



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada ponente

SP3574-2022

Radicación n.º 54189

CUI 19001600072420120007601

Aprobado Acta n.º 233

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre dos mil veintidós (2022).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación promovido por el defensor de ELVER YONNI VIVAS IDROBO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que revocó la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad y lo condenó por el delito de *Acceso carnal violento*, agravado, en concurso de conductas punibles.

HECHOS

Según los hechos declarados como probados en la sentencia de segunda instancia, desde el 30 de octubre de 2011 hasta el 15 de abril de 2012, ELVER YONNI VIVAS IDROBO accedió carnalmente, de manera violenta, a su esposa y madre de su hija menor, LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ, con quien se encontraba casada desde el año 2008. Dicha conducta ocurrió en múltiples oportunidades, cada vez que el agresor llegaba a casa en estado de embriaguez en horas de la madrugada, cuando sin su consentimiento, por medios coactivos de carácter psicológico y bajo la oposición explícita de su cónyuge, la accedía carnalmente.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar de 7 de octubre de 2013, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Popayán, la Fiscalía imputó a ELVER YONNI VIVAS IDROBO el delito de *Acceso carnal violento*, previsto en el artículo 205 del Código Penal, en concurso material homogéneo y sucesivo, cargo que no aceptó¹.

El escrito de acusación se radicó el 23 de diciembre siguiente² y se verbalizó el 22 de septiembre de 2015 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa localidad³. Allí, la fiscalía adicionó a la

¹ Cfr. Folios 10 a 11 del cuaderno del Tribunal.

² Cfr. Folios 29 a 34 *Ibidem*.

³ Cfr. Folios 55 a 58 *Ibidem*.

calificación jurídica de los hechos la concurrencia de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, esto es, por haberse cometido el delito sobre la cónyuge, lo que guardó concordancia con la planteada imputación fáctica.

La audiencia preparatoria se surtió el 19 de septiembre posterior⁴; la del juicio inició el 23 de junio de 2017⁵ y terminó el 27 de octubre de ese año⁶, cuando se anunció sentido absolutorio del fallo, el cual se dictó el 17 de noviembre ulterior⁷.

La representante de la víctima apeló esa decisión y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del 24 de agosto de 2018, la revocó, condenando al acusado⁸ como autor de *Acceso carnal violento* agravado (artículos 205 y 211-5 del Código Penal), en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena de 199 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término⁹, ordenando su captura¹⁰.

El defensor del acusado recurrió en casación y la demanda correspondiente se admitió el 2 de noviembre de

⁴ Cfr. Folios 59 a 60 *Ibidem*.

⁵ Cfr. Folios 67 a 68 *Id*.

⁶ Cfr. Folios 90 *Ibidem*.

⁷ Folios 503 a 516 *Id*.

⁸ Folios 630 a 635 del cuaderno 3.

⁹ Respecto de los hechos sucedidos el 30 de octubre de 2011; y, 13 y 14 de abril de 2012. Confirmó la absolución por los hechos acontecidos en febrero y los días 4 y 11 de abril de 2012.

¹⁰ Cfr. Folios 183 a 207 *ibidem*.

2018¹¹. La audiencia de sustentación se llevó a cabo el 28 de enero de 2019¹².

DEMANDA

Contiene tres cargos, uno principal y dos subsidiarios, a los que se hará referencia enseguida.

1. Cargo primero (principal): nulidad por violación al principio de congruencia

Al amparo de la causal 2ª de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 afirmó que se desconoció el debido proceso por afectación sustancial de su estructura o garantía debida a cualquiera de las partes, al vulnerarse el principio de congruencia consagrado en el artículo 448 *ibidem*.

Estimó que se reconocieron aspectos fácticos y jurídicos que no fueron debatidos en el proceso penal, lo que generó la vulneración al debido proceso de ELVER YONNI VIVAS IDROBO dado que, de un lado, los hechos de la imputación no corresponden con la acusación ni la condena y, de otro, la Fiscalía no debatió en el juicio oral el concurso homogéneo y sucesivo.

Recalcó que la imputación se realizó por presuntos hechos realizados el 15 y 30 de octubre de 2011, pero la acusación agregó nuevos hechos en la adición realizada

¹¹ Cfr. Folio 304 *ibidem*.

¹² Cfr. Folios 23 a 24 del cuaderno de la Corte.

cuando se fijó que el ilícito se realizó también en el mes de febrero y el 1º, 11, 13 y 14 de abril de 2012, con lo que se desbordó el núcleo fáctico.

Recordó que la irregularidad surgió desde la audiencia de imputación de cargos -7 de octubre de 2017-, cuando, a petición del Juez con función de control de garantías, la Fiscalía precisó dos hechos frente al concurso material homogéneo y sucesivo, para lo cual transcribió el aparte respectivo.

Al anexar nuevos episodios se configuró una causal de nulidad; incluso, se agregó el hecho del 15 de abril de 2012, el cual apareció en el fallo sin constar en la imputación ni en la acusación, con lo cual el procesado quedó en estado de indefensión.

Luego de aludir a la jurisprudencia de esta Corporación concluyó que: (i) hubo violación al debido proceso, en su componente de defensa, dado que el *ad quem* valoró hechos no imputados; y, (ii) aunque la Fiscalía puede agregar episodios nuevos, tiene que imputarlos nuevamente, pues lo único que debe variarse es la calificación jurídica más no la fáctica.

A lo anterior se sumó que hubo ausencia de debate en el juicio oral, tan así que el juez de conocimiento advirtió al ente de investigación que lo que se discutiría era un solo acto -del 30 de octubre de 2011-.

Al finalizar el cargo, se refirió a los principios de las nulidades y afirmó que: (i) no hubo por parte de la defensa ni del procesado consentimiento expreso o tácito en la vulneración advertida; (ii) al agregarse nuevos hechos se vulneraron derechos fundamentales; (iii) no existe otro mecanismo, distinto a la nulidad, para sanear el vicio; y, (iv) se violó el debido proceso, la congruencia y el derecho de defensa.

Estimó que no existió claridad sobre la violencia ejercida el 30 de octubre de 2011, máxime cuando el tribunal la extendió hasta el año siguiente, siendo evidente la indebida aplicación del artículo 31 del Código Penal.

Postuló que, al suprimirse los hechos adicionados irregularmente, el fallo no puede mantenerse incólume, sin que sea solución excluir los sucesos de 2012 y proceder a redosificar la pena, dado que «la decisión» es una unidad, máxime cuando la acusación es superflua y no existe claridad sobre si fueron una o varias las conductas punibles que cumplieron la tipicidad objetiva, la cual se construyó de forma fragmentada, mezclando hechos de las anualidades 2011 y 2012.

Por ello, pidió la nulidad desde el inicio de la audiencia de formulación de acusación.

2. Cargos Subsidiarios.

Con apoyo en la causal 3ª del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, anunció **dos cargos** por violación indirecta de la ley sustancial, que condujo a la indebida aplicación de los cánones 31, 205 y 211 del Código Penal y, a su vez, a la infracción de los preceptos 7, 380, 404 y 420 del estatuto adjetivo penal y 29 de la Carta Política.

2.1. Primero cargo subsidiario: error de hecho en la forma de falso juicio de existencia

En su criterio, se omitió valorar en su integridad el dictamen sexológico realizado por parte del perito CARLOS VICENTE ZÚÑIGA VARGAS en virtud del cual se determinó que no existió rasgos de violencia física en la valoración de la víctima.

Expone que a pesar de existir en el expediente tal medio de prueba, está ausente en las consideraciones del fallo, a pesar de su importancia para la teoría exculpatoria de la defensa puesto que el médico forense no encontró secuela externa de violencia, lo cual infirma la versión de la víctima, quien nunca fue clara sobre la forma a la que fue sometida, elemento de la tipicidad objetiva que descarta el ilícito y el concurso de conductas punibles atribuido.

De haberse valorado, la decisión habría sido absolutoria, máxime cuando la Fiscalía, desde la misma imputación, señaló que el acusado no ejerció ningún tipo de

violencia y solo cuando el Juez de Garantías le solicitó precisión, adujo que fue de tipo moral, la cual no se acreditó con ninguna de las pruebas de cargo.

Así, ante la ausencia de señales físicas en su cuerpo y genitales, es imposible que LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ fuera accedida carnalmente el 13, 14 y 15 de abril de 2012, por lo que en la decisión del Tribunal se transgreden las reglas de la sana crítica.

Por lo tanto, se infringieron los artículos 7° de la Ley 906 de 2004 -presunción de inocencia-; 4° -igualdad de armas-; y, 5° -imparcialidad- del Código de Procedimiento Penal, pues se favorecieron los intereses de la Fiscalía, parte que no cumplió con su deber de probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del concurso, conforme el mandato de los artículos 380 y 420 del mismo estatuto procesal. Por lo tanto, solicitó casar el fallo.

2.2. Segundo cargo subsidiario: Error de hecho en la forma de falso raciocinio

Consistió en la valoración inadecuada de la prueba pericial realizada por NATHALIE VILLEGAS RONDÓN, psicóloga forense, y del testimonial de LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ, con lo cual se desconoció la sana crítica al no integrarse con las máximas de la experiencia y las leyes de la lógica y la ciencia.

Luego de reseñar algunos aspectos sobre la verdad material y procesal, evocó el fallo absolutorio de primera instancia, el cual giró en torno a la atipicidad de las conductas en atención a la falta de demostración del elemento violencia.

Con fundamento en jurisprudencia de esta Corporación, adujo que esta última, sea física o moral, debe connotar un real y efectivo acto de intimidación capaz de anular la voluntad de la víctima, el cual debe ejercerse con una clara intención de ejecutar el acceso carnal.

De ahí que fue equivocada la inferencia que se realizó puesto que del testimonio de la psicóloga forense NATALY VILLEGAS RONDÓN se derivó una violencia moral, con lo cual le dio poder suasorio a la versión de LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ, al dictaminar que esta última no fabuló los hechos denunciados, concluyendo que los síntomas evidenciados por la víctima son compatibles con una «*respuesta de ajuste secundaria a la vivencia de una situación estresante*».

Para el recurrente se inadvirtieron los mínimos de la lógica formal en «*el mundo del raciocinio descartiano*», en tanto se vulneraron los principios del silogismo racional, pues, de una parte, está indeterminado el hecho *estresante* y su relación con el ilícito; y, de otra, no se explicitó el método científico del que derivó la conclusión, al punto que la perito jamás desentrañó tanto la causa del temor como su magnitud.

A lo anterior se sumó que la víctima indicó haber sostenido relaciones sexuales consentidas con el acusado con posterioridad a las primeras agresiones físicas.

Sostiene que se tomó la declaración jurada de LAURA VICTORIA MAMIAN TORRES para afianzar la tesis de la violencia psicológica, toda vez que ella misma descartó la fuerza física, medio de conocimiento que fue «*sobrevalorado*», sin someterlo a los postulados de la sana crítica.

Por ello, no puede pasar desapercibido que siendo MAMIAN TORRES una profesional, con estabilidad económica suficiente para sostener el hogar, haya estado coaccionada durante 6 meses por un arma de fuego de propiedad del agresor, máxime cuando la citada dijo que no había denunciado los hechos porque «*quería mantener el hogar*».

De igual modo, consideró que su testimonio fue tergiversado, cuando afirmó que el 30 de octubre de 2011, luego de la agresión sexual, el acusado disparó con su arma de fuego al aire, de lo cual no puede derivarse la violencia moral.

Lo anterior, por cuanto, de una parte, esto último fue posterior al supuesto vejamen y, de otra, frente a los hechos de 2012, tampoco existiría posibilidad de afectación hacia el futuro, tal como lo estimó el *ad quem* -al considerar que era suficiente su conocimiento de que el arma reposaba en el armario de la pareja-, aspecto que colisiona con la lógica

pues un simple disparo no atemoriza a una mujer adulta con independencia económica.

Lo anterior produjo una valoración inadecuada de la prueba testimonial y pericial, las cuales no desvirtuaron la presunción de inocencia del acusado, como tampoco las declaraciones juradas de EMIRO MAMIAN LÓPEZ y ANGÉLICA MAMIAN GUZMÁN, padres de la víctima, las cuales son de referencia. Pide en consecuencia casar y revocar el fallo de segunda instancia.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

El defensor del acusado ELVER YONNI VIVAS IDROBO solicitó casar el fallo. Para ello, reiteró los cargos formulados en la demanda.

Invocó nulidad por cuanto el proceso se convirtió en un festín por violación al principio de congruencia puesto que, en la imputación de cargos, se señalaron dos accesos carnales violentos (15 y 30 octubre de 2011).

Sostuvo que en la acusación se desbordó ese núcleo fáctico al señalar que se trató solo de la última fecha y en su formulación adicionaron los hechos de febrero, 4, 11, 13 y 14 de abril de 2012.

Lo anterior fue puesto de presente por el juez de conocimiento al inicio del juicio oral cuando adujo que el

debate se concentraría en el episodio del 30 de octubre de 2011 porque era el único que constaba en la imputación.

El error del Tribunal fue «tomar» los eventos de 2012 y además adicionar la fecha de 15 de abril de la misma anualidad, el cual no consta ni en la imputación ni en la acusación.

Subrayó que es evidente la vulneración al debido proceso cuya solución no es redosificar la pena sino declarar nulo el procedimiento a partir de la acusación dado que la sentencia es un todo.

Frente a los *cargos subsidiarios* planteó que: (i) el Tribunal no valoró el examen sexológico, el cual determinó que no hubo rastro de violencia sexual, razón por la cual incurrió en un falso juicio de existencia. Por ello, reiteró, si se observan las demás pruebas el fallo no se mantiene, máxime cuando la víctima descartó ese elemento; y, (ii) es contrario a las reglas de la sana crítica que LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ, haya admitido que, simultáneamente, mantuvo relaciones consentidas luego de la agresión.

La Fiscalía se opuso a la pretensión de la defensa aduciendo que el principio de congruencia no se vulneró en tanto la Fiscalía imputó jurídicamente el delito de *Acceso carnal violento* en concurso material homogéneo y sucesivo, aspecto tenido en cuenta por el Tribunal en el acápite procesal.

En cuanto a los cargos subsidiarios, estimó que aunque es cierto que el examen físico no reveló el producto del vejamen y la evaluación psicológica concluyó que la víctima era una persona sin ningún tipo de deficiencia cognitiva o intelectual, hay que tener en cuenta que la violencia puede ser física o moral, tal como esta Sala lo advirtió en SP10292-2017, rad. 48529, pues no en todos los casos la agresión deja secuelas.

Esto indica que LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ estuvo en condiciones de expresar de manera coherente los hechos de la afrenta sin que haya ánimo de perjudicar el procesado. Por ello, hay que tener en cuenta el episodio del arma, correctamente valorado por el *ad quem*, en atención a que fue el hecho que la intimidó en el futuro, sin ser de recibo restarle credibilidad por el hecho de ser una mujer profesional.

La apoderada de la víctima pidió mantener el fallo de segunda instancia, considerando que no se vulneró el núcleo esencial de los cargos imputados y que la prueba fue correctamente valorada por el juzgador. Enfatizó que la violencia sexual consistió en la ausencia de consentimiento de la víctima y solicitó que esta Corporación se pronuncie sobre algunos estereotipos de género utilizados por la primera instancia *[sobre la imposibilidad de que una mujer profesional sea víctima de violencia sexual; y, la obligatoriedad de las relaciones sexuales en el matrimonio]*.

El delegado del Ministerio Público solicitó despachar desfavorablemente el recurso. Aseguro que la Corte

Constitucional en C-285-1997 determinó que el débito conyugal no es un elemento de matrimonio y, en consecuencia, se comete acceso carnal violento cuando alguno de los cónyuges doblega la voluntad del otro mediante el uso de la fuerza física o moral para obtener una relación sexual.

Estimó que no existe violación al principio de congruencia pues el acusado siempre tuvo claro que se le imputó un concurso de actos sexuales violentos.

Además, el Tribunal sí se ocupó del dictamen emitido por CARLOS VICENTE ZÚÑIGA. En cuanto al falso raciocinio adujo que no se indicó cuál regla de la experiencia se infringió, siendo acertada la valoración que realizó frente a la experticia psicológica y al testimonio de la víctima. Además, por el hecho de que concurren relaciones sexuales consentidas, ello no elimina el desvalor de comportamientos antecedentes o posteriores de violencia el ámbito del matrimonio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Toda vez que la demanda presentada por el defensor del acusado se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará de fondo los problemas jurídicos allí propuestos, además de guiarse por las funciones del recurso de casación en materia penal, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en

la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 ibídem.

Bajo estas condiciones, la Sala abordará, en primer lugar, los cargos desarrollados por el demandante, respecto de los cuales anuncia desde ya que ninguno tiene la vocación de prosperar.

A continuación, como con la admisión de la demanda de casación se garantizará el derecho a la doble conformidad, teniendo en cuenta que el acusado ELVER YONNI VIVAS IDROBO fue condenado por primera vez al revocar el Tribunal de Popayán la absolución con la cual lo había beneficiado la juez de conocimiento, la Sala realizará un análisis exhaustivo de los fundamentos fácticos y jurídicos de la condena en relación con la responsabilidad penal que le fue atribuida.

1. De la demanda

2.1. Primer cargo (principal). El principio de congruencia:

El problema jurídico que se planteó en el cargo principal consistió en determinar si el Tribunal vulneró el principio de congruencia, por cuanto profirió condena por hechos que, según el recurrente, no habían sido imputados previamente al acusado ELVER YONNI VIVAS IDROBO. Concretamente aludió el demandante a la condena emitida por las conductas de *Acceso carnal violento* realizadas los días 13 y 14 de abril de

2012; además de la perpetrada el 30 de octubre de 2011, incluida, esa sí, en el acto de imputación.

Sobre el principio de congruencia, ha sostenido la Sala que es una garantía del derecho de defensa, en tanto *«la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción»*¹³.

Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, en cuanto *«el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena»*; igual consonancia debe existir entre la formulación de la imputación y la formulación de la acusación¹⁴, lo que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en lo que concierne al derecho de defensa, conforma la garantía judicial mínima dirigida a conocer oportunamente los hechos de la acusación y su calificación jurídica, y disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa¹⁵.

Ahora, en lo que respecta a la imputación, el análisis de su procedencia le fue asignado al fiscal, según lo establecen los artículos 250 de la Constitución Política y 287 y

¹³ CSJ SP-6808-2016, 25 may. 2016, rad. 43837.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2010.

¹⁵ *Ibidem*.

siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan además el contenido de este acto comunicacional, el cual no está sometido a control material por parte de los jueces.

Dada su naturaleza, es un acto reglado, de conformidad con el artículo 288 *ibidem*, que debe contener:

1. *Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.*
2. *Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.*
3. *Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.*

Es, en consecuencia, un presupuesto lógico-procesal que fija el marco fáctico y jurídico de la futura sentencia, a partir de la descripción de unos hechos jurídicamente relevantes, incriminados y atribuidos a un individuo, y su correlación con la calificación jurídica de los mismos, constituyendo un acto consustancial al derecho de defensa.

Ello connota su naturaleza medular en el sistema acusatorio por su incidencia en el mandato superior del artículo 29 -debido proceso-, y porque, además, determina (i) el debate sobre la medida de aseguramiento y otras medidas cautelares; (ii) fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación; y, (iii) limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación (sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera). Por lo

tanto, ha sostenido la Corte, es un imperativo que la Fiscalía realice correctamente el «juicio de imputación», lo que se traduce en la debida delimitación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y su calificación jurídica¹⁶.

Es por ello que los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación no pueden ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, debiéndose mantener su núcleo fáctico en la formulación de la acusación y en la sentencia, salvo algunas variaciones propias del carácter progresivo de la actuación¹⁷. Así lo determinó la Corte Constitucional al resolver sobre la congruencia que debe existir entre imputación y acusación:

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es

¹⁶ CSJ SP-2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007. En el mismo sentido, CSJ SP-3168-2017, 8 mar 2017, rad. 44599.

¹⁷ Por su parte, la calificación jurídica puede ser variada en la acusación y, bajo ciertas circunstancias, en la sentencia, cfr. CSJ SP-103-2020, 22 ene. 2020, rad. 55595.

*posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.*¹⁸

De acuerdo con ello, en virtud de la progresividad de la actuación, es posible introducir modificaciones en la acusación, siempre que se trate de «nuevos detalles», dentro de parámetros razonables y producto de la actividad investigativa, conforme con lo establecido en los artículos 339 y 351 de la Ley 906 de 2004.

Esta Sala ha definido que, dentro de los límites de la referida razonabilidad, algunas situaciones pueden dar lugar al cambio de los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación, tales como: efectuar precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etc.; y, suprimir hechos que habían sido incluidos en la imputación, si ello resulta favorable al procesado¹⁹.

De lo anterior queda claro que la imputación de cargos, esto es, la atribución fáctica de delitos, impone límites al tema de debate, razón por la que su núcleo no debe cambiar en la posterior acusación ni en el fallo, marco dentro del cual

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2010.

¹⁹ CSJ SP-2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007.

opera el principio de congruencia como garantía del debido proceso.

A partir de allí, el acusado puede entender qué situación fáctica se le atribuye para, de esa manera, perfilar su defensa y así evitar que se le sorprenda con cargos nuevos a los que no ha podido oponerse, lo que ocurre cuando se condena por hechos no incluidos en la imputación y acusación y/o por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica ni jurídicamente en la acusación.

Adicionalmente, ha enfatizado la Sala, la imputación solo debe contener la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, procurándose evitar la mala práctica arraigada en diversos escenarios judiciales consistente en comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación²⁰.

Repasando la presente actuación, es fácil advertir que la delegada de la Fiscalía no llevó a cabo de manera debida el juicio de imputación, incurriendo en diversas impropiedades que, sin duda, conspiraron contra la debida claridad en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes.

Fue así como la fiscal del caso entremezcló hechos jurídicamente relevantes con los medios de prueba y con los

²⁰ Ibídem.

hechos indicadores²¹, al punto que al momento de desplegar la comunicación sobre la imputación fáctica acudió a la demanda presentada por la víctima LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ para, desde allí, atribuir los hechos y sus circunstancias al imputado ELVER YONNI VIVAS IDROBO, lo cual generó cierta perplejidad que obligó a la intervención del juez de garantías en cumplimiento de sus deberes de dirección de la audiencia.

De esa manera, según puede advertirse en los registros de la audiencia, la fiscal narró como hechos jurídicamente relevantes que *«desde el mes de octubre de 2011, la obliga a tener relaciones sexuales cuando llega a altas horas de la madrugada, en estado de alicoramiento y oliendo a cigarrillo, que cuando llega la busca sexualmente, que ella le indica que no es el momento ni la hora y que, sin embargo, la coge a la fuerza, no la agrede físicamente, pero la coge a la fuerza de acuerdo a la posición, la coge a la fuerza de la cintura, de los brazos y de las piernas para luego tener relaciones sexuales sin su consentimiento y en presencia la pequeña niña»* (sic).

Expuso, además, que desde esa ocasión la conducta violenta del cónyuge se presentó en repetidas oportunidades, ocupándose de narrar lo ocurrido aquel 30 de octubre de 2011, fecha que, como se indicó, fue señalada como de inicio de las consecutivas afrentas sexuales que el imputado ejecutaba contra LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ. Ese día, se dijo: *«cuando se disponía a levantarse, él llegó al amanecer y ella intentó a salir del cuarto con la niña, él la devuelve, la devolvió, le pasó juguetes a la niña en la cama, la cogió del brazo, la abrazó, la llevó hasta la cama,*

²¹ Práctica que se ofrece irregular, cfr. CSJ SP-3168-2017, 8 mar 2017, rad. 44599.

le quitó el pantalón de la pijama, la ropa interior y la accede sin su consentimiento. Aclaró que no la violenta, ni le pega, sino que la forzó a tener relaciones sexuales sin su consentimiento. Que lo hace porque le tiene temor, ya que un día hizo un disparo al aire en el patio del apartamento del arma que posee, ya que es investigador privado. Añade que los hechos se presentan los fines de semana, cuando él llega alicorado, en presencia de su pequeña hija» (sic).

A continuación, la representante del ente acusador, de manera inapropiada, relacionó los elementos materiales probatorios y evidencias físicas con los que cuenta y de donde, según anuncia, sustrajo la información.

Concluyó su intervención calificando jurídicamente las conductas atribuidas al imputado VIVAS IDROBO: *«se puede inferir razonablemente que es el autor de los delitos que sancionan nuestro código penal, que es el acceso carnal violento que contiene el artículo 205 del Código Penal, sancionado con pena de prisión que oscila entre 5 y 20 años. Ahora bien, de conformidad con el artículo 31 del Código Penal, en el presente evento, la pena a aplicar sería la más grave, según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto pues se presenta un concurso material homogéneo y sucesivo ya que el mismo delito se cometió en varias ocasiones. Con respecto a las circunstancias genéricas de menor punibilidad consagradas en el artículo 55 del Código Penal opera para el señor entonces la de numeral 1º pues este no presenta antecedentes penales, se le informa al señor VIVAS IDROBO, entonces, que, de acogerse a los cargos que le hace la Fiscalía, en esta audiencia, es decir, de aceptarlos podrá obtener una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, beneficio de que trata el artículo 351 del mismo código».*

Con lo anterior, advierte la Sala que, no obstante las claras deficiencias e impropiedades en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la fiscal, resultó

comprensible que a VIVAS IDROBO se le imputaron unos hechos con relevancia penal relativos a múltiples conductas de acceso carnal violento acaecidas de manera sucesiva desde el mes de octubre de 2011 hasta el momento de la denuncia presentada por la víctima el 16 de abril de 2012, según el encabezamiento de lo sucedido, verbalizado por la representante del ente acusador.

Así mismo, se hizo referencia claramente a que el imputado desplegó una violencia de orden moral para lograr doblegar la voluntad de su esposa, quien no consintió en ninguno de esos eventos practicar relaciones sexuales en las condiciones en que su marido se presentaba en su lecho (embriagado, con olores que le repugnaban, delante de su hija menor y con maneras imperativas inaceptables para ella), haciéndole saber su negativa para el encuentro íntimo, no obstante lo cual siguió adelante en su cometido. También se dejó en evidencia frente al imputado y su defensor que se trató de un concurso de conductas punibles, ejecutadas de manera homogénea y sucesiva *«ya que el mismo delito se cometió en varias ocasiones»*.

Ahora bien, en cumplimiento de sus funciones de dirección de la audiencia, el juez de garantía requirió a la fiscal para que concretara en cuántas ocasiones había infringido la norma. Así se observa:

Juez: *¿Señora Fiscal, como quiera que ha mencionado un concurso material homogéneo y sucesivo de delitos, para efectos del artículo 31, resultaría, entonces, puntualizar a cuántos concursos nos*

estaríamos refiriendo para este caso puntual?, entonces ha mencionado un concurso material y homogéneo para efectos del artículo 31, entonces, le solicita este estrado puntualizar ¿a cuántos concursos hace alusión?²²

Entonces, señora Fiscal, mencionó un concurso, entonces para efectos punitivos le tocaría, entonces, indicar ¿cuántos concursos imputa la Fiscalía en contra del señor VIVAS IDROBO?

Fiscalía: *Un solo concurso porque fue un solo delito.*

Juez: *Sí, pero cuando habla de concursos se habla de pluralidad de delitos o pluralidad de acciones.*

Fiscalía: *Ahhhh... Uno, entonces.*

La confusión de la fiscal era notoria. Fue sorprendida con la pregunta, al punto que necesitó tiempo para ordenar sus ideas y consultar su soporte; por ello, adujo²³:

Fiscalía: *Un momento pido un recesito para establecer pedacito que no le tenía previsto.*

Juez: *Correcto señora Fiscal.*

Al transcurrir el lapso solicitado, el Juez retomó la vista para indicarle que debía dar respuesta a su inquietud, a lo cual procedió a concretar dos fechas en el mismo mes de octubre del año 2011.

Juez: *Terminado por la Fiscalía el término del receso por la fiscal, se le concede para que conteste lo mencionado²⁴.*

²² Cfr. *Ibidem*. Récord: 15:41.

²³ *Ibidem*. Récord: 16:40.

²⁴ *Ibidem*. Récord: 25:11.

Fiscal: *Si señor Juez, en la medida en que la denuncia de la señora LAURA MARCELA MAMIAM dice que los hechos ocurrieron, que recuerda exactamente, que fueron el 15 de octubre de 2011, el 30 de octubre de 2011 y en ella ratifica que fueron varias veces, y aquí hay 2 fechas, por lo menos dos, ella es bien concreta pues dice que viene sufriendo de las agresiones sexuales en varias ocasiones, pero menciona en su denuncia 2 fechas.*

Juez: *15 de octubre y 30 ... de octubre (termina la idea, al unísono, la Fiscalía)*

Juez: *Otro aspecto que inquieta a este servidor es la explicación que usted realizó de los hechos, adujo que para efectos de las presuntas vejaciones sexuales el señor ELVER VIVAS IDROBO no ejerció violencia, pero como el delito implica actos violentos acorde con el tipo penal, que es acceso carnal violento sería menester que contextualizara ¿en qué forma se predica esas acciones violentas para cometer la vejación?²⁵.*

Fiscal: *Para ser bien específico me voy a permitir leer un párrafo de la denuncia señor Juez: «Resulta que estoy casada [...].*

Juez: *Correcto señora Fiscal, ya verbalizó con respecto a los presuntos actos muchas gracias.*

Lo que se alcanza a advertir con claridad es que ante el apremio para que concretara la imputación más allá del relato de la víctima en su denuncia, la fiscal «ratifica que fueron varias veces, y aquí hay 2 fechas, por lo menos dos, ella es bien concreta pues dice que viene sufriendo de las agresiones sexuales en varias ocasiones, pero menciona en su denuncia 2 fechas». Ello, sin embargo, no significó que la imputación se limitara a esos

²⁵ *Ibidem.* Récord: 26:04.

dos acontecimientos. En realidad, desde un comienzo reveló que en el lapso comprendido entre el 30 de octubre 2011 - incluso desde el 15 de octubre- y el 16 de abril de 2012, se sucedieron varios eventos de la misma naturaleza bajo similares circunstancias, lo que de esa manera le fue enrostrado al procesado.

El funcionario judicial procedió a impartir legalidad a la imputación, al verificar el cumplimiento del artículo 288 *ibidem* referente a la imputación fáctica y jurídica de los hechos y la información clara de allanarse a los cargos, razón por la cual le puso de presente el canon 8° de la misma normatividad, a lo que VIVAS IDROBO se declaró inocente. Por ello, el director de la audiencia dio por terminada la diligencia.

Juez: *Como quiera que no hay más observaciones se establece que la Fiscalía cumplió con los requisitos del artículo 288 referentes a la imputación fáctica y jurídica de los hechos y la información clara al imputado de poder allanarse a cargos. Previamente de escuchar la decisión del señor VIVAS IDROBO, de si acepta o no los cargos, mi deber es ponerle de presente el contenido del artículo 8° del C.P.P. que le concede unos derechos.*

Juez: *Verificado el desarrollo de este acto público entonces se informa sobre las implicaciones y consecuencias que depende del suceso de información para lo cual el despacho avala el acto de imputación realizado por la Fiscalía en contra de ELVER VIVAS IDROBO por un presunto concurso de delitos de actos, de accesos carnales violentos [...].*

En el escrito de acusación²⁶, la Fiscalía dentro de las circunstancias fácticas volvió a revelar el contenido de la denuncia, en primera persona, tal como quedó atrás transcrito, refiriendo nuevamente que «desde el mes de octubre de 2011», el procesado obliga a LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ a tener relaciones sexuales, siendo el último día el 30 de octubre (sic).

Por su parte, en la audiencia de formulación de la acusación la funcionaria anunció que haría unas «adiciones» al escrito de acusación, a lo cual el juez de conocimiento le dijo que sobre la exposición debía informar de estas, a lo cual la representante del ente de investigación asintió de la siguiente manera, incluyendo episodios del año 2012²⁷:

[...]

Aquí la Fiscalía quiere adicionar el escrito de acusación, que estos hechos se volvieron a presentar el mes de febrero del año 2012, en diferentes circunstancias. El señor imputado YONNY la obligaba a tener relaciones sexuales sin su consentimiento. Igualmente, se presentaron estos mismos hechos el 4 de abril de 2012, y el 11, 13, 14 abril de 2012 y que, por eso, al ser reincidente ese tipo de circunstancia es que ella decide denunciarlo el 16 de abril de 2012 ante la URI, adición a los hechos, delito diferente, como adición que los hechos todos ocurrieron en la vivienda ubicada en la calle 18 AN, N° 7-28 del Barrio Ciudad Jardín.

[...]

²⁶ Cfr. Folio 29 a 34 del cuaderno del Tribunal.

²⁷ Cfr. Audiencia de acusación. 22 de septiembre de 2015. Récord: 20:47.

Igualmente, la Fiscalía quiere adicionar esta calificación que es la formulación de acusación que el delito principal es acceso carnal violento cometido, conforme al artículo 31, en circunstancia de concurso, toda vez que, esa misma conducta, se repitió en varias oportunidades, en las fechas antes indicadas, hace que el comportamiento sea homogéneo y sucesivo, se presenta un concurso homogéneo y sucesivo toda vez que fue el mismo bien jurídico tutelado el que se vulneró.

Como quiera que existe un vínculo marital, la Fiscalía considera que se adiciona al escrito de acusación que ese comportamiento es agravado, de conformidad con el artículo 211, concretamente, numeral 5°, que habla cuando se presenta este tipo de comportamiento entre esposos y cónyuges. De ahí que la pena se debe aumentar hasta en otro tanto, con el agravado, con la pena de la agravación del artículo 211 es la siguiente [...].

Incrementado hasta en otro tanto, toda vez que se hace de manera homogénea o concursal o sucesiva, esa sería la formulación de acusación que la Fiscalía adiciona al escrito de acusación.

En realidad, en el trámite de la acusación la Fiscalía no modificó la base fáctica de la imputación y tampoco amplió el espectro de la calificación jurídica dada a las conductas atribuidas al procesado, manteniéndose en la formulación de cargos por un concurso homogéneo de conductas ejecutadas en diferentes oportunidades, concretando en su hipótesis que además de las conductas perpetradas en el año 2011, se establecieron otras fechas de realización (al introducir comportamientos del año 2012 -febrero; y 4, 11, 13 y 14 de abril de 2012) y se adicionó la circunstancia de agravación punitiva planteada en la imputación fáctica sobre la condición de cónyuge de la víctima. Todo lo anterior dentro de la

delimitación temporal hecha en la audiencia de imputación, esto es, del 15 de octubre de 2011 al 16 de abril de 2012.

Por ese motivo, aunque la fiscal haya aludido a «*adicionar el escrito de acusación*», en realidad lo que hizo fue aclarar la imputación en relación con algunas precisiones sobre fechas en las cuales, según la rememoración de la víctima, se habían concretado los comportamientos violentos atribuidos al acusado durante el período de tiempo que había sido señalado desde un comienzo, lo que sin duda hacía parte del núcleo fáctico de la imputación.

Nótese que en ese sentido el Juzgado de conocimiento, en su sentencia, delimitó que el *Acceso carnal violento* ocurrió todos los fines de semana, desde octubre de 2011 hasta abril de 2012, absolviendo por atipicidad de las conductas, pero incluyendo en ese rango temporal las hipótesis que se plantearon como hechos jurídicamente relevantes.

A su vez, el Tribunal, con fundamento en los eventos relacionados en la imputación y en la acusación, dio por probados solo tres accesos carnales violentos:

La Sala, está completamente convencida que ELVER YONNI VIVAS IDROBO, cometió sobre LAURA VICTORIA, por lo menos en tres oportunidades, la conducta punible de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

Ahora, es de precisar que, para respetar el principio de congruencia, la Sala advierte que el pliego de cargos se hace por 6

delitos, pero solo se logran demostrar 3, esto es, los cometidos el 30 de octubre de 2011 y el 13 y 14 de abril de 2012.

Sobre los enunciados por la Fiscalía para el mes de febrero y el 4 y 11 de abril de 2012, no se dijo nada, no se demostró nada, porque la víctima no los menciona en el juicio, luego por presuntos hechos llevados a cabo en estas tres fechas, no se puede condenar, bajo el apotegma según, el cual para condenar no hay que dudar.

Previo a ello, delimitó que el marco de la acusación se circunscribió al delito de *Acceso carnal violento* agravado en concurso homogéneo y sucesivo, realizado el 30 de octubre de 2011 -y en el mes de febrero y los días 4, 11, 13 y 14 de abril de 2012-, de suerte que se estudiaría exclusivamente si se demostraron estos hechos.

Finalmente, sentó que el inicio de los vejámenes fue el 30 de octubre de 2011 y los últimos episodios se realizaron durante tres días seguidos, esto es, el 13, 14 y 15 de abril de 2012, lo que constituye un lapsus pues más adelante concretó la condena en los términos antes transcritos, como quedó en la parte resolutive. En consecuencia, absolvió por los ilícitos de febrero; y, 4 y 11 de abril de 2012.

De lo anterior se puede concluir que desde la misma imputación quedó delimitado como hechos jurídicamente relevantes una sucesión de conductas de la misma naturaleza ejecutadas por el acusado sobre su cónyuge durante el período comprendido entre octubre de 2011 y abril de 2012, relativas a la realización de acceso carnal mediante

violencia en circunstancias semejantes, esto es, los fines de semana cuando se presentaba en estado de embriaguez en horas de la madrugada en la vivienda ubicada en la calle 18 AN, N° 7-28, del barrio Ciudad Jardín de Popayán, en la habitación donde también dormía su hija común, para entonces de dos años de edad.

La violencia, común a todos los eventos, consistió, según esa imputación, en que el acusado dominaba por la fuerza a su esposa LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ y doblegaba su voluntad, a pesar de que ella no consentía en esa clase de conductas y le hacía expresa manifestación de no admitir el encuentro sexual.

Los hechos así imputados, fueron ratificados en la audiencia de acusación, donde además se concretaron, por fechas, varios de los eventos con relevancia penal, conservándose la atribución de los hechos jurídicamente relevantes sin que la característica accidental de la temporalidad alterara la formulación inicial alusiva a que *«los hechos se presentan los fines de semana»* y que *«el mismo delito se cometió en varias ocasiones»*.

Precisamente, de cara a la acusación depurada por la progresión de la actuación procesal y tras el debate durante el juicio oral en el que la fiscalía afianzó su pretensión punitiva bajo la hipótesis claramente delimitada, la defensa del acusado, teniendo claridad sobre los cargos formulados, confrontó las pruebas del acusador y, con fundamento en sus propios medios de conocimiento, planteó una hipótesis

alternativa que inicialmente fue acogida por el juez de conocimiento que emitió sentencia absolutoria en primera instancia, la misma que bajo iguales presupuestos fácticos fue revocada por el Tribunal para declarar penalmente responsable al acusado.

En esas condiciones, tiene que concluirse que la defensa del acusado no fue sorprendida con la incorporación de aspectos factuales que pudieran dar lugar a la aplicación de un tipo penal diferente; tampoco se le abocó a enfrentar hipótesis fácticas diversas a aquellas que fueron dadas a conocer desde un comienzo en la audiencia de imputación. Por lo tanto, no encuentra la Sala que la actuación haya estado condicionada por un vicio de garantía o de estructura, en tanto la formulación de la imputación fáctica permitió al investigado una adecuada defensa, siendo depurada y aclarada en las actuaciones subsiguientes, de modo que existió consonancia fáctica entre los actos de imputación, acusación y los fallos de primera y segunda instancia.

Por lo expuesto, no prospera el cargo por nulidad presentado por el demandante.

Determinado lo anterior, pasa la Sala a estudiar los cargos subsidiarios de la demanda.

2.2. Segundo cargo (subsidiario). Falso juicio de existencia por omisión:

Adujo el demandante que se omitió valorar en su integridad el dictamen sexológico del perito de Medicina Legal CARLOS VICENTE ZÚÑIGA VARGAS, quien determinó que no existían rasgos de violencia física en el examen médico realizado a la víctima.

Sostuvo que, aunque el dictamen obra en el expediente, en el fallo solo se realizó su transcripción, sin que en las consideraciones se analizara a fondo.

Estimó que con dicha prueba pericial saldría avante la teoría exculpatoria de la defensa, pues en su valoración realizada a la víctima dos días después de haber sido objeto de violencia sexual por tres días consecutivos, el perito no encontró ninguna secuela externa que diera cuenta de ese hecho, lo que resulta inverosímil si se tiene en cuenta que en la acusación se dijo que el agresor la tomaba por la fuerza para satisfacer sus deseos sexuales.

Por lo demás, aseguró, no existe prueba sobre la existencia de la agresión sexual violenta -y mucho menos de un concurso de delitos de esa naturaleza-, de tal manera que, de no haberse omitido la valoración de esa prueba pericial, el fallo hubiese sido absolutorio, puesto que no se precisaron con los demás medios de conocimiento las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron cada uno de los hechos atribuidos al acusado.

La postura del profesional del derecho es infundada. Es el propio recurrente quien reconoce que en el fallo se hizo alusión al caudal probatorio con la finalidad de acreditar todos los componentes del delito, lo cual incluyó la alusión al dictamen del médico forense CARLOS VICENTE ZÚÑIGA VARGAS, para lo cual se refirió a los puntos nodales del informe técnico, transcribiendo apartes del examen sexológico y haciendo énfasis en lo relativo al relato de la víctima, obtenido de la anamnesis, concerniente a la inexistencia de agresiones físicas por parte del acusado; la imposibilidad de establecer si hubo delito o consentimiento en las relaciones sexuales; la ausencia de huellas de violencia externa, lo que no descartaba la penetración u otras actividades sexuales; y la posibilidad de que los vestigios de traumas menores se hubieran superado en el tiempo de dos días transcurrido entre la última agresión sexual y el reconocimiento médico.

De ahí que no puede advertirse la existencia del yerro señalado pues en la sentencia se aprecia el análisis global, del cual derivó el elemento de violencia material -referido al sometimiento físico- y esencialmente moral, dado que el *ad quem* no ignoró su contenido. Se evidencia, entonces, que el demandante no apreció que la argumentación del fallo entrelazó diversos medios de conocimiento, entre estos, el dictamen médico legal, el cual sí fue valorado, aunque obviamente su aporte en la definición de la responsabilidad del acusado resultó limitado en tanto la naturaleza de la violencia ejercida sobre la víctima no dejó rastros físicos

perceptibles en el reconocimiento médico, sin que con ello tampoco se pudiera descartar la agresión sexual.

Frente a dicho dictamen pericial echado de menos por el acusado, la Sala debe agregar que las conclusiones del médico legista no se ofrecen especulativas cuando determinó la inexistencia de huellas de violencia externa o el desgarramiento antiguo del himen, con lo que no pudo descartar la violencia sexual ni la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, más aún cuando el propio perito médico sostuvo que para el momento de la evaluación -dos días después de lo sucedido- era posible que se hubieran superado los vestigios de traumas menores.

De modo que la conclusión pericial, vista desde otra perspectiva, no desmiente las manifestaciones entregadas por la víctima en su declaración en el juicio oral relacionada con la repetida conducta sexual de que fue víctima.

En esencia, era esa la conclusión relevante en el análisis del juzgador, sin que haya tenido que entrar en mayores detalles frente a ese medio de conocimiento, pues bien se sabe que en virtud del *principio de selección probatoria*, el sentenciador no está obligado a realizar un examen exhaustivo de todos los medios de convicción incorporados al proceso, sino únicamente de aquellos que considere

fundamentales para sustentar la decisión y de los tópicos útiles y relevantes respecto del tema de prueba²⁸.

En suma, el reclamo del censor no se ajusta a la verdad, según lo puede constatar la Sala, infringiendo de esta manera el principio de corrección material, conforme al cual las razones, fundamentos y contenido del ataque deben corresponder en un todo con la realidad procesal.

El reproche del demandante, en consecuencia, no tiene vocación de éxito.

2.3. Tercer cargo (subsidiario). Error de hecho por falso raciocinio:

El demandante propuso la violación indirecta de la ley sustancial proveniente de errores de hecho por falso raciocinio en la valoración de los testimonios de la psicóloga forense NATALY VILLEGAS RONDÓN y de la víctima LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ, con los cuales, sostuvo, se desconocieron los postulados de la sana crítica, al no integrarse con los criterios de las máximas de la experiencia y las leyes de la lógica y la ciencia.

Por ello, opinó que es equivocada la inferencia razonable para acreditar el elemento normativo del tipo penal relativo a la violencia, el cual no se podía derivar de la conclusión de la

²⁸ Cfr. CSJ SP, 12 may. 2021, rad. 55687; CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 52341; CSJ AP, 20 abr. 2019, rad. 54870; CSJ SP, 1 nov. 2017, rad. 47960; CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 34197, entre otras.

profesional VILLEGAS RONDÓN, máxime cuando se desconocieron «*los principios del silogismo racional*», al no haber certeza de las conclusiones del dictamen pues se obvió el origen del hecho estresante de la víctima y su relación con el delito, así como el método científico utilizado.

Al respecto, hay que precisar que el *ad quem* dio por demostrado tanto la violencia física como la moral, basado en la versión de la víctima.

Así, concluyó que:

Cuenta que la primera investida sexual sucedió el 30 de octubre de 2011, momento en el que el acusado llegó a la madrugada y empezó a forzarla para tener relaciones sexuales, sucumbiendo ella a la libido de su ex esposo, después [de] haberle pedido, implorado e incitado para que ello no sucediera.

Inclusive, valórese que en esta oportunidad, no conforme el encartado con haber arremetido contra la dignidad de LAURA VICTORIA, pues, la invadió sexualmente, se dirigió al armario, tomó su arma, en tanto era investigador privado, la cargó con un tiro, salió al patio del apartamento y disparó provocando una notable intimidación en la víctima, que la marcó y le dejó claro los alcances de su verdugo.

Demostrado está que en esta ocasión, la afectada, le exteriorizó a ELVER YONNY de manera reiterativa que no quería tener contacto sexual con él, pero, éste hizo caso omiso y con la fuerza de su cuerpo dobló a LAURA y la accedió.

Si la denunciante le manifestó insistentemente a su esposo que no era el momento para tener acercamientos de tipo sexual, ELVER

YONNY debía respetar esa libre determinación y no desplegar actos lesivos sobre ella.

La violencia aquí se presentaba de forma concomitante al acceso, en cuanto, ella se resistía avisándole enfáticamente que no deseaba que ello ocurriera, sin embargo, su voluntad era omitida y terminaba siendo lesionada en su integridad sexual.

Del anterior análisis, se concluyó que la víctima sucumbió ante la fuerza corporal del procesado y ante la intimidación que le producía el temperamento de este, siendo consciente que tenía un arma de fuego que, aunque estaba amparada, le generaba una amenaza latente con tal fuerza que la atemorizaba.

En relación con los dictámenes periciales y, en general, los conceptos técnicos aportados a la actuación penal, la Sala ha precisado que deben ser valorados por el juez a la luz de los postulados de la sana crítica²⁹.

En ese sentido, valoró el juez colegiado como relevante en la corroboración del testimonio de la víctima que, conforme a lo dictaminado por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, no existían indicios de fabulación en el relato de la víctima; los síntomas evidenciados por LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ eran compatibles con una respuesta de ajuste secundario a la vivencia de un hecho estresante; y, que resultaba compatible en un contexto de victimización la

²⁹ CSJ SP-2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637.

práctica de relaciones consentidas cuando al mismo tiempo se presentaba una dinámica de abuso sexual.

La forense psicóloga NATALY VILLEGAS RONDÓN no asumió de manera categórica que la respuesta de ajuste secundario y el contexto de victimización respondían a los eventos traumáticos de la violencia sexual aducida por MAMIAN LÓPEZ. Planteó, eso sí, su compatibilidad con esa especie de circunstancias estresantes narradas por la víctima, dejando claridad sobre que al momento de la evaluación (14 de septiembre de 2012) no había hallazgos de psicopatología significativa, aunque, precisó, sí le dejaron reacciones psicológicas asociadas a los hechos como lo son: creencias negativas en torno a la vida en pareja; temor a represalias del procesado; y, sentimientos de culpa por el estado de reclusión del padre de su menor hija³⁰.

Tales aspectos, bien podían ser abordados por el fallador para formar su juicio en torno a la verosimilitud del testimonio de la víctima, como en efecto se hizo, sin que pueda afirmarse que fundó la responsabilidad del acusado exclusivamente en la prueba pericial en cuestión.

Sobre ello, debe resaltarse que el demandante no concreta ninguna censura relativa a que la valoración del juez haya quebrantado alguno de los postulados de la sana crítica, centrando su cuestionamiento en que no se estableció el grado de certeza de la prueba psicológica, lo que, como se

³⁰ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 1:42:51.

acaba de ver, no se ajusta a la realidad; en que no se determinó de manera detallada el daño moral causado a la víctima, asunto que igual fue sopesado en la experticia; y, en que se desconoció que la víctima admitió haber sostenido relaciones sexuales consentidas posteriores a las primeras agresiones, lo que igualmente fue abordado en el dictamen.

Por otro lado, la víctima LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ en su declaración durante el juicio, fue enfática en afirmar que fue vencida por la fuerza física de su cónyuge³¹, quien no solamente desoyó sus súplicas y desconoció la falta de su consentimiento en las acciones emprendidas, sino que le transmitió el temor latente del arma de fuego que guardaba en el armario común y que empleó luego de una de sus iniciales agresiones sexuales.

En ese sentido resultan infundadas las críticas ofrecidas por el demandante en relación con la valoración del testimonio de LAURA VICTORIA MAMIAN LÓPEZ, frente al cual se limita a sostener que el Tribunal quebrantó los postulados de la sana crítica, sin que desarrollara su censura en torno al principio de la ciencia, paradigma de la lógica o regla de la experiencia que pudieron ser infringidos en la estimación probatoria. Simplemente, presentó su valoración personal acerca de los medios de prueba practicados en el juicio, aspecto que carece de cualquier trascendencia a esta altura de la actuación, en la medida en que la casación procede ante el descubrimiento de un error en la sentencia de segunda

³¹ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 29:51; y, 43:20.

instancia, y no frente a opiniones distintas o criterios divergentes.

De otra parte, a pesar de haber formulado un falso raciocinio en la valoración del testimonio de la víctima, al finalizar el cargo, contradictoriamente señaló que este fue tergiversado en cuanto la violencia derivada del disparo acaeció con posterioridad al supuesto vejamen.

Sin embargo, aun superando ese aspecto técnico, se observa que el Tribunal fue fiel al contenido del testimonio de LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ, quien refirió que no hubo agresión física por parte del acusado en sus acciones realizadas en contra de la voluntad de su cónyuge. Tampoco asumió que el acusado empleara el arma de fuego, en el evento del 30 de octubre de 2011, como medio coactivo para lograr su cometido de acceder sexualmente a la víctima. Bien se sabe que en esa ocasión el uso del arma se produjo una vez consumada la conducta sexual.

Sobre el particular se advierte que el demandante trastocó los argumentos del fallo en cuanto que jamás se afirmó que la violencia sucedió luego de consumado el hecho, sino que ese comportamiento, unido al porte del arma, la intimidó en las situaciones futuras, pues sabía de los alcances del verdugo, pues el 30 de octubre de 2011, enfadado por la resistencia de LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ, cogió ese elemento, el cual guardaba en el armario, la

accionó, y luego la volvió a cargar quedándose dormido con la misma³².

En consecuencia, el cargo no prospera.

3. Sobre la doble conformidad

Desestimados los cargos formulados por el recurrente, en el propósito de satisfacer el principio de doble conformidad la Corte estima necesario hacer algunas consideraciones en relación con la responsabilidad del acusado ELVER YONNI VIVAS IDROBO, no sin antes hacer referencia a: (i) la perspectiva de género que obliga a contextualizar lo sucedido evitando los sesgos y prejuicios que ponen a la mujer en un plano de inferioridad y subordinación frente al agresor; y, (ii) la tipicidad del delito de *Acceso carnal violento*, especialmente en lo que atañe al elemento alusivo a la violencia en términos de ausencia de consentimiento de la víctima.

3.1. Los estereotipos de género en la administración de justicia:

No puede pasar por alto esta Sala que en la sentencia de primera instancia, sobre cuya fundamentación la defensa pretende desvirtuar los argumentos presentados en el fallo del Tribunal, se formulan estereotipos de género que hacen recaer en la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible,

³² Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 43:20.

obligaciones relativas a un determinado comportamiento que, a priori, estaba llamado a asumir en su condición de víctima.

Ello se derivó de dos ideas fundamentales expresadas como sustento para concluir que no se probó la tipicidad de las conductas atribuidas al acusado: (i) lo ilógico de que una mujer adulta, profesional, con trabajo estable, con apoyo de su familia, soportara durante 7 meses la violencia sexual sin presentar la denuncia, siendo inverosímil que la demora se originara en *«la excusa de salvar el matrimonio»*; y, (ii) tratándose de un matrimonio, *«las relaciones sexuales son prácticamente obligatorias, al tenor de lo dispuesto en la legislación civil que regula»* tal contrato; por lo que para la demostración del hecho la Fiscalía no podía *«limitarse simplemente a los dichos de la denunciante carentes de respaldo probatorio»*.

En dichas aserciones se desconoce que hoy en día se impone *«un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción»*³³. Así, bajo una perspectiva de género, no le es exigible a la mujer víctima de una conducta sexual violenta observar un determinado comportamiento frente a la agresión; tampoco se puede demandar de ella la renuncia a sus libertades en materia de elección y consentimiento sexuales.

Ha precisado la Corte que la vinculación de los funcionarios judiciales a una perspectiva de género les

³³ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 2016.

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 una agresión sexual³⁴, 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»*³⁵.

De ahí que la asunción de una perspectiva de género garantiza la adecuada apreciación de los delitos de violencia sexual. Sin ella, no se facilitaría 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 inaceptables:

La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre

³⁴ CSJ SP-1793-2021, 12 may. 2021, rad. 51936; CSJ SP-3274-2020, 2 sep. 2020, rad. 50587; CSJ SP-2136-2020, 1º jul. 2020, rad. 52897.

³⁵ *Ibídem.*

abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales.³⁶

Frente al punto, en el contexto interamericano, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de Belém do Pará [14 de agosto de 1995]*, en su preámbulo, señaló que la violencia contra la mujer es «una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres» y reconoció que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.

Por su parte, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de las Naciones Unidas [Resolución de la Asamblea General N°. 48 de 20 de diciembre de 1993], incluyó, como acto de violencia, entre otros, *la violación por el marido*³⁷.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos asoció la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y

³⁶ CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 41457.

³⁷ *Artículo 2º: Se entenderá que la violación contra la mujer abarca los siguientes actos, sin limitarse a ellos: a) La violación física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación. Cfr. Naciones Unidas. file:///C:/Users/TEMP.LAPTOP-4NA6DJC2.000.001.002.003.004/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/DecEliminacionViolenciaMujer%20(1).pdf.*

persistentes, «[...] las cuales se agravan cuando [...] se reflejan implícita o explícitamente en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades [...]»³⁸ . De ahí que dicho Tribunal estimó:

*[...] la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos*³⁹.

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

De allí que 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:

³⁸ Caso GONZÁLEZ y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

³⁹ Caso VELÁSQUEZ PAIZ y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015.

(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.⁴⁰

3.2. La tipicidad de la conducta de Acceso carnal violento:

Sobre la tipicidad del delito de *Acceso carnal violento*, esta Sala ha dicho que por violencia «se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica —intimidación o amenaza— que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta»⁴¹.

El tipo penal en cuestión no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna, resultando irrelevante la conducta que asuma frente al agresor:

En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, [...] no es procedente abordar las calidades y condiciones

⁴⁰ CSJ SP-4135-2019, 1° oct. 2019, rad. 52394.

⁴¹ CSJ SP, 26 oct. 2006, rad. 25743.

*de la víctima, ni mucho menos estimar si se debió haber comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido (es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor.*⁴²

Así mismo, se subrayó en lo concerniente al ingrediente de la violencia, que dicho «*elemento normativo del tipo [...] no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de esta)*»⁴³.

La Corte ha recordado que este criterio tiene sustento legislativo⁴⁴. El numeral 2 del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, consagró 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, se estipuló en el numeral 1° de tal precepto que la aquiescencia tampoco podrá derivarse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando esta no sea voluntaria y libre.

Tales recomendaciones establecidas en la citada Ley 1719 de 2014 bajo los criterios que ya habían sido desarrollados por la jurisprudencia de la Sala, tal como se acabó de precisar, son de aplicación general y de *interpretación*

⁴² CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508.

⁴³ Ibídem. En el mismo sentido, CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 21691.

⁴⁴ CSJ SP-1793-2021, 12 may. 2021, rad. 51936.

*auténtica*⁴⁵ para todos aquellos delitos sexuales que incluyen a la violencia como elemento típico, así sean anteriores a su promulgación⁴⁶.

Otras normas se han ocupado de la misma materia. Así, el artículo 38 de la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, o Ley de Víctimas (por medio de la cual se dictaron medidas de protección a «*aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985 [...] con ocasión del conflicto armado interno*» -artículo 3), señaló dentro del ámbito de los principios probatorios en casos de violencia sexual que el consentimiento (i) «*no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual*» (numeral 3), (ii) tampoco «*de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento voluntario y libre*» (numeral 2), ni (iii) «*cuando la fuerza, la amenaza de fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad [para consentir]*» (numeral 1).

Igualmente, la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobadas en el orden interno por la Ley 1268 de 2008, declarada exequible por la Corte Constitucional en el fallo CC C-801/09, consagró idénticos preceptos en casos de

⁴⁵ En la teoría del derecho, se denomina interpretación auténtica a la «*llevada a cabo por el propio legislador mediante una ley posterior, cuyo contenido consiste precisamente en determinar el significado de una ley precedente*»: GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 92.

⁴⁶ *Ibidem*: «*Según la opinión tradicional, las leyes de interpretación auténtica no introducen innovaciones en el derecho, se limitan a determinar el significado de una ley preexistente, de modo que no crean normas nuevas, sino que simplemente “reconocen” normas preexistentes. Por esta razón, tales leyes son comúnmente consideradas retroactivas: la ley interpretada, se supone, tenía ya el significado que ahora el legislador le atribuye*».

violencia sexual cometidos en el contexto de delitos de lesa humanidad y contra el Derecho Internacional Humanitario en relación al supuesto consentimiento de la víctima:

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

De lo anterior se deduce que la víctima no se encuentra obligada a actuar de determinada manera o a desplegar deberes de acción para que se pueda establecer que la conducta del autor es violenta. Corresponde al juez valorar la idoneidad del comportamiento perpetrado por el actor en atención de las circunstancias particulares de cada asunto, lo que implicaría considerar todas las contingencias (incluidas la inactividad, el pánico y la total subordinación de la víctima) ante las agresiones sexuales. Así lo ha precisado la Corte:

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

Cuando la Corte, en la sentencia CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413, arguyó que la violencia física en el acceso carnal consistía en cualquier vía de hecho suficiente para «vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado»⁴⁷, jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan solo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención de las circunstancias particulares, lo que implicaría considerar todas las contingencias (incluidas la inactividad, el pánico y la total subordinación) frente a las agresiones sexuales.⁴⁸

3.3. La responsabilidad del acusado:

A lo largo de la demanda se planteó el disenso alrededor de tres ejes: (i) la sobrevaloración del testimonio de la víctima; (ii) la atipicidad de la conducta por la ausencia de la violencia física o moral; y, (iii) la falta de medios de conocimiento para fundamentar una condena.

Al respecto, debe resaltarse que durante el juicio oral no se demostró que la víctima tuviera razones para inventar esta historia con la finalidad de perjudicar a ELVER JONNY VIVAS IDROBO, a sabiendas de la propia victimización de la agredida. Por el contrario, lo que se estableció es que la familia de esta última tenía empatía con el procesado, como uno más de sus integrantes, motivo por el cual los padres de cada uno de los cónyuges participaron en diálogos tendientes a arreglar la situación intrafamiliar. Por ello, según el testimonio de LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ, tomó las

⁴⁷ CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413.

⁴⁸ CSJ SP-12161-2015, 9 sep. 2015, rad. 34514.

medidas que consideró pertinentes para rescatar la armonía de pareja, sin que esto último descarte la ilicitud del comportamiento.

Frente a los ejes de disenso se observa, en primer término, que las manifestaciones de MAMIAM LÓPEZ no pueden analizarse como la simple contraposición de la versión que ofrece el agresor al punto de exigirle más evidencias que sus afirmaciones, si son el resultado de la correspondencia a circunstancias propias del momento en que ocurrieron, más cuando suceden en el interior del hogar.

De ahí la importancia del testimonio de quien sufre el vejamen, en especial por el hecho de que en la mayoría de los eventos es sobre su propio cuerpo donde se vierte el acto libidinoso del agresor, por lo que no quedan rastros materiales de la agresión sexual, tal como ocurrió en este evento.

Sobre el particular, esta Sala tiene dicho que el testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que queda evidencia física, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito y la responsabilidad del acusado⁴⁹.

⁴⁹ CSJ SP30690-2019, rad. 54085.

Sin embargo, los eventos en que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada⁵⁰.

Por ello, al ponderar la versión de los hechos el *ad quem* encontró más creíble las manifestaciones de LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ, quien denunció, ante la constante vulneración a su dignidad, por la agresión verbal, física, psicológica y sexual ejercida en su contra. Y, a pesar de sus intentos de un cambio de comportamiento del acusado, la situación siguió presentándose, en especial, los fines de semana cuando llegaba alicorado, forzándola a tener relaciones sexuales, describiendo la escena como una «agresión a la fuerza».

De esa manera, relató que durante varios meses desde octubre de 2011, su cónyuge ELVER YONNY VIVAS IDROBO la sometió a repetidas conductas lesivas de su libertad sexual. Así narró lo ocurrido en su alcoba conyugal:

A partir del mes de octubre de 2011 empecé a ser violada, accedida violentamente por parte de él. No fueron una o dos veces,

⁵⁰ CSJ SP-3069-2019, rad. 54085, reiterado en CSJ SP-859-2020, rad. 56997.

fue una situación reiterada durante... a partir de octubre hasta el mes de abril de 2012.⁵¹

Entrando en detalles sobre lo ocurrido el 30 de octubre de 2011, punto de partida para eventos semejantes repetidos en el futuro, relató:

El 30 de octubre de 2011, YONNY llega en la mañana. Estaba yo con la niña en el apartamento. Inició, como había pasado un par de veces antes, a forzarme a tener relaciones sexuales con él; en esa ocasión me resistí un poco, la niña también empezó a llorar, me empezó a golpear la espalda, a decirle que por favor no me hiciera daño. Sus palabras decía no moleste a mamá. Ese día cuando él termina de hacer la agresión sexual y enojado porque me resistí, porque le pedí, porque le imploré, porque le dije que me dolía, porque la niña estaba presente... se enojó mucho, sacó su arma del armario donde compartíamos la ropa, la cargó con un disparo, salió del cuarto, cerró la puerta y se fue hacia el patio del apartamento, estando allá disparó el arma, por supuesto estaba yo muy asustada... Cuando regresé nuevamente al cuarto me dice pues que la situación está difícil, que se siente mal. Vuelve a cargar el arma con las balas que tenía y se acuesta en la cama con el arma a su lado y se queda dormido.⁵²

El empleo de un arma de fuego para expresar su inconformidad ante la repulsa ofrecida por su cónyuge ante sus propósitos de conjunción sexual, representó para ella, a partir de ese momento, una amenaza latente, evocación que explica su miedo, que confluyó en la materialización sexual sin su consentimiento:

⁵¹ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 26:55.

⁵² Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 29:09.

Posterior a ese 30 de octubre, yo ya sabía que si oponía resistencia, si yo le rogaba que no lo hiciera, pues ya había sacado un arma y puso un precedente y me intimidó demasiado. De ahí en adelante siguieron ocurriendo los hechos los fines de semana.

Relató que el 15 de abril de 2012 fue la última vez que, tras tres días de agresiones sexuales, resultó violentada por su compañero:

La última vez fue el domingo 15 de abril de 2012. Ese día yo tenía una reunión, en la ducha me agredió sexualmente en presencia de la niña, nos vestimos, nos cambiamos, cuando yo ya iba a salir para mi trabajo él volvió, me desvistió, me obligó estar con él sexualmente.⁵³

Interrogada sobre las formas de violencia empleadas por el acusado en sus conductas de ayuntamiento sexual, refirió:

Ese día (30 de octubre) y en los demás hechos que ocurrieron es obligarme sin mi consentimiento a tener relaciones sexuales con él, sin importarle ni la presencia de la niña ni que yo me resistiera ni verbal ni físicamente a lo que él quería que hiciera.⁵⁴

Ya se ha señalado que en esta clase de conductas solamente la aquiescencia manifestada por la víctima puede excluir el tipo penal. De manera que la ausencia de consentimiento en una relación sexual vulnera el bien jurídico de la libertad, resultando irrelevante el análisis de la

⁵³ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 39:55.

⁵⁴ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 53:01.

conducta de la víctima relativa al tipo de resistencia que debió ofrecer para no facilitar la producción del resultado típico⁵⁵

En ese sentido, sin duda, bastaba que la víctima, como lo narró LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ, le hiciera manifestación al acusado de su propósito de no sostener relaciones sexuales para que éste declinara en su intención de accederla carnalmente (le pidió, le imploró y le dijo que le dolía, para que cesara en sus avances, según lo narró). Pero, además, relató, el acusado persistía incluso ante su oposición física, resultando fácilmente doblegada su voluntad ante la fuerza física que imprimía a la acción.

Ciertamente, ese modo de proceder del victimario, generando un evidente entorno de coacción, determinó que LAURA VICTORIA se sometiera a su voluntad, penetrándola vaginalmente en diversas oportunidades. Las conductas relativas a sojuzgar a su cónyuge para consumir el ayuntamiento sexual tenían una clara connotación de violencia en los términos del artículo 212A del Código Penal, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, puesto que así no haya prevalecido la violencia física -más allá de la dominación de la víctima por la fuerza-, se hace elocuente un contexto sistemático de coacción psicológica, la amenaza latente del uso de la fuerza, la intimidación, la generación de temor a la violencia y la opresión psicológica, todo lo cual

⁵⁵ CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508.

constituye el llamado *entorno de coacción* que estructura el tipo penal de *Acceso carnal violento*.

No es cierto, por demás, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, que las relaciones sexuales sean obligatorias en el matrimonio -como lo sostuvo el *a quo*-, al punto de imponerse sobre la mujer deberes conyugales que puedan sojuzgar su voluntad y la obliguen al sometimiento por la coerción o la fuerza de su marido.

El vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga al hombre ningún derecho sobre la sexualidad de la mujer y cuando el contacto íntimo se obtiene con la clara negativa de la víctima y/o recurriendo a la intimidación o a la fuerza, como ocurrió en este caso, se presenta una afectación a su libertad de decidir sobre su propia sexualidad, sin que la condición de cónyuge pueda menguar el contenido del bien jurídico tutelado de la libertad sexual, el que se protege con la misma intensidad si se trata de una mujer casada o en pareja, como sucede con cualquier otra mujer.

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 moderna⁵⁶.

⁵⁶ CSJ SP-1793-2021, 12 may. 2021, rad. 51936. En ese sentido, FLETCHER, George P., *Las víctimas ante el jurado*, (traducción de Juan José Medina Ariza y Antonio Muñoz Aunión. Revisión, prólogo y notas de Francisco Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 170.

De otro lado, la verosimilitud del relato entregado por LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ no se afecta por el hecho de que se haya tardado varios meses en solicitar medidas de protección y denunciar los hechos. Resulta razonable que ante los insistentes actos de agresión sexual ella mantuviera la ilusión de recomponer la vida familiar con su esposo, como lo narró.

Igualmente, tampoco existe un modelo de conducta a seguir impuesto a la mujer para definir el momento de la denuncia de los hechos de que es víctima, fundado en sus condiciones personales, su nivel educativo o el apoyo de su familia. Por lo tanto, es irrelevante que no haya denunciado inmediatamente los actos repetidos de agresión sexual de que era víctima y que lo hiciera seis meses después del primer acto. Tal aspecto hace parte también de su libertad de determinación.

En ese sentido, EMIRO MAMIAM GUZMÁN, padre de la víctima, confirmó el comportamiento agresivo de su entonces yerno y las intensas reuniones familiares para lograr la paz familiar, lo cual logra ratificar periféricamente el contexto del clima de la relación de pareja, sin que haya presenciado de manera directa la agresión sexual, aspecto que no contradice la versión de LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ⁵⁷, lo que explica la tardanza, si es que la hubo, para presentar la denuncia.

⁵⁷ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 54:15.

De igual manera, si bien el concepto del médico legal CARLOS VICENTE ZÚÑIGA VARGAS de 17 de abril de 2012, hace alusión a episodios del «15 de abril de 2012 y octubre de 2011», este último aspecto coincide con el testimonio de LAURA MAMIAM LÓPEZ, quién señaló ese mes como el referente temporal de los vejámenes⁵⁸.

De todos modos, en relación con el dictamen pericial rendido por dicho profesional, basta reiterar que la ausencia de hallazgos en el cuerpo de la víctima en realidad no es indicativa de la inexistencia de la violencia sexual y, por supuesto, tampoco determina la realización por parte de ella de actos de resistencia física. En realidad, la opinión pericial no infirma en este caso lo declarado por la víctima de la conducta lesiva de su sexualidad.

Relevante resulta, como ya se ha precisado, el dictamen rendido por NATALY VILLEGAS RONDÓN, psicóloga del Instituto de Medicina Legal, quien frente al relato de los hechos que recibió de la víctima concluyó que no existían indicios de fabulación y que evidenciaba en ella síntomas que podían ser asociados al evento traumático narrado. Además, sostuvo que en un contexto de victimización al que se vio enfrentada se entiende la práctica de relaciones consentidas cuando al mismo tiempo se presentaba una dinámica de abuso sexual.

Por su parte, la prueba de descargos no tuvo la fuerza de enervar el valor probatorio de la versión de la víctima.

⁵⁸ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 1:20:20.

En efecto, las manifestaciones del procesado, quien es rotundo en negar los hechos que lo incriminan, no tienen respaldo ni siquiera en los testimonios de los psicólogos DOLLY MARGOT VIVEROS⁵⁹ y GERMÁN DUARTE RODRÍGUEZ⁶⁰, presentados por la defensa. La primera, por cuanto admitió que solo hizo una «cita de encuadre» con LAURA VICTORIA MAMIAM LÓPEZ, lo cual, según refirió, es insuficiente para conocer la problemática concerniente a la agresión sexual -máxime cuando reconoció ser cercana al entorno familiar del procesado⁶¹-. El segundo, tan solo afirmó que el acusado no presentó alteración de la estructura de su personalidad, lo cual no descarta la ocurrencia del ilícito y su responsabilidad penal.

En lo que atañe con la negativa del acusado a aceptar que accedió carnalmente a su cónyuge, sin su consentimiento, no encuentra la Sala ninguna razón de peso que respalde sus aseveraciones. Afirmar, como lo hizo que sostenía con su esposa «una relación normal» y que en sus encuentros sexuales mediaba siempre el consentimiento de ella, se opone al sentido de la realidad cuando se acreditó que por mucho tiempo LAURA VICTORIA trató de recomponer la relación sumida en crisis por esa clase de conductas violentas, evitando la denuncia de los hechos hasta que la situación se le hizo insostenible.

⁵⁹ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Récord: 2:10 (tercera grabación).

⁶⁰ Juicio oral. 17 de octubre de 2017. Récord: 4:30.

⁶¹ Juicio oral. 23 de junio de 2017. Esta profesional declaró en calidad de perito y como testigo. A pesar de que se pretendió introducir su dictamen, fue recusada, aspecto aceptado por el Juez de Conocimiento.

Por lo mismo, no resulta creíble que el motivo de la denuncia tuvo que ver con que ella se enteró de una relación extramatrimonial que sostenía por aquella época, como lo plantea el acusado. De ese acontecimiento no se presentó prueba alguna por la defensa, pero aun de ser cierto no sería una circunstancia que, sin otra connotación, lograra justificar que MAMIAM LÓPEZ, dominada por el ánimo de venganza, comprometiera a su cónyuge en hechos de tanta gravedad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: No casar el fallo recurrido.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 24 de agosto de 2018, mediante la cual condenó por primera vez a ELVER YONNI VIVAS IDROBO en calidad de autor el delito de *Acceso carnal violento*, agravado, en concurso de conductas punibles.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



**FABIO OSPITIA GARZÓN
CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



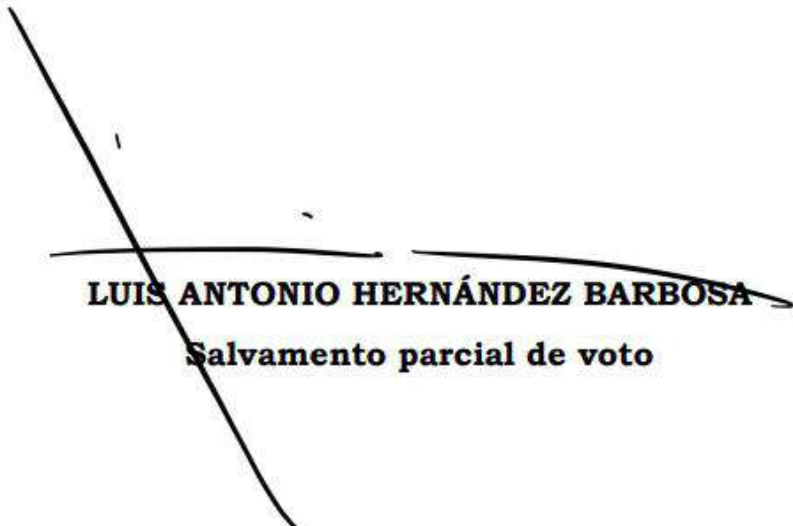
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Salvo parcialmente el Voto



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Salvamento parcial de voto



HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

Sala Casación Penal @ 2022

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por las determinaciones de la mayoría, me permito consignar los motivos por los cuales me aparto parcialmente de la decisión, pues considero que el casacionista tiene razón cuando sostiene que en este caso se conculcó el mandato del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, por no existir correspondencia debida entre los hechos endilgados en la imputación, con los atribuidos en la acusación y los que sirvieron de fundamento a la condena.

1. En la diligencia de formulación de la imputación, la fiscalía, al cumplir la obligación de determinar los hechos jurídicamente relevantes, fue manifiestamente inexacta, lo cual condujo a que el juez de garantías, con razón, la reconviniera para que concretara los episodios delictivos que le imputaba el indiciado.

En una actitud que dejaba al descubierto la absoluta falta de preparación de la audiencia, la fiscal del caso solicitó a la juez *«un recesito para establecer [ese] pedacito que no lo tenía previsto»*, luego de lo cual continuó la diligencia, en los siguientes términos:

*«[...] **Juez:** Terminado (sic) por la Fiscalía el término del receso por la fiscal, se le concede para que conteste lo mencionado.*

***Fiscal:** Si señor Juez, en la medida en que la denuncia de la señora LAURA MARCELA MAMIAM dice que los hechos ocurrieron, que recuerda exactamente, que fueron el 15 de octubre de 2011, el 30 de octubre de 2011 y en ella ratifica*

que fueron varias veces, y aquí hay 2 fechas, por lo menos dos, ella es bien concreta pues dice que viene sufriendo de las agresiones sexuales en varias ocasiones, pero menciona en su denuncia 2 fechas.

Juez: *15 de octubre y 30... de octubre (termina la idea, al unísono, la Fiscalía)». ¹*

Como puede verse, la formulación de imputación terminó circunscribiéndose a dos episodios sexuales, ocurridos, de acuerdo con la fiscalía, el 15 y 30 de octubre del 2011, por lo que en virtud de los principios que definen la estructura conceptual del proceso, es a ellos a los que se concretaba a partir de ese momento su objeto.

Es posible que existieran otros episodios de similar naturaleza, pero lo cierto es que, objetivamente, solo fueron imputados estos dos por parte de la fiscalía, quien es la titular de la acción, de la imputación y de la acusación. Luego no es acertado sostener que, porque la víctima, en su denuncia, hizo mención a otros posibles sucesos, también ellos quedaban incluidos en la imputación.

2. En la formulación de acusación, la fiscalía, so pretexto de introducir una adición, amplió el marco fáctico de la imputación, pues, a los episodios delictivos ya imputados, agregó otros, ocurridos presuntamente en el mes de febrero del 2012, sin especificar su número ni sus particularidades, y tres más los días «11, 13, 14 abril de 2012».

¹ Récord: 25:11 (Cfr. Folio 24 del fallo).

Esta introducción sorpresiva de nuevas conductas punibles, resulta abiertamente ilegal, por desconocimiento de la estructura conceptual del proceso, pues si la fiscalía tenía nuevos hechos delictivos para imputar, debió realizar una diligencia de imputación adicional, para notificar al procesado y la defensa de su inclusión y permitir la activación del derecho de defensa frente a ellos.

3. En el fallo del tribunal, contentivo de la primera condena, se declaró responsable a **ELVER YONNI VIVAS IDROBO** por los hechos ocurridos el 30 de octubre de 2011 y el 13 y 14 de abril de 2012. Es decir, por un hecho incluido en la formulación de la imputación y en la acusación (el ocurrido 30 de octubre de 2011) y por dos hechos que no hicieron parte de la formulación de imputación.

Esto torna ilegal las dos últimas condenas, por desconocimiento del principio de congruencia, en cuanto se está imputando responsabilidad por hechos por los cuales no se formuló imputación. Por eso, fui del criterio que se condenara únicamente por el delito perpetrado el 30 de octubre de 2011 y se anulara la actuación cursada en relación con las otras conductas, en atención a que por ellas tampoco se podía absolver.

Insisto, al igual que lo hice en el desarrollo de los debates, que los hechos que deben tenerse en cuenta para la verificación de la existencia del vicio de congruencia son los hechos expresamente endilgados por la fiscalía en la imputación y en la acusación, no los hechos a los cuales

haya podido aludir la víctima en su denuncia, por no ser ella la titular de la acción penal.



FABIO OSPITIA GARZÓN
Magistrado

Fecha, *ut supra*.

Sala Casación Penal @ 2022



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Casación acusatorio N° 54189
CUI 19001600072420120007601
ELVER YONNI VIVAS IDROBO

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar parcialmente el voto respecto de lo determinado en el presente asunto, como quiera que advierto una flagrante violación del debido proceso cuando se emitió condena por delitos que no fueron objeto de imputación.

Sobre el tema, no se hace necesario destacar en este salvamento el carácter nuclear que encierran los hechos jurídicamente relevantes, de cara al contenido de la imputación, la acusación y el fallo, pues, en la decisión de la cual me aparto parcialmente, se hizo una adecuada y suficiente síntesis normativa y jurisprudencial, que condensa sus efectos sustanciales respecto del debido proceso, el derecho de defensa, el postulado de contradicción y el principio de congruencia.

Lamento, sí, que una vez determinado ese valor esencial inserto en la adecuada y suficiente relación de los hechos jurídicamente relevantes, la decisión se aparte del que debería ser su fundamento, para soportar una condena injusta, a partir de afirmaciones que, lo digo con enorme

respeto, no consultan adecuadamente lo que ocurrió en la audiencia de formulación de imputación y las subsecuentes.

En la misma decisión se hace un recuento de la forma en que discurrió la audiencia preliminar de formulación de imputación, hasta verificarse que, si bien, al inicio del recuento fáctico estimado hipótesis plausible por la Fiscalía, se referenció un espacio de tiempo como el propio de las varias ejecuciones punibles atribuidas al hasta entonces indiciado, fue, precisamente, por ocasión de la indeterminación en el número o condiciones de los varios delitos de contenido sexual atribuidos, que el juez de control de garantías le pidió de forma expresa precisar cuáles conductas en concreto se estiman sucedidas.

La Fiscalía no supo explicar el punto (adujo inicialmente que se trataba de un solo delito), razón por la cual se le otorgó un tiempo para coordinar sus ideas.

Reanudada la diligencia, esto dijo:

Fiscal: *Si señor Juez, en la medida en que la denuncia de la señora LAURA MARCELA MAMIAM dice que los hechos ocurrieron, que recuerda exactamente, que fueron el 15 de octubre de 2011, el 30 de octubre de 2011 y en ella ratifica que fueron varias veces, y aquí hay 2 fechas, por lo menos dos, ella es bien concreta pues dice que viene sufriendo de las agresiones sexuales en varias ocasiones, pero menciona en su denuncia 2 fechas.*

Juez: *15 de octubre y 30... de octubre (termina la idea, al unísono, la Fiscalía)*

Se hace evidente, así, que la Fiscalía, pese a su imputación genérica inicial, terminó por delimitar en dos los delitos atribuidos al procesado, con detalle específico de las fechas de ocurrencia.

Y, si existiera duda sobre el particular, es claro que el juez de control de garantías, como soporte fáctico de la imputación, terminó por significar, de consuno con la Fiscalía, que los punibles fueron dos, ocurridos el 15 y 30 de octubre de 2011.

De esta manera, cuando se ha realizado una intervención directa del juez y de ello surge una precisión detallada de los delitos atribuidos, no es posible soportar una distinta atribución penal a partir de lo que inicialmente dijo el fiscal o de la confusión en que pudo incurrir este, pues, es claro que ambas circunstancias fueron superadas por la actuación posterior del fiscal y la aceptación que a ello otorgó el juez.

Sobra recalcar que la actuación del juez, como expresamente se consigna en la transcripción citada, se encaminó a delimitar con claridad los hechos jurídicamente relevantes, pues, precisamente, la sola delimitación de un espacio temporal resultaba insuficiente –así ahora la Sala mayoritaria la estime adecuada–.

Y, si bien, puede pregonarse que lo referido al comienzo por el fiscal basta para delimitar lo ocurrido y cubre mínimos presupuestos de determinación delictiva, es lo cierto que el

trámite posterior adelantado en la diligencia modificó esa inicial postulación, hasta definir, como ley de la imputación y soporte básico de la acusación, en punto de congruencia fáctica, que el procesado debía defenderse a lo largo del proceso por dos específicos delitos, ocurridos los días 15 y 30 de octubre de 2011.

Solo por virtud de desconocer, como si no hubiese existido, este trámite posterior y trascendente del fiscal y del juez de control de garantías, es posible concluir, como lo hace la decisión que no comparto, que los hechos fueron fijados, de manera indeterminada, en un periodo de varios meses.

Es eso lo que refleja la sentencia atendida por la mayoría, en tanto, cuando se relaciona el trámite procesal, sin más, se dice que en la formulación de acusación el fiscal intervino apenas para adicionar una causal de agravación:

El escrito de acusación se radicó el 23 de diciembre siguiente¹ y se verbalizó el 22 de septiembre de 2015 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa localidad². Allí, la fiscalía adicionó a la calificación jurídica de los hechos la concurrencia de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, esto es, por haberse cometido el delito sobre la cónyuge, lo que guardó concordancia con la planteada imputación fáctica.

Ello no obedece a la realidad.

¹ Cfr. Folios 29 a 34 *Ibidem*.

² Cfr. Folios 55 a 58 *Ibidem*.

Además de proceder a la adición en cita, el funcionario también añadió los cargos, porque, quiero destacar, entendió que, efectivamente, en la imputación solo se habían discriminado dos delitos –los ocurridos el 15 y el 30 de octubre-. Esto relató el funcionario en la diligencia referenciada:

Aquí la Fiscalía quiere adicionar el escrito de acusación, que estos hechos se volvieron a presentar en el mes de febrero del año 2012, en diferentes circunstancias. El señor imputado YONNY la obligaba a tener relaciones sexuales sin su consentimiento. Igualmente, se presentaron estos mismos hechos el 4 de abril de 2012, y el 11, 13, 14 abril de 2012 y que, por eso, al ser reincidente ese tipo de circunstancia es que ella decide denunciarlo el 16 de abril de 2012 ante la URI, adición a los hechos, delito diferente, como adición que los hechos todos ocurrieron en la vivienda ubicada en la calle 18 AN, N° 7-28 del Barrio Ciudad Jardín.

Evidente surge, de lo transcrito, que la intención concreta del fiscal, acorde con su entendimiento de la imputación, se repite, consiste en agregar cuatro nuevos hechos, ocurridos el 4, 11, 13 y 14 de abril de 2012 (aunque mencionó el mes de febrero, nada concretó al respecto).

El fallo del cual me aparto, sin mayores explicaciones sostiene que “en realidad” el fiscal no adicionó “la base fáctica”, ni amplió el “espectro” de la calificación jurídica, pues:

...aunque la fiscal haya aludido a «adicionar el escrito de acusación», en realidad lo que hizo fue aclarar la imputación en relación con algunas precisiones sobre fechas en las cuales, según la rememoración de la víctima, se habían concretado los comportamientos violentos atribuidos al acusado durante el

período de tiempo que había sido señalado desde un comienzo, lo que sin duda hacía parte del núcleo fáctico de la imputación.

Curiosa percepción, esta, pues, la realidad, tozuda como es, enseña todo lo contrario: que el fiscal, consciente perfectamente de cuál fue el límite de la imputación, no solo rotuló como “*adición*” su intervención en curso de la audiencia de formulación de acusación, sino que, en un plano eminentemente material, efectivamente adicionó los cargos iniciales para incluir, con relación de fechas específicas, otros nuevos delitos del mismo corte.

En el mismo campo de la modificación meramente dialéctica de lo que los hechos objetivos informan, la decisión asumida por la mayoría, después de señalar, sin siquiera transcribir o contextualizar lo que allí se dijo, que el A quo estimó ocurridos los delitos en un periodo de tiempo, asevera que, acorde con ello, el Tribunal, de todos esos delitos, solo dio por probados tres.

Sucede, sin embargo, que el Ad quem jamás estimó que lo ocurrido operó propio de una indeterminación fáctica materializada en un lapso de seis meses.

Contrario a lo que pregona la sentencia de casación, el Tribunal entendió que se trataba de seis hechos, condensados por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, cuando adicionó la imputación.

Acerca del tema, esto dice el fallo de segundo grado:

Ahora, es de precisar que, para respetar el principio de congruencia, la Sala advierte que el pliego de cargos se hace por 6 delitos, pero solo se logran demostrar 3, esto es, los cometidos el 30 de octubre de 2011 y el 13 y 14 de abril de 2012.

No es, así, como lo sostiene la sala mayoritaria, que lo ocurrido en la audiencia de formulación de acusación correspondiera apenas a una “aclaración” sobre fechas recordadas por la víctima.

Entonces, razono, si tanto la Fiscalía, como el fallador de segundo grado entendieron de manera cabal que los hechos sí se concretaron, en la imputación y la acusación, en determinado número de delitos (2 y 6, respectivamente), con remisión precisa a fechas concretas, nada advierte que la defensa y el procesado tuvieran una visión distinta, esto es, la que ahora, en contra de la evidencia objetiva, busca hacer valer la Corte en su decisión mayoritaria.

Así las cosas, si el Tribunal estimó que solo se demostró la ejecución de tres delitos, uno del 30 de octubre de 2011 y dos en el mes de abril de 2012 (13 y 14), el respeto por el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción debió llevar, acorde con todas las citas legales y jurisprudenciales consignadas en la decisión de la mayoría, a que apenas se confirmara la condena por el primero de los delitos reseñados, pues, únicamente este se delimitó en los hechos jurídicamente relevantes de la imputación, al tanto que los otros dos fueron objeto de una ilegal adición en la acusación.

Para finalizar, no puedo menos que registrar mi honda preocupación por la manera en que poco a poco se puede ir minando, a partir de posturas como la acogida en la decisión de la cual me aparto, la muy sólida jurisprudencia que ha consolidado la Corte en el tema de los hechos jurídicamente relevantes y su importancia toral.

Cuando no se duda, y así se acepta en el fallo de casación, que los hechos jurídicamente relevantes integran tópicos relevantes e inescindibles del debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, para no hablar del factor de congruencia, es fundamental que se propugne por su respeto irrestricto, no sea que a futuro la excepción se convierta en regla y, así, su examen termine por derivar en cuestión accesoria, prescindible o superable con la sola verificación de lo ocurrido y su gravedad.

No se trata, desde luego, de asumir una postura fundamentalista que justifique la invalidez por sí misma, cuando pueda advertirse que la irregularidad no termina por afectar los derechos y principios en cita, aspecto que, incluso, ya ha sido abordado por la Corte en su jurisprudencia, que no estimo necesario reiterar aquí.

Pero, estimo, existen unos límites básicos que no puede ir sobrepasando la Corte, so pena de que, finalmente, derechos fundamentales cedan ante la sola argumentación

dialéctica o postulados meramente eficientistas, que terminan por convertir en injusta la decisión.

De los señores Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D. E. Corredor Beltrán', written in a cursive style.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

CASACION 54189

En la Sala manifesté mi acuerdo con la decisión de no casar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán, que revocó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal de la misma sede en favor de **Elver Vivas Idrobo**, para en su lugar condenarlo por primera vez como autor del concurso de delitos de acceso carnal violento. Lo hice en el sentido de que se debía mantener la sentencia, aunque únicamente por un solo comportamiento, el ocurrido el 30 de octubre de 2011, no por un inexistente concurso de delitos del mismo género.

La descripción de los hechos que hizo la víctima es puntual y no deja margen a especulaciones. El Juzgado hizo una muy buena aproximación a dicho testimonio. Explicó, como lo dijo la afectada, que el 30 de octubre de 2011, su esposo la sometió por la fuerza, contra su querer, y la accedió carnalmente. Luego de ello hizo un disparo al aire. No está en duda que como la dignidad y la libertad sexual son valores que le confieren sentido al bien jurídico, el débito conyugal no implica renunciar a la dignidad

inherente al ser humano y a la libertad de disponer de su cuerpo. Desde ese punto de vista, entonces, la agresión sexual no se discute.

Eso está bien. No así la decisión respecto del concurso de delitos de la misma especie.

Después de ese episodio contó la víctima que mantuvo relaciones sexuales consentidas. Y también que cada vez que su esposo llegaba embriagado, los fines de semana, admitía estar con él, no porque la forzara o sometiera sino porque el episodio de octubre le generó miedo y sentía que era abusada. Así lo explicó el juzgado, con la percepción que garantiza la inmediatez:

“Para demostrar este tipo de violencia -se refiere a la violencia psíquica—, la testigo hace referencia a un hecho aislado de por sí, y es que en una ocasión el procesado estando de mal genio hizo un disparo al aire con un arma de fuego que posee de manera legal, hecho que le generó miedo y que fue la causa para que de allí en adelante ella contra su voluntad, pero sin expresar tal rechazo, se dejara abusar cada vez que su esposo la pretendía sexualmente, hecho que sucedía de forma reiterada cada fin de semana que llegaba borracho, alicorado, oliendo a cigarrillo”.

Acerca de estos episodios, el tribunal destacó los siguientes apartes:

“Cuando ya sentía que él se acercaba a mi para tener relaciones, yo le decía que no, que la niña estaba, nunca me pegó ni nada por el estilo, pero yo supongo que yo terminaba cediendo porque me daba miedo que él le hiciera algo a la niña, o que me golpeará, entonces yo terminaba cediendo. Las relaciones consentidas disminuyeron mucho, porque obviamente yo no me sentía bien para hacerlo, pero si se presentaron en algunas ocasiones cuando él estaba tomado” .

La conducta del derecho penal se puede definir como un proceso de interferencia intersubjetiva contra bienes jurídicos ajenos. Eso hace que el derecho penal se ocupe de actos externos y no de intenciones. Seguramente por eso, al mencionar apartes de decisiones de la Corte, el tribunal señaló que lo *“importante es la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima”*. Si ello es así, con mayor razón no se puede sancionar lo que la víctima cree que es delito, sino la conducta que objetivamente se adecúa a un tipo penal específico. Eso para decir que, contra toda la filosofía del derecho penal liberal, en este caso se consideró que la opinión de la víctima, que creyó ser abusada, bastaba para someter al acusado a una pena por conductas que no cometió o que es cuando menos dudoso que lo haya hecho, con base en la creencia subjetiva de la supuesta agredida.

De manera que al afrontar el debate desde esa perspectiva se tiene que admitir la inexistencia de conducta en cuanto al concurso de delitos de violencia sexual se

refiere. No se trata de que la mujer no se haya resistido frente a una agresión externa para someterla o que no haya rechazado a quien quería accederla contra su voluntad, sino de que subjetivamente pensó que debía ceder por el temor que le provocaba el recuerdo de un episodio traumático ocurrido antes, sin que se precise, con la claridad que se requiere, si con posterioridad al 30 de octubre de 2011, las agresiones que menciona fueron producto de esas creencias o de actos externos que doblegaron su voluntad.

Por esas razones la sentencia ha debido mantenerse solo en cuanto a considerar delito la primera agresión, no otras que no se probaron.

Atentamente,


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado