



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 207 2022 50386
Indiciado	Edison Bustamante Márquez (29 años)
Víctima	Juliana Gómez González (24 años)
Delito	Acto sexual violento (Art. 206 del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Penal del Circuito de Girardota, Antioquia
Asunto	Apelación de auto que niega preclusión
Consecutivo	SAP-A-2023-15
Aprobado por Acta	N°133 de 1° junio de 2023
Audiencia de exposición	Martes 6 de junio de 2023; Hora: 1:15 pm
Decisión <i>ad quem</i>	Se confirma la decisión objeto de censura
Cumplimiento de sentencia de tutela	CSJ STP 4745-2023, rad. 130.341 de 4 mayo 2023.
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Medellín, Antioquia, junio seis (6) de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

Se procede a dar cumplimiento a la providencia CSJ STP 4745-2023, rad. 130.341 de 4 mayo 2023.

La Fiscal 211 Seccional, doctora CLARA INES GÓMEZ AGUDELO, solicitó preclusión por la causal 4ª del artículo 332 del CPP, esto es, «*atipicidad del hecho investigado*».

En este evento, no se ha formulado imputación.

2. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS EN LOS QUE SE APOYA LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

➤ Denuncia por parte de la víctima.

El 21 de febrero de 2022, la víctima, JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ, interpuso denuncia en contra de EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ y relató lo siguiente:

«Lo que sucede es que el día de hoy 21/02 de 2022 a eso de las 02:00 horas me encontraba en el municipio de Barbosa en la casa de un amigo de nombre EDISON BUSTAMANTE el cual conozco desde hace dos años, me había invitado para que pasáramos un

rato en compañía de su familia, estábamos viendo televisión, me quedé dormida al lado de él, desperté rato después, después sentí que EDISON me estaba tocando mi nalga sobre mi jean, sentía que me estaba metiendo la mano por detrás del pantalón, él sacaba su mano y se la olía y se empezaba a masturbar, él pensaba que estaba dormida y me alumbraba con el celular, me hacía la dormida ya que tenía mucho asco de lo que él estaba haciendo, no quería cruzar palabra con él, ya luego él se paró de allí y terminó de masturbarse; y luego volvió y se acostó a mi lado de nuevo, pero yo le di la espalda y me tapé mis senos y mi vagina, él de nuevo trató de tocarme mis senos, me susurraba y me decía tú quieres a EDISON a ti te gusta EDISON y me tocaba los labios y reaccioné, él se quitaba y se quedaba quieto, rato después me volteé y me puse de frente, pero de igual manera tapándome mis senos y mi vagina, pero eso no bastó y me tocó la vagina; y, de allí ya me desperté y le dije que se quitara de allí y se fuera para otra cama, él se hizo el dormido y me dijo qué pasó y yo estaba muy furiosa y solo le dije que se quitara, a lo que él hizo a eso de las 6 horas, me levanté fui al baño y me organicé para irme y EDINSON me dijo “qué hubo” y le dije que me pidiera un carro o una moto que me iba y él me preguntó qué me había sucedido y le manifesté usted sabe lo que hizo y me quiero ir para mi casa, antes de irme le dije me sentía con asco por lo que me hizo y me hizo traer a mis recuerdos un abuso del cual fui víctima a los 5 años por parte de un primo de mi papá, me dijo que se quedaba sin palabras, se disculpó y que iba a perder mi amistad y me fui de allí, hablé con una amiga que es psicóloga y me recomendó que denunciara estos hechos y por eso que me encuentro en estas instalaciones instaurando el respectivo denuncia y eso es lo que sucedió».

➤ **Ampliación de denuncia de la víctima**

El 28 de febrero de 2022 la víctima amplió la denuncia así:

El 21 de febrero de 2022 en horas de la noche se quedó en la casa de su amigo EDINSON BUSTAMANTE MÁRQUEZ, la cual está ubicada en Barbosa, vereda Potrerito, ese día llegaron a eso de las 4:30 pm, solo estaba su hermano SAMUEL, empezó a llover mucho, EDINSON BUSTAMANTE le decía muchas cosas en doble sentido, hizo crispetas le decía que «*que rico ser crispetas para meterse en mi boca*»; los padres de su amigo llegaron sobre las seis de la tarde ahí los conoció. Empezó a llover mucho, por lo que los papás de su amigo le dijeron que se quedara. JULIANA se quedó y a eso de las 9 se fue a dormir con EDISON en una habitación donde había 2 camas, ella le preguntó que dónde iba a dormir y él le dijo que con él, ella le dice que no que cada quien en su cama. Se fueron a ver una película, los dos estaban en una misma cama, ella tenía la cobija puesta y EDINSON le decía que por qué no se dejaba querer. Él le prestó un buzo.

A las 10:30 llegó JAIME, hermano de EDISON y comieron y este le decía cosas en doble sentido, siguieron en la misma cama viendo la película, ella se quedó con ropa, pese a que EDISON le ofreció una pantaloneta para que quedara más cómoda.

Se quedó dormida y se despertó a quitarse el buzo porque tenía mucho calor y se dio cuenta que EDISON estaba dormido a su lado. Ella se acostó boca abajo y a los 15 minutos, empezó a tocarle las nalgas, le levantó el blue jean, estaba despierta y estaba muy asustada «*y esperé qué era lo que iba hacer*», le levantó el calzón,

suspiraba y le metió el dedo por la nalga, sentí que sacó el dedo, lo olió y suspiró, hizo esto en dos oportunidades; ya después se empezó a masturbar y se paró como para no hacer tanto ruido.

Cuando él se acostó, ella se voltea dándole la espalda y con una mano ella se tapa la vagina y con la otra los senos, cada que él sentía que ella se movía se quedaba quieto, EDINSON le empieza a susurrar al oído a decirle «*tú deseas a EDINSON, tú quieres a EDINSON*», «*él me intentó abrazar, él me tocaba y con los dedos me quitaba las manos para tocarme los senos, me sobaba la nalga y yo cansada de estar en esta posición, me acosté boca arriba y me tocó el labio, de una reaccioné y él de una se quedó quieto; y, en un momento a otro descargó la mano de él en la vagina y empezó a levantarme la mano y de una le hice el reclamo*»

Le dijo que se pasara para la otra cama, lo cual hizo.

A las 6 de la mañana le contó a su amigo DAVID ESTRADA lo que había pasado.

Le dijo a EDISON que le pidiera una moto o un carro, ella le dijo a EDISON lo que había pasado, él aceptó y le pidió perdón; mientras hablaba con EDISON ella grabó todo; luego entró la mamá de EDISON, le preguntó cómo había dormido y ella le respondió que había pasado mala noche, le dijo que si EDISON no la había dejado dormir y EDISON evitaba que ella dijera algo.

Cuando ella le hizo el reclamo a EDISON se acordó que cuando era pequeña vivió lo mismo.

Se fue a las 7 a.m. en una moto de un amigo del papá de EDISON, le escribió a una amiga que es psicóloga. LAURA HENAO, le contó, ella le dijo que se calmara; llegó a Niquía, empezó a temblar, la jefe llegó a eso de las 9:30, empezó a llorar, le contó lo que había pasado, quien le dijo que se fuera que porque ella tenía suficiente con los problemas de ella.

Llegó a su casa y estaba la mamá, le contó lo que había pasado y además lo que le había pasado a los 5 años.

Ese mismo día en compañía de su amigo DAVID ESTRADA se fue y denunció.

➤ **Interrogatorio a Indiciado.**

El 8 de septiembre de 2022 el indiciado EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ en interrogatorio, contó lo siguiente.

Hace 4 años se conoce con JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ, eran compañeros de trabajo en la empresa *Adidas* en Puerta del Norte, él era logístico y ella asesora de ventas y se volvieron amigos, salían solos o con los compañeros a cine a tomar cerveza, a un bar de rock.

JULIANA fue trasladada a otro almacén y siguieron en contacto, se vieron varias veces en Puerta del Norte, porque a él le daban descuentos por estar vinculado, ella le pedía el favor para ir a comprar algo que necesitaba. La invitaba a almorzar a comer helado, él le ayudaba con asuntos académicos. Ella vuelve como cajera a Puerta del Norte, él se alegra mucho. Ya le decía «*monita*» o «*mi july*», él empezó a sentir atracción, un sentimiento bonito, ella le genera paz y tranquilidad, se enamoró y se lo expresó, ella lo toma bien, pero había terminado una relación, le dice que le dé un espacio y él aceptó, ella le gustaba, sus sentimientos eran sinceros.

En el 2020 lo trasladan para Arcadia, en el mes de agosto ella lo visita, siempre llegaba con un detalle, después del 2020 no se vieron, pero estuvieron en contacto.

A comienzos de 2021 él sufre un accidente, ella lo acompañó en la clínica y para él, eso fue un detalle muy importante que él le importaba, ella le dice que no sabe que hubiera hecho si le hubiera pasado algo peor. Nunca dejó de preocuparse por él. Ella le había dicho que sentía atracción por él, él comenzó a enviarle detalles al trabajo, a la casa. Él la acompañó en el funeral del abuelo.

Después de su incapacidad a él lo asignan otra vez a Puerta del Norte y siguen como amigos.

Ella se retira del trabajo y consigue empleo en una agropecuaria; ella le dice que se siente mal, él le envía un detalle; planearon verse en la casa de él ese día 20 de febrero, porque era domingo, él la recoge.

En su casa estaban sus padres, sus hermanos, él hizo unas crispetas, vieron una película, hablaron de las circunstancias de estar solos en la habitación, coqueteo mutuo; sobre las 5 de la tarde dice que tiene frío le presta un buzo, él la abrazaba, ella colocaba su cabeza en los hombros, se sentía feliz, tranquilo, todo lo bonito que se puede sentir cuando se está con la persona que quiere.

En la noche él la iba a llevar, sus padres la invitan a quedarse; cuando se iban a dormir él le ofrece su ropa, ella le dice que tranquilo que ella duerme con su ropa; ella le pregunta que dónde va a dormir y él le dice que con ella, ella acepta.

Él le acaricia la cabeza, el cuello, se sentía muy emocionado, él le acaricia por encima de la ropa el seno, no notó ningún rechazo ni incomodidad por parte de ella, la vuelve a abrazar, se siente con el corazón exaltado, porque él la quiere mucho, dentro de él quería que estuvieran juntos; de un momento a otro ella se retira el buzo que él le había prestado, él baja la mano y percibe que tiene el *blue jean* desajustado, le acarició el glúteo, sin haber un rechazo por parte de ella:

«ya en ese momento como hombre que soy, estaba exaltado excitado, no soy de piedra y ella la mujer que quiero, estaba nervioso, al fin y al cabo iba a hacer la primera vez con ella, nuestra primera intimidad, después de tres años y medio de conocernos, pensaba yo, había retirado mi mano, pero vuelvo y la abrazo, me giro un poco y siento que ella se gira, bajo mi mano cuando yo ya iba hacia su zona íntima, hacia su vagina, ella reacciona y me dice “no” y se gira, y quedamos frente y yo quedo sorprendido, y le pregunto qué pasó y me dijo “quiero que te alejes” y yo inmediatamente me retiro, me paro me pongo de pie y le digo qué pasó, hablemos y me dijo no quiero hablar, me voy hacia la otra cama».

Al otro día él le dice que sus sentimientos son muy bonitos, ella le expresa que para ella era difícil, ya que ella había sido abusada, algo de lo cual no tenía conocimiento. Sus intenciones nunca han sido causarle daño, su intención era tener una relación formal.

Cuando ella le dijo que se alejara de ella, le dolió y le duele aún, está enamorado de JULIANA.

Su mamá le ofreció desayuno, ella le dijo que no, ella le dijo a él que le dijera que le dolió el estómago, él le insiste que hablen, ella se rehúsa, no quiso que él la llevara,

antes de irse le dijo que no la buscara, eso le parte el corazón, porque eso tan bonito que habían construido se acabara de esa manera. No era motivo, no era la forma, si antes se sentía mal, con esta denuncia se siente peor.

3. ELEMENTOS APORTADOS POR EL APODERADO DE VÍCTIMAS

El apoderado de víctimas, anexó unos chats de *WhatsApp* de conversaciones sostenidas entre los involucrados desde el año 2021 hasta el 21 de febrero de 2022; así como, dos (2) audios de una conversación sostenida ente los involucrados el día siguiente a los presuntos hechos.

Se translitera el primer audio, el cual tiene una duración de 1:40 minutos:

«MUJER: EDISON yo no voy a alegar lo que pasó anoche, y cuando uno es abusado de niño, uno sabe lo que pasa, listo, EDISON yo no te voy a decir que pasó, porque vos sabes que pasó, y lo que yo sentí fue asqueroso; y yo estaba quieta, yo estaba desde toda esa hijueputa noche, yo la pase despierta, porque de mí, abusaron a los 5 años, y yo sé que es eso, me sentí cochina, porque abusaste de la confianza que te tenía, yo jamás te di alas, jamás, jamás, todo, no sé qué pasó, estaba despierta, entonces yo necesito un carro para irme ya.

HOMBRE: Yo la llevo en moto o le llamo una moto que la lleve hasta el bus

MUJER: Que venga hasta acá, pero ya, porque yo no le quiero hacer un escándalo a tus papás, si no lo hice a los 5 años y ya cuando estaba grande, sé quién es el hijueputa que me abusó y no le he contado a mi papá, porque es un primo de él, no le he contado a mi abuela, que lo crió, no he sido capaz, vos cree voy a ser capaz con esto.».

Se translitera el segundo audio, el cual tiene una duración de 1:01 minuto:

«HOMBRE: No se logra escuchar bien

MUJER: No es que yo no necesito que me diga nada, porque uno para hacer eso, uno tiene que tener consenso en las dos partes; y si no se tiene eso es abuso, y vos sabes.

HOMBRE: Yo sé, por eso te pido perdón, sé que ya no se repara nada, pues no sé cómo qué, sé que la amistad ya se acabó.

MUJER: No me diga nada».

4. LA PRETENSIÓN DE PRECLUSIÓN DE LA FISCALÍA SECCIONAL

La representante del ente acusador solicitó preclusión de la investigación por **atipicidad**, señalando que luego de analizar la declaración que rindió la víctima, la correspondiente ampliación de su denuncia, el interrogatorio del indiciado y las fotografías tomadas al espacio donde presuntamente ocurrieron los hechos, se puede colegir que **los hechos no configuran una conducta punible**.

Pues se parte de la base que **el indiciado pensó** que lo que esa noche ocurriría sería su primer encuentro íntimo.

Textualmente refirió la Fiscal 211 Seccional:

«Es cierto, su señoría que ese día EDINSON y JULIANA estuvieron juntos a petición de JULIANA. O sea, **los hechos ocurrieron, las caricias ocurrieron, digamos que son actos sexuales**, lo que llamamos actos sexuales preliminares, porque mientras ellos EDINSON **pensó** que iba a ser su primera intimidad con la mujer que quería, porque a eso falta agregarle, ambos eran empleados de almacenes *Adidas*, inicialmente en Puerta de Norte Bello, posteriormente EDINSON es traslado al centro comercial *Arcadia*, pero siguen siendo compañeros de trabajo, ellos en esos 3 años de empatía compartían con amigos y JULIANA era conocedora de que EDINSON le profesaba un sentimiento más que de amistad. Conclusión EDISON estaba enamorado de JULIANA y ella lo sabía. Es cierto como lo indica JULIANA estaban en la casa de EDINSON y se presentaron los hechos.

¿Por qué señor juez se está pidiendo la atipicidad en este caso? Porque precisamente esos hechos, las circunstancias bajo las cuales se desarrollaron, no permiten que se encuadre como una conducta delictiva.

Aquí lo que para JULIANA, **que ella dice que no aceptó, no consintió**, aquí no estamos hablando de un concepto expreso abierto a todas luces, y tal como lo dice JULIANA y lo dice EDINSON, en el momento en que hacía estos actos de acariciarla de darle el beso en la mejilla, darle el beso en la mejilla, tocarle sus nalgas, para JULIANA no tuvo ningún agrado. Para EDINSON eran las caricias previas de un hombre que está enamorado le puede hacer a una mujer.

JULIANA **en ningún momento dijo él me violentó**, no, **él estaba bajo la firme convicción que había una aceptación** a que se diera lo que él **pensaba que podía llegar a ser**, tener una intimidad entre ellos dos.

Cuando se dice JULIANA es que yo no acepté, yo no consentí, pero las circunstancias que rodearon su comportamiento **llevó a que EDINSON erróneamente creyera que a eso iba**. Ahora, llama y es de peso que en la habitación donde amanecieron **había dos camas y amanecen en la misma cama**.

Es que no estamos hablando, señor juez, una niña estudiosa, universitaria, la edad que tiene 24 años, perfectamente JULIANA **estaba en condiciones para oponerse de cualquier manera, mínimo retirarse de la habitación**.

JULIANA dice si me violentó, **yo no di mi consentimiento**, es que yo fui abusada cuando tenía 5, 7 años, señor juez, ella lo dice en la declaración, ella se lo contó después a la mamá, **pero EDINSON no tenía conocimiento de eso**.

Entonces, no tenía conocimiento de eso y no tenía por qué tener conocimiento de eso, porque ella nunca se lo había contado, ella nunca se lo había dicho, **dónde está esa oposición ese rechazo**, cuando las circunstancias fueron esas, vamos a tu casa, yo quiero

conocer a tú papá, a tú mamá, vamos a los charcos, a los charcos se va es señor juez a departir a bañarse.

En la misma cama viendo televisión. En esas circunstancias, los hechos se dieron y EDINSON lo reconoce, es que yo estaba emocionado, ***estaba bajo el yerro de que a la mujer que quería, porque ella lo sabía, iba a tener su intimidad.***

Entonces ahí, bajo ese efecto hay una ausencia de responsabilidad, porque en ***este error de tipo***, que incluso dice el Art. 32 C.P que dije hay ausencia de responsabilidad y es donde nos enmarcamos. Dice (lee) Pero, ese consentimiento JULIANA es clara, JULIANA es enfática y la Fiscalía acepta eso, yo no consentí. ***Ese consentimiento de ella no fue activo, no fue diciéndole a él, vamos para que tengamos intimidad, pero las circunstancias que ella misma generó, fue la que hizo caer en un error a EDINSON a pensar que sí tenía el consentimiento de la mujer que quería para eso.***

En este caso, frente a todas las dudas que se tornan en esta lo dicho por JULIANA, lo dicho por EDINSON, generan una serie de dudas que la Fiscalía ya llegó al límite de la investigación, por que, qué más va a investigar, se le da plena credibilidad a lo dicho por JULIANA en el caso de que fue abusada, los hechos las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Sin embargo, para poder estructurar la conducta punible en contra de EDINSON la Fiscalía no tiene elementos.

La Corte en sentencia de 20 de marzo de 2019 la SP 53473 MP Luis Antonio Hernández Barbosa, es enfática cuando indica que no se puede, no hay forma de demostrar, existe más, pero es en esta donde la Corte dice que se tiene que tener esa certeza del dolo, de la intención de vulnerar y afectar el bien jurídicamente tutelado.

Aquí a todas luces le asisten a esta delegada ***múltiples dudas*** por la forma y las circunstancias que se llevó; y aclara a todas luces que la actuación de EDINSON se configuran más en ***un error de tipo cuando él creía en una forma invencible que su comportamiento no era generador de un delito.***

Así las cosas, señor juez, con los EMP aportados como son: la noticia criminal, la declaración juramentada de ampliación de denuncia de JULIANA, el interrogatorio de EDINSON la declaración de las 3 personas; igual resaltar esas tres (3) personas se encontraban en el inmueble, pero no dentro de la habitación con JULIANA y EDINSON y se generó una situación que la lectura de las declaraciones convergen en puntos, es por eso que se reitera la petición se despache favorablemente la solicitud deprecada por la Fiscalía (38:21)».

La delegada fiscal informó que iba a archivar las diligencias, pero al momento del traslado o la comunicación, la víctima se opone y aportó dos (2) audios, en los que en su sentir el investigado aceptó los hechos; se decidió continuar, pero luego del análisis de los elementos materiales en conjunto la fiscalía se mantiene en la idea de precluir las diligencias; que no hay mérito para acusar.

Por lo expuesto, solicitó precluir la investigación por **atipicidad del hecho investigado**.

5. TRASLADO A LOS SUJETOS PROCESALES

El apoderado de víctima, doctor JHON FREDY RIOS AGUDELO, se opuso a la solicitud del ente fiscal, manifestando que no se encuentra completamente acreditada la existencia de la **atipicidad derivada por error de tipo**.

Hay un falso raciocinio de las declaraciones de JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ y del señor EDINSON BUSTAMANTE, además de indebida valoración de la declaración de la víctima **con enfoque de género**.

Se cercenaron las declaraciones.

Para la delegada fiscal la víctima si consintió y ella propició el evento, **desconociendo la perspectiva de género**, acorde a la sentencia de la Alta Corporación, rad. 54189 del 5 octubre del 2022.

En la argumentación de la fiscal se encuentran sesgos cognitivos y de perjuicio de género, tales como: «*ella misma generó ese comportamiento*»; «*su comportamiento indicaba a qué iba*».

Por su parte, el abogado defensor, ANDRÉS FELIPE MONTES VÁSQUEZ, coadyuvó la solicitud del ente Fiscal.

6. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juez penal del circuito con funciones de conocimiento de Girardota **no accedió** a la solicitud de preclusión incoada bajo los siguientes argumentos:

La víctima «*da un relato de los actos que consideraría constituyen ese acto sexual violento, toda vez que de entrada ella indica que no prestó el consentimiento para este tipo de acción*».

En la ampliación de denuncia, también da cuenta de situaciones *ex ante* que ocurre a lo acaecido el 21 de febrero del año 2022 y otras circunstancias posteriores que llamaríamos hechos *ex post*, pero en esencia la incriminación que realiza se mantiene de forma similar «*que se hallaba dormida cuando ocurre el hecho, luego el ciudadano EDINSON BUSTAMANTE se levanta se acuesta nuevamente y esta se protege con sus manos y luego le indica que se pasara para la otra cama, es coincidente en ambas declaraciones*».

La contradicción realmente ocurre con la declaración que realiza el procesado en el interrogatorio, pues este también da cuenta de esas situaciones *ex ante*, pero bajo su propia interpretación, da cuenta de hechos objetivos, pero difiere un poco frente a lo que declara la víctima, quien dijo como situación *ex ante* que **le había dejado claro que no quería tener una relación con él**, mientras que para él de cierta forma ella estaba en miras de aceptar una relación.

Es decir, se hace una interpretación distinta por parte de cada uno de los ciudadanos.

La delegada de la Fiscalía indicó que podría haber algunas incoherencias en el relato de la víctima, pero solo con ello no se puede desacreditar la incriminación que hace, más aún cuando la víctima es insistente en su incriminación.

Por otro lado, podría haber otros elementos de corroboración periférica, tales como una valoración psicológica a la víctima que daría cuenta si existió o no un daño psicológico con lo acaecido.

No puede darse por cierto que se estructuró un error de tipo, porque eso sería realizar *una lectura parcializada* de los elementos materiales probatorios con los que se cuentan en la investigación.

El *iudex a quo* llamó la atención así: (i) no pueden hacerse aseveraciones que impliquen un desconocimiento a esa perspectiva de género; por ejemplo, cuando la Fiscalía afirmó que «*la víctima propuso el plan la invitación para ir a los charcos de Barbosa y luego ir a conocer la familia de EDISON BUSTAMANTE*»; el hecho que haya sido iniciativa de ella no implica que esté habilitado el ciudadano para realizar tocamientos a la víctima. (ii) cuando se afirmó que había dos camas, pero esta decidió acostarse junto con él, que ella iba a ver televisión en una cama juntos, pero que no iban a dormir juntos, contrario a lo que dice EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ que ella había aceptado. Es que el hecho que el indiciado le hubiese manifestado su intención de formalizar una relación, el solo hecho que ella hubiera aceptado a quedarse en la casa de él, **no significa que estaba consintiendo que ocurriera un acto de naturaleza libidinosa.**

Con la lectura de los elementos, «*no puede de entrada*» predicarse responsabilidad al procesado; pero tampoco se puede desacreditar la incriminación que hace la víctima y dar total crédito a la manifestación que realiza el indiciado y entender que se presentó un error de tipo, por tanto, deben esclarecerse los hechos a través de la práctica probatoria propia del juicio oral; sumado a esos datos de corroboración periférica para establecer si existió o no consentimiento.

Se está entonces, antes dos hipótesis plausibles de lo que pudo ocurrir. No se puede afirmar de entrada que se presentó un error de tipo.

No se estructura la causal 4ª o 2ª del Art. 339 del C.P.P., razón por la cual no decretó la preclusión de las diligencias.

7. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DELEGADA FISCAL

La fiscal 221 seccional, doctora CLARA INÉS AGUDELO ZAPATA interpone el recurso de apelación aduciendo lo siguiente:

Estamos en etapa de indagación.

No se puede formular imputación, ni presentar un escrito de acusación, pues no se puede inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y **no se puede hacer una inferencia razonable con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió.**

Se puede presentar preclusión cuando no existe mérito para acusar, como lo es en este caso.

Acorde a los elementos materiales probatorios, la víctima es muy clara en indicar la situación que vivió en su infancia, eso le trae recuerdos y por eso llama a la

psicóloga, solo en este momento es que lo hace. De ahí no se puede la Fiscalía soportar la incriminación con una valoración psicológica, pues la presunta afectación de la víctima es el reflejo de la situación que vivió en su infancia.

En ningún momento manifestó que sufrió alguna afectación por los hechos que denunció.

El mismo juez dijo que en este caso hay dudas *«es la versión de víctima y victimario, si vamos a una etapa de juicio las dudas que se generen que tienen que ser resueltas a favor del indiciado, porque evidentemente hay dudas»*.

Las dudas no se van a resolver en un juicio oral.

La versión de la víctima no va a cambiar. Es que los hechos le revivieron una situación que la presunta víctima vivió en su infancia.

Lo que se está tratando es de evitar un desgaste del aparato judicial, porque no se tiene el soporte para presentar una acusación.

Por lo expuesto, solicitó revocar la decisión de primer grado; y, en su lugar, se ordene la preclusión de la investigación.

8. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA

El abogado del implicado, doctor ANDRÉS FELIPE MONTES VÁSQUEZ, solicitó se precluyan las diligencias no solo por el numeral 4°, ***sino el numeral 3° por inexistencia del hecho investigado*** del Art. 332 del C.P.P.

Debe analizarse la declaración de la víctima, pues los hechos descritos no encuadran en el tipo penal que se pretende enrostrar.

¿Dónde está la violencia que exige el tipo penal? Si se mira el relato de la víctima, como el del indiciado en ningún momento existió ni violencia física, ni psicológica en contra de JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ.

Exaltó que comparte lo averado por el representante de la víctima que no puede desconocerse ese enfoque de género, de protección a la mujer, pero se debe aterrizar en el caso concreto.

En este evento, estamos ante dos personas adultas, maduras, que compartieron momentos especiales; que para EDINSON BUSTAMANTE MÁRQUEZ fueron especiales, para JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ tal vez no pudieron ser especiales, pero lo cierto es que ella conocía, sabía que EDISON la pretendía, era detallista, le llevaba regalos, había detalles; y se da ese encuentro donde ella le propone ir a los charcos de Barbosa a compartir ese espacio, y, posteriormente ir a la casa de él a conocer sus padres. Llega el momento donde están solos, luego de compartir con la familia, que comieron, que el hermano de EDISON les trajo comida. Ese es el contexto de los hechos.

Está la versión de JULIANA que, si bien dice el juez de primer grado que es muy clara, debe verificarse cuál era la perspectiva que EDINSON BUSTAMANTE MÁRQUEZ, de hombre tenía frente a ella. *¿El indiciado tenía la voluntad de acceder ya sea por actos o no a la presunta víctima?*

Es que no puede perderse de vista que él estaba enamorado de ella, así lo dice en el interrogatorio, que estaba contento, porque estaba compartiendo ese día con ella. Nótese que la propia víctima relata que si bien no quería dormir con él de todas maneras él se acuesta con ella, *ella no le dice nada*; incluso ella se había puesto un buzo y después se lo quita, ella se da cuenta que él estaba acostado al lado de ella, *ella no hace ningún pronunciamiento, ninguna manifestación*; y, EDINSON BUSTAMANTE MÁRQUEZ a partir de ciertos actos el cual inicia como un acto entre dos personas adultas, cogiéndole la cara, el pelo, hablándole, *ella no hace ninguna manifestación verbal*; simplemente se quita el buzo, da a entender que puede pasar algo.

Es que son dos personas adultas, solas en una habitación, no todas las veces puede ocurrir algún acto o alguna relación sexual, las dos personas siendo maduras se van prestando el uno al otro e ir desarrollando esas circunstancias, nótese que incluso en la entrevista JULIANA manifiesta que ella al ver que EDINSON la estaba tocando, ella estaba despierta, estaba asustada, circunstancia que EDISON BUSTAMANTE MARQUEZ desconocía, **él no sabía que estaba asustada**, ni siquiera sabía que ella había tenido un episodio de abuso sexual cuando estaba niña, esto se lo contó al otro día.

Si JULIANA GÓMEZ GÓNZALEZ se lo hubiera manifestado, pues las cosas se hubieran dado de otra forma.

Es que véase que ella dijo que ella esperó a ver qué era lo que él iba a hacer, ella esperó y esperó tanto que el varón continuó con ese acto.

¿El indiciado tenía la voluntad de vulnerar ese bien jurídico tutelado? No, él se recreó la aceptación por parte de ella, al haber unos hechos indicadores: como quitarse el buzo, desajustarse el pantalón, no hacerle ninguna manifestación de rechazo.

En torno a esa situación, cuando ella ve que EDINSON va a introducir su mano en su parte íntima, la vagina, ella le dice *«pare, aléjese»* y él qué hizo, se detuvo trato de acercársele *«hablemos»*, va y se acuesta en la otra cama, él sentía confusión, *¿por qué reaccionó así?* no pudo dormir esa noche, hasta al otro día cuando ambos deciden conversar, donde incluso EDINSON le dice *«perdóname, excúsame»*, es un acto noble de alguien que desconocía que ella había sido abusada.

Llama la atención el juez de circuito donde dice que se pueden continuar con actos investigativos, tendientes a valorar el daño que se le produjo a la víctima, probablemente si se va a encontrar un daño, pero el contexto psicológico donde la víctima está afectada, no es por lo que *«supuestamente le hizo EDISON»*, sino lo que para ella *«supuestamente le hizo EDISON»*, le trajo recuerdos de ese hecho que ella quizá no ha podido sanar.

El profesional del derecho hace hincapié que dichas manifestaciones las hace con mucho respeto hacia JULIANA GÓMEZ GÓNZALEZ, porque sabe que las situaciones de abuso son muy difíciles, pero no puede pasarse por alto que ***la convicción del indiciado era que lo que estaba ocurriendo ella lo estaba permitiendo.***

Es que luego que ella dijo *«pare»*, EDINSON BUSTAMANTE MÁRQUEZ no continuó y se pasó de la cama. Surge la pregunta: *«¿por qué ella no se rehusó antes?»*.

Es que él no la forzó a dormir con él. Ella no le hizo ninguna manifestación de incomodidad porque estaban en la misma cama. Se trata de un hombre que la pretende, son dos adultos.

Los hechos no se ajustan al tipo penal que se pretende enrostrar. No hay violencia alguna, si se presentaron unos actos, los cuales incluso los acepta el indiciado, pero en ningún momento con la intención de vulnerarla en su integridad o en su libertad sexual.

Hay otro asunto que debe analizarse, la presunta víctima dice que el indiciado se paró y se masturbó, pero *«cuando se realiza masturbación por parte de un hombre, se satisface sexualmente, donde termina eyacula, ya hace lo que él quería hacer, una persona de este no queda con ganas, me excusan el término a continuar, salvo que sea una persona potencialmente sexual, dos o tres veces seguidas el mismo acto, me excusan esos términos, pero no encuentro otras palabras para determinarlo de esa forma, pero si nosotros nos vamos a esa regla de la experiencia en torno a esa manifestación, aquí es donde uno debe por lo menos determinar una credibilidad sobre ese testimonio, EDISON se para de la cama, se masturba, vuelve y se acuesta sigue tocándome, tocándome. Aquí por lo menos debemos aplicar esa regla de la experiencia y decir, a ver cuál era la finalidad de él, aquí es donde en el relato de mi cliente niega inclusive esa circunstancia que se halla parado, se haya masturbado, él estaba era acostado en todo momento, en su relato; inclusive si EDISON se paró, ese acto, la masturbación, JULIANA ya teniéndolo separado, ella pudo haberle dicho “venga, usted qué está haciendo, eso es incómodo, grotesco, sucio»*, pero no se mencionó esa situación.

Conforme a la sana crítica: *«debemos analizar y evaluar es ese contexto cómo se da la relación entre dos personas, muchas veces las reglas de la experiencia nos han indicado, la misma sana crítica, que cuando ocurren este tipo de circunstancias, no hay como una conversación entre dos personas para un acto; es más, a modo de ejemplo, dos personas por el hecho de salir, compartir, besarse, acariciarse y tomarse de la mano ya son novios, sin ni siquiera decirle a la pareja quieres ser mi novia, ya hemos evolucionado frente a ello y son múltiples ejemplos, muchos casos donde se puede evidenciar esa situación, habrán otros que guardan ese tipo de sistema conservador, donde aún se le solicita a la dama quieres ser mi novia; o incluso, hoy en día hasta para pedir matrimonio es la única manifestación que se hace»*.

Bajo ese panorama, debe analizarse con detenimiento, con detalle, la versión de la víctima.

En síntesis, **no hay violencia**, y también hay un **error de tipo** como causal de ausencia de responsabilidad, pues el procesado **creyó que había un consentimiento** de parte de la dama.

Por lo expuesto, debe acogerse la solicitud de preclusión solicitada por la representante del ente acusador.

La *iudex a quo* concedió el recurso de alzada o apelación ante el *ad quem*.

9. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Le corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación.

10. LA RELACIÓN ENTRE LOS INVOLUCRADOS

Para resolver es necesario conocer la relación que tenían los involucrados, para ello se hará un resumen de las versiones ofrecidas por estos puntualmente en este aspecto.

10.1 VERSIÓN DE LA PRESUNTA VÍCTIMA

JULIANA GÓMEZ GÓNZALEZ y EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ, se conocen desde el año 2019 cuando trabajaban juntos en un almacén del centro comercial Puerta del Norte. Es decir, eran compañeros de trabajo.

Posteriormente se vuelven amigos, dice la joven que él se vuelve *«intenso»*, le molestaba incluso cuando ella iba a salir con su pareja de esa época, incluso ella hizo un comentario *«de que sí yo le gustaba a EDISON, que muy de malas porque él no me gustaba»*.

En el 2021, el indiciado se accidentó, por lo que ella estuvo pendiente de él en la clínica, se quedaba hasta la una de la mañana *«EDISON me decía que me debía la vida, me decía que él conmigo se casaba, un poco de cosas»*.

EL 16 de marzo de 2020, falleció su abuelo, él la acompañó durante todo el proceso, por eso lo conoció toda su familia, EDISON le mandaba regalos, porque ella se sentía muy triste.

El 19 de febrero de 2021, entró a trabajar en una tienda agropecuaria, le escribió a EDISON porque ya era un año de la muerte de su abuelo, le dijo a EDISON que ella estaba triste, él le pidió la dirección porque le iba a mandar un helado. Ella le propuso que se vieran el domingo para que fueran a los charcos de Barbosa e iban a conocer a la mamá de él.

El domingo 21 de febrero de 2021, en la mañana ella lo invitó a almorzar, fueron con su mamá y su tía. A las 3 de la tarde fueron a llevarle el almuerzo a su abuela y se fueron en moto para la casa de él que queda en Barbosa, vereda Potrerito. *«De venía (sic) en la moto EDISON me dijo que por qué no lo abrazaban y me dijo que con la nueva moto si lo iba a tener que abrazar»*.

A eso de las 4:00 o 4:30 pm empezó a llover mucho *«a toda hora me decía cosas con doble sentido»*.

Los padres de EDISON la invitaron a quedarse.

10.2 VERSIÓN DEL INDICIADO

Por su parte, el indiciado EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ narró circunstancias similares a la denunciante, en la que se colige que eran inicialmente compañeros de trabajo y después se volvieron amigos.

Contó: *«salíamos a comer, a tomar una cerveza, a compartir historias, bien con los compañeros y los jefes o solos, como por ejemplo salíamos a Delimeno, a la Cervecería, a cine, al barcito de las micheladas, música de rock, ambos nos gusta esa música, todos en Puerta del Norte o sus alrededores»*.

Que pese a que ella era trasladada a otra tienda, seguían en contacto por *WhatsApp*, luego regresó a la tienda principal del centro comercial Puerta del Norte «ya la invitaba a almorzar, a comer un helado, a hablar».

Luego de un año, esa amistad se fortaleció ya le decía «*monita*» o «*mi July*», él empezó a sentir atracción, un sentimiento bonito; ella le generaba paz, tranquilidad de compartir con ella, dice «*yo me enamoré de Juliana*».

Cuando él aceptó eso se lo expresó fueron a comer, ella lo toma bien, pero como ella había terminado una relación le dijo que le diera un espacio y él acepta «*ella me gustaba*».

En el año 2020, ella iba a la tienda donde él trabajaba, siempre le llegaba con un detalle.

En el año 2021 él sufre un accidente automovilístico y ella lo acompañó en la clínica, para él era un detalle muy bonito. «*para mí fue una demostración muy importante de cariño, que yo le importaba*».

Él le enviaba detalles a la casa, al trabajo, helados, galletas, ropa en su cumpleaños. Él la acompañó en el fallecimiento de su abuelo, él se fue en muletas. Ella consiguió trabajo en una agropecuaria, ella le decía que se sentía mal, él le enviaba un detalle.

Planearon verse el domingo 21 de febrero de 2022, día de los hechos, para que ella fuera a su casa en Barbosa, ella no la conocía.

En conclusión, del relato de los involucrados, se tiene que la presunta víctima y el presunto victimario se conocían desde el año 2019.

No hay duda que eran amigos.

No hay duda que EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ, estaba enamorado de JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ; que la pretendía, que la veía como algo más que una amiga.

Lo anterior se refuerza, incluso con los chats de *WhatsApp* que fueron aportados por el apoderado de la presunta víctima, donde se exhiben conversaciones nada fuera de lo normal, entre un par de amigos, de data 13 de noviembre de 2021 hasta el 21 de febrero de 2022.

11. CIRCUNSTANCIAS EX ANTE DE LOS ACONTECIMIENTOS

EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ y JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ, acordaron verse el día domingo 21 de febrero de 2022 para ir a los charcos de Barbosa, Antioquia, según la versión de la propia denunciante.

El indiciado vive con su familia en la vereda el Potrerito en Barbosa, Antioquia.

JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ lo invitó a almorzar, él llegó a Medellín a eso del medio día y fueron almorzar con la mamá y la tía de ella. A eso de las 3:00 de la tarde fueron a llevarle el almuerzo a la abuela de la joven. Posteriormente, ambos se dirigen a la casa del indiciado, cuando llegan solo estaba su hermano SAMUEL.

A eso de las 4:30 p.m. empieza a llover, el joven hizo crispetas; los padres de él llegaron sobre las 6 de la tarde; posteriormente la invitaron a quedarse, ella aceptó.

A las 8:30 de la noche se fueron para la habitación de él, **había dos camas**, ella le preguntó a él que dónde iba a dormir y él le respondió: que con él, ella le dice que no.

Se pusieron a ver una película en la misma cama, él le pasó una cobija; él le decía que se recostara en su pecho; le preguntaba que por qué no se dejaba querer.

A eso de las 10:30 de la noche entró JAIME, hermano del indiciado comieron alitas «*él me miraba como comía yo y me decía cosas en doble sentido*».

Se acostaron juntos a seguir viendo la película. Ella se acostó con ropa, él le prestó un buzo.

Hasta aquí, el panorama es de un par de amigos, donde hay confianza mutua, donde comparten con las familias de cada uno.

Además, es claro que el investigado siente atracción sexual por su amiga JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ.

12. SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ESTE ASUNTO

El apoderado de víctima, doctor JHON FREDY RIOS AGUDELO, se opuso a la solicitud del ente fiscal y consideró que existió un falso raciocinio en las declaraciones de JULIANA GÓMEZ GONZÁLEZ y del señor EDINSON BUSTAMANTE, además de indebida valoración de la declaración de la víctima **con enfoque de género**.

Para la delegada fiscal, la **víctima si consintió y ella propició el evento, desconociendo la perspectiva de género**, acorde a la sentencia de la Alta Corporación, rad. 54.189 del 5 octubre del 2022.

Es por esto que, en la argumentación de la fiscal se encuentran sesgos cognitivos y de perjuicio de género, tales como: «*ella misma generó ese comportamiento*»; «*su comportamiento indicaba a qué iba*».

Señaló el juez de primer grado en su argumentación que se otea **una vulneración o desconocimiento a la perspectiva de género**, cuando la Fiscalía en la solicitud de preclusión insinuó que la víctima había propuesto el plan para ir a los charcos de Barbosa; que en el escenario de los hechos había dos camas y la víctima decidió acostarse junto a él; que ella aceptó quedarse en la casa de su amigo.

Es que el hecho que haya sido iniciativa de ella, no habilita al varón a realizar tocamiento alguno o realizar comportamientos atentatorios contra su integridad sexual.

Menos aún, puede colegirse que tácitamente la mujer consintió que ocurriera un acto de naturaleza libidinosa.

Frente a los anteriores cuestionamientos se traslitera textualmente lo que refirió la Fiscal en ese punto específico, así lo hizo:

«(27:39) por qué señor juez se está pidiendo la atipicidad en este caso, porque precisamente esos hechos las circunstancias bajo las cuales se desarrollaron no permiten que se encuadre como una conducta delictiva.

Aquí lo que para JULIANA que ella dice que ella no aceptó, no consintió, aquí no estamos hablando de un concepto expreso abierto a todas luces y tal como lo dice JULIANA y lo dice EDINSON, en el momento en que hacía estos actos de acariciarla de darle el beso en la mejilla, darle el beso en la mejilla, tocarle sus nalgas, para JULIANA no tuvo ningún agrado. Para EDINSON eran las caricias previas de un hombre que está enamorado le puede hacer a una mujer.

JULIANA en ningún momento dijo él me violentó, no, él estaba bajo la firme convicción que había una aceptación a que se diera lo que él pensaba que podía llegar a ser, tener una intimidad entre ellos dos.

Cuando se dice JULIANA es que yo no acepté, yo no consentí, pero las circunstancias que rodearon su comportamiento llevó a que EDINSON erróneamente creyera que a eso iba. Ahora, llama y es de peso que en la habitación donde amanecieron había dos camas y amanecen en la misma cama.

Es que no (sic) estamos hablando señor juez, una niña estudiosa, universitaria, la edad que tiene 24 años, perfectamente JULIANA estaba en condiciones para oponerse de cualquier manera, mínimo retirarse de la habitación.

JULIANA dice si me violentó, yo no di mi consentimiento, es que yo fui abusada cuando tenía 5, 7 años, señor juez ella lo dice en la declaración, ella se lo contó después a la mamá, pero EDINSON no tenía conocimiento de eso.

Entonces, no tenía conocimiento de eso y no tenía por qué tener conocimiento de eso, porque ella nunca se lo había contado, ella nunca se lo había dicho.

Dónde está esa oposición, ese rechazo, cuando las circunstancias fueron esas, vamos a tu casa, yo quiero conocer a tú papá, a tú mamá, vamos a los charcos, a los charcos se va es señor juez a departir a bañarse».

Dígase que la Fiscalía, estaba haciendo un recuento de la sinópsis fáctica conforme a los elementos materiales probatorios con los que contaba, desde la declaración de la propia víctima para concluir que esos hechos no se ajustaban a una conducta delictiva.

En efecto, se sintetizaron los hechos así: *«cuando las circunstancias fueron esas, vamos a tu casa, yo quiero conocer a tú papá, a tú mamá, vamos a los charcos, a los charcos se va es señor juez a departir a bañarse».*

Empero, no bajo un preconcepción machista o prejuicioso, como pareció entenderlo el apoderado de víctima *«la víctima si consintió y ella propició el evento»*; *ella misma generó ese comportamiento»*; *«su comportamiento indicaba a qué iba»*.; sino orientado a escenificar que las circunstancias que antecedieron los presuntos hechos estaban desprovistas de alguna amenaza o agresión sexual en contra de la dama.

Lo pretendido es enseñar un panorama de confianza e interés mutuo entre dos amigos, sin que se observen sesgos cognitivos o de prejuicio de género.

Razón le asiste al juzgado de primer grado y al apoderado de víctimas en colegir que el solo hecho que la dama haya propuesto el plan para ir a los charcos de Barbosa; que en el escenario de los hechos, que había dos camas y que hubiese decidido acostarse junto a él y quedarse en su casa; no implica *per se* aceptación para el encuentro sexual.

Sin embargo, en el *sub lite* estos hechos se mencionaron con la finalidad de describir las circunstancias *ex ante* que rodearon el asunto objeto de estudio; en ningún momento la Fiscalía coligió o insinuó que la dama propició el evento. No se hicieron valoraciones personales al respecto.

La argumentación no está dirigida a cuestionar la dignidad y autonomía de la denunciante, se hace un recuento de toda la situación fáctica del día en que ocurrieron los presuntos hechos con la finalidad de establecer un contexto de victimización.

Precisamente, la Corte ha señalado que 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 moderna¹.

Explica la Corte que, en cuanto a la perspectiva de género, como eje temático, en CSJ STP 7390-2022, se ha reiterado que resulta imperativo a los funcionarios que conocen de procesos con estas características, acatar las siguientes pautas:

- «(i) Desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres;
- (ii) Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial;
- (iii) No tomar decisiones con base en estereotipos de género;
- (iv) Evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres;
- (v) Flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes;
- (vi) Considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales;
- (vii) Efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia;

¹ CSJ SP 1793-2021, 12 mayo 2021, rad. 51.936. En ese sentido, FLETCHER, George P., *Las víctimas ante el jurado*, (traducción de Juan José Medina Ariza y Antonio Muñoz Aunió. Revisión, prólogo y notas de Francisco Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 170.

(viii) Evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales;

(ix) Analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres:

En términos de la aludida decisión:

«25.1 Los diversos tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación interna y la jurisprudencia, han adelantado enormes esfuerzos por erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer. Para garantizar su efectiva protección, el Estado ha implementado, entre otras medidas, la necesidad de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar aquéllos actos que constituyen violencia contra la mujer, pues de lo contrario se estarían propiciando espacios de revictimización y negación de justicia.

25.2 Sobre el particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos -1948- consagra que «[t]oda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de [...] sexo»² y que «[t]odos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación»³.

25.3 Por su parte, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- de 1979, se dispuso promover «una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer» y, en ese marco, a «abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación», así como «establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación»⁴.

25.4 Siguiendo esa misma línea, el Estado colombiano ratificó uno de los tratados más relevantes en materia de igualdad de género y la erradicación de la violencia contra la mujer -Convención de Belem do Pará-⁵, en el que se instituyó como obligación y garantía superior del Estado, el deber de «actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer»⁶, y «adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad»⁷.

² Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³ Art. 7 ibídem.

⁴ Art. 2.

⁵ Instrumentos internacionales del Sistema Universal de los Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, respectivamente, que hacen parte del ordenamiento constitucional interno en virtud del artículo 93 de la Carta Política y la figura del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

⁶ Art. 7.

⁷ Ibídem.

25.5 En el mismo sentido, el Legislador expidió las Leyes 1257 de 2008⁸, 1719 de 2014⁹ y 1761 de 2016¹⁰ con el objetivo de sensibilizar a toda la sociedad frente a lo que constituye violencia de género contra la mujer¹¹, establecer parámetros para el adelantamiento de las investigaciones cuando se trata de una afrente contra la libertad y el pudor sexual¹² y, en general, repeler con mayor severidad todo tipo de violencia contra la mujer.

25.6 Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación¹³ ha señalado de manera pacífica y reiterada que resulta imperativo a los funcionarios que conocen de procesos con estas características, tener de presente la calidad de exhaustiva e imparcial, evitando en todo caso la revictimización (CSJ SP1289-2021).

25.6.1 En sentencia T-012 de 2016¹⁴, :

(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de derechos fundamentales y el deber que les asiste de actuar de manera oportuna, garantes de la protección de los estimó necesario que los jueces incorporaran criterios de género en sus decisiones, los que se traducen en manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.

25.6.2 Criterio reiterado en la sentencia CC T-590 de 2017, en la que indicó que en los casos de violencia de género era deber de los operadores jurídicos interpretar los hechos, pruebas y textos normativos con enfoque diferencial de género.

⁸ «Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones».

⁹ «Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones».

¹⁰ «Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.(Rosa Elvira Cely)».

¹¹ Exposición de motivos, proyecto de ley 1257 de 2008.

¹² Ley 1719 de 2014.

¹³ CSJ SP1289-2021; SP403-2021, 17 ene. 2021, rad. 51848 y SP4135-2019, 1º oct. 2019, rad. 52394.

¹⁴ Cfr. CC SU-659 de 2015, T-041 de 2016, T-027 de 2017 y T-145 de 2017.

«De esta manera, es importante resaltar que cuando las mujeres víctimas de violencia acuden a las autoridades públicas para el amparo de sus derechos, en repetidas ocasiones se produce una “revictimización” por parte de los operadores jurídicos, toda vez que la respuesta que espera por parte de estas autoridades no es satisfactoria y además, llegan a confirmar patrones de desigualdad, discriminación. Tales circunstancias se presentan, al menos, de dos formas. La primera por la “naturalización” de la violencia contra la mujer, obviando la aplicación de enfoques de género en la lectura y solución de los casos y, la segunda, por la reproducción de estereotipos».

Como se vio, acorde con los diversos tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación interna y la jurisprudencia, se viene fortaleciendo cada vez más la pauta a partir de la cual, recae la obligación del Estado, en especial, la Rama Judicial, de incorporar criterios de género en sus decisiones, como una forma de erradicación de la discriminación y violencia contra la mujer.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta:

13. OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES EN LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE CASOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER O ENFOQUE DE GÉNERO

El enfoque de género se debe llevar a cabo desde que la Policía Judicial genera las primeras hipótesis factuales y, a partir de las mismas, realiza actos urgentes, así como en el diseño del programa metodológico por parte del Fiscal, el oportuno aseguramiento de evidencias físicas, la utilización de recursos técnicos científicos orientados a establecer sus aspectos más relevantes y la adopción de las medidas procesales necesarias para que en el juicio oral las evidencias puedan ser presentada y debidamente autenticadas¹⁵.

La investigación debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa¹⁶.

En el contexto socio-cultural latinoamericano y más específicamente el colombiano, históricamente han sido habituales las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, en las que gobiernan estereotipos de género, de dominación, subordinación y discriminación sobre la mujer, manifiestas en las agresiones de que suelen ser víctimas, ya sea a través de la violencia física, psicológica, sexual, económica, etc.¹⁷.

Entre otras consecuencias que trae este tipo de relaciones, se identifican, incuestionablemente la vulneración del más alto valor como lo es la dignidad humana, la minimización de la mujer, así como también, el miedo y/o vergüenza a poner en conocimiento de los demás tales imposiciones y/o vejámenes, permitiendo la prolongación de tan reprochable abuso, que, en algunos casos, conduce hasta la muerte¹⁸.

¹⁵ CSJ SP 2136-2020, 1º septiembre 2020, rad. 2136; CSJ SP 3274-202, 2 septiembre 2020, rad. 50.587.

¹⁶ CSJ AP 1508-2021, rad. 58.107 de 28 abril 2021.

¹⁷ CSJ SP 5451-221, rad. 51.920 de 1º diciembre 2021.

¹⁸ CSJ SP 5451-221, rad. 51.920 de 1º diciembre 2021.

La legislación nacional, a través del inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1257 de 2008, siguiendo la definición elaborada por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995) Convención de Belem do Pará de 1994, entiende por violencia contra la mujer, «*cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado*».

Desarrollando tal concepto, la jurisprudencia se ha referido a las múltiples formas de violencia a que son sometidas las mujeres¹⁹. En particular, ha merecido importante atención, aquella de carácter psicológico, por su difícil identificación y por considerarse en algunos casos, de mayores y/o más graves consecuencias que la misma violencia física.

La Corte Constitucional ha destacado:

«La violencia psicológica se ocasiona con acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja autoestima. Esta tipología no ataca la integridad física del individuo sino su integridad moral y psicológica, su autonomía y desarrollo personal, y se materializa a partir de constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas de todo tipo²⁰.

Se trata de una realidad mucho más extensa y silenciosa, incluso, que la violencia física, y puede considerarse como un antecedente de esta.
(...).

Los patrones culturales e históricos que promueven una idea de superioridad del hombre (machismo–cultura patriarcal), hacen que la violencia psicológica sea invisibilizada y aceptada por las mujeres como algo “normal”.

[...] La violencia psicológica a menudo se produce en el hogar o en espacios íntimos, por lo cual, en la mayoría de los casos no existen más pruebas que la declaración de la propia víctima.

De esta manera queda claro que la violencia psicológica contra la mujer, como una de las formas de violencia más sutil e invisibilizada, tiene fuertes implicaciones individuales y sociales que contribuyen a perpetuar la discriminación histórica contra las mujeres. Por tanto, es necesario darle mayor visibilidad a este fenómeno para que desde lo social, lo económico, lo jurídico y lo político, entre otros escenarios, se incentiven y promuevan nuevas formas de relación entre hombres y mujeres, respetuosas por igual,

¹⁹ CSJ SP 4135-2019, de 1° octubre de 2019; CSJ SP 5451-221, rad. 51.920 de 1° diciembre 2021.

²⁰ Según el artículo 3° de la Ley 2157 de 2008, el daño psicológico es el «*proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal*».

de la dignidad de todos los seres humanos en su diferencia y diversidad»²¹.

14. GÉNERO Y PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES

La perspectiva de género denominada como «*el cuerpo de la mujer como instrumento de dominación*», corresponden al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, y a las normas que hoy forman parte del bloque de constitucionalidad²², que determinan la obligación para los jueces de incorporar esa perspectiva al solucionar los casos de violencia contra la mujer²³.

Es insistir en la necesidad de que toda la sociedad adquiera conciencia del respeto que se debe a las mujeres y a su plena autonomía.

Lo que se pretende con el *enfoque de género*, es que la ponderación de las pruebas se realice suprimiendo todos aquellos estereotipos discriminatorios que de forma consciente o inconsciente han alcanzado la consideración de máximas de la experiencia, elevando a tal categoría lo que no son sino consecuencias históricamente asumidas de un entendimiento distorsionado de la sociedad, basado en una artificial distribución de roles, y proponiendo su sustitución por otros elementos cognitivos racionales que contrarresten la influencia de esa cultura patriarcal²⁴.

Ninguna razón justifica la comisión de un homicidio contra la mujer o el tipo penal de feminicidio o cualquier acto violento como el maltrato emocional, psicológico, los golpes, los insultos, la tortura, la violación, el acoso sexual, la violencia doméstica, o alguna forma de violencia de género²⁵.

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*»²⁶. 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 sexuales²⁷.

Ha precisado la jurisprudencia que la vinculación de los funcionarios judiciales a una perspectiva de género les impone la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, por lo que se incurre en un error por falso raciocinio cuando se incorporan en su valoración falsas reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos anclados en la preeminencia del varón sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-462 de 2018.

²² Entre otras la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994.

²³ CSJ AP 1247-2020, rad. 54.266 de 1° julio 2020.

²⁴ CSJ SP 3218-2022, rad. 59.763 de 13 septiembre 2022.

²⁵ CSJ AP 271-2021, rad. 56.946 de 3 febrero 2021.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

²⁷ CSJ SP 3574-2022, rad. 54.189 de 5 octubre 2022.

una agresión sexual²⁸, puesto que *«fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres»*²⁹.

De ahí que la asunción de una perspectiva de género garantiza la adecuada apreciación de los delitos de violencia sexual. Sin ella, no se facilitarían la supresión de prejuicios, estereotipos y roles en función del sexo, que a su vez han surgido por elaboraciones conceptuales concernientes al papel de la mujer en la sociedad y su subordinación frente al hombre, hoy en día inaceptables³⁰.

A partir de los derechos a la igualdad y la dignidad humana, el reconocimiento de las prerrogativas de la mujer en la actualidad no tiene discusión³¹.

A través de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- de 1979, se dispuso promover *«una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer»* y, en ese marco, a *«abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación»*, así como *«establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación»*³².

La Corte Constitucional, en sentencia T-012 de 2016, señaló que a los funcionarios judiciales que tengan a su cargo casos con esta clase de características, les corresponde: *«(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres»*.

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la protección a las mujeres en el ámbito penal implica orientar las investigaciones a establecer el real contexto en el que ocurre un episodio de violencia, puesto que: *«(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las*

²⁸ CSJ SP 1793-2021, 12 mayo 2021, rad. 51.936; CSJ SP 3274-2020, 2 septiembre 2020, rad. 50.587; CSJ SP 2136-2020, 1º julio 2020, rad. 52.897; CSJ SP 3574-2022, rad. 54.189 de 5 octubre 2022.

²⁹ CSJ SP 3574-2022, rad. 54.189 de 5 octubre 2022.

³⁰ CSJ SP, 23 septiembre 2009, rad. 23.508; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 41457; CSJ SP 3574-2022, rad. 54.189 de 5 octubre 2022.

³¹ CSJ SP 403-2021, rad. 51.848 de 17 febrero 2021.

³² Art. 2.

orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos»³³.

Y frente a la perspectiva de género que debe regir sobre las decisiones, la Sala precisó que: *«resulta claro que el abordaje de los casos penales con perspectiva de género no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas, pues ello daría lugar a la contradicción inaceptable de “proteger” los derechos humanos a través de la violación de los mismos, lo que socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal. Este, sin duda, no es un postulado novedoso, pues sobre el mismo descansa, en buena medida, la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política. El mismo ha sido reivindicado recientemente por esta Corporación, para concluir que la prevalencia de los derechos de los niños y los deberes de protección a cargo del Estado no pueden dar lugar a la violación de los derechos del procesado (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637)»³⁴.*

En tanto que, frente a la aplicación de un enfoque de género en la valoración probatoria indicó:

«debe la Sala subrayar que lo anterior no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un enfoque diferencial que permita una estimación parcializada o diferenciada a efectos de romper la desigualdad, pues la valoración probatoria debe estar guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica, mientras que los estándares probatorios responden a decisiones políticas relacionadas con lo que se conoce como «distribución del error»³⁵, por lo que descansa en cabeza del legislador, no del juez, la determinación del grado o nivel de corroboración o probabilidad suficiente exigido para concluir en la demostración de un determinado enunciado fáctico que comprometa la responsabilidad del procesado.

Por tales razones, al momento de la valoración de la prueba, la perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad, aparte, claro está, de permitir la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, lo que de hecho es bien»³⁶.

Para la Corte³⁷, se configura un error de hecho por falso raciocinio cuando el fallador, estando obligado a hacerlo (por ejemplo, en casos de violencia contra la mujer), no valora la prueba con enfoque de género, el cual, en el ámbito de la ponderación y razonamiento probatorios, se traduce en la obligación de examinar

³³ CSJ SP 4135-2019, 1° octubre 2019, rad. 52.394.

³⁴ CSJ SP, 1° octubre 2019, rad. 52.394.

³⁵ Elección político-valorativa relacionada con la importancia y priorización de los derechos o intereses jurídicos y, en esa medida, la asunción para el procesado, en menor o mayor medida, de los errores resultantes del razonamiento probatorio.

³⁶ CSJ SP, 2 septiembre 2020, rad. 50.587.

³⁷ CSJ SP 2136-2020, rad. 52.897 de 1 julio 2020.

los elementos de juicio –particularmente, el testimonio de la víctima– «*eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas*»³⁸.

Las razones que sustentan tal regla son las siguientes:

(i) El enfoque de género es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, y que les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que les permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres.

En el ámbito nacional, aquél se desprende primordialmente de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 13 Superior, a cuyo tenor «*el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*», y del artículo 43 ibidem, según el cual «*la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación*».

En desarrollo de ello, por ejemplo, la Ley 1257 de 2008 ordenó a las autoridades encargadas de formular e implementar políticas públicas «*reconocer las diferencias y desigualdades sociales, biológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social*»³⁹.

En el contexto internacional, son múltiples los instrumentos que cargan a los Estados con la implementación y adopción de medidas de toda índole tendientes a erradicar cualquier tipo de discriminación en perjuicio de las mujeres, o lo que es igual, con la obligación de aplicar, en todas las esferas del poder público, la perspectiva de género.

Verbigracia, mediante la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, las naciones contrayentes se obligaron a promover «*una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer*» y, en ese marco, a «*abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación*», como también a «*establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación*»⁴⁰.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por su parte, estableció la obligación de «*adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia*»⁴¹.

(ii) Estos mandatos no atañen únicamente a las autoridades del orden ejecutivo sino también a las judiciales, que, por consecuencia, están así mismo llamadas a materializar, en el marco de sus funciones legales y constitucionales, la perspectiva de género.

³⁸ Ramírez Ortiz, José Luis. *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*, En *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (Nº. 1), 2020, pp. 201-246.

³⁹ Art. 9.

⁴⁰ Art. 2.

⁴¹ Art. 7.

La Corte Constitucional tiene dicho que, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales referidas a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Estado tiene, entre otras imposiciones, la de «investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer», la cual «en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la **Rama Judicial del Poder Público, por lo que, son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento**»⁴². En tal virtud,

«...es necesario que dichas autoridades **apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género**, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad»⁴³.

También se tiene sentado que en «un modelo de Estado Social de Derecho, **los jueces están llamados a garantizar la protección de las prerrogativas fundamentales y con ello, de manera prioritaria, la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas**»⁴⁴.

(iii) Esa obligación en cabeza de las autoridades judiciales tiene cabida, primero, en el ámbito de la *investigación* de casos relacionados con violencia contra la mujer:

«La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que la investigación, en los casos de violencia contra la mujer, debe “emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”. En términos generales, debe desarrollarse de manera:

A. Oportuna, para evitar que el tiempo atente contra la averiguación de la verdad y para adoptar medidas de protección eficaces;

B. Exhaustiva, practicando las pruebas necesarias y valorándolas integralmente y analizando el contexto de los hechos para determinar si se trata de un patrón generalizado de conducta;

C. Imparcial, para lo cual fiscales y jueces deben actuar objetivamente, es decir, libres de prejuicios o tendencias y evitando razonamientos teñidos de estereotipos;

D. Respetando en forma adecuada los derechos de las afectadas, para prevenir una revictimización»⁴⁵.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2018.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ CSJ SP, 10 oct. 2018, rad. 50836.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-590 de 2017.

En esa misma línea, el artículo 17 de la Ley 1719 de 2014 establece ciertos parámetros para el adelantamiento de pesquisas de delitos sexuales, mientras que el artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo contempla algunos derechos y garantías de las víctimas de tales agresiones en el marco de la actividad investigativa, por ejemplo, a «*ser atendida(s) por personas formadas en Derechos Humanos, y enfoque diferencial*», o bien, «*a que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal*».

Y en eventos de violencia intrafamiliar se ha dicho:

«...el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que: (i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos»⁴⁶.

(iv) Pero también en el ámbito del *juzgamiento*, y muy específicamente, en el del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género. En tal virtud, «*los jueces, cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de género al solucionar sus casos*»⁴⁷, y, por lo mismo, aquéllos «*vulneran el derecho de las mujeres cuando (incurren en la) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones*»⁴⁸.

No en vano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explícitamente ha señalado que «*una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas*»⁴⁹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha considerado lo siguiente:

«El empleo de estereotipos al momento de evaluar el comportamiento de las partes en un determinado proceso se traduce en la adopción de preconcepciones basadas en prejuicios que puede llegar a constituir una acción discriminatoria. Específicamente, esto puede ocurrir cuando la

⁴⁶ CSJ SP, 1 oct. 2019, rad. 52394.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-012 de 2016, citada en sentencia T-462 de 2018.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Caso *Espinoza Gonzales v. Perú*, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), no. 278.

negativa de protección de un derecho fundamental responde en cierta medida a un juicio de reproche por desviación del comportamiento esperado de una persona que es situada en alguna de estas dos circunstancias: en un caso, se considera que la persona se ha desviado del estereotipo esperado de acuerdo a, por ejemplo, su género; en el segundo caso una persona es identificada, implícita o explícitamente, con un estereotipo negativo, a saber un comportamiento que si bien no es ilegal, sí es considerado reprochable.

(...)

A continuación, se expondrá una categorización que la doctrina ha adoptado sobre las actitudes registradas por parte de agentes del sistema de justicia penal frente a las denuncias de violencia doméstica y de género. La categoría de “mujer honesta” se refiere a los atributos con los que debe contar una mujer para ser merecedora de la tutela judicial. Por ende, bajo este prejuicio los funcionarios indagan sobre la vida pasada de la denunciante, a pesar de que ello no tenga relevancia en el juicio. Tal concepto se opone a los de:

- “*La mujer mendaz*”, que hace referencia al estereotipo según el cual “las mujeres no saben lo que quieren” o “cuando las mujeres dicen ‘no’, en realidad quieren decir ‘sí’”, que se utilizan para construir la sospecha de que las mujeres mienten cuando denuncian un abuso sexual. En estos casos, los Tribunales buscan exhaustivamente en los testimonios dados por la denunciante elementos que lleven a corroborar el engaño. En esa línea, el relato de la mujer no tiene valor frente a la ausencia de consentimiento y deben existir elementos externos que lleven al convencimiento de su dicho (por ejemplo, marcas de resistencia en el imputado, testigos, signos de que ella ejerció resistencia).

- “*La mujer instrumental*”, que se deriva del estereotipo según el cual las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin, “la exclusión del marido del hogar”, “posicionarse en un juicio de divorcio”, para “perjudicar”, “vengarse”, o bien para “explicar una situación”. Esta situación las ubica en plano de desigualdad respecto del hombre quien cuenta con el límite del derecho penal como ultima ratio a su favor. Ello implica que la mujer también tenga que probar absolutamente su versión.

- “*La mujer co-responsable*”, se relaciona con la doctrina de la intimidad, de acuerdo a la cual a la justicia penal no le corresponden inmiscuirse en asuntos de pareja. Así, la violencia es una manifestación de una relación disfuncional y no de una historia de discriminación estructural, por lo que a la demandante le corresponde parte de la culpa de las lesiones recibidas.

- “*La mujer fabuladora*”, se vincula con el estereotipo la mujer “fantaseadora”, indicando que la mujer funda su denuncia en la deformación de hechos de la realidad, por ejemplo, exagerándolos. Generalmente, este prejuicio parte las nociones de locura e

irracionalidad que se atribuyen frecuentemente a las mujeres, en oposición a la racionalidad que suele asignársele al hombre»⁵⁰.

Precisamente, los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, en términos similares a las previsiones pertinentes de las Reglas de Evidencia y Procedimiento de la Corte Penal Internacional⁵¹, establecieron «recomendaciones para los funcionarios judiciales **en el tratamiento de la prueba**» y «recomendaciones para la conducción de la investigación y **apreciación de las pruebas** en casos de violencia sexual».

Tales reglas, en esencia, conllevan la negación normativa de juicios probatorios viciados por preconcepciones machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual. Justamente, *«la persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan»*⁵².

15. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL CASO CONCRETO

Indica el canon 206 del Código Penal:

«Artículo 206. **Acto sexual violento.** El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años».

Los tocamientos del varón sobre el cuerpo de la dama ofendida fueron sin su consentimiento, así que se puede que **posiblemente** fueron **violentos**, razón por la cual la actuación procesal penal debe seguir su curso normal para que se defina en juicio oral y público. Tal aspecto de la **posible violencia** se deberá dilucidar en el juicio, si es el caso.

Dice la declarante, que se quedó dormida y se levantó a quitarse el buzo que tenía puesto, porque tenía mucho calor, ahí se percató que EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ estaba dormido a su lado, como a los 15 minutos, él toca su nalga, él metía su mano en la nalga la olía, **estaba muy asustada**; que él se empezó a masturbar y se paró para no hacer ruido, agrega que **«esperé qué era lo que iba a hacer»**.

Luego, narró la denunciante en su relato, que EDISON BUSTAMANTE MÁRQUEZ se acostó nuevamente en la cama.

Dice que se voltea dándole la espalda al denunciado; que se tapó con una mano sus senos, con la otra su vagina, este le susurraba cosas al oído *«tú deseas a EDISON, tú quieres a EDISON»*, intentó abrazarla, *«con los dedos me quitaba las manos para tocarme los senos»*.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-878 de 2014.

⁵¹ Cfr. regla 70.

⁵² Di Corleto, Julieta, y Piqué, María L. *Pautas para la Recolección y Valoración de la Prueba con Perspectiva de Género*, p. 426. En Pozo, José y Silva, Luz (Eds.), *Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*, Ed. Pacífico Editores, Lima, Perú, 2017.

Finaliza la dama su relato así «y yo cansada de estar en esta posición, me acosté boca arriba y me tocó el labio, de una reaccioné y él de una se quedó quieto; y, en un momento a otro descargó la mano de él en la vagina y empezó a levantarme la mano **y de una le hice el reclamo**», le dijo que se pasara de cama, **lo que éste en efecto hizo**.

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 material⁵³.

Se recuerda el contenido del el numeral 2° del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, aplicable a los hechos⁵⁴, 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 victimario⁵⁵.

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».

Así que, si ella no consistió en los tocamientos, el acto **posiblemente puede considerarse violento**, cuestión que deberá dilucidarse en juicio.

16. CONCLUSIÓN

Se ha de confirmar la decisión de primer grado por las razones expuestas

17. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, (i) CONFIRMA la decisión de primer grado, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta

⁵³ 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.

⁵⁴ Ley que entró en vigencia el 18 de junio de 2014.

⁵⁵ CSJ SP 12161-2015, 9 septiembre 2015, rad. 34.514.

decisión no procede recurso alguno; **(iii)** ejecutoriado el auto de segunda instancia se enviará la actuación al despacho de origen; **(iv)** se informará a la Sala Penal de la Corte sobre el cumplimiento de la acción de tutela CSJ STP 4745-2023, rad. 130.341 de 4 mayo 2023.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado
(Salvamento de voto)

Salvamento de voto

Con el debido respeto a mis Colegas de Sala, brevemente expongo las razones por las cuales me aparto de la providencia proferida por la mayoría en segunda instancia, mediante la cual se impartió confirmación a la providencia por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Girardota (Antioquia) negó la preclusión solicitada por la representante de la Fiscalía General de la Nación en favor de Edison Bustamante Márquez.

Aquello que se afirma en la providencia aprobada por mayoría es “*que los tocamientos del varón sobre el cuerpo de la dama ofendida fueron sin su consentimiento, así que puede que **posiblemente** fueron violentos, razón por la cual la actuación procesal penal debe seguir su curso normal para que se defina en juicio oral y público. Tal aspecto de la **posible violencia** se deberá dilucidar en el juicio, si es el caso.*”.

En realidad me preocupa ese extraño giro de la Sala mayoritaria, cuando en la providencia que fue objeto de tutela se hizo un amplio análisis de la versión de la ofendida y del indiciado, en la que se concluyó que el comportamiento realizado no logra encuadrar en ninguno de los elementos de los tipos penales analizados y que, de admitirse en gracia de discusión que exista duda sobre la existencia de dichos comportamientos, no habría lugar siquiera a formular acusación en contra del procesado porque no existe otra información probatoria por recoger y los términos de la investigación se encuentran más que vencidos, por lo que no se podría obligar a la Fiscalía a comprometerse con un juicio que de antemano lo sabe perdido.

Interpreto ese giro de mis colegas como un acatamiento a la providencia en sede constitucional de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia del 4 de mayo de la presente anualidad –de la cual me enteré esta semana por información del Magistrado Ponente–, que en realidad no comparto porque aquello que hace, con el respeto de nuestra Superioridad, es fungir como una tercera instancia en un caso realmente debatido y para lo cual no se encuentra establecido el amparo constitucional.

En la página 10 de este fallo se anuncia que la intervención del juez de tutela en este asunto se ofrece oportuna “*ante la falta de motivación, como causal específica de la tutela contra providencia judicial, a la vez que un defecto fáctico.*”, pero aquello que encuentro en nuestra providencia del 17 de marzo de la presente anualidad es que el Tribunal hizo un amplio análisis del porqué era procedente la preclusión en este particular evento como quiera que, aparte de realizar comentarios dogmáticos de las figuras a contemplar, se confrontó las versiones de la ofendida y procesado en orden a adoptar la decisión. Es que, al margen que se considere que la valoración probatoria no fue la apropiada, ello no autoriza a la intervención del juez constitucional, la cual solo es posible frente a defectos protuberantes propios de una vía de hecho, que con el mayor respeto no encuentro en la decisión del Tribunal.

Ahora bien, con preocupación encuentro que en estrados judiciales ha hecho carrera la tesis de que al testimonio de la mujer por el hecho de ser mujer se le debe otorgar plena credibilidad, acudiendo a una equivocada interpretación de la llamada perspectiva de género, para lo cual les basta a los jueces citar la amplia y bien conocida línea jurisprudencial de las altas Cortes sobre la materia. Eso es lo que observo en la providencia aprobada por la mayoría de mis colegas, en la cual no se dice de qué manera se estaría

dando acatamiento a las pautas desarrolladas por la jurisprudencia para definir el caso.

En mi sentir el testimonio de la mujer, como cualquier otro, debe ser apreciado con apego a las reglas establecidas en el artículo 404 de la ley 906 de 2004, lo cual se hizo en pasada oportunidad, al margen que no se pueda compartir los argumentos allí expuestos.

Es la propia Corte quien recuerda en su fallo que en el “*contexto del proceso penal, más concretamente en la fase investigativa, la pauta adquiere un especial matiz, pues, estando en una etapa embrionaria de la averiguación, será la denuncia y el avance del caso, lo que permita extraer aquellos insumos para consolidar si del contexto se amerita el refuerzo del enfoque o no. De ahí que, no puede asentirse que, por el solo hecho de ser mujer la denunciante, inmediatamente se haga meritorio el caso desde una visión diferencial que agudice los parámetros de la indagación hasta el punto que se otorgue un tratamiento que prive al procesado de sus garantías superiores, entre ellas, la presunción de inocencia.*”(negrillas fuera del texto).

En orden a conocer el defecto que se nos atribuye respecto a la decisión anulada, me puse en la labor de considerar los argumentos de la Corte en punto a cuáles pautas de la perspectiva de género fueron desconocidas por el Tribunal.

Que habiendo la denunciante expuesto una situación de violencia en su contra, el Tribunal no ofreció una fundamentación que incluyera una evaluación que constatará si el asunto ameritaba reforzarse desde la perspectiva de género, es lo que dijo la Corte; pero, con el mayor respeto, considero que dejó por fuera todo aquello que expuso el Tribunal en aquella oportunidad sobre las dudas que generaba su versión de los hechos, empezando porque ella sabía que el indiciado la pretendía sexualmente y a pesar de ello no puso ninguna objeción a dormir con él en la misma cama, tampoco hizo manifestaciones claras de oposición o incomodidad frente a las pretensiones de su amigo y solo hasta el final cuando el varón intentó tocar su vagina manifestó su rechazo, ante lo cual el indiciado cesó inmediatamente su actividad, situaciones que vinieron a sustentar la premisa de la Sala de que “*en el fuero interno de la joven lo que ocurría era un acto repulsivo, pero para el varón en su fuero interno era un cotejo a un encuentro íntimo.*”.

¿De qué otra manera podía el Tribunal analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de tal manera que se justificara la existencia de un trato diferencial? No lo veo y aquello que me inquieta es la confirmación de aquello que dije al iniciar mi salvamento, en el sentido que en este caso se está dando prelación al dicho de la ofendida por el hecho de ser mujer.

Conclusión: motivación existió, distinto a que no se estimara suficiente; y menos se desconoció ninguna pauta de la línea jurisprudencial sobre la perspectiva de género, de manera que me reafirmo que este caso no se debió resolver a través de la vía constitucional, y lo digo con el respeto y acatamiento que me merecen los pronunciamientos de la Corte.

Ahora bien, reflexionando con mayor detenimiento sobre el caso, encuentro que la representante de la Fiscalía expresó con razón que estaban agotadas

las labores investigativas –y así lo reconoció el Tribunal en la providencia objeto de tutela-, de manera que, si no es por la causal invocada por ella, se tendría que precluir la actuación en los términos de la causal 6ª (imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia), como quiera que en el menor de los casos se tendría que admitir la duda sobre la tipicidad del delito descrito y penado en el artículo 206 del código penal, que es la figura a considerar en este evento, por lo que obligar a la fiscalía a que se comprometa en un juicio con un grado de conocimiento precario, sin estar plenamente convencida su representante de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, resulta un desafuero.

Y lo digo especialmente desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, pues encuentro elementos suficientes para pensar que el autor del hecho estaba convencido que, ante la falta de una seria oposición de parte de la víctima a los tocamientos en el contexto modal de esos precisos hechos –era su pretendiente y se acostó en la misma cama con él- no procedía con violencia. Aclaro, no vaya a ser que se me vaya a mal interpretar, esta afirmación no contiene un tinte misógino, sino que corresponde a una posibilidad, difícil de eliminar, en el contexto preciso de los hechos investigados.

Muchas otras observaciones se podrían hacer frente al caso, pero dada la premura del tiempo, dado que la Corte otorgó escasos cinco días para emitir la sentencia y solo hasta el día de ayer me fue remitido el proyecto respectivo para el salvamento de voto, me limito a estas breves reflexiones.

Quedaré atento a la disyuntiva a la que se enfrenta la representante de la Fiscalía, pues lo que se le está diciendo es que el testimonio de la ofendida es creíble en tanto su condición de mujer, y que, entonces, se debe proceder a imputar y acusar al procesado, lo cual deberá hacer sin estar convencida de ello; a no ser, claro está, que se aparte del conocimiento del asunto.



Santiago Apráez Villota
Magistrado

Fecha *ut supra*.