. Esto es un ejemplo de la *revictimización* que sufren las mujeres agredidas sexualmente ante las instancias judiciales, en las que ven menoscabada su dignidad al ser sometidas a estas confrontaciones ilegales que examinan su comportamiento y no el de quien propicia la agresión. Se condena a la víctima al exigírsele comportarse de un modo esperado, desconociendo la subjetividad y las particularidades de cada individuo que, eso sí, bajo la lógica y las reglas de la experiencia, se sabe reaccionan de manera diversa a este tipo de agresiones.

Es obvio que cuando a una víctima se le descarta tal calidad por no haber adecuado su respuesta a determinado comportamiento esperado por los jueces, se le niega el derecho de acceder a la justicia. No es posible sancionar al agresor y conseguir una reparación efectiva cuando la responsabilidad de haber actuado de otro modo es de la víctima y no del victimario. Esta vulneración la sufrieron no solo las víctimas de los casos expuestos a quienes se les desestimaron los cargos que alegaban por no haberse resistido o tener alguna manifestación de rechazo o de pedido de auxilio, sino también a todas aquellas que al ser víctimas de un delito sexual no acuden a instancias judiciales por temor a que le incriminen su comportamiento o porque se sienten responsables de lo que pasó al no haber actuado de acuerdo con esa lógica y máximas de la experiencia judicial que se exponen y se imponen.

d. consentimiento

La figura del consentimiento aparece en el Código Penal en su artículo 32 como una causal de ausencia de responsabilidad penal que se presenta cuando el acto típico se realiza “con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo”²³⁸. Vale decir entonces que existen bienes jurídicos disponibles e indisponibles por parte de los titulares. La vida por ejemplo, es un bien jurídico indisponible. Cualquier disposición que el titular haga de ella es considerada inválida para

.....

238 Ley 599 de 2000. Código Penal, artículo 32, numeral 2.

el derecho penal y no se tiene como eximente de responsabilidad para quien tenga la autoría de su menoscabo²³⁹.

Los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales, protegidos por los delitos sexuales, son bienes jurídicos indisponibles para menores de 14 años²⁴⁰, para personas en estado de inconsciencia, que padezcan trastorno mental, que estén en incapacidad de resistir²⁴¹, o para aquellas a las cuales se les haya puesto en incapacidad de resistir, en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impida comprender la relación sexual o dar su consentimiento²⁴². Cuando los delitos sexuales son cometidos contra alguna persona que se encuentre en cualquiera de las circunstancias antes mencionadas, se hace incontrovertible en el proceso penal la disposición que hagan del bien jurídico, pues cualquier manifestación de consentimiento deviene inválido para efectos de la ausencia de la responsabilidad penal del autor.

Para el caso de menores de 14 años la jurisprudencia emitida por la Corte²⁴³ así como múltiples fallos de primera y segunda instancia²⁴⁴, ha sostenido y ratificado que, bajo la presunción de derecho que los protege, sobre su incapacidad de autodeterminarse sexualmente, resulta improcedente e irrelevante establecer el consentimiento del sujeto pasivo en actos de naturaleza sexual²⁴⁵. En palabras de la Corte al juez

.....

239 Ver por ejemplo los delitos de homicidio por piedad o inducción o ayuda al suicidio: Ley 599 de 2000, Código Penal, artículo 106 - Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años; artículo 107 - Inducción o ayuda al suicidio. El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

240 Ley 599 de 2000. Código Penal, artículos 208 y 209.

241 Ley 599 de 2000. Código Penal, artículo 210.

242 Ley 599 de 2000. Código Penal, artículo 207.

243 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 13466, sentencia del 26 de septiembre de 2000; proceso 18585, sentencia del 11 de diciembre de 2003; proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005; proceso 25386, sentencia del 1 de noviembre de 2007; proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008; proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

244 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-11640, sentencia del 29 de marzo de 2006; Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-12492, sentencia del 20 de septiembre de 2007; Juzgado Penal del circuito de Pasto, número de proceso no disponible, sentencia del 27 de mayo de 2008; Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-12100, sentencia del 29 de julio de 2008; proceso 2006-09911, sentencia del 31 de julio de 2008; proceso 2008-81903, sentencia del 14 de noviembre de 2008; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00041, sentencia del 11 de diciembre de 2008; Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2006-01079, sentencia del 21 de enero de 2009; proceso 2005-03895, sentencia del 30 de julio de 2009.

245 Para profundizar sobre esta presunción de derecho, consultar la sección dedicada al análisis del "bien jurídico".

no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento²⁴⁶.

Para el caso de las personas en estado de inconsciencia, que padezcan trastorno mental, que estén en incapacidad de resistir, o para aquellas a las cuales se les haya puesto en incapacidad de resistir, en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, la Corte ha advertido en forma permanente que probada tal calidad o tal estado en que se encuentre la víctima, no es objeto de debate el consentimiento y cualquier prueba en este sentido resulta irrelevante²⁴⁷.

1. La embriaguez de la víctima

En los delitos sexuales violentos, con persona puesta en incapacidad de resistir, abusivos, o con incapaz de resistir, la ilicitud de las conductas está determinada por la prueba de la configuración de los elementos objetivos y subjetivos de cada uno de esos tipos penales. Entre los objetivos, además de establecerse la conducta del acceso carnal o de los actos sexuales, para el caso de los violentos, se debe probar la violencia –física o moral– o la amenaza de esta; en el caso del delito con persona puesta en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, el dolo del autor de provocar en la víctima alguno de estos estados para cometer la conducta sexual (como elemento subjetivo); y para el caso de los delitos abusivos, probar la edad menor de 14 años de la víctima o el estado de incapacidad de resistir de la misma.

Sin embargo, algunos de los casos estudiados revelan que cuando la mujer, víctima de un delito sexual, se encontraba embriagada en el momento de suceder los hechos, el análisis de la ilicitud de la conducta se ve inminentemente precedido por un debate sobre su consentimiento.

.....

246 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 13466, sentencia del 26 de setiembre de 2000. Para más información ver sección “Bien jurídico”.

247 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24096, sentencia del 6 de abril de 2006; proceso 24955, sentencia del 27 de julio de 2006; proceso 23290, sentencia del 20 de febrero de 2008; proceso 28874, sentencia del 24 de octubre de 2008; proceso 24055, sentencia del 6 de mayo de 2009; proceso 31236, sentencia del 17 de junio de 2009.

Sobre la embriaguez, la jurisprudencia ha reconocido su carácter como factor que vicia el consentimiento o impide otorgarlo. Se ha establecido que la embriaguez hace parte de los estados de inconsciencia que generan una incapacidad de resistirse frente a relaciones sexuales²⁴⁸. Que esta conlleva a que la persona entre

en un espacio más o menos corto en estadios de inconsciencia absoluta de los cuales se puede ir recuperando de manera progresiva a medida que la sustancia se asimila en el proceso metabólico, y la pérdida del conocimiento no es absoluta y puede recordar sucesos con alguna aproximación a la realidad²⁴⁹.

Así mismo la Corte

en varias oportunidades²⁵⁰, 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 sostener [...] que el haber tomado licor durante varias horas [...] permite [...] con la simple solicitud, acceder carnalmente a [...] un acompañante con el consentimiento de ella²⁵¹.

Entonces, es claro que jurisprudencialmente la embriaguez de la víctima no es un estado que la responsabilice de los hechos, ni es una causal que exculpa al procesado por su actuación. No obstante, se encontraron algunos casos entre los analizados, que ponen en evidencia que no toda la judicatura comparte esta opinión.

Un juzgado de Medellín conoció un caso en el que una mujer junto con un amigo perteneciente al ejército nacional –el sindicado–, consumió alcohol y en la denuncia manifestó que recuerda aparecer en el cuarto de aquél y que vomitaba mucho. Indicó que despertaba por momentos y en uno de ellos, se

.....

248 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24955, sentencia del 27 de junio de 2006; proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008. Así también lo manifestaron algunos de los y las juezas entrevistadas: Juez B de Bogotá, Jueza C de Bogotá, Jueza E de Bogotá, Magistrado D de Bogotá, Jueza A de Medellín.

249 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23290, sentencia del 20 de febrero de 2008.

250 Cfr., entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 20413, sentencia del 28 de enero de 2008; proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

251 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26013, sentencia del 6 de mayo de 2009. Ratificada posteriormente por: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

vio sin ropa interior y al acusado besándole la vagina, volvió a quedarse dormida y la despertó un fuerte dolor porque él la penetraba por el ano²⁵².

El despacho absolvió al procesado acusado por la Fiscalía por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, al considerar que cualquier mujer en estado de embriaguez es capaz de dar su consentimiento o rechazar relaciones sexuales no queridas. Como argumentos para el fallo, el juez afirmó que si se aceptaba la tesis de la Fiscalía tendría que admitir que la víctima voluntariamente consumió alcohol y que por tanto

tal situación la coloca en una alteración mental menor de índole pasajera donde se presentan estados más o menos permanentes de enajenación y alteración de las funciones psíquicas. Mas sin embargo, tal enajenación o estado de inconsciencia debe inhibir a la víctima de la posibilidad de *rechazar ef cazmente su abusador*, de manera tal que esté impedida para oponerse a las pretensiones sexuales del agente, esto es, que no pueda resistir el acto abusivo. [...] En lo actuado, tal circunstancia no aparece fehacientemente demostrada, pues aunque se diga que consumió bebidas embriagantes, esa situación no es matemáticamente generadora de la situación en que ella [la víctima] dice que se encontraba²⁵³.

En las entrevistas que se realizaron se preguntó si una mujer en estado de embriaguez puede resistirse ante una agresión sexual. Varias de las respuestas se concentran en plantear que cuando una mujer consume alcohol en compañía de hombres se pone en riesgo. Por ejemplo, un juez comentó:

Yo tengo un fallo de una niña que fue abusada en la IV Brigada por un militar. Y se decía por parte de la defensa que esta niña no había sido puesta en incapacidad de resistir sino que ella se había puesto en incapacidad de resistir, porque había accedido [a consumir alcohol]. Yo absolví y dije que ella no estaba en incapacidad de resistir ni él la había puesto en incapacidad de resistir, sino que ella era mayor de edad, la niña no era una menor, y se había puesto a tomar trago con el soldado, y ella misma, pues, voluntariamente, asumió su propio riesgo tomando y tomando licor toda una tarde, de domingo. El tribunal revocó [mi fallo], eso está en casación²⁵⁴.

.....

252 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-00858, sentencia del 14 de octubre de 2008.

253 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-00858, sentencia del 14 de octubre de 2008. (Cursiva fuera de texto original).

254 Juez B de Medellín.

Por su parte, una jueza indicó que las mujeres

suelen utilizar mucho ese tipo de excusa para taparse. Porque son unas cabras de atar, brinconas; hasta, discúlpeme que se lo diga, así como hay las súper ingenuas, hay otras que son voladas. Esas son el otro extremo. Y entonces ellas consienten en la situación. Ellas son las que van a las discotecas, ellas son las que buscan a los muchachos, ellas son las que se emborrachan con los muchachos y si por alguna circunstancia las llegan a descubrir, inmediatamente acuden al cuentico que fue que las pusieron en esa condición²⁵⁵.

En otras entrevistas se reconoce que se suele identificar en estas situaciones una responsabilidad de la mujer porque se dice que

es muy difícil que un juez acepte un estado de incapacidad de resistir producto de una borrachera, yo he tenido casos que en primera instancia no se creen, porque se dice que en borrachera la gente siempre quiere²⁵⁶.

Siguiendo a Kahan, las afirmaciones realizadas en el caso antes referido y en las entrevistas indican que hay una “cognición cultural” basada en una concepción jerárquica de la sociedad en contraposición de una igualitaria. Los hechos son leídos desde una perspectiva masculina, a partir de la cual se exculpa socialmente a los hombres denunciados por violación, trasladada hasta el plano de lo judicial, al considerar que la víctima consentía los hechos. Desde esta perspectiva

un hombre puede dudar de las intenciones de una mujer cuando esta niega el consentimiento de manera verbal pero otras circunstancias (una invitación a estar solos en su apartamento, el consumo de alcohol, consentir juegos sexuales preliminares) transmiten su interés en tener relaciones sexuales. En esas circunstancias, con acuerdo con las expectativas sociales según las cuales un hombre que no ha manifestado un comportamiento amenazante interpreta la falta de resistencia física en el continuo contacto sexual (besos, tocamientos, contacto genital y finalmente penetración) como una confirmación fiable de consentimiento por parte de la mujer²⁵⁷.

La ausencia de resistencia en casos de acceso carnal en los cuales la víctima se encontraba en estado de embriaguez, es un factor que condiciona la ilicitud

.....

255 Jueza B de Bogotá.

256 Magistrada A de Medellín.

257 Kahan, Dan M. (2009) En este estudio “cognición cultural” hace referencia a la influencia de los valores de grupo en la percepción de los hechos que tienen los individuos (p. 3). (Traducción de las autoras).

de la conducta emprendida por el agresor, pues se percibe la resistencia por parte de la judicatura de considerar este estado, como uno en el cual, la víctima puede estar en incapacidad de resistir. Si se reconociera que la embriaguez es el estado que generó la incapacidad de resistir de la víctima no se podría interpretar que ella no opuso resistencia –física o verbal– por cuanto probado ese estado, considerar el consentimiento resulta irrelevante.

Este desconocimiento se estructura sobre la base de una cognición cultural según la cual la mujer cuando se embriaga se “expone” o “da pie” a que las relaciones sexuales sucedan. Esta cognición comprende la negación de las mujeres como una afirmación soterrada que se desencadena desde el momento en que la mujer acepta comenzar a beber. Sobre los hechos que se suceden la mujer ya no podrá poner reversa. Así lo reflejó uno de los jueces entrevistados cuando se le preguntó qué pasaría si una mujer accede a tener relaciones sexuales pero en el transcurso del flirteo se arrepiente: “Es difícil, porque podría hacer incurrir en error al autor. Creo que puede haber arrepentimiento, eso es válido, pero no hay un lindero válido; o se da la relación o no se da”²⁵⁸. No obstante, esta postura no es sostenida por todos: “En el momento en que la mujer diga no, es no. Si ambos están en la cama, desnudos a punto de la relación sexual y ella dice hasta ahí, debe ser hasta ahí, lo demás es delito”²⁵⁹.

A la negativa de reconocimiento de la embriaguez de la víctima como un estado que puede generar incapacidad de resistir –propiciado por la víctima o por el victimario– subyace la idea de que la denuncia es una estrategia de algunas mujeres para evadir el estigma social de ser un sujeto sexuado que puede decidir sobre su cuerpo, propio de quienes se suscriben a percibir el mundo desde unas relaciones desiguales de poder entre los géneros.

2. La irrelevancia de la conducta sexual o social de la víctima

a. El alcance de la irrelevancia de la conducta sexual y social de la víctima

El consentimiento, como causal eximente de la responsabilidad penal, suele ser en los delitos sexuales un tema de constante debate jurídico. En el tema de la violencia no se abordó directamente el consentimiento por cuanto los

.....

258 Magistrado A de Pasto.

259 Magistrado A de Medellín.

y las jueces no hablan de él expresamente, así se deduzca de sus argumentos que si la víctima no opuso resistencia fue porque consintió. No obstante, este tema sí es explícito en los fallos en los que se debate la conducta sexual o la vida privada de la víctima. Aunque la postura en sede de la Corte es clara y al parecer unánime en cuanto es improcedente, irrelevante e inaceptable indagar, cuestionar o debatir aspectos relativos a la vida privada de la víctima, se presentan casos en los que son de recibo estas argumentaciones casi siempre para desestimar la ilicitud de los hechos alegados por ella.

En desarrollo de los artículos 15 y 44 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, en varias oportunidades²⁶⁰, acogiendo los estándares internacionales en materia de delitos sexuales²⁶¹, ha sostenido que a las víctimas, en especial las de estos delitos, les asiste un derecho a ser protegidas en su intimidad.

También ha ratificado reiteradamente el Tribunal Constitucional 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

.....

260 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002; sentencia SU-1159 del 4 de diciembre de 2003; sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005. Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-551 del 2 de agosto de 1999; sentencia T-360 del 9 de mayo de 2002; sentencia T-453 del 2 de mayo de 2005; sentencia T-497 del 13 de mayo de 2005; sentencia T-458 del 7 de junio de 2007.

261 Estándares normativos como las reglas 70 y 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ratificadas por la Ley 1268 de 2008 y declaradas constitucionales mediante sentencia C-801 de 2009. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda, art. 4. Las Convenciones Interamericana de Derechos Humanos, Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará); contra toda forma de discriminación contra la mujer (Cedaw). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Código Federal de Pruebas (Federal Rule of Evidence), Regla 412 de los Estados Unidos. Ley Orgánica 14 de 1999 de España, asimismo, jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Caso 12.350 de 2001 contra Bolivia; Caso 11.565 de 2001 contra México. Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: Caso 23178 de 1994, Caso Aydin contra Turquía; Caso 39272 de 1998, 4 de diciembre de 2003. Caso M.C. contra Bulgaria; Caso 33218 de 1996, noviembre 11 de 2002. Caso E. y otros contra el Reino Unido. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá: Caso R. v. Park, 1995, Caso R. v. O Connor, 1995. Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español: sentencia del Tribunal Supremo 777 de 2000, rec. 1468 de 1995; y jurisprudencia del Tribunal Supremo de Dinamarca: Caso U1991.534H, mayo 7, 1991, Juror trial II 320/1990, II 335/1990 y II 346/1990, Caso U1993.941V, Western High Court Judgment, agosto 17, 1993, Apelación 5-S. 3125/1992.

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 amantes²⁶².

También ha dicho que la víctima de delitos sexuales tiene derecho a que “se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios”, a que “se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en su vida íntima” y a “solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad”²⁶³.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia ha ratificado ampliamente esta postura afirmando que de la personalidad o el *modus vivendi* de la víctima no es dado inferir el consentimiento a la agresión sexual²⁶⁴; que las condiciones subjetivas de la víctima no las excluyen de ser sujeto pasivo de los delitos sexuales²⁶⁵ (como la situación de indignancia²⁶⁶); que la conducta sexual anterior de la víctima es irrelevante para efectos de la configuración de los delitos sexuales²⁶⁷, aún mas cuando son menores de 14 años²⁶⁸; que son improcedentes las pruebas sobre la conducta sexual y las relaciones sexuales anteriores de la víctima como justificantes de la violencia sexual²⁶⁹; que son de rechazo los cuestionamientos discriminatorios contra las víctimas²⁷⁰; que las relaciones sexuales que la víctima tenga posterior a la agresión sexual son irrelevantes para determinar la ilicitud de la conducta reprochada²⁷¹, así como el comportamiento social o la actitud que muestre después de los hechos²⁷²; que el comportamiento íntimo o sexual de la víctima resulta por completo

.....

262 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-453 del 2 mayo de 2005.

263 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-458 del 7 de junio de 2005.

264 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 10672, sentencia del 18 de septiembre de 1997.

265 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005; proceso 21105, sentencia del 29 de julio de 2008.

266 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25386, sentencia del 1 de noviembre de 2007.

267 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006.

268 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

269 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20413, sentencia del 23 de enero de 2008.

270 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26013, sentencia del 6 de mayo de 2009.

271 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23909, sentencia del 4 de marzo de 2009.

272 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30421, sentencia del 2 de diciembre de 2008.

intrascendente para efectos de la configuración de los delitos sexuales que incluyan a la violencia como elemento estructural del tipo objetivo²⁷³. Así mismo sentencias de primera y segunda instancia acogen este principio restando relevancia jurídica a los argumentos que controvierten la vida privada de la víctima y su comportamiento sexual o social (previo o posterior) como la vía para cuestionar su credibilidad y su posible consentimiento de los hechos²⁷⁴.

Las únicas situaciones en que es lícito indagar aspectos íntimos de la vida de la víctima son aquellas que buscan establecer una animadversión contra el procesado o un interés para mentir que desvirtúe la credibilidad de su dicho, mas no que esté orientado a sugerir consentimiento de la víctima²⁷⁵, o demostrar “obstáculos o minusvalías en su capacidad intelectual, sensorial, visual o auditiva, o por la imposibilidad de registros”²⁷⁶. En todo caso, como lo dijo la Corte,

el abogado que escoja 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 indirecta²⁷⁷.

Vale la pena señalar que la profusión de sentencias de la Corte Suprema se debe a dos situaciones. La primera obedece a dar respuesta a las alegaciones de la defensa que busca crear reglas de la experiencia, aminorar la validez de algunas pruebas o restarle credibilidad al dicho de la víctima con base en argumentos que refieren a aspectos relativos a su comportamiento sexual o social, previo o posterior, frente a los cuales la Corte Suprema se ocupa en sus fallos de desestimar y recordar esta garantía de protección a la vida privada de la víctima que la ampara.

.....

273 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

274 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-00819, sentencia del 22 de noviembre de 2006; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-81491, sentencia del 6 de junio de 2008; proceso 2006-09911, sentencia del 31 de julio de 2008.

275 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

276 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24685, sentencia del 28 de mayo de 2008.

277 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

Y la segunda razón por la cual se encuentran pronunciamientos en este sentido, aunque no es la principal causa, se debe a que han sido jueces de segundas instancias²⁷⁸ quienes han recurrido a argumentos contruidos sobre la base del incumplimiento de tal protección, lo que lleva a que en sede de la Corte se profieran fallos producto de la recurrencia de la Fiscalía, buscando dejar sin efecto pronunciamientos absolutorios anteriores²⁷⁹.

Un ejemplo de estos últimos casos en los cuales la Corte rectifica un pronunciamiento judicial anterior que ha desconocido la garantía de protección de la víctima de no ser cuestionada en su vida privada e íntima, o ser indagada y valorada en aspectos morales y/o sociales, puede verse en la sentencia del Tribunal Superior de Pereira proferida el 20 de abril de 2001, mediante la cual revocó la dictada por el Juzgado Penal del circuito de Pereira y en su lugar absolvió al procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

En este caso el tribunal argumentó que las características morales y sociales de la ofendida impedían que se configurara la lesión al bien jurídico tutelado. Sostuvo la Sala respecto del análisis de la antijuridicidad material que esta no se evidenció por cuanto

Los rasgos mostrados, las características morales y sociales de las personas en conflicto, tienden a determinar lo expuesto [en el fallo]. No es de recibo admitir que personas bajo las circunstancias observadas, pueden generar en su contra, en especial a la menor, un atentado a su dignidad, a su libertad sexual, cuando madre e hija consienten, admiten, permiten su propia corrupción bajo la égida del dinero y el interés económico²⁸⁰.

Cuando por vía de casación la Corte conoce este fallo, además de referirse ampliamente a lo que tiene que ver con el desconocimiento del tribunal de la presunción que protege a menores de 14 años de intromisiones en materia sexual²⁸¹, fue enfática en advertir que

.....

278 En el análisis de las sentencias que hacen parte del universo de esta investigación no se encontraron fallos de juzgados en los que se hayan tenido en cuenta las condiciones subjetivas de la víctima. Es relevante aclarar que todos los fallos rectificadas por la Corte fueron de víctimas menores de 14 años.

279 Por ejemplo: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005; proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

280 Véase este extracto de la sentencia del Tribunal, en la sentencia del proceso 18455 del 7 de septiembre de 2005. (Cursiva en texto original).

281 Para ampliar información sobre el desarrollo jurisprudencial en materia de esta presunción, véase la sección "Bien jurídico".

las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una persona no la excluye de ser sujeto pasivo de un delito sexual, puesto que lo que se busca proteger es la libertad sexual y la dignidad de las personas²⁸².

De ahí que no era dado que ni por su edad ni por sus calidades subjetivas, que resultaba impropio cuestionarlas, se tratara de inferir el consentimiento de la menor o determinar la ausencia de afectación al bien jurídico.

b. La conducta sexual y social de la víctima: “no pero sí”

Aún cuando la mayoría de los casos señalados buscan ratificar la protección a la vida íntima de la víctima se observa que algunos pronunciamientos para hacer efectiva esta garantía terminan debatiendo y haciendo juicios valorativos sobre aspectos relacionados con el comportamiento sexual o social de la víctima.

La regla constitucional derivada del principio de protección a la víctima indica la exclusión de todas las pruebas que busquen controvertir su pasado sexual o su comportamiento social previo o posterior, para cuestionar su credibilidad o inferir el consentimiento. El momento procesal propicio para darle cumplimiento a la misma es en el descubrimiento probatorio (audiencia preparatoria) o incluso el mismo juicio oral por medio de objeciones o solicitudes de exclusión de preguntas o declaraciones, por ir en contravía de estos postulados constitucionales.

Pasadas estas etapas procesales, surtido el juicio y fallado en primera instancia el proceso, el recurso de apelación deviene una oportunidad para alegar el desconocimiento de tal principio que como efecto dejó la distorsión en la valoración probatoria realizada por la o el juez de primera instancia. Si llegase a ser el caso que resuelto el recurso de apelación, en el proceso se hace evidente que se debatieron pruebas inconducentes por buscar darle relevancia a la vida privada e íntima de la víctima, el recurso de casación no resulta procedente para ordenar la exclusión probatoria²⁸³. Si el problema jurídico planteado en sede de

.....

282 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 18455 del 7 de septiembre de 2005.

283 Es importante resaltar que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales cuando estas han desconocido la Constitución Política y los principios y derechos allí consagrados. Un ejemplo del caso concreto de esta acción contra una sentencia de un juzgado, por haber ordenado la práctica de pruebas que buscaban establecer el comportamiento sexual y social previo a un hecho de violación denunciado, se puede ver en la sentencia T-453 de 2005.

casación tiene que ver con errores en la valoración probatoria, sobre acervos que han tenido en cuenta pruebas inconducentes sobre las cuales nunca se solicitó su exclusión, no es competencia de la Corte ordenarla; sin embargo, si es sobre ese tipo de pruebas que el o la casacionista está indicando algún tipo de falso juicio, la Corte debe resolverlo sentando la irrelevancia jurídica que tienen los argumentos tendientes a establecer conductas sexuales o sociales, previas o posteriores a los hechos denunciados con el fin de cuestionar la credibilidad o inferir el consentimiento.

Así mismo, cuando el recurso se funda en el desconocimiento de reglas de la experiencia que el recurrente considera ignoradas, si han sido construidas sobre la base de aspectos de la vida íntima sexual o social de las personas, buscando cuestionar el proceder de la víctima, la Corte más allá de demostrar su falta de permanencia, universalidad o reiteración, debe resolver indicando que es inadmisibles debatir en sedes judiciales los aspectos atinentes al comportamiento sexual o social, previo o posterior de la víctima.

Si bien este ha sido el proceder de la Corte, en los casos que se presentan a continuación, lo que se resalta en ellos es que mientras la corporación indicó que es inadmisibles la consideración de pruebas que hagan alusión a la vida sexual o social de la víctima, hizo valoraciones sobre ellas.

Puede verse, por ejemplo, un fallo de la Corte²⁸⁴, en un caso seguido por el delito de acceso carnal violento. En este caso la defensa alegó que se debió restar credibilidad al relato de la víctima, aduciendo que tanto ella como un testigo habían afirmado haber tenido relaciones sexuales consentidas dos horas después de los hechos denunciados. Según la defensa, esto desconoce la regla de la experiencia que enseña que la violación genera para cualquier mujer rechazo, repulsión, tristeza, apatía y afecta todo su esquema afectivo, por lo que es imposible que dos horas después de violada, tenga relaciones sexuales con otro hombre, pues el recuerdo de la agresión vivida no la deja desarrollar una actividad sexual normal.

Frente a dichos argumentos la Corte señaló que si bien es aceptable afirmar que un delito como el de acceso carnal violento suele producir efectos similares a los propuestos por la defensa, es igualmente cierto que

.....

284 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23909, sentencia del 4 de marzo de 2009.

no en todos los casos puede afirmarse que la mujer víctima quede en un estado de tribulación tal que le resulte imposible tener luego una relación sexual consentida con cualquier otra persona, pues una tal reacción depende de muchos diferentes factores, entre ellos, el tipo de violencia ejercida, pues no es lo mismo la física que la moral, así como de variables de naturaleza social, cultural o religiosa, e incluso experiencia y formación social del sujeto pasivo²⁸⁵.

En este caso, si bien la Corte acertó en no admitir la regla de la experiencia alegada por la defensa para restarle credibilidad al dicho de la víctima, el debate que generó en torno a ella permite concluir que en algunos casos, obediendo a ciertos factores (tipo de violencia, culturales, sociales o religiosos) sí podría tener cabida la admisión de sostener relaciones sexuales posteriores a unos hechos de violación como criterio para restarle veracidad a su testimonio. Aunque en el caso concreto se protege a la víctima, se abre la puerta para que este argumento de la Corte pueda ser utilizado para demostrar que, bajo las circunstancias mencionadas, sí es posible restarle credibilidad a la afectada o inferir su consentimiento.

Aún cuando una mujer sostenga después de ser violada, relaciones sexuales consentidas con otro hombre o incluso con el mismo, por las razones que sea, resulta del todo impertinente establecerlo en un proceso penal. El espíritu de la protección constitucional que se ha consagrado para la vida privada e íntima de la víctima implica que no es relevante discutir sobre las calidades subjetivas y personales de esta para reconocer tal calidad. Esto significa no entrar en ningún momento a controvertirlos, ni a favor ni en contra de la víctima, pues no tienen importancia jurídica.

Otra valoración de la conducta sexual y social de la víctima se encontró en un caso en el que el o la casacionista pretende que la Corte concluya que al ser esta una trabajadora sexual, su testimonio no se ajusta a la verdad y, a su vez, que dicho oficio la hace "suficientemente fuerte para rechazar cualquier mecanismo o medio violento que pretenda ejercerse en su contra para lograr una satisfacción de lubricidad", razones por las cuales no puede ser víctima del delito de acceso carnal violento por el cual fue condenado el victimario. En este caso la Corte, ratificó lo que consideró afirmado acertadamente por el tribunal, cuando dijo que para sopesar la credibilidad del testimonio de la mas afectada en nada influencia su profesión de meretriz, "*puesto que aceptar*
.....

285 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23909, sentencia del 4 de marzo de 2009.

la demeritación de un señalamiento en razón a tal circunstancia implicaría una forma de discriminación que no puede ser aceptada por los administradores de justicia". Adicionalmente, el tribunal respaldado por la Corte, discutió y valoró la profesión de la denunciante señalando que

Hoy en día se considera que la labor de una trabajadora sexual puede estar motivada por circunstancias apremiantes que conducen al ejercicio de ella que en sí misma no significa perversidad moral en la persona que se dedica a esa ocupación, por lo que tal actividad no le resta intrínsecamente credibilidad al testimonio de aquélla²⁸⁶.

Si bien la Corte ya había aclarado, con razón, que nada tenía que ver la profesión con su credibilidad, trata de explicar las razones por las cuales la víctima es trabajadora sexual y aclara que esta labor en sí misma no implica perversidad moral. La pregunta que cabe hacerse frente a la argumentación dada por la Corte es si las circunstancias no fuesen apremiantes, si su decisión de ser trabajadora sexual fuera voluntaria y libre, y si tal actividad sí significara "perversidad moral" en concepto de la corporación, cambiaría la decisión, y estos aspectos se tornarían relevantes para determinar la credibilidad de su testimonio y cuestionar su consentimiento.

Es de resaltar que la decisión de la mujer sobre su cuerpo y su sexualidad es primero mencionada, en contravía de lo estipulado sobre la irrelevancia que tales circunstancias tienen para el proceso; y, segundo, valorada y aceptada porque se asocia a una necesidad de sobrevivencia de la víctima dejando de lado la eventualidad de la disposición libre y voluntaria de la misma de decidir sobre su cuerpo, con lo que contraviene de nuevo la disposición de abstenerse de poner en consideración cualquier aspecto relacionado con la vida íntima de la víctima.

La misma tendencia de valorar la vida personal de la víctima, aunque fuere a favor de ella, se observa dos veces en sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo conocidas después por la Corte. En la primera el tribunal confirmó la condena de un violador sustentando su decisión en que la víctima tenía "poca trayectoria en el campo sexual", lo que quedó demostrado en el proceso después de haber considerado las condiciones personales de la víctima, su "extracción campesina", la forma como narró los hechos

.....

²⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26427, sentencia del 2 de julio de 2008. (Cursiva en texto original y subrayado de las autoras).

y el dictamen médico legal que se le practicó²⁸⁷. En la segunda, revocó un fallo absolutorio y condenó a los procesados por la conducta punible de acceso carnal violento en el grado de tentativa.

El tribunal, entre otras pruebas que demostraban la responsabilidad penal de los victimarios, se respaldó en que MAO era

una joven campesina de 22 años que apenas hizo primero de primaria, que no sabe firmar, que vive con un tío, se dedica a cuidar cabras y en alguna de las declaraciones de [AXA] se dice que no es muy atractiva [...], de hecho no tenía novio y en cuanto a relaciones sexuales cuenta haber tenido una experiencia a los 15 años “con un man [sic] que trabajaba en la electrificación..., desde ahí hasta que me violaron”, dijo en su ampliación de denuncia [...]²⁸⁸.

Cabe preguntar, si en caso de que no se presenten esas circunstancias (si la víctima fuera bonita, de extracción social urbana, estudiada, con experiencia sexual), el relato de la víctima pierde credibilidad y se deriva que consintió los hechos.

Si bien las argumentaciones anteriores buscaron proteger los intereses de las víctimas, terminaron discutiendo aspectos que devienen irrelevantes como sus calidades subjetivas o factores de orden social, moral o cultural. Aún cuando la responsabilidad del procesado no fue puesta en duda, estos pronunciamientos demarcaron circunstancias bajo las cuales la vida íntima de las víctimas sí ofrece credibilidad o ausencia de consentimiento. En todos los casos la judicatura a la vez que advirtió que no era admisible tener en consideración aspectos relativos a la vida sexual o social de la víctima introdujo análisis y valoraciones sobre estos.

c. Violación a la garantía de protección de la vida privada de la víctima

Uno de los jueces entrevistados cuando se le preguntó si creía que la conducta sexual anterior de la víctima influía para determinar la ilicitud de la conducta o un posible consentimiento, contestó “no es lo mismo violar a Juana Gómez,

.....

287 Véase la referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la sentencia del proceso 25578 del 8 de octubre de 2008, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

288 Véase la referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la sentencia del proceso 26013 del 6 de mayo de 2009, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Cursiva en texto original, subrayado de las autoras).

una reconocida prostituta, que ha hecho mil cosas sexuales que sancionar a quien violó a Gloria González, una estudiante de 14 años de un colegio”²⁸⁹.

En los dos fallos que se comentan a continuación se desconocieron los lineamientos de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de la judicatura en lo relativo a que es inadmisibles discutir aspectos relacionados con la vida privada de las víctimas de violencia sexual. Si bien los fallos no se pronuncian sobre la relación entre la gravedad de los hechos y la trayectoria de la víctima dejan ver la misma concepción del juez antes citado: la vida privada de estas sí es relevante en este tipo de delitos. En las sentencias objeto de esta sección, el comportamiento social o sexual de la víctima previo o posterior a los hechos objeto de investigación penal fue debatido para minar la credibilidad de su testimonio y, por esa vía, cuestionar su consentimiento sobre los hechos.

Un juez de Medellín profirió una sentencia absolutoria dentro de un proceso adelantado por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir, desvirtuando los hechos a partir del comportamiento social posterior de la afectada. El juez indicó que cuando “una persona es víctima de un suceso de esta naturaleza, no se comporta en la forma que lo hizo”. Señaló que eran incomprensibles

los presuntos cambios comportamentales de la víctima después de lo sucedido, pues no solo la psicóloga que la analizó no encontró nada anormal en ella, sino que según se desprende de lo probado en juicio, casi de inmediato formalizó una relación sentimental con otra persona y ha rendido adecuadamente en sus estudios²⁹⁰.

En otro caso conocido por el Tribunal de Bogotá, en el que se absolvió al procesado por el delito de acceso carnal violento, el magistrado sostuvo que para establecer la responsabilidad penal era necesario acudir a la personalidad y conductas anteriores del victimario y de la víctima. Los argumentos del tribunal giraron en torno al comportamiento de la joven previo a los hechos denunciados. Afirmó que la víctima y el procesado hablaban “abiertamente el tema del sexo, como si fuesen adultos con mucha experiencia”. Sobre unas conversaciones transcritas sostenidas vía chat aportadas como prueba de la defensa, el tribunal sostuvo que lo escrito permitía “formarse una idea clara acerca de cómo era, o aparentaba ser [la víctima] en su intimidad sexual; que lejos está

.....

289 Juez B de Medellín.

290 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-00858, sentencia del 14 de octubre de 2008.

de compaginar con una inocente niña de 16 años que solo quería aprender a realizar tatuajes sobre el cuerpo humano". En conclusión, para el tribunal, como la víctima mintió sobre su edad y habló de forma segura y abierta sobre sus prácticas sexuales, le dio a entender al procesado que la relación sexual era consentida y que, como esta presentaba trastornos emocionales era posible pensar que consintió la relación sexual²⁹¹.

Aunque se reconoce el avance de la jurisprudencia en materia de protección a la dignidad de la víctima y los precedentes del derecho internacional que ha acogido la Corte Constitucional y la judicatura, falta que esta se apropie del sentido y alcance del derecho que le asiste a la víctima de que su vida íntima no sea utilizada ni a favor ni en contra en sede de procesos judiciales seguidos por delitos sexuales. La permanencia de argumentos que recurren a información relativa a la vida íntima de la víctima, para desvirtuar o afirmar los hechos que se denuncian, refleja la dificultad de entender el delito sexual como una agresión que se comete sobre la mujer sin que en ello tengan que ver sus condiciones sociales, personales, anteriores o posteriores a los hechos de la agresión.

La obligación de respetar el derecho a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales es también deber de la defensa. Las normas de procedimiento ordenan que las intervenciones procesales se realicen con respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en las actuaciones²⁹² (lo cual incluye por supuesto a la víctima) y el nuevo Código disciplinario del abogado introdujo como deber del mismo defender y promocionar los derechos humanos y mantener 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"²⁹³.

Los y las abogadas incurren en falta disciplinaria si en sus alegatos, intervenciones y declaraciones, se apartan de la Carta Política, no interpretan los derechos de las víctimas de acuerdo con los tratados e instrumentos internacionales ratificados por Colombia y, en su lugar, anteponen una filosofía de discriminación e irrespeto hacia la mujer, en la que subyace la idea de que los hombres pueden acceder a las mujeres en contra de su voluntad si así lo desean; que no

.....

291 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-09415, sentencia del 25 de septiembre de 2009.

292 Ley 906 de 2004, artículo 10.

293 Ley 1123 de 2007, numeral 12. Esta ley entró en vigencia desde mayo de ese año.

hay violencia cuando el comportamiento sexual del sujeto pasivo es no convencional, inmoral o reprochable y a partir de ahí debaten la credibilidad de la víctima o cuestionan su consentimiento.

El o la juez que conozca un caso en el que alguna de estas situaciones, o parecidas, se presente, está en la obligación de remitir copias de la actuación a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura que corresponda con el fin de que se abra investigación al abogado o abogada. Ni al juez ni a las partes les está dado cuestionar, debatir o valorar la vida privada de la víctima. Inferir que la afectada consintió el acceso carnal que denuncia, de su comportamiento sexual o social, previo o posterior a lo hechos, es inconstitucional y por ende inadmisibile.

E. r responsabilidad

En la ley penal una persona es responsable cuando realiza un hecho punible y solo podrá ser sujeto de sanción penal si se establece su imputabilidad. En contraste, quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares, es inimputable y, por tanto, no es procedente un juicio de reproche frente a su comportamiento (artículo 33 del Código Penal).

En el estudio de las sentencias se encontraron casos en los que la defensa alegó el consumo de alcohol²⁹⁴ y de sustancias alucinógenas como el b6xer²⁹⁵ e incluso episodios de locura por fanatismo religioso²⁹⁶ para acreditar la inimputabilidad de los agresores. Ante estos argumentos la Corte y algunos juzgados han sostenido que tal dependencia no lleva aparejada una presunta inimputabilidad en todos los comportamientos del sujeto²⁹⁷. Si bien la corte ha reconocido que “la ingestión de bebidas embriagantes y de estupefacientes pueden conducir a episodios de psicosis exot6xicas o intoxicaci6n cr6nica” debe estar

.....

294 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casaci6n Penal, proceso 9454, sentencia del 17 de noviembre de 1997; proceso 20032, sentencia del 27 de mayo de 2003; proceso 26595, sentencia del 2 de diciembre de 2008.

295 Juzgado Penal del circuito de Pasto, proceso 2008-80190, sentencia del 17 de abril de 2009.

296 Juzgado Penal del circuito de Bogot6, proceso 2007-06568, sentencia del 3 de julio de 2009.

297 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casaci6n Penal, proceso 9454, sentencia del 17 de noviembre de 1997; proceso 26595, sentencia del 2 de diciembre de 2008.

probado científicamente que tales estados afectan la capacidad de comprender la conducta o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión²⁹⁸.

Así mismo la Corte ha reiterado que los delitos sexuales no exigen una calidad específica del sujeto activo: “los delitos sexuales no son materia exclusiva de pedófilos o pederastas, ya que al hacerlo descartaríamos de un tajo y siendo de lo más arbitrarios, la complejidad de la naturaleza humana”²⁹⁹.

Además de acreditar la imputabilidad del sujeto activo del delito para determinar su responsabilidad, también es necesario verificar si la conducta se cometió por acción u omisión de manera individual o conjunta. En las sentencias analizadas se encontraron dos que tratan el tema de la coautoría impropia. Antes de establecer lo que se plantea en ellas se presenta lo que se entiende por autoría y coautoría.

El Código Penal colombiano establece en el artículo 29 que autor de un delito es quien realice una conducta punible por si mismo o utilizando a otro como instrumento y “son coautores los que, mediante un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”³⁰⁰. Además determina los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de dilucidar si efectivamente se configura la coautoría, estos son: la existencia de un acuerdo común, la división de tareas y que se cumpla una función importante dentro de la acción criminal.

En la jurisprudencia se ha introducido el término “coautoría propia” para hacer referencia a aquella participación en el delito en la que todas las personas intervinientes ejecutan la totalidad del supuesto fáctico del delito. Por “coautoría impropia” ha entendido aquella en la que son

coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por si mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común –comprensiva de uno o varios hechos– que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya³⁰¹.

.....

298 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9454, sentencia del 17 de noviembre de 1997. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 20032, sentencia del 27 de mayo de 2003. Si bien en esta última sentencia no se admite el recurso de casación, la Corte acepta que la declaratoria de imputabilidad del sujeto activo estuvo basada en una prueba científica (examen psiquiátrico). Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-03690, sentencia del 29 de febrero de 2008.

299 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29763, sentencia del 3 de julio de 2008.

300 Código Penal, artículo 29.

301 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 17618, sentencia del 24 de

La jurisprudencia desarrolla el alcance de los elementos de la coautoría impropia precisando que esta

se edifica sobre tres requisitos, es decir, la existencia de un acuerdo común, la división de tareas y la esencialidad del aporte. **a acuerdo** significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación. División quiere decir separación, repartición. Aportar, derivado de “puerto”, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común³⁰².

La Corte ha establecido que para determinar la coautoría impropia en un delito de acceso carnal violento basta que el sujeto en forma consciente y voluntaria aporte al fin de producir un resultado típico comúnmente querido o por lo menos aceptado como probable, “sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo”. El papel asignado puede ser el de simple distractor, lo relevante es la “importancia decisiva de su papel al punto que sin su concurrencia bien hubiere podido frustrar el plan criminal”³⁰³.

La Corte también ha dejado sentado que cuando se determina que no hacer nada para impedir el resultado delictual formaba parte del plan para llevar a cabo el delito, esto no puede ser interpretado como una omisión al deber de garantía³⁰⁴ sino como coautoría impropia. En tanto

la conducta realizada por el inculcado está constituida por acciones positivas orientadas a afectar el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de las adolescentes [...], no resulta atendible la insinuación de la Fiscalía según la cual podría derivarse responsabilidad al procesado a partir de la posición de garante frente a las víctimas, por cuanto el resultado fue la consecuencia directa de la defraudación de expectativas depositadas en el agente y no de haber omitido un deber³⁰⁵.

.....

abril de 2003.

302 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31085, sentencia del 8 de julio de 2008 (negrita en el texto original). En las siguientes sentencias se discute el concepto de coautoría impropia independientemente de que se trate de delitos sexuales: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 10696, sentencia del 18 de julio de 2002; proceso 11862, sentencia del 11 de julio del 2002; proceso 19213, sentencia del 21 de agosto de 2003.

303 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31085, sentencia del 8 de julio de 2009.

304 Código Penal, artículo 25.

305 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 31085, sentencia de 8 de julio de 2009.

Entre las sentencias analizadas el Tribunal Superior de Medellín plantea que el acceso carnal violento

admite las formas de coparticipación criminal y particularmente la coautoría [...], en aquellos eventos en los que la fuerza o la intimidación la ejerce un tercero, con el propósito de permitir que otro realice el acceso carnal con la víctima, ya sea sujetándola, forzándola, intimidándola o conduciéndola al lugar del acceso, contra su voluntad³⁰⁶.

De esta manera si bien el tribunal reconoce la coautoría, fija unos parámetros que restringen lo planteado por la Corte, la cual, como se manifestó, establece que la coautoría impropia se constata cuando un sujeto participa en la planeación, juega un papel particular y este es determinante en la ejecución del ilícito (sin que necesariamente haya tenido contacto físico con la víctima), pero no dice que el papel que debe jugar el coautor es el de ejercer violencia, basta con que el que se le asigne permita llevar a cabo el delito.

La jurisprudencia ha reconocido la procedencia de la coautoría en delitos de acceso carnal violento, lo que resulta garantista para las víctimas de estas violencias cuando en el ilícito participan varias personas y no todas ellas penetran a la víctima, pero sí son fundamentales en la comisión de los hechos. Al mismo tiempo desvirtúa la idea de que los delitos sexuales solo pueden ser cometidos a mano propia, es decir teniendo contacto corporal con la víctima. Debido a que en el universo estudiado solo se encontraron dos casos de acceso carnal violento en el que participó más de una persona y al menos una fue coautora impropia, no es posible establecer otras conclusiones con respecto a este tema.

F. Valoración probatoria

El derecho procesal colombiano se caracteriza por consagrar un régimen probatorio basado en los postulados del proceso civil. En este, el juez o la jueza es el director o la directora y a partir de valorar las pruebas allegadas legalmente al mismo, busca la verdad para adecuarla a unos preceptos legales y emitir una sentencia judicial.

Estos postulados generales se aplican igualmente en el proceso penal, donde corresponde al juez o la jueza valorar las pruebas para establecer la existencia

.....

306 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00819, sentencia del 22 de noviembre de 2006.

de un hecho real, determinar si se adecua a un tipo penal y, finalmente, encontrar al responsable del mismo.

En este régimen probatorio son admisibles todos los medios de prueba³⁰⁷; es decir, existe libertad probatoria y no se permite tarifa legal³⁰⁸, que consiste en la determinación anticipada de un único medio de prueba para demostrar el hecho o en la consideración de una prueba específica dentro de un conjunto como superior a las demás.

La Ley 600 de 2000, anterior Código de Procedimiento Penal, establece la necesidad de la prueba así

Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado³⁰⁹.

En cuanto a la valoración probatoria, plantea que “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”³¹⁰.

Por su parte, la Ley 906 de 2004, establece que las pruebas deben llevar al juez a conocer los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe, más allá de toda duda razonable³¹¹. En cuanto a la valoración, el artículo 380 de la misma ley señala “Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto”. Cabe señalar que en esta normatividad no se incluye directamente la sana crítica como sistema de valoración probatoria, no obstante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias ha precisado que dicho sistema prevalece en el proceso penal acusatorio³¹².

.....

307 Ley 906 de 2004, artículo 373: “Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

308 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24955, sentencia del 27 de julio de 2006; proceso 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007; proceso 23290, sentencia del 20 de febrero de 2008; proceso 29609, sentencia del 17 de septiembre de 2008; proceso 29678, sentencia del 5 de noviembre de 2008. El Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00061, sentencia del 13 de marzo de 2009 y proceso 2007-00986, sentencia del 4 de mayo de 2009.

309 Ley 600 de 2000, artículo 232.

310 Ibidem, artículo 238.

311 Ley 906 de 2004, artículo 372.

312 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24323, auto del 24 de

La judicatura encargada de desarrollar y determinar el alcance y contenido de estos criterios de valoración probatoria en su función interpretativa del derecho, en materia de delitos sexuales, se ha pronunciado en torno a dos grandes temas: la valoración del testimonio de la víctima y de las pruebas físicas.

En la jurisprudencia estudiada, igualmente se destaca que los debates probatorios enunciados se abordan a partir de la utilización por parte de la judicatura de una serie de criterios de análisis para valorar las pruebas (la sana crítica, las reglas de la experiencia) y la construcción de una figura de apreciación de los hechos (el observador inteligente).

La valoración probatoria además de los criterios orientadores debe tener en cuenta las precisiones que la jurisprudencia ha hecho respecto a los temas que se abordaron en los capítulos anteriores; en particular, lo que tiene que ver con los alcances de los tipos, la antijuridicidad, la violencia, el consentimiento, la imputabilidad y la autoría, para con base en ellas apreciar los elementos materiales probatorios o las evidencias físicas.

1. Valoración del testimonio de la víctima de delitos sexuales

El testimonio de la víctima de delitos sexuales ha generado pronunciamientos de la judicatura en relación con cuatro situaciones particulares: el testimonio de menores de edad víctimas, la valoración del testimonio de la víctima como prueba única para condenar y la valoración del testimonio contradictorio de la víctima.

Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han establecido que las víctimas menores de edad tienen plena capacidad para rendir testimonio en procesos judiciales³¹³. En ese sentido la Corte ha señalado que la declaración que rindan estas “está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios

.....

noviembre de 2005 y proceso 26618, sentencia del 24 de enero de 2007.

313 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-639 del 4 de agosto de 2006. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 10615, sentencia del 29 de julio de 1999; proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 27413, sentencia del 13 de marzo de 2008; y proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008. Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-04432, sentencia del 16 de mayo de 2007; y proceso 2006-00479, sentencia del 27 de enero de 2009. Tribunal Superior de Pasto, proceso 2007-80119, sentencia del 6 de noviembre de 2008. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2005-03040, sentencia del 20 de noviembre de 2006. Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-00231, sentencia del 15 de mayo de 2008; proceso 2006-09911, sentencia del 31 de julio de 2008.

del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental³¹⁴ o inmadurez psicológica³¹⁵.

La jurisprudencia de las altas cortes ha resaltado la relevancia jurídica³¹⁶ del testimonio de la víctima de un delito sexual en razón a su carácter de prueba esencial y, en el caso concreto de la víctima menor de edad, señala que su testimonio goza de especial credibilidad.

Respecto del carácter de prueba esencial, la Corte Constitucional ha establecido que dadas las circunstancias en las que estos delitos suelen producirse

con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere suma importancia la declaración de la víctima³¹⁷.

La jurisprudencia de la Corte Suprema también estipula que el testimonio de menores de edad víctimas de violencia sexual, goza de especial confiabilidad. Al respecto se ha pronunciado señalando que ese testimonio adquiere gran credibilidad dada la naturaleza del acto y del impacto que genera en la memoria de las víctimas menores de edad; que el desconocimiento de la fuerza conclusiva que merece ese testimonio implicaría la transgresión del principio del interés superior del niño; y que la confiabilidad del testimonio de tales víctimas no se puede descalificar con el argumento de que la ley procesal penal no exige que el mismo sea rendido bajo juramento³¹⁸.

También ha dicho que no es posible demeritar el testimonio de víctimas menores de edad por la mera edad prematura o porque tengan una capacidad imaginativa que les permite construir historias fantasiosas³¹⁹. Y, finalmente, manifiesta que hacer depender la confiabilidad del testimonio de víctimas menores

.....

314 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006.

315 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24468, sentencia del 30 de marzo de 2006.

316 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 24468, sentencia del 30 de marzo de 2006; proceso 28742, sentencia del 13 de febrero de 2008 y proceso 29740, sentencia del 19 de agosto de 2008.

317 Corte Constitucional, Sala de Revisión, sentencia T-554 del 10 de julio de 2003; sentencia T-458 del 7 de junio de 2007.

318 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 24468, sentencia del 30 de marzo de 2006; proceso 28742, sentencia del 13 de febrero de 2008; proceso 29117, sentencia del 2 de julio de 2008; proceso 29740, sentencia del 19 de agosto de 2008.

319 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29117, sentencia del 2 de julio de 2008.

de edad, de la práctica de un dictamen psiquiátrico sobre la sanidad mental de quien declara, sería una inversión de la carga probatoria³²⁰. Las primeras y segundas instancias aplican igualmente la regla de la especial confiabilidad del testimonio de menores de edad cuando son víctimas de violencia sexual³²¹.

Por otra parte la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que los delitos sexuales, dada su naturaleza, ocurren en espacios cerrados, ajenos al conocimiento de personas diferentes al agresor y a la víctima por cuanto el victimario generalmente busca situaciones propicias para no ser descubierto. Es por esta razón que en muchos casos únicamente se cuenta con la prueba del testimonio de la víctima por tanto este merece especial cuidado³²². Esta postura ha sido acogida por tribunales y juzgados³²³.

Desde 1989, la Corte ha sostenido que con relación al testigo único “la ley no le predetermina su valor, sino que su eficacia la deja al criterio del juzgador” y señala que tanto la legislatura como la doctrina han abandonado aquello de *testis unus testis nullus*, estableciendo que el testimonio único no tiene porque ser anulado y debe ser estimado como prueba para emitir condena³²⁴. En ese sentido, ha estimado que

cuando esta clase de declarante ostenta ponderación, es razonado, coherente y no vacilante, confuso ni contradictorio en sus términos, su testimonio es suficiente elemento para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado³²⁵.

.....

320 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia de 26 de enero de 2006.

321 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-04432, sentencia del 16 de mayo de 2007; proceso 2006-04555, sentencia del 12 de febrero de 2008. Tribunal Superior de Pasto, proceso 2008-80131, sentencia del 1 de febrero de 2008; proceso 2007-80126, sentencia del 14 de agosto de 2008. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-06568, sentencia del 3 de julio de 2009. Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-03370, sentencia del 10 de septiembre de 2007.

322 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 21939, sentencia del 29 de septiembre de 2004; proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; y proceso 30305, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

323 Véase por ejemplo Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-02928, sentencia del 7 de julio de 2008; y proceso 2006-00437, sentencia del 30 de octubre de 2008. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-02218, sentencia del 14 de marzo de 2008; proceso 2006-04959, sentencia del 22 de mayo de 2008, proceso 2006-01079, sentencia del 21 de enero de 2009; y proceso 2005-03895, sentencia del 30 de julio de 2009. Juzgado Penal del circuito de Pasto, proceso del 27 de mayo de 2008; proceso 2008-80190, sentencia del 17 de abril de 2009.

324 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9282, sentencia del 31 de octubre de 1996, citando la sentencia del 12 de julio de 1989 (proceso sin número de identificación disponible).

325 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9282, sentencia del 31 de octubre de 1996; y proceso 21939, sentencia del 29 de septiembre de 2004.

Así mismo ha reiterado que restar la aptitud probatoria de la versión de la ofendida, cuando en el proceso solo se cuenta con su testimonio, sin estar acompañado de otro elemento de convicción que lo respalde “carece de fundamento en tanto restringe con un criterio de tarifación legal inexistente” la capacidad probatoria del testimonio de la víctima³²⁶.

Sin embargo se encontró un caso en el que estas posturas garantistas fueron desconocidas. Se trata de la violación de una mujer por parte de su compañero permanente en el contexto de una historia de violencia de pareja. La mujer acude a la justicia después de un acceso carnal violento llevado a cabo por su compañero cuando la joven se hallaba en avanzado estado de embarazo. El Tribunal de Medellín sustentó la absolución del procesado diciendo que “si bien es cierto que la jovencita puede estar diciendo la verdad, no hay ninguna otra probanza que así lo ratifique”³²⁷.

Por último la judicatura se puede ver enfrentada con inexactitudes³²⁸, inconsistencias³²⁹ o variaciones³³⁰ en la narración que las víctimas hacen de los hechos sufridos. La Corte Suprema de Justicia ha planteado que las contradicciones no desvirtúan per se la credibilidad del testimonio³³¹. Incluso ha dicho que “una perfecta coincidencia podría conducir a tener el testimonio como preparado o aleccionado”. A partir de lo anterior señala que las contradicciones no bastan para restar mérito al testimonio, ya que “si el declarante converge en los aspectos esenciales, el juzgador no podrá descartar sus dichos”³³². Así mismo ha manifestado que poco importan las contradicciones en lo secundario ya que lo relevante es que exista uniformidad en los tópicos esenciales, lo que en la jurisprudencia se denomina “núcleo duro” o núcleo esencial de la

.....

326 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24955, sentencia del 27 de julio de 2006.

327 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2007-06646, sentencia del 23 de enero de 2009.

328 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-12016, sentencia del 4 de julio de 2008; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-02776, sentencia del 5 de agosto de 2008; proceso 2007-05529, sentencia del 24 de abril de 2009; Tribunal Superior de Pasto, proceso 2007-80126, sentencia del 14 de agosto de 2008; proceso 2007-80138, sentencia del 1 de septiembre de 2008; Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-09911, sentencia del 31 de julio de 2008.

329 Tribunal Superior de Pasto, proceso 2007-80119, sentencia del 6 de noviembre de 2008.

330 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-05803, sentencia del 21 de agosto de 2008. Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-80170, sentencia del 13 de febrero de 2008.

331 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia de 26 de enero de 2006; proceso 30305, sentencia de 5 de noviembre de 2008.

332 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 30305, sentencia de 5 de noviembre de 2008.

investigación penal³³³, de ser así el testimonio gozará de plena credibilidad³³⁴. Estos planteamientos encuentran eco en jueces y magistrados³³⁵.

2. Valoración probatoria de la retractación

En los procesos judiciales estudiados, encontramos algunos casos en los cuales la víctima se retractó de sus afirmaciones incriminatorias. Es importante anotar que aunque la víctima exprese su deseo de no continuar con el proceso, esta decisión no implica judicialmente un desistimiento de la denuncia, en tanto para estos delitos no se exige la querrela del sujeto pasivo como condición de procesabilidad de la acción penal. El Estado está en la obligación de investigar de oficio los delitos sexuales de modo que aún, en el evento de que la víctima se retracte de las afirmaciones hechas en la denuncia o cualquier otra diligencia previa al juicio, el proceso deberá continuar. En este sentido la retractación o desistimiento en estos delitos no es una causal de extinción de la acción penal³³⁶ como lo ha sostenido la Corte³³⁷.

La judicatura reconoce que debido a las características de los delitos sexuales las víctimas pueden retractarse. Entre las razones que inciden en que las mujeres desistan de mantenerse en el juicio, la judicatura destaca el deseo de evitar la revictimización³³⁸ que supone declarar repetidas veces en el proceso;

.....

333 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 28742, sentencia de 13 de febrero de 2008.

334 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia de 26 de enero de 2006.

335 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2005-04717, sentencia del 21 de febrero de 2006; proceso 2005-02911, sentencia del 15 de mayo de 2006; proceso 2006-02928, sentencia del 7 de julio de 2008; proceso 2006-02776, sentencia del 5 de agosto de 2008; proceso 2007-00041, sentencia del 11 de diciembre de 2008; proceso 2007-05529, sentencia del 24 de abril de 2009; proceso 2007-00278, sentencia del 15 de mayo de 2009; y proceso 2006-00427, sentencia del 4 de junio de 2009. Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-12016, sentencia del 4 de julio de 2008; y proceso 2006-05803, sentencia del 21 de agosto de 2008. Tribunal Superior de Pasto, proceso 2007-80126, sentencia del 14 de agosto de 2008; proceso 2007-80138, sentencia del 1 de septiembre de 2008; y proceso 2007-80119, sentencia del 6 de noviembre de 2008. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2007-03801, sentencia del 30 de enero de 2008; y proceso 2008-81231, sentencia del 19 de agosto de 2009. Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2007-80170, sentencia del 13 de febrero de 2008; y proceso 2006-09911, sentencia del 31 de julio de 2008.

336 Ley 906 de 2004, artículo 77. "Extinción. La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley".

337 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 12767, sentencia del 18 de octubre de 2000.

338 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23164, sentencia del 21 de febrero de 2007.

el sentimiento de culpa³³⁹ o las presiones familiares³⁴⁰ y económicas³⁴¹ que se generan especialmente porque los agresores sexuales comúnmente pertenecen al círculo familiar de la víctima³⁴².

En el análisis del efecto jurídico de la retractación en los procesos seguidos por delitos sexuales, la Corte ha advertido que esta por sí sola no anula las afirmaciones que haya hecho la víctima durante el desarrollo del proceso, ni convierte en verdad incontrovertible lo que dice en sus nuevas intervenciones. Por tanto, no se puede afirmar que se tergiversa la prueba cuando ante una retractación el juez decide darle más valor a su sentido incriminatorio³⁴³ ni tampoco que le da un tratamiento de prueba nueva³⁴⁴. Señala que en este evento, como en todos los que tienen que ver con la credibilidad del testimonio, se hace necesaria una exigencia valorativa adicional a fin de comparar o cotejar las diferentes versiones y establecer en cuáles de ellas, la víctima dijo la verdad³⁴⁵. También ha planteado que

la retractación solo podrá admitirse cuando obedezca a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso³⁴⁶.

Por esta razón le es dado al juzgador o juzgadora evaluar el contexto en que se desarrolla el proceso y analizar las condiciones sociofamiliares para comprobar

.....

339 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-01746, sentencia del 4 de septiembre de 2009; proceso 2008-02246, sentencia del 10 de septiembre de 2009.

340 Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2008-81903, sentencia del 14 de noviembre de 2008.

341 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23164, sentencia del 21 de febrero de 2007; Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-80672, sentencia del 11 de octubre de 2007.

342 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 22318, sentencia del 8 de octubre de 2005. Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-80672, sentencia del 11 de octubre de 2007; Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-01746, sentencia del 4 de septiembre de 2009; proceso 2008-02246, sentencia del 10 de septiembre de 2009. En efecto, en el universo estudiado el 44% de los casos en los que se conoce la relación entre victimario y víctima, los agresores son parientes consanguíneos, políticos o civiles o compañeros con los que se tuvieron o tienen relaciones afectivo-sexuales.

343 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29740, sentencia del 19 de agosto de 2008.

344 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29792, sentencia del 3 de julio de 2008.

345 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 10547, sentencia del 15 de junio de 1999; proceso 22240, sentencia del 23 de agosto de 2006; proceso 23164, sentencia del 21 de febrero de 2007; proceso 25578, sentencia del 8 de octubre de 2008.

346 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 22240, sentencia del 23 de agosto de 2008; Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-01039, sentencia del 25 de noviembre de 2008.

si la retractación responde a presiones que obligan a negar la ocurrencia de los hechos y, en esa medida, descartar su credibilidad³⁴⁷.

Las sentencias de primera y segunda instancia acogen la jurisprudencia en materia de retractación, cuando se trata de víctimas menores de edad³⁴⁸. Solo se encontró un caso con víctima adulta en la que la retractación generó que el juez compulsara copias para que se investigara a la víctima por falsa denuncia. Se trata de la retractación de una mujer que denunció a su ex compañero por acceso carnal violento; además de su testimonio hay un examen de medicina legal que certifica lesiones con una incapacidad médico legal de siete días. En el proceso la mujer se retracta explicando que denunció a su ex compañero porque quería que la dejara en paz, que la relación sexual sí fue consentida y que las lesiones fueron causadas por su actual compañero³⁴⁹.

El juez compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación para que la mujer fuera investigada por la conducta punible de falsa denuncia. Es de preguntar si el contexto en el que se desarrollan los hechos y las razones expresadas por la víctima, más que conllevar a una denuncia falsa daba para que se llevara a cabo una investigación que determinara el contexto de violencia de pareja en el que parece que vive esta mujer y evaluar la retractación. El hombre fue absuelto por atipicidad de la conducta, debido a que la víctima aseguró que la relación sexual fue consentida.

Los lineamientos de la jurisprudencia en materia de retractación deben reconocerse para todas las víctimas sin distinciones. Es decir, la jurisprudencia aquí recogida, debe tener plena aplicación frente a víctimas menores de edad y víctimas adultas puesto que la revictimización, el sentimiento de culpa, las presiones familiares y económicas que la Corte ha reconocido pueden dar origen

.....

347 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23613, sentencia del 28 de septiembre de 2006; proceso 28257, sentencia del 29 de febrero de 2008; proceso 21105, sentencia del 29 de julio de 2008; proceso 29740, sentencia del 19 de agosto de 2008; proceso 22318, sentencia del 8 de octubre de 2008.

348 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-00605, sentencia del 30 de enero de 2008; proceso 2006-00625, sentencia del 30 de octubre de 2008; proceso 2006-01039, sentencia del 25 de noviembre de 2008; proceso 2008-00344, sentencia del 23 de febrero de 2009; y proceso 2008-02331, sentencia del 9 de septiembre de 2009. Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2006-01039, sentencia del 28 de febrero de 2008; proceso 2008-01746, sentencia del 4 de septiembre de 2009; y proceso 2008-02246, sentencia del 10 de septiembre de 2009. Juzgado Penal del circuito de Medellín, proceso 2006-80672, sentencia del 11 de octubre de 2007; y proceso 2008-81903, sentencia del 14 de noviembre de 2008.

349 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-06375, sentencia del 20 de mayo de 2009.

a que las víctimas se arrepientan de continuar con los procesos, afectan tanto a niñas, jóvenes y adultas.

3. Valoración de las pruebas físicas

Como se abordó en la sección de “Tipicidad”, la Corte se ha pronunciado con respecto a la irrelevancia de las pruebas físicas en los casos de acceso carnal diciendo que no son exigibles semen, fluidos corporales, pruebas de ADN o ruptura del himen para determinar el delito. Estos pronunciamientos son concordantes con el principio de libertad probatoria y de ausencia de tarifa legal.

Además, la judicatura ha considerado que la no práctica de algunas pruebas solicitadas por la defensa, como la prueba de ADN o el examen médico para determinar la existencia de una enfermedad, que en nada desconoce los derechos al debido proceso y a la defensa del acusado; siempre y cuando a la responsabilidad del mismo se llegue por otros medios probatorios que hacen improcedente la asunción de nuevas pruebas, aunque estas sean de carácter científico³⁵⁰.

Por otra parte cuando se trata de establecer la incapacidad de resistir (ya sea por que la víctima fue puesta o tiene tal calidad), la Corte ha dicho que no se requiere evidencia física de la alteración del estado de conciencia de la víctima, cuando del testimonio de la misma, o de testigos se puede inferir la existencia de tal estado:

La intoxicación por el uso de sustancias psicodislépticas no solo se demuestra a través del análisis químico de la sangre y la orina, sino también con otros medios probatorios como el testimonio de quienes han tenido contacto con la víctima y que, por sus conocimientos, advierten en ella signos de haber sido envilecida con el uso de tales drogas; la declaración de esta o la de quienes por el conocimiento precedente acerca de su forma de ser, le aprecian una actitud anormal³⁵¹.

A pesar de la existencia de este precedente, se registra un caso conocido por el Tribunal de Medellín, en el cual una joven denuncia por el delito de actos

.....

350 Véase al respecto las sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23164, sentencia del 21 de febrero de 2007; proceso 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007; proceso 26682, sentencia del 4 de febrero de 2009 y Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00819, sentencia del 22 de noviembre de 2006.

351 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23290, sentencia del 20 de febrero de 2008.

sexuales abusivos con incapaz de resistir alegando que se encontraba en estado de embriaguez. En primera instancia el acusado fue absuelto porque el juez determinó que la incapacidad de resistir únicamente puede ser probada por un dictamen médico legal, no bastando las pruebas testimoniales. Este concepto fue ratificado por el tribunal al considerar que “la comprobación médico científica es de importancia para establecer el estado mental y físico al momento de los tocamientos de la persona afectada” y que la “única prueba que podía desvirtuar lo aludido por el acusado y predicado como argumento por la defensa sería la médica-científica”³⁵².

Con esta decisión el tribunal desconoce la inexistencia de la tarifa legal, al considerar que la única prueba válida para demostrar la incapacidad de resistir es la de carácter científico, quedando el caso en impunidad y vulnerando los derechos de la víctima.

4. La sana crítica, las reglas de la experiencia y el observador inteligente

La legislación ha establecido la sana crítica y las reglas de la experiencia como criterios orientadores para la valoración probatoria. La judicatura, en ejercicio de su función interpretativa, ha desarrollado la definición y el alcance de estos criterios así como ha creado la figura del observador inteligente para juzgar los delitos sexuales. La valoración probatoria y la forma como ella sea orientada por la judicatura, es determinante para fijar los hechos y establecer la responsabilidad penal. En este sentido la Corte ha reconocido que “el juzgador goza de libertad para justipreciar los medios de convicción solo limitado por los postulados que sustentan la sana crítica”³⁵³.

La Corte Suprema concibe las reglas de la sana crítica a partir de tres elementos: la lógica, las máximas de la experiencia o las reglas de la ciencia³⁵⁴. En la doctrina se considera la sana crítica como el conjunto de las reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia que deben ser utilizadas por el juez en el momento de decidir acerca del mérito que dan a las pruebas (Parra Quijano, 2001).

.....

352 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-03425, sentencia del 3 de junio de 2008.

353 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29678, sentencia del 5 de noviembre de 2008; proceso 30355, sentencia del 15 de julio de 2009

354 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9282, sentencia del 24 de octubre de 1996; proceso 25001, sentencia del 29 de junio de 2006; proceso 23290, sentencia del 20 de febrero de 2008; proceso 30356, sentencia del 10 de marzo de 2009.

La inexistencia de una definición precisa de las reglas de la sana crítica se evidencia en las sentencias estudiadas, pues en casi todas en las que estas se mencionan o se emplean como argumento, se habla indistintamente sin concretar su significado de: la sana crítica, los principios de la sana crítica y las reglas de la sana crítica³⁵⁵.

Del estudio de las sentencias se desprende que de los elementos que componen la sana crítica, son las reglas de la experiencia, como criterio orientador³⁵⁶, las que han contado con mayor desarrollo. Para conceptuar sobre estas, la Corte ha definido la experiencia como

una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable. Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicios, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos³⁵⁷.

La Corte Suprema de Justicia, en diversas ocasiones³⁵⁸ ha entendido que las reglas de la experiencia, son aquellas que:

se configuran a través de la observación e identificación de un proceder generalizado y repetitivo frente a circunstancias similares en un contexto
.....

355 Por ejemplo, las sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 12733, sentencia del 30 de mayo de 2000; proceso 10854, sentencia del 24 de octubre de 2002; proceso 23613, sentencia del 28 de septiembre de 2006; proceso 21490, sentencia del 28 de febrero de 2007; proceso 29678 sentencia del 5 de noviembre de 2008; proceso 26682, sentencia del 4 de febrero de 2009; proceso 30355, sentencia del 15 de julio de 2009; proceso 32099, sentencia del 21 de julio de 2009.

356 Por ejemplo, las sentencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25001, sentencia del 29 de julio de 2006; proceso 21490, sentencia del 28 de febrero de 2007; proceso 22203, sentencia del 23 de mayo de 2007; proceso 23290, sentencia del 20 de febrero de 2008; proceso 29378, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

357 Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, proceso 24900, sentencia del 18 de agosto de 2009.

358 Corte Suprema de Justicia, proceso 26128, sentencia del 11 de abril de 2007; proceso 26381, sentencia del 25 de abril de 2007; proceso 21105, sentencia del 29 de julio de 2008; proceso 29053, sentencia de 5 de noviembre de 2008; proceso 23909, sentencia del 4 de marzo de 2009; proceso 30356, sentencia del 10 de marzo de 2009; proceso 24900, sentencia del 18 de agosto de 2009.

temporo-espacial determinado, de manera que tienen pretensiones de universalidad, que solo se exceptúan frente a condiciones especiales que introduzcan cambios variables, con virtud de desencadenar respuestas diversas a las normalmente esperadas y predecibles [...]. Así las cosas, apoyado en cita de la Sala, las reglas de la experiencia corresponden al postulado “siempre o casi siempre que se presenta A, entonces sucede B”, motivo por el cual permiten efectuar pronósticos –referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección)–, y diagnósticos –predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección)–³⁵⁹.

La doctrina ha considerado indispensable que los jueces en el momento de valorar las pruebas utilicen las reglas de la experiencia

es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones. En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la experiencia, no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee (Parra Quijano, 2001: 61).

Con respecto a las leyes de la ciencia y las máximas de la lógica no se encontraron definiciones conceptuales en la sentencias revisadas, no obstante, son criterios utilizados con frecuencia para decidir sobre el mérito que tienen las pruebas.

A continuación se presentan diversos planteamientos de la judicatura en materia de delitos sexuales en los que se utilizan los criterios antes mencionados haciendo alusión a expresiones tales como: “por regla general”, “como es lógico” o “lo normal”, para valorar los hechos:

En tratándose de una persona *mentalmente normal*, como lo era la menor DY es de esperar, enseñan *las reglas de la experiencia* y del comportamiento humano, una reacción directamente proporcional al daño que se busca evitar³⁶⁰.

Como es lógico, si la violencia o intimidación es utilizada para vencer la resistencia de la víctima, *por regla general*, ante el asalto, tiene que haber una respuesta negativa de esta³⁶¹.

.....

359 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23593, sentencia del 11 de abril de 2007.

360 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-03350, sentencia del 18 de febrero de 2008 (cursiva de las autoras).

361 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 25743, sentencia del 26 de octubre de 2006 (cursiva de las autoras).

¿Será lógico pensar que si el hombre sometía violentamente a la niña esta le recibiera gaseosa y chitos? [...] Cabe preguntarse, ¿quién miente? Este tema no resulta indiferente, pues si la menor fue donde Lisandro por iniciativa propia, por lo menos surge duda acerca de que aquél utilizara la violencia en su contra. Más claro, si la niña se sentía violentada por Lisandro, *lo lógico sería* que no atendiera sus llamados. Por el contrario, si se veía seducida por los ofrecimientos del procesado, puede explicarse de mejor manera que aceptara sus invitaciones³⁶².

En lo que a la ocurrencia *normal* de las cosas corresponde, *no es común* que el sujeto pasivo de un hurto agravado y calificado, acceda a las pretensiones sexuales que inmediatamente se le antojen al actor de esa ilicitud, sin ejercer ningún tipo de oposición y sin clamar, al menos, porque no se le haga víctima de este otro atentado [...] *lo razonable* es que la víctima se resista a las agresiones [...] que éste [el agresor] utilice armas letales o aproveche sus mayores ventajas físicas para doblegar la voluntad de la persona afectada³⁶³.

No parece lógico que, habiendo salido el procesado de la habitación en dos ocasiones, la primera de ellas cercana al momento de su llegada a comprar dos jugos y la segunda siendo aproximadamente las 3 de la mañana, tal y como lo sostuvo en juicio la señora [MJG], a correr el automóvil, la presunta víctima no hubiera emitido voz de auxilio alguna a sabiendas de que la recepción del hotel se encontraba cercana a la habitación, habiendo ya sido golpeada y amenazada por su compañero de habitación y estando la puerta abierta³⁶⁴.

Otro aspecto negativo del testimonio, tiene que ver con el comportamiento subsiguiente al descubrimiento de los hechos, pues no se entiende cómo la menor no fuera a la casa de sus padres sino a la de una tía –ni ello se explica por el temor al castigo que suponía– si se consideraba víctima de un ilícito, y de alguna manera, así sea precaria, había formulado la acusación ante sus familiares de quienes entonces *era más bien lógico* recibir un total respaldo³⁶⁵.

La anuencia tácita o expresa de la madre, para que su hija habitara en la casa del acusado *es contraria a la experiencia y el sentido común*. La situación de permitir que una mujer que empieza su etapa de pubertad conviva con dos hombres

.....

362 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00071, sentencia del 3 de septiembre de 2008 (cursiva de las autoras).

363 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29308, sentencia del 13 de mayo de 2009 (cursiva de las autoras).

364 Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-81258, sentencia del 29 de julio de 2009 (cursiva de las autoras).

365 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 9253, sentencia del 21 de mayo de 1996 (cursiva de las autoras).

solteros y que se consienta que duerma con uno de ellos en la misma cama es reprochable e *inusual, resulta absurdo* pretender excusar con un grado de parentesco o falta de colchones en la vivienda³⁶⁶.

Con respecto a la aplicación de las leyes de la ciencia, hay jueces que las desconocen como se vio en la sección de “Tipicidad”, al considerar que un acceso carnal siempre deja como prueba en el cuerpo de la mujer víctima, la ruptura del himen, aunque científicamente este hecho este desvirtuado³⁶⁷. Así mismo, en otro caso se exigen pruebas científicas que demuestren la utilización de una sustancia para doblegar la voluntad de la víctima y ponerla en incapacidad de resistir, cuando médicamente es posible utilizar sustancias que no dejen rastros en la sangre y/o en la orina de la víctima³⁶⁸.

Respecto de la figura del observador inteligente no es posible encontrar una definición legal, doctrinal o jurisprudencial; no obstante, esta es utilizada para valorar las pruebas en los delitos sexuales violentos, así:

la Corte ha señalado que este factor (*violencia*) debe ser valorado por el juez desde una perspectiva *ex ante*, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de la 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 aspectos como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida³⁶⁹.

En la jurisprudencia y en la doctrina no hay una construcción teórica articulada que delimite la valoración probatoria (Muñoz Restrepo, *sf*). El sistema de la sana crítica ha sido cuestionado, por cuanto

concurren diferentes tipos de valoración, entre tanto coexisten diversas clases de operadores jurídicos (desde su formación e ideologías sociales, económicas y políticas). Entonces, así como la norma tiene diferentes sentidos posibles y válidos y el sujeto prefiere interpretar la norma en uno de esos sentidos, así mismo existen diferentes sentidos posibles al momento de valorar las pruebas

.....

366 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00986, sentencia del 4 de mayo de 2009 (cursiva de las autoras).

367 Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00574, sentencia del 23 de septiembre de 2008 y Juzgado Penal del circuito de Bogotá, proceso 2008-00588, sentencia del 30 de junio de 2009.

368 Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-03425, sentencia del 3 de junio de 2008.

369 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29308, sentencia del 13 de mayo de 2009.

en conjunto, pero no todos coherentes y reflexivas, habrá una valoración más correcta y razonable, más cercana a los hechos objeto de análisis probatorio [...] y otras que pueden llevar a la falsación de los mismos (Muñoz Restrepo, sf).

En relación con las reglas de la experiencia, en la jurisprudencia se utilizan indistintamente como un principio de la sana crítica o como un postulado independiente para orientar la valoración probatoria. Por su parte, las leyes de la ciencia y las reglas de la lógica utilizadas por la judicatura no siempre se fundamentan en un criterio científico o técnico, sino que se concretan en simples enunciados que permiten justificar la valoración probatoria realizada.

El principal problema en la aplicación de estos criterios orientadores de la valoración probatoria, es que se pretende otorgar objetividad al sentido común que no es otro que los juicios de valor y vivencias personales. Es cuestionable que desde el derecho se pretenda subsumir con pretensiones de permanencia y universalidad criterios que permitan comprender la diversidad de las realidades sociales y psicológicas propias de la violencia sexual. Las formulas aplicadas fungen de racionales para hacer aparecer los prejuicios, preconceptos o las personales vivencias de quien juzga como saberes universales desconociendo la diversidad de respuestas que admite la subjetividad humana.

De igual modo, la figura del observador inteligente que como se vio no tiene una conceptualización, metodología, instrumentos o parámetros, le entrega a la judicatura la facultad de constituirse en seres objetivos que hacen de su experiencia e inteligencia, sin que medie una reflexión crítica, la perspectiva de análisis. La independencia judicial y la valoración objetiva implican una comprensión holística (desde una lectura inclusiva que reconozca el enfoque de género), integral y en relación (con los otros, y sobre todo las otras) de la problemática de la violencia sexual, para garantizar de manera efectiva los derechos de las víctimas³⁷⁰.

Finalmente, las figuras de la sana crítica, las reglas de la experiencia y el observador inteligente, utilizadas en las sentencias de los casos estudiados, no otorgan claridad sobre la forma de valorar las pruebas, ni sobre los criterios

.....

370 Como lo señala Kahan, la ley requiere que los tomadores de decisión infieran hechos que no pueden observar directamente como son los estados de la mente, nexos causales o riesgos, en esta inferencia los individuos gravitan en torno a percepciones que reflejan los intereses de su grupo, por ello mientras no se realice un análisis de género seguirá primando en estos conceptos una visión androcéntrica de los hechos de violencia. (Kahan, Dan M, sf: 3).

que orientan dicha actividad, sino simplemente cumplen la función de argumentos que justifican la decisión adoptada, evidenciando la presencia de prejuicios en el ejercicio judicial.

Tercera parte

Hallazgos y recomendaciones

a. Hallazgos

Este estudio de la jurisprudencia colombiana sobre delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, desde un enfoque cualitativo y de derechos humanos de las mujeres, tuvo como fin determinar en qué medida la judicatura garantiza y protege los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual. Esta investigación se inscribe en los estudios críticos del derecho que buscan mediante una perspectiva feminista repensar su función social de tal suerte que transforme los constructos culturales actuales incorporando la diversidad y los derechos humanos de las mujeres en su ejercicio diario.

1. generales

a. con respecto al análisis cuantitativo

El universo de estudio se caracterizó por tratar en el 84% de los casos de actos sexuales con menores de 14 años, accesos carnales violentos y accesos carnales abusivos. En el 84% de los casos, los autores fueron hallados culpables. El 93% de las víctimas son menores de edad y en el 85% de los casos los victimarios fueron personas cercanas a ellas.

Una vez analizadas 210 sentencias, de las cuales el 42% corresponde a la Corte Suprema de Justicia, 30% a tribunales, 21% a juzgados, 6% a la Corte Constitucional y 1% al Consejo de Estado se encuentra que el derecho de

protección de la identidad de las víctimas menores de edad se garantiza en el 56% de los procesos; el 76% de los fallos son en derecho, 20% son prejuiciosos y 4% son género-sensitivos. El nivel judicial menos garantista para las víctimas es el de primera instancia; con más frecuencia que en el resto de niveles se desconocen los derechos a la intimidad de las menores de edad y se introducen prejuicios en los fallos. Las juezas y las magistradas con mayor frecuencia que sus pares hombres protegen los derechos de las menores de edad a la intimidad. Los fallos emitidos en Medellín, en comparación con los de Bogotá y Pasto, presentan las frecuencias más altas de fallos absolutorios, más vulneración al derecho a la intimidad de las víctimas menores de edad y más frecuencia en la introducción de presupuestos sexistas. Se observa que cuando los agresores son personas que tienen o tuvieron una relación afectiva con las víctimas hay una mayor tendencia a proferirse fallos absolutorios como también a protegerse menos la identidad de la víctima así como a que haya pronunciamientos prejuiciosos.

b. con respecto a las tendencias y las posturas imperantes de la judicatura

- Se observó que, en general, los precedentes jurisprudenciales sentados por la Corte Suprema son acogidos por los jueces respetando los lineamientos dados. Aquellos sentados por la Corte Constitucional son muy raramente citados por la Suprema, o por tribunales y juzgados, aunque sus postulados se reflejan en sus argumentos.
- Las posturas ampliamente acogidas por la judicatura, por lo general, responden en su mayoría a interpretaciones en derecho o a una aplicación correcta de la ley. Sin embargo, solo algunos planteamientos se adecuan a los estándares internacionales de los derechos de las mujeres reconocidos por Colombia, y muy escasamente utilizan como fuentes los tratados internacionales que reconocen estos derechos como la Convención de la Cedaw y la de Belem do Pará.
- En la jurisprudencia estudiada, se presentan dos tipos de nudos críticos, unos evidencian una aplicación errada de la ley penal y otros una interpretación de la misma que ocultan prejuicios y hacen compleja la revelación de estos.

- Los fallos que no acogen el precedente imperante mayoritariamente están presentes en sentencias que no protegen los derechos de las víctimas y viceversa. Cuando se encontró una postura imperante no garantista, los fallos que se apartaron de dichos pronunciamientos respetaban estos derechos.
- Se observó que los prejuicios en los fallos judiciales están presentes tanto en decisiones que condenan, absuelven al procesado o anulan el proceso, por tanto, no necesariamente la condena del procesado implica la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación establecidos por la Constitución. Si bien el derecho a la justicia pudo haberse garantizado para la víctima, la interpretación que la judicatura hizo de los hechos y circunstancias devela una incompreensión de los delitos sexuales desde una perspectiva de género, perpetuando prejuicios androcéntricos.

c. con respecto a la jurisprudencia como fuente utilizada

- En el tema de bien jurídico, respecto de la presunción que protege a menores de 14 años de cualquier interferencia en materia sexual, las sentencias nodales son las 13466 del 26 de septiembre de 2000 y 18455 del 7 de diciembre de 2005.
- Las sentencias más acogidas relativas a la “definición” y “alcance de la violencia”, como elemento objetivo de los delitos sexuales violentos (artículos 205 y 206 del Código Penal), son las 9401 del 8 de mayo de 1996, 17068 del 26 de noviembre de 2003, 23706 del 26 de enero de 2006, 25743 del 26 de octubre de 2006 y 20413 del 23 de enero de 2008.
- En el tema de consentimiento, la protección a la dignidad y la vida privada de las víctimas de violencia sexual, tres son las sentencias que han marcado una postura imperante frente al tema y que por lo mismo han sido ratificadas por múltiples fallos posteriores. Estas son las sentencias 18455 del 7 de diciembre de 2005, 23706 del 26 de enero de 2006 y 20413 del 23 de enero de 2008.
- En el tema de la valoración probatoria, respecto a la credibilidad del testimonio de la víctima, se destacan las siguientes sentencias como las más acogidas por fallos posteriores a ellas: la 24468 del 30 de marzo de 2006, la 26411 del 8 de noviembre de 2007, la 27478 del 27 de junio de 2007, la 27946 del 26 de septiembre de 2007, la 28274 del 26 de septiembre de 2007, la 28511 del 28 de noviembre de 2007 y la 28742 del 13 de febrero de 2008.

Solo la 24468, la 28274 y la 28742 se refieren a casos específicos de violencia sexual contra mujeres.

- En ese mismo tema, frente a la retractación de la víctima, la sentencia 22240 del 23 de agosto de 2006, aunque no trate específicamente de delitos sexuales, ha sido la más ratificada.
- Finalmente, también en el tema de la valoración probatoria, respecto a las reglas de la experiencia y la sana crítica, las siguientes son las sentencias que, aunque no resuelvan específicamente delitos sexuales, constituyen los precedentes más acudidos en materia de estos delitos cometidos contra mujeres y niñas estudiados en la presente investigación: 16472 del 21 de noviembre de 2002, 23593 del 11 de abril de 2007 y 22548 del 9 de abril de 2008.

2. En tipicidad

a. con respecto a los tipos penales

- En algún caso revisado un juez, al interpretar erradamente la ley, exigió la ruptura del himen para entender configurado el acceso carnal, elemento del delito que la legislación no ha establecido y la jurisprudencia ha reiterado su irrelevancia.
- La información revisada permitió establecer que la línea conceptual que separa los delitos sexuales entre sí, no está muy clara para entes acusadores y falladores quienes en algunas oportunidades confunden las conductas punibles. Esto se ve de manera más evidente entre el delito sexual con persona puesta en incapacidad de resistir (descrito en el artículo 207 del Código Penal) y el delito sexual en persona con incapacidad de resistir (210 del Código Penal). Como consecuencia de esta confusión se han cometido errores de congruencia que han llevado incluso a declarar la absolución de los agresores.

b. con respecto a la configuración de concursos en delitos sexuales

- Con base en las sentencias analizadas, se pudo evidenciar que en delitos sexuales la configuración de concursos por parte de la judicatura se aplica con mayor claridad cuando se trata de un concurso homogéneo sucesivo

y presenta ambigüedades para la configuración del concurso heterogéneo (entre acceso carnal violento y lesiones personales).

- Con el concurso entre acceso carnal violento y lesiones personales la jurisprudencia reconoce la vulneración de los bienes jurídicos que han sido afectados por la acción sexual violenta: integridad, libertad y formación sexuales; y por el desbordamiento del uso de esa violencia: integridad personal. Sin embargo, no hay consenso sobre cuál es el límite para establecer que la violencia usada es la propia del acceso violento y concluir que no se vulneró también la integridad personal de la víctima.
- La delimitación de la violencia propia del acceso carnal violento es un nudo crítico que requiere de una reflexión por parte de la judicatura. Si bien la Corte no puede acotar más lo que ha de entenderse por lesiones propias del acceso carnal violento la valoración de estas debe garantizar seguridad jurídica para las víctimas.

c. con respecto al delito consumado o tentado

- Se analizaron casos en que los miembros de la judicatura desconocen los tipos penales de delitos sexuales consumados o tentados, llegando a reducir la tentativa de acceso carnal al delito de acto sexual consumado, contraviniendo el Código Penal.
- Se puede inferir además que el no reconocimiento de la tentativa puede estar afectado por darle prevalencia a las garantías de favorabilidad que amparan al procesado en detrimento de los derechos de la víctima.

3. En bien jurídico

a. con respecto a la definición de los bienes jurídicos y su titularidad

- Los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales son la libertad, integridad y formación sexuales. La jurisprudencia revisada no permite establecer una línea uniforme de reconocimiento de la titularidad en torno a la libertad y la formación sexuales. Aún cuando la ley no ha restringido la libertad sexual para las mayores de 14 y menores de 18 años, se encontró un fallo de la Corte en el que se afirma que las mujeres en este rango de edad no se pueden autodeterminar sexualmente. También, en materia de forma-

ción sexual, se encontraron pronunciamientos que establecen que este proceso termina a los 14 años y por ello este bien jurídico no se afecta para las víctimas de delitos sexuales mayores de esta edad. Este aspecto merece ser estudiado por la judicatura por cuanto una aseveración de este orden requiere una mayor profundización sobre lo que significa la formación sexual del sujeto.

b. con respecto a la antijuridicidad en los delitos sexuales violentos

- De los casos analizados se encontró uno que no consideró un acto sexual, antijurídico de delito sexual por cuanto conceptuó que los hechos no afectaron la libertad sexual sino el ámbito de la moral, teniendo estos un carácter de ofensas injuriosas. La postura de la Corte contravino lo conceptuado anteriormente por la jurisprudencia y sus argumentos han dado sustento a alegatos de la defensa para desestimar actos de naturaleza sexual y/o equipararlos con ofensas a la moral que han sido acogidos por juzgados, tribunales y la propia Corte. Incluso su efecto permeó los delitos abusivos por la edad, desencadenando desprotecciones para víctimas menores de 14 años.

c. con respecto a la antijuridicidad en los delitos sexuales abusivos por la edad

- La postura imperante por parte de la Corte, tribunales y juzgados ha sido reconocer que el legislador ha querido presumir de derecho sin admitir prueba en contrario que los y las menores de 14 años deben estar libres de interferencias en materia sexual. Por esta razón prohíbe que cualquier persona tenga relaciones de esa índole con ellos o ellas. No obstante, entre los casos analizados, se encontraron algunos que no aplican la presunción y niegan el carácter sexual de los actos o de manera errónea consideran que es necesaria la demostración del daño para reconocer tal carácter.

4. En violencia

a. con respecto a la definición y alcances de la violencia

- Del análisis de la jurisprudencia se concluye que hay coincidencia en aceptar que: la violencia es aquella suficiente para doblegar la voluntad de la víctima; puede ser física o moral; no es relevante que queden rastros o huellas de ella; toma lugar en el momento en que se domina la voluntad de la

víctima; y que para determinar si existió se debe acudir a un examen *ex ante* y desde un observador objetivo e inteligente.

b. con respecto al deber de resistirse y la capacidad de la violencia de doblegar

- En teoría los jueces no tienen problema en ratificar la postura imperante que determina el alcance y la configuración del elemento de la violencia; sin embargo, en la práctica se ve cómo hay una postura encontrada en la que se crean umbrales estereotípicos y condiciones que invierten las responsabilidades, para que los jueces encuentren configurada la violencia. Estas condiciones son: que la víctima debe actuar de cierta manera para poder decir que se configura el elemento de la violencia (resistiéndose, huyendo o pidiendo auxilio), y que la violencia parezca irresistible para el juez o la jueza como criterio para que esta pueda doblegar la voluntad por que la víctima podía haber hecho algo para impedir el hecho (como correr, gritar, resistirse).
- En consonancia, si la víctima no se comporta de la manera esperada por el juez o la jueza, se pone en duda la ausencia de su voluntad o la efectividad del medio que se utilizó para doblegarla, de manera implícita se insinúa su consentimiento y las dudas se resuelven a favor del procesado.

5. En consentimiento

a. con respecto a la embriaguez de la víctima

- Sobre la embriaguez, la jurisprudencia estudiada ha reconocido su carácter como factor que vicia el consentimiento o impide otorgarlo. Sin embargo, algunos de los casos estudiados así como algunas de las entrevistas revelan que cuando la mujer, víctima de un delito sexual, se encontraba embriagada en el momento de suceder los hechos, el análisis de la ilicitud de la conducta se ve inminentemente precedido por un debate sobre su consentimiento. Es claro que en lo jurisprudencial la embriaguez de la víctima no es un estado que la responsabilice de los hechos, ni es una causal que exculpa al procesado por su actuación. No obstante, no toda la judicatura comparte esta opinión.

b. con respecto a la irrelevancia de la conducta sexual o social de la víctima

- La postura de las Cortes Constitucional y Suprema es clara y unánime en cuanto es improcedente, irrelevante e inaceptable indagar, cuestionar o debatir aspectos relativos a la vida privada de la víctima. A pesar de ello, de dos formas se contravienen estos preceptos: la violación directa y los pronunciamientos que en el debate por sostener que el pasado de la víctima es irrelevante terminan considerándolo.
- Del análisis de las sentencias que debaten la conducta sexual o la vida privada de la víctima se hace evidente que con ello se busca inferir su consentimiento o minar su credibilidad para desestimar la ilicitud de la conducta.

6. En responsabilidad

- En materia de responsabilidad penal la jurisprudencia ha reconocido que factores como la ingesta de alcohol o sustancias alucinógenas pueden conducir a la inimputabilidad del procesado, siempre y cuando la imposibilidad de comprender la ilicitud de su conducta o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión sea probada científicamente en el proceso.
- También ha sido clara la judicatura en establecer que, cuando el ilícito de delito sexual se comete por varios sujetos, serán coautores todos aquellos quienes hayan jugado un papel fundamental para la efectiva comisión del delito, aunque no todos hayan ejecutado la totalidad del supuesto fáctico de la conducta, que para el caso del acceso carnal violento, es haberla penetrado. Bajo estos argumentos reconocen la figura de la coautoría impropia para delitos sexuales desvirtuando que se trate de delitos de propia mano.
- Entre los casos analizados se encontró uno que plantea que la coautoría impropia se configura cuando el agresor cumple un papel respecto del ejercicio de la violencia que permitió llevar a cabo el ilícito. Con esta interpretación restringe el planteamiento de la judicatura que no ha limitado la colaboración al ejercicio de la violencia sino de manera general cualquier colaboración sin la cual no hubiera podido cometerse el delito.

7. En valoración probatoria

a. con respecto a la valoración del testimonio de la víctima de delitos sexuales

- La jurisprudencia de las altas cortes ha resaltado la relevancia jurídica del testimonio de la víctima de un delito sexual en razón a su carácter de prueba esencial y, en el caso concreto de la víctima menor de edad, señala que su testimonio goza de especial credibilidad.
- La judicatura ha desarrollado una postura uniforme en el sentido de considerar que las contradicciones no desvirtúan per se la credibilidad del testimonio, pues lo relevante es que coincida en los aspectos esenciales de la declaración.
- La jurisprudencia en materia de retractación por parte de la víctima menor de edad, en casos de delitos sexuales, es garantista; se evalúa el contexto en que se desarrolla el proceso y se analizan las condiciones sociofamiliares para comprobar si la declaración no inculpativa es espontánea, libre y voluntaria. No obstante, en materia de retractación por parte de mujeres adultas no se realiza el mismo esfuerzo valorativo por cuanto se encontró un caso en que incluso se ordenó investigar a la víctima por falsa denuncia.

b. con respecto a la valoración de las pruebas físicas

- La Corte Suprema ha desarrollado una importante jurisprudencia en la cual, bajo el criterio orientador de la valoración en conjunto de la prueba y la credibilidad del testimonio de las víctimas de delitos sexuales, se llega a establecer la responsabilidad de los victimarios, aunque se carezca de evidencia de carácter físico. Sin embargo, esta postura no siempre es seguida por los juzgados y tribunales que exigen prueba científica para establecer el estado de incapacidad de resistir o la ruptura del himen para verificar la penetración en el delito de acceso carnal.

c. con respecto a la sana crítica, las reglas de la experiencia y el observador inteligente

- En contravía de lo que se espera de las figuras de la sana crítica, las reglas de la experiencia y el observador inteligente, que es otorgarle a jueces y juezas criterios objetivos de valoración de las pruebas, no se encuentra un

desarrollo de las mismas que dote de herramientas para llevar a cabo dicha valoración.

- En el análisis de la forma como la judicatura hace uso de los criterios que orientan la evaluación de las pruebas se observa que se le da un carácter de permanencia y universalidad a criterios personales (que responden a lecturas androcéntricas), para dar cuenta de la complejidad de la violencia sexual, en particular de las diversas formas en que se comportan perpetradores y víctimas.
- Sobre la figura del observador inteligente no se encontraron desarrollos conceptuales; se observa que su uso por parte de la judicatura, es un intento de hacer objetiva su propia experiencia sin que medie una reflexión crítica, que permita una lectura inclusiva e integral de la problemática de la violencia sexual.

B. r ecomendaciones

Es necesario tener como punto de partida que en los procesos penales tanto procesal, probatoria como sustancialmente, la protección está centrada en los derechos de los victimarios y no sobre los derechos de las víctimas.

Es hora de que el derecho penal avance y las estructuras dogmáticas permitan equiparar a la parte más olvidada históricamente en el proceso penal: la víctima. En los casos de delitos sexuales las mujeres son las principales afectadas y como se ha visto perduran los prejuicios para el análisis de la responsabilidad de los procesados en este tipo de delitos por lo que se agudiza la desprotección ya imperante de las víctimas.

El desafío es, entonces, incorporar en el derecho penal los estándares internacionales en materia de protección y garantías para las víctimas, en particular para los casos de violencia sexual contra las mujeres. Esta investigación sobre jurisprudencia en Colombia hace un llamado para acatar las nuevas tendencias nacionales e internacionales, que permiten evolucionar el concepto del derecho penal para convertirlo, no solo en un derecho penal que proteja los derechos humanos de los sindicados, sino también que respete y garantice los derechos de las víctimas, las que sufren los daños y que en algunos casos son blanco del poder punitivo mediante señalamientos y revictimizaciones.

En particular y tomando en cuenta las principales conclusiones encontradas, se considera pertinente realizar una serie de *recomendaciones a la judicatura* con miras a contribuir en el mejoramiento y adecuación de las garantías de acceso a la justicia de las mujeres y niñas víctimas de delitos sexuales, espíritu compartido con los funcionarios y las funcionarias del sistema judicial, comprometidos no solo con hacer justicia sino de hacerla con lentes de género:

1. sobre el carácter obligatorio de los pronunciamientos de la corte constitucional, el consejo de Estado y la corte suprema de justicia

- La judicatura debe dar cumplimiento a las recomendaciones de la comisión de expertos que estudia la propuesta de reforma a la justicia, en los aspectos relativos a la importancia de la jurisprudencia, al reiterar la obligatoriedad de que se tengan en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia (Ámbito Jurídico, 2010: 10).
- La judicatura debe implementar una estrategia que permita “dictar sentencias de unificación por parte de las diferentes corporaciones, unificar metodologías para la citación y aplicación de la jurisprudencia vigente y replantear la estructura de las relatorías de las altas cortes y de los tribunales con el fin de que elaboren líneas jurisprudenciales y definan la jurisprudencia vigente de cada corporación” (Ámbito Jurídico, 2010: 10).

2. sobre formación en derecho internacional y análisis jurisprudencial

- Fortalecer las capacidades de los y las funcionarias del sistema de justicia en la aplicación práctica de los instrumentos internacionales de derechos humanos en general y, en específico, de derechos de las mujeres así como de jurisprudencia de tribunales internacionales.
- Promover en la judicatura un mayor conocimiento y aplicación práctica de las leyes que protegen en particular a las mujeres, los niños y las niñas, o que en su contenido se desarrollan aspectos relevantes para su protección, como el Código de Infancia y Adolescencia, la leyes 051 de 1981, 248 de 1995, 360 de 1997, 742 de 2002, 1257 de 2008 y 1268 de 2008.

- Fortalecer en los y las funcionarias del sistema de justicia las habilidades para incorporar en sus fallos la jurisprudencia y responder en forma armónica a las líneas establecidas por las altas cortes.
- Incorporar en los procesos de evaluación de la judicatura variables que den cuenta del conocimiento de los derechos de las mujeres y de la aplicación de criterios género-sensitivos.
- Desarrollar un observatorio de seguimiento a las decisiones de primera, segunda y casación desde un enfoque género-sensitivo, que brinde información adecuada y pertinente a la judicatura.

3. sobre los alcances de la ley

- Desde los entes de la judicatura encargados de promover la formación es necesario fortalecer sus conocimientos, especialmente en lo relativo a los alcances de los tipos penales, configuración de concursos de delitos sexuales, definición y titularidad de los bienes jurídicos, y antijuridicidad.

4. sobre la valoración probatoria

- Reiterar la inexistencia de la tarifa legal de las pruebas para los delitos sexuales, la relevancia del testimonio de la víctima y la importancia relativa de las pruebas físicas.
- Promover en la judicatura desarrollos significativos sobre la valoración probatoria que permita resignificar conceptos como la sana crítica, las reglas de la experiencia y el observador inteligente, así como llenarlos de contenidos metodológicos y analíticos género-sensitivos. En particular, metodologías de análisis flexibles que permitan incorporar la perspectiva de las víctimas, la comprensión de la violencia sexual como forma de dominación, sus diversas expresiones y las distintas conductas que protagonizan victimarios y víctimas.

5. sobre los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual

- Promover en la judicatura seminarios de reflexión y debate acerca de la violencia sexual contra las mujeres, que permitan una mejor comprensión de sus expresiones, dimensiones, causas y efectos.

- Generar espacios de reflexión en torno a los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales, su alcance y titularidad en conjunto con profesionales de las áreas de la salud sexual, psicología, sociología, entre otras.
- Desarrollar investigaciones para dar cuenta de las distintas expresiones de la violencia, y lograr una mayor comprensión de sus dinámicas con miras a proponer formas de atenderla, juzgarla y prevenirla. En particular estudios sobre violencia de pareja y su relación con feminicidio y violencia sexual en el marco del conflicto armado.

6. Formación universitaria y profesional

- Promover desde la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial la incorporación en los curriculum de las carreras de derecho y afines como materias obligatorias: derecho internacional de los derechos de las mujeres; análisis de normativas nacionales y armonización con estándares internacionales; y análisis de jurisprudencia aplicada.
- Promover la incorporación de más mujeres como abogadas y expertas intervinientes en los procesos penales por los delitos sexuales con víctimas mujeres, en su calidad de médicas, peritas, juezas, abogadas y fiscales.

7. sobre acceso a la información

- Facilitar en forma eficaz, desde la judicatura, el acceso a las sentencias judiciales como parte del derecho a la información y conocimiento público; y garantizar que este acceso no viole el derecho al anonimato de las víctimas con la no publicación de información personal.
- Promover una mejor sistematización de la información de las sentencias que se encuentran disponibles en sitios web, e introducir variables que identifiquen el sexo de las víctimas, de los victimarios y su correspondiente relación. Así mismo permitir el conteo de sentencias, según cada una de las variables con las que se registra la información.

Anexos

anexo a. Tablas sobre las características generales del universo estudiado

Tabla a.1. Sentencias según nivel judicial

Nivel	Número	%
Juzgado	44	21
Tribunal	63	30
Corte Suprema de Justicia	89	42
Corte Constitucional	12	6
Consejo de Estado	2	1
Total	210	100

Tabla a.2. Tipo de sentencias analizadas según nivel judicial

Nivel	Tipo de sentencias	Número	%
Juzgado	Sentencia	44	21
Tribunal	Sentencia	63	30
Corte Suprema de Justicia	Casación	88	42
	Acción de tutela	1	0
Corte Constitucional	Acción de tutela	12	6
Consejo de Estado	Acción de cumplimiento	1	0
	Acción de repetición	1	0
Total		210	100

Tabla a.3. Sexo de jueces, juezas, magistrados y magistradas en los fallos estudiados según nivel judicial

Nivel	Masculino		Femenino		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Juzgado	17	39	27	61	44	21
Tribunal	56	89	7	11	63	30
Corte Suprema de Justicia	82	92	7	8	89	42
Corte Constitucional	11	92	1	8	12	6
Consejo de Estado	1	50	1	50	2	1
Total	167	80	43	20	210	100

Tabla a.4. Periodos de los fallos según nivel judicial

Nivel	1994 - 2000		2001 - 2004		2005-2009		Total
	Número	%	Número	%	Número	%	
Juzgado	0	0	0	0	44	100	44
Tribunal	0	0	0	0	63	100	63
Corte Suprema de Justicia	11	12	6	7	72	81	89
Corte Constitucional	2	17	1	8	9	75	12
Consejo de Estado	0	0	0	0	2	100	2
Total	13	6	7	3	190	90	210

Tabla a.5. Ciudades de los fallos

Ciudad	Número	%
Bogotá	168	80
Medellín	33	16
Pasto	9	4
Total	210	100

Tabla a.6. Modalidades de delitos sobre los que tratan las sentencias

Modalidades de delito	Número	%	% aplica
Acceso carnal violento	64	30	32
Actos sexuales violentos	9	4	4
Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir	7	3	3
Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir	0	0	0
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	35	17	17
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años	70	33	35
Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir	11	5	5
Actos sexuales abusivos con incapaz de resistir	5	2	2
Acoso sexual	0	0	0
Inducción a la prostitución	0	0	0
Constreñimiento a la prostitución	1	0	0
subtotal	202	96	100
No aplica	8	4	
Total	210	100	

nota: No aplican 8 sentencias correspondientes a acciones de constitucionalidad, de repetición y de nulidad.

Tabla a.7. Situación de los procesados

Situación procesados	Número	% total	% total aplican
Indefinida	6	3	3
Absuelto	35	17	18
Condenado	154	73	79
subtotal	195	93	100
No aplica	15	7	
Total	210	100	

nota: No aplican 15 sentencias correspondientes a: una acción de cumplimiento, una acción de repetición del Consejo de Estado y 12 acciones de tutela de la Corte Constitucional y una de la Corte Suprema de Justicia.

Indefinida: sindicatos cuyos procesos fueron anulados en alguna instancia y sobre los que no se sabe la situación (si el proceso se reinició y cuál fue el fallo final).

absuelto: sindicatos sobre los que no se desvirtuó su inocencia.

condenado: sindicatos declarados penalmente responsables.

Tabla a .8. Grupos de edad al que pertenecen las víctimas

Menores y mayores de edad	Número	% total	% edad conocida
Menor de 18 años	158	76	93
18 años y más	12	6	7
subtotal	170	82	100
Sin información	37	18	
Total	207	100	
Grupos de edad	Número	% total	% edad conocida
Menor de 14 años	120	58	75
14 a 17 años	27	13	17
18 años y más	12	6	8
subtotal	159	77	100
Sin información	48	23	
Total	207	100	

nota: El total corresponde a las víctimas de los 202 procesos que aplican. Tres de las sentencias tienen más de una víctima (en 2 de ellas las víctimas son 3 y en otra son 2). No aplican 8 sentencias correspondientes a acciones constitucionalidad, repetición y nulidad. En 11 procesos solo se informa que la víctima es menor de edad, pero no se puede determinar si se trata de niñas de menos de 14 años o de adolescentes de 14 a 17 años.

Tabla a .9. Relación victimario – víctima

Relación	Número	% total	% total aplican	% con información
Padre	17	8	8	9
Padrastro	27	13	13	14
Compañero	9	4	4	5
Pariente	30	14	15	16
Conocido	80	38	40	42
Desconocido	29	14	14	15
subtotal	192	91	95	100
Sin información	10	5	5	
subtotal	202	96	100	
No aplica	8	4		
Total	210	100		

nota: No aplican 8 sentencias correspondientes a acciones de constitucionalidad, de repetición y de nulidad.

compañero: hombres con los que la víctima tiene o tuvo una relación de pareja, afectiva y/o sexual (como por ejemplo, esposo, amante, novio, ex esposo, ex novio).

Pariente: personas distintas al padre, padrastro y al compañero.

conocido: allegado a la víctima sin ninguna relación de parentesco o emocional con ella.

Tabla a.10. Protección de la identidad de las víctimas menores de 18 años

Protege o no identidad	Número	% total	% aplicables	% con información
Si protege	84	40	44	56
No protege	66	31	35	44
Subtotal	150	71	79	100
Sin información	40	19	21	
subtotal	190	90	100	
Mayor de edad	12	6		
No aplica	8	4		
Total	210	100		

nota: El total corresponde al número de procesos y no de víctimas. No aplican 20 sentencias; 12 a mujeres mayores de edad y 8 correspondientes a acciones de constitucionalidad, repetición y nulidad.

Tabla a.11. Carácter de las sentencias

Carácter	Número	% total
En derecho	160	76
Prejuiciosas	41	20
Género-sensitivas	9	4
Total	210	100

a anexo B. Tablas sobre algunas tendencias

Tabla B.1. Situación de los procesados según nivel judicial

Nivel	Indefinida		Absuelto		Condenado		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Juzgado	0	0	11	25	33	75	44	100
Tribunal	2	3	18	29	43	68	63	100
Corte Suprema de Justicia	4	5	6	7	78	89	88	100
Total	6	3	35	18	154	79	195	100

Tabla B.2. Situación de los procesados según sexo de jueces, juezas, magistrados y magistradas

Situación procesado	Masculino		Femenino		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Indefinida	6	4	0	0	6	3
Absuelto	30	19	5	12	35	18
Condenado	118	77	36	88	154	79
Total	154	100	41	100	195	100

Tabla B.3. Situación de los procesados según ciudad del fallo

Ciudad	Indefinida		Absuelto		Condenado		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Bogotá	5	3	24	16	124	81	153	100
Medellín	1	3	11	33	21	64	33	100
Pasto	0	0	0	0	9	100	9	100
Total	6	3	35	18	154	79	195	100

Tabla B.4. Situación de los procesados según modalidades del delito

Modalidades del delito	Indefinida		Absuelto		Condenado		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Acceso carnal violento	3	5	13	20	48	75	64	100
Actos sexuales violentos	1	11	1	11	7	78	9	100
Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir	0	0	1	20	4	80	5	100
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	0	0	2	6	32	94	34	100
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años	1	1	12	18	54	81	67	100
Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir	1	10	3	30	6	60	10	100
Actos sexuales abusivos con incapaz de resistir	0	0	2	40	3	60	5	100
Constreñimiento a la prostitución	0	0	1	100	0	0	1	100
Total	6	3	35	18	154	79	195	100

Tabla B.5. Situación de los procesados según grupos de edad de las víctimas

Grupos de edad	Indefinida		Absuelto		Condenado		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Menor de 14 años	1	1	16	14	96	85	113	100
14 a 17 años	2	10	8	38	11	52	21	100
18 años y más	2	18	2	18	7	64	11	100
Total	5	3	26	18	114	79	145	100

Tabla B.6. Situación de los procesados según relación victimario - víctima

Relación	Indefinida		Absuelto		Condenado		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Padre	0	0	5	31	11	69	16	100
Padrastro	1	4	5	19	21	78	27	100
Compañero	0	0	3	33	6	67	9	100
Pariente	2	7	4	13	24	80	30	100
Conocido	2	3	15	19	61	78	78	100
Desconocido	1	3	3	10	25	86	29	100
Total	6	3	35	19	148	78	189	100

Tabla B.7. Protección de la identidad de las menores de 18 años según nivel judicial

Nivel	Sí protege		No protege		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Juzgado	16	41	23	59	39	100
Tribunal	23	43	31	57	54	100
Corte Suprema de Justicia	42	78	12	22	54	100
Total	81	55	66	45	147	100

Tabla B.8. Protección de la identidad de las menores de 18 años según sexo de jueces, juezas, magistrados y magistradas

Sexo	Si protege		No protege		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Femenino	25	64	14	36	39	100
Masculino	59	53	52	47	111	100
Total	84	56	66	44	150	100

Tabla B.9. Protección de la identidad de los menores de 18 años según ciudad de fallo

Ciudad	Sí protege		No protege		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Bogotá	73	65	39	35	112	100
Medellín	9	31	20	69	29	100
Pasto	2	22	7	78	9	100
Total	84	56	66	44	150	100

Tabla B.10. Protección de la identidad de los menores de 18 años según modalidades del delito

Modalidades del delito	Sí protege		No protege		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Acceso carnal violento	18	56	14	44	32	100
Actos sexuales violentos	1	17	5	83	6	100
Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir	4	100	0	0	4	100
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	20	59	14	41	34	100
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años	38	56	30	44	68	100
Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir	2	67	1	33	3	100
Actos sexuales abusivos con incapaz de resistir	1	33	2	67	3	100
Total	84	56	66	44	150	100

Tabla B.11. Protección de la identidad de los menores de 18 años según relación victimario - víctima

Relación	Sí protege		No protege		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Padre	7	47	8	53	15	100
Padrastro	15	56	12	44	27	100

(continúa)

(continuación)

Relación	Sí protege		No protege		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Compañero	1	33	2	67	3	100
Pariente	19	70	8	30	27	100
Conocido	34	58	25	42	59	100
Desconocido	7	47	8	53	15	100
Total	83	57	63	43	146	100

Tabla B.12. Carácter de las sentencias según nivel judicial

Nivel	En derecho		Prejuiciosas		Género-sensitiva		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Juzgado	31	70	13	30	0	0	44	100
Tribunal	47	75	16	25	0	0	63	100
Corte Suprema de Justicia	76	85	12	13	1	1	89	100
Corte Constitucional	6	50	0	0	6	50	12	100
Consejo de Estado	0	0	0	0	2	100	2	100
Total	160	76	41	20	9	4	210	100

Tabla B.13. Carácter de las sentencias según sexo de jueces, juezas, magistrados y magistradas

Carácter	Masculino		Femenino		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
En derecho	127	76	33	77	160	76
Prejuiciosas	33	20	8	19	41	20
Genero-sensitivas	7	4	2	5	9	4
Total	167	100	43	100	210	100

Tabla B.14. Carácter de las sentencias según ciudad

Ciudad	En derecho		Prejuiciosas		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%
Bogotá	124	82	28	18	152	100
Medellín	20	67	10	33	30	100
Pasto	8	89	1	11	9	100
Total	152	80	39	20	191	100

Tabla B.15. Carácter de las sentencias según modalidades del delito

Modalidades del delito	En derecho		Prejuiciosas		Género-sensitivas		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Acceso carnal violento	46	72	17	27	1	2	64	100
Actos sexuales violentos	6	67	3	33	0	0	9	100
Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir	5	71	1	14	1	14	7	100
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	32	91	3	9	0	0	35	100
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años	56	80	13	19	1	1	70	100
Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir	8	73	2	18	1	9	11	100
Actos sexuales abusivos con incapaz de resistir	3	60	2	40	0	0	5	100
Constreñimiento a la prostitución	1	100	0	0	0	0	1	100
Total	157	78	41	20	4	2	202	100

Tabla B.16. Carácter de las sentencias según situación del procesado

Situación procesado	En derecho		Prejuiciosas		Género-sensitivas		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Indefinida	3	50	3	50	0	0	6	100
Absuelto	13	37	22	63	0	0	35	100
Condenado	137	89	16	10	1	1	154	100
Total	153	78	41	21	1	1	195	100

Tabla B.17. Carácter de las sentencias según grupo de edad al que pertenecen las víctimas

Grupos de edad	En derecho		Prejuiciosas		Género-sensitivas		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Menor de 14 años	96	83	19	16	1	1	116	100
14 a 17 años	15	65	8	35	0	0	23	100
18 años y más	5	42	5	42	2	17	12	100
Total	116	77	32	21	3	2	151	100

Tabla B.18. Carácter de las sentencias según la relación victimario – víctima

Relación	En derecho		Prejuiciosas		Género-sensitivas		Total	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Padre	14	82	2	12	1	6	17	100
Padraastro	24	89	3	11	0	0	27	100
Compañero	6	67	3	33	0	0	9	100
Pariente	26	87	4	13	0	0	30	100
Conocido	57	71	21	26	2	3	80	100
Desconocido	21	72	8	28	0	0	29	100
Total	148	77	41	21	3	2	192	100

Glosario de términos

A quo: expresión latina, utilizada en Derecho para definir el principio de un período de tiempo, de un proceso o acto procesal. El término es usado para referenciar la primera instancia que conoce de determinado asunto objeto de debate.

Ad quem: locución latina y castellana que se emplea en el sentido de juez o tribunal de alzada, ante el cual se interpone un recurso contra la resolución del juez inferior, *el a quo*. Se dice también *dies ad quem*, para indicar el plazo resolutorio a cuyo vencimiento se extingue un derecho o se produce la resolución de un negocio jurídico. Es asimismo el día hasta el cual se cuenta un término, a diferencia de *dies a quo*, que indica el día en que empieza a contarse el plazo (Ossorio, sf: 522).

a decucción típica: correspondencia de los hechos examinados en un determinado caso a un tipo penal contemplado en el Código Penal.

allanamiento: el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), utiliza la expresión en dos sentidos; primero para referirse a la aceptación por parte del procesado o procesada de los cargos formulados contra él o ella; y segundo como diligencia, es decir el acto procesal, bajo el cual la autoridad judicial ingresa a un inmueble.

antijuridicidad: el Código Penal la establece como uno de los requisitos para que la conducta sea punible, que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (art. 11).

apelación: recurso que procede contra las decisiones tomadas por el juez de primera instancia y es resuelto por el de la instancia superior.

apelante único: carácter que adquiere un sujeto procesal cuando es el único que interpone recurso contra la decisión judicial.

dolo: el Código Penal establece que una modalidad de la conducta es el dolo, cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, así como cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar (art. 22).

culpa: el Código Penal establece que la conducta se puede clasificar en la modalidad culposa, cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo (art. 23).

casación: recurso extraordinario que procede contra sentencias de segunda instancia por unas causales taxativamente establecidas en el Código de Procedimiento Penal. La casación tiene como principal finalidad unificar la jurisprudencia, pues sin esta no hay seguridad jurídica.

casacionista: sujeto que presenta la acción de casar o anular. Tiene la facultad de acudir a los más altos tribunales de un país para interponer los recursos contra las sentencias definitivas de los tribunales inferiores, solicitando revocarlas o anularlas; es decir, casándolas o dejándolas sin efecto hasta un momento procesal. Por regla general, el casacionista en la interposición del recurso se limita a plantear cuestiones de Derecho, sin que sea permitido abordar cuestiones de hecho y, naturalmente, tampoco el tribunal de casación puede entrar en ellas.

casar: cambio del fallo que es objeto de análisis en el recurso de casación.

Imputación: en el conocimiento de los fenómenos jurídicos, la imputación es una operación mental consistente en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante. Más, aparte de ese concepto jusfilosófico, ofrece importancia en el Derecho Penal por cuanto significa la atribución, a una persona determinada, de haber incurrido en una infracción

penal sancionable. De ahí que algunos autores afirmen que imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerlo responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable (Ossorio, s.f.: 478).

Interpartes o inter pares: cuando las decisiones judiciales tienen efectos solamente para las partes que intervienen en el proceso.

Itercriminis: locución latina, que significa “camino del delito”, es utilizada en Derecho Penal para referirse al proceso de desarrollo del delito.

judicatura: abarca a los y las administradoras de justicia en sus distintos niveles, jueces, juezas, magistrados y magistradas de juzgados, tribunales y cortes.

jurisprudencia: ciencia del Derecho. En términos más concretos y corrientes, se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada (Ossorio, s.f.: 531).

Modus operandi: expresión latina, que significa “modo de operar”, es utilizada en Derecho Penal, para exponer la forma de desplegar la conducta punible por parte del agente.

no casar: mantener la decisión que es objeto de recurso de casación.

Preacuerdo: forma de negociación entre la Fiscalía y la o el procesado prevista en el Código de Procedimiento Penal, que implica la terminación anticipada del proceso.

Preterintención: el Código Penal establece que la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente (art. 24).

Querrela: es una condición de procesabilidad de la acción penal; es decir, un prerequisite para iniciar la acción penal en determinados delitos en los cuales la víctima puede desistir de su denuncia (artículos 31 y 35 del Código Penal).

Ratio decidendi: razón de decidir. Es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el

fundamento normativo directo de la parte resolutive (Corte Constitucional, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999).

Tipo penal: descripción de las conductas consideradas delitos y contempladas en la normativa penal.

Tipo penal de actividad o mera conducta: describe como punible el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias (Reyes Echandía, 1994: 116).

Tipo penal de resultado: exige un resultado para que se entienda configurado el delito.

sujeto activo del delito: el autor, cómplice o encubridor; el delincuente en general. Tiene que ser forzosamente una persona física, pues, aun en casos de asociaciones para delinquir, las penas recaen sobre sus miembros integrantes (Ossorio, s.f.: 922).

sujeto pasivo del delito: la víctima; quien en su persona, derechos o bienes, o en los de los suyos, ha padecido ofensa penada en la ley y punible por el sujeto activo. Aunque se personalice, siempre el sujeto pasivo del delito, en ciertas infracciones penadas, no hace sino trasladarse a la colectividad, en alguno de sus grados, como la sociedad o el Estado (Ossorio, s.f.: 922).

Referencias bibliográficas

Ámbito Jurídico. 2010. Comisión de expertos presenta su propuesta de reforma a la justicia. Año XXI (295). 19 de abril al 2 de mayo: 10. Sección “Desde el Congreso”.

Corporación Humanas. 2007. *Informe regional. Igualdad en méritos, desigualdad en oportunidades. Acceso de mujeres a los sistemas de administración de justicia*. Santiago de Chile.

Corporación Humanas. 2008. *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*. Bogotá.

Corporación Humanas. 2009a. *Guía para llevar a cabo casos de violencia sexual. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá. (Junio).

Corporación Humanas. 2009b. Interpretaciones andróglicas de los delitos de violencia sexual cometidos contra las mujeres, otro obstáculo para acceder a la justicia en Colombia. En: *Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado. Noveno informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia*. Bogotá, diciembre.

Fragoso, Heleno Claudio. 1981. *Licoes de direito penal*. Parte Especial. Editorial.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. 2010. *Forensis 2009. Datos para la vida*. Bogotá, mayo.

Kahan, Dan M. 2009. Culture Cognition, and Consent: Who perceives What, and Why, in 'Acquisition Rape' Cases. *Public Law & Legal Theory Reserach Paper Series*. (196): 3 y 19). Yale Law School. [En línea] Disponible en: <http://papers.ssrn.com/abstract#1123807>

López Medina, Diego. 2006. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

Mackinnon, Catherine. 1995. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.

Muñoz Restrepo, Alba Luz. Aplicación práctica de la teoría de la probabilidad en el sistema de valoración probatorio [En línea]. Disponible en: <http://www.uco.edu.co/FuentesUCO/revistas/RevistaUCO024.pdf>.

Parra Quijano, Jairo. 2001. *Manual de derecho probatorio: la prueba en los procedimientos civil, penal, laboral, canónico, contencioso administrativo y en el derecho comparado*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Ossorio, Manuel. sf. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Primera edición electrónica.

Reyes Echandía, Alfonso. 1994. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.

West, Robin. 2000. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

citadas por la judicatura y referenciadas en esta investigación

Bassiouni, Cherif. 2000. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. (E/CN.4/2000/62). 18 de enero.

Benedetto, Ugo. 1998. *Diritto Penale. Giurisprudenza e casi pratici*. Parte generale. Parte speciale. San Marino: Maggioli Editore.

Cabal, Luisa; Roa, Mónica y Lemaitre, Julieta, 2001. *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Temis.

Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Observatorio de asuntos de género. 2004. *La Familia. Reflexiones, cifras y legislación sobre violencia intrafamiliar*. Boletín (2) Bogotá. Diciembre.

Coomaraswamy, Radhika. 2002. *Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y sus consecuencias acerca de su misión a Colombia del 1 al 7 de noviembre de 2001*. CDH, 11 de marzo.

Florián, Eugenio. 1982. *De las pruebas penales*. Bogotá: Temis.

Fragoso, Heleno Claudio. 1978. *Licoes de direito penal. Parte Especial 1*. Sao Paulo: José Bushatsky.

Framarino dei Malatesta, Nicola. 1978. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá: Temis.

Juárez López, Josep Ramón. 2004. *La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psicosociales*. Tesis doctoral, Universidad de Girona.

López Medina, Diego. 2006. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis

Ministerio de la Protección Social. 2007. *Encuesta nacional de salud*. Bogotá.

Morales Prats, Fermín; García, Alberto Ramón. 1999. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. En: *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.

Muñoz Conde, Francisco. 2004. *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Muñoz Sabaté, Luis. 1976. *Sexualidad y derecho, Elementos de sexología jurídica*. Barcelona: Hispano-Europea.

Organización Panamericana de la Salud. 2003. *La violencia contra las mujeres: Responde el sector salud*.

Orts Berenguer, Enrique. 1995. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pérez, Luis Carlos. 1991. *Derecho penal*. Bogotá: Temis.

Simonin, C. *Medicina legal judicial*. Barcelona: Jims.

Soler, Sebastián. 1953. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Suárez Rodríguez, Carlos. 1995. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*. Pamplona: Aranzadi.

