



SALA PENAL

Medellín, veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016).

RADICADO	05001-60-00206-2008-30250
PROCESADOS	HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE
DELITOS	ACCESO CARNAL VIOLENTO
PROCEDENCIA	JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO

Magistrado ponente:

DR. ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del doce (12) de abril de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 10 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el Procurador 132 Judicial Penal Antonio Saúl Castrillón Cardona y el Dr. Alejandro Decastro González, defensor contractual del señor HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE, contra la sentencia condenatoria emitida el 15 de mayo del año 2014 por la Juez Décima Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín.

2. HECHOS

El 25 de noviembre del año 2008, a eso de la 01:00 am, en la Diagonal XXX No X-XXX casa XXX de la Unidad Residencial, la joven S. G. B. de 20 años de edad, se encontraba durmiendo en su residencia en compañía de su hermanita menor, cuando llegó su padrastro HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE, en estado de embriaguez, y luego de que le sirvió la comida, este entró a su habitación con un cuchillo diciéndole que se iban a matar, que la

amenazó para que se quitara la ropa, la obligó a realizarle sexo oral y después la accedió carnalmente, aprovechando que su madre, la señora P. B. no estaba en la casa. Dice que en un momento en que este se descuidó, salió corriendo de la casa pidiéndole ayuda a los porteros de la Unidad, quienes llamaron a la policía, pero antes de que estos llegaran, el acusado salió del lugar en su vehículo.

3. RECUENTO PROCESAL

Por los anteriores hechos y tras haber legalizado el procedimiento de captura del ciudadano, el 30 de abril del año 2012 la Fiscalía General de la Nación formuló imputación al señor HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE por la conducta punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO contenida en el artículo 205 del Código Penal; no obstante, el imputado no se allanó a los cargos.

Luego, la Fiscalía 107 Seccional radicó escrito de acusación, el cual correspondió por reparto al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 15 de marzo del año 2014, se profirió sentencia condenatoria en contra del procesado, decisión que fue impugnada tanto por la defensa, como por el Ministerio Público.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La juez de conocimiento, luego de un recuento de los hechos y de las pruebas practicadas en el juicio oral, concluye que en este caso, el testimonio de la joven víctima, se encuentra corroborado con algunas evidencias halladas en su cuerpo, en especial por el rastro del semen perteneciente al procesado, lo que en principio demuestra la existencia de la penetración sexual, independientemente de la violencia o el abuso.

Sumado a ello, se escucharon varios testigos de cargo, que dieron cuenta que la víctima salió gritando de su casa, siendo auxiliada por los porteros de su unidad residencial, quienes llamaron a la policía y ante su solicitud fueron

a la residencia para despertar a su hermana menor que estaba dormida. También la tía y la madre de la ofendida dan cuenta del relato que esta les hizo sobre el abuso de que fue objeto, llevándola esa misma noche a la Fiscalía para colocar la denuncia.

Así mismo dio cuenta la madre de la víctima, que su compañero era un hombre sumamente violento, que en dos ocasiones la había golpeado tan fuerte que tuvo que ser incapacitada, pero que las agresiones eran solo contra ella, pues las hijas nunca intervinieron en el problema. También se escuchó a los psicólogos y otros profesionales que prestaron sus servicios en el caso, expusieron sus respectivos conceptos, concluyendo la A que que los mismos corroboran el relato de la joven sobre el abuso de que fue objeto.

Señala en la providencia que la violencia predicada e imputada por la Fiscalía existió, que el testimonio de la joven S. G. B. merece total credibilidad, y que no existe el más mínimo elemento probatorio que demuestre que esa relación sexual fue consentida, por el contrario, hay evidencia de que la voluntad de esta se vió restringida ante la amenaza inminente contra su vida. Expone además que el hecho de que la víctima estuviese afectada por el conflicto familiar que tuvo que presenciar en razón al maltrato de su madre por el procesado, ello no es suficiente para predicar que su intención con la denuncia era sacarlo de sus vidas.

Expresa que tanto la defensa como el Ministerio Público están especulando sobre el presunto interés de la joven S. G. B. en mentir para sacar a Hugo de sus vidas, pero este hecho como tal no fue demostrado, pues es lógico que cualquier persona que vive dentro de una situación de violencia intrafamiliar desea que la misma termine, pero ello no puede convertirse en un elemento para desestimar su testimonio.

Los anteriores argumentos y muchos otros expuestos in extenso en la sentencia, condujeron a la Juez a emitir sentido de fallo condenatorio en contra del acusado, imponiéndole una sanción penal de 216 meses de prisión, así como la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de

derechos y funciones públicas por un lapso igual, negándole cualquier tipo de subrogado penal.

5. FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

El Dr. Alejandro Decastro González, actuando como defensor contractual del señor **HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE**, en su escrito de apelación, afirma que pretende la revocatoria del fallo de condena y consecuente con ello la absolución de su defendido, argumentando que se desconocieron las pautas de la jurisprudencia y la doctrina para llegar al convencimiento mas allá de toda duda razonable. Para el efecto, plantea una serie de argumentos decantados en el siguiente orden:

a) La versión de la denunciante no tiene confirmación en las circunstancias que rodearon el hecho.

Según el recurrente, la juez encuentra que el relato de la víctima se confirma con prueba de referencia, pues este fue ratificado por los porteros de la Unidad Residencial, quienes se contrajeron a expresar lo que la denunciante les dijo y en ese orden sus versiones coinciden, pero con ello se incurre en una valoración incriminatoria de referencia. Dice que las circunstancias concomitantes y posteriores no pueden corroborarse, pues los únicos testigos de lo que pasó, son la víctima y el procesado, por lo que el Juzgado falseó la identidad de la prueba al señalar la correlación absoluta del testimonio de la víctima con el hecho.

De otro lado, considera equivocado decretar en la audiencia preparatoria los testigos directos y después valorarlos en la sentencia como de referencia, para corroborar el relato de la víctima por vía de la coincidencia, ya que se valora el testimonio en sentido diferente de como fue decretado y ordenado para su práctica. En ese orden, es ilógico el decreto de esos testigos cuando la misma víctima iba a comparecer a declarar sobre lo sucedido, sin mencionar que se incurre en el lamentable sofisma de petición de principio: esto es, pretender probar algo (credibilidad del relato de la denunciante) con aquello mismo que se pretende probar (el relato de la denunciante

escuchado por terceros). Es por ello, que no está corroborado el hecho concomitante denunciado.

b) El evento del sexo oral no fue corroborado por causa de una omisión investigativa relevante.

Expone el apelante que la Fiscalía tiene la carga de probar que en efecto el procesado obligó a la víctima a realizarle sexo oral, no obstante hubo omisiones investigativas que generan duda sobre este hecho. En ese orden, conforme lo expuesto por la Dra. Lilia Yulieth Laverde Angarita es posible para la fiscalía verificar que ese relato era cierto, no obstante no lo hizo, de ahí que deba correr con las consecuencias de su negligencia.

Véase que la juez tergiversó el testimonio de la perito, pues confundió las células epiteliales con los espermatozoides, al decir que no era necesario ese examen, ya que el procesado no eyaculó en la boca de la víctima, cuando lo que debían buscar eran células epiteliales de su pene en la mucosa oral de la joven, para corroborar la premisa de la penetración oral. Insiste en que no existe una justificación razonable para que se haya omitido este acto de investigación, ya que la perito afirmó que se lo sugirió al ente investigador.

c) El relato no está corroborado a partir de la sintomatología psicológica de la denunciante, porque no se probó que esta fuese consecuencia inequívoca de la presunta violación.

Según la defensa, la juez encuentra corroboración del relato de la víctima en los testimonios que dan cuenta de las consecuencias psicológicas del abuso, no obstante ello fue refutado con los testimonios de la madre y la hermana de la víctima, quienes señalaron en el juicio que esta no había tenido ningún cambio comportamental y que la depresión que sufría era producto del maltrato o violencia intrafamiliar que hay en el hogar.

Sobre el particular, la psicóloga Natalia Bustamante dijo que encontró una sintomatología pero no alcanzó a diagnosticarla como estrés postraumático, dijo también que no encontró trastorno como tal, sino una sintomatología,

además afirmó que ningún perito diagnosticó que lo que padeció la menor se originó en un abuso sexual. Igual sucede con la psicóloga de la Fiscalía Janet Monterrosa, que dijo haber encontrado afecciones emocionales en la denunciante, pero no pudo determinar con precisión la etiología de las mismas, la cual no estaba determinada necesariamente por su relato. Lo anterior, sin mencionar que la Dra. Bustamante dijo en el contrainterrogatorio que la exposición de un hijo al maltrato prolongado de la madre puede ser causa de un síntoma de estrés postraumático y su causa puede ser diversa a la violación.

d) La ausencia de rastros o huellas de la agresión empleado para consumir el acceso antijurídico

Expresa el apelante que la juez de conocimiento equivocó el análisis de las reglas de la experiencia al afirmar que no siempre tienen que quedar huellas de violencia para predicar la existencia del ilícito, desconociendo que en este caso se probó, o mas bien, no se corroboró la violencia sexual en el examen sexológico practicado a la denunciante, subsistiendo la contra hipótesis de la defensa de que el hecho no existió, pues de haber sucedido probablemente habrían quedado rastros o huellas de la violencia.

A su parecer, estas circunstancias son relevantes, pues el mismo perito de la Fiscalía explicó que el hecho de no tener lubricación podía incidir en que no tuviera lesiones o equimosis, incluso menciona que de pronto podía dejar alguna laceración. Además esta el hecho de que la víctima afirmó que la agresión le produjo tanto asco que vomitó, lo cual ratifica la regla de la experiencia según la cual una mujer en esas condiciones físicas casi nunca lubrica para tener una relación sexual.

Expone que el perito de la Fiscalía afirmó que cuando un acceso carnal es realmente violento, la experiencia muestra como constante algunas huellas de violencia, por lo que la duda sobre la existencia del hecho es evidente, ya que el perito Andrés Felipe Velazco concluyó que "...la ausencia de estos signos no le permite establecer con certeza que lo referido por la paciente haya o no sucedido".

De otro lado, señala que la violencia moral o intimidación utilizada para doblegar su voluntad es diferente a la acción física que se emplea para consumir el acto sexual, no obstante el juzgado pasa por alto el relato de triple penetración y reacción vomitiva, producida por la negativa a consentirla, sumada al asco y fastidio del caso. Esto para concluir que el relato de la víctima sobre el acceso carnal en contra de su voluntad en 3 oportunidades en distintas posiciones no aparece corroborado con la presencia de huellas o rastros de la agresión empleada, además esas condiciones contravienen las reglas de la experiencia de la inverosimilitud, expuesta en precedencia de que una mujer cuyo cuerpo reacciona con asco y fastidio al acto sexual casi nunca lubrica para bloquear la penetración que no consciente lo que facilita la aparición de signos o huellas de violencia en el cuerpo.

**e) El instrumento utilizado para someter la voluntad (cuchillo):
ausencia de corroboración.**

Dice el recurrente que el juzgado nunca resolvió en la sentencia los interrogantes relativos a la ausencia del cuchillo, con el cual -según el relato de la denunciante- se doblegó su voluntad para accederla carnalmente, porque nadie dió cuenta de la existencia del supuesto elemento. Así, la madre de la víctima afirma que su hija le comentó que la había amenazado con un cuchillo de la cocina, pero en la casa no faltaba ninguno, también la tía de esta que les colaboraba con el aseo de la casa afirmó que nunca vió el cuchillo que describe la ofendida, incluso el portero de la unidad, también ingresó a la vivienda en dos oportunidades y nunca vió el cuchillo de cacheo negro que esta menciona.

f) El vómito de la denunciante: (ausencia de corroboración)

Afirma que el quejoso que a pesar de que la denunciante manifestó que había vomitado mucho, ninguno de sus familiares dio cuenta de esta circunstancia, tampoco el portero que ingresó a la vivienda, manifestó haber sentido el olor particular que este despliega.

g) El interés en mentir

Para la juez de conocimiento, la versión de la víctima merece total credibilidad, olvidando que existe un marcado interés de la denunciante en mentir, el cual se deriva de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleva a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que pone en entredicho la aptitud probatoria de este último.

En efecto, dice el apelante que se demostró que la denunciante presenció por 15 años el maltrato que el procesado le dió a su madre, que esa situación la afectaba y molestaba, tanto que quería que la relación terminara, no obstante la madre no hizo nada por acabar con esta, y que la acusación por violación terminó con la salida del procesado del núcleo familiar, acabando para siempre con esa situación de maltrato.

h) El procesado amenazó con violar a su hermana MELISSA

En la declaración de la víctima, esta afirma con contundencia que nunca dijo que su padrastro tuviese intención de violar a su media hermana, que a su vez era hija biológica, sin embargo su tía Gloria Patricia en su declaración ante la Fiscalía dejó claro que su sobrina le dijo que Hugo le iba a hacer lo mismo a su hermana y que por eso le colocó seguro a la puerta de la habitación de su hermana. Estas situaciones inciden en la credibilidad de la denunciante, pues le mintió a su madre y a su tía, momentos después del suceso, al decirles que su padrastro iba a violar a su hermana, y nuevamente mintió en su declaración al negar que hubiese afirmado ese hecho.

i) Las manifestaciones anteriores de la denunciante a sus familiares cercanos inmediatamente después del hecho.

De acuerdo a lo probado, la víctima afirmó que llamó a su madre a decirle que Hugo la había violado, pero esta última dice que cuando su hija la llamó, lo que le dijo fue que este la iba a matar, que cuando llegaron a la casa, fue que les dijo a ella y a su hermana que este la había violado.

Sumado a ello su comportamiento después de los hechos no es verosímil, pues atenta contra las reglas de la experiencia que un suceso tan íntimo haya sido relatado a sus parientes, cuando al principio omitió el hecho, e incluso a los porteros de la unidad residencial.

j) La inconsistencia sobre la actitud asumida frente al uso del cuchillo.

Según la víctima, al momento de ser intimidada con el cuchillo se quedó paralizada, sin embargo al portero de la Unidad le dijo que trató de quitarle el cortopunzante a su padrastro, demostrando que sus manifestaciones tanto en el juicio como anteriores, son contradictorias, sin que la sentencia haga mención alguna sobre esta situación.

k) La inverosimilitud del relato.

Explica el apelante que en este caso el juzgado tergiversó la prueba al concluir del testimonio de la psicóloga clínica la veracidad del relato que sobre los hechos hizo la víctima, que todo no es mas que una conclusión sesgada de la prueba pericial, pues el hecho de que la joven ultrajada no tenga problemas patológicos de disociación de la realidad, no significa y - ello no lo descartó la perito- de que se haya presentado una deformación de la realidad por causas ajenas a la patología, como una simulación. Señala que esta no es la forma de valorar la prueba, pues no se sopesa la coherencia interna del relato con las reglas de la experiencia.

Luego de un recuento sobre un aparte de la declaración de la víctima, concluye que esta deja mucho que desear, sobre todo porque tuvo oportunidad de escapar, ya que su padrastro no tenía el cuchillo en la mano, durante la hora que duró el acto sexual, aprovechando que este se encontraba borracho y que no sostenía el elemento cortante en la mano.

l) Argumentos inaceptables de la falladora.

Afirma el apelante que no es cierto que el procesado haya confirmado el relato de la denunciante, primero porque este no declaró en el juicio, de allí que la conclusión de la A quo sobre que este aceptó lo ocurrido deviene de la manifestación de la señora Liliana María Muñoz Sánchez, testigo de referencia la cual era inadmisibles, y segundo porque el procesado en su narración posterior dijo que habían tenido relaciones y que S. G. B. lo estaba acusando de haberla violado; tampoco existe ningún indicio derivado de que el procesado desapareció, por el contrario, a pesar de que los hechos fueron en el 2008, la Fiscalía solo lo acusó en el año 2012 y durante todo el trámite, su defendido compareció a las citaciones enviadas, además estuvo en contacto con su ex esposa y su hija Melissa, de allí que no existe ningún indicio de ocultamiento o huida como erróneamente lo planteó la falladora.

Por ultimo, refiere el apelante que la A quo incurrió en un grave desconocimiento del principio de duda en el proceso penal, pues al enunciar el sentido de fallo, habló de la existencia de una alta probabilidad de verdad, cuando el estándar que se exige para una sentencia de condena es la certeza mas allá de toda duda razonable, toda vez que la probabilidad no equivale a certeza, de allí que en casos de alta probabilidad de verdad lo que debe hacerse es absolver.

En conclusión, los argumentos planteados demuestran que no hay responsabilidad penal en cabeza del acusado y por ende debe revocarse el fallo y absolvérsele de los cargos formulados.

Por su parte, el Dr. ANTONIO SAUL CASTRILLÓN CARDONA, Procurador 132 Judicial Penal II, en su condición de representante del Ministerio Público apeló el fallo, solicitando la absolución del procesado, la cual fundamenta en 3 aspectos:

En primer lugar, dice que el testimonio de la víctima no fue corroborado científicamente, por el contrario, la prueba recaudada refleja dudas sobre la ocurrencia del acceso carnal, pues ninguno de los peritos del caso respaldó su testimonio. En ese orden, así el examen de cotejo haya resultado

positivo por corresponder al ADN del procesado, como no existe claridad sobre el lugar donde fue hallada la muestra de semen, no hay posibilidad de corroborar la existencia de la penetración, ya que dicho fluido pudo obtenerse de la parte externa de la vagina, máxime si se tiene en cuenta que en el análisis sexológico de la víctima no se hallaron rastros físicos de violencia en sus partes íntimas. Para soportar lo anterior, cita apartes de una obra de un profesor de medicina legal español, para concluir que no existe claridad acerca de si se trató de un acceso o de un acto sexual.

En segundo lugar, afirma que luego de una apreciación conjunta, objetiva e imparcial de los testimonios de la víctima y sus familiares, esta claro que existe un motivo para mentir, el cual se origina en las agresiones físicas que el procesado le prodigaba a su madre y en su deseo de que saliera de sus vidas. De manera que lo que hizo fue trasladarle la carga a la defensa de demostrar que la ofendida mintió, lo que atenta contra el principio de presunción de inocencia del acusado, ya que ello es responsabilidad de la Fiscalía. Ello sin mencionar, el cúmulo de contradicciones en sus diferentes declaraciones que permiten sembrar duda sobre la veracidad de lo manifestado.

En tercer lugar, alude al comportamiento anterior del procesado, pues en el juicio la víctima expuso que este nunca la había intentado tocar lujuriosamente, pese a que llevaban conviviendo en la casa años atrás, que antes se habían quedado solos y que no había ocurrido nada, lo que refleja un contra-indicio de responsabilidad que valorado conjuntamente demuestra su interés en mentir.

En conclusión, para el Ministerio Público no se logró demostrar con certeza la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado en el mismo.

6. ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

Tanto la Fiscalía como el apoderado judicial de la víctima solicitan confirmar el fallo de primera instancia, argumentando en forma coincidente, que realmente se logró demostrar la veracidad del testimonio de la víctima y su

corroboración con los demás medios de prueba. Es así como luego de un recuento de la prueba testimonial, aducen que la prueba pericial y los testigos de cargo, no pueden catalogarse de prueba de referencia, que se probó la existencia del acceso carnal, que no hubo omisiones investigativas de la Fiscalía, y que la crítica de la defensa al fallo, es mucho mas especulativa que objetiva, pues se demostró la malicia o el ánimo de mentir por parte de la ofendida.

7. CONSIDERACIONES

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para desatar el recurso de alzada, tanto es superior funcional de la Juez Décima Penal del Circuito de Medellín, quien profirió la providencia enervada.

El problema jurídico que se ha planteado y debe ser resuelto por esta Sala de decisión se centra en establecer si las pruebas arrimadas durante el juicio oral es dable predicar, más allá de toda duda razonable, que el señor HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE accedió carnalmente en forma violenta a la joven S. G. B. GOMEZ BOLIVAR, pues, en donde la Juez de primera instancia advierte conocimiento suficiente para emitir juicio de reproche, el defensor y el Ministerio Público encuentran falencias en el proceso de valoración probatoria que a su juicio conllevan a una duda a favor de este.

Para efectos prácticos del recurso, se procederá a dar respuesta conjunta a los problemas jurídicos planteados por los apelantes, los cuales serán abordados en el siguiente orden: en primer lugar, se examinará si conforme a la prueba recopilada en el juicio oral, se puede predicar la existencia de la conducta punible de acceso carnal violento agravado. Establecido lo anterior, se analizará la prueba testimonial, conforme los criterios jurisprudenciales vigentes a fin de determinar si la misma cumple con el estándar exigido para confirmar la condena o en su defecto emitir un fallo absolutorio. Previo a ello, la Sala efectuará unas breves consideraciones

doctrinales y jurisprudenciales en punto al delito objeto de examen, ello en aras de dar más claridad al asunto.

Es sabido que la ley 906 de 2004 por medio de la cual se reglamenta el Acto legislativo 03 de 2002, consagra en su artículo 381 una exigencia dual para condenar penalmente un ciudadano, la cual consiste en tener **“el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio”**

Ahora bien, el primer presupuesto normativo sentado en precedencia, alude a la existencia del delito, el cual debe ser conforme con aquel por el cual la Fiscalía -con probabilidad de verdad- acusó -en este caso- al señor HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE y que corresponde -según la acusación- al delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO, contenido en el artículo 205 del Código Penal, conducta agravada por el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal que disponen un incremento de una tercera parte a la mitad cuando **“El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”**.

En relación con el tipo penal del acceso carnal violento, un aspecto sumamente relevante es el ingrediente normativo del tipo, que para el punible analizado es el factor violencia, la cual puede darse en forma física o moral. Ahora bien, según la Corte Suprema de Justicia *“...La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.*

(...)

“La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero

que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados”¹.

Igualmente, la Sala ha considerado que estas formas de violencia “[...] son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas)”². Resaltando que “[...] lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y -ex ante- que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima”³.

A su vez, ha estipulado que el empleo de la violencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso carnal o acto sexual: *“Importa recabar y volver la atención una vez más hacia la violencia que, como bien lo señaló el procurador recurrente con apoyo en la doctrina española, no es la que se emplea en la realización del comportamiento sexual reprochado sino la utilizada para doblegar la voluntad de la víctima [...]*

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

Pero sí es claro, se insiste, que [...] sólo puede tener esa connotación la fuerza o la coacción dirigida a vencer la resistencia”⁴.

Por lo tanto, *“la violencia (física o moral) [...] no puede identificarse con la que se emplea para consumir el acceso antijurídico, ni mucho menos con el tiempo que puedan durar los vejámenes”⁵.*

Este elemento normativo del tipo, por lo demás, no se desvirtúa ante la

¹ Sentencia de 23 de enero de 2008, radicación 20413.

² Ibídem.

³ Ibídem.

⁴ Sentencia de 26 de octubre de 2000, radicación 25743

⁵ Cf. sentencia de 17 de septiembre de 2008, radicación 21691.

ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de ésta)⁶, ni tampoco es indicio de un acceso no violento o consentido el que la persona agredida tenga relaciones pocas horas después de lo sucedido, por cuanto “[...] *para la efectiva materialización del comportamiento sólo es menester la realización de ‘acceso carnal con otra persona mediante violencia’, esto es, que el sujeto agente quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza física o moral, para obligarla a permitir la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril, o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo humano [...]*”

“Y ello es así, porque lo tutelado en particular mediante ese delito es la libertad de la persona referida a la capacidad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”⁷.

En cuanto a la circunstancia de agravación punitiva, la doctrina ha señalado que la misma se deriva de esas relaciones naturales entre personas, como las de padres e hijos, las que se originan en razón a la dignidad como entre militares y subordinados, o las que nacen de una posición o cargo social, económico o político, verbigracia entre propietario de la empresa y sus trabajadores, profesores y alumnos, médico y paciente, servidor público con sus gobernados, director de la cárcel con los reclusos etc. En estos casos, es más que obvio que el agente revela una mayor temibilidad, cuando no se detiene ante los deberes que le imponen la lealtad, el cuidado y la confianza depositada por la víctima. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, refiere que la aplicación de dicha agravante también opera en aquellos delitos cometidos contra menores donde el agresor es el padrastro, precisamente porque tiene una posición sobre la víctima que la impulsa a depositar en él su confianza (Ver sentencia Sala de Casación Penal 21528 de 2007).

Para finalizar, no podemos olvidar que en materia de delitos sexuales, existe un deber objetivo para los operadores judiciales de abordar el asunto,

⁶ Ibídem.

⁷ Sentencia de 4 de marzo de 2009, radicación 23909.

de acuerdo con los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales y las normas de derecho interno que aluden a la protección de los derechos fundamentales de la mujer, reconocidos e implementados en Colombia.

8. CASO CONCRETO.

Como se dijo en acápites anteriores, la Sala dará respuesta a los motivos de impugnación planteados por los recurrentes en el orden en que fueron enunciados, aclarando que cuando se coincida sobre un mismo aspecto, se abordará de manera conjunta.

Según la defensa, **la versión de la víctima no tiene confirmación en las circunstancias que rodearon el hecho**, pues los únicos que ratifican su declaración son testigos de referencia que dan cuenta de lo que ella les narró, y en ese orden se incurrió en el sofisma de petición de principio. Al respecto, se considera que dicho argumento carece de sustento probatorio, en primer lugar, porque no es cierto que los porteros del edificio se limitaron a repetir lo dicho por la víctima, sino que además dieron cuenta de una serie de circunstancias que percibieron directamente por sus sentidos, como es el estado físico y emocional en que estaba la joven atacada, así como las condiciones del procesado tanto cuando ingresó a la urbanización como cuando salió.

En este orden, podemos afirmar que los señores Muñoz Jaramillo y Peláez Pulgarín tienen una doble calidad al interior del proceso, es decir, son testigos de referencia por cuanto no presenciaron directamente el acceso carnal violento, pero también son testigos directos de las circunstancias concomitantes al hecho, como es la hora y el lugar de donde vieron salir a la víctima, su estado de ánimo (angustiada, llorando y pidiendo ayuda), su apariencia personal (sin ropa y envuelta solamente en una toalla) todos aspectos compatibles con los de un ataque sexual.

De manera que no puede decirse que sus dichos son una copia de lo expuesto por la víctima, pues todas las anteriores circunstancias fueron

percibidas por ellos en forma personal. Sumado a lo anterior, no se puede tachar todos los testimonios de oídas como una prueba deleznable, por el simple hecho de ostentar esa calidad, por el contrario, la jurisprudencia ha señalado que el juez tiene la obligación de valorarlos con sumo cuidado, en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material; de ahí que para cumplir con este cometido es menester establecer si los declarantes son testigos de referencia de primer grado, de segundo grado, o de grados sucesivos (entendiendo el primero como aquél que sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, mientras que los segundos, son aquellos que al deponer afirman que oyeron a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente)⁸.

Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial, el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo⁹. Otro aspecto que también debe tenerse en cuenta al momento de valorar un testigo de referencia es la fuente de su conocimiento, ya que no es lo mismo que una persona señale lo que escuchó directamente de la víctima, que suministre información de terceros ajenos al hecho; que no precisen quien es su referente o que atribuyen la ciencia de su dicho a un rumor popular, pues de admitirse estos últimos, equivaldría a dar credibilidad a una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho¹⁰.

Por último, es imperioso conocer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien luego dará referencia de esa circunstancia, de modo que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante *ex auditu* es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo, siendo entonces fundamental para otorgar poder

⁸ Cfr. Parra Quijano, JAIRO. "Tratado de la Prueba Judicial" "El Testimonio", Tomo I, pág. 161 a 166. Ed. El profesional, Bogotá.

⁹ Cfr. Sentencias de 2 de octubre de 2001 y 26 de abril de 2006, radicaciones 15286 y 19561, respectivamente.

¹⁰ Cfr. En ambos sentidos: Climent Duran, CARLOS, "La prueba Penal" "Testigos de referencia", pág. 174 a 177. Ed. Tirant lo blanch. Valencia (España) 1999. y López Barja Quiroga, JACOBO, "Tratado de Derecho Procesal Penal" "El testigo de referencia", pág 1326 a 1329. Thomson Aranzadi, Navarra (España) 2004.

suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración¹¹.

En el caso que nos ocupa, los porteros de la unidad residencial donde vivían tanto la ofendida como el procesado son testigos de referencia de primer grado, pues lo narrado lo escucharon directamente de labios de la víctima, quien les dijo en medio de su angustia que había sido violada y amenazada con un cuchillo por su padrastro, es decir la información suministrada la obtuvieron de la fuente directa y primaria, no por terceros o rumores, también vieron las condiciones anímicas en que la joven se encontraba, así mismo ingresaron a la vivienda y pudieron constatar que la madre de la agredida no se encontraba, eso sin mencionar el relato que hicieron de la forma como el acusado entró a su casa en estado de embriaguez y luego salió de la Unidad en su automóvil, una hora después, aspectos que en su conjunto permiten inferir que el procesado tuvo la oportunidad de quedarse a solas con su hijastra y someterla a vejámenes sexuales en contra de su voluntad y con ello ratifican la versión de la ofendida, de ahí que su versión adquiere mayor credibilidad.

Afirma la defensa, que el **evento del sexo oral descrito por la víctima no fue corroborado por la Fiscalía**, pese a constituir un hecho relevante, básicamente porque no se encontraron células epiteliales del pene del acusado en la mucosa oral de la joven, debido a que esta experticia no se solicitó. Sobre este aspecto, la Sala debe recordar que en un sistema procesal donde impera el principio de libertad probatoria, ninguno de los sujetos procesales, puede exigir la práctica de un medio probatorio específico para llegar al convencimiento sobre lo ocurrido, sino que cada uno de los intervinientes debe buscar demostrar sus respectivas hipótesis, en especial, porque en algunos eventos existen evidencias que, dada su

¹¹ Cfr. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 23960.

capacidad suasoria, resultan más contundentes para lograr el efecto de convicción buscado por las partes.

En el caso que nos ocupa, el acto de felación involuntario denunciado por la víctima, a juicio de la Fiscalía se encuentra debidamente acreditado con el testimonio de esta, por lo que en este caso, la carga de demostrar que no era cierto, recaía en la defensa, quien fácilmente podía solicitar la prueba pericial que hoy echa de menos, es decir, el apelante podía pedir que se hiciera un estudio de células epiteliales conforme la muestra de la mucosa oral que se tomó en medicina legal a fin de refutar la premisa de la penetración oral, pero no lo hizo, sino que optó por aplicar una falacia argumentativa, como es la de eludir la carga de la prueba, afirmando que es falso lo dicho por la ofendida, simplemente porque la Fiscalía no comprobó que esta decía la verdad, mediante la realización de un examen pericial.

De manera que no puede pretender la defensa que la omisión investigativa en la que incurrió, sea un factor que corrobore su teoría del caso y que al mismo tiempo se desestime el testimonio de la víctima, simplemente porque el ente acusador no demostró que lo que esta denunció era verdad. De llegar a avalar esta situación, se incurriría en el absurdo de que cada prueba, ya sea de orden testimonial, documental o pericial, debe ser corroborada o validada por otras más, antes de llevarla al juicio oral, afectando no solo los principios de economía procesal y celeridad, sino los de libertad probatoria y contradicción, pues cada parte, debe aportar no solo aquello que pretende probar, sino también probar que la prueba es veraz y creíble, liberando así a la contraparte de su deberes de controversia y refutación.

Así las cosas, el hecho de que no se hubiese incorporado al juicio oral una prueba técnica que indicara que la víctima se vió obligada a realizarle sexo oral a su agresor, no lleva a colegir que el mencionado hecho no existió, dado que dentro del principio de libertad probatoria, el expediente cuenta con otros medios de convicción con poder suasorio suficiente para concluir que la joven fue accedida carnalmente por su padrastro, en tanto fue

amenazada con un arma cortopunzante, al punto tal que se anuló su voluntad.

Otro argumento de la defensa, es que **el relato no está corroborado en la sintomatología psicológica de la denunciante, pues la depresión que esta padecía era producto de la situación de violencia intrafamiliar que se vivía en el hogar y no del acceso carnal violento.** Para un mejor entendimiento de este argumento, cabe recordar que las psicólogas que fungieron en el caso y que examinaron a la víctima efectuaron las siguientes conclusiones sobre su estado emocional:

La doctora Natalia Bustamante, psicóloga de profesión con especialización en valoración del daño de la salud mental, vinculada para la fecha en que trató a la ofendida al programa Buen Vivir de la Alcaldía de Medellín, explicó que tuvo en tratamiento a la joven S. G. B. desde el mes de mayo del año 2009 hasta noviembre del 2011, llegando a realizar entre 25 a 30 sesiones de terapia. Afirmó que la joven fue remitida a su consulta por una denuncia de abuso sexual, que llegó ansiosa, sintiéndose mal, con crisis de llanto y carente de apoyo. En su relato, le explicó que una noche fue agredida por su padrastro quien la coaccionó con un arma cortopunzante y la obligó a sostener relaciones sexuales, que como consecuencia de ello, comenzó a presentar síntomas como apatía, irascibilidad, intolerancia, rememoración del suceso que le producía recaídas en el tratamiento, que además se alejó de su familia, porque estas no la apoyaban.

En razón a lo anterior y conforme los síntomas que presentaba, concluyó que esta padecía de un trastorno denominado DCM4, que implica la existencia de un desequilibrio emocional producto de dos diagnósticos: estrés postraumático y depresión. Así mismo, dice que además tuvo la oportunidad de tener en terapia a la madre y a la hermana de S. G. B., debido a los problemas particulares que enfrentaban en relación con el hecho denunciado. Así mismo, durante el conainterrogatorio, afirmó que la víctima hablaba mucho de violencia y maltrato, que es posible que la violencia intrafamiliar que presenció en su casa, pueda originar tanto el estrés postraumático como la depresión, que no mostraba odio hacia su

padraastro, pero tampoco una actitud positiva, que siempre evitó meterse en la relación de su madre y buscaba evitar las peleas, pero siempre con un estado de inconformidad, no tanto por el trato del procesado para con su madre, sino con la anuencia que esta mostraba frente al maltrato.

Por su parte, la psicóloga Yaneth Cristina Monterrosa en su condición de perito, explicó que recibió una orden de trabajo de la Fiscalía para resolver dos inquietudes: la primera era si la joven afectada en algún momento pudo haber presentado un trastorno de disociación con la realidad; y la segunda, si tenía síntomas o secuelas vinculadas a lo narrado en la denuncia. Frente a la primera de ellas, afirmó que no encontró ningún síntoma patológico o semi-patológico que indique que la joven S. G. B. disocia la realidad, por el contrario, sus manifestaciones reflejan que es una persona normal; en cuanto al segundo punto afirma que según las conclusiones de la psicóloga que atendió a la agredida, esta presentó síntomas indicativos que coincidían con lo denunciado.

Ahora bien, la defensa trató en forma insistente y provocadora de desvirtuar las conclusiones de ambas profesionales, haciendo parecer que los síntomas o el comportamiento de la ofendida posterior a la agresión sexual que sufrió, no fue producto de esta, sino de la reiterada situación de violencia intrafamiliar que había en el hogar; sin embargo, debe manifestarse que dicha hipótesis no solo es contraria a las conclusiones elaboradas por las profesionales de la salud que atendieron el caso (cuya fiabilidad no fue desvirtuada), sino que se fundamenta en las manifestaciones de la madre y la hermana de esta, quienes por obvias razones tienen un marcado interés en favorecer al procesado.

En efecto, según la hipótesis de la defensa, la joven S. G. B. inventó toda la historia de la violación, porque su intención era vengarse del procesado por el maltrato que le prodigaba a su madre; y que tanto esta como su hermana ratificaron que no tuvo ningún cambio en su estado de ánimo, sin embargo ello no es más que una tergiversación o manipulación grosera de dichos testimonios, pues tanto la señora Piedad Amparo, como la joven Melisa, explicaron que S. G. B., pese a la situación de violencia que vivía el hogar,

nunca intervino en la relación de su madre y siempre trató con cortesía y respeto a su padrastro, solo cuando este la agredió sexualmente, es que comenzó a manifestar todos los síntomas del estrés postraumático que describió la psicóloga, por ejemplo su madre dijo que quedó en un estado deplorable, que lloraba mucho, que incluso dejó de hablarle un tiempo; y su hermana, que después de los hechos la notaba emocionalmente decaída; por manera que no se explica la Sala, de donde infiere la defensa que todo es producto de la violencia intrafamiliar, cuando las pruebas reflejan con claridad que su problema devino del abuso sexual del que fue objeto.

Sobre este tema en particular, numerosos psicólogos y estudios avalados científicamente¹², se han ocupado de establecer un diagnóstico diferencial entre los síntomas o “secuelas” derivados de la violencia doméstica y aquellos producto de un abuso sexual, pues si bien ambos constituyen una forma de maltrato, que pueden desencadenar patologías como las que aquejan a la víctima (estrés postraumático y depresión) sus manifestaciones y rasgos emocionales son muy diferentes, como veremos a continuación:

Abuso sexual	Violencia doméstica
Entre los síntomas más comunes, está la reviviscencia, que perturba sus actividades diarias, como recuerdos reiterativos del hecho que causan angustia, pesadillas y reacciones descontroladas y molestas ante situaciones que le recuerdan lo sucedido.	Los síntomas más comunes de esta forma de maltrato son conductas autodestructivas tanto hacia uno mismo, como autolesiones, anorexia, bulimia o intentos de suicidio, como hacia los demás (bullying, robo u homicidios). Así mismo, si se produce en adolescentes existe un alto porcentaje que repitan la conducta violenta hacia su propia descendencia.
Emocionalmente, estas personas padecen sentimientos de evasión, es decir, nada les importa, todo les es indiferente, pierden interés en sus actividades normales, evitan personas, lugares o pensamientos que les recuerden el hecho, sin expresión en sus estados de ánimo; y con la sensación de un futuro incierto. Así mismo, padecen de una culpa constante y sobreviniente, sentimientos negativos, además tienden a responsabilizar a otros por lo sucedido, a veces no recuerdan partes importantes del hecho y por ultimo pierden interés por otras personas.	Las víctimas directas o indirectas de violencia intrafamiliar, pese a que su entorno puede verse alterado, sus problemas conductuales se relacionan mas con la autoestima, es por ello que estas personas padecen sentimientos de fracaso, bajo rendimiento escolar, complejos que alteran las relaciones de poder entre ambos sexos. En los adolescentes, se presenta comportamientos de indisciplina, ausentismo escolar, agresividad y desobediencia para con los padres, en algunos casos depresión y aislamiento social.

¹² LORENTE-ACOSTA José Antonio, LORENTE-ACOSTA Miguel y MARTÍNEZ-VILDA María Elena, (2000). Síndrome de agresión a la mujer: Síndrome de maltrato a la mujer. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2, ISSN 1695-0194.

<p>Físicamente, las personas víctimas de abuso sexual sufren de hipervigilancia, es decir, buscan signos de peligro a su alrededor, carecen de concentración, se sobrasaltan con facilidad, se sienten irritables, tienen ataques de ira, dificultad para conciliar el sueño o permanecer dormidos, también desarrollan otras patologías como ansiedad, estrés, mareo, dolor de cabeza, taquicardia, vómito, etc.; todos producto de una tensión alta.</p>	<p>Físicamente las personas víctimas de violencia doméstica tienden a involucrarse en actividades autodestructivas, como alcoholismo, consumo de estupefacientes, peleas, accidentes, madre solterismo, desempleo etc. Igualmente en casos muy crónicos pueden desarrollar trastornos de conducta como el síndrome de la mujer maltratada o el síndrome de adaptación paradójica, que es similar al síndrome de Estocolmo pero desarrollado en el ámbito doméstico.</p>
<p>A nivel corporal, las personas víctimas de abuso sexual pueden presentar diversos tipos de trastornos, como euresis, encopresis, lesiones o infecciones de transmisión sexual, también es muy común que sufran de depresión, ansiedad, estrés postraumático entre otros.</p>	<p>Las víctimas de abuso doméstico también presentan trastornos como ansiedad, tristeza, pérdida de autoestima, labilidad emocional, inapetencia sexual, fatiga permanente e insomnio, y trastornos disociativos como intentos de suicidio, problemas de alimentación entre otros.</p>

Aplicando los anteriores conceptos al caso que nos convoca, podemos observar que la víctima del proceso presenta muchos rasgos derivados de la situación de violencia doméstica que se vivió en su hogar, pero aquellos que se encuentran más marcados y que fueron apreciados por las psicólogas que la trataron, concuerdan mas con el abuso sexual que padeció, que con el problema de maltrato familiar. De hecho, la propia familia de la joven reconoce que ello era una situación que se había prolongado en el tiempo por más de de 15 años, que cada una de las mujeres que hacían parte del núcleo familiar sabía que comportamiento adoptar frente a la agresividad del señor Hugo Fernando para sobrellevar la situación, por ejemplo la madre se marchaba del hogar, las hijas se quedaban encerradas en sus habitaciones y no se involucraban cuando había peleas entre estos.

No obstante, la joven S. G. B. nunca tuvo problemas de depresión, tristeza, llanto o irritabilidad, sino hasta el día en que fue agredida sexualmente, así lo aseguraron su madre y su hermana, reconociendo la primera que su hija la responsabiliza por haberla dejado sola, por no protegerla cuando contaba con las herramientas para hacerlo, toda vez que era abogada; que no quiso volver al lugar y se quedó con sus abuelos y que a pesar del tratamiento psicológico que ha recibido, la relación fraternal entre ellas se encuentra muy deteriorada. Por otra parte, su hermana menor, se debate entre los

sentimientos hacía S. G. B. y hacia su padre, pero reconoce que esta cambió luego del suceso, que se mantenía triste y angustiada y que la situación de violencia en su casa era agobiante.

En conclusión, resulta falaz el argumento del censor relativo a que la sintomatología que padecía la joven S. G. B. era producto exclusivo de la violencia intrafamiliar, pues lo que demuestran las pruebas aportadas es que si bien había una situación de maltrato en el hogar, la depresión y el estrés postraumático que padece, surgió como consecuencia directa del abuso sexual del que fue objeto por su padrastro.

Critica la defensa tres aspectos que a su juicio no fueron corroborados y cuyo estudio abordará la Sala en forma conjunta: el primero es el **instrumento utilizado para anular la voluntad de la víctima, esto es el cuchillo**, el segundo es **la actitud asumida por ella frente a su uso**; y el tercero es **el vómito de la denunciante**.

Como se dijo en acápite anteriores, el elemento normativo del tipo, esto es, el factor violencia se encuentra acreditado, por el uso de un arma cortopunzante por parte del agresor, con la que amenazó a la víctima para que ejecutara los actos libidinosos que este quería. Ahora bien, según la defensa, ninguna persona dio cuenta de su existencia, pues ni la madre, ni la tía de la ofendida, ni el portero de la Unidad residencial, vieron este elemento cuando ingresaron al apartamento.

Sobre este punto yerra nuevamente el recurrente en la apreciación de la prueba, en primer lugar, porque sí existe un testigo directo que da cuenta de la existencia del cuchillo, esto es la propia víctima (que para efectos de un delito sexual ostenta la doble calidad de testigo y de sujeto pasivo), quien ante la pregunta *¿de qué tamaño era el cuchillo?* lo describió ampliamente diciendo que era *“grande, de cocina y con mango negro”*, sin embargo en ningún momento de su declaración se le preguntó si el mismo hacía parte de la cocina de su casa, por lo que la defensa no puede suponer o inferir que este utensilio pertenecía a la vivienda, cuando su origen pudo ser diferente.

En efecto, según la descripción que la ofendida le hizo a su madre, el cuchillo utilizado por el procesado para amenazarla parecía una sierra, sin embargo los únicos cuchillos de la casa eran los que se usaban para servicio doméstico, de ahí que no identificó cuál era, ni reparó en si faltaba cuando hicieron la inspección de la casa. En cuanto a la tía de la víctima, quedó establecido que no sabía con cual cuchillo Hugo había amenazado a S. G. B., que nunca lo vió; afirmación que significa que no puede individualizar el elemento, situación que es muy diferente a concluir que el citado utensilio no existía. Por último, el portero de la unidad no tenía como ver el elemento, pues cuando entró a la vivienda, lo hizo con el único propósito de sacar a la hermana de la víctima de la casa, no para inspeccionar el lugar del hecho, mucho menos, si este ocurrió en el tercer piso de la vivienda, lugar hasta el cual no ingresó.

Sumado a lo anterior, cabe recordar que el procesado estaba ebrio y bastante agresivo, de manera que es mucho más lógico suponer que al notar que S. G. B. se escapó de su lado y que salió a pedir ayuda, este haya optado por escapar en su vehículo llevando el cuchillo, que pensar que lo iba a dejar a la vista de todas las personas, sabiendo -en su condición de abogado- que era una prueba que lo comprometería seriamente. Obsérvese que tal como lo dijeron los porteros de la Unidad Residencial, que instantes después de que S. G. B. salió pidiendo ayuda, el señor Hugo apareció conduciendo su vehículo a la salida, escapando de las autoridades, tanto así que cuando acompañaron a la joven a buscar a su hermana, encontraron la puerta de la vivienda abierta, lo que demuestra que en su afán de huir, ni siquiera se molestó en cerrar.

Ahora bien, otro aspecto que resulta bastante sospechoso y que constituye un indicio de mentira del procesado es la declaración de la señora Liliana María Muñoz Sánchez, amiga de este, quien afirmó en el juicio que el día de los hechos, Hugo llegó a su casa a eso de la 1:00 am, muy asustado y le dijo que había tenido relaciones con la hija de su esposa, y que esta había salido gritando que la había violado y amenazado con un cuchillo. La pregunta que surge es la siguiente: si la intención de la joven S. G. B. era

incriminar penalmente a su padrastro diciendo que la había accedido carnalmente en forma violenta y ello no era cierto, *¿por qué razón el acusado le mencionó a su amiga la existencia del cuchillo, cuando a esa hora apenas su esposa estaba llevando a la joven a Medicina legal y todavía no se había colocado el denuncia?* más extraño aún; si la relación supuestamente fue consentida y voluntaria, *¿cómo sabía Hugo Fernando cuál era la versión de los hechos que su hijastra iba a suministrar las autoridades?*; si todo se trata de un invento de la joven para vengarse del procesado, *¿por qué no pensar que esta podía fantasear o idear que la amenazó con un arma de fuego, o con una sierra, una navaja o simplemente una correa?* cualquiera de esos artefactos le hubiera servido para formular la denuncia, lo curioso es que sea el utensilio de cocina precitado, el elegido tanto por la víctima como por el victimario para ser incluido en la versión de ambos sobre lo que verdaderamente ocurrió esa noche.

A modo de síntesis, para esta magistratura la existencia del cuchillo en cuestión no se pone en duda, el elemento es real y se usó en el ilícito para diezmar aún más la voluntad de la víctima, cosa diferente es su posterior desaparición, pero ello en modo alguno alcanza a desnaturalizar lo ocurrido. Pensar lo contrario, sería tanto como decir por ejemplo que en delitos de homicidio violento, el punible no existe fenomenológicamente, solo porque el arma de fuego o el elemento causal no es hallado, olvidando que lo que interesa demostrar era la configuración del elemento normativo del tipo, que para el caso en cuestión es el factor violencia, el cual no emanaba exclusivamente del uso del utensilio de cocina, sino de la agresiva y brutal personalidad del procesado, la cual quedó ampliamente acreditada con los diversos testigos que comparecieron al juicio oral.

En efecto, como lo dijeron la mayoría de los declarantes, el señor Hugo Fernando es una persona que tenía la costumbre de llegar a su casa en estado de embriaguez, además de eso durante el tiempo de convivencia con su esposa, la sometió a todo tipo de ultrajes, la golpeaba, la insultaba y como ella misma afirmó, la obligaba a sostener relaciones sexuales; tanto

así que tuvo que denunciarlo por violencia doméstica, además de ello su personalidad era fuerte e intimidante, de ahí que toda la familia tenía un terror generalizado, situación que no era ajena a S. G. B.; pues como expuso en el juicio este le daba mucho miedo; el cual es la base fundamental de la actitud asumida por ella durante el abuso y que hoy cuestiona la defensa.

Como se mencionó en el recurso, el censor critica que ella haya mostrado una actitud pasiva cuando fue agredida sexualmente por su padrastro, a pesar de que durante el acto, este soltó el cuchillo el cual estuvo a su alcance, eso sin mencionar que al preguntarle como la trató, contestó que “*cuidadosamente*” y catalogó la penetración de “*normal*”, frases que en su interpretación ponen en duda que el acceso carnal haya sido de naturaleza violento. Al respecto, es preciso recalcar que el acto de violencia no es el que se emplea en la realización del comportamiento sexual reprochado, sino el que se utiliza para doblegar la voluntad de la víctima, sin importar que este no tenga prolongación en el tiempo de la ejecución de los actos reales.

Para el caso concreto, la joven S. G. B. explicó que cuando su padrastro llegó a su habitación con el cuchillo en la mano, diciéndole que se iban a matar, ella creyó firmemente en su palabra, no solo por el temor general que este le infundía y que la marcó desde su infancia cuando veía como golpeaba a su madre, sino porque estaban solos en la casa; este se encontraba armado y ebrio y ella temía que le hiciera lo mismo a su hermana menor. De allí que cuando le pidió que lo desvistiera, que le hiciera sexo oral, que se desnudara y la hacía cambiar de posición antes de penetrarla, esta cedió en medio de su temor, a pesar de las náuseas y los demás sentimientos que la embargaban; sobre todo porque el procesado no hacía más que repetirle que eso su madre jamás se lo iba a perdonar, que en la casa de la familia materna nunca lo habían querido y que también estaba dispuesto a matarse con cualquiera, haciendo referencia al hecho que ella tenía novio.

Es obvio que durante el tiempo en que la víctima fue accedida carnalmente su voluntad estuvo doblegada, no tanto por el uso del cuchillo, sino más que todo por la actitud amenazante, violenta e irracional de su agresor; si a eso le sumamos el sentimiento de protección hacia su hermana menor y los recuerdos de las golpizas que este le propinaba a su madre y donde se vió obligada a intervenir, es muy lógico que no haya adoptado una postura tácita de aceptación, la cual en modo alguno puede equipararse al consentimiento en la relación sexual.

Sobre este punto, resulta prudente efectuar un enérgico llamado de atención a los apelantes, en especial al señor representante del Ministerio Público, pues tanto en su actividad y participación en el juicio oral, como en sus alegatos conclusivos, ambos censores dejan entrever que el acceso carnal de que fue víctima la señorita S. G. B. fue consentido, no solo por su actitud pasiva, sino por la inexistencia de huellas o rastros de la agresión, apreciaciones que no solo resultan sumamente desacertadas, sino que desconocen flagrantemente lo consignado en el Estatuto de Roma que señala que el consentimiento de las prácticas sexuales no puede deducirse de una reacción de parálisis, del silencio o de la ausencia de rastros de oposición.

En efecto, la Corte Penal Internacional en la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma del 9 de septiembre de 2002 (dentro del cual se encuentra Colombia desde el 17 de julio de 1998), adoptó dentro de sus reglas de Procedimiento y prueba, los siguientes principios de valoración probatoria aplicables en casos de violencia sexual, señalando expresamente los casos en los cuales no es viable inferir el consentimiento de la víctima:

“Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual:

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) *El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el*

- aprovechamiento del entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;*
- b) *El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;*
- c) *El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.”*

Conforme lo expuesto, no existe ninguna evidencia o medio de prueba que permita inferir que la conducta asumida por la víctima durante la agresión sexual de que fue objeto debía entenderse como una invitación tácita a su lecho, mucho menos que se trataba de una relación clandestina con su padrastro, todo lo contrario, la prueba recaudada demuestra que a pesar de convivir con este por mas de 15 años, nunca le tuvo cariño o aprecio, su relación filial estuvo marcada por la violencia; por lo que resulta un contrasentido venir a suponer que el silencio o la falta de resistencia de esta, constituyen una forma de consentimiento, cuando probatoriamente se demostró que actuó de esa manera, porque su vida corría peligro.

Recuérdese que los seres humanos tenemos diversas formas de reaccionar ante situaciones de peligro, tanto física, como mental y emocionalmente, nuestro cuerpo responde en forma automática, es decir, inconscientemente, se aumenta la presión, la respiración se agita y los músculos se tensionan, todo producto de la secreción de adrenalina. En términos fisiológicos dicho proceso se denomina “lucha o huida” y consiste en alistar el cuerpo para enfrentar el objeto de peligro o huir de este. No obstante, a pesar de que se afirma que los seres humanos estamos programados para desplegar estas conductas, se encuentra demostrado que algunas personas tienen otro tipo de reacción natural al peligro de la que no se habla mucho: la parálisis o el ensimismamiento.

En efecto, según el Doctor Martin Antony, profesor de psicología de la Universidad de Ryerson (Canadá) *“paralizarse es una respuesta común a una amenaza que vemos en mamíferos y no solo en humanos, algunos argumentan que ni siquiera se debería hablar de reacción de lucha o huída, sino “lucha, huída o parálisis”, así mismo, explica que esa parálisis es breve*

y que ocurre en muchas situaciones donde existe un elemento de miedo o pánico —no poder hablar o pensar en las palabras adecuadas cuando se está nervioso, por ejemplo, también es parte de ese instinto—, el cual probablemente fue diseñado para ayudarnos a analizar la situación y tomar decisiones no impulsivas.

Por otro lado no puede olvidarse que la violencia sexual es una experiencia traumática tanto física como mentalmente, por ende, no todas las personas reaccionan de la misma forma ante este tipo de agresión, unas tratan de huir o defenderse, pero la mayoría de las víctimas entran en estado de shock e incredulidad, principalmente cuando el victimario es una persona de su familia o en quien confían, de ahí que algunas se paralizan, se aturden o hasta se desconectan de la realidad. Un perfecto ejemplo de este tipo de reacciones es el que presentó la ofendida en este caso, es decir la joven S. G. B., cuyo temor y desconcierto era tal, que adoptó una postura pasiva al punto de la instrumentalización, ejecutando todas las acciones que le ordenaba el agresor sin oposición alguna y manifestando todo tipo de reacciones físicas, como parálisis, náuseas, fastidio etc; incluso llegó a decirle a su madre que se sentía como muerta.

Aquí surge otro aspecto objeto de inconformidad de la defensa que a su juicio es importante, pero que en nuestro criterio es irrelevante, y es lo relativo al vómito de la víctima. Según el censor, esta afirmó que había vomitado durante el acto sexual, pero que ninguna persona de los que ingresaron a la vivienda sintieron el olor característico o vieron rastros del hecho. Al respecto, debemos afirmar que si bien la víctima entra en una contradicción sobre este tema, porque al principio de su declaración dice que sintió muchas ganas de vomitar, y mas adelante afirma que efectivamente vomitó en la habitación, lo cierto es que la ausencia de claridad sobre esta circunstancia en concreto, no afecta en modo alguno la naturaleza del delito al que fue sometida, en primer lugar, porque es muy posible que el shock emocional en el que se encontraba le haya impedido pensar con claridad y en medio de la conmoción creyó haber vomitado, cuando solo sintió náuseas, y en segundo lugar, porque si efectivamente

vomitó en la habitación, ni el portero, ni su familia tenía que dar cuenta de ese hecho, el primero porque nunca llegó a ingresar a la habitación de la joven; y las segundas, porque demoraron mas de 8 días en regresar a la vivienda, tiempo mas que suficiente para que el olor y el rastro hubieran desaparecido.

Aunado a lo anterior, la joven le insistió mucho a su agresor que la dejara ir al baño, que se sentía muy mal, por lo que perfectamente esta pudo haber regurgitado allí y luego vaciar el baño, sin que quedara rastro alguno. Recuérdese que con esa excusa ella logró escapar de su padrastro, que además por la premura de escaparse salió envuelta en una toalla a la calle, la cual tuvo que haber tomado del baño, porque de haber regresado a la habitación, este hubiera continuado sometiéndola al vejamen sexual. Debe insistirse que la ausencia de rastros de vómito no demerita la credibilidad de la víctima en punto a la ocurrencia del hecho, tampoco se requiere su refrendación para darle veracidad, menos cuando existen otros elementos que corroboran ampliamente su versión.

Expresan la defensa y el Ministerio Público **que la ausencia de rastros físicos de agresión, demuestran que el acceso carnal como tal no fue corroborado, es decir, que la penetración no se dio y a lo sumo se debe hablar de un acto sexual.** Exponen también que es una regla de la experiencia que las mujeres víctimas de violencia sexual casi nunca lubrican y es por ello que siempre quedan secuelas del hecho. Sobre el tema, cabe recordar que la víctima fue examinada dos veces la noche del suceso en Medicina legal y por un médico de urgencias de la Unidad Intermedia de Salud, coincidiendo ambos especialistas en que la ofendida no tenía edemas, fisuras o lesiones, tampoco sangrado o secreción. Así mismo, no hubo desgarros, porque la joven S. G. B. ya había iniciado su vida sexual.

Ahora bien, en Medicina Legal se tomaron muestras de su frotis vaginal y se enviaron a un laboratorio de ADN para un cotejo genético de fluidos, determinándose no solo la presencia de espermatozoides, sino como conclusión pericial lo siguiente: "**HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE no**

se excluye como el aportante de la fracción espermática encontrada en el frotis vaginal tomado a S. G. B., es 146 trillones de veces más probable que los espermatozoides encontrados en el frotis vaginal de esta provengan de HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE a que provengan de otro individuo al azar...” esto en letra clara significa que el semen encontrado en el frotis vaginal de la víctima, pertenecía al procesado.

Con ello se desvirtúa el primero de los argumentos del defensor relativo a que el hecho como tal no sucedió, pues la evidencia demuestra que entre la víctima y el victimario hubo contacto sexual, quedando como rastro de ello el semen del procesado en su frotis vaginal. Frente a esta realidad, los apelantes presentan dos hipótesis: la primera que el hecho no fue violento y la segunda, que no hubo penetración.

Sobre el primer aspecto, se afirma que existe una regla de la experiencia según la cual, cuando una mujer es víctima del delito de violación, es casi imposible que esta lubrique y por ende siempre quedan huellas o señales de la violencia empleada. Al respecto, cabe recordar que las reglas de la experiencia se encuentran en lo que llamamos sentido común, sin embargo no son un medio de prueba, mas bien son una herramienta inductiva y silogística, que -en algunos casos- permite al juez articular su razonamiento, pero que no constituye la regla general, sino que lo enfrenta a una inferencia probabilística en la que no hay datos concretos y metódicamente extraídos. Para mayor claridad Stein precisa que *“son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretender tener validez para otros nuevos”*¹³

Por ese motivo, en el ámbito de los procesos penales, especialmente en aquellos donde se investigan delitos sexuales, no pueden adoptarse decisiones apelando únicamente al sentido común, sino que es necesario buscar fuentes mas especializadas sobre el tema. En este asunto, el profesional que examinó a la paciente dijo que cuando una mujer no tiene

¹³ Stein, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Pamplona Ediciones, Universidad de Navarra, 1973, p 30.

lubricación durante la relación sexual puede producir laceraciones, sin embargo en el caso de S. G. B. no encontró huellas de trauma, dolor, hematomas o secreciones, por lo que en su impresión diagnóstica existe la duda sobre si hubo o no violación. Este concepto es el que manipula la defensa para afirmar que como no se presentaron lesiones paragenitales, entonces hubo lubricación y por lo tanto existió consentimiento, con lo cual no podría hablarse de una violación.

Al respecto, buscando opiniones más profesionales citamos lo que se establece en la publicación *“Understanding Sexual Violence: Prosecuting Adult Rape and Sexual Assault Cases”*¹⁴, estudio en el cual constan una cantidad de investigaciones realizadas en el área de la respuesta sexual humana, donde se concluye que no es cierto que la lubricación sea el primer signo de respuesta sexual en las mujeres, sino que es una reacción física puramente automática. Dicen los expertos que el cuerpo humano está preparado para responder a estímulos que recibe a través de los cinco sentidos; ello es así porque en momentos de temor y amenaza de daño corporal, el sistema nervioso simpático se activa y moviliza las respuestas de “lucha, escape o parálisis”, que colocan a la persona en una modalidad de supervivencia. Cuando ello ocurre, se descargan neuroquímicos que estimulan al cuerpo para que éste envíe sangre a los grupos de músculos grandes y a la pelvis; también incrementan la presión sanguínea, la respiración y el pulso cardíaco. El aumento en el flujo sanguíneo hacia la parte baja del cuerpo podría incrementar aún más la vasocongestión y tener como resultado una mayor lubricación.

Siguiendo la línea de pensamiento descrita, la lubricación vaginal no es un elemento o circunstancia que sirve para determinar si existió o no una violación, como erróneamente lo plantea la defensa, por el contrario, a juicio de la Sala ello es una opinión subjetiva y no aplicable a todos los casos de violación; el consentimiento de un acto, cualquier acto que sea, no puede demostrarse únicamente cuando media una reacción corporal, el consentimiento obedece también a factores emocionales, intrínsecos de la

¹⁴ Tomado de www.legalmomentum.org/store/understanding-sexual-violence-prosecuting-adult-rape-and-sexual-assault-cases-resources-books

persona. Es evidente que la lubricación en la mujer es una reacción corporal estimulada por diversos factores, pero ello no implica que esté consintiendo el acto sexual, toda vez que ello es una decisión que tiene que ver con la libertad sexual que la ley otorga al individuo para consentir o no ese acto.

Sumado a lo anterior, existen casos de violencia sexual donde se ha demostrado que la víctima puede experimentar un orgasmo durante la agresión, sin embargo eso no significa que esta haya disfrutado la violación, por el contrario sigue siendo una experiencia traumática y dolorosa, de hecho, se ha comprobado psicológicamente que en estos eventos, los sentimientos de culpa y vergüenza de las víctimas son mas intensos. No obstante, la investigación en este campo es aún muy poca, precisamente por el tabú que existe en los psicólogos para abordar el tema públicamente y con ello contribuir a la idea de que “las víctimas disfrutaban las violaciones”, “se lo buscó por ir vestida así” o “era su fantasía ser violada”. En conclusión, podemos afirmar que muchas mujeres lubrican involuntariamente durante una violación como una suerte de mecanismo de defensa que su cuerpo activa para evitar el dolor de una violación en seco, pero el hecho de que lubriquen no puede utilizarse como argumento para poner en duda la credibilidad de la víctima sobre la falta de consentimiento.

Como vemos en el asunto objeto de examen, la joven S. G. B. ante la agresión sexual de que fue objeto por parte de su padrastro, reaccionó de manera pasiva quedándose paralizada por el miedo, no solo por la amenaza de muerte con el cuchillo que este le hacía, sino porque su actitud era demasiado agresiva e intimidante, así mismo es bastante factible que su cuerpo haya producido lubricación en forma involuntariamente, situación que impidió que el acceso carnal fuera doloroso y le dejara marcas o lesiones visibles, no obstante ninguna de estas circunstancias sirven de fundamento para alegar que el hecho fue consentido, pues como quedó establecido son mecanismos de defensa que adopta el cuerpo automáticamente, pero que en modo alguno implican gozo o disfrute del acto.

En cuanto al argumento del Ministerio Público relativo a que no se probó el acto de penetración, el mismo no es más que una apreciación personal y sesgada del recurrente, pues como quedó establecido en el testimonio de la joven S. G. B., el agresor no solo la obligó a que le realizara sexo oral, sino que la penetró vaginalmente en varias ocasiones, forzándola incluso a cambiar de posición, quedando como consecuencia de ese asalto una serie de evidencias que lejos de desvirtuar el acto, lo que hacen es ratificar su versión, tales como el rastro de los espermatozoides pertenecientes al acusado obtenido en el frotis vaginal de la ofendida o el síndrome de estrés postraumático que padece esta y que se derivó del abuso sexual. De manera que no es plausible desde ningún punto de vista afirmar que todo quedó en una fase tentada o que no se consumó el acto, porque no se sabe si la muestra de semen se halló en la parte interna o externa de la vagina, cuando quedó ampliamente establecido que la penetración no solo fue vaginal, sino vía oral y que la misma sí se dió.

Otro tema que cuestiona la defensa es lo relacionado con **la amenaza del procesado de violar a su propia hija y las manifestaciones de la denunciante a sus familiares momentos después de ocurrido el hecho.** Según el censor, la joven mintió pues afirmó que este nunca dijo que tenía la intención de violar a su hermana Melisa, no obstante su tía dijo que su sobrina le dijo que Hugo pretendía abusar de su hermana y por eso le colocó seguro a la puerta, además de que cuando llamó a su madre, le dijo primero que la iban a matar, pero después le informó lo relacionado con el acceso carnal violento, situación que atenta contra la lógica, pues no es lógico que un aspecto tan íntimo sea relatado a familiares y hasta a los porteros de la Unidad.

Sobre este aspecto, cabe señalar que el cuestionamiento del recurrente a la credibilidad de la testigo carece de fundamento alguno, primero porque como lo señala la jurisprudencia, la aplicación del principio lógico de la no contradicción impone que las contradicciones recaigan sobre aspectos esenciales y -no secundarios- como matices o variaciones que no afectan la conducta material objeto de investigación. En efecto, según el alto tribunal

“...las discrepancias sobre aspectos accesorios no destruyen la credibilidad del testimonio, aunque si la aminoran sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud, pero al recaer sobre contenidos secundarios terminan siendo un desacuerdo aparente, esto es, no real y por ende superable o conciliable que habrá de ser valorado con ponderación y razonabilidad, adoptando una especie de hermenéutica de favorabilidad apreciativa al interior de las expresiones fácticas dispares en lo no esencial”¹⁵

Sin embargo, en este proceso la supuesta contradicción de la testigo no recae en el hecho esencial del acceso carnal violento, en el cual fue bastante precisa y descriptiva durante todas sus versiones, sino en las manifestaciones posteriores al mismo, las cuales por razones obvias del trauma y del shock en que se encontraba no pueden ser analizadas a la ligera como incriminaciones malsanas; precisamente porque como lo dijeron los testigos de cargo, la joven salió a la calle llorando, angustiada y pidiendo ayuda, en medio de su desespero por evitar que Hugo le hiciera algo similar a su hermana, también llamó a su madre que estaba en la casa de su abuela, y cuando esta y su tía llegaron a recogerlas, encontraron a las dos jóvenes llorando en la portería y a S. G. B. con una crisis de nervios.

Sin embargo, cuando estaba en el vehículo con su madre, sintiéndose protegida, le contó que el procesado la había violado, la amenazó con un cuchillo, lo que le causó mucha impresión y además le dijo que le iba a hacer lo mismo a su hermana Melisa. Además estos hechos en la forma como fueron narrados, se encuentran corroborados con el testimonio de la joven Melisa, quien relató que ese día estaba durmiendo cuando en la madrugada le tocaron la puerta, ella se despertó y al abrir vió al portero de la Unidad con S. G. B. que estaba llorando y diciéndole que su padre la había violado. Impera resaltar que esta testigo afirmó que ese día, la puerta de su habitación estaba cerrada con seguro, aunque ella no acostumbra cerrarla así y además estaba convencida que esa noche en particular no le echó seguro a su puerta, situación que refuerza el dicho de la víctima de que al escapar, lo primer que hizo antes de salir de la casa fue cerrar la puerta de su hermana para evitar que Hugo le hiciera lo mismo que a ella.

¹⁵ CSJ Sala de Casación Penal, decisión del 15 de septiembre de 2010, radicado 34372.

Tampoco puede tildarse de ilógico que esta les haya narrado lo sucedido con su padrastro a los porteros de la unidad y a sus familiares, primero porque cuando uno sale huyendo de un peligro, en medio de una crisis nerviosa y pidiendo ayuda, no es normal que se detenga a analizar y seleccionar que es lo que va a decir y a quién; y segundo, porque quien mas que su madre y sus familiares para brindarle la seguridad, protección y cuidado que en ese momento requería después de haber sufrido semejante agresión, en estos casos mas que la protección a la intimidad, lo que impera es la confianza y el apoyo que estas situaciones imponen a las familias, por lo que la reserva de lo ocurrido en nada contribuye a la superación del hecho.

Finalmente, ambos recurrentes abordan el tema de **la inverosimilitud del relato** y el **interés en mentir** de la joven abusada. Dicen los apelantes, que la víctima simuló el acceso carnal violento, llevada por el resentimiento contra su padrastro, debido al maltrato que le dió a su madre, que quería que estos terminaran la relación y que con la denuncia logró su salida del núcleo familiar.

En este punto, aunque no es un tema ligado exclusivamente al hecho del acceso carnal violento, resulta importante mencionar bajo que contexto fue que se realizó el ilícito. Está ampliamente demostrado que el señor Hugo Fernando y la señora Piedad Amparo (madre de S. G. B.) tuvieron una convivencia de pareja por espacio de 16 años, que el primero trabajaba como auxiliar judicial mientras que la segunda es abogada; así mismo se demostró que la pareja tuvo una hija de nombre Melisa, que para la fecha de los hechos tenía 13 años de edad, en tanto que S. G. B. tenía 20 años. Es decir, que ambas jóvenes tuvieron una unidad familiar con el procesado prácticamente durante toda su vida.

Así mismo, se demostró con el testimonio de las tres damas, que la relación entre la señora Piedad y el procesado era sumamente violenta, que este tenía la costumbre de llegar en estado de embriaguez a la casa y propinarle

malos tratos a su esposa, que la golpeaba, la insultaba e incluso abusó sexualmente de ella en varias ocasiones, situación que esta ocultó para evitar que sus hijas se enteraran. Dijo además la testigo que fueron muchas las agresiones, tanto así que en una ocasión le dieron una incapacidad de más de 14 días, que luego de eso una juez de familia le ordenó desalojar la vivienda.

Sin embargo, a pesar de que sus hijas presenciaron los golpes y de que vivía constantemente atemorizada, reconoce que intentó dejar la relación pero siempre volvía con él, no obstante optó por dormir vestida y con las llaves por si tenía que salir de la casa y en otras ocasiones, se iba para la casa de su madre por varios días, hasta que este la llamaba y le pedía que retornara al hogar. Refiere además que S. G. B. nunca quiso a su padrastro, ya que desde que se fue a vivir con este, le tocó presenciar -e incluso intervenir- en las peleas de ellos, pero a que pesar de eso, le obedecía, sin embargo vivía muy aburrida con la situación e incluso hubo un tiempo en que se fue de la casa a vivir donde la abuela, también la obligaba a acompañarlo a hacer vueltas de la oficina así no quisiera.

No obstante lo anterior, dice que nunca dudó de S. G. B. hasta que escuchó otras versiones de lo sucedido, de ahí que tuvo que tomar una posición objetiva pues se trataba de su hija mayor y del padre de la hija menor, expresando que está convencida que entre ellos no sucedió nada, primero porque su hija no es una mujer confianzuda ni buscona, por el contrario siempre ha sido muy respetuosa y por el otro, porque a veces la ingesta de licor le generaba pérdida de capacidad sexual, al punto que una vez que estaba embriagado trató de accederla carnalmente pero no pudo.

Analizando lo expuesto se puede advertir con suma facilidad que la madre de la víctima posee todas las características de una persona con síndrome de la mujer maltratada, el cual se desarrolla en mujeres sometidas a ciclos de violencia constante, y que presenta entre otros, baja autoestima, sentimientos encontrados, culpa, temor y pánico constante ante cualquier cambio, también prefiere callar por miedo o vergüenza y en casos extremos

poseen una conducta ambivalente entre odio al agresor y resignación. Estas mujeres, lejos de huir de la relación insisten en perpetuarla, algunas llevadas por situaciones económicas, por imagen ante la sociedad o por sus hijos, siempre con la esperanza de que el agresor cambiará y buscando disculpas para sus actos de violencia. No puede olvidarse que una característica fundamental del maltrato es la negación, donde el sujeto pasivo utiliza como estrategia para eludir la realidad excusas como por ejemplo que se trata de un asunto estrictamente de pareja o le resta importancia, afirmando que es algo normal dentro de todas las familias.

En el caso de S. G. B., su madre a pesar de su nivel cultural y profesional, es una mujer que cayó dentro de este tipo de violencia, que por espacio de muchos años soportó el trato violento del procesado para con ella, que a pesar de que se hija se lo pidió nunca quiso terminar la relación e incluso ante insinuaciones de terceros, se convenció que el hecho no sucedió, sin embargo, dentro de sus afirmaciones ratificó lo expuesto por la joven denunciante sobre el carácter agresivo e intimidante de su padrastro, quien incluso la obligaba a sostener relaciones, así no tuviera disposición para ello, por manera que su declaración resulta fundamental para corroborar el acceso carnal de que fue objeto.

Es algo notorio que la conducta del señor Hugo Fernando en el hogar se basaba en la imposición de su voluntad, es decir, la relación de subordinación de la madre y las hijas para con este era de tal magnitud, que casi siempre vivían en estado de temor y zozobra, por lo que no es extraño que cuando S. G. B. lo vio embriagado y con un cuchillo en la mano, haya temido por su vida y por la de su hermana, pues ya sabía cuales eran sus alcances de primera mano, tras presenciar años consecutivos de abuso con su madre. De hecho su otra hija también reconoció en el juicio que este le daba muy mala vida a su madre y que cuando se fue del hogar la situación mejoró.

Ahora bien, la defensa y el Ministerio público dicen que todo este conflicto familiar fue el que llevó a S. G. B. a mentir y simular el ataque para lograr

que su padrastro se fuera del hogar y así acabar con la violencia dentro del núcleo familiar, sin embargo esa situación no fue demostrada; primero, porque si todo fue producto de una invención ¿cómo se explican los hallazgos del semen del procesado en sus partes íntimas y las secuelas psicológicas derivadas del abuso?; además la ofendida llevaba varios años viendo la actitud sumisa de su madre, sin que esta hiciera nada por acabar la relación, por lo que no es muy razonable que se inventara una agresión de esta naturaleza, cuando existía una alta probabilidad de que su madre y su hermana no le creyeran.

Por otro lado, si lo que buscaba la joven era sacar a Hugo Fernando de la casa, como explicar que luego del abuso sexual se rehúsa G. B. a retornar a su vivienda por espacio de meses, llegando incluso a romper la relación con su madre, pues como expuso en el juicio, eso no habría sucedido si ella no la hubiera abandonado, además de que estos siguieron en contacto, entonces de nada habría valido la mentira o la simulación del hecho, pues si su madre hubiera optado por creerle al procesado o a los amigos de este, que intentaron hacerla ver como una joven inmoral, que estaba teniendo un amorío con su padrastro a espaldas de su madre, la situación no habría cambiado.

Recuérdese que el ánimo de venganza o de revancha de una persona no necesariamente contrae la obligación de faltar a la verdad recreando una mentira que eventualmente le genere consecuencias adversas al sujeto contra el cual se construye, por el contrario, ese estado psicológico puede orientar a la persona a contar hechos verdaderos, que siendo de connotación censurable (o constitutivos de delitos) pertenezcan a la esfera de intimidad de otro ser humano, con el propósito de que se le procuren sanciones sociales o legales. Es mas, según la jurisprudencia “...una postura eficientista del ser humano tendiente a que el castigo efectivamente se concrete en la persona, tendría que apuntar en condiciones normales, a la revelación exacta de la realidad por quien conoce el secreto negativo del otro, pues un proceder en ese sentido garantizaría, en principio, una condena”¹⁶. Y aunque un

¹⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de junio de 2013, radicado 34134.

criterio mas flexible podría indicar que la sola generación de la investigación judicial bastaría para saciar su ánimo vindicativo, lo cierto es que la cercanía a una u otra posibilidad se debe explorar en el caso concreto de la mano de otros medios de convicción; pues tal y como dice la Corte *“...no se duda que así como los celos o el deseo vindicativo que se genera por su consecuencia, pueden llevar a mentir a la persona, también sirven de motor impulsor de denuncias verdaderas de hechos que en otras circunstancias permanecerían ocultos”*¹⁷.

Como vemos en este caso no es solo la versión de la víctima frente a la del victimario lo único analizado para definir si estaba mintiendo o no, también se tuvo en cuenta las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores al hecho ilícito, el grado de violencia que se vivía en el hogar así como la personalidad agresiva del procesado, la hora y el estado de embriaguez en el que llegó a su casa el día de los hechos, los gritos de auxilio de la joven y la condición en que salió de su vivienda, el indicio de oportunidad, habida cuenta que la madre de estaba esa noche en la residencia, las secuelas físicas y psicológicas que quedaron, el rastro de semen, el temor de las damas de retornar a la vivienda y encontrarse con Hugo Fernando y por último la desaparición de este luego del suceso. Son todas estas circunstancias las que conducen a otorgarle credibilidad a la víctima y a declarar la responsabilidad penal del acusado sobre los hechos investigados.

Por otro lado, las exculpaciones de la defensa, en especial, el testimonio de la señora Liliana María Muñoz Sánchez, dejan mucho que desear, pues esta afirmó que el día de los hechos Hugo Fernando estuvo en su casa desde las 7:00 pm hasta las 11:30 de la noche tomando aguardiente con su esposo y luego se fue, pero que a la hora y media llegó muy asustado diciéndole que se había puesto a tener relaciones con su hijastra y estaba había salido gritando que la habían violado y que la había amenazado con un cuchillo. Dijo además que al día siguiente estuvo en la casa de este con la señora Piedad y no vió nada raro, que S. G. B. era muy confanzuda y

¹⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de abril de 2011 radicado 30984.

que supo por un tercero -amigo de su esposo- que ellos llevaban sosteniendo una relación de tiempo atrás.

Si analizamos este testimonio, podemos extraer varias conclusiones: la primera es que Hugo Fernando estuvo consumiendo aguardiente por mas de 4 horas, por ende cuando llegó a su casa conduciendo su vehículo, los porteros notaron su estado de embriaguez, que a pesar de eso no estaba imposibilitado u obnubilado, pues le pidió la comida a su hijastra y luego subió a su habitación para accederla carnalmente, que mientras hacía eso, estuvo conciente que era un hecho aberrante, tanto así que le dijo que su madre no lo iba a perdonar; que cuando S. G. B. logró escaparse y al verse sorprendido, salió con el cuchillo nuevamente en su vehículo, sin volver a su hogar, y que ante la gravedad de lo ocurrido, inventó que tenía una relación sexual con su hijastra y que todo era producto de un ataque de celos porque no sacaba a la luz la relación.

Por su parte, resulta muy sospechoso que esta testigo afirme que una persona -distinta a Hugo- le comentó que ellos tenían una relación, que le haya dicho a la madre de S. G. B. que estos llevaban teniendo amoríos por espacio de 5 meses, lo que coincide sorprendentemente con el tiempo en que la víctima tenía una relación sentimental con su novio de la Universidad, y que era una confianzuda, cuando su madre y los demás familiares reconocen que por el estilo de vida que llevaba en su hogar, no toleraba al procesado y todo lo que se relacionaba con él, era hecho obligada por su madre. No es normal, ni lógico que una joven de 20 años, que creció en un ambiente de violencia continua, con un padrastro agresivo y cuya única alegría era su novio, como lo dijo su madre, acepte de buenas a primeras sostener una relación clandestina con su padrastro, cuando no lo soportaba, solo con la intención de sacarlo de su casa.

En conclusión, en el análisis de esta declaración al tenor del artículo 404 de la ley 906 de 2004, no solo se advierte un claro interés por parte de la señora Liliana María en favorecer al procesado, sino que su versión carece de objetividad y veracidad, pues es evidente que la coartada que fabricó

para exonerarlo de responsabilidad no cuenta con soporte probatorio alguno, a mas de que es contradictoria en aspectos fundamentales, como los señalados en precedencia o cuando dijo que estuvo al día siguiente de los hechos en la vivienda del procesado, siendo desmentida por la señora Piedad Amparo, que dijo que demoraron mas de 8 días en retornar a su casa; circunstancias que en conjunto impiden otorgarle algún grado de credibilidad.

Para finalizar, en relación con el yerro cometido por la Ad quo al momento de la emisión del sentido del fallo, si bien no se discute que esta incurrió en un lapsus en cuanto al manejo de los términos técnicos, al referirse al estándar de prueba exigido para emitir condena, lo cierto es que el mismo no es relevante, ni mucho menos constituye un argumento que conduzca a revocar la sentencia, pues al examinar el contenido material de su exposición y el análisis de la prueba, se observa que su motivación refleja el convencimiento máximo en punto a la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del encartado en su comisión, requisitos fundamentales exigidos por el artículo 381 de la ley 906 de 2004 para la emisión de un fallo de condena.

En conclusión, podemos afirmar que ninguno de los argumentos expuestos por los apelantes tienen la capacidad de derruir la tesis esbozada por la Juez de primera instancia y, en consecuencia, el camino a seguir por la Sala no es otro que el de confirmar en su integridad la providencia objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia objeto de apelación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

Sentencia de Segunda Instancia
Radicado: 050016000206201100458
Procesado: HUGO FERNANDO TABORDA ALZATE
Delito: Acceso Carnal Violento

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada a la Juez de instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado