



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05-001-60-00206-2012-66332
Procesados condenados	Dorian Andrés Barrera Henao (artículos 210 inciso 1° y 211 numeral 1° del Código Penal). María de los Dolores Barrera Henao (artículos 210 inciso 2° y 211 numeral 1° del Código Penal).
Delitos	Acceso carnal con incapaz de resistir agravado Acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado
Hechos	Madrugada del 3 de noviembre de 2012
Víctima	Flor Nancy Quintero Giraldo
Juzgado <i>a quo</i>	Segundo (2°) Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia
Asunto	Apelación de sentencia condenatoria de 9 julio 2021
Consecutivo	SAP-S-2023-38
Aprobado por acta virtual	N°279 de 14 noviembre de 2023
Audiencia de exposición	<b>Miércoles 15 noviembre de 2023; Hora: 1:30 pm</b>
Decisión	Se confirma en su integridad sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

Medellín, Antioquia, noviembre quince (15) de dos mil veintitrés (2023)

### 1. ASUNTO

La ponencia presentada por el magistrado JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE no obtuvo la mayoría de los votos requerida para su aprobación, razón por la cual el expediente fue rotado al primer revisor, magistrado NELSON SARAY BOTERO, para la sustanciación de la presente sentencia.

La Sala mayoritaria resuelve el recurso de apelación que instauraron los defensores de los condenados MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO y DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO, contra la sentencia de 9 de julio de 2021, por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí, Antioquia, los condenó a la pena principal privativa de la libertad de 10 años y 8 meses a la primera, y de 16 años de prisión al segundo, tras hallarlos autores penalmente responsables de los delitos de *Actos y Acceso con incapaz de resistir agravado*, respectivamente.

### 2. IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS

2.1 Es la señora MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO, nacida el 02 de noviembre de 1962 en Yalí, Antioquia, identificada con cédula de ciudadanía 22.229.188 de Itagüí, Antioquia, sin ocupación conocida, con domicilio en la vereda La Mascota, en inmediaciones entre Yolombó y Yalí, teléfono 3127996103, correo electrónico [maria-barreah50@hotmail.com](mailto:maria-barreah50@hotmail.com), se libró orden de captura el 08 de julio de 2021.

2.2 Es el señor DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO, nacido el 15 de mayo de 1984 en Yalí, Antioquia, identificado con cédula de ciudadanía 70.602.420 de Yalí, Antioquia, sin ocupación conocida, con domicilio en la calle 48-B N° 53-A-1519 barrio Santa Marta del municipio de Segovia, teléfono 3024554509, correo electrónico [dorianhenao87@gmail.com](mailto:dorianhenao87@gmail.com), se libró orden de captura el 08 de julio de 2021.

### **3. HECHOS, ACTUACIÓN PROCESAL, FALLO DE PRIMERA INSTANCIA E IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 HECHOS**

Fueron precisados por la primera instancia en sentencia de condena, así:

La noche del 02 de noviembre de 2012, MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO y DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO en compañía de otro sujeto, departieron en el establecimiento de comercio «*La esquina de Jair*», allí fueron atendidos por FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO, quien, además, era amiga de MARÍA DE LOS DOLORES toda vez que tiempo atrás trabajaron juntas.

En la madrugada del 3 de noviembre de 2012, en razón a la celebración del cumpleaños de MARÍA DE LOS DOLORES, se acercó a la mesa FLOR NANCY, le deseó felicidad y compartieron algunos tragos. Posteriormente DORIAN ANDRÉS, MARÍA DE LOS DOLORES y ELBER GIOVANNY decidieron salir del lugar.

La señora FLOR NANCY con el ánimo de seguir el jolgorio, optó por cerrar la taberna más temprano y en compañía de ISABEL CRISTINA, una de sus trabajadoras, acudió a casa de los procesados ubicada en la calle 47 N° 56-25 barrio El Rosario del municipio de Itagüí, Antioquia, no sin antes contratar unos mariachis para la celebración del cumpleaños de la acusada. Siendo las 01:00 horas, la víctima llegó en compañía de los mariachis, y en la casa de MARÍA DE LOS DOLORES estaban presentes DORIAN ANDRÉS, YAMILE (hija de la acusada), el nieto y ELBER GIOVANNY. Tras ingerir varias copas de licor, perdió el control y la conciencia de lo que pasaba, lo que los Implicados aprovecharon para realizar sobre su cuerpo actos libidinosos; MARÍA DE LOS DOLORES le tocó con sus manos la vagina y los senos, mientras le refería que la amaba y, DORIAN ANDRÉS se desnudó, se posó sobre su cuerpo y la accedió carnalmente por la vagina.

Siendo aproximadamente las 07:00 horas del 03 de noviembre de 2012, FLOR NANCY se despertó desubicada, se vio desnuda, sintió un fuerte dolor de cabeza y en la vagina y algunas manchas de sangre en las piernas; se revisó los genitales y fue al baño, se echó agua en la cabeza y comenzó a buscar su ropa, misma que encontró en la habitación de la enjuiciada y, debajo de la cama halló su bolso y sus demás pertenencias. Se sintió mal, no podía recordar lo sucedido, por lo que decidió salir rápidamente de esa casa.

Llamó al conductor de taxi JESÚS MARÍA SALDARRIAGA SALDARRIAGA, quien la recogió, ella estaba llorando, se percibía aun en estado de embriaguez y retraída, la llevó hasta su casa. En la residencia FLOR NANCY cruzó algunas palabras con su progenitora y, se acostó a dormir, allí en su cama recordó que en la madrugada había llegado hasta la habitación donde pernotaba, MARÍA DE LOS DOLORES, quien, aprovechando su estado de embriaguez e imposibilidad para resistirse, recordó que le dijo que la amaba, la besó, le tocó los senos y la vagina, y que luego ingresó DORIAN ANDRÉS, se posó sobre su cuerpo desnudo y la penetró con el pene por la vagina, sin mediar consentimiento.

### 3.2 AUDIENCIAS PROCESALES RELEVANTES

El 27 de noviembre de 2014 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Itagüí, Antioquia; presenció la formulación de imputación de MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, agravado (*artículos 210 inciso 2° y 211 numeral 1° del código penal*) y de DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, agravado (*artículos 210 inciso 1° y 211 numeral 1° del código penal*). –no aceptaron los cargos–, no se impuso medida de aseguramiento por lo tanto se ordenó la libertad.

La fiscalía radicó el escrito de acusación en contra de MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO y DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO el 16 de febrero de 2015 (folios 09 a 15) y los acusó formalmente el 10 de junio de 2015 (folio 22), así: DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO por el delito de *Acceso carnal con incapaz de resistir agravado* (artículos 210 inciso 1° y 211 numeral 1° del Código Penal) y MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO, por el delito de *Acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado* (artículos 210 inciso 2° y 211 numeral 1° del Código Penal).

La audiencia preparatoria se realizó el 1° de octubre de 2015 (folio 34) y el juicio oral se llevó a cabo en cinco sesiones los días 8 de julio de 2016 (folio 51), 16 de febrero (folio 92), 2 de marzo (folio 97) 29 de agosto (folio 115) y 5 de diciembre de 2018 (folio 121, folio 14 en archivo digital).

### 3.3 SENTENCIA IMPUGNADA DE PRIMERA INSTANCIA

Tras realizar un recuento de las pruebas practicadas al interior del juicio oral, afirmó la *a quo* que la prueba de cargos merecía total credibilidad. Los testigos del ente acusador, estuvieron revestidos de veracidad, se mostraron sinceros y fueron coherentes entre sí, ninguno mereció reparo; de los relatos y la actitud de cada uno durante el juicio, no es posible desprender intención dañina o aversión infundada, tampoco se advirtió propósito distinto al de dar a conocer lo que percibieron a través de los sentidos.

La contundencia de la prueba es tal que sin lugar a dudas ubican a víctima y victimarios en el mismo espacio y demuestra que MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO y DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO sí ejecutaron el comportamiento ilegal cuando resolvieron utilizar sexualmente a FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO aprovechando su vulnerabilidad al estar en embriaguez,

siendo en este contexto un tipo de violencia sexual, por lo demás, los testigos fueron objetivos, dieron cuenta de lo que directamente percibieron.

Las pruebas de la Fiscalía confirmaron de manera rotunda el acceso carnal, también la ingesta de licor que incluso había mantenido la víctima durante el 2 y 3 de noviembre de 2012. Principalmente con el testimonio de FLOR NANCY con suficientes detalles y digna de todo crédito, se probó que el 3 de noviembre de 2012, en la madrugada, estaba ebria y no se enteró ni siquiera como llegó hasta la cama de DORIAN ANDRÉS. Posteriormente, habiendo pasado unas cuantas horas se despertó desubicada, desnuda, con dolor de cabeza y en su vagina, con sangre en sus piernas, que al instante no logró recordar lo acontecido, pero posteriormente ya más lucida, recordó que los procesados aprovechando el estado de incapacidad en el que se encontraba, violentaron su libertad sexual. Fue contundente y enfática durante su relato, no era su voluntad sostener esas relaciones sexuales; pormenorizó que consistieron en tocamiento en los senos y en la vagina por parte de MARÍA DE LOS DOLORES y que DORIAN ANDRÉS, la penetró con el pene por la vagina.

Lo anterior, según la juez de primera instancia, tuvo respaldo afectivo pues durante su declaración se percibió indignada, avergonzada y enojada respecto a lo que vivió esa noche, nada hubo que sugiriera que fingía el sufrimiento, lo que sin duda contribuye a la certeza, además lo dicho fue corroborado con las demás declaraciones, permitiendo llegar al conocimiento calificado de que en efecto sí hubo penetración y tocamientos libidinosos cuando se encontraba alicorada.

El acusado en el juicio consistentemente admitió que penetró con el miembro viril por vía vaginal a FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO. En la declaración de la víctima no ostentó contradicciones relevantes o circunstancias ambivalentes de tal envergadura como para dudar de su testimonio que fue consistente, coherente, hilado y creíble sobre los aspectos trascendentes de la ejecución de las conductas punibles por parte de los procesados.

Por su parte la testigo ISABEL CRISTINA SALDARRIAGA QUICENO, quien el 2 y 3 de noviembre de 2012 estuvo acompañando a su empleadora FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO, la describió en un estado de «desesperación», producto del abundante consumo de licor tanto que la observó vomitando, en otro momento la vio desnuda y la intentó arropar; lo que no descartó la declaración de MARÍA DE LOS DOLORES, cuando refirió que en efecto todos los asistentes a la celebración habían consumido mucho licor. Incluso cuando FLOR NANCY decidió irse para su residencia, JESÚS MARÍA, el taxista, la percibió aun borracha; lo anterior, siendo prueba de corroboración de sus dichos en el aspecto consistente en la capacidad para determinarse en ese momento de furor.

Si bien, a la vista pública la Defensa con el testimonio del perito NELSON DÍAZ CARREÑO, con el que se allegó el dictamen toxicológico DRNROCC.LTOF-0001813- 2013, se concluyó que no se encontró en la muestra de orina de FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO presencia de metabolitos de benzodiazepinas, metabolitos de barbitúricos; fenotiazinas de tipo: levomepromazina, clorpromazina, tioridazina, trifluoperazina; antidepresivo de tipo amitriptilina, nortriptilina, fluoxetina, impramina, butirofenonas del tipo haloperidol. Lo expuesto, no descarta el estado psíquico de la víctima producida por la ingesta de alcohol, toda vez que la muestra fue recaudada con posterioridad al momento exacto del consumo y recibida en el laboratorio para su análisis el 15 de noviembre de 2012. Respecto a este elemento del tipo, se tiene que la incapacidad de resistir implica que se conjuguen los siguientes parámetros: (i) que el sujeto pasivo este en un estado de inconciencia,

que padezca de una perturbación psíquica o una debilidad extrema, así también esté en incapacidad de resistir; (ii) que tal alteración le impida comprender y consentir la relación sexual, y (iii) que el sujeto activo conociendo el estado de tal vulnerabilidad lo aproveche para someter a la víctima al vejamen sexual.

Advierte que, del testimonio de FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO, ISABEL CRISTINA, JESÚS MARÍA y los procesados, puede deducirse que la primera se encontraba en estado de embriaguez, que no se enteró como llegó a la habitación del procesado, pero se halló desnuda, con dolor de cabeza y en sus genitales, su estado de laguna no le permitió con exactitud recordar algunos detalles, percibiéndose una narración por escenas. Así las cosas, esto permite afirmar que el estado de embriaguez que le causó la pérdida de la conciencia fue aprovechado por MARÍA DE LOS DOLORES y DORIAN ANDRÉS, quienes, conociendo su estado, ingresaron a la habitación donde pernoctaba, MARÍA DE LOS DOLORES la tocó con sus manos en la vagina y en los senos y DORIAN ANDRÉS se desnudó, se posó sobre ella y la penetró sin autorización ni oposición con su pene por la vagina; FLOR NANCY estaba tan profundamente alicorada, que no estaba en condiciones de repeler la agresión, tampoco de manifestar a viva voz que no quería sostener las relaciones sexuales y, tanto fue su estado de incompreensión que, reitera, no supo cuándo fue desvestida, ni cómo ingresaron los procesados a la habitación, no recordó que había vomitado, tampoco que había salido desnuda del lugar donde estaba acostada, advirtiendo que recobró la conciencia cuando despertó, algunas horas después.

Se demostró que FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO estaba en «*incapacidad de resistir*» pues, como es sabido, la ingesta de licor puede traer resultados adversos en la conciencia del sujeto pasivo, al respecto, resaltó la *a quo* que la medicina ha analizado dichas alteraciones que no son de aplicación universal, son variables y en ellas influyen la edad, el peso, el tiempo de consumo, lo acostumbrado que esté el cuerpo y la rapidez en la digestión; así mismo, el sueño, también es analizado como limitante de la capacidad de respuesta, factor que permitió actuar sin consentimiento ni reacción de la víctima. Precisamente el supuesto fáctico que tuvo demostración probatoria es que la desnudez y posteriores actos sexuales y penetración de los que fue víctima FLOR NANCY ocurrieron cuando se hallaba en incapacidad de resistir por su estado de embriaguez, pues como quedó en evidencia la ofendida inicialmente no pudo comprender lo que estaba ocurriendo, dar su consentimiento libremente ni repeler la agresión sexual.

La conducta por la que se acusó está agravada por el numeral 1º del artículo 211 del Código Penal, circunstancia acreditada, en tanto se llegó al conocimiento, después de valorada en su conjunto toda la prueba aportada, que el 3 de noviembre de 2012 ingresaron primero a la habitación donde estaba dormida FLOR NANCY, MARÍA DE LOS DOLORES le tocó los senos y la vagina, seguidamente ingresó DORIAN ANDRÉS y, estando desnuda la penetró con el pene por la vagina. Así que, según concluyó la primera instancia, la conducta fue cometida con la concurrencia de estos dos procesados.

El testimonio de la víctima sin duda demostró que cuando se encontraba bajo el influjo del alcohol, inicialmente no pudo reconocer ni los actos ni la relación sexual, no se percató en qué momentos ingresaron los acusados a la habitación donde pernoctaba, cuándo fue despojada de sus ropas, a qué hora sucedió, cuánto licor había ingerido, solo horas después se haría consciente de que había sido víctima de agravios sexuales. Tal aseveración no pierde su valor suasorio por el hecho de que no hubiera podido describir pormenorizadamente cómo y cuándo los acusados lograron ingresar a la habitación donde dormía, tampoco se percató cuando fue

desnudada y solo pudo asegurar que horas después de haber llegado a su casa recordó lo sucedido.

Señaló la *a quo* que, si bien se presentaron algunos giros en el relato inicial ante la médico legista, la declaración inicial y la rendida en el juicio, son reflejo de que la víctima en las condiciones físicas en las que se encontraba el 3 de noviembre de 2012 en la casa de los procesados estaba cerca de la noción pormenorizada de los acontecimientos, por lo tanto, resulta apenas lógico decir que no es posible exigirle un recuerdo como de quien estaba en sus plenos sentidos. El contenido de las expresiones brindadas por la víctima, en concreto, del vejamen sexual, fue lo suficientemente claro como para no dejar dudas de que ocurrió y no quería ser sometidas a los tocamientos libidinosos, ni a la penetración.

Por el contrario, consideró la *a quo* que el testimonio de DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO le resultó contradictorio en cuanto a que fue autorizado para sostener la relación íntima con FLOR NANCY, pues buscó la coartada perfecta asumiendo que la víctima le había acariciado las manos y lo había besado, refiriendo que desde ese momento ella consintió el encuentro sexual, lo que para la juez de primera instancia es un concepto discriminatorio y acelerado en el que las mujeres embriagadas desean tener relaciones sexuales.

Respecto a la tesis defensiva, indicó la *a quo* que en relación con la demostración de la verdad en estos casos, cuando se trata de delitos sexuales en contra de una mujer, donde por lo general el sujeto activo busca aprovecharse de la vulnerabilidad de la víctima y busca escenarios discretos y lejos de testigos directos diferentes a la víctima y el victimario, se enfrentan desafíos probatorios, toda vez que la capacidad de la misma se torna compleja, más que en la mayoría de los casos no existen testigos directos de lo ocurrido y la víctima no puede dar una versión en plena claridad ante la condición física y psíquica en la que se encontraba al momento de los mismos. En tal comprensión, adujo tajantemente que las autoridades judiciales en asuntos como este tienen la obligación de adoptar medidas efectivas tendientes a contribuir con la erradicación de cualquier tipo de discriminación en contra de la mujer, aplicando la perspectiva de género.

En virtud de ello, afirmó, el director del proceso está llamado a flexibilizar la carga y la valoración probatoria, con el fin de corresponder a los principios de dignidad humana e igualdad para proteger a la mujer contra todo tipo de violencia y en tal sentido hacer una valoración integral, lo anterior, según parámetros jurisprudenciales, en torno al mandato constitucional según lo reglado en el artículo 13 inciso 2° de la Constitución Política, en consonancia con el artículo 43 de la norma superior. Cita para el efecto las providencias T-027 del 2017 y T-126 de 2008 de la Corte Constitucional y CSJ SP 2136-2020 del 1° de junio de 2020, rad. 52.897 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Así, en lo relacionado con la credibilidad del testimonio de la víctima, que en últimas resultó ser lo cuestionado por la tesis defensiva preponderante, para acuñar la idea de que hubo consentimiento para la relación sexual y que MARÍA DE LOS DOLORES no participó en los actos de contenido sexual, previstos los anteriores postulados, se tiene para advertir que la apreciación de la prueba testimonial en el aspecto general, el legislador estableció los parámetros en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud de lo anterior consideró que resulta aceptable y lógico que FLOR NANCY, quien en estado absoluto de alicoramiento fue accedida carnalmente por DORIAN ANDRÉS y utilizada sexualmente por MARÍA DE LOS DOLORES quienes

aprovecharon esa condición de vulnerabilidad, presente en sus relatos algunos detalles sin clarificar o imposibles de recordar y, otros, que fueron justo lo que sucedió después de que se levantó el 3 de noviembre de 2012 con la resaca, no es conclusivo de que la víctima estuviera mintiendo o inventando tal historia.

Al respecto concluye, conforme a las pautas establecidas en CSJ SP 401-2021, rad. 55.833 del 17 de febrero de 2021 de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, que (i) no existía entre la víctima y los victimarios una relación de animadversión, móvil de conflicto que llevara a FLOR NANCY a inventar hechos incriminatorios con el fin de obtener venganza; (ii) respecto a la forma como acaecieron los hechos, con el testimonio de los procesados e ISABEL CRISTINA se llegó al convencimiento de que QUINTERO GIRALDO el 3 de noviembre de 2012 estuvo en la casa de MARÍA DE LOS DOLORES, celebrándole su cumpleaños, que antes y durante estuvo consumiendo licor, es decir, ingirió bebidas embriagantes en la taberna con sus clientes y en la casa de la homenajeadada, lo que en efecto produjo en la víctima la pérdida de la conciencia; su estado de embriaguez fue notado por todos los asistentes, incluso a la postre por JESÚS MARÍA, que en la vista pública manifestó que cuando ella abordó el taxi la percibió embriagada y llorando. Ante la evidente afectación psíquica de la víctima, no es posible para que su relato sea creíble exigirle detallar cuantos tragos se tomó; (iii) tanto ISABEL CRISTINA como LUZ YAMILE, observaron como la víctima salió de la habitación completamente embriaga, desnuda y vomitando; (iv) no hay duda del señalamiento de la víctima consistente en que MARÍA DE LOS DOLORES le tocó los senos y la vagina y después DORIAN ANDRÉS la penetró con el pene por la vagina y que todo sucedió en la habitación donde se había acostado, permaneció invariable. También permaneció inmutable que se levantó con el calzón puesto, con dolor de cabeza y en la vagina, que buscó su ropa y justo la encontró en la habitación de la acusada, también tomó su bolso y celular, se vistió, llamó al taxista y se fue de ese lugar; (v) tal y como dieron cuenta los testigos JESÚS MARÍA y MARÍA NOHEMÍ, FLOR NANCY cuando salió de la casa de los procesados se observó en escasas óptimas condiciones, esto es, embriagada, llorando y nerviosa; y (vi) la ocurrencia del delito se dio en la habitación del procesado, lejos de la visibilidad inmediata de los demás residentes de esa casa.

Sobre el argumento defensivo de que no se presentó un examen toxicológico de embriaguez que acreditara el grado de alicoramiento de la víctima, refirió la *a quo* que este no es la única prueba que demuestra el estado de inconsciencia en el que se encontraba FLOR NANCY al momento de los vejámenes sexuales, toda vez que para que esta prueba científica ostente plena credibilidad y certeza debió ser tomada en tal momento, no después. Entonces la mera manifestación de los defensores de que, según el video la ofendida se encontraba capaz para consentir o rechazar la agresión sexual, no tiene el peso suficiente en tanto la manifestación hecha por la víctima, corroborada por lo expuesto por ISABEL CRISTINA, fue clara en que perdió la conciencia cuando ingirió licor y estaban los mariachis. Es cierto que la víctima aceptó, incluso propició en últimas el consumo de licor e incidió en su comportamiento para ponerse en tan vulnerable situación, empero, esto también quiere decir, que sus manifestaciones en el estado de embriaguez y alteración cognitiva, respecto a su disponibilidad sexual, deben ser entendidas como nulas, cuando es obvio que MARÍA DE LOS DOLORES y DORIAN ANDRÉS sabían y conocían la incapacidad para consentir de menara libre y voluntaria. En suma, para la primera instancia la tesis defensiva es débil, se orientó a una muy particular manera de apreciar los testimonios, para sugerir su ineptitud probatoria frente a los aspectos de mayor peso.

Continuando con el análisis en aplicación a la perspectiva de género, adujo la Juez de primera instancia que la víctima fue objeto del deseo sexual del acusado, a quien no le interesó la interacción con ella, pues, aunque sabía que estaba ebria y dormida irrumpió en la habitación donde pernoctaba, aprovechando el estado de pérdida del juicio la penetró con el miembro viril por la vagina, actuar en el que participó MARÍA DE LOS DOLORES vulnerando en todo el sentido sus derechos como persona humana. Los hechos se desarrollaron en un contexto discreto, privado, deploraba las condiciones de lucidez en la conciencia de la víctima, que en últimas fue sometida a una relación de poder que en su involuntariedad no pudo consentir y resistir el agravio sexual.

Sintetiza la primera instancia en que la conducta es típica por cuanto en el artículo 210, inciso 1° del Código Penal sanciona a quien aprovechando el estado de inconciencia, trastorno mental o incapacidad para resistir de otra persona le realice acceso carnal y, fue precisamente eso lo que hizo DORIAN ANDRÉS, pues siendo plenamente consciente de que FLOR NANCY estaba borracha, se valió de esa condición vulnerable, para ingresar a la habitación y penetrarla con el pene por la vagina. De otro lado, el inciso 2° del mismo artículo sanciona a quien en las condiciones anteriormente descritas realice actos sexuales diversos del acceso carnal, siendo precisamente eso lo que ejecutó MARÍA DE LOS DOLORES, pues, valiéndose de la condición vulnerable de la víctima, con sus manos le tocó los senos y la vagina y, conducta cometida en el mismo momento por estos dos procesados, cogiéndose el agravante dispuesto en el artículo 211 numeral 1° de la misma codificación. Antijurídica formalmente, porque como quedó demostrado el obrar de los sujetos fue contrario a derecho y antijurídica materialmente, porque efectivamente conculcaron el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de FLOR NANCY quien, pese a estar embriagada y sin la plena conciencia para decidir, fue agredida y cosificada por los acusados para satisfacer sus depravados apetitos sexuales. También consideró que MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO y DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO son culpables porque tenían plena capacidad de comprensión de sus actos y ello les permitía entender que su actuar era ilícito y así mismo, tenían capacidad de autodeterminación, pudiendo haberse abstenido de ejecutar tales actos, pero a pesar de ello decidieron su consumación. En otras palabras, no cabe duda de que les era exigible un comportamiento acorde con las normas legales que prohíbe la conducta que ejecutaron y, en esa medida, fueron acreedores de la sanción punitiva por parte de la primera instancia.

### 3.4 RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE LOS PROCESADOS

DEFENSA DE MARÍA DE LOS DOLORES BARREA HENAO.

Inconforme con la condena, el apoderado de la señora MARÍA DE LOS DOLORES interpuso el recurso de alzada arguyendo que la Juez de primera instancia **no fue imparcial** en la aplicación, manejo y desarrollo de la prueba, toda vez que, tras la reproducción del video de los mariachis no realizó la ponderación debida y carga de la prueba para con su prohijada, pues no sopesó la evidencia y el elemento material probatorio que se entregó y a través del cual se observa a MARÍA DE LOS DOLORES en un estado de embriaguez avanzado, incluso más que la propia víctima y fue muy poco el análisis realizado a esta prueba, llegando al punto en que no está claro cómo se valoró por parte de la Juez de primera instancia.



Resalta que en los estados de embriaguez o «*borracheras*», en medio de actividades que obnubilan la razón, resultan siendo efecto o resultado lógico o natural de la sinrazón o pérdida de la conciencia que ofrecen estas actividades en las que se involucra la ingesta de licor. Afirmó que en *el sub examine* la supuesta víctima de los actos sexuales, FLOR NANCY, podría corresponderse también con una victimaria o, la supuesta victimaria podría compadecerse bajo un análisis más serio e imparcial, con una posible víctima por hallarse, las dos mujeres adultas en igualdad psicológica y jurídica, bajo la premisa utilizada por la *a quo* como «*imposible de resistirse*», ya que en un elemental análisis de la prueba, la evidencia del corto video presentado en juicio, agudiza el aporte probatorio.

En este caso se demostró hasta la saciedad por todos los testigos que la señora FLOR NANCY siempre se exhibió desnuda, insinuante y provocadora ante los demás borrachos que en la madrugada del día de los hechos se encontraban en avanzado estado de ebriedad y con los efectos psicológicos libidinosos de la ingesta de alcohol. Ello se previó desde el momento en que inicia la actividad placentera del licor generado por la señora FLOR NANCY, al incitar a MARÍA DE LOS DOLORES a la ingesta del licor levantándola de su cama y llevándole a su casa una serenata con mariachis a la una de la madrugada, sin el consentimiento ni previo aviso de la ahora acusada.

Solicita al Juez de segunda instancia identificar con mayor objetividad que, entre personas de la misma categoría, edad similar y condiciones psicológicas y emocionales idénticas, amén de la relación amistosa y afectuosa entre ambas mujeres, como quiera que fue reconocido en el plenario y confirmado por la misma víctima al llevarle a su amiga una serenata de cumpleaños con mariachis y licor abordo, a pesar de haber departido con anterioridad ya en su negocio, lo que devela posiblemente una preparación premeditada de los hechos por parte de FLOR NANCY, quien a decir de uno de los testigos presenciales empezó «*en sano juicio*» desde la taberna a coquetear o incitar a DORIAN ANDRÉS bajo el epíteto de «*sobrino*» sin serlo.

Así las cosas, la juez de primera instancia rompe técnicamente el nexo de causalidad que pudiera existir entre la acusada, condenada injustamente por un acto inexistente, pues si la presunta víctima para la *a quo*, se encontraba en incapacidad de resistir, la supuesta victimaria se encontraba en las mismas circunstancias psicológicas; de ahí se colige el yerro judicial pues jamás se presentó prueba en contra de MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO, ya que incluso la víctima afirmó que tenía recuerdos vagos del hecho, a tal extremo que el representante de la víctima en sus alegatos de conclusión, pidió a la primera instancia la absolución en favor de la acusada, porque no veía más allá de toda duda razonable que esta fuera culpable del delito endilgado.

Del análisis probatorio realizado por la *a quo* resulta evidente como la Juez sopesa la evidencia y el elemento material probatorio, inclinando la balanza más para la víctima, y no utiliza el principio de duda razonable a favor de los procesados pues no resulta coherente que afirme que la víctima estaba en estado de embriaguez y omita por completo la embriaguez de MARÍA DE LOS DOLORES quien, mirando bien el video, es claro que estaba mucho más alterada que FLOR NANCY. En el fallo impugnado se desconoce las pruebas y afirmaciones que dan cuenta de la aquiescencia de la supuesta víctima al preparar el acto sexual desde el comienzo de las festividades en la taberna y luego evidentemente en la casa de la procesada, convirtiendo dicha actividad de coqueteo en un acto sexual consentido por las todas las partes involucradas.

Acota el censor que en este caso lo de la ingesta de licor no tiene refutación alguna toda vez que desde el establecimiento de comercio «*La Esquina de Yair*», todos estaban consumiendo licor en altas dosis, lo que no se pudo demostrar fue que MARÍA DE LOS DOLORES fuera culpable del hecho que se le atribuye, ya que ni CRISTINA, ni YAMILE lo verificaron, pues la primera dice que escuchó una solicitud de un beso pero no vio, que la música estuvo muy fuerte durante toda la noche, que ella estaba en otro cuento con DORIAN y al respecto es imposible colocar cuidado a dos hechos que propician éxtasis al cuerpo al mismo tiempo. No existió ninguna prueba que diera veracidad al hecho de que la acusada tocara a la supuesta víctima, toda vez que ninguno de los testigos aseveró verla y la misma FLOR NANCY afirmó que no tenía claro si este evento pasó o no.

Insiste el censor en que todos estaban en el mismo estado de indefensión porque todos estuvieron tomando durante toda la noche, que NANCY en su testimonio afirmó que los tocamientos habían sido en la cama donde MARÍA DE LOS DOLORES había dormido, pero la Juez de primera instancia en el fallo condenatorio dice que MARÍA se desplazó hacia la cama donde estaba NANCY, y CRISTINA no sabe dónde fue, solo escuchó; YAMILE la hija de MARÍA se dio cuenta de todo el evento pero después de los mariachis nunca escuchó más a su madre, MARÍA no fue vista más y CRISTINA no la percibió en la habitación contigua a la de MARÍA, donde acostó a FLOR NANCY.

Aduce que de lo probado puede afirmarse que MARÍA DE LOS DOLORES estaba en un estado mucho más deplorable de alicoramamiento, toda vez que en ningún acápite se dijo que se hubiese desplazado para la habitación de la víctima, lo dicho por NANCY quedó en el limbo jurídico toda vez que afirmó que MARÍA le decía que le tocara los senos y la vagina, en ningún momento del testimonio dijo NANCY que MARÍA le decía que le iba a tocar los senos y la vagina refiriéndose a MARÍA.

Dijo la Juez de primera instancia que, frente a la incapacidad para resistir respecto de la ingesta de licor, influyen variables como la edad, el peso, el tiempo de consumo, lo acostumbrado que esté el cuerpo, la rapidez en la digestión y el sueño. Al respecto, es precisamente esa afirmación la que impone concluir que MARÍA DE LOS DOLORES tenía más edad que FLOR NANCY –cincuenta años– quien no llegaba a los cuarenta, MARÍA ya no trabajaba en bares –donde la ingesta de licor es regular– desde hacía mucho tiempo y que cuando llegaron con los mariachis se encontraba dormida por todo el licor que había ingerido y luego de que la despertaron tomó más, entonces era ella quien estaba en un mayor grado de alicoramamiento e indefensión. Fue FLOR NANCY quien arribó hasta la casa de MARÍA DE LOS DOLORES a quitarle ese estado de somnolencia y le dio más licor para que estuviera aún más ebria.

Finalmente, solicita la absolución en favor de MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO, toda vez que nunca tuvo la ideación, preparación, ejecución y consumación del delito, nunca estuvo calificada en el cuadro formativo del *iter criminis* y nunca pretendió tener la idea de por lo menos hacerle daño a su amiga.

#### DEFENSA DE DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO.

Presentó la alzada argumentando que si se estudian los audios que contienen los testimonios practicados al interior del juicio, la ausencia de impugnación o mengua del poder suasorio que se predica de los testimonios de cargo también puede ser predicada de los testimonios de descargo; sin embargo, arguye, las declaraciones

de estos últimos no tuvieron poder disuasorio alguno en favor del procesado, pues resulta evidente que a pesar de que los testimonios de MARÍA DE LOS DOLORES, LUZ YAMILE, ELVER GIOVANNY y DORIAN ANDRÉS también revestían características objetivas de veracidad, congruencia y percepción directa de los hechos que relataron, su credibilidad fue cuestionada desde un principio por razones que pueden resultar equivocadas.

Resulta evidente que una persona que está siendo procesada al interior de un juicio, busque desvirtuar las acusaciones realizadas por el ente acusador, que su actitud sea defensiva, que su temor sea evidente y que sus esfuerzos y el de su defensor, sean mantener incólume esa presunción de inocencia de la cual goza toda persona hasta que no se demuestre lo contrario, y no por ese simple actuar defensivo –que además resulta natural a cualquier persona con algún tipo de instinto de supervivencia y preocupación por su futuro cercano–, su testimonio deba ser valorado con criterios diferentes y/o desfavorables. En tal sentido, a DORIAN ANDRÉS y a MARÍA DE LOS DOLORES, los asiste el derecho a que su testimonio y el de los demás testigos de descargo, sean examinados en igualdad de términos comparativamente hablando con los testimonios de cargo, toda vez que el enfoque de género que evidentemente se aplicó en este proceso, se predica respecto de las víctimas, más no de las actuaciones, cargas y prácticas probatorias al interior del juicio oral.

Reprocha el censor la manera en la que la Juez de primera instancia aplicó el enfoque de género, no sólo cuando favorece los hechos relatados de la presunta víctima, sino cuando se desborda en su aplicación al favorecer la teoría del caso de la Fiscalía, de todos sus testigos y medios de conocimiento. No entiende por qué a los testigos de descargo no se les dio ningún valor probatorio o al menos equitativo con respecto a sus calidades. Ninguno de los testigos de descargo tenía algún tipo de antecedente de mendacidad que permitiera siquiera inferir que su testimonio tuviera tintes de falsedad, ninguno de ellos tuvo contradicciones suficientes como ser desvirtuados tajantemente, por el contrario sus testimonios resultaron consistentes y congruentes con lo que para la fecha de ocurrencia de los hechos percibieron; sin embargo a ninguno de ellos se les dio la credibilidad que normalmente se les da a los testimonios de personas de bien y sin motivaciones abyectas para declarar dentro del desarrollo del juicio oral.

Testimonios como el de LUZ YAMILE BARRERA HENAO, ELVER GIOVANNY ÁLVAREZ y el del mismo DORIAN ANDRÉS, ameritan un análisis más profundo y una valoración adecuada al debido proceso y no al enfoque de género en favor de la presunta víctima, toda vez que predicándose de ellos esa calidades propias de los testigos que ameritan credibilidad, al no ser evaluados en los mismo términos, bien **podría predicarse la posible configuración de una impugnación tácita de credibilidad**, lo que a todas luces no se puede permitir en un Estado Social y de Derecho. Considera el recurrente que el grado de credibilidad dentro del proceso de conocimiento y práctica probatoria que desplegó la defensa de DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO, se vio disminuido por ese desbordamiento del enfoque de género.

Advierte, así mismo, que en ningún momento pretende demeritar de manera alguna esa especial protección que a este tipo de víctimas le ha otorgado la juez de primera instancia, no obstante, dadas las particularidades de este caso, a pesar de que apoya y aplaude esas políticas que promueven y garantizan los derechos de las mujeres y demás segmentos poblacionales que por sus condiciones deben gozar de especial protección, arguye que este tipo de enfoques no se puede convertir en un foco de detrimento para garantías fundamentalísimas como el debido proceso, o

ese carácter de igualdad entre las partes procesales e incluso el principio de *in dubio pro reo*.

Resulta entonces evidente que la carga demostrativa del proceso en calidad de ente acusador no recae en la víctima sino en la Fiscalía y, respecto a dicha entidad y su papel dentro del proceso penal, no se puede predicar enfoque diferencial alguno. Ello es importante a fin de sentar las bases para apoyar la tesis de que el enfoque de género aplicado al interior de este proceso penal, desbordó su finalidad y desempeñó un papel preponderante y nocivo a la hora de atribuirle a su prohijado la responsabilidad penal en cuanto a la comisión del hecho punible que era objeto de imputación.

Pues bien, en lo que tiene que ver con la inconsciencia y a la imposibilidad de resistir que se predica del delito por el que fue condenado su asistido, es posible afirmar que estas condiciones no le pueden ser atribuidas a la señora FLOR NANCY para la hora y fecha de ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes, ya que como lo indicó la señora ISABEL CRISTINA SALDARRIAGA QUICENO, la presunta víctima se resistió a ser retirada de la vivienda de MARÍA DE LOS DOLORES cuando ella intentó llevársela del lugar utilizando la fuerza, hecho que refleja la presencia de consciencia suficiente en la presunta víctima para haberse autodeterminado; además, en cuanto al estado de supuesta inconciencia de FLOR NANCY, basta con analizar de manera objetiva el testimonio de DORIAN ANDRÉS, para obtener un panorama muy diferente al presentado por parte del ente acusador.

Si para efectos de análisis y sana crítica extrapolamos las situaciones y decimos que la acción llevada a cabo por ISABEL CRISTINA no hubiera sido un intento para sacar a la presunta víctima de la vivienda en la que se encontraban, sino que esta acción hubiera sido algún vejamen libidinoso o de cualquier otra índole, y que el mismo no hubiera sido consentido por parte de la denunciante, se hubiera producido la misma reacción de rechazo que presenció o que sufrió ISABEL CRISTINA SALDARRIAGA, hecho que para el defensor podría ser considerado como un indicador de un estado de embriaguez voluntaria con presencia de lucidez suficiente para desvirtuar esa calidad de incapaz de resistir.

Antes del acceso carnal, y a la luz de los testimonios de descargo y del video presentado como evidencia documental por parte de la defensa de MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO, en referencia a la presunta víctima, se observa una persona que se desenvolvió con seguridad en las instalaciones de la vivienda donde departía con los acusados y sus allegados; cantó, bailó, ingirió licor con algunas de las personas que se encontraban en ese lugar. Ello no sólo lo realizó la presunta víctima de manera voluntaria, sino que fue ella quien procuró el encuentro de celebración que tuvo lugar en la vivienda antes señalada a eso de las 2 de la mañana del 3 de noviembre de 2012, tal y como se evidencia en los relatos de todos y cada uno de los testigos directos de los hechos previos, concomitantes y posteriores a los hechos jurídicamente relevantes. A pesar del recuerdo que la presunta víctima tiene de que DORIAN ANDRÉS estaba encima de ella penetrándola, este el único recuerdo que la denunciante tiene del encuentro sexual y, por simple conocimiento lógico y aplicación de las máximas de la experiencia de lo que es un encuentro sexual, no puede representar el único hecho detallado que compone la totalidad del mismo, en otras palabras, FLOR NANCY no puede recordar como inició, como terminó, si ella misma opuso algún tipo de resistencia o si fue ella quien lo propició, como se desarrolló el encuentro, si en ese momento ella consintió el encuentro o no.

Afirma el censor que estos son aspectos más que relevantes al interior de la práctica probatoria, ya que dentro de las posibilidades lógicas que las máximas de la experiencia nos permiten afirmar de las relaciones sociales, una persona en un acto de desenvolvimiento social como el que es objeto de análisis en esta oportunidad, puede expresar su consentimiento en un momento y cambiar de opinión al siguiente, incluso con posterioridad a la finalización del acto o hecho previamente consentido, sin que de ello quede prueba alguna más allá del testimonio de aquellos que presenciaron directamente la situación descrita. Esas situaciones señaladas en lo que tiene que ver con aquellos elementos que al interior del juicio desarrollado en contra del señor BARRERA HENAO, dan indicios testimoniales de que el estado en el que se encontraba la presunta víctima no era un estado de indefensión, y el defensor considera que son meritorias de un nuevo análisis por parte de la segunda instancia.

Pero, además, arguye el defensor que la postura asumida por la *a quo*, condiciona la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, advirtiendo que la aplicación o no de dicho principio, debe estar ligada a una hipótesis defensiva plausible para el órgano de conocimiento, lo que resulta contradictorio de lo dispuesto en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal que es claro al determinar que la aplicación del principio en mención procederá ante «*la duda*», sin condicionar dicha aplicación al hecho de que esa duda esté ligada a una teoría de defensa razonable o plausible, ya que este tipo de condicionamiento para la aplicación del principio en mención, equivaldría a invertir la carga probatoria en detrimento de la Defensa, lo que está expresa y enfáticamente prohibido por la legislación penal y constitucional de Colombia.

Y es que la expresión que abiertamente proclama: «*En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal*», podría incluso considerarse como liberatoria de la responsabilidad que se le atribuye a la defensa para demostrar la inocencia del procesado, entendiendo que incluso una defensa absolutamente pasiva, incongruente, deficiente y falta de idoneidad, debería obtener un fallo absolutorio en aquellos procesos en los cuales la labor investigativa del ente acusador contenga fallas y no logre demostrar más allá de toda duda la responsabilidad penal del acusado en relación con los hechos jurídicamente relevantes.

Afirmar lo contrario, sería soslayar en debido proceso, el *in dubio pro reo*, y, por ende, al emitir un fallo condenatorio basado en dichos argumentos, también se afectarían de manera indebida los derechos fundamentales de los condenados.

Finalmente, solicita se revoque la decisión de primera instancia y se emita una sentencia de segunda instancia en sentido absolutorio a favor del señor DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO.

#### **4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala Mayoritaria dará respuesta puntual a los argumentos presentados por los censores

## 5. ACUERDOS PROBATORIOS

Las partes de común acuerdo estipularon que no se admitiría prueba en contrario o intento de controversia sobre la plena identidad de los procesados y por demás, se respaldó con la versión impresa del informe sobre consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, ninguna valoración ha de hacerse en relación con la seguridad de que en efecto los justiciables son MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO y DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO.

## 6. RESPUESTAS CONCRETAS A LAS CENSURAS DEL RECURSO DE APELACIÓN

### 6.1 ARGUMENTOS DEL APODERADO DE LA SEÑORA MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO

**Argumento de apelación.** Dice el apoderado de la señora MARÍA DE LOS DOLORES interpuso el recurso de alzada arguyendo que la Juez de primera instancia **no fue imparcial** en la aplicación, manejo y desarrollo de la prueba, toda vez que, tras la reproducción del video de los mariachis no realizó la ponderación debida y carga de la prueba para con su prohijada, pues no sopesó la evidencia y el elemento material probatorio que se entregó y a través del cual se observa a MARÍA DE LOS DOLORES en un estado de embriaguez avanzado, incluso más que la propia víctima y fue muy poco el análisis realizado a esta prueba, llegando al punto en que no está claro cómo se valoró por parte de la juez de primera instancia.

#### ➤ La Sala responde.

Para la Sala mayoritaria, hasta ahora el censor se limita a generalidades sin concretar los yerros de la sentencia de condena. Así que esos primeros párrafos se han de considerar como exordios introductorios a la censura que expondrá seguidamente.

**Argumento de apelación.** Resalta en el recurso de alzada que en los estados de embriaguez o «*borracheras*», en medio de actividades que obnubilan la razón, resultan siendo efecto o resultado lógico o natural de la sinrazón o pérdida de la conciencia que ofrecen estas actividades en las que se involucra la ingesta de licor. Afirmó que en *el sub examine* la supuesta víctima de los actos sexuales, FLOR NANCY, podría corresponderse también con una victimaria o, la supuesta victimaria podría compadecerse bajo un análisis más serio e imparcial, con una posible víctima por hallarse, las dos mujeres adultas en igualdad psicológica y jurídica, bajo la premisa utilizada por la *a quo* como «*imposible de resistirse*», ya que en un elemental análisis de la prueba, la evidencia del corto video presentado en juicio, agudiza el aporte probatorio.

#### ➤ La Sala responde.

No explica el censor las razones, fácticas, probatorias y jurídicas, para considerar a la denunciante, FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO, como autora de los reatos de índole sexual en contra de su poderdante. Una tal tesis defensiva no se compadece con ningún análisis probatorio. Al parecer se afirma, en contra de toda

evidencia, que fue FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO quien invadió la esfera sexual para violentar a MARÍA DE LOS DOLORES y a su sobrino DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO, a quien apenas conoció ese día de los hechos.

Es decir, de la víctima resulta ser la supuesta victimaria del atentado sexual que ella misma sufrió.

Este es un clásico paradigmas sociales de discriminación, los cuales contienen factores que desalientan a las víctimas a denunciar su caso, quienes tienden a guardar silencio para evitar ser tachadas o revictimizadas<sup>1</sup>, o sencillamente, como en el sub *examine*, que es la responsable en calidad de victimaria.

**Argumento de apelación.** Luego explica que en este caso se demostró hasta la saciedad por todos los testigos que la señora FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO siempre se exhibió desnuda, insinuante y provocadora ante los demás borrachos que en la madrugada del día de los hechos se encontraban en avanzado estado de ebriedad y con los efectos psicológicos libidinosos de la ingesta de alcohol. Ello se previó desde el momento en que inicia la actividad placentera del licor generado por la señora FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO, al incitar a MARÍA DE LOS DOLORES a la ingesta del licor levantándola de su cama y llevándole a su casa una serenata con mariachis a la una de la madrugada, sin el consentimiento ni previo aviso de la ahora acusada.

➤ **La Sala responde.**

Lo que se demuestra en la argumentación es un marcado sesgo de discriminación contra la mujer, inapropiado en una censura de apelación; parece insinuarse que la responsable de lo que ocurrió es la misma FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO.

Sencillamente se está atacando el comportamiento de la víctima y no defendiendo el actuar de la procesada. El comportamiento de FLOR NANCY no ha traspasado los linderos del derecho penal sancionador, hasta ahora en la censura no se indican normas penales vulneradas por su comportamiento.

Ese contexto ambienta un estereotipo de género desde el cual la propia mujer comprometida en los hechos que nos ocupan los habría propiciado con su embriaguez, su coquetería, su ropa.

Y ¿Qué son los estereotipos de género?

Sigamos al profesor Diego Fernando Enríquez Gómez en su tesis de Maestría en la Universidad de Medellín:

«Entendido lo anterior, conviene entonces conceptualizar también aquello que se entiende por Estereotipos de Género. Se los ha definido como aquellos comportamientos y expectativas “aprendidos” asignadas a hombres y mujeres en una sociedad determinada mediante el proceso de “socialización”. Son determinados según la división social del trabajo y las responsabilidades asignadas por sexo. Se trata de un conjunto de ideas preconcebidas que utilizamos para analizar e interactuar con

<sup>1</sup> CSJ SP 4814-2021, rad. 56.243 de 22 septiembre 2021; CSJ SP 015-2023, rad. 57.126 de 25 enero 2023.

las personas en razón del género (roles). La discriminación se sustenta en gran medida sobre los estereotipos que se han ido generando en torno a la idea que tenemos sobre cómo deben comportarse los hombres y las mujeres (concepciones de género), los papeles que deben desempeñar en el trabajo, en la familia, en el espacio público e incluso en cómo deben relacionarse entre sí»<sup>2</sup>.

Ese conjunto de ideas preconcebidas es la que debe combatirse desde la aplicación de una justicia con perspectiva de género. Ello consiste, en palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia en:

«Juzgar con «perspectiva de género» es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa»<sup>3</sup>.

Por eso en el proceso judicial es importante refutar esa óptica, realizando el llamado enfoque diferencial, cuyo ejercicio indica la Corte Suprema en la providencia citada así:

«Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar»<sup>4</sup>.

**Argumento de apelación.** Se solicita en la impugnación identificar con mayor objetividad que, entre personas de la misma categoría, edad similar y condiciones psicológicas y emocionales idénticas, amén de la relación amistosa y afectuosa entre ambas mujeres, como quiera que fue reconocido en el plenario y confirmado por la misma víctima al llevarle a su amiga una serenata de cumpleaños con mariachis y licor abordo, a pesar de haber departido con anterioridad ya en su negocio, lo que devela posiblemente **una preparación premeditada de los hechos por parte de FLOR NANCY**, quien a decir de uno de los testigos presenciales empezó «*en sano juicio*» desde la taberna a coquetear o incitar a DORIAN ANDRÉS bajo el epíteto de «*sobrino*» sin serlo.

<sup>2</sup> Perspectiva de género en la valoración probatoria dentro de la jurisdicción civil y familia, pág. 37. [https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6224/T\\_MDHDIH\\_307.pdf?sequence=2](https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6224/T_MDHDIH_307.pdf?sequence=2)

<sup>3</sup> CSJ SC rad. 25000-22-13-000-2017-00544-01 de 21 febrero 2018.

<sup>4</sup> CSJ SC rad. 25000-22-13-000-2017-00544-01 de 21 febrero 2018.



➤ **La Sala responde.**

Se continúan con los sesgos de un trasnochado y rancio machismo al decir que la mujer es la única responsable de los ataques sexuales que reciba en su contra, y que es la única responsable de lo sucedido por «*coquetear*» o incitar a DORIAN ANDRÉS bajo el epíteto de «*sobrino, sobrino*» sin serlo.

Es decir, que la víctima es la determinadora penal de su propia violación sexual.

Más adelante se volverá a la valoración judicial con perspectiva de género.

En CSJ AP 5748-2022, rad. 60.648 de 7 diciembre 2022, se dice por la Corte que la argumentación del impugnante tiene como telón de fondo una postura notoriamente machista, pues da a entender que la víctima, por el hecho de haber accedido a bailar dos veces con el procesado y haberle ofrecido una cerveza, propició el abuso sexual.

Esa disertación, continúa la corporación judicial, es deleznable por sustentarse en prejuicios de género, razón suficiente para que sea desatendida como argumentación en el ámbito judicial y, con mucha más razón, como sustentación del recurso de casación. «*Ello, de conformidad con lo expuesto reiteradamente por esta Sala sobre la perspectiva de género con la que deben abordarse este tipo de casos*»<sup>5</sup>.

**Argumento de apelación.** Se dice igualmente en la censura, que la juez de primera instancia rompe técnicamente el nexo de causalidad que pudiera existir entre la acusada, condenada injustamente por un **acto inexistente**, pues si la presunta víctima para la *a quo*, se encontraba en incapacidad de resistir, la supuesta victimaria se encontraba en las mismas circunstancias psicológicas; de ahí se colige el error judicial pues jamás se presentó prueba en contra de MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO, ya que incluso la víctima afirmó que tenía recuerdos vagos del hecho, a tal extremo que el representante de la víctima en sus alegatos de conclusión, pidió a la primera instancia la absolución en favor de la acusada, porque no veía más allá de toda duda razonable que esta fuera culpable del delito endilgado.

➤ **La Sala responde.**

Las alegaciones de las partes presentan insumos para la valoración judicial, como en efecto sucedió en el *sub lite*, sin que se pueda llegar al extremo, en nuestro sistema judicial penal, que la petición de alguna de las partes, fiscalía o víctima, es vinculante para el juez en la sentencia.

Dígase, por ejemplo, que la petición de la fiscalía no es vinculante para el juez.

La solicitud de absolución elevada por el fiscal en su alegación final no vincula al juez, dado que el procedimiento acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004 no es puro o netamente adversarial, pues la Fiscalía General de la Nación sigue integrada a la Rama Judicial, su discrecionalidad se encuentra sometida a control judicial, y además del acusado, interviene la víctima y el Ministerio Público<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> CSJ SP 849-2022 de 16 marzo 2022, rad. 51.402.

<sup>6</sup> CSJ SP 3736-2021, rad. 56.190 de 25 agosto 2021.

Aunque la fiscalía es la titular de la acción penal, esta consiste, a su vez, en una facultad reglada, cuya disponibilidad está sujeta a **tres límites**, según el constituyente, cuales son, excepcionalidad, taxatividad y control judicial.

Por consiguiente, *«todas las formas de suspensión, interrupción o cesación de la persecución penal, sea que deriven del principio de oportunidad o del de legalidad, se encuentran sometidas a la decisión judicial»*.

Es por ello, que el juez, en ejercicio del poder de decisión, se convierte en el artífice de la justicia material y la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes, para dejar atrás el papel de mero refrendador de las posturas del acusador<sup>7</sup>.

**Argumento de apelación.** Ahora bien, insiste el censor en explicar que del análisis probatorio realizado por la *a quo* resulta evidente como la juez sopesa la evidencia y el elemento material probatorio, inclinando la balanza más para la víctima, y **no utiliza el principio de duda razonable a favor de los procesados** pues no resulta coherente que afirme que la víctima estaba en estado de embriaguez y omita por completo la embriaguez de MARÍA DE LOS DOLORES quien, mirando bien el video, es claro que estaba mucho más alterada que FLOR NANCY. En el fallo impugnado se desconoce las pruebas y **afirmaciones que dan cuenta de la aquiescencia de la supuesta víctima al preparar el acto sexual desde el comienzo de las festividades en la taberna** y luego evidentemente en la casa de la procesada, **convirtiendo dicha actividad de coqueteo en un acto sexual consentido por las todas las partes involucradas.**

#### ➤ La Sala responde.

Se insiste en la censura que la propia víctima fue la determinadora de su agresión sexual, que es responsable del acto violento por su **«coquetería»** con lo cual brindó consentimiento a la actividad sexual.

La Sala de Casación Civil, en el ámbito de sus propias competencias, ha asumido una aproximación similar al sostener que

«Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar»<sup>8</sup>.

El enfoque de género en casos de violencia sexual y de género obliga al fallador a valorar la prueba *«eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas»*.

<sup>7</sup> CSJ SP, 25 mayo 2016, rad. 43.837; CSJ SP, 3 agosto 2016, rad. 41.905; CSJ SP, 26 octubre 2016, rad. 45.654; CSJ SP, 8 noviembre 2017, rad. 47.608, CSJ AP, 29 noviembre 2017, rad. 44.728; CSJ SP 3736-2021, rad. 56.190 de 25 agosto 2021.

<sup>8</sup> CSJ STC, 21 febrero 2018, rad. 2017-00544-01. Citada en CSJ STC, 28 septiembre 2018, rad. 2018-00194-02.

En otros términos,

«La incorporación de la perspectiva de género en el razonamiento judicial no asegura una decisión a favor de las mujeres pero obliga a los jueces a considerar las manifestaciones de la desigualdad entre hombres y mujeres -o las especiales características y circunstancias de los delitos sexuales al momento de justificar su decisión. La perspectiva de género en el razonamiento judicial trae como consecuencia la exigencia de deliberación práctica en los casos de delitos sexuales –aunque las normas que tipifican delitos sean reglas–, la misma que no tendría por objeto derrotar las reglas sino **garantizar que la resolución de dichos casos sea valorativamente coherente con los principios constitucionales.** El enfoque de género, como exigencia metodológica, contribuye, como se ha afirmado, a que las decisiones que toma el operador judicial estén mejor fundamentadas y sean más justas; es decir, **respetuosas de los derechos que la Constitución reconoce a las mujeres**»<sup>9</sup>.

Es que los estereotipos, incluidos los asociados al género, «*son elementos cognitivos irracionales*»<sup>10</sup> que «*poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas*» (por ejemplo, *las mujeres se visten provocativamente para incitar comportamientos sexuales en los hombres*), o bien, pretenden «*imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado*» (verbigracia, *las mujeres, si no consienten una interacción sexual, deben oponer resistencia física a su consumación*)<sup>11</sup>.

Por lo tanto, cualquier razonamiento probatorio, inductivo o inferencial que los replique o afirme (salvo que tenga asidero en su demostración real y concreta en el caso específico, lo cual puede perfectamente suceder), será contrario a la sana crítica, en tanto ésta reclama que los procesos intelectivos y de valoración de la evidencia respeten las máximas experienciales, de las que se apartan los planteamientos sustentados en ideas discriminatorias o prejuiciosas desprovistas de asidero fáctico y empírico.

En palabras de la recomendación treinta y tres del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,

«Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. **Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos.** Con frecuencia, los jueces adoptan

<sup>9</sup> Villanueva, Rocío. *Delitos contra la libertad sexual y valoración de la prueba: la importancia de un acuerdo plenario para combatir la impunidad*. Citado en *Apreciación de la Prueba en los Delitos contra la Libertad Sexual. Guía de Orientación. El acuerdo plenario No. 1-2011/cj-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, p. 23.

<sup>10</sup> Poyatos I Matas, Gloria. *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*, En *Revista de Género e Igualdad* (Nº. 21), 2019.

<sup>11</sup> Arena, Federico José. *Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género*, En *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (Nº. 1) 2020, pp. 247-258.

normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. **El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos.** Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa».

Es así que todo proceso mental de ponderación probatoria o construcción indiciaria basado en preconcepciones machistas o prejuicios de género desembocará en un razonamiento formalmente defectuoso, porque «los estereotipos implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales. Y en tanto establecen jerarquías de género y asignan categorizaciones peyorativas o desvalorizaciones hacia las mujeres, son discriminatorios»<sup>12</sup>.

**Argumento de apelación.** Acota el censor que en este caso lo de la ingesta de licor no tiene refutación alguna toda vez que desde el establecimiento de comercio «*La Esquina de Yair*», todos estaban consumiendo licor en altas dosis, lo que no se pudo demostrar fue que MARÍA DE LOS DOLORES fuera culpable del hecho que se le atribuye, ya que ni CRISTINA, ni YAMILE lo verificaron, pues la primera dice que escuchó una solicitud de un beso pero no vio, que la música estuvo muy fuerte durante toda la noche, que ella estaba en otro cuento con DORIAN y al respecto es imposible colocar cuidado a dos hechos que propician éxtasis al cuerpo al mismo tiempo. No existió ninguna prueba que diera veracidad al hecho de que la acusada tocara a la supuesta víctima, toda vez que ninguno de los testigos aseveró verla y la misma FLOR NANCY afirmó que no tenía claro si este evento pasó o no.

#### ➤ **La Sala responde.**

La declarante LUZ YAMILE BARRERA HENAO (hija de la acusada), dice que observó desnuda a FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO cuando se levantó a decirle que dejaran la bulla porque tenía que madrugar, en ese instante ISABEL CRISTINA la arrojó con una sábana y la llevó a dormir a la cama del procesado. La testigo nada dijo en relación con los hechos, solo pudo observar a la víctima embriaga y desnuda, de lo demás no pudo dar cuenta toda vez que se encontraba intentando dormir dentro de la habitación.

El señor ELBER GIOVANNY VALENCIA ISAZA (amigo de los procesados) dice que la víctima FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO frecuentaba la mesa, se acercaba donde el acusado, le tocaba las manos, le decía «*sobrino, sobrino*», le ofreció licor; finalmente, se fueron para la casa caminando, llegaron y se acostó a dormir porque estaba cansado y debía madrugar a trabajar.

Salvo la expresión que le decía «*sobrino, sobrino*», suficiente para el ayuntamiento sexual en palabras de la apelación, el testigo no aporta algún dato sustancial o relevante para la decisión.

El procesado DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO, sobrino de la procesada MARÍA DE LOS DOLORES, explicó en juicio oral que le presentaron a FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO quien lo saludó, le acarició las manos y le decía

<sup>12</sup> Piqué, María Luisa. “*Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional*”, En Di Corleto, Julieta (Ed.), *Género y Justicia Penal*, Ed. Didot, Buenos Aires, Argentina, 2017, ps. 323 y ss.

«sobrino, sobrino», siendo las 00:30 horas se fueron para la casa y se acostaron a dormir; que a las 02:00 horas tocaron la puerta, abrió y era FLOR NANCY en compañía de la trabajadora y unos mariachis, levantaron a MARÍA DE LOS DOLORES, llevó media de aguardiente y tomaron. Seguidamente relató que se fueron los mariachis y se quedó compartiendo con FLOR NANCY e ISABEL CRISTINA en la sala de la casa; que FLOR NANCY se fue a dormir en su cama, después, la observó salir de la habitación desnuda, le preguntó por qué estaba así, por lo que ISABEL CRISTINA la arropó. Continuó departiendo con ISABEL CRISTINA, conversaron, se besaron, decidió irse y la acompañó a coger el taxi. Cuando regresó FLOR NANCY estaba despierta, desnuda, se besaron y tuvieron relaciones sexuales. Insistió que no la obligó. Finalizada la relación sexual se fue a dormir a la cama de su sobrino YEISON.

Resaltó que tuvo relaciones sexuales con FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO. Ese día en la casa estaba su tía dormida, su primo y compañero. Aseguró que nadie se enteró. Detalló que se besaron, se acariciaron, estaban embriagados.

En el conainterrogatorio adujo que FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO se acostó en su cama, en su habitación con su autorización, mientras FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO estaba dormida se quedó en la sala y se besó también con ISABEL CRISTINA, cuando se fue, lo estaba esperando en la entrada de la sala FLOR NANCY, totalmente desnuda. Después de que tuvo relaciones sexuales se quedó a dormir en la cama de YEISON, que no se quedó a dormir allí porque pensó en el reproche de los demás miembros de la familia. Dijo que estuvo ebria porque le hablaba enredado «sobrino papacito».

Se ha de resaltar que la supuesta compañera de actividad sexual estaba, de manera evidente, bajo los efectos del alcohol y así lo admite el mismo justiciable.

Sobre el tema de la embriaguez y el consentimiento para el ayuntamiento sexual, se volverá más adelante.

**Argumento de apelación.** Insiste el censor en que ***todos estaban en el mismo estado de indefensión*** porque todos estuvieron tomando durante toda la noche, que NANCY en su testimonio afirmó que los tocamientos habían sido en la cama donde MARÍA DE LOS DOLORES había dormido, pero la juez de primera instancia en el fallo condenatorio dice que MARÍA se desplazó hacia la cama donde estaba NANCY, y CRISTINA no sabe dónde fue, solo escuchó; YAMILE la hija de MARÍA se dio cuenta de todo el evento pero después de los mariachis nunca escuchó más a su madre, MARÍA no fue vista más y CRISTINA no la percibió en la habitación contigua a la de MARÍA, donde acostó a FLOR NANCY.

➤ **La Sala responde.**

La ubicación de la cama, en este caso concreto, no revista una magnitud tal que su solo desconocimiento permita pregonar la inexistencia de la violación sexual.

Se puede pregonar que todos estaban bajo los efectos del alcohol, pero de ahí no se sigue indefectiblemente que todos se hallaban en una situación de indefensión para un delito sexual, por la sencilla razón que una persona fue la víctima y no tres, cuatro o cinco, como lo aduce el censor.

Aunque FLOR NANCY QUINTERO GIRALDO dijo que se habían tomado media de aguardiente, después mencionó que habían sido dos medias de aguardiente, no se

pudo determinar con certeza cuánto licor consumió, pero lo cierto del caso, y ese es el verdadero hecho probado, es que estaba bajo los efectos del alcohol; debido a dicha situación es que no pudo recordar cómo llegó a la desnudez, como en efecto lo constataron otros testigos (ISABEL CRISTINA y LUZ YAMILE, versión confirmada), empero, si rememoró lo demás, es decir, los presuntos actos sexuales y el acceso carnal.

La víctima detalló en la declaración inicial que se levantó, buscó la ropa, la encontró, se vistió y se fue, pero según su criterio en el juicio incrementó su dicho, al narrar que se levantó, solo tenía puesto el calzón, una manta le cubría el cuerpo, se paró de la cama, buscó la ropa, estaba en la habitación de la procesada, fue a la cocina, tomó agua, sintió dolor de cabeza y en la vagina, en las piernas tenía sangre, se vistió, llamó un taxi y se fue, siendo en su opinión imposible que en el momento inicial se aclaren unos detalles pero cuatro años después no se tiene la misma precisión, pudiendo perder la memoria en esa escena.

Adicionalmente, como se dijo por la primera instancia, no existía entre la víctima y los victimarios una relación de animadversión, móvil de conflicto que llevara a FLOR NANCY a inventar hechos incriminatorios con el fin de obtener venganza.

El mismo taxista JESÚS MARÍA en la vista pública manifestó que cuando abordó el taxi la percibió embriagada y llorando, lo cual denota evidente afectación psíquica de la víctima.

Tanto ISABEL CRISTINA, como LUZ YAMILE, observaron que la víctima salió de la habitación completamente embriaga, desnuda y vomitando.

Es invariable el señalamiento de la víctima consistente en que MARÍA DE LOS DOLORES le tocó los senos y la vagina. No ha cambiado su relato.

En fin, tal y como dieron cuenta los testigos directos JESÚS MARÍA y MARÍA NOHEMÍ, la víctima FLOR NANCY cuando salió de la casa de los procesados se observó en escasas óptimas condiciones, esto es, embriagada, llorando y nerviosa.

**Argumento de apelación.** Aduce que de lo probado puede afirmarse que MARÍA DE LOS DOLORES estaba en un estado mucho más deplorable de alicoramiento, toda vez que en ningún acápite se dijo que se hubiese desplazado para la habitación de la víctima, lo dicho por FLOR NANCY quedó en el limbo jurídico toda vez que afirmó que MARÍA DE LOS DOLORES le decía que le tocara los senos y la vagina, en ningún momento del testimonio dijo FLOR NANCY que MARÍA DE LOS DOLORES le decía que le iba a tocar los senos y la vagina refiriéndose a MARÍA.

➤ **La Sala responde.**

Es invariable el señalamiento de la víctima consistente en que MARÍA DE LOS DOLORES le tocó los senos y la vagina. No ha cambiado su relato.

**Argumento de apelación.** Dijo la Juez de primera instancia que, frente a la incapacidad para resistir respecto de la ingesta de licor, influyen variables como la edad, el peso, el tiempo de consumo, lo acostumbrado que esté el cuerpo, la rapidez en la digestión y el sueño. Al respecto, es precisamente esa afirmación la que impone concluir que MARÍA DE LOS DOLORES tenía más edad que FLOR NANCY –cincuenta años– quien no llegaba a los cuarenta, MARÍA ya no trabajaba en bares

—donde la ingesta de licor es regular— desde hacía mucho tiempo y que cuando llegaron con los mariachis se encontraba dormida por todo el licor que había ingerido y luego de que la despertaron tomó más, entonces era ella quien estaba en un mayor grado de alicoramamiento e indefensión. Fue FLOR NANCY quien arribó hasta la casa de MARÍA DE LOS DOLORES a quitarle ese estado de somnolencia y le dio más licor para que estuviera aún más ebria.

➤ **La Sala responde.**

Ciertamente, fue FLOR NANCY quien le interrumpió el sueño y el descanso a MARIA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO, pero de allí no se sigue la inexistencia del delito.

## 6.2 ARGUMENTOS DE DEFENSA DE DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO

**Argumento de apelación.** Presentó la alzada argumentando que si se estudian los audios que contienen los testimonios practicados al interior del juicio, la ausencia de impugnación o mengua del poder suasorio que se predica de los testimonios de cargo también puede ser predicada de los testimonios de descargo; sin embargo, arguye, las declaraciones de estos últimos no tuvieron poder disuasorio alguno en favor del procesado, pues resulta evidente que a pesar de que los testimonios de MARÍA DE LOS DOLORES, LUZ YAMILE, ELVER GIOVANNY y DORIAN ANDRÉS también revestían características objetivas de veracidad, congruencia y percepción directa de los hechos que relataron, su credibilidad fue cuestionada desde un principio por razones que pueden resultar equivocadas.

➤ **La Sala responde.**

Realmente no son declarantes de los hechos en concreto, esto es, de los actos y del acceso carnal, este último que en verdad existió según la propia manifestación del procesado, es decir, ninguno de los declarantes citados observó la conjunción sexual entre el procesado y la víctima.

Simplemente relatan circunstancias anteriores y posteriores, pero no el hecho de la penetración vaginal. En esa medida fue su valoración judicial por la primera instancia.

**Argumento de apelación.** Resulta evidente que una persona que está siendo procesada al interior de un juicio, busque desvirtuar las acusaciones realizadas por el ente acusador, que su actitud sea defensiva, que su temor sea evidente y que sus esfuerzos y el de su defensor, sea mantener incólume esa presunción de inocencia de la cual goza toda persona hasta que no se demuestre lo contrario, y no por ese simple actuar defensivo —que además resulta natural a cualquier persona con algún tipo de instinto de supervivencia y preocupación por su futuro cercano—, su testimonio deba ser valorado con criterios diferentes y/o desfavorables. En tal sentido, a DORIAN ANDRÉS y a MARÍA DE LOS DOLORES, los asiste el derecho a que su testimonio y el de los demás testigos de descargo, sean examinados en igualdad de términos comparativamente hablando con los testimonios de cargo, toda vez que el enfoque de género que evidentemente se aplicó en este proceso, se predica respecto de las víctimas, más no de las actuaciones, cargas y prácticas probatorias al interior del juicio oral.

➤ **La Sala responde.**

El testimonio de los procesados se valoró conforme a los parámetros de la sana crítica testimonial. La censura no indica las fallas de valoración. Con respecto al enfoque de género se volverá más adelante.

Esto se dijo por el juez de instancia:

«**En lo que tiene que ver con la incapacidad de resistir**, se insiste, de lo hilado de los relatos se permite concluir que la ofendida bajo el influjo de alcohol era improbable que: i) pudiera consentir la relación sexual, ii) pudiera voluntariamente repeler inicialmente la agresión sexual; pues, no se puede perder de vista como la testigo directa muy segura contó que no se dio por enterada cuando los Procesados llegaron hasta la habitación y cómo le quitaron la ropa, aspectos que entendiblemente son imposibles de detallar ante el demostrado estado de inconciencia de la ofendida. En el curso del juicio se reveló que despertó sumamente desubicada, desnuda y con manchas de sangre sobre sus piernas. Reiteró en varias oportunidades de forma contundente, que no estaba consciente y no quería sostener relaciones sexuales con los Enjuiciados. En suma, no existe elemento probatorio contundente que sugiera siquiera que **Flor Nancy** estaba consiente y quiso sostener la relación sexual».

**Argumento de apelación.** Reprocha el censor la manera en la que la Juez de primera instancia aplicó el **enfoque de género**, no sólo cuando favorece los hechos relatados de la presunta víctima, sino cuando se desborda en su aplicación al favorecer la teoría del caso de la Fiscalía, de todos sus testigos y medios de conocimiento. No entiende por qué a los testigos de descargo no se les dio ningún valor probatorio o al menos equitativo con respecto a sus calidades. Ninguno de los testigos de descargo tenía algún tipo de antecedente de mendacidad que permitiera siquiera inferir que su testimonio tuviera tintes de falsedad, ninguno de ellos tuvo contradicciones suficientes como ser desvirtuados tajantemente, por el contrario sus testimonios resultaron consistentes y congruentes con lo que para la fecha de ocurrencia de los hechos percibieron; sin embargo a ninguno de ellos se les dio la credibilidad que normalmente se les da a los testimonios de personas de bien y sin motivaciones abyectas para declarar dentro del desarrollo del juicio oral.

➤ **La Sala responde.**

La juez de instancia valoró adecuadamente las pruebas de cargo y de descargo, hasta el momento, no se ha indicado en la impugnación las fallas de valoración, salvo generalidades.

De todas maneras, en tema de enfoque de género se volverá más adelante.

**Argumento de apelación.** Testimonios como el de LUZ YAMILE BARRERA HENAO, ELVER GIOVANNY ÁLVAREZ y el del mismo DORIAN ANDRÉS, ameritan un análisis más profundo y una valoración adecuada al debido proceso y no al **enfoque de género** en favor de la presunta víctima, toda vez que predicándose de ellos esa calidades propias de los testigos que ameritan credibilidad, al no ser



evaluados en los mismo términos, bien **podría predicarse la posible configuración de una impugnación tácita de credibilidad**, lo que a todas luces no se puede permitir en un Estado Social y de Derecho. Considera el recurrente que el grado de credibilidad dentro del proceso de conocimiento y práctica probatoria que desplegó la defensa de DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO, se vio disminuido por ese **desbordamiento del enfoque de género**.

➤ **La Sala responde.**

Los testimonios fueron analizados debidamente en la instancia.

En efecto, se dijo con respecto a la versión de LUZ YAMILE BARRERA HENAO:

«**Luz Yamile Barrera Henao** (hija de la Acusada) bajo la gravedad de juramento afirmó que el 02 de noviembre de 2012 le celebró el cumpleaños número cincuenta a su madre **María de los Dolores**, quiso algo diferente y le llevó unos mariachis que llegaron entre las 20:00 y 21:00 horas, eligió esa hora porque tenía que madrugar, su progenitora después salió con Giovanny Valencia y Dorian Andrés para continuar con la celebración. Llegaron a la casa siendo aproximadamente las 00:00 horas y escuchó que se acostaron.

Relató que percibió el 03 de noviembre de 2012 tocaron la puerta a las 02:00 horas, se despertó, Dorian Andrés abrió la puerta y escuchó que llegó Flor Nancy con un mariachi, manifestó que sintió molestia porque ese mismo día tenía que madrugar a trabajar y no salió de la habitación.

Describió que la pequeña casa tenía dos habitaciones y una de ellas estaba dividida por una cortina, pero logró escuchar que **Flor Nancy** le pidió un beso a **Dorian Andrés**, aclaró que no observó nada, posteriormente, se dio cuenta que **Flor Nancy** había salido desnuda de la habitación donde estaba dormida y salió a vomitar, se enteró de ello porque todo el tiempo estuvo despierta, incluso se levantó observó que **Dorian Andrés** e Isabel Cristina se estaban besando, después lavó el baño. Aseguró que no vio solicitudes sexuales entre su progenitora y **Flor Nancy**.

Reiteró que observó desnuda a **Flor Nancy** cuando se levantó a decirle que dejaran la bulla porque tenía que madrugar, en ese instante Isabel Cristina la arropó con una sábana y la llevó a dormir a la cama del Procesado.

La testigo nada dijo en relación con los hechos, solo pudo observar a la víctima embriaga y desnuda, de lo demás no pudo dar cuenta toda vez que se encontraba intentando dormir dentro de la habitación».

Claramente se señaló, según lo relatado por la deponente, que *«La testigo nada dijo en relación con los hechos, solo pudo observar a la víctima embriaga y desnuda, de lo demás no pudo dar cuenta toda vez que se encontraba intentando dormir dentro de la habitación»*.

En cuanto a ELBER GIOVANNY VALENCIA ISAZA, esto se dijo por la primera instancia:

«**Elber Giovanni Valencia Isaza** (*amigo de los Procesado*) bajo la gravedad de juramento recordó que el 02 de noviembre de 2012 estuvo en la casa de **María de los Dolores** celebrando su cumpleaños y le llevó como regalo media botella de aguardiente y unos chocolates, celebraron con unos mariachis, posteriormente siguieron la fiesta en una taberna cerca del parque del municipio de Itagüí, estuvieron en el lugar entre las 22:00 y 00:30 horas, consumieron aguardiente y a la mesa llegó “*la dueña del bar*” se la presentaron, también a **Dorian Andrés**, compartieron unos tragos, **Flor Nancy** frecuentaba la mesa, se acercaba donde el Acusado, le tocaba las manos, le decía “*sobrino, sobrino*”, le ofreció licor. Finalmente, se fueron para la casa caminando, llegaron y se acostó a dormir porque estaba cansado y debía madrugar a trabajar.

No supo que pasó después de que se acostó, se levantó a las seis de la mañana, estaban **Dorian Andrés** dormido al lado de Yeison, salió de la habitación y se fue.

En relación con los hechos nada tuvo por aportar el testigo, su declaración fue irrelevante para el caso que nos ocupa».

Al ciudadano ELBER GIOVANNY VALENCIA ISAZA nada en concreto le consta sobre los hechos, simplemente corrobora las situaciones anteriores tal como el inicio de la ingesta de licor en la taberna y que la FLOR NANCY le decía «*sobrino, sobrino*» al justiciable. Es que dice que llegaron a la casa y se acostó a dormir hasta el día siguiente.

Realmente, no se sabe que más se debe desprender de este testimonio.

Con respecto a la versión del justiciable DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO, se analizó por la juez:

«**Dorian Andrés Barrera Henao** (*Acusado*) renunciando a su derecho a guardar silencio recordó que el 02 de noviembre de 2012 estuvo celebrándole el cumpleaños a su tía **María de los Dolores**, relató que Yamile le llevó unos mariachis siendo aproximadamente las 20:00 horas, invitó a su compañero Élber Giovanni quien le regaló a su tía media de aguardiente y unos chocolates, posteriormente se fueron para una taberna “*la esquina de Jair*”, se tomaron dos medias de aguardiente, le presentaron a **Flor Nancy** quien lo saludó, le acarició las manos y le decía “*sobrino, sobrino*”, siendo las 00:30 horas se fueron para la casa y se acostaron a dormir. Recordó que a las 02:00 horas tocaron la puerta, abrió y era **Flor Nancy** en compañía de la trabajadora y unos mariachis, levantaron a **María de los Dolores**, llevó media de aguardiente y tomaron. Seguidamente relató que se fueron los mariachis y se quedó compartiendo con **Quintero Giraldo** e Isabel Cristina en la sala de la casa.

Adujo que **Flor Nancy** se fue a dormir en su cama, después, la observó salir de la habitación desnuda, le preguntó por qué estaba así, por lo que Isabel Cristina la arropó. Continuó departiendo con Isabel Cristina, conversaron, se besaron, decidió irse y la acompañó a coger el taxi. Cuando regresó **Flor Nancy** estaba despierta, desnuda, se besaron y tuvieron relaciones sexuales. Insistió que no la obligó. Finalizada la relación sexual se fue a dormir a la cama de su sobrino Yeison

Describió que la casa estaba compuesta por una sala y al frente la habitación de Yamile, sigue el cuarto de **María de los Dolores** que se dividió en dos cuartos separados por una cortina. Resaltó que tuvo relaciones sexuales con **Flor Nancy**. Ese día en la casa estaba su tía dormida, su primo y compañero. Aseguró que nadie se enteró. Detalló que se besaron, se acariciaron, estaban embriagados.

En el contrainterrogatorio adujo que **Quintero Giraldo** se acostó en su cama, en su habitación con su autorización, mientras **Flor Nancy** estaba dormida se quedó en la sala y se besó también con Isabel Cristina, cuando se fue, lo estaba esperando en la entrada de la sala **Flor Nancy** desnuda. Después de que tuvo relaciones sexuales se quedó a dormir en la cama de Yeison explicando que no se quedó a dormir allí porque pensó en el reproche de los demás miembros de la familia. Dijo que estuvo ebria porque le hablaba enredado “*sobrino papacito*”.

A todas luces contradictorio resultó el testimonio del procesado en cuanto a que fue autorizado para sostener la relación íntima con **Flor Nancy**. Buscó la coartada perfecta asumiendo que la víctima le había acariciado las manos y lo había besado, refiriendo que desde ese momento **Quintero Giraldo** consintió el encuentro sexual, lo que es un concepto discriminatorio y acelerado en el que las mujeres embriagadas desean tener relaciones sexuales».

Se ofreció respuesta a las inquietudes de la defensa, pues se indicó que la versión del procesado es contradictoria. «*A todas luces contradictorio resultó el testimonio del procesado en cuanto a que fue autorizado para sostener la relación íntima con **Flor Nancy**. Buscó la coartada perfecta asumiendo que la víctima le había acariciado las manos y lo había besado, refiriendo que desde ese momento **Quintero Giraldo** consintió el encuentro sexual, lo que es un concepto discriminatorio y acelerado en el que las mujeres embriagadas desean tener relaciones sexuales*».

**Argumento de apelación.** Advierte, así mismo, que en ningún momento pretende demeritar de manera alguna esa especial protección que a este tipo de víctimas le ha otorgado la juez de primera instancia, no obstante, dadas las particularidades de este caso, a pesar de que apoya y aplaude esas políticas que promueven y garantizan los derechos de las mujeres y demás segmentos poblacionales que por sus condiciones deben gozar de especial protección, arguye que este tipo de **enfoques** no se puede convertir en un foco de detrimento para garantías fundamentalísimas como el debido proceso, o ese carácter de igualdad entre las partes procesales e incluso el principio de *in dubio pro reo*.

➤ **La Sala responde.**

La Sala dedicará un apartado especial al denominado enfoque de género en las decisiones judiciales.

**Argumento de apelación.** Resulta entonces evidente que la carga demostrativa del proceso en calidad de ente acusador no recae en la víctima sino en la Fiscalía y, respecto a dicha entidad y su papel dentro del proceso penal, **no se puede predicar enfoque diferencial alguno**. Ello es importante a fin de sentar las bases para apoyar la tesis de que el **enfoque de género** aplicado al interior de este proceso penal, desbordó su finalidad y desempeñó un papel preponderante y nocivo a la hora de atribuirle a su prohijado la responsabilidad penal en cuanto a la comisión del hecho punible que era objeto de imputación.

➤ **La Sala responde.**

La Sala dedicará un apartado especial al denominado enfoque de género en las decisiones judiciales.

De todas maneras, dígase que a los delitos sexuales se les llama de «*puerta cerrada*», «*de privacidad*», «*delito sin testigo*», «*delito oculto*», «*delito secreto*» o «*delito íntimo*», pues no hay personas alrededor ya que solo están presentes agresor y agredido, razón por la cual adquiere especial importancia la declaración de la víctima, el análisis de indicios y la prueba de corroboración, en especial la periférica<sup>13</sup>.

La Corte Constitucional sobre el tema ha explicado:

«En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere suma importancia la declaración de la víctima»<sup>14</sup>.

**Argumento de apelación.** Pues bien, en lo que tiene que ver con la inconsciencia y a la imposibilidad de resistir que se predica del delito por el que fue condenado su asistido, es posible afirmar que estas condiciones no le pueden ser atribuidas a la señora FLOR NANCY para la hora y fecha de ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes, ya que como lo indicó la señora ISABEL CRISTINA SALDARRIAGA QUICENO, la presunta víctima se resistió a ser retirada de la vivienda de MARÍA DE LOS DOLORES cuando ella intentó llevársela del lugar utilizando la fuerza, hecho que refleja la presencia de consciencia suficiente en la presunta víctima para haberse autodeterminado; además, en cuanto al estado de supuesta inconsciencia de FLOR NANCY, basta con analizar de manera objetiva el testimonio de DORIAN ANDRÉS, para obtener un panorama muy diferente al presentado por parte del ente acusador.

<sup>13</sup> CSJ SP 7326-2016, rad. 45.585; CSJ SP 3332-2016, rad. 43.866; CSJ AP 5209-2019, rad. 50.821; CSJ SP 3644-2021, rad. 59.370; CSJ SP 2811-2022, rad. 58.410 de 10 agosto 2022; CSJ SP 3993-2022, rad. 58.187 de 14 diciembre 2022; CSJ SP 086-2023, rad. 53.097 de 15 marzo 2023; CSJ SP 177-2023, rad. 58.820 de 24 mayo 2023; CSJ SP 317-2023, rad. 59.828 de 2 agosto 2023.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencias T-554 de 2003, T-458 de 2007.

➤ **La Sala responde.**

Con respecto a la declaración de ISABEL CRISTINA SALDARRIAGA QUICENO, esto se dijo en la instancia:

«**Isabel Cristina Saldarriaga Quiceno** (*invitada a la celebración del 03 de noviembre de 2012*) bajo la gravedad de juramento indicó que hacía aproximadamente ocho o nueve años conoció a **María de los Dolores** porque laboraron juntas en una cafetería que tenía **Flor Nancy** y, a **Dorian Andrés** lo conoció cuatro años atrás.

Recordó que el 03 de noviembre de 2012 estuvo laborando en el establecimiento de comercio “*la esquina de Jair*” y su empleadora era **Flor Nancy**, contó que, en esa fecha, después de la 01:00 horas su “*patrona*” le dijo que la acompañara a la casa de **María de los Dolores** porque se encontraba de cumpleaños y le llevaría unos mariachis de sorpresa, fueron a la casa, allí celebraron el cumpleaños, estuvo presente junto con los Procesados y **Flor Nancy**. Aseguró que en la residencia estaban durmiendo la hija de la Acusada, su nieto y otro sujeto, por lo que no disfrutaron de los mariachis. Contó que observó a la Ofendida muy alterada, detallando que salió de una habitación desnuda e ingresó al baño, sintió vergüenza ante la presencia del Procesado, por tal la llevó hasta una habitación pequeña y la arropó, le insistió que se fueran juntas, pero la víctima le dijo que no, finalmente decidió irse para su casa.

Aseguró que **Flor Nancy** estuvo consumiendo licor, pero ese día la observó acelerada, desesperada, muy ebria, vomitando; pensó que estaba muy embriagada.

Recordó después de que el delegado fiscal le refrescara memoria con la declaración jurada rendida el 21 de noviembre de 2012 que **María de los Dolores** le dijo a **Flor Nancy** que se besaran, aunque resaltó que no vio nada entre los Procesados y su ex empleadora. En el contrainterrogatorio manifestó que siente agradecimiento por el trabajo que le proporcionó en algún tiempo **Flor Nancy**, lo cual en criterio del Despacho no demerita la credibilidad.

Explicó que la víctima quiso llevarle como sorpresa mariachis a la Acusada, pues, existió entre ellas una relación de amistad y también tuvieron conflictos. Describió que la casa de los Implicados tenía de dos habitaciones, una de las habitaciones estaba dividida en dos y solamente tenía una puerta de allí salió **Flor Nancy**. Así que no observó donde se desnudó la Ofendida.

La testigo se percibió coherente y clara, dio cuenta de dos aspectos trascendentales que corroboran la versión de la agredida (i) que el 03 de noviembre de 2012 cuando estaban en la casa de los Procesados, vio a **Flor Nancy** en estado de alicoramamiento, reflejado en el vómito, la dificultad para caminar, incluso que salió desnuda de la habitación donde se encontraba acostada (ii) escuchó a **María de los Dolores** proponiéndole a la víctima que se besaran, no obstante, no observó nada al respecto».

Lo que dijo la declarante en juicio fue simplemente «*observó a la Ofendida muy alterada, detallando que salió de una habitación desnuda e ingresó al baño, sintió vergüenza ante la presencia del Procesado, por tal la llevó hasta una habitación pequeña y la arropó, le insistió que se fueran juntas, pero la víctima le dijo que no, finalmente decidió irse para su casa*».

Es decir, que la invitó a salir y ella respondió que no. En ningún momento lo hizo «*utilizando la fuerza*»; fue una simple petición verbal que recibió, igualmente, una respuesta negativa verbal, sin necesidad de ninguna escaramuza que involucrara lucha, pelea o contienda entre las dos mujeres que hicieron ese corto diálogo.

**Argumento de apelación.** Si para efectos de análisis y sana crítica extrapolamos las situaciones y decimos que la acción llevada a cabo por ISABEL CRISTINA no hubiera sido un intento para sacar a la presunta víctima de la vivienda en la que se encontraban, sino que esta acción ***hubiera sido algún vejamen libidinoso*** o de cualquier otra índole, y que el mismo no hubiera sido consentido por parte de la denunciante, se hubiera producido la misma reacción de rechazo que presenció o que sufrió ISABEL CRISTINA SALDARRIAGA, hecho que para el defensor podría ser considerado como un indicador de un estado de embriaguez voluntaria con presencia de lucidez suficiente para desvirtuar esa calidad de incapaz de resistir.

➤ **La Sala responde.**

La Fiscalía no formuló cargos en contra de ISABEL CRISTINA SALDARRIAGA, así que lo dicho por la defensa es enteramente especulativo.

**Argumento de apelación.** Antes del acceso carnal, y a la luz de los testimonios de descargo y del video presentado como evidencia documental por parte de la defensa de MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO, en referencia a la presunta víctima, se observa una persona que se desenvolvió con seguridad en las instalaciones de la vivienda donde departía con los acusados y sus allegados; cantó, bailó, ingirió licor con algunas de las personas que se encontraban en ese lugar. Ello no sólo lo realizó la presunta víctima de manera voluntaria, sino que fue ella quien procuró el encuentro de celebración que tuvo lugar en la vivienda antes señalada a eso de las 2 de la mañana del 3 de noviembre de 2012, tal y como se evidencia en los relatos de todos y cada uno de los testigos directos de los hechos previos, concomitantes y posteriores a los hechos jurídicamente relevantes. A pesar del recuerdo que la presunta víctima tiene de que DORIAN ANDRÉS estaba encima de ella penetrándola, este el único recuerdo que la denunciante tiene del encuentro sexual y, por simple conocimiento lógico y aplicación de las máximas de la experiencia de lo que es un encuentro sexual, no puede representar el único hecho detallado que compone la totalidad del mismo, en otras palabras, FLOR NANCY no puede recordar como inició, como terminó, si ella misma opuso algún tipo de resistencia o si fue ella quien lo propició, como se desarrolló el encuentro, si en ese momento ella consintió el encuentro o no.

➤ **La Sala responde.**

Es el mismo censor quien se encarga de dar razón a la sentencia de condena, al afirmar que no fue posible establecer si se consintió o no el encuentro sexual. El consentimiento para el encuentro sexual ha de ser voluntario, consciente, libre, expreso, indubitable.

Cuando la víctima dice que no al acto sexual, la respuesta no admite interpretaciones ni equívocos, es sencillamente una negativa a la relación sexual. Cuando la mujer dice que no es no<sup>15</sup>.

Ante la existencia de dos versiones divergentes y mutuamente excluyentes sobre el hecho —una según la cual fue violento y, la otra, consentido—, se pueden analizar criterios como los siguientes<sup>16</sup>:

Uno: que no se avizoran motivos probatoriamente sustentados para inferir que la víctima busca perjudicar al acusado con una sindicación falaz; son conocidos desde muchos años, se trataban «*como de la familia*»; que no se conocen, que escasamente habían interactuado, etc.

Dos: el dicho de la víctima es, en sí mismo y en atención a los criterios de valoración de la prueba testimonial previstos en el artículo 404 del Código Procesal Penal, creíble, pues su versión fue fluida, espontánea, revestida de respaldo emocional, al punto en que no pudo contener el llanto, etc.

Tres: la interposición de la denuncia implicó para la víctima la revelación, tanto a las autoridades como a sus parientes más allegados, de circunstancias personales y detalles de su vida íntima que pretendía mantener en el ámbito privado.

Cuatro: aunque la perjudicada tomó varios meses para denunciar, sí le contó lo acaecido a algún familiar cercano, y el relato muestra que su versión se ha mantenido constante y coherente en distintos escenarios y aún ante el paso del tiempo.

Cinco: se demostró que luego de los hechos la víctima en verdad empezó a padecer graves afectaciones en su estado anímico y salud mental.

Seis: la explicación alternativa ofrecida por el procesado no es verosímil. En su relato se observan aserciones poco creíbles y evidentemente dirigidas al cometido de desmentir la acusación formulada por la víctima, esa sí vertida de un modo fluido y espontáneo.

En el *sub lite*, se tiene: (i) es amiga de una de las procesadas y no hay motivos de buscar rencillas, es más, fue la víctima quien llevó la serenata con mariachis a su amiga que estaba de cumpleaños; (ii) ese día apenas conoció al implicado a quien llamaba «*sobrino, sobrino*»; (iii) no hay motivos para crear una falsedad en contra de quien apenas se logra conocer; (iv) inmediatamente sale de la vivienda, le dice a su amigo taxista que la han violado sexualmente; (v) la revelación de los hechos traumáticos ha sido complejo para la denunciante en la medida que descubre actos de su intimidad.

---

<sup>15</sup> CSJ SP, 9 septiembre. 2015, rad. 34.514; CSJ SP 2136-2020, rad. 52.897 de 1° julio de 2020. En similar sentido la Sala Civil de la Corte en CSJ STC, 21 febrero 2018, rad. 2017-00544-01 y en CSJ STC, 28 septiembre 2018, rad. 2018-00194-02.

<sup>16</sup> CSJ SP 2136-2020, rad. 52.897 de 1° julio 2020.

**Argumento de apelación.** Afirma el censor que estos son aspectos más que relevantes al interior de la práctica probatoria, ya que dentro de las posibilidades lógicas que las máximas de la experiencia nos permiten afirmar de las relaciones sociales, una persona en un acto de desenvolvimiento social como el que es objeto de análisis en esta oportunidad, ***puede expresar su consentimiento en un momento y cambiar de opinión al siguiente***, incluso con posterioridad a la finalización del acto o hecho previamente consentido, sin que de ello quede prueba alguna más allá del testimonio de aquellos que presenciaron directamente la situación descrita. Esas situaciones señaladas en lo que tiene que ver con aquellos elementos que al interior del juicio desarrollado en contra del señor BARRERA HENAO, dan indicios testimoniales de que el estado en el que se encontraba la presunta víctima no era un estado de indefensión, y el defensor considera que son meritorias de un nuevo análisis por parte de la segunda instancia.

➤ **La Sala responde.**

Sobre el tema de corroboración es muy preciso el testimonio del taxista JESÚS MARÍA SALDARRIAGA SALDARRIAGA, de quien la primera instancia lo analizó adecuadamente de la siguiente manera:

«**Jesús María Saldarriaga Saldarriaga** (*conductor de taxi*) bajo la gravedad de juramento aseguró que conoció a **Flor Nancy** durante muchos años atrás porque fueron vecinos. Recordó que el 03 de noviembre de 2012 lo llamó siendo las 07:00 horas Flor Nancy para que la recogiera en la entrada del barrio El Rincón que queda en la entrada para el barrio El Rosario, la recogió en toda la esquina, en una carnicería. Aseguró que estaba en condiciones de embriaguez y le dijo que la llevara a la casa, lo cual efectivamente hizo. Durante el trayecto le comentó que la habían violado o algo así, no le contestó nada y la llevó a la casa. Resaltó que la vio muy rara, estaba llorando y nunca la había percibido así. Que la Ofendida no le dijo dónde estaba, ni con quien, cuando le mencionó que la habían violado tampoco le manifestó detalles y no es su costumbre preguntar.

En el contrainterrogatorio confirmó que cuando se montó al taxi **Flor Nancy** estaba bastante embriagada.

El testigo se apreció sincero, no se vio interesado en el resultado del trámite judicial, su testimonio de vio desprovisto de malquerencia o interés torticero. Narró únicamente lo que le constaba, siendo relevante y diáfano que observó el 03 de noviembre de 2012 a **Quintero Giraldo** embriaga, llorando y emocionalmente afectada».

El mismo testigo dice que la vio en «*condiciones de embriaguez*» y que «**durante el trayecto le comentó que la habían violado**», el declarante «*Resaltó que la vio muy rara, estaba llorando y nunca la había percibido así*».

Esa no es la reacción de mujer que prestó su consentimiento para la relación sexual y luego se arrepintió, como lo hace ver el censor.



Es simplemente, la reacción de una mujer mancillada y vulnerada en su intimidad sexual, no obstante, su estado de ebriedad, se veía «*rara*» y estaba llorando, tanto es así, que el declarante de *visu* agrega que «*nunca la había percibido así*».

Ahora bien, La dogmática penal y la doctrina jurisprudencial elaboradas en otras épocas y bajo condiciones sociales muy diversas a la actual, predicaban que en la violencia sexual no se requería de «*actitudes heroicas*» de parte de la víctima, pero sí de una resistencia seria y constante que ofreciera «*un resultado no consentido y seriamente rechazado*»<sup>17</sup>, doctrina jurisprudencial ya superada<sup>18</sup>.

También se enseñaba que:

«[!]a resistencia de la mujer debe ser seria y constante, seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino que en realidad exprese un querer decididamente contrario; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar a concurso en el goce mutuo»<sup>19</sup>.

Pero la víctima aquí estaba en imposibilidad de dar un consentimiento válido.

Precisamente la sexualidad voluntaria como derecho de no ceder a otros el poder para decidir cuándo quiere tener relaciones íntimas, ha sido uno de los fundamentos para la emancipación de la mujer de la dominación patriarcal, para que se sientan y sean tratadas como miembros iguales en la sociedad moderna<sup>20</sup>.

**Argumento de apelación.** Pero, además, arguye el defensor que la postura asumida por la *a quo*, condiciona la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, advirtiendo que la aplicación o no de dicho principio, debe estar ligada a una hipótesis defensiva plausible para el órgano de conocimiento, lo que resulta contradictorio de lo dispuesto en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal que es claro al determinar que la aplicación del principio en mención procederá ante «*la duda*», sin condicionar dicha aplicación al hecho de que esa duda esté ligada a una teoría de defensa razonable o plausible, ya que este tipo de condicionamiento para la aplicación del principio en mención, equivaldría a invertir la carga probatoria en detrimento de la Defensa, lo que está expresa y enfáticamente prohibido por la legislación penal y constitucional de Colombia.

#### ➤ **La Sala responde.**

Es cierto, no es posible invertir la carga de la prueba en desfavor del procesado.

<sup>17</sup> Pérez, Luis Carlos. *Tratado de derecho penal*, Tomo IV, Temis, Bogotá, 1967, p. 436. Pérez, Luis Carlos. *Derecho penal, Partes general y especial*, Tomo V, Segunda edición, Temis, Bogotá, 1991, p. 29. Carrara, Francesco, *Programa de derecho penal, Parte especial*, Volumen II, Temis, Bogotá, 1981, p. 254. CSJ SP 1793-2021, rad. 51.936 de 12 mayo 2021; CSJ SP 036-2023, rad. 52.629 de 1° febrero 2023; CSJ SP 409-2023, rad. 61.671 de 27 septiembre 2023.

<sup>18</sup> CSJ SP 036-2023, rad. 52.629 de 1° febrero 2023; CSJ SP 409-2023, rad. 61.671 de 27 septiembre 2023.

<sup>19</sup> Carrara, Francesco. *Programa de derecho penal, Parte especial*, Volumen II, Temis, Bogotá, 1981, p. 254. CSJ SP 1793-2021, rad. 51.936 de 12 mayo 2021.

<sup>20</sup> Fletcher, George P. *Las víctimas ante el jurado*, (traducción de Juan José Medina Ariza y Antonio Muñoz Aunión, Revisión, prólogo y notas de Francisco Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 170.

**Argumento de apelación.** Y es que la expresión que abiertamente proclama: «*En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal*», podría incluso considerarse como liberatoria de la responsabilidad que se le atribuye a la defensa para demostrar la inocencia del procesado, entendiendo que incluso una defensa absolutamente pasiva, incongruente, deficiente y falta de idoneidad, debería obtener un fallo absolutorio en aquellos procesos en los cuales la labor investigativa del ente acusador contenga fallas y no logre demostrar más allá de toda duda la responsabilidad penal del acusado en relación con los hechos jurídicamente relevantes.

➤ **La Sala responde.**

Son cuestiones teóricas que no se enlazan con el proceso en curso.

## **7. ALGUNOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA DONDE SE ANALIZAN INFERENCIAS CONTRARIAS AL ENFOQUE DE GÉNERO**

Para la jurisprudencia «*la valoración probatoria debe ser guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica*»<sup>21</sup>.

Se ha desarrollado una amplia jurisprudencia en relación con la obligación de los funcionarios judiciales de aplicar la perspectiva de género, su contenido y su carácter vinculante, como criterio hermenéutico que debe irradiar el ejercicio jurisdiccional, en los casos en los que exista sospecha de relaciones asimétricas o patrones estereotipados de género<sup>22</sup>.

Es frente a la violencia contra la mujer y contra quienes se identifican como tales que la visión de género, como método para apreciar y valorar la desigualdad adquiere importancia. No para hacer reflexiones teóricas a la manera de sucedáneo de la prueba, pues «*no hay actos intrínsecamente violentos, sino juicios de valor contra ciertos actos*»<sup>23</sup>. Se trata de utilizar esas bases al estimar el objeto de valoración que está conformado por una realidad probada<sup>24</sup>.

En síntesis, para interpretar la conducta concreta del proceso y las actitudes de los protagonistas en contextos de violencia en los que la igualdad se anula ante el sometimiento y abuso del otro, sin consideración a su dignidad<sup>25</sup>.

Los razonamientos inductivos e inferenciales contrarios al enfoque de género, así no se haya calificado explícitamente como una modalidad de falso raciocinio, se erigen en errores de hecho demandables en casación.

<sup>21</sup> CSJ SP 3274-2020, 2 septiembre 2020, rad. 50.587; CSJ AP 1508-2021, rad. 58.107 de 28 abril 2021.

<sup>22</sup> CSJ SP 5451-221, rad. 51.920 de 1º diciembre 2021; CSJ SP 3993-2022, rad. 58.187 de 14 diciembre 2022. Corte Constitucional, sentencia T-224 de 2023.

<sup>23</sup> Poggi, Francesca. *Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Número 42, 2019.

<sup>24</sup> CSJ SP, 1º octubre 2019, rad. 52.394; CSJ SP, 25 mayo 2022, rad. 51.527; CSJ SP 067-2023, rad. 62.235 de 1º marzo 2023.

<sup>25</sup> CSJ SP 067-2023, rad. 62.235 de 1º marzo 2023.

En los siguientes casos se analizan inferencias contrarias al enfoque de género:

**Uno:** en un asunto relacionado con un delito sexual cometido contra una menor de edad, la Sala examinó la postura asumida por el Tribunal al valorar el testimonio de la ofendida, al cual restó credibilidad con el argumento de que aquélla se había «*iniciado precozmente en el mundo sexual*».

Frente a tal planteamiento, y luego de precisar que «*con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima*», la Corte encontró que el juzgador incurrió en error porque «*no sólo construyó una inferencia inadecuada con el objeto de descalificar el testimonio de la víctima, pues no existe ningún nexo entre su conducta y el thema probandi, sino que fue mucho más allá, al someter a una niña de 9 años para la fecha de los hechos a una nueva victimización, denigrando de su integridad*»<sup>26</sup>.

**Dos:** en CSJ SP, 7 abril 2010, rad. 27.595, al estudiar la responsabilidad penal de una mujer que, tras ser reiteradamente sometida a maltratos de toda índole por parte de su esposo, le disparó en dos ocasiones y le causó la muerte, encontró que el Tribunal, en tanto no reconoció la configuración de la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor,

«*incurrió en una valoración discriminatoria en contra de la mujer, no sólo al ignorar o minimizar todos los aspectos fácticos narrados por ORJS (que sin duda eran alusivos a violencia por razones de sexo), sino también al estimar que el solo acto de ser encerrada en un inmueble sin alimentos carecía de las connotaciones de gravedad necesarias para producir consecuencias jurídicas en la imposición de la pena o en la determinación del grado de reproche, e **incluso al sugerir que podía tratarse de un acto tolerado por esta persona, en la medida en que había sido vista barriendo la puerta y lavando el patio, es decir, como si realizar labores que por cultura o tradición han sido asignadas a las representantes del sexo femenino demostrase la ausencia de cualquier comportamiento contrario a derecho relacionado con el menoscabo a la libertad***».

Aunque en esa ocasión la Corporación no vinculó ese yerro *expresamente* con la tipología del falso raciocinio, sí puso de presente que el mismo consistió en que dejó de apreciar las circunstancias indicativas de un contexto de violencia y discriminación contra la víctima, por un lado, y ***en la elaboración de inferencias prejuiciosas y machistas***, por otro<sup>27</sup>.

**Tres:** en CSJ SP, 9 septiembre 2015, rad. 34.514, en el análisis de un caso de violencia sexual contra una mujer mayor de edad en el que el juzgador de segunda instancia absolvió a los procesados, advirtió que algunas premisas inductivas formuladas por aquél, en cuanto desconocían la perspectiva de género porque reflejaban posturas discriminatorias y prejuicios, resultaban «*inaceptables, en tanto son contrarias a la Constitución Política en general y a los derechos fundamentales de la mujer en particular*» y, en tal virtud, no pueden tenerse como *razonables*.

Algunas de las inferencias a las que se hace alusión fueron del siguiente tenor:

<sup>26</sup> CSJ SP, 26 enero 2006, rad. 23.706.

<sup>27</sup> CSJ SP, 7 abril 2010, rad. 27.595.

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

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

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

(...)

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

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

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

En esa oportunidad, negó la validez de los procesos inductivos que sustentaron el fallo de segunda instancia tras advertir que no reflejaban verdaderas máximas empíricas ni procesos intelectivos lógicos, sino preconcepciones sexistas y discriminatorias.

El Tribunal consideró como criterio o idea subyacente: «*Siempre o casi siempre que en materia sexual la mujer le dice al hombre que no, lo que en realidad desea manifestarle es que sí*», con lo cual se ignora la real voluntad de la víctima; cuando la víctima dice que no al acto sexual, la respuesta no admite interpretaciones ni equívocos, es sencillamente una negativa a la relación sexual<sup>28</sup>.

Es decir, **cuando se dice no es no**.

**Cuatro:** en CSJ AP, 6 agosto 2019, rad. 54.394, la Corte considera que la configuración del delito dependerá de si la víctima ha perdido la libre autodeterminación de su sexualidad.

**Cinco:** en CSJ SP 2136-2020, rad. 52.897 de 1° julio de 2020, se explicó que el consentimiento debe tener una perspectiva que valore la dignidad de la mujer.

Si discerniblemente la víctima manifiesta que no, y se realiza el acto sexual, entonces la única explicación posible es que **fue violento**.

En similar sentido la Sala Civil de la Corte en CSJ STC, 21 febrero 2018, rad. 2017-00544-01; CSJ STC, 28 septiembre 2018, rad. 2018-00194-02.

**Seis:** en CSJ SP 1795-2022, rad. 58.477 de 1° junio 2022, se dijo que es un arraigado estereotipo de discriminación machista afirmar «*siempre o casi siempre*

<sup>28</sup> CSJ SP 403-2021, rad. 51.848 de 17 febrero 2021.

*que existe una relación sentimental en una pareja, la mujer consiente la relación sexual», esta aparente máxima de la experiencia contiene un prejuicio que socava la autonomía y libertad sexual de la mujer, que por más enquistada en el pensamiento colectivo de sociedades por excelencia patriarcales, atenta contra la razón, y, por eso mismo, no puede servir de sustento para dilucidar la responsabilidad penal en los eventos de violencia sexual contra las mujeres.*

**Siete:** en CSJ SP 1793-2021 y CSJ AP 5678-2021, rad. 55.987 de 24 noviembre 2021, se dijo que el tipo penal de acceso carnal violento consagrado en el artículo 205 del Código Penal no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna. Se dijo que *«en aquellos delitos en los cuales confluye el elemento de la violencia, la figura del consentimiento como excluyente del tipo debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo, y no la de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en una desigualdad material».*

**Ocho:** en CSJ SP 3574-2022, rad. 54.189 de 5 octubre de 2022, se trató el caso de una mujer violentada sexualmente por su esposo.

Se dijo por la Corte que hoy en día se impone *«un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción»*<sup>29</sup>. Así, bajo una perspectiva de género, no le es exigible a la mujer víctima de una conducta sexual violenta observar un determinado comportamiento frente a la agresión; tampoco se puede demandar de ella la renuncia a sus libertades en materia de elección y consentimiento sexuales.

La capacidad intelectual y proyecto de vida de una mujer no puede ser motivo para excluir la agresión sexual en su contra y descalificar su versión de los hechos. De otra parte, bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes.

**Nueve:** en CSJ AP 3964-2022, rad. 57.118 de 2 agosto 2022, en un caso de violencia intrafamiliar se planteó la responsabilidad de la víctima en los sucesos por cuanto ella era conocedora del temperamento agresivo de su pareja, pese a lo cual le permitió entrar en la residencia<sup>30</sup>.

Una de las manifestaciones más comunes del empleo de estereotipos o prejuicios de género en procesos judiciales es la transferencia de la responsabilidad a la mujer afectada por el delito, generando con ello una nueva violencia de género, vale decir, revictimizándola<sup>31</sup>.

Esta transgresión es actualizada al pretender responsabilizar de la violencia recibida a la propia víctima y no a quien la ejerció, olvidando que convencional<sup>32</sup> y

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

<sup>30</sup> CSJ AP 3964-2022, rad. 57.118 de 2 agosto 2022.

<sup>31</sup> CSJ AP 3964-2022, rad. 57.118 de 2 agosto 2022.

<sup>32</sup> Cfr. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; la Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 29 de enero de 1992; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém do Pará. 1994; Recomendación General N° 33 expedida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 03 de agosto de 2015; la Recomendación General N° 34 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 07 de marzo de 2016 y; la Recomendación General N° 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) del 26 de julio de 2019, entre otros.

legalmente<sup>33</sup>, las mujeres tienen derecho a una vida libre de agresiones, pues son consideradas sujetos socialmente vulnerables.

**Diez:** en CSJ AP 5748-2022, rad. 60.648 de 7 diciembre 2022, se dice por la Corte que la argumentación del impugnante tiene como telón de fondo una postura notoriamente machista, pues da a entender que la víctima, por el hecho de haber accedido a bailar dos veces con el procesado y haberle ofrecido una cerveza, propició el abuso sexual.

Esa disertación, continúa la corporación judicial, es deleznable por sustentarse en prejuicios de género, razón suficiente para que sea desatendida como argumentación en el ámbito judicial y, con mucha más razón, como sustentación del recurso de casación. «*Ello, de conformidad con lo expuesto reiteradamente por esta Sala sobre la perspectiva de género con la que deben abordarse este tipo de casos*»<sup>34</sup>.

**Once:** en CSJ SP 036-2023, rad. 52.629 de 1° febrero 2023, se trata de un caso de violación sexual donde el acusado refiere que el acto sexual fue consentido, y en todo caso el encuentro sexual no fue debatido, en las instancias, ni por el recurrente, quien aceptó sin reparos la presencia de la víctima en ese lugar, mientras que la víctima denuncia que fue un acto no consentido.

Se alegó que si bien es cierto no se requiere de «*actitudes heroicas*» por parte de la víctima, **sí de una resistencia seria y constante que ofrezca «un resultado no consentido y seriamente rechazado»**<sup>35</sup>

Se insiste en que el elemento de la violencia debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo, y no de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en desigualdad material<sup>36</sup>.

Se recuerda el contenido del numeral 2° del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, aplicable a los hechos<sup>37</sup>, mediante el cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, consagrando como recomendación para los funcionarios en la valoración judicial de la prueba, **que el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual**. Así mismo, estipuló en el numeral 1° de la citada ley, que la **aquiescencia tampoco podrá derivarse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre**.

De lo que se deriva, que la víctima no está obligada a actuar de determinada forma para que se pueda establecer que la acción del autor fue violenta, tampoco tiene que hacer manifestaciones de repudio ni proferir palabras de auxilio, bastando con la determinación de su voluntad, **la misma que debe ser inferida del contexto de los acontecimientos**, bajo el claro sentido de la naturaleza de las relaciones surgidas entre víctima y victimario<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Ley 51 de 1981, Ley 984 de 2005.

<sup>34</sup> CSJ SP 849-2022 de 16 marzo 2022, rad. 51.402.

<sup>35</sup> Carrara, Francesco. *Programa de derecho penal, Parte Especial*, Volumen II, Bogotá, Temis, 1981, p. 254.

<sup>36</sup> CSJ SP, 17 septiembre 2008, rad. 21.691; CSJ SP, 23 septiembre 2009, rad. 23.508; CSJ SP 036-2023, rad. 52.629 de 1° febrero 2023; CSJ SP 306-2023, rad. 54.809 de 2 agosto 2023; CSJ SP 409-2023, rad. 61.671 de 27 septiembre 2023.

<sup>37</sup> Ley que entró en vigencia el 18 de junio de 2014.

<sup>38</sup> CSJ SP 12161-2015, 9 septiembre 2015, rad. 34.514.

Frente a los argumentos que la víctima no ofreció resistencia seria, no gritó, y que además exigió que el varón utilizara un condón, se responde que en tales argumentos subyacen claros preconceptos machistas, según los cuales, si una mujer no se resiste con vehemencia a una iniciativa sexual del hombre es porque consiente en ella y, por lo tanto, debe soportar las consecuencias de ese rol, asignado cultural y socialmente<sup>39</sup>.

«Tampoco puede deducirse la aquiescencia de la víctima, sí como en el presente caso, en medio de la agresión sexual le pide o exige al victimario el uso de un preservativo, pues tal comportamiento puede obedecer, como razonó el Tribunal, a la elección del mal menor en el contexto de la agresión, o a la simple resignación ante lo inevitable a causa de la fuerza e idoneidad de la coacción».

**Doce:** en CSJ SP 124-2023, rad. 55.149 de 29 marzo 2023, en condena por el delito tipo de *Acoso sexual*, (arts. 210-A, 31 del C.P., modificado por la Ley 1257 de 2008) la Corte explica que *«Entender que el cuerpo de la mujer puede ser utilizado para realizar bromas o burlas, cuando ella no lo ha consentido expresamente, es desconocer su dignidad humana porque se la considera o trata como una cosa. Incluso, si en gracia a discusión se admitiese que quien la toca tiene una intención bondadosa como limpiar la suciedad de su pantalón, es incuestionable que debe procurar primero la anuencia de la mujer para proceder en ese sentido, pues es su consentimiento el que valida o legitima su actuación, siendo una clara expresión del derecho al libre desarrollo de su personalidad»*.

Adicionalmente,

«Es la mujer, como un ser humano digno, valioso, capaz de tomar decisiones y de expresarlas, quien define si permite ser tocada o cortejada. De ahí que, si manifiesta una negativa, no lo consiente expresamente, guarda silencio o evita alentar inequívocamente este tipo de comportamientos, todo ello debe entenderse con el mismo efecto que si hubiese manifestado un rotundo no».

**Trece:** en CSJ SP 139-2023, rad. 53.723 de 19 abril 2023, se insiste en que a la víctima no se le puede exigir que demuestre haber ejercido rechazo u oposición que evidencie su falta de consentimiento al evento sexual del que se le hizo víctima.

En ese sentido, se agrega, la perspectiva con enfoque de género elimina toda clase de estereotipos que imponen sobre la mujer como sujeto pasivo de la conducta punible una serie de obligaciones llamadas a asumir en su condición de víctima, pues el tipo penal de acceso carnal violento no exige para su configuración la realización de actos de resistencia, de precaución o de defensa alguna por su parte<sup>40</sup>.

Bajo esa óptica, se ha insistido que es necesario indagar por el **contexto** en el cual ocurre un episodio de violencia sexual<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Bonino, Luis. *Los micromachismos*, artículo publicado en la Revista La Cibeles, N° 2, del Ayuntamiento de Madrid, noviembre 2004, pp. 1-6.

<sup>40</sup> CSJ SP, 12 mayo 2021, rad. 51.936.

<sup>41</sup> CSJ SP, 1º octubre 2019, rad. 52.394.

«En ese sentido, la adopción de una postura como es la propuesta por el censor, impondría un razonamiento con prejuicios de género, estereotipos y roles en función del sexo, por lo cual el funcionario judicial incurriría en un error por falso raciocinio al incorporar reglas de la experiencia erróneas, como aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que desde una óptica patriarcal deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual<sup>42</sup>».

Frente al punible de acceso carnal violento, la figura del consentimiento debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo, más no desde la víctima<sup>43</sup>.

## 8. EL ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO PENAL Y LA FALTA DE CONSENTIMIENTO

El título IV del libro segundo de la Ley 599 de 2000 protege la libertad, integridad y formación sexuales. Tratándose de adultos, la libertad e integridad sexual se protege en eventos en que no media consentimiento, bien sea porque se emplea la violencia o se crean situaciones que anulan la posibilidad de consentir (artículos 205, 206 y 207 del Código Penal), ya porque se abusa de circunstancias que impiden manifestar el asentimiento a la relación sexual (artículo 210 *ibidem*)<sup>44</sup>. Es decir, situaciones que son utilizadas por el autor para involucrar a otro en un contexto sexual en el que se presenta una restricción significativa de su capacidad de decisión.

Además de las modalidades del tipo relativas al estado de inconsciencia y el trastorno mental consagradas en el canon 210 del Código Penal, cualquier tipo de supuesto que inhiba a la víctima de la facultad de repeler eficazmente a su atacante, en tanto no esté en condiciones de consentir la relación (lo cual debe ser conocido por el agresor) se congloba en la noción de incapacidad para resistir<sup>45</sup>.

En otras palabras, la ley penal sanciona conductas que limitan o anulan mediante coacción o abusivamente la decisión de las personas a quienes la ley les reconoce plena autonomía para desarrollar su sexualidad. En este sentido, el criterio normativo para fijar la relevancia jurídico-penal de la acción realizada está puesto en la prohibición de involucrar a otro en un acto sexual sin su consentimiento, sea violentamente o abusando de ciertas circunstancias específicas definidas en la ley.

En ese contexto, la víctima no es un sujeto sino un objeto que se instrumentaliza por fuerza de la acción violenta o abusiva. Un atentado contra su libertad y su dignidad.

El artículo 210 del C.P. sanciona a quien accede o realiza actos sexuales, con persona que **se encuentra** en estado de inconsciencia, o que padece trastorno mental o que está en incapacidad de resistir.

<sup>42</sup> CSJ SP, 2 septiembre 2020, rad. 50.587; CSJ SP, 1° julio 2020, rad. 52.897.

<sup>43</sup> CSJ SP, 23 septiembre 2009, rad. 23.508; CSJ SP 306-2023, rad. 54.809 de 2 agosto 2023.

<sup>44</sup> CSJ SP 1415-2021, rad. 54.420 de 21 abril 2021; CSJ SP 5103-2021, rad. 58.051 de 17 noviembre 2021.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia C-163 de 2021. CSJ SP, 24 febrero 2016, rad. 47.150; CSJ AP 3454-2022, rad. 58.951 de 3 agosto 2022.



El tipo penal del artículo 210 del C. Penal determina que: (i) haya un sujeto activo indeterminado; (ii) el acceso carnal o la comisión de actos sexuales como verbo rector; (iii) un sujeto pasivo calificado, pues debe tratarse de aquella persona que se encuentre en estado de inconsciencia, tenga un trastorno mental o en todo caso sea incapaz de resistir la agresión sexual, y (iv) que el sujeto activo conozca de dicha condición con respecto al sujeto pasivo y se aproveche de ella<sup>46</sup>.

Según la jurisprudencia, para considerar tipificado el delito del Art. 210 del Código Penal es necesario que concurren, además de la ejecución de los verbos rectores (acceder carnalmente o realizar actos sexuales diversos sobre la víctima), el comprobado estado de incapacidad del sujeto pasivo de la conducta y la prueba de que esa disminución mental o física incidió en ella para comprender y decidir sobre el acto con connotación sexual, así como que el procesado conocía dicha condición y se aprovechó de ella<sup>47</sup>.

En el caso del Art. 207 del C. Penal el autor **crea la situación (violencia)**, en el Art. 210 del C.P. el sujeto agente se **aprovecha de ella (abuso)**<sup>48</sup>.

La incapacidad de resistir no está condicionada al padecimiento por parte del sujeto pasivo de impedimentos físicos, temporales o permanentes, que limiten de modo absoluto las posibilidades de hacer frente a una agresión sexual. Así mismo, el estado de inconsciencia, como la Corte lo ha explicado, alude a alteraciones de la capacidad cognitiva que impiden comprender lo que ocurre, más no se trata de estados de inconsciencia plena<sup>49</sup>.

Cuando se presenta una restricción significativa de su capacidad de decisión, no hay violencia, intimidación o resistencia expresa, y pese a no corresponder en estricto sentido a una constricción coactiva de la libertad sexual, son conductas valorativamente equiparables en cuanto implican una limitación a la capacidad de decisión que en el plano sexual se reconoce a las personas mayores de catorce años, en consideración a su autonomía ética y a su capacidad de autodeterminación sexual como expresión de su libertad y dignidad<sup>50</sup>.

La esencia del injusto no reposa en la capacidad de la persona para comprender la conducta sexual, **sino en la trasgresión de las condiciones normales en las que puede dar su aquiescencia para la misma**, ya que es esta última esfera ontológica el objeto de custodia del bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos, pues un aspecto esencial de la dignidad humana es el respeto y la protección de la **libre expresión de la voluntad**<sup>51</sup>, entendida ésta como la capacidad y posibilidad concreta en un momento dado de elegir, decidir libremente, externa e internamente, entre actuar o no hacerlo<sup>52</sup>.

«En fin, la valoración normativa del consentimiento traslada la significación jurídico-penal a la posibilidad de interpretar el hecho como quebrantamiento a la prohibición de involucrar a otro en un contexto sexual sin su voluntad, lo que supone instrumentalizar a otro en el ejercicio de su sexualidad, como lo hizo el médico

<sup>46</sup> CSJ SP 1492-2022, rad. 47.319 de 4 mayo 2022.

<sup>47</sup> CSJ SP 1492-2022, rad. 47.319 de 4 mayo 2022.

<sup>48</sup> CSJ SP 1415-2021, rad. 54.420 de 21 abril 2021; CSJ SP 2211-2022, rad. 54.304 de 29 junio 2022.

<sup>49</sup> CSJ SP, 20 febrero 2008, rad. 23.290.

<sup>50</sup> CSJ SP 5103-2021, rad. 58.051 de 17 noviembre 2021.

<sup>51</sup> CSJ AP 900-2016, rad. 47.150 de 24 febrero 2016.

<sup>52</sup> CSJ AP 900-2016, rad. 47.150 de 24 febrero 2016.

llevando a la víctima a una situación en la que existía una limitación significativa de su capacidad de decisión»<sup>53</sup>.

En tema de las posibles sustancias utilizadas y el principio de libertad probatoria, se ha de indicar que la intoxicación por el uso de sustancias psicodislépticas no sólo se demuestra a través del **análisis químico de la sangre y la orina**, sino también con otros medios probatorios como el **testimonio** de quienes han tenido contacto con la víctima y que, por sus conocimientos, advierten en ella signos de haber sido envilecida con el uso de tales drogas; la declaración de la víctima o la de quienes por el conocimiento precedente acerca de su forma de ser, le aprecian una actitud anormal<sup>54</sup>.

Con sujeción a la respectiva norma sustantiva, no es menester que la «*incapacidad de resistir*», el «*estado de inconciencia*» o las «*condiciones de inferioridad psíquica*» en las que haya sido puesta la víctima se extiendan por un determinado lapso, sino que **es suficiente** que con ocasión de tales estados «**no pueda comprender la relación sexual o dar su consentimiento**», además que tampoco demanda el precepto que una vez superada la perturbación de los procesos psíquico-volitivos se espere del sujeto pasivo una inmediata reacción en determinado sentido<sup>55</sup>.

En ese orden, el discurso de si se opuso o no, o si es necesario que la víctima lo haga para tipificar el caso como violación desde una visión de género, es inapropiado en relación con una situación que se debe valorar desde la perspectiva del *abuso sexual de persona en incapacidad de resistir* que no amerita argumentos de género que la situación no demanda, sin que eso implique que no pueda utilizarse en otro sentido<sup>56</sup>.

Son fuentes del estado de embriaguez la ingesta de alcohol el cual se expresa en miligramos de 1 a 1.000 y el consumo de sustancias psico-tóxicas como los fármacos, el opio, la cocaína, etcétera, algunas de las cuales potencian sus efectos al ser usadas con el alcohol y sus efectos dependen de la cantidad y calidad de la sustancia utilizada, la cual cuando excede los límites de tolerancia del organismo puede conducir al estado de inconsciencia en un **proceso cíclico (conciencia, inconsciencia, conciencia)** con múltiples manifestaciones sintomáticas, verbigracia, resequedad de las mucosas, ansiedad, erupciones cutáneas, pérdida de la conciencia y en algunos casos la muerte, entre otras<sup>57</sup>.

Las benzodiacepinas son un grupo farmacológico constituido por 22 medicamentos específicos y su expulsión del organismo varía entre 4 y 40 horas, por lo tanto, hay unos que no pueden detectarse después de 24 horas<sup>58</sup>.

La existencia de sustancias tóxicas, licor, en fin, sustancias depresoras, etc., no requiere pericia como tarifa legal, y se puede demostrar a través de otros medios lícitos, pues en nuestro sistema procesal penal rige el principio de libertad probatoria (artículo 373 Ley 906 de 2004), conforme al cual «*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los*

<sup>53</sup> CSJ SP 5103-2021, rad. 58.051 de 17 noviembre 2021.

<sup>54</sup> CSJ SP rad. 23.290 de 20 febrero 2008; CSJ SP 15378-2016 de 26 octubre 2016, rad. 35.864.

<sup>55</sup> CSJ SP 15378-2016 de 26 octubre 2016, rad. 35.864.

<sup>56</sup> CSJ SP 067-2023, rad. 62.235 de 1° marzo 2023.

<sup>57</sup> CSJ SP rad. 23.290 de 20 febrero 2008.

<sup>58</sup> CSJ SP rad. 23.290 de 20 febrero 2008.

*medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos»<sup>59</sup>.*

En tema de **libertad probatoria** en delitos sexuales se pueden consultar las siguientes providencias:

CSJ SP rad. 23.290 de 20 febrero 2008, donde se explicó que «*no se exige que el sujeto pasivo llegue al estado de inconsciencia plena, suficiente es que a consecuencia de la bebida embriagante o sustancia tóxica suministrada se altere el proceso síquico al punto que no comprenda lo que ocurre a su alrededor*», es suficiente el testimonio de quienes le aprecian una actitud anormal.

CSJ SP rad. 39.232 de 15 mayo 2013, donde se discutió el estado de embriaguez etílica de la víctima, que no se encontró semen en las prendas íntimas, no hay petequias, edemas, equimosis, no se recopiló evidencia física del lugar de los hechos; se expresó por la Corte que de la falta de determinadas evidencias no puede colegirse la inexistencia del delito y que es posible su demostración a través del testimonio de la víctima, entre otros.

CSJ AP 2837-2014 rad. 43.783 de 28 mayo 2014, donde la menor consumió dos o tres tragos de aguardiente, pierde la consciencia y es accedida carnalmente; se alegó la falta de prueba pericial sobre la cantidad y calidad del licor consumido. La Corte reitera que no hay tarifa legal probatoria.

CSJ AP 2570-2015 rad. 45.921 de 20 mayo 2015, donde las partes insisten en la pericia de alcoholemia en el delito sexual, la Corte reitera su postura con fundamento en la ley: libertad probatoria.

CSJ AP 3163-2016 rad. 46.698 de 25 mayo 2016, no se halló benzodiazepina, pero la mujer dijo que tomó licor, sin embargo, en virtud de la libertad probatoria, los dos procesados fueron condenados.

CSJ SP 15378-2016 rad. 35.864 de 26 octubre 2016, se discutió la falta de prueba científica y la Corte reitera el principio legal de libertad probatoria.

En CSJ SP 401-2021, rad. 55.833 de 17 febrero 2021, se dijo que resultaba posible que a la víctima se le hubiese suministrado escopolamina, aunque dicha sustancia no fue detectada en el examen de orina practicado después del tiempo en que era posible detectarla, sin que lo anterior descarte que la amnesia tuviera origen en una intoxicación alcohólica, cuyo resultado tampoco fue confirmado en el examen de toxicología, por la misma razón del paso del tiempo.

Ahora bien, la **incapacidad para resistir** implica doblegamiento de la voluntad propia por la impositiva de otro, situación objetiva en la que la persona se encuentra en un estado en el que *no tiene ninguna opción de decidir libremente entre aceptar o no aceptar el acceso carnal o los actos sexuales diversos*, y sus negativas físicas o verbales de cualquier tono o medida, no tienen ningún eco ni respuesta de aceptación, pues su voluntad se encuentra dominada por la fuerza irresistible o por la insuperable coacción que le ha sido impuesta por el sujeto agresor quien atenta contra su libertad sexual<sup>60</sup>.

Otra de las manifestaciones de incapacidad de resistir es cuando la persona se halla en un estado de compulsión o *vis compulsiva*, que es un fenómeno de

<sup>59</sup> CSJ AP 2542-2020, rad. 55.301 de 30 septiembre 2020.

<sup>60</sup> CSJ AP rad. 35.140 de 17 noviembre 2010.

involuntabilidad que como potencia o fuerza tremenda mental impulsa al individuo a actuar de una manera determinada sin que el yo ni los frenos inhibitorios de la racionalidad, de la conciencia y discernimiento consigan hacer uso de la libertad de actuar o de no hacerlo<sup>61</sup>.

**El consentimiento del sujeto pasivo, como causal excluyente de responsabilidad, debe ser válido**, exigencia que implica que se proyecte sobre bienes jurídicos susceptibles de disposición y que quien lo otorga no se encuentre en incapacidad de hacerlo de manera libre y voluntaria<sup>62</sup>.

Esto significa que la persona debe estar exenta de cualquier interferencia que pueda anular o diezmar severamente su capacidad de decisión, o de cualquier situación que la coloque en imposibilidad de otorgarlo con total conciencia y libertad, condición que resulta exigible tanto para el consentimiento expreso como para el sobreentendido, tácito o inferido, pues también éste presupone capacidad y libertad de decisión.

Ha dicho la jurisprudencia, refiriéndose el estado de inconsciencia, que en esta clase de delito no se requiere que quien entre en ese estado quede en situación de **coma profundo**, anterior a la muerte, sino que, simplemente, es suficiente la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor<sup>63</sup>.

## 9. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, se ha de confirmar la sentencia objeto de censura.

## 10. DECISIÓN

**EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena en contra de MARÍA DE LOS DOLORES BARRERA HENAO y DORIAN ANDRÉS BARRERA HENAO, de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

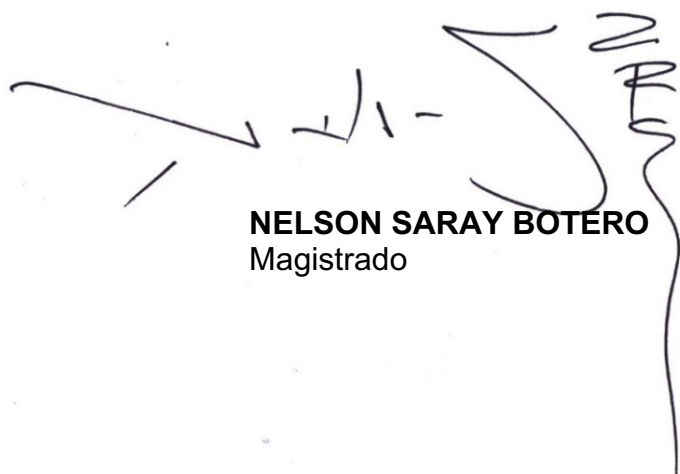
---

<sup>61</sup> CSJ AP rad. 35.140 de 17 noviembre 2010.

<sup>62</sup> CSJ SP rad. 34.494 de 31 octubre 2012.

<sup>63</sup> CSJ SP 401-2021, rad. 55.833 de 17 febrero 2021.

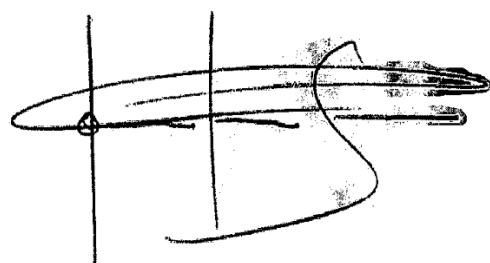
FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05-001-60-00206-2012-66332
Procesados condenados	Dorian Andrés Barrera Henao (artículos 210 inciso 1° y 211 numeral 1° del Código Penal). María de los Dolores Barrera Henao (artículos 210 inciso 2° y 211 numeral 1° del Código Penal).
Delitos	Acceso carnal con incapaz de resistir agravado Acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado
Hechos	Madrugada del 3 de noviembre de 2012
Víctima	Flor Nancy Quintero Giraldo
Juzgado <i>a quo</i>	Segundo (2°) Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia
Asunto	Apelación de sentencia condenatoria de 9 julio 2021



**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado



**SALVAMENTO DE VOTO POR PONENCIA DERROTADA**  
**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
Magistrado