

República de Colombia



Cole Suprema de Justicia

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

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado ponente

La información que permite identificar o individualizar a la víctima fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, conforme a lo ordenado en el numeral 5.2 de esta decisión.

SP12161-2015

Radicación 34514

Aprobado acta número 314

Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015).

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el apoderado de la parte civil contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante el cual confirmó la sentencia absolutoria que emitió el Juzgado Tercero Penal del Circuito

de Rionegro, dentro del proceso adelantado contra MLE y JGMG por la conducta punible de *acceso carnal violento agravado*.

I. SITUACIÓN FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1. A comienzos del año 2005, NRM tenía veintiún (21) años de edad. Vivía en Medellín con su madre, psicóloga de profesión. Estudiaba química farmacéutica en la Universidad (...) y era conocida entre sus allegados como una persona de principios morales. No tenía novio ni había sostenido relaciones sexuales. Le habían enseñado al respecto que «*el sexo está inscrito en una relación de amor*».

El sábado 8 de enero de 2005, la mamá le dio permiso para pasar el fin de semana en la casa de XPBV, localizada en el municipio de (...), en compañía de su otra amiga CSVG. Las tres, junto con una hermana de X y una amiga de esta, fueron esa noche a la discoteca (...). N tomó ron, a pesar de que no estaba acostumbrada a hacerlo. En esos días le había llegado la menstruación.

Cerca de la medianoche (domingo 9 de enero), conoció a MLE, de diecinueve (19) años, estudiante de economía de la Universidad (...) con sede en Medellín. Al poco tiempo, se besaron. Él la llevó a su mesa. Allí le presentó, entre otros, a JGMG, también de la (...), estudiante de ingeniería de sistemas de veintiún (21) años. N siguió bebiendo con ellos y besándose con M.

Más tarde, CSVG y XPBV notaron que NRM ya no

estaba en la discoteca. La buscaron y no la encontraron. Se había ido con MLE.

M llevó a N a la finca de JGMG, situada en las cercanías del pueblo. Allí estaba durmiendo LAGC, madre de MG. Una vez llegaron, M acostó a N en un corredor externo del inmueble y sostuvieron relaciones sexuales. Hubo penetración por la vagina, el ano y la boca.

JGMG llegó después a la finca. Encontró a NRM sentada en el pasillo. La hizo entrar a una habitación y la acostó en la cama. También tuvieron sexo, tanto por la vía vaginal como por la anal.

A eso de las cuatro de la madrugada, MLE y JGMG dejaron a NRM en la casa de XPBV. Esta la vio reír con ellos y despedirse con amabilidad. Cuando CSVG le preguntó qué había pasado, ella lloró y le dijo: *«pasó lo que tenía que pasar»*. A la mañana siguiente, le contó que había estado con esas dos personas, como si se tratase de algo deseado por ella. Pero luego, en su casa, le dijo a su mamá que había sido violada.

2. Denunciados los comportamientos por NRM el 13 de enero de 2005, la Fiscalía General de la Nación ordenó abrir el proceso, vinculó mediante indagatoria tanto a MLE como a

JGMG y, clausurada la investigación, calificó el mérito del sumario el 15 de mayo de 2006, acusándolos como autores responsables del delito de *acceso carnal violento agravado*, conforme a lo previsto en los artículos 205 y 211 numeral 1 («*con el concurso de otra u otras personas*») de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal.

Esta providencia quedó ejecutoriada el 30 de mayo de 2006¹.

3. Correspondió el conocimiento de la etapa siguiente al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, despacho que el 20 de octubre de 2006 absolvió a los procesados de los hechos y cargos atribuidos, tras reconocer en su conducta un error de tipo.

Según el a quo, los acusados doblegaron la voluntad de NRM cuando a pesar de ella haber exteriorizado una ‘resistencia pasiva’, de tipo verbal (en el sentido de decir que no quería), terminaron accediéndola. Pero lo hicieron bajo la creencia equivocada (y vencible) de que había prestado su consentimiento.

4. Apelado el fallo por el representante de la parte civil en cabeza de NRM tras aducir que la postura del a quo era contradictoria (por cuanto no podía sostenerse que los procesados coaccionaron a la víctima y, al mismo tiempo, creyeran que las relaciones sexuales habían sido sin el uso de

¹ Folio 294 del cuaderno I de la actuación principal.

la violencia), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en decisión de 19 de febrero de 2010, la confirmó en lo que a la absolución se refiere, pero no por los motivos sostenidos por el juez de primera instancia, sino porque «*el acceso carnal con N fue un hecho querido por ella y consentido con plena libertad*»².

De acuerdo con el ad quem, **(i)** NRM aceptó la invitación de MLE a la finca en forma libre, consciente y voluntaria; **(ii)** la madre de JGMG se hallaba presente en el lugar de los hechos, e incluso N se quitó los zapatos para no despertarla, en lugar de gritar por auxilio y pedir su ayuda; **(iii)** la 'resistencia pasiva' de la supuesta víctima no fue más que una *vis grata puellis*, que no constituye violencia; **(iv)** los hallazgos en los muslos y la rodilla del sujeto pasivo no son incompatibles con la realización de los actos sexuales en las circunstancias de incomodidad admitidas por la supuesta víctima; **(v)** tanto la manera como se despidió N de los procesados como lo que le contó a su amiga al día siguiente indican que no fue forzada ni sometida contra su voluntad; y **(vi)** la conducta de esta persona, en principio contraria a sus valores morales, se explica en razón de la desinhibición por el consumo de licor, mientras que sus crisis obedecieron a la culpa que devino de la transgresión de tales preceptos.

5. Contra la sentencia de segunda instancia, el abogado de la parte civil interpuso, al igual que sustentó, el recurso extraordinario de casación.

² Folio 602 del cuaderno de juicio.

La Corte declaró ajustada a derecho la demanda el 9 de julio de 2010 y el Ministerio Público presentó concepto el 2 de octubre de 2013. Así mismo, durante ese lapso, el defensor de MLE solicitó a la Corte declarar la extinción por prescripción de la acción penal.

II. LA DEMANDA

1. Al amparo de la causal primera cuerpo segundo de casación (numeral 1 del artículo 207 de la Ley 600 de 2000), propuso el recurrente un único cargo, atinente a la violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho en la valoración probatoria que llevaron a la aplicación indebida del principio de presunción de inocencia, así como a la falta de aplicación de la norma que consagra el tipo de *acceso carnal violento agravado*.

Los sustentó de la siguiente manera:

1.1. *Falso juicio de identidad por mutilación respecto del dictamen medicolegal de 13 de enero de 2005 y la ampliación del 5 de agosto siguiente.* El Tribunal concluyó que los signos de violencia hallados en NRM podían deberse a movimientos bruscos ocurridos durante la relación sexual. Desconoció, sin embargo, que según el Instituto Nacional de Medicina Legal dichas lesiones eran «*compatibles con las que dejan los pulpejos de los dedos del victimario al tratar de separar los muslos de la víctima*»³ y, por lo tanto, debían verse como «el

³ Folio 658 *ibídem*.

producto de la resistencia que opone la víctima frente a su victimario»⁴. Si el cuerpo colegiado hubiese tenido en cuenta dicho dato, habría concluido que sobre la víctima se ejerció violencia.

1.2. *Falso juicio de identidad por cercenamiento respecto del dictamen de 13 de enero de 2005 y el psicológico de 22 de agosto del mismo año.* El juez plural sostuvo que la conducta posterior de N denotaba sus mentiras en cuanto a la condición de víctima de una agresión sexual. No obstante, los expertos señalaron que ella presentaba «*un trastorno de estrés postraumático como secuela de los hechos denunciados*»⁵ y que su comportamiento (al despedirse de los procesados y al hablar con su amiga de lo sucedido) se debía a que «*N no quería reconocer el hecho traumático de su violación*»⁶, pues «*su psiquismo rechazaba espontáneamente el reconocimiento de esta verdad*»⁷. De haberlo considerado, el ad quem habría concluido que sí se presentó dicho proceso psicológico de negación.

1.3. *Falso raciocinio en la valoración de las indagatorias.* Para el Tribunal, las relaciones fueron fruto de la voluntad de N desatada por el alcohol. Con ello desconoció la regla de la experiencia según la cual «*la primera relación sexual de una mujer es mirada por esta como una experiencia única en la vida, asignándole un alto valor y estima, [...] y si bien el licor tiene efectos desinhibitorios, no existe una pérdida absoluta de*

⁴ Folio 659 íbidem.

⁵ Folio 662 íbidem.

⁶ Folio 663 íbidem.

⁷ Íbidem.

control [...] cuando existen fuertes y arraigados valores»⁸. Es decir, «un valor de tanta importancia para NRM como lo era su virginidad, ligado inescindiblemente con el auténtico amor, no podía ser obsequiado al garete a dos desconocidos, simplemente bajo el prurito de una relajación de sus frenos inhibitorios en materia sexual por la ingesta de alcohol»⁹.

1.4. Falso juicio de identidad por mutilación respecto del testimonio de CSVG. El Tribunal se valió de esta declaración, y en especial de la aparente indiferencia con la cual la víctima le contó que había sostenido relaciones sexuales con dos hombres, para reafirmar su aquiescencia. Pero no tuvo en consideración que, según el relato de aquella, N en un principio «se quedó allí, [y] empezó a llorar»¹⁰. Al cercenar esta parte, la segunda instancia no logró apreciar que «algo realmente grave sí ocurrió esa noche [...] y el cambio de actitud al día siguiente resulta satisfactoriamente explicable a la luz de lo expuesto por los mismos peritos»¹¹.

1.5. Falso raciocinio en la valoración de la forma como NRM desplegó los supuestos actos de resistencia. El Tribunal consideró que la víctima debió gritarle a la madre de uno de los procesados que estaba durmiendo en la finca u ofrecer un acto físico de resistencia a las pretensiones de los procesados y que, como no lo hizo, las relaciones sexuales fueron consentidas. Vulneró la regla de la experiencia según la cual

⁸ Folios 669-670 ibídem.

⁹ Folio 671 ibídem.

¹⁰ Folio 672 ibídem.

¹¹ Folio 673 ibídem.

«ante distintas situaciones, caben distintas reacciones, y ello depende del psiquismo de cada ser humano; luego, no puede válidamente asumirse una sola reacción como exclusiva y excluyente, es necesario colocarse en el lugar del otro (modelo kantiano)»¹².

2. En consecuencia, solicitó a la Sala casar el fallo impugnado para, en su lugar, condenar a MLE y JGMG por el delito atribuido en su contra.

III. INTERVENCIONES DE LOS NO RECURRENTES

1. El abogado de MLE pidió a la Corte no casar la sentencia recurrida, pues *«la prueba fundamental y determinante del fallo absolutorio proferido en ambas instancias fue el propio testimonio de la presunta víctima, cuyas falencias pretende salvar el demandante con empíricos juicios de lógica, presentados bajo el rótulo de errores de hecho y/o falsos juicios de raciocinio [sic], echando de menos la seria y coherente argumentación del Tribunal en una ilustrada sentencia que [...] constituye un modelo de juicioso análisis de valoración probatoria»¹³.*

2. El defensor de JGMG solicitó a la Sala no casar la decisión del Tribunal, toda vez que *«[l]a demanda propone una reinterpretación de algunos medios de prueba»¹⁴ y «[t]al propuesta interpretativa no tiene trascendencia para desvirtuar*

¹² Folio 675 ibídem.

¹³ Folio 681 ibídem.

¹⁴ Folio 682 ibídem.

la doble presunción de legalidad y acierto que ampara la sentencia, ni capacidad para menguar la solidez de los demás elementos de prueba en los que se fundamenta la misma»¹⁵.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El representante de la Procuraduría General de la Nación sostuvo que los reproches propuestos en la demanda estaban llamados a prosperar. Argumentó en este sentido lo siguiente:

1.1. Primer cargo. El Tribunal interpretó la prueba sin tener en cuenta la conclusión del dictamen de acuerdo con la cual las lesiones de NRM eran compatibles con la resistencia que ofrece una víctima de agresión sexual. Y, en cualquier caso, no era posible inferir su consentimiento del silencio ni del hecho de no haberse resistido en forma física o más activa, tal como lo sostiene la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

1.2. Segundo cargo. En el fallo impugnado se desconoció que la actitud posterior de NRM obedeció a un episodio de estrés postraumático. El juez plural, así mismo, la responsabilizó por lo sucedido con apreciaciones de carácter moral que implican ponerla de nuevo en el papel de víctima. Incluso su inexperiencia en materia sexual sugiere que bajo los efectos del alcohol no derribaría las barreras psicológicas, físicas y culturales (dos desconocidos, sexo anal y oral, etc.)

¹⁵ *Ibídem.*

por su propia y libre voluntad.

1.3. Tercer cargo. La configuración del elemento típico de violencia no depende de actos físicos de resistencia de la víctima frente al asalto sexual, sino de la realización por parte del procesado de una acción idónea y suficiente para someter su voluntad. De ahí que la norma no exige una determinada reacción en el sujeto pasivo. El Tribunal desconoció que basta una manifestación expresa y clara de donde pueda derivarse la volición de la persona en materia sexual, y que todo hecho desconocedor de una negativa así expresada constituye una afrenta violenta en tal sentido.

1.4. Cuarto cargo. La testigo CSVG se limitó a relatar su propia percepción acerca del estado de NRM antes y después de la conducta punible, razón por la cual en nada contribuyó acerca de la realización del delito imputado.

1.5. Último cargo. La sesgada apreciación del ad quem, en el sentido según el cual la presencia de la madre de JGMG permitía una reacción activa de la víctima, no tuvo en cuenta el testimonio de LAGC ni la versión del otro procesado MLE de que ella «*dormía dopada*»¹⁶.

2. En consecuencia, pidió a la Corte casar el fallo objeto de recurso para, en su lugar, condenar a MLE y JGMG por el delito atribuido en su contra.

¹⁶ Folios 70 y 71 del cuaderno de la Corte.

V. CONSIDERACIONES

1. Asuntos por resolver

1.1. Como la demanda presentada por el apoderado de la parte civil en cabeza de NRM fue declarada desde un punto de vista formal ajustada a derecho, la Sala tiene el deber de resolver de fondo los problemas jurídicos planteados en el escrito, en armonía con las funciones de la casación de buscar la eficacia del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, tal como lo consagra el artículo 206 de la Ley 600 de 2000.

Para ello, la Corte tendrá que desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las diversas aserciones empleadas por sus interlocutores, de suerte que se referirá a cada postura desde la perspectiva jurídica más coherente y racional posible.

1.2. Bajo estas condiciones, la Sala, en primer lugar, se ocupará de la prosperidad o no de los cargos de la demanda.

A continuación, abordará el problema de la sustentación del Tribunal en el fallo que confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia, en el entendido conforme al cual una buena parte del discurso allí obrante no solo riñe con la Constitución Política sino además desconoce la perspectiva de género.

Y, por último, estudiará la única tesis absolutoria que en este asunto podría catalogarse como plausible.

2. Las censuras de la demanda

Desde ya, la Corte advierte que los errores aducidos por el demandante en el único cargo por él planteado carecen de la condición de tales. Veamos:

2.1. En primer lugar, se refirió a un error de hecho derivado de un falso juicio de identidad por mutilación en la apreciación del dictamen de 13 de enero de 2005, así como en la respectiva ampliación de 5 de agosto de ese mismo año, de acuerdo con los cuales las *«equimosis con diámetros entre 1 y 2 cms [...]: 4 en muslo derecho, 3 en muslo izquierdo y 2 en rodilla derecha»*¹⁷ que presentaba NRM después de los hechos eran *«compatibles con las que dejan los pulpejos de los dedos del victimario al tratar de separar los muslos de la víctima»*¹⁸ y, por consiguiente, *«se puede inferir que estas lesiones son el producto de la resistencia que opone la víctima frente a su victimario»*¹⁹. Es decir, el Tribunal habría ignorado en el fallo recurrido la anterior conclusión médica.

Lo anterior, sin embargo, no corresponde a la realidad del proceso. El juez plural sí tuvo en cuenta la posibilidad de que N ofreciera un mínimo de resistencia física frente a las

¹⁷ Folio 4 del cuaderno de instrucción.

¹⁸ Folio 119 ibídem.

¹⁹ Ibídem.

acciones de los acusados y que esta circunstancia hubiese dejado huella en las lesiones descritas por los expertos. Pero descartó dicha realidad fáctica, por lo menos en el grado de certeza, tras aducir a modo de refutación y explicación que las equimosis también pudieron obedecer a que la relación sexual con MLE no se presentó en una alcoba, sino en el corredor de una finca. En palabras del ad quem:

Unas equimosis con diámetros entre 1 y 2 centímetros que presentó N en ambos muslos y en la rodilla derecha (fl. 4), “compatibles con las que dejan los pulpejos del victimario al tratar de separar los muslos de la víctima”, según aclaración de la experticia medicolegal a petición expresa de la parte civil (fl. 119), no constituyen, como lo pretende su representante, prueba cierta y eficaz de la violación. Aparte de no existir certeza sobre el verdadero origen de estas pequeñas lesiones, como bien lo aclaró el perito en una nueva ampliación demandada por el defensor de JG (fl. 495, cuad. 2), es buena la probabilidad de que ellas se hayan producido por algún brusco movimiento durante el intenso acoplamiento realizado con una mujer virgen [sic] y en las circunstancias de incomodidad e improvisación que implicaban el piso descubierto de un corredor de la finca²⁰.

Adicionalmente, ha contemplado la Sala en providencias como CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 32882, y CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 39559, que «el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento que sustentaba sus afirmaciones»²¹. De ahí que dichas aserciones deben valorarse «como todos los demás

²⁰ Folios 606-607 del cuaderno de juicio.

²¹ CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 39559.

medios de prueba, esto es, de manera racional, o sujeta a los parámetros de la sana crítica, y no de manera incondicional o mecánica ante los dictámenes de los especialistas»²².

2.2. En segundo lugar, adujo el recurrente que el ad quem cercenó de la valoración del dictamen psicológico de 22 de agosto de 2005 la proposición experta conforme a la cual NRM se encontraba en un estado que la llevó a negar ante los demás su condición de víctima de un delito sexual violento.

De la misma forma que en el yerro anterior, esta postura es por completo desacertada. En efecto, el reclamo consistió en no haber adoptado una tesis psicológica (la negación) que el Tribunal sí tuvo en cuenta, pero descartó como explicación del comportamiento posterior de N, pues la valoración en conjunto de la prueba lo condujo a una conclusión fáctica distinta. No hubo, por lo tanto, mutilación o tergiversación de contenido probatorio alguno en este sentido. Así lo analizó el juez plural:

Es que el intento por aminorar su mérito y eficacia solo se hizo al margen y al exterior de ellas [se refiere a las declaraciones de XPBV y CSVG]: situando el caso de N en lo que se denomina en psicología el “proceso de negación”, consistente en que ella se negó a sí misma el suceso ignominioso y ultrajante de la violación sexual para minimizar o atemperar el daño que se le irrogó dando la apariencia de que su relación sexual no estuvo por fuera del derecho. Al ampliar un primer dictamen y responder el cuestionario elaborado previamente por parte civil el 5 de julio de 2005 [...], el Departamento de Psicología de Medicina Legal hizo estas

²² *Ibídem.*

precisiones:

[...] “El contenido de sus expresiones verbales da cuenta de que N no quería reconocer el hecho traumático de su violación. La forma repetitiva como aparecen sus declaraciones acerca de que ‘no era verdad’ da cuenta de su sentido conjuratorio. En ello puede observarse cómo su psiquismo rechazaba el reconocimiento de esa verdad” (fl. 127).

Aunque la definición de ese proceso psicológico puede tener alguna atracción, la sustentación de él en el caso de N sí se percibe bastante discutible y vulnerable, pues la sola repetición de su negativa en las declaraciones no comporta para la Sala un argumento sólido y científico, así como para admitir, sin más, que el paciente y cordial comportamiento de N frente a los procesados inmediatamente después de los hechos era fingido, o que era igualmente irreal la versión amplia y circunstanciada que le entregó a su amiga CV sobre lo ocurrido²³.

2.3. En tercer lugar, planteó el demandante a modo de falso raciocinio la violación de una regla de la experiencia que en términos lógicos podría proponerse, acompañada de su respectiva sustentación, de la siguiente forma:

Siempre o casi siempre que una mujer decide terminar su virginidad, lo hace en circunstancias y condiciones especiales para ella. Lo anterior, por cuanto se trata de una experiencia única en su vida, a la que le asigna alto valor y contenido.

Estas proposiciones de ninguna manera entrañarían

²³ Folios 609, 610-611 del cuaderno de juicio.

una máxima de la experiencia. Carecen de pretensiones de generalidad o de alta probabilidad. Son más bien el reflejo de una aspiración normativa, de origen religioso, pues sugieren que la virginidad sería el don máspreciado para la mujer antes de algún acontecimiento especial (su matrimonio). Pero no se compadecen con la realidad de los entornos culturales y sociales que integran el país, en donde el interés público se centra en la planificación frente al riesgo para la población en general, pero en especial para las adolescentes, de embarazos no deseados.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Demografía y Salud realizada por la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (Profamilia)²⁴, en el 2005 (época en que ocurrieron los hechos), dentro de la Región Central del país (que incluye el departamento de Antioquia), las mujeres **(i)** «*inician sus relaciones sexuales en promedio a los 18 años de edad, un año más temprano que lo registrado en el año 2000*»²⁵; **(ii)** las «*más jóvenes, 20-24 años de edad y 25-29 años, son las que inician las relaciones sexuales a más temprana edad, 17,3 y 17,8 respectivamente*»²⁶; **(iii)** la edad promedio «*al momento de su primera unión conyugal es 22 años*»²⁷ y, en general, «*inician su vida sexual antes de tener su primera unión conyugal*»²⁸; y **(iv)** «*el embarazo adolescente [aquel entre 15 y 19 años]*

²⁴ [Http://www.profamilia.org.co/images/stories/afiches/encuestas-investigaciones/central.pdf](http://www.profamilia.org.co/images/stories/afiches/encuestas-investigaciones/central.pdf).

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

aumentó de 19% en el año 2000 a 22% en el año 2005»²⁹.

En este orden de ideas, la primera relación sexual de las más jóvenes suele presentarse antes de la mayoría de edad, no está sujeta necesariamente a las personas con quienes formalizan una unión marital y ocurre en circunstancias que no han sido planeadas de manera debida, tal como lo indica el alto porcentaje de consecuencias no deseadas.

De ahí que es difícil argüir como frecuente o probable que la primera relación sexual de una mujer antioqueña se dé en situaciones especiales para ella o que le sean de elevada consideración. De hecho, los datos sugerirían por lo menos la coexistencia de un valor contrario al tradicional, en el que la virginidad sería un estado susceptible de pronta superación y no un bien para mantener o reservar. Por eso, la testigo CSVG aludió a las etiquetas sociales que, en el ámbito universitario, podrían significarle a NRM el tener veintiún (21) años y nunca haber estado con otra persona:

PREGUNTADA. ¿Usted sabía si con anterioridad había sostenido relaciones sexuales? CONTESTÓ. Sé que no. PREGUNTADA. ¿Cómo se sentía ella por eso? ¿... porque no había sostenido relaciones sexuales? CONTESTÓ. Ella conmigo sí hablaba de eso, era muy consciente del estigma social que hay por ser virgen a los 21 años, el estigma de rechazo que hay socialmente³⁰.

E incluso si la regla propuesta por el actor tuviese algún

²⁹ *Ibídem.*

³⁰ Folio 65 (reverso) del cuaderno de instrucción.

asidero, la Corte, en fallos como CSJ SP, 2 nov. 2011, rad. 36544, y CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 30682, ha dicho que «*el enunciado de una máxima de la experiencia puede llegar a ser inocuo si los medios de conocimiento las desvirtúan, es decir, si se demuestra que en realidad lo que aconteció fue el evento menos probable*»³¹:

En otras palabras, a partir de una particular experiencia jamás podrá construirse una hipótesis que suprima o elimine a la regla general, esto es, a la que sea estimada como la más próxima al comportamiento humano en el contexto en el que se produjo el caso. Pero, por otro lado, una máxima empírica que no cuente con una base fáctica o hecho indicador adecuado (derivado de las pruebas obrantes en la actuación) nunca logrará establecer la verdad o falsedad histórica del suceso fáctico aducido, así el planteamiento cumpla con el requisito de universalidad y, en teoría, se ajuste a las conductas propias del entorno.

*Es decir, además de los argumentos, las pruebas siempre podrán derrumbar las conclusiones fácticas derivadas de las reglas de la experiencia, pero estas carecen de la virtud de imponer, sin el apoyo fáctico necesario, la existencia del fenómeno. Por eso, las reglas de la experiencia van precedidas de la frase “siempre o casi siempre” y no de la expresión “todas las veces”. En este sentido, guardan similitud con enunciados de probabilidad (del estilo “en esta situación, lo más frecuente es” o “bajo estas condiciones, existe una propensión a”) y no con leyes científicas en estricto rigor*³².

En este asunto, si bien el Tribunal aseguró que «*NR indudablemente era una muchacha de excelsas virtudes,*

³¹ CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 30682.

³² CSJ SP, 2 nov. 2011, rad. 36544.

recatada, pudorosa y de aquilatados principios morales»³³, coligió que, pese a ello, fueron «los perniciosos efectos del licor [la] causa indudable de su relajación y desinhibición que la llevó [de manera voluntaria] a esa aventura sexual»³⁴. Esto es, aun en el evento de que por regla general la mujer prefiriera tener su primera relación en circunstancias por completo opuestas a las de N (con dos desconocidos en forma seguida, teniendo el periodo y practicando, además del coito convencional, sexo oral y anal), la conclusión probatoria del ad quem se habría circunscrito al hecho menos probable, sin que esa sola elección fuese motivo suficiente para derivar un error propio del recurso extraordinario.

2.4. En cuarto lugar, propuso el actor un falso juicio de identidad por mutilación en la apreciación del testimonio de CSVG, en lo que respecta al hecho de que NRM rompió a llorar cuando regresó a la casa de XPBV y tanto la víctima como la testigo quedaron solas. En palabras de la declarante:

Después, cuando yo sentí, N estaba en la cama sentada, estaba al lado de X y ella llegó bien, tanto es que llegó bien que le pegué un puño y le dije usted dónde estaba, dónde se nos metió, ella no me dijo nada, X se fue a dormir y ella se quedó ahí, empezó a llorar, estaba ella en el sofá y empezó a llorar, le pregunté que qué pasaba y ella superllorando [sic] me dijo que pasó lo que tenía que pasar y ella no me hablaba mucho en ese momento porque estaba así como consternada»³⁵.

³³ Folio 612 ibídem.

³⁴ Folio 614 ibídem.

³⁵ Folio 64 (reverso) del cuaderno de instrucción.

Aunque es cierto que el Tribunal en el fallo impugnado no consideró esta circunstancia, también lo es que el censor no explicó en forma satisfactoria su trascendencia. Sugirió al respecto que dicho extracto apoyaba la tesis según la cual el cambio de actitud que N presentó a la mañana siguiente correspondía más a la negación sostenida en el dictamen que al reflejo de una acción libre y consensuada.

Pero esta postura carece de suficiencia. Por un lado, el Tribunal no solo abordó y descartó la hipótesis psicológica que respaldaba el contenido probatorio pretermitido. Y, por otro lado, el llanto de N cuando quedó sola con C podía explicarse en función de otra teoría que se defendió en el fallo recurrido, en el sentido de que las crisis emocionales presentadas por el sujeto pasivo después de los hechos no obedecieron al trauma de la violación, sino a la culpa que sintió frente a la transgresión de sus propios valores:

El estado de depresión y angustia y el estrés postraumático que como secuelas le quedaron a N de seguro entonces tuvieron su origen en su ineluctable complejo de culpa, pues al fin ella debió resignarse a admitir que sus convicciones morales y buenos principios (“no separa el sexo del amor”, dice su madre, fl. 105) quedaron malogrados en un instante desgraciado y fugaz de su vida.

Es la razón que a la Sala se le ocurre para explicar su lamentable estado psicológico después de los hechos, razón por la cual no participa tampoco de la idea de que su depresión y su trauma tendrían que estar vinculados a un atentado contra su libertad

*sexual*³⁶.

2.5. Por último, formuló la violación de una supuesta máxima de la experiencia, una según la cual el intérprete de la prueba debe valorarla siempre poniéndose en la situación de la persona involucrada (*«es necesario colocarse en el lugar del otro (modelo kantiano)»*³⁷).

Dicha aserción no se refiere a una regla empírica sino a un criterio normativo. Se usa, por ejemplo, en la denominada perspectiva *ex ante*, propia de teorías como la imputación objetiva, en la cual el juez debe retrotraerse al momento de la realización de la acción y examinar, en palabras del fallo CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 27388, *«si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico»*³⁸.

Como no se trata entonces de una inferencia equivocada o mal construida por parte del Tribunal, sino la alusión inane a un método de apreciación, el vicio es infundado.

3. El discurso de discriminación del Tribunal

3.1. En su concepto, el Ministerio Público propuso dos (2) temas derivados de la sustentación del recurrente, ambos

³⁶ Folio 614 del cuaderno de juicio.

³⁷ Folio 675 ibídem.

³⁸ CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 27388.

atinentes a la configuración en el caso concreto del elemento típico de la violencia para el delito de *acceso carnal violento*. El primero, relacionado con la negación como forma idónea de comunicar la voluntad en el campo sexual («*solo basta la manifestación verbal, expresa y clara [...], y todo acto de desconocimiento a una negativa así expresada constituye un innegable abuso que el legislador ha previsto como delito*»³⁹). Y el segundo, circunscrito a la ausencia de actos de resistencia física como indicador de la aquiescencia de la titular del bien jurídico («*[e]l consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual*»⁴⁰).

Si bien el desarrollo de dichos aspectos ostentan interés jurídico penal, no son relevantes para la definición de este asunto.

En efecto, tanto el problema de la negativa por parte de la víctima como el de la resistencia ofrecida por ella solamente ostentan relevancia si se parte de la idea según la cual el relato de los hechos de NRM acerca de lo que sucedió en la finca de JGMG se corresponde con la realidad de los hechos y este supuesto no es el demostrado con certeza en este proceso, la duda probatoria es precisamente el fundamento de los fallos de instancia y de la Corte.

3.2. El Tribunal, jamás declaró que la versión de la portadora del bien jurídico fue la ajustada a la realidad de los

³⁹ Folio 65 del cuaderno de la Corte.

⁴⁰ Folio 57 *ibídem*.

hechos, la contempló como una posibilidad, a la que se enfrentaba prueba que admitía también la probabilidad de haber ocurrido en circunstancias opuestas a los testificados por aquella, al concluir que *«no se probó con grado de certeza, el elemento fundante de la violencia que requiere, en torno a su estructura, el correspondiente tipo penal.»*

En ese sentido, ya sea para desvirtuarla o demeritarla en cuanto a su alcance probatorio, el Tribunal incurrió en argumentos inaceptables, en tanto son contrarios a la Constitución Política en general y a los derechos fundamentales de la mujer en particular, reparo que a pesar de todo no permite superar la duda razonable que genera la absolución al estimar en conjunto la prueba apreciada en su integridad.

Estas son las principales posturas advertidas en el fallo impugnado, que la Corte de ninguna manera puede prohijar:

3.2.1. *Estimar que cuando NRM le dijo a JGMG que no quería tener sexo con él, lo hizo para mantener apariencias en un plano moral, pues en realidad era su deseo decirle que sí.*

De conformidad con la versión del segundo procesado, las relaciones sexuales que sostuvo con la portadora del bien no solo fueron queridas sino además solicitadas por ella.

El Tribunal sostuvo que el comportamiento de la supuesta víctima era el reflejo de una *vis grata puellis*, o violencia grata a las niñas, y por consiguiente había prestado

su aquiescencia⁴¹.

Para el ad quem, la *vis grata puellis grata* es una circunstancia no constitutiva de violencia que consiste en el acto de la mujer, orientado a mantener apariencias en el plano sexual, de decir ‘no’ a los avances del hombre cuando en realidad lo que ha querido responder es ‘sí’:

“El extremo opuesto sería considerar como forma de violencia la vis grata puellis, violencia grata a las niñas, de que habló Ovidio. Refiérese esta posibilidad a los casos en los cuales la mujer está dispuesta a entregarse, pero quiere guardar algunas apariencias, bien sea como último rezago del pudor o para demostrar una falsa honestidad, o para evitar ser considerada como fácil, o como simple subterfugio para excitar aún más a quien verdaderamente desea entregarse. La negativa en estos casos es convencional y formalista, lo mismo que la aparente resistencia (...) La resistencia convencional ‘satisface el amor propio y calma la conciencia de la mujer’. Dícese, por lo tanto, que en estos casos ‘no hay constricción sino conquista’, que el agente no ha penetrado ‘por la fuerza, sino que se ha limitado a empujar no a una puerta cerrada, sino completamente abierta’ (Manzini). En estos casos el no formal y aparente es un sí sustancial y real...” [...]

Esa vis grata puellis, no constitutiva de violencia, es la que merodea en ambos encuentros sexuales [...].

Por eso agrega el último autor que “...la resistencia debe traducirse, cuando es posible, en un principio de contraposición de fuerzas cuando no haya armas de por medio como señal de violencia. En tales casos, la resistencia es un verdadero obstáculo físico, un rechazo material que es expresión de uno psicológico. Enunciación

⁴¹ *Ibídem.*

de los principios generales es la siguiente doctrina del Tribunal Supremo Español: ‘El delito... requiere la voluntad discrepante de la víctima, opuesta inequívocamente a la ejecución del acto carnal, aunque la venciere de manera ostensible el empleo de la fuerza o del procedimiento intimidatorio, los cuales deben relacionarse siempre, para medir su trascendencia, con aquellos datos del lugar, hora y posible auxilio de personas extrañas que contribuyan a formar un concepto de si la mujer adoptó una actitud de abierta resistencia frente a los designios del supuesto violador, hasta el límite donde comenzare algún peligro serio para su persona, o si, por el contrario, la levedad de la repulsa no traspasó la categoría de la mera protesta formularia confundible con el pasivo dejar hacer’ [...]. Y complementa:

”Otra de esas conocidas reglas exige que para que se hable de resistencia se requiere que la presunta víctima dé gritos de auxilio. En realidad, puede aceptarse que los gritos entrañan una forma de resistencia y que el darlos es expresión de ausencia de consentimiento...”

Y de contera el no darlos es muestra de asentimiento o aquiescencia para la relación sexual, sobre todo cuando, como aquí, se reitera, una simple voz de protesta o rechazo era suficiente para que los procesados casaran en sus supuestos propósitos criminales, o para que, en todo caso, la inmediata o ineluctable presencia de Luz Amparo Gómez frustrara e hiciera imposible la acción⁴².

La inferencia del Tribunal puede ser presentada de la siguiente forma:

⁴² Folios 604-606 ibídem. Citando a Martínez Zúñiga, Lisandro, *Derecho penal sexual*, Editorial Temis, Bogotá, 1977 (segunda edición), pp. 216-217, 219 y 223.

(i) Hecho indicador: *NRM le dijo a JGMG cuando él empezó a besarla que no quería sostener relaciones sexuales; también le preguntó mientras él la desvestía si la iba a violar.*

(ii) Hecho indicado: *El acceso carnal de N y JG fue consensuado.*

(iii) Criterio o idea subyacente: *Siempre o casi siempre que en materia sexual la mujer le dice al hombre que no, lo que en realidad desea manifestarle es que sí.*

Esta postura es por completo inaceptable. El juez plural, en lugar de partir de la idea razonable de que por regla general ‘no’ significa ‘no’ en el tema sexual, impuso como parámetro que el ‘no’ de una mujer en últimas quiere decir ‘sí’. Y en vez de explicar por qué en el caso concreto la negativa de NRM debía interpretarse como un juego entre adultos situados en un mismo nivel de respeto, confianza e igualdad, sustentó tal tesis basándose en prejuicios, sofismas y otros recursos erísticos, a saber:

- Disfrazó un concepto simple sostenido en la sentencia (“*cuando una mujer dice ‘no’ en el tema sexual, en verdad ha querido decir que sí*”) con falsa erudición y complejidad. Para ello, trajo a colación una aserción escrita en latín (*vis grata puellis* o ‘violencia grata a las niñas’) y se la asignó a la obra de un autor de la antigüedad: *El arte de amar*, del poeta Ovidio⁴³. Es una elegía de tipo didáctico, escrita alrededor del

⁴³ “*Vim licet apelles: grata est vis grata puellis ista puellis / Quod iuvat,*

año uno de nuestra era, que se compone de tres libros: *Sobre cómo y dónde conseguir el amor de una mujer*, *Sobre cómo mantener el amor ya conseguido* y *Consejos para que las mujeres puedan seducir a un varón*. Sin perjuicio de su valor literario o histórico, es, por obvias razones, un texto incapaz de describir o explicar cómo son las relaciones de pareja en el siglo XXI.

- También lo sustentó en doctrina nacional, que a su vez se apoyaba en el derecho italiano. Pero los libros citados en el texto⁴⁴ fueron escritos entre 1972 y 1990⁴⁵ (esto es, en una época previa a la Carta Política de 1991), e incluso la tesis foránea de la cual se nutren data de mucho antes. Dichas fuentes provienen de sociedades que no habían adoptado una perspectiva de género y en las que, por consiguiente, las ideas de discriminación e inferioridad de la mujer dominaban en las ciencias sociales. La dogmática penal en aquel entonces no constituía una excepción. Por ejemplo, se decía que el delito de *acceso carnal violento* no podía realizarse dentro del matrimonio. El argumento implícito en esa postura era que el deber conyugal para con el marido siempre prevalecería sobre la voluntad de la contrayente.

- La noción de *vis grata puellis* contiene supuestos de orden moral que riñen con los valores presentes. Cuando se

invitae saepe dedisse volunt", Ovidio, *El arte de amar*, Libro I, I. 673-674.

⁴⁴ Folio 604 del cuaderno II de la actuación principal: «Jorge Enrique Valencia, Estudios de derecho penal, Universidad Externado de Colombia, p. 306» y «Lisandro Martínez Zúñiga, Derecho penal sexual, segunda edición, Temis, Bogotá, pp. 216-217».

⁴⁵ Valencia Martínez, Jorge Enrique, *Estudios de derecho penal especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, segunda edición, 1990; Martínez Zúñiga, Lisandro, *Derecho penal sexual*, Temis, Bogotá, primera edición, 1972.

la define como aquel «*simulacro para esconder afectaciones pudorosas o para encubrir el deseo de la propia entrega sexual*»⁴⁶, o como una puesta en escena tendiente a «*guardar algunas apariencias, [...] demostrar una falsa honestidad o [...] evitar ser considerada como fácil*»⁴⁷, se parte de un ideal de lo femenino contrario a la realidad, en el cual la mujer no debería mostrarse concupiscente dentro de sus relaciones de pareja con el fin de no ser vista como pecadora o, peor aún, dispuesta a copular con cualquiera. Se trata de un precepto moralista que no es compartido por la generalidad ni hace parte de lo razonable.

3.2.2. *Concluir que no desplegar actos de resistencia física, ni pedir auxilio es aceptar libre y voluntariamente un trato sexual.*

Al respecto, explicó el cuerpo colegiado que el delito de *acceso carnal violento* «*requiere la voluntad discrepante de la víctima*»⁴⁸ que deberá traducirse en una «*actitud de abierta resistencia frente a los designios del supuesto violador, hasta el límite donde comenzare algún peligro serio para su persona*»⁴⁹. Por lo tanto, «*para que se hable de resistencia, se requiere que la presunta víctima dé gritos de auxilio*»⁵⁰ y «*el darlos es expresión de ausencia de consentimiento*»⁵¹.

El razonamiento del Tribunal es el siguiente:

⁴⁶ Folio 604 del cuaderno II de la actuación principal.

⁴⁷ *Ibídem.*

⁴⁸ Folio 605 *ibídem.*

⁴⁹ *Ibídem.*

⁵⁰ Folio 606 *ibídem.*

⁵¹ *Ibídem.*

(i) Hecho indicador: *N sabía de la presencia de LAGC en la finca; sin embargo, no gritó por auxilio ni solicitó su ayuda antes de ser accedida carnalmente.*

(ii) Hecho indicado: *Las relaciones sexuales sostenidas por N en la finca se dieron con su consentimiento.*

(iii) Idea o criterio subyacente: *No hay violencia en un acceso carnal si no hay gritos de la supuesta víctima u otros actos de resistencia cercanos o al borde de un peligro serio para su vida e integridad física.*

Tal postura vulnera la lógica de lo razonable. En efecto, es absurdo pensar que en todos los casos en los cuales se ha imputado la realización del artículo 205 del Código Penal la víctima está obligada a actuar de determinada forma en aras de colegir que la acción del autor fue violenta. Lo primordial frente a estas situaciones consiste en establecer cuál era la voluntad del titular del bien, sin perjuicio de sus reacciones o la ausencia de estas. El Tribunal le impuso entonces al sujeto pasivo una condición especial que el tipo no contempla.

Cuando la Corte, en la sentencia CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413, arguyó que la violencia física en el acceso carnal consistía en cualquier vía de hecho suficiente para «*vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado*»⁵²,

⁵² CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413.

jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan solo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención de las circunstancias particulares, lo que implicaría considerar todas las contingencias (incluidas la inactividad, el pánico y la total subordinación) frente a las agresiones sexuales.

4. La hipótesis razonable

4.1. Como se adujo en precedencia (cf. 3.2), el Tribunal en sustento de su decisión absolutoria propuso por lo menos dos (2) hipótesis o explicaciones respecto de lo sucedido entre los procesados y NRM la noche de los hechos.

La primera, que los accesos carnales se dieron bajo las circunstancias descritas en principio por N, es decir, que ella se negó a las intenciones de los agentes pero estos continuaron.

Y la segunda, que las relaciones sexuales se presentaron conforme a lo narrado por M y JG en indagatoria, es decir, que los accesos no solo contaron con el consentimiento de ella, sino además ocurrieron por su propia iniciativa («[n]o le suscita pues a la Sala ninguna inquietud la voluntaria y libre entrega sexual de N a los procesados en las circunstancias como estos dicen»⁵³).

En el primer evento, con lo hasta ahora analizado (y a

⁵³ Folio 613 ibídem.

partir del supuesto de que lo dicho por la víctima se ajustaba a la verdad), la ausencia de sujeción tanto a la Constitución Política como a la ley de la sentencia impugnada sería más que evidente. La consecuencia radicaría entonces en casar tal decisión con el fin de declarar que los procesados incurrieron en el delito de *acceso carnal violento*.

En la segunda hipótesis, sin embargo, la segunda instancia ofreció una explicación alternativa a la suministrada por el ente acusador, que soportó en el contexto lógico en el cual se desarrollaron los hechos, así como en las condiciones especiales de los sujetos implicados, en especial las del sujeto pasivo. Estos factores fueron:

Según el dictamen de 1º de agosto de 2006, suscrito por un psicólogo especializado forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y valorado de manera positiva por ambas instancias, como el alcohol «*ejerce un efecto depresor del sistema nervioso central*»⁵⁴ e interviene «*específicamente en los centros corticales que ejercen los frenos morales*»⁵⁵, produce «*en la conducta un resultado de desinhibición*»⁵⁶.

Conforme al funcionario a quo, la desinhibición que el consumo de alcohol produjo en N fue causal para comportarse del modo en que lo hizo dentro de la discoteca (es decir, para besarse con una persona que recién acababa de conocer e irse a su mesa). Pero ese estado de ebriedad, aunado a los principios inculcados (el sexo debe tenerse por

⁵⁴ Folio 375 del cuaderno II de la actuación principal.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

amor) y a la fase del mes en la que se hallaba (menstruación), no lograba sustentar la veracidad de los actos sexuales que los procesados le atribuían. Por lo tanto, ellos mentían en tales aspectos específicos.

El Tribunal, en cambio, estimó que NRM obró de manera contraria a sus principios morales debido a la desinhibición experimentada por el alcohol y que por lo tanto dicha condición la condujo en forma voluntaria a sostener relaciones sexuales con dos hombres, en las circunstancias ya descritas.

A este respecto, precisó el Tribunal que «*NR indudablemente era una muchacha de excelsas virtudes, recatada, pudorosa y de aquilatados principios morales*»⁵⁷.

Por lo tanto, «*N no estaba para vivir su primera experiencia sexual tras la entrega voluntaria a dos sujetos que acaba de conocer y en circunstancias tan especiales*»⁵⁸.

Sin embargo, «*a ella no se le puede juzgar, para tales efectos, dentro de sus cabales y en completo sano juicio, sino en su real y lamentable estado de ebriedad de esa noche, durante el cual mostró comportamientos capaces de impresionar a sus propias amigas*»⁵⁹.

Es decir, como «*los hechos no ocurrieron estando ella en*

⁵⁷ Folio 612 ibídem.

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ Folio 613 ibídem.

plenitud de su lucidez y su juicio, sino bajo los perniciosos efectos del licor»⁶⁰, no hay dudas acerca de «la voluntaria y libre entrega sexual de N a los procesados en las circunstancias como estos dicen»⁶¹

Esta explicación del Tribunal no es absurda ni carente de sentido. La desinhibición que produjo el consumo de licor condujo a N a tener sexo con dos personas que recién acababa de conocer y luego, frente a la transgresión de sus principios morales, se justificó aduciendo que los accesos habían sido contrarios a su voluntad.

Las circunstancias establecidas por la Fiscalía General de la Nación no lograron refutar del todo esta hipótesis, en tanto subsiste en ella una historia plausible, además de exculpatoria, acerca de las razones por las cuales N denunció a los procesados como agresores sexuales.

4.2. Como si lo anterior fuese poco, la segunda instancia contempló otro material probatorio que soportaba la tesis de la desinhibición total de la titular del bien, por ejemplo, la relacionada con el comportamiento presentado por NRM después de los accesos carnales.

De acuerdo con la declaración jurada de la denunciante, los procesados la acompañaron a la casa de XPBV e incluso JG le prestó su saco, así como la abrazó para que se le facilitara caminar. De igual manera, dijo que durante el

⁶⁰ Folios 613-614 ibídem.

⁶¹ Folio 613 ibídem.

trayecto hablaron de varias cosas, entre otras, del desempeño sexual de cada uno de ellos:

Cuando ya terminó, [JGMG] se vistió y me preguntó que si sabía llegar a donde me estaba quedando, yo le dije que yo no sabía llegar, que si estaba en el pueblo yo era capaz de ubicarme, pero que yo no sabía en ese momento dónde estaba, entonces no sabía cómo llegar, entonces me dijo que me vistiera, que él me iba a llevar hasta el pueblo, cuando me sacó de la pieza, aclaro, es que mientras JG estaba conmigo M tocó la puerta y le dijo algo así que para estar los dos conmigo a la vez y JG le dijo que no, no sé por qué. Cuando ya me sacaron de la casa, empezamos a caminar y estaba lloviendo y entonces JG le dijo a M que me prestara el buzo y M le dijo que no, dijo “yo cómo se lo voy a prestar y además me lo dejó vuelto nada, lleno de sangre”, estaba únicamente interesado por su buzo, entonces JG se quitó el buzo de él y me lo prestó, cuando empezamos a caminar yo todavía estaba muy mareada y no era capaz de caminar, entonces JG me cogió abrazada como para servir de apoyo y poder caminar.

Durante el trayecto, ellos hablaron de muchas cosas, entre esas hacían comentarios despectivos acerca de mí, como gozándome porque todavía era virgen a los 21 años, me preguntaron que qué sentía por ya no ser virgen, que por qué yo no me depilaba los genitales. M me dijo, me dijo literalmente que si era la primera vez que me daban por detrás y yo le dije que sí y me dijo que no me creía que porque yo tenía el ano muy abierto, yo me supongo que fue por tanto que ellos me dieron que se relajaron tanto los músculos, M le preguntó JG que si sería que la mamá de JG se había dado cuenta, entonces JG le dijo que no, que porque ella vivía dopada con esas pepas que se tmaba [sic].

Seguimos caminando, cuando M me dijo que yo era la segunda a la que desvergaba [sic], me imagino que sería a la que estaba por

primera vez, me preguntó que quién había sido mejor polvo, así literal, que quién había sido mejor polvo, que si JG o él, y que si era que con él no me había gustado porque no me había dado piquitos y caricias después, cuando llegamos al pueblo, a la casa de X, yo empecé a tocar la puerta y me abrieron, toqué el timbre, toqué muchas veces y no contestaron, entonces JG me preguntó que si sabía el teléfono de la casa y yo se lo di y él llamo, cuando X contestó él me pasó el celular y yo le dije a X que bajara, que yo estaba ahí afuera, cuando X me abrió yo entré y JG me preguntó, me dijo “lo repetimos mañana”, yo en ese momento me entré a la casa y M me preguntó que si iba a ir al otro día a la discoteca y yo le dije que no y le cerré la puerta en la cara⁶².

Los relatos de los procesados no son muy diferentes. Según MLE, todos ellos se reían y comentaban acerca de lo sucedido, aunque él le hizo un reproche a N que la molestó. También adujo que ella iba abrazada con JG y se despidió de los dos:

Entonces le dije que nos fuéramos y yo me vestí, él se vistió, N ya estaba vestida cuando yo salí del cuarto y salimos para el pueblo a pie, ya no estaba lloviendo, eran más o menos las cuatro de la mañana. Aclaro: yo salí de la discoteca con N a las 12 de la noche aproximadamente, JG llegó a la casa a la 1:45 de la mañana más o menos, incluso le dije que por qué se había demorado tanto, y salimos de la casa de JG hacia el pueblo a las cuatro de la mañana. Entonces JG llevaba a N abrazada y yo iba hablando con ellos, al principio íbamos haciendo chistes sobre lo que había pasado y entonces yo en un momento le recriminé a N lo que había hecho y ella como que se molestó conmigo y me dijo que yo tan bobo, que ella vería qué hacía, llegamos a la cuadra donde queda

⁶² Folio 17 (frente y reverso) ibídem.

la casa de la amiga de N, en esa cuadra ella insistía que la casa quedaba allí, pero no sabía cuál era la casa, tratamos de llamar pero no teníamos señal, entonces caminamos hasta el parque, eran como dos cuadras, a buscar señal, ahí JG tenía señal y de ahí llamamos, caminamos a los dos lados y de ahí se llamó, como al tercer intento le contestaron, él le entregó el celular a N, N habló con la amiga, ella le dijo que ella ya le abría, le abrió, la saludó, JG se despidió de ella y él le dijo que la llamaba al otro día, yo me despedí de ella, saludé a la amiga y nos fuimos de vuelta para la casa [...] ⁶³.

Conforme a JGMG, la víctima le dijo que le había gustado mucho estar con él y ella se despidió de ambos con besos en la boca:

No, en el camino nos fuimos hablando de la fiesta, charlando, ella me dijo que le había gustado mucho como había sido y no, cuando yo la llevé a la casa simplemente me despedí de ella y ella me dio un beso en la boca, ella cuando llegamos al pueblo me dijo me dijo que no sabía en cuál casa estaba hospedada, entonces yo desde mi celular llamé al teléfono que ella me dio y efectivamente contestó una mujer y yo le dije que N iba a hablar con ella, le entregué mi celular a N, N le dijo que saliera por favor, que no se acordaba de la casa y la amiga abrió la puerta de la casa y salió. Entonces nosotros, M y yo, la llevamos hasta donde la amiga, ya cuando nos despedimos.

Luego de que la llevé ella me devolvió mi buzo, ya que yo se lo había prestado para que se resguardara del frío, cuando nos despedimos, ella me lo devolvió, me dio un beso en la boca y se despidió muy cortésmente, lo mismo hizo con M⁶⁴.

⁶³ Folios 52 y 53 ibídem.

XPBV, persona que le abrió la puerta a N cuando llegó con los procesados, afirmó que todos se hallaban en un plan amistoso, riéndose, y que ella, a quien observó en condiciones normales, se despidió de manera amable, aunque no se dio cuenta si los había besado:

Cuando llegamos a la casa, como no la encontramos, decidimos que lo único que había que hacer era acostarnos y esperar al otro día y ya para avisarle si no aparecía a la mamá y formular una denuncia de que estaba desaparecida. Pasado por ahí media hora o 45 minutos de que nos habíamos acostado sonó el teléfono y yo contesté, cuando contesté era N, yo le pregunté que dónde estaba y dijo que estaba en el parque, que abriera la puerta, y ella llegaba con dos hombres, uno era con el que estaba en la discoteca y el otro no sé. Los tres llegaron muertos de la risa, y venían como hablando, venían como bien. Uno de ellos le dijo a N que se despidiera, ella se despidió de los dos hombres y uno de los dos le preguntó que si iba a salir al otro día, ella le dijo que no sabía y cerró la puerta, ya entramos, ella a mí no me dijo nada, ni dónde estaba, ella levantó a C, se quedó hablando con C y yo me fui a dormir. [...]

Entre el momento en que ella llama a mi casa y yo le abro la puerta, eso fue ahí mismo, yo de una me levanté, bajé al primer piso, abrí la puerta y ella ya estaba llegando. Ella iba caminando en condiciones normales, venía caminando por la cera, normal, venía hablando, uno de los muchachos con los que venía empezó a cantar, iban riéndose, alegres, y yo dije “tan charro, uno pensando dónde estaban y ellos acá tan contentos”. Yo no vi si se despidieron de beso, pero ella sí se despidió amable de los dos, no se despidió brava, y uno de los dos le preguntó que si iba a salir al otro día y ella dijo que no y cerró la puerta, se corrige, ella dijo “no sé” y cerró

⁶⁴ Folios 38 y 39 ibídem.

*la puerta*⁶⁵.

Volviendo a la titular del bien jurídico, ella sostuvo que al día siguiente le contó a CSVG lo que le había pasado, pero sin hacerlo bien debido a que perdió la confianza en su amiga:

*Al otro día estaba y como en shock, como aturdida por lo que había pasado y X no me preguntó nada, ni yo tampoco le conté nada, a la que le conté fue a C, pero no le conté cómo pasaron las cosas bien, porque ya había perdido la confianza en ellas, ellas lo que decían era que quién me había mandado a tomar. Que mirara el lado positivo, que ya no era más virgen. Que por ahí en 15 días yo iba a contar todo muerta de la risa. Decía “quién ve a mi amiguita y se rumbió [sic] a dos tipos en una noche”. Yo en la universidad no la miro, no la determino, es que ella me conoce, que no soy así, que yo no pude haber disfrutado eso para nada, yo soy muy seria en mis relaciones para venirme a acostar con dos tipos que no conozco. Yo no tengo novio siquiera*⁶⁶.

CSVG, por su parte, manifestó que una vez quedó a solas con NRM la reacción de ella fue llorar y decirle que «*pasó lo que tenía que pasar*». Agregó que, a la mañana siguiente, el relato de N fue en su sentir el de dos encuentros sexuales, mas no el de unas violaciones. E incluso manifestó que bromearon acerca de lo sucedido:

Ella me contó, pero no me contó en ese momento, me contó al otro día, ella me contó que no se acordaba en qué momento había salido

⁶⁵ Folio 59 ibídem.

⁶⁶ Folio 19 (reverso) y 61 (reverso) ibídem.

de la discoteca, que se la llevaron para una finca que quedaba más o menos pasando por el hospital, ella dijo por dónde, que antes de una estación de yo no sé qué pero pasando por el hospital, ella describió por dónde era la finca, que el tipo que se acercó a nosotras se llamaba M, que estudiaba en (...), que era disyey [sic], ella me dijo qué estudiaba pero no recuerdo, creo que economía, que el tipo llegó a la finca, que se fueron en un taxi, que ella estaba, que no habían [sic] llaves para entrar, entonces que él en el pasillo antes de entrar a la casa, que él le empezó a quitar la ropa y se acostaron en el piso, que él, que ella le preguntó “qué está haciendo” y él le dijo “le estoy quitando el tampón”, él se dio cuenta que ella tenía el periodo, entonces que él o que ella vio cuando él se puso el condón y estuvieron juntos, que se vistieron después de estar juntos y se vistieron y se quedaron esperando que llegara el dueño de la finca, pero no recuerdo el nombre de él.

Él llegó y les dijo a ellos que qué estaban haciendo ahí, que siguieran entonces, él abrió la puerta y ellos siguieron, no me acuerdo por qué ella resultó acostada en una cama, no recuerdo en qué parte de la casa, que estaba ahí cuando llegó el otro, no M sino el otro, le empezó a preguntar que ella quién era, que empezaron a hablar y él se le acostó a un ladito y estaban hablando así normal, entonces él empezó a buscarla a ella para estar juntos y ella le dijo que ella no quería, y entonces él se puso normal y que siguieron hablando y volvió a insistir y que ella empezó a pensar en ese momento “qué más da” y estuvieron juntos con el otro también, que cuando habían terminado él le dijo “quiere que la lleve a la casa” y ella dijo que sí, que entonces ellos se vistieron rápido y la llevaron a la casa. [...]

PREGUNTADA. ¿N le manifestó a usted si las relaciones sexuales que sostuvo con M y el otro individuo que usted no sabe su nombre habían sido consentidas o por la fuerza? CONTESTÓ. Ella nunca me dijo que los tipos fueron agresivos con ella como cogerla a la fuerza,

nunca me dijo, lo que sí me dijo fue que con el segundo que intentó acercarse primero dijo que no, que después hablaron y ya ella dijo que sí, aclaro, que como que ella dijo “qué más”, ella me dijo “yo pensé qué mas da”, no es que se hayan hablado entre sí. PREGUNTADA. Según sus respuestas anteriores, ¿entonces N se mostró arrepentida de haber sostenido relaciones sexuales con esos muchachos? CONTESTÓ. Pues arrepentida no sé si sería la palabra, ella se mostró después cuando me estaba contando, a pesar de que estaba de una actitud no traumatizada, ni aterrada, pero ni estaba llorando, estaba como consternada, de pronto digo yo estaba como en shock, cuando me estaba contando no me contó como de una manera horrible, entonces pienso yo que estaba como en shock, ella estaba como resignada, o esa cuando estaba contando nunca nombró violación, nada de eso, ella se mostró mientras estaba contando se mostró normal, lo que pasó en la noche, no lloró cuando me lo estaba contando, ella sí lloró mucho la noche anterior, pero cuando me contó ya estaba tranquila, yo nunca pensé que eso hubiera sido una violación por la forma como me lo contó, menos pensé o percibí que fuera una violación.

PREGUNTADA. ¿Usted le hizo algún tipo de cuestionamiento a N cuando le contó eso? CONTESTÓ. Sí, le pregunté “qué tal pasó pues, por lo menos”, entonces ella me dijo, se echó como a reír y ahí fue donde me contó que de venida uno de los dos le preguntó a ella “N, para ser tu primera vez con cuál de los dos te pareció mejor”, entonces ella le dijo como a grandes rasgos, no recuerdo palabras textuales, que con M había sido más guache con ella, “usted, con usted no porque lo tiene chiquito y con, con el otro no”, más o menos, entonces ahí nos echamos a reír, yo le pregunté, ella me contó que ella había visto en esos días un horóscopo erótico que decía que ese fin de semana iba a estar de bragueta en bragueta y nos echamos a reír por esos chistes⁶⁷.

⁶⁷ Folios 64 (reverso), 65 y 65 (reverso) ibídem.

Durante el trascurso del proceso, la Fiscalía explicó este comportamiento posterior de la titular del bien jurídico como un subterfugio psicológico, consistente en negar su condición de víctima. La fundamentó en el informe de psicología forense de 22 de agosto de 2005, en el cual el especialista forense también le diagnosticó «*un trastorno de estrés postraumático como secuela de los hechos denunciados*»⁶⁸.

El Tribunal, en la decisión impugnada, no desestimó tal conclusión médica. Simplemente, le asignó al estado mental padecido por la titular del bien un origen fáctico distinto, no el de los accesos carnales violentos argüidos por ella, sino el de la culpa derivada de la transgresión de sus valores.

En este orden de ideas, el juez plural acogió la hipótesis de los hechos más sencilla, conforme a la cual si NRM, después de la realización de los resultados, se despidió en buenos términos de sus supuestos agresores y luego le contó a su amiga que tuvo sexo con ellos sin asomo alguno de falta de consentimiento o de vías de hecho constitutivas de violencia, fue porque las acciones que denunció habían sido consensuadas. En palabras del ad quem:

Nadie entendería que una dama después de ser accedida carnalmente contra su voluntad, en la forma atroz e indignante que destaca la parte civil, regrese risueña al pueblo con los dos ‘violadores’ y amablemente se despida de ellos en presencia de la amiga que salía a recibirla. Como esto no tiene ninguna

⁶⁸ Folio 126 del cuaderno I de instrucción.

presentación –por ilógico, absurdo e irracional–, tal actitud de N origina un nuevo barrunto que solidifica aún más la tesis de que su entrega sexual fue libre y voluntaria.

Pero lo que le contó ella al día siguiente a su amiga y condiscípula CVG, allá mismo en la casa de X donde ambas estaban, deja pintada de cuerpo entero la falacia procesal de N[...].

Sin piso queda entonces la hipótesis de que N fue accedida carnalmente sin su anuencia o consentimiento, pues tampoco el impugnante ni el señor juez en la sentencia se atrevieron a rebatir estos testimonios de C y X, demostrativos de que allí en dicha finca esa noche no se cometió ningún delito sexual. Claro, si por mil razones no era posible que N, habiendo sido realmente violentada o coaccionada por los procesados para el ayuntamiento, le revelara a su amiga C –con el único compromiso de la amistad– que todo había sucedido durante una aventura suya con plena conciencia y libre voluntad; y si tampoco era racional y comprensiblemente humano que después de haber sido ciertamente víctima del atentado sexual recorriera las calles de esa población en completa camaradería con sus victimarios, renunciando a cualquier propósito de delación, la tesis entonces de la violación queda sin soporte probatorio⁶⁹.

Esta postura no constituye error alguno susceptible de ser abordado en sede de casación. El demandante ningún error arguyó en este sentido, más allá del que fue descartado en precedencia, ni tampoco la Sala lo advierte.

En consecuencia, la Sala no casará el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Antioquia.

⁶⁹ Folios 607-609 ibídem.

5. Otras determinaciones

5.1. En un memorial presentado el 22 de julio de 2013 por el representante de MLE, solicitó a la Corte que «*declare la prescripción de la acción penal*»⁷⁰.

Mediante auto de 20 de agosto siguiente, se le informó al abogado que «*la valoración de su solicitud de prescripción será objeto de debate en el pronunciamiento que emita la Sala al momento de resolver el recurso extraordinario*»⁷¹.

Pues bien, como quiera que la pena máxima del delito por el cual fueron acusados los procesados asciende a los doscientos setenta (270) meses, es decir, a los veintidós (22) años y seis (6) meses, y debido a que la resolución acusatoria por el delito de *acceso carnal violento agravado* quedó en firme el 30 de mayo de 2006⁷², es obvio que el plazo de prescripción se agota en diez años contados a partir de esa última fecha, esto es, el 30 de mayo de 2016.

Por consiguiente, a la hora de esta providencia, aún no ha operado el fenómeno extintivo de la acción penal.

En consecuencia, la Corte negará la petición presentada por el defensor de MLE.

⁷⁰ Folio 25 del cuaderno de la Corte.

⁷¹ Folio 9 *ibídem*.

⁷² Folio 294 del cuaderno I de la actuación principal.

5.2. Por último, en aras de salvaguardar los derechos a la intimidad de NRM, se dispondrá que, para los efectos de la publicidad de esta decisión, se supriman por Relatoría tanto su nombre como los demás datos tendientes a identificar a dicha persona o individualizarla.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. No casar la sentencia impugnada.

Segundo. Negar la solicitud de prescripción presentada por la defensa de MLE.

Tercero. Dar cumplimiento a lo señalado en el numeral 5.2 de la parte motiva.

Contra esta sentencia, no es procedente recurso alguno, excepto el numeral segundo, susceptible del de reposición.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Impedido

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria