

ACOSO SEXUAL – Elementos.

VIOLENCIA DE GÉNERO – Deberes del Estado: la presencia de la violencia de género trae para el Estado la obligación de aplicar un enfoque de género en sus actuaciones.

VIOLENCIA DE GÉNERO – Características.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - El enfoque de género traduce el deber de todos los operadores jurídicos de impartir justicia con perspectiva de género cuando se encuentren enfrentados a casos en los que exista sospecha de situaciones asimétricas de poder entre las partes o de actos constitutivos de violencia de género.

PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO - El ordenamiento jurídico exige analizar el contexto de la víctima, eliminando prejuicios y absteniéndose de realizar actos de discriminación.

ACOSO SEXUAL – Elementos: valoración probatoria.

SENTENCIA CONDENATORIA – Procede al lograrse el convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

(...) El enfoque de género es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todo el poder público, y que obliga, en el ejercicio de las funciones y competencias respectivas, a obrar de tal modo que se identifiquen, cuestionen y superen las discriminaciones social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres. (...)

(...) la Judicatura no le puede confiar credibilidad a estos testimonios, porque es palmario el favoritismo que tienen hacia el acusado y la prevención hacia la víctima, pero sobre todo porque en sus dichos se reproduce un tipo de violencia contra la mujer que no puede pasar desapercibido. Véase que aquellas frases traducen un tipo de juicio hacia el comportamiento de la adolescente a partir de cánones de conducta que histórica y culturalmente se han asociado y exigido a la mujer, por razón de ser mujer, y cuyo cumplimiento dice de lo que la sociedad debe entender por una buena mujer, siendo que el alejamiento a esos comportamientos impuestos conlleva calificarla como una mala mujer. (...)

(...) Además de que esas son apreciaciones personales y fundadas en sus convicciones estereotipadas con el ánimo de denigrar a la mujer, se percibe que a partir de allí se pretende poner el foco en el comportamiento de índole sexual y social de la adolescente con respecto a otras personas. Ello no tiene ninguna relevancia para con el tema de prueba, pues no desdice ni refrenda la acusación que se ha erigido respecto de las conductas del procesado, que son las que se juzgan por esta cuerda procesal, y no de la víctima, ni tiene que ver con los hechos jurídicamente relevantes que tuvieron como protagonistas a ofendida y victimario. Para el proceso poco o nada importa que la joven socializara con otros individuos, ni como se vestía, menos como era su cuerpo. Proceder en contrario significaría no solamente juzgar unos hechos de la esfera privada de la joven, sino soterradamente enviar un mensaje nefasto, cual es que tales aspectos servirían para justificar conductas atentatorias de los derechos fundamentales por parte de otras personas. En cambio, tales aseveraciones poco o nulo foco ponen en el acto del acusado, como lo que si se juzgara a expensas del proceso penal fuese la conducta social de la víctima, y no el comportamiento delictivo del encausado. (...)

(...) En tales condiciones, la Colegiatura no puede obviar esas peculiaridades de tales testimonios. No es plausible escindir de ellos los dichos que develan las interacciones que se aducen consentidas entre víctima y victimario de las incriminaciones estereotipadas lanzadas en contra de ... y olímpicamente desaparecer estas últimas para darle plena credibilidad a las primeras. No es posible hacerlo, porque aquellas que parten del dicho con el que se busca acreditar el asentimiento en las aproximaciones entre ambos sujetos

procesales están precedidas y puestas en un contexto muy específico, que dice de los ataques a la dignidad de la ofendida como forma para exculpar o brindar un subterfugio a la conducta del encausado. (...)

(...) están estructurados todos los elementos del tipo punible, a saber, la relación de poder o autoridad (mediada por factores como la edad y el sexo), el aprovechamiento del autor de esas condiciones sobre la víctima, la realización habitual y persistente de actos de asedio, persecución y acoso con fines sexuales y el no consentimiento de la destinataria de tales actuaciones. En tal orden, es del caso revocar la absolució n y emitir sentencia condenatoria. (...)

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisi3n Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla.
Asunto	:	Apelaci3n sentencia absolutoria
Delito	:	Acoso sexual
Acusado	:	...
Radicaci3n	:	526786000531202100003-01NI.40856
Aprobaci3n	:	Acta No. 2024-106 (15 de agosto de 2024)

San Juan de Pasto, veintisiete de agosto de dos mil
veinticuatro

1. Vistos

Resuelve la Sala la apelaci3n propuesta por la fiscalía en contra de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego, mediante la cual el seńor ... fue absuelto del delito de acoso sexual por el que fue perseguido penalmente.

2. Los hechos jurídicamente relevantes

Según el escrito de acusación, entre junio y diciembre de 2020, cuando la señora ...y su hija menor de edad ... se mudaron a vivir al municipio de La Llanada, el señor ..., aprovechándose o valiéndose de su autoridad o poder que le confería su edad y posición social, acosó y asedió física y verbalmente (con tocamientos, caricias libidinosas, gestos insinuantes, actitudes, persecución y mensajes a celular) con fines sexuales no consentidos a la referida menor de edad, quien contaba con 16 años de edad.

3. Resumen de la actuación surtida

Por tales hechos, el 2 de noviembre de 2021 se surtió ante el Juzgado Promiscuo Municipal de La Llanada audiencia de formulación de imputación, en la que la fiscalía atribuyó al encausado ser autor del punible de acoso sexual.

Posteriormente, la persecutora penal presentó escrito de acusación por igual componente fáctico y jurídico. La audiencia de formulación respectiva se llevó a cabo el 3 de diciembre de 2021 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego. La audiencia preparatoria se celebró el 10 de marzo de 2022. El juicio oral tuvo lugar los días 5 de abril, 28 de julio, 19 de agosto, 2, 23 y 29 de septiembre, penúltima fecha en la que se expusieron los alegatos de conclusión, mientras que en la última se emitió el sentido de fallo absolutorio. El 21 de octubre de 2022 se emitió la respectiva sentencia.

4. La sentencia apelada

Después de rememorar los antecedentes fácticos y procesales, la identidad del acusado y los alegatos de cierre, la primera instancia se embarcó en el análisis

jurídico y probatorio, materia en la que anunció, fiel al sentido del fallo, que la fiscalía no había demostrado más allá de toda duda razonable la ocurrencia del reato.

Empezó señalando que la Judicatura le restaba credibilidad al testimonio de la víctima ..., hoy mayor de edad, por no existir elementos de corroboración periférica que confirmaran su dicho, cuando ella aseveró que una noche a finales de julio o agosto de 2020 aceptó voluntariamente una invitación del procesado para dar una vuelta en el vehículo por él conducido por el área urbana del poblado de La Llanada, situación aprovechada por aquel para declararle el interés que tenía para dar inicio a una relación sentimental; en cuya ocasión le confesara haberse separado de su pareja sentimental, quien estaba en estado de gravidez, y para proceder a tocarle sus partes íntimas. Recapituló que respecto de ese suceso la madre de la menor sorprendió a su hija y al acusado, por lo que este tuvo que detener la marcha del automotor, con lo que la progenitora procedió a sacar a su hija del vehículo, halándola del cabello, y que destruyó su teléfono celular y agredió al enamorado, a la vez que le exigía a este que no volviera a invitar o seducir a su descendiente.

Resaltó el Juez que se carecía de toda evidencia que soportara que después de ese incidente el procesado prosiguió pretendiendo a la víctima en varias oportunidades, como en la calle, el parque o la heladería. De la misma manera no había ningún soporte que respaldara que después de que el caso fue puesto en conocimiento de la Comisaría de Familia de esa localidad, el acusado en compañía de su padre y dos personas acudieron a la casa de habitación de la víctima, donde fueron atendidos por la madre de esta y su padrastro, a quienes les ofrecieron 10 millones de pesos para que retiraran la denuncia. También le

llamó la atención al Juzgado que la víctima negó que convivió con ... en Los Andes-Sotomayor.

Del testimonio de la señora ...dijo que solamente refirió lo acontecido en torno al incidente de aquella noche cuando la madre de la víctima encontró a su hija en la camioneta del procesado, por lo que procedió a extraerla a la fuerza y a agredirla física y verbalmente, destruyendo su teléfono celular y golpeando en la cara al encausado, empero, sin que en ese momento la ofendida le informara a su ascendiente del supuesto acoso o abuso sexual, lo que solamente fue conocido por aquella días después. A ese estilo, subrayó que los actos de acoso o asedio no fueron observados por la testigo, sino tan solo fueron conocidos por el dicho de su hija y su demás progenie, lo que era constitutivo de prueba de referencia no válida.

Agregó que ni el padrastro de la víctima ni la señora Luz Estela Ortega Campiño observaron o escucharon propiamente al acusado realizando tales actos de hostigamiento con fines sexuales, tan solo les consta que aquel pretendía a la menor para sostener una relación amorosa, que no fue del agrado de la víctima en principio, pero sí después cuando aceptó ascender al rodante para dar una vuelta con el procesado en el área urbana del municipio.

Lo último –prosiguió- aparece refrendado con los testimonios de cargo de Luisa Fernanda Melo González y Miguel Ángel Yela, quienes en varias oportunidades miraron a la menor departir o viajar en la camioneta y en la motocicleta con el acusado o en el parque, en las calles del poblado y en la carretera entre la vereda Bolívar y La Llanada. Esas atestaciones no le resultaron inverosímiles al *A quo*, comoquiera que la misma víctima aceptó que siquiera en alguna oportunidad subió al automotor del procesado. En este punto, la primera

instancia indicó que los testigos depusieron sobre otras relaciones de amistad o amorosas que la adolescente mantuvo con otros jóvenes de la región y de la recia oposición y personalidad de su madre en defensa de su hija.

Enseguida, el Juez singular trajo a colación que según la Corte Suprema de Justicia el delito bajo estudio se configura de cara a actos reiterados, persistentes o permanentes en el tiempo, características de las que carece el comportamiento endilgado al procesado, puesto que no se allegó prueba que demuestre tal persecución o asedio en dichos términos, siendo que solamente se cuenta con el conocimiento del incidente de la camioneta, a la que ella ascendió voluntariamente y sin que se pueda determinar lo relacionado con el tocamiento de las partes íntimas de la víctima por falta de elementos de corroboración periférica, aunado a la inconsistencia, inverosimilitud e incoherencia de los dichos de la afectada.

En tal orden, elucidó que el acto desplegado por el acusado fue aislado, sin la continuidad o persistencia que en su actuar reclama la descripción típica.

Más tarde, avanzó a pronunciarse sobre el testimonio de la psicóloga Omaira Oliveros Sánchez, al que tachó de referencia o de oídas, comoquiera que la deponente no presencié lo acontecido, ni recibió las entrevistas de la adolescente, quien sí concurrió al juicio oral a rendir su versión de los hechos.

Así las cosas, concluyó el togado que los elementos de convicción evidencian una duda insuperable en cuanto a la ocurrencia del reato y a la responsabilidad penal del procesado, al que absolvió, no porque resplandeciera su inocencia, sino por la poca fuerza demostrativa de las pruebas de cargo.

5. La sustentación del recurso

La fiscalía pidió la revocatoria de la absolución bajo los siguientes argumentos:

Primero, especificó que este tipo de delitos se cometen por lo general en escenarios privados y carentes de testigos, de ahí que sean las víctimas quienes pueden dar a conocer lo realmente sucedido.

Así, esgrimió que la ofendida rememoró que el acusado se aprovechó de la amistad que ella le ofreció y, por lo menos en una oportunidad, cuando le aceptó una salida en su camioneta para dar vueltas por las afueras del pueblo, la tocó o *manoseó* con el fin de tener relaciones sexuales, cosa que ella no quería, porque su única pretensión era sostener una amistad y porque era de público conocimiento que el procesado tenía una relación amorosa con una mujer en estado de embarazo.

Asimismo, según el recurrente, la víctima testificó que el acusado le enviaba recados, la perseguía por donde andaba, hasta el punto de que siempre tenía que andar acompañada de alguien, a pesar de que ella le había hecho saber que quería tener una amistad solamente. Así, recalcó que el hecho de que la víctima consintiera una relación de amistad no le daba el derecho al acusado de acosarla sexualmente.

Segundo, según el testimonio de la madre de la víctima se pudo demostrar que desde que ellas se trasladaron a vivir en la Llanada el procesado le enviaba saludos a su hija, la seguía donde iba, la mandaba a llamar y que en una oportunidad la invitó a dar vueltas en su camioneta, ocasión en la que le tocó sus partes íntimas, lo que provocó la consabida reacción de la madre en contra

de.... Resaltó que conforme dicho testimonio quedó plasmado que el asedio era permanente, porque donde la encontraba le atravesaba la camioneta o la motocicleta y que le ofrecía dinero a quien iba de acompañante de la adolescente para estar a solas con ella. Además, con la testigo se acreditó que una vez fue interpuesta la denuncia el actor paró los actos de acoso, sin embargo, algunos familiares del procesado la amenazaron para “no *poner la demanda*”.

Tercero, destacó que del testimonio de Luz Estela Portillo Campiña se deducía que el encartado sí pretendía sentimentalmente a la menor, por lo que era factible que la haya estado acosando para que le correspondiera.

En cuarto lugar, refirió que el testimonio de cargo de Luisa Fernanda Melo González no permitía desvirtuar los actos de acoso y tocamientos que el procesado le propinó a la víctima en su camioneta, porque la testigo no estuvo presente en esa escena.

Quinto, que el testimonio del propio acusado permitía corroborar lo dicho por la víctima en torno a que esta aceptó tener una amistad con él e incluso salir a dar vueltas en la camioneta, y que el deseo del acusado era tener un “*vacilón*” con ella o una especie de noviazgo, por lo que el señor fiscal se cuestionó si los actos realizados por él para lograr esa pretensión podían consistir en el hostigamiento o asedio físico o verbal.

Sexto, refutó el testimonio de la psicóloga forense de la defensa, Luz Omaira Olivera Sánchez, del que rescató que el olvido en las fechas exactas de ocurrencia de los hechos no se puede interpretar como falsedad en la declaración, que los sucesos pudieron o no haber causado algún trauma en la

víctima como para que ella no pudiera establecer una nueva relación sentimental, y que el hecho de que la víctima haya entablado una nueva relación sentimental no podía desvirtuar la ocurrencia de los hechos investigados. Entonces, dicho testimonio permite afianzar el dicho de la afectada.

Séptimo, iteró que, dadas las connotaciones de intimidad o privacidad con que se ejecuta este tipo de delitos, no es posible corroborar con otros testigos los actos de acoso, por lo que se debe hacer una juiciosa valoración del testimonio de la víctima y del propio procesado, siendo que en este caso quien mayor verosimilitud aporta es la primera.

Octavo, la jurisprudencia ordinaria también ha decantado que, aunque el tipo penal en cuestión requiere de habitualidad o permanencia, no precisa de la prolongación en el tiempo, sino de la persistencia en los actos de hostigamiento, que es lo que sucede en este caso, pues, no obstante que no hubo prolongación en el tiempo de los actos lascivos, en el suceso de la camioneta el acusado aprovechó para tocar a la víctima con el fin de tener relaciones sexuales, lo que no fue aceptado por ella, quien le exigió al conductor que la retornara a la población, donde finalmente tuvo lugar el encuentro con la madre de la víctima. Asentó la fiscalía que es allí donde se tipifica el acoso sexual, comoquiera que sí hubo persistencia en los actos de asedio en esa sola oportunidad.

No hubo intervención de los no recurrentes.

6. Consideraciones de la Sala

6.1. Competencia, problema jurídico y esquema de resolución

El Tribunal es competente a voces del numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Así, corresponde dilucidar: *¿la fiscalía arrimó prueba suficiente para vencer la presunción de inocencia que cobija al señor ... en el punible de acoso sexual o, por lo contrario, emergen dudas insalvables a partir de las hipótesis alternativas de la defensa que obligan a confirmar su absolución?*

Para el desarrollo de dicha labor la Sala se ocupará de estudiar: (i) caracterización del tipo penal de abuso sexual, (ii) el enfoque de género en delitos que implican violencia contra las mujeres, y, (iii) la valoración probatoria en el caso concreto.

6.2. El delito de acoso sexual

Según el artículo 210A del Código Penal comete acoso sexual quien “*en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona*”.

Sobre la configuración de dicho tipo penal hemos de acudir a lo elucidado por la Corte Suprema de Justicia. La alta Corte ha indicado que, aunque el punible en cuestión no es de sujeto activo calificado, sí es especial propio, así como también lo es en relación con la víctima, en el entendido de que solamente

“podrá ser autor quien sostenga, respecto de la víctima, una relación de superioridad manifiesta, autoridad o poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, prevalido de la cual lleve a cabo el comportamiento. Condición que supone, por correspondencia, que el sujeto pasivo de la conducta también es cualificado, dado el rol de subordinación en que se encuentra de cara al agresor”¹.

En tal virtud, el tipo exige una forma en particular en el desempeño de la acción de acoso, persecución, hostigamiento o asedio, a saber, que el autor proceda valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad. Es decir, que *“el acoso sexual se manifiesta en el marco de relaciones jerarquizadas histórica, social, cultural o institucionalmente. En ellas, quien detenta la posición superior respecto de quienes se encuentran en condiciones de subordinación o desigualdad abusa del poder que su rango, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica le confiere con el fin de obtener una satisfacción sexual, para sí o para otro, de una persona que no lo ha consentido o aceptado y, por ello, es acosada para doblegar su voluntad”*.

En cuanto a los verbos rectores que describen la conducta presuponen la habitualidad o permanencia en el tiempo del proceder del acusado, tendiente a doblegar la voluntad de la víctima, a fin de que esta acceda a una pretensión sexual del perpetrador. Por ende, *“los actos aislados y aleatorios, aunque estén permeados de un contenido sexual, no están comprendidos por este tipo penal”²*. En todo caso, esa continuidad o asiduidad no demanda necesariamente que el comportamiento se ejecute en días, meses o en un

¹ CSJ SP, 29 mar. 2023, rad. 55149.

² Ibidem.

periodo de tiempo concreto o prolongado, sino que en el espacio en que ello haya ocurrido se manifieste la persistencia del acoso. Veamos:

“Ahora bien, de similar forma a los aspectos descriptivos y normativos, el tipo penal propone una enumeración exhaustiva de los verbos rectores que conforman la conducta, significando que ella se materializa en los casos en que el sujeto activo “acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente”.

De dichos verbos rectores cabe anotar que todos indican, en principio, una idea de actos persistentes o reiterativos en el tiempo, pues, basta verificar las acepciones consagradas en el diccionario, para asumir dinámico y no estático el comportamiento.

(...)

Se ratifica, con lo transcrito, que el acoso sexual, en sus varios verbos rectores, dice relación con una suerte de continuidad o reiteración, que no necesariamente, aclara la Corte, demanda de días o de un lapso prolongado de tiempo, pero sí de persistencia por parte del acosador.

Ello, estima la Sala, para evitar que por sí misma una manifestación o acto aislado puedan entenderse suficientes para elevar la conducta a delito, independientemente de su connotación o efecto particular, en el entendido que la afectación proviene de la mortificación que los agravios causan a la persona.”³

Ahora bien, acudiendo a un criterio gramatical de interpretación, según la RAE por acosar se tiene la acción de perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona; por perseguir, seguir a quien va huyendo con ánimo de alcanzarle, seguir o buscar a alguien en todas partes con frecuencia e importunidad o molestar, conseguir que alguien sufra o padezca procurando hacer el mayor daño posible; por hostigar, dar golpes con una fusta, un látigo u otro instrumento para hacer mover juntar o dispersar, molestar a alguien o burlarse de él insistentemente e incitar con insistencia a alguien para que haga algo; por asediar, cercar un lugar fortificado para impedir que salgan quienes

³ CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 49799.

están en él o que reciban socorro de fuera o presionar insistentemente a alguien.

Igualmente, la conducta incluye un ingrediente subjetivo que debe concurrir para pregonar la tipicidad objetiva, como es el propósito en el autor de lograr un provecho sexual para sí o para un tercero de carácter sexual. Es indistinto si este se materializa o no, porque se trata de un delito de mera actividad o conducta, empero, de concretarse el cometido sexual podría concursar con alguna otra conducta atentatoria de la libertad e integridad sexual. La conducta se consuma y el daño es producido por razón del acoso, hostigamiento, asedio o persecución emprendidos por el victimario, lo que genera zozobra, intimidación o afectación psicológica a quien lo padece o limitación en la libertad sexual.

Dicho propósito lascivo no puede reducirse a que el acosador demande de forma expresa una interacción sexual y que esta sea rechazada por la víctima. Ese fin sexual puede ser expresado de variopintas formas, por ejemplo, comunicando la pretensión de manera verbal y expresa, como una solicitud o propuesta, o cuando las palabras empleadas no sean conclusivas la intención podrá derivarse a partir del sentido con el que son dichas, deducido a partir de gestos, miradas, ademanes, lenguaje corporal, tono, lugar, ocasión, etc.

Finalmente, no debe mediar un consentimiento expreso e inequívoco del receptor del acoso. Por tal motivo, ha acrisolado la Corporación de cierre que *“Es por ello que no puede haber delito en aquellos casos en donde el consentimiento es libre y la asimetría de la subordinación laboral no influye en la aquiescencia del trato sexual , es decir, cuando quien procura de otro una interacción sexual, mediante actos persistentes o reiterativos en el tiempo,*

actúa con el consentimiento expreso y válidamente emitido del titular del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, en los casos en que éste tiene la facultad de disponer del mismo. En estos casos, no habría delito, siendo el consentimiento excluyente de la tipicidad”⁴.

6.3. La perspectiva de género en la decisión judicial

En el contexto fáctico y jurídico que hasta aquí se ha tratado, para la resolución del recurso de alzada es imperativo para el operador judicial su abordaje desde una perspectiva de género, en tanto que la acusación pone en debate la existencia de unos hechos que se dicen son constitutivos de acoso sexual, punible que por sí mismo da cuenta de relaciones de poder, subordinación o desigualdad por motivos de edad, sexo, posición social, etc., por parte del perpetrador sobre una víctima, en este caso menor de edad. Además, el estudio del asunto a partir de dicho particular enfoque se muestra más necesario, dado que, como se verá adelante, fue ausente en el decurso del juicio oral y también en la decisión de primer grado, siendo que indistintamente de las resultas que ha de traer este caso y sin anticipar una conclusión en forma alguna sobre la configuración material del delito y la responsabilidad penal, deviene obligatorio para el funcionario judicial en los casos en los que se discute sobre hechos constitutivos de violencia contra la mujer.

Veamos entonces que, en términos generales, la violencia de género se perfila como aquella violencia ejercida contra la mujer por el hecho de serlo y que hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes en una sociedad

⁴ CSJ SP, 29 mar. 2023, rad. 55149.

como resultado de un desequilibrio histórico del poder. La Corte Constitucional ha precisado que se trata de *“aquella violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Pero no por el hecho de ser mujeres desde una concepción biológica, sino de los roles y la posición que se asigna a las mujeres desde una concepción social y cultural.”*⁵

A partir de dicha acepción se destaca la existencia de tres características básicas⁶: (i) el sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres; (ii) la causa de la violencia: la desigualdad histórica y universal que ha situado en una posición de subordinación a las mujeres respecto a los hombres; y, (iii) la generalidad de los ámbitos en que se ejerce: en cualquiera de los ámbitos de la vida, como la pareja, familia, trabajo, economía, cultura política, religión, etc., y que se puede manifestar, verbigracia, a través de actos de violencia física, con los cuales se pretende la sumisión de la mujer a través de la imposición de una mayor fuerza o capacidad corporal como elemento coercitivo.

La presencia de la violencia de género trae para el Estado la obligación de aplicar un enfoque de género en sus actuaciones. El enfoque de género es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todo el poder público, y que nos obliga, en el ejercicio de las funciones y competencias respectivas, a obrar de tal modo que se identifiquen, cuestionen y superen las discriminaciones social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres.

⁵ SU-080 de 2020.

⁶ Ibídem.

Para la administración de justicia, el enfoque de género traduce el deber de todos los operadores jurídicos de impartir justicia con perspectiva de género cuando nos veamos enfrentados a casos en los que exista sospecha de situaciones asimétricas de poder entre las partes o de actos constitutivos de violencia de género. La incorporación de *“la perspectiva o enfoque de género en la administración de justicia significa, entonces, hacer efectivo el derecho a la igualdad de las mujeres en respuesta a la obligación constitucional, convencional y legal de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar su acceso al sistema de justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder, lo que exige, a su vez, un ejercicio de deconstrucción de la forma de interpretar y aplicar el derecho”*⁷.

Es un criterio hermenéutico aplicable de oficio que debemos emplear los operadores jurídicos con independencia de la jerarquía o especialidad y que se predica no solamente al dictar sentencia, sino de cualquiera de las etapas del proceso, cuyo norte es garantizar la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas y ofrecer soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural.

El enfoque de género tiene, en forma más práctica y aterrizada al proceso penal, algunas implicaciones, como las siguientes. La investigación debe ser oportuna, exhaustiva (que abarque un análisis de contexto para identificar un patrón generalizado de conducta), imparcial (análisis libres de prejuicios o tendencias y evitando razonamientos teñidos de estereotipos), que prevenga la re-victimización, etc. En el juzgamiento conlleva, entre otras cosas, *“la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones,*

⁷ T-344 de 2020.

*insinuaciones y alusiones estereotipadas*⁸, así como “*la negación de 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*”⁹, como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres en el plano sexual.

Cabe precisar que ello no supone una flexibilización del estándar epistemológico exigido para proferir condena, ni tiene como conclusión necesaria que siempre y en todo caso deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia contra la mujer.

6.4. Valoración probatoria en el caso concreto

Con el sustento normativo anterior, a continuación, la Sala abordará el análisis individual y conjunto de las pruebas practicadas siguiendo como derrotero cada uno de los elementos típicos que conforman el delito de acoso sexual.

6.4.1. En primer término, la Corporación encuentra probada la relación de jerarquía o poder existente en el señor ... respecto de la víctima ... derivada de un factor: la edad.

Para el 2020, que es el escenario temporal de los hechos investigados, la ofendida contaba con 16 años de edad, mientras que la edad del procesado rondaba entre los 28 y 29, esto es, casi que la duplicaba, y la destinataria de

⁸ SP2136-2020 (52897) del 01/07/2020.

⁹ Ibidem.

los actos de acoso era menor de edad. En relación con el sexo, como adelante se ahondará mejor, la víctima ofreció un relato claro, consistente y coherente en punto de que en medio de los actos de acoso el ofensor le manifestaba a la adolescente que tenía que ser de él, y conforme el dicho del acusado y de la víctima se desprende que el acercamiento que aquel tuvo se fundó en la pretensión de tener alguna relación de tipo afectiva-sexual, alentada quizá por el físico que caracterizaba a la adolescente.

6.4.2. Al respecto de que tal acción, encajada en cualquiera de los verbos rectores definidos en la norma, se caracterice por su habitualidad o permanencia en el tiempo tendiente a doblegar la voluntad de la víctima y que el fin sea lograr una pretensión sexual por parte del perpetrador no consentida por la persona destinataria de dichas acciones, la prueba allegada devela lo siguiente:

Como en el común de delitos contra la libertad e integridad sexuales que suceden en espacios de privacidad y por lo general carentes de testigos directos de los hechos, en el que ahora se estudia la principal prueba de cargo constituye la declaración de la víctima. En este caso los hechos que encajan en los verbos rectores del delito de acoso sexual, según la exposición de la afectada, transitan en dos escenarios: de un lado, uno acontecido en una noche de mediados del año 2020, conocido aquí como el episodio de la camioneta y, de otro, una seguidilla de actos con menores precisiones temporales, espaciales y modales que ocurrieron después y antes de que el encausado se enterara de la denuncia que hizo la señora ... en la Fiscalía General de la Nación.

Sobre el primero, la adolescente relató que una noche el procesado la invitó a dar una vuelta en su camioneta para conocer el pueblo, a lo que ella asintió. Aunque el encausado adujo que quien tuvo la iniciativa para pasear por las calles del municipio fue ella, es lo cierto que dicha discrepancia en la constatación del hecho se ofrece menor y sin mayor trascendencia, porque lo irrefutable es que, bien por aliento de uno o de otro, ambos coincidieron en realizar ese paseo.

De acuerdo con la rememoración que trae la ofendida, el procesado condujo hasta la salida de Samaniego, por las partes más oscuras del lugar, y allí la empezó a tocar a la fuerza en sus partes íntimas por debajo de la ropa, sin permitirle salir del vehículo, mientras le decía que era de su agrado, que quería conocerla y tener una relación y que ansiaba que “fuera suya”; sin embargo, ... repulsó esas propuestas, pues solamente le podía ofrecer una amistad, a la par que le exigía que retornaran a La Llanada y que no quería estar con él.

Según la afectada, después de rogarle que regresaran al pueblo, ...condujo hacia La Llanada y en el camino se encontraron con la mamá de ..., quien estaba enfurecida. Cuando el tripulante bajó la ventana, la madre lo golpeó en la cara, lo insultó y bajó a la fuerza a la joven para golpearla también y quebrarle el celular, mientras le advertía al encausado que no volviera a invitar a salir a la menor de edad.

En cuanto a los segundos episodios, la víctima expuso que el procesado la siguió persiguiendo, pues donde ella iba se lo encontraba; la seguía en una bicicleta naranja que tenía; la jalaba en la oscuridad, le decía que fuera con él, porque ella era suya; le ofrecía mandarinas o dinero a sus hermanas pequeñas para que los dejaran a solas; acudía al hotel, donde por un tiempo ...laboró,

para invitarla a salir; concurría a su casa (en la que la familia de la víctima vivía en arriendo en un inmueble o apartamento donde también residía el primo del acusado), y allí se la pasaba viéndola por la ventana o tomándole fotos y la invitaba a pasear por Samaniego o a cualquier lugar prometiéndole darle cualquier cosa. La deponente expresó que ante esas manifestaciones y ofrecimientos su reacción era alejarse o decirle que él no era de su interés y resaltó que en ningún momento aceptó tener un noviazgo con dicho individuo.

Pues bien, en la labor de contrastar o valorar esa exposición con los demás medios de prueba obrantes, empecemos por decir que la aptitud probatoria del testimonio de la señora ..., madre de la víctima, permite refrendar en términos generales que el suceso de una noche de mediados del año 2020 en efecto ocurrió. Ciertamente, la mencionada ciudadana informó al estrado que a eso de las 7 de la noche envió a ... a comprar a la tienda algo con su otra hija, sin embargo, a la casa regresó la hija menor de la testigo, quien le avisó que la reputada víctima se había ido con el procesado. Como eran las 9 de la noche y su descendiente no llegaba, la señora ... se fue a buscarla y en cercanías del colegio de La Llanada se topó con que el encausado venía con su hija en la camioneta. La testigo aceptó con mucha sinceridad que, al ver esa escena, en sus propias palabras, se *alocó*, por lo que procedió a golpear en la cara al señor ..., a halar del pelo a su hija con vehemencia y a quebrarle el celular, y al día siguiente a comentarle de lo sucedido a la mujer con la que el encausado estaba esperando el nacimiento de un hijo y a poner en conocimiento de los sucesos al Comisario de Familia.

Ahora, en materia de los segundos actos, la deponente aseveró que desde pandemia que el acusado conoció a su hija la empezó a asediar con el fin de tener algún tipo de relación sentimental o sexual, enviándole constantes

saludes, atravesándole la motocicleta por donde la menor transitaba, ofreciéndole dinero a las hermanas de la afectada para que víctima y procesado pudieran quedarse a solas, mandándole recados a través del esposo de la declarante, etc., lo cierto que es de ninguno de esos actos la señora Estacio Angulo fue testigo presencial. Como se desprende de la escucha íntegra de su testimonio y de lo que en algunos parajes aceptó explícitamente, esas situaciones las conoció, bien por lo que le contaban sus otras hijas, la propia víctima o el padrastro de aquella, sin que afirmara que percibió por sus propios sentidos esos sucesos.

Y ello tiene una razón de ser que lo explica con contundencia: después del episodio de la camioneta, en el que acaeció ese encuentro violento en el que la madre enfrentó verbal y físicamente al señor ... por estar con su hija, y que hizo que el encausado optara por retirarse del lugar por la reacción agresiva de la deponente, predecible o entendible resultaba que aquel rehuyera o evitara tener algún contacto con la víctima cuando iba en compañía la ... para evitar desencadenar otro encuentro poco amigable. No en vano la señora ...señaló que cuando ella iba acompañada de su hija y se encontraban con el procesado este se hacía “el *disimulado*”.

De tal manera que este testimonio es insuficiente para acreditar directamente las actividades de asedio recaídas en contra de la víctima en cuanto a la persecución o asedio posteriores al evento de la camioneta, al paralelo que sobre este hecho lo probado con el testimonio de la madre se dirige a ratificar que víctima y procesado salieron juntos a dar una vuelta por el pueblo y que al regreso se produjo el rememorado encuentro, empero, sin que pueda respaldar esta declarante lo acontecido al interior del vehículo mientras el acusado y la víctima estaban a solas, por obvias razones.

Respecto al testimonio del padrastro de la víctima, ..., aceptó que no presencié ningún episodio de asedio o persecución del procesado a la víctima y que esta no le comentó nada al respecto. Sin embargo, sí rememoró que, en una oportunidad, después del acontecimiento de la camioneta, el señor ... le ofreció pagarle \$20.000 a cambio de que *“le hiciera el cruce y dejara salir a ... con él”*, ante lo que el testigo se negó para no tener problemas con su esposa, y agregó que sabía que el mencionado ciudadano andaba detrás de (en sus términos) *“su entenada”*, pero que él no era del agrado de ella. Igualmente, contó que la noche en que su hijastra y el acusado fueron a pasear juntos, estuvo con la señora ... buscando a la víctima y que el notar esta que aquellos regresaban a La Llanada la madre emprendió la reacción violenta ya anotada.

De esa manera, el valor persuasivo de esa probanza se limita a dar cuenta del ofrecimiento que el procesado le hizo de una cantidad dineraria y de que conocía que ... estaba interesado en la adolescente, lo que no era recíproco, mientras que en lo que hace a lo sucedido al interior de la camioneta y los asedios posteriores invocados por la víctima el testigo señaló no haber presenciado tales situaciones.

El testimonio de Luz Estella Portillo Campiña transita bajo parecida senda. Aunque la ciudadana no presencié que el procesado hubiese acosado a la menor y ciertamente refirió al estrado que ... no le había comentado que el justiciado la acosaba, sino que tan solo la pretendía, pero que no le gustaba, brindó un dato de relevancia jurídica. Evocó que un lunes en la mañana, cuando se encontraba haciendo aseo en las afueras del hotel donde laboraba, el señor ... se le acercó y la preguntó por la víctima, quien en algunas ocasiones ayudaba a la testigo en sus labores, requerimiento ante el cual la señora Portillo

Campaña le pidió que se retirara, porque quería evitar problemas con la madre de la víctima y con la *señora* del procesado, ante lo cual este no insistió más.

Lo anterior es lo que dictan las pruebas de cargo. Sobre las opuestas practicadas, en contraste, el testimonio del propio acusado da una versión contraria a la narrativa de la víctima, como es esperable. Sobre lo que pasó en el vehículo mencionó que a la llegada de ... al pueblo se empezó a gestar una amistad entre ellos y que por sus dotes físicos él le manifestó que le gustaba, ante lo cual la adolescente le propuso que empezaran a conocerse y por ello comenzaron a salir por el pueblo. Es así que una tarde –evocó– la joven le pidió que la llevara a dar una vuelta en la camioneta y se fueron por periferia de La Llanada, lugar donde estuvieron conversado y el acusado le confesó que le gustaba y que era su pretensión “tener *algo*” con ella, lo que fue asentido por la joven, sin que en ningún momento se sobrepasara con ella abrazándola o tocándola, pues era imposible hacerlo mientras él iba conduciendo. El relato continuó diciendo que al regreso se toparon con la madre de la adolescente, quien descontrolada maltrató a la joven, lo golpeó a él y a la camioneta y destruyó el celular de su hija, siendo que asustado por lo que le podía pasar a su vehículo se retiró.

En punto de lo demás, la versión del acusado radica en que con motivo de ese suceso él se fue alejando poco a poco de ..., pues ya no le contestaba los mensajes que ella solía enviarle y pese a que le insistía él ya no le prestaba mucha atención. Empero, líneas más adelante afirmó que después del problema, aunque muy poco, siguieron departiendo, ya que la muchacha lo llamaba para que salieran y por ello se encontraban para dar vueltas en la moto por el pueblo, compraban mecate y en sus palabras “*tenían vacilones*”, y así *prácticamente* se hicieron novios, ya que ella le correspondía y “*era una*

maravilla”, lo que se prolongó por espacio de dos meses hasta que se enteró de que la madre de la víctima había concurrido a la Comisaría de Familia, siendo justamente por la personalidad y reacción de la mamá que la “*relación*” feneció, tanto que el procesado no aceptó la propuesta de la víctima de irse a vivir juntos.

En otros tópicos, el atestante relievó que en el tiempo en que ... y él andaban juntos la adolescente también salía con varios hombres, por lo que nunca la tomó en serio, y que posteriormente ella “*consiguió marido*” y se fue. También agregó que en alguna oportunidad fue a buscar a la víctima al hotel con el fin de arreglar el problema, pues no quería tener más contratiempos con su madre, y en aquella ocasión la joven se quedó llorando, porque él estaba acabando la relación. Por último, destacó que no podía saber que ... era menor de edad por su forma de vestir, dado que andaba solamente con cacheteros, es decir prácticamente desnuda, y porque era bien “*acuerpada, bonita y grande*”.

Para la Sala la información recopilada en el juicio oral, en relación con el primer aspecto fáctico, le genera la convicción de que los hechos sucedieron como fue memorado por la víctima. Sobre la estructura del recuento se observa que radiografía de forma consistente y clara, sin mayores contradicciones, unos hechos de los que fue objeto con el señalamiento de circunstancias de tiempo, modo y lugar, además que tiene respaldo con algunas situaciones que aparecen probadas en el plenario a partir de otros medios de convicción aportados por la fiscalía.

En cambio, la versión del inculcado poco confiable se la ve, porque en la explicación de porqué era falso que estando conduciendo su automotor tocó a la víctima en su cuerpo, la aprisionó o la abrazó a la fuerza, adujo que ello no

era posible, por cuanto el hecho de ir en la posición de conductor se lo impedía. Sin embargo, la experiencia indica lo contrario, como sea que no es en absoluto imposible o impeditivo que quien va conduciendo un vehículo pueda a la par realizar alguna acción para tener algún tipo de contacto personal con la persona que va de acompañante, como tocar sus piernas, dar un abrazo de un lado, etc., y es eso más posible si en algún momento el rodante, así sea momentáneamente, detuvo su marcha.

Aunque es cierto que ..., por iniciativa propia o por aceptar la invitación de ..., asintió en pasear con él en su carro, no puede comprenderse por sí sola tal actuación como el consentimiento de la víctima para que el conductor la asediara físicamente, la tocara o intentara sobrepasarse con ella. A menos que obre en el plenario prueba directa o indirecta de que la adolescente estaba de acuerdo con tales actos y los recibía sin oposición, no puede derivarse el consentimiento de la víctima en la recepción de los actos de los que fue objeto en el vehículo. Y, en efecto, no desfila en el expediente poder de convicción sobre la existencia de ese consentimiento, pues de hecho el procesado negó que tales tocamientos se hubiesen producido, luego, en el punto queda la declaración de la víctima, de quien no puede advertirse mendacidad o ideación de tales sucesos como se analizará en posteriores párrafos.

Sobre el segundo espectro factual, contrario a lo elucidado por el *A quo*, la Sala le confía credibilidad al relato de la víctima. No obstante que no hay una delación supremamente detallada sobre los sucesos ulteriores al hecho de la camioneta, sí proporciona datos de cuántas veces se produjeron esos actos de acecho (siquiera en 4 oportunidades), el modo en que ello ocurrió (persiguiéndola o atravesándole la bicicleta, propiciando las condiciones que quedarse a solas con la menor, ofreciendo dinero o cosas a algunas personas

con el mismo propósito, buscándola en los lugares donde ella se encontraba, tomándole fotos o simplemente espiándola), el lugar (en las cercanías del hotel y de su casa, en las vías del pueblo), de tiempo (en el espacio temporal posterior al suceso de la camioneta), y el autor (señalando como protagonista siempre al acusado).

Ahora bien, aunque es verdad que los testigos de la fiscalía no vivenciaron esos actos, ello no implica necesariamente que no hubiesen tenido ocurrencia. Debe comprenderse como explicable que después del encuentro de la camioneta y de la violenta reacción que tuvo la madre con su hija y el procesado, este no procediera a futuro de igual forma y, en cambio, buscara lograr el contacto con la menor de otra manera evitando ser descubierto por la señora Esa razón tiene apoyo en lo informado por la madre de la adolescente, al percatarse de que cuando se encontraban ambas con el procesado, este tomaba una actitud diferente y se hacía “el *disimulado*”.

Lo cierto además es que, pese a la reacción de la madre en aquella noche, ello no disuadió al acusado de perseguir a la víctima, sino que hizo que cambiara de estrategia, esta vez ya no a la luz de los ojos de la madre. Tal conclusión no solamente se deriva del recuento que hizo la adolescente, al decir que la asechaba cuando estaba con sus hermanas, sino también de lo informado por el señor ..., cuando evocó que en alguna oportunidad, después del acontecimiento de la camioneta, el acusado le ofreció dinero para que permitiera dejar salir a ... Si bien dicho dato no comprueba directamente un acto de acoso con la víctima, sí resulta lo suficientemente revelador para inferir y corroborar que el acusado buscaba el contacto con la joven y, en ese escenario, resguarda el dicho de la menor de que la seguía buscando. Lo mismo se desprende de la narración de la señora Portillo Campaña, cuando consignó que

el acusado fue en búsqueda de ... al hotel donde laboraba para contactarla, lo cual se entiende que fue después del episodio de la camioneta, porque la testigo estaba prevenida para evitar cualquier problema con la madre de la joven e incluso con la compañera sentimental del acusado, sin que las pruebas indiquen que esos acercamientos y el altercado hubiesen sucedido antes de esa noche.

Contrario sensu, el testimonio del justiciado no se ofrece convincente, no solamente porque su tendencia natural sea la de defender su propia inocencia, sino porque incurre en notables contradicciones que delatan su propensión a mostrar una faceta de los hechos que lo beneficie. Como dato relevante nótese que el agente indicó que después del altercado en su vehículo se alejó paulatinamente de ... para sortear problemas con su madre, tanto que aquel ya no respondía a sus mensajes y llamados y a sus insinuaciones a salir. No obstante, yendo en contra de su propio dicho, líneas después averó que siguieron encontrándose y saliendo, pero ni siquiera con menos asiduidad, sino con mayor grado o intensidad, tanto que se volvieron casi novios y, lo que es más, que departieron en varias ocasiones a los ojos de muchos pobladores de la comunidad misma, pese a la advertencia que le había hecho la madre y a lo problemática que ella era, como la calificó el acusado.

Esa ambigüedad no es de poca monta, pues muestra dos versiones sobre un mismo aspecto que son opuestas. Bajo la primera, el autor empezó a perder notablemente contacto con la menor, mientras que según la segunda la supuesta “*relación*” se engrandeció. La primera resulta fácilmente excluida por la propia declaración del acusado al reconocer que siguió el contacto con la adolescente, en tanto que sobre la segunda la Sala no le confiere verosimilitud en punto de que la víctima hubiese asentido entrar en una especie de noviazgo

o relación sentimental con el acusado por las razones que en mejor manera se abordarán en el acápite 6.4.4. de esta providencia, donde se desarrollará lo atinente a la ausencia de consentimiento de la ofendida.

Lo dicho aquí, en términos de identificación de la tipicidad, puede resumirse diciendo que el actor desplegó sobre la víctima actos de persecución, asedio físico, verbal y no verbal, que no fueron únicos o aislados, sino que permanecieron en un espacio de tiempo prolongado, con el propósito de alcanzar una evidente pretensión de tipo sexual en ella.

6.4.3. En cuanto a la ausencia del consentimiento de la víctima, la tesis defensiva se perfiló a patentizar que la menor consintió los acercamientos, tocamientos, encuentros y actos afines con el victimario, prevalida de los testimonios de Luisa Fernanda Melo González, Miguel Ángel Yela, del procesado y su padre, fundamentalmente, al tenor de que lo que en realidad hubo fue una aproximación con aspiraciones románticas, sentimentales o íntimas entre los implicados con el delito en aras de establecer una relación del tipo noviazgo que ambos asintieron. Escudriñemos este tema a la luz de lo informado por dichos testimonios.

En forma similar Luisa Fernanda Melo González y Miguel Ángel Yela testificaron que en varias oportunidades vieron a la víctima y procesado saliendo y departiendo juntos, por ejemplo, tomando helado en el parque, dando vueltas en la motocicleta o en la camioneta del acusado, en actitud cariñosa e inclusive a veces como pareja, sin que se percibiera que ...estaba por obligación con ..., sino voluntariamente.

De aceptarse la veracidad de tales aserciones, ciertamente serían muchas dudas las que se erigirían en relación con el elemento de la conducta punible bajo estudio, porque si los involucrados estaban sosteniendo una relación cercana al noviazgo o cuando menos estaban en un escenario de cortejo, de conocimiento del uno al otro o de amistad, y ello era recíproco, los actos que la fiscalía califica como de hostigamiento, asedio o persecución podrían tener más vale la connotación de acercamientos aceptados con fines afectivos o sexuales.

No obstante, para esas aspiraciones defensivas, la Sala no hace eco de las declaraciones de Luisa Fernanda Melo González y de Miguel Ángel Yela. Aunque los testigos declararon sobre hechos que habrían observado de forma directa y personal, como son las veces en las que víctima y victimario fueron vistos departiendo juntos como si se tratase de una pretensa pareja, la credibilidad de sus dichos está absolutamente mermada por cuenta de la notable existencia de prejuicios, intereses o motivos de parcialidad por parte de los deponentes y por la forma de sus respuestas. Esto, con razón de lo palmario que se exteriorizó en el juicio oral la predilección y cercanía de los testigos hacia el procesado y la aversión hacia la víctima, en la que salieron a la luz sin ningún recato estereotipos de género, ataques a la menor por su condición de mujer y actitudes discriminatorias.

No puede perderse de vista que desde el comienzo de sus intervenciones y en toda su ilación los testigos empezaron por descalificar a la menor, a la par que ensalzaron las cualidades humanas y sociales del procesado y su familia. Por ejemplo, la señora MELO GONZÁLEZ dijo que *“...no es una muchacha de hogar; da mucho de qué hablar; es una mujer que da mucho de qué hablar; su cuerpo no es de una menor de edad; si ella no hubiera querido nada con él, entonces ella no tenía que estar con él en la moto, pues yo como mujer si*

alguien me está acosando tomo medidas drásticas de una vez; ... tenía relaciones sentimentales con otras personas, se la miraba con otras personas, una mujer no va a andar de arriba y abajo con cualquiera para que la gente hable mal de uno; la forma de vestir de ella es como vulgar, exhibe demasiado; de mujer uno debe respetarse; en Facebook dice que ella ama la rumba; es una persona que se da a mostrar más de lo normal en Facebook". En contraste, respecto del acusado dijo las siguientes palabras: *"es gente de bien, al igual que su familia, pues son humildes y no problemáticos, además que aseveró que le daba pena con la situación de ... y que lo apoyaba independientemente de lo que pase".*

El señor Miguel Ángel fue incluso más ofensivo al reproducir las siguientes expresiones: *"que a la muchacha le gustaba pegarse; que era muy dadora de lado con los hombres; que no es una niña de su casa, porque siempre se la miraba de un lado a otro a altas horas de la noche; que le gustaba andar con uno y otro hombre; que daba lado con el testigo y con otros individuos también con el fin de andar vacilando, por lo que se preguntó quién la iba a tomar en serio; que la víctima andaba detrás de..., y no a la inversa; que pelaba muela con muchos hombres, para rematar diciendo que era brinconcita, que no es la niña que dice todo el mundo y que es gasolinera".* En la orilla opuesta, el deponente se pronunció respecto del acusado en los siguientes términos: *"es una persona humilde, trabajadora, muy excelente, al igual que lo es la familia".*

En esas condiciones la Judicatura no le puede confiar credibilidad a estos testimonios, porque es palmario el favoritismo que tienen hacia el acusado y la prevención hacia la víctima, pero sobre todo porque en sus dichos se reproduce un tipo de violencia contra la mujer que no puede pasar desapercibido. Véase que aquellas frases traducen un tipo de juicio hacia el comportamiento de la

adolescente a partir de cánones de conducta que histórica y culturalmente se han asociado y exigido a la mujer, por razón de ser mujer, y cuyo cumplimiento dice de lo que la sociedad debe entender por una buena mujer, siendo que el alejamiento a esos comportamientos impuestos conlleva calificarla como una mala mujer. En efecto, los testigos achacaron a la joven de no ser una buena muchacha por su forma de vestir, por el desarrollo de su cuerpo, por sus actividades de socialización, en especial con el género opuesto, por las relaciones que ha tenido con otros individuos, porque a diferencia de lo que ellos tienen preconcebido la adolescente no permanecía el mayor tiempo en su casa, etc.

Además de que esas son apreciaciones personales y fundadas en sus convicciones estereotipadas con el ánimo de denigrar a la mujer, se percibe que a partir de allí se pretende poner el foco en el comportamiento de índole sexual y social de la adolescente con respecto a otras personas. Ello no tiene ninguna relevancia para con el tema de prueba, pues no desdice ni refrenda la acusación que se ha erigido respecto de las conductas del procesado, que son las que se juzgan por esta cuerda procesal, y no de la víctima, ni tiene que ver con los hechos jurídicamente relevantes que tuvieron como protagonistas a ofendida y victimario. Para el proceso poco o nada importa que la joven socializara con otros individuos, ni como se vestía, menos como era su cuerpo. Proceder en contrario significaría no solamente juzgar unos hechos de la esfera privada de la joven, sino soterradamente enviar un mensaje nefasto, cual es que tales aspectos servirían para justificar conductas atentatorias de los derechos fundamentales por parte de otras personas. En cambio, tales aseveraciones poco o nulo foco ponen en el acto del acusado, como lo que si se juzgara a expensas del proceso penal fuese la conducta social de la víctima, y no el comportamiento delictivo del encausado.

En tales condiciones, la Colegiatura no puede obviar esas peculiaridades de tales testimonios. No es plausible escindir de ellos los dichos que develan las interacciones que se aducen consentidas entre víctima y victimario de las incriminaciones estereotipadas lanzadas en contra de ... y olímpicamente desaparecer estas últimas para darle plena credibilidad a las primeras. No es posible hacerlo, porque aquellas que parten del dicho con el que se busca acreditar el asentimiento en las aproximaciones entre ambos sujetos procesales están precedidas y puestas en un contexto muy específico, que dice de los ataques a la dignidad de la ofendida como forma para exculpar o brindar un subterfugio a la conducta del encausado.

En esa misma línea se perfiló el testimonio del padre del acusado. Leído en su integridad dicho personaje significó que había mirado en varias ocasiones departir con normalidad a su hijo y a la víctima sin signos de coerción, violencia u hostigamiento, a la par que calificó a la víctima de ser una niña de la calle, que solía usar ropa insinuante y a quien se la miraba con varios muchachos en la calle, como con un individuo que manejaba una volqueta y un sobrino suyo también. Aquí ha de replicarse la valoración precedente y aunar una razón adicional. La credibilidad del deponente también se ve menguada en segundo nivel por la relación de parentesco y familiaridad entre este y el acusado, de quien es natural reacción que brinde su versión o conocimiento de los hechos desde una perspectiva en la que favorezca a su consanguíneo.

Por otro lado, desde el punto de vista del contenido de las probanzas, no es creíble para la Sala que, después del encuentro violento de la madre con el procesado y su hija en aquella noche en que salieron a departir en la camioneta, la víctima hubiese osado salir con el encausado a plena luz del día y a los ojos

de cualquier persona del pueblo en lugares visibles como la plaza o parque o en las vías de esa municipalidad, so riesgo de generar otra reacción que incluso podía ser más violenta en la señora... Veamos que los testimonios de cargo y de descargo calificaron que la madre de la víctima era muy estricta con la joven, sobre todo en tratándose de los acercamientos con el procesado, y al parecer con otros individuos del género masculino, tanto que era una persona muy problemática; siendo ello así, no es probable que víctima y victimario se expusiesen de tal manera, se insiste, a la vista de todos, con el riesgo de que la madre los sorprendiera en escena.

En ese panorama, queda indemne la exposición de los hechos que hizo la víctima, con especial énfasis en lo que tiene que ver con el elemento relativo a la ausencia de consentimiento de la víctima en los actos de acoso.

Antes de finalizar este apartado no puede dejar pasar la Corporación la oportunidad para llamar la atención a la primera instancia en cuanto permitió que ingresaran al juicio oral unas exposiciones de los señalados testigos que, recaídas sobre el comportamiento genérico social, afectivo y sexual de la víctima con respecto a terceras personas, no atañen al tema de prueba, y que en el ejercicio de los interrogatorios y contrainterrogatorios permitiera que la defensa técnica realizara preguntas sobre dichos aspectos, y que los declarantes se pronunciaran en términos tan irrespetuosos y lesivos en contra de la dignidad de una menor de edad. Asimismo, también eleva igual llamado a la fiscalía por no mostrar la más mínima objeción ante lo sucedido.

6.4.4. El elemento restante del tipo penal dice que el autor se haya prevalido de su superioridad o relación de autoridad para ejercer alguna acción de acoso sobre la víctima. Con lo tratado hasta aquí puede deducirse, más allá de toda

duda razonable, que el acusado se sirvió de su mayoría edad o de la minoría de edad de ...para alcanzar su objetivo sexual. Ello puede derivarse de las siguientes circunstancias.

Más allá de que la diferencia de edad fuera notoria entre víctima y victimario, la adolescente no contaba con la suficiente madurez mental o psicológica para discernir sobre su relacionamiento con el género masculino. Según lo aludido por la madre de la víctima y lo delatado por los testigos de la defensa, puede inferirse que la joven se encontraba en una etapa de exploración, curiosidad y acercamiento de índole sexual o afectiva con otros hombres, como es normal que en dicha etapa se muestre un interés creciente en la sexualidad y en la relación con objeto sexual y amoroso, pero a la vez se carezca de elementos o conocimientos que los forma la experiencia y la educación para identificar y lograr un adecuado relacionamiento psicosexual. Entiende la Corporación que el encausado se aprovechó de ello, esto es, de la creciente inquietud o impulsividad sexual y la falta de un desarrollo completo del pensamiento adulto, para tener acceso sobre la víctima.

No se pierda de vista tampoco que en algunas ocasiones el acusado le ofreció dinero y la posibilidad de darle lo que ella pidiera si la víctima accedía a sus pretensiones afectivas o sexuales, y así mismo lo hizo cuando le dispensó unas mandarinas a las hermanas de ... o la promesa remuneratoria a su padrastro para lograr estar a solas con ella. Eso descubre también que el encausado se prevaleció como adulto de aquellos aspectos de orden material para atraer la atención de la ofendida.

En este respecto, en el juicio oral se ventiló que el desarrollo corporal de la muchacha no era propio de una menor de edad, sino de una mujer mayor. Sin

embargo, dicha alegación es insuficiente para exculpar o justificar la conducta punible del autor, comoquiera no se ha probado que, pese a ello, el agente era absolutamente desconocedor de la minoría de edad de la víctima. Menos por la actitud de protección de la señora ...a su hija y la reacción violenta que esta tuvo cuando encontró al acusado con su descendiente en el vehículo de propiedad de aquel, momento en el que reclamó por perseguir a una menor de edad y teniendo a su consorte en estado de embarazo.

6.4.5. Finalmente, es necesario destinar un capítulo aparte para abordar la cuestión de porqué la Corporación le entrega credibilidad a la exposición de la víctima y su madre y desecha la teoría defensiva que viró en torno a sugerir que el señalamiento de la menor obedeció, más que a la verdad, a la reacción, actitud o proceder estricto de la madre en la educación y formación para con su hija al verse sorprendida paseando en la camioneta con el acusado en una noche de mediados de 2020, y a que la incriminación de la adolescente surgió como una reprimenda que la adolescente quiso darle al procesado por haber manifestado que ambos sostuvieron relaciones sexuales.

Tales hipótesis las erigió la defensa a partir de la prueba pericial de la psicóloga Luz Omaira Olivera Sánchez. Recordemos que la experta dispuso al estrado la siguiente información:

(i) Que por petición de la defensa analizó una serie de documentos que le fueron puestos de presente, como informes de investigador de campo, entrevistas rendidas por la víctima, el escrito de acusación, etc.

(ii) A partir del examen de esa documentación se percató de la existencia de sendas contradicciones de la víctima en el relato de los hechos,

específicamente en cuanto al tiempo en que dijo ante los distintos entrevistadores que habían acontecido los actos de acoso, puesto que al psicólogo forense en el mes de abril de 2021 le señaló que el delito había sucedido hace un año, esto es, más o menos en abril de 2020, mientras que ante el Comisario de Familia en el mes de septiembre de 2021 dio aviso que los hechos acaecieron hace 7 meses, es decir, en febrero de 2021, mientras que en otras ocasiones señaló como calendas octubre de 2020 y julio de 2020.

(iii) Le pareció también llamativo que ante la Comisaría de Familia la víctima no diera detalles de los hechos y no mencionara el episodio de la camioneta, lo que era alarmante, pues por la edad y madurez psicológica de la ofendida se espera que los distintos relatos se mantuvieran inalterados o que conservaran igual información.

(iv) Que existen estudios nacionales, como de la Universidad de Buenaventura, en los que se documentaron falsas denuncias en caso de abuso sexual, y en el plano internacional algunas tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires que también hablan del tema.

(v) Que uno de los detonantes para que la víctima incriminara al procesado fueron los presuntos comentarios que aquel hizo en público de que había mantenido relaciones sexuales con ella y que le había tocado las piernas, como también podía serlo que la joven y su madre mantienen una relación conflictiva, y que al verse sorprendida la adolescente cuando estuvo con el procesado en su camioneta, ello hizo que probablemente la víctima realizara la denuncia, pese a que había una relación consensuada, pues tal cosa sería menos castigadora para ella.

(vi) Que el informe psicológico no fue obtenido con apego a las normas que regulan la recepción de declaraciones a menores de edad, ni se determinó claramente si su objeto era evaluar o tan solo obtener la declaración de la muchacha.

La Sala no hace eco de tal testimonio experto. En primer lugar, las achacadas contradicciones no fueron acreditadas fehacientemente y, en todo caso, de haberlas, no son de la trascendencia que titula la defensa. En el juicio oral solamente se practicó el testimonio de la víctima, donde la joven expuso con claridad el espacio temporal en que sucedieron los hechos, sin que en ese escenario procesal la contraparte hubiese impugnado la credibilidad de la testigo con entrevistas, declaraciones o informes pasados que se hubiesen exhibido o hecho patentes en la audiencia, tan solo concurrió la perito, quien aludió a la existencia de esas contradicciones a partir de la lectura propia de tales entrevistas que nunca fueron puestas de presente en el juicio, luego, su valor demostrativo se encuentra menguado. De cualquier forma, partiendo de lo aludido por la perito, la imprecisión en las fechas no es de tal envergadura, porque por lo general coinciden con lo reseñado por la adolescente y demás testigos en la audiencia, esto es, que los hechos tuvieron lugar después del inicio de la pandemia y por espacio de 3 meses aproximadamente, lo que cobija el espacio de tiempo de mitad de año 2020, como lo indicó la víctima en el juicio oral.

La supuesta omisión en la entrevista de la víctima ante la Comisaría de Familia sobre el suceso de la camioneta tampoco tiene relevancia como indicativa de la mendacidad de la joven, porque resulta palmario que ese episodio sí ocurrió como el propio procesado lo relató y aceptó, luego, ninguna incidencia para el mérito demostrativo tiene esa aludida falencia.

Ahora bien, las conjeturas planteadas por la psicóloga sintetizadas en el numeral (V) son ciertamente meras suposiciones que carecen de respaldo fáctico, técnico o científico. De ninguna manera se ventiló y trató en el juicio un aspecto, por los directamente implicados en el conflicto, acerca de que el procesado había ventilado en el pueblo que la menor había sostenido relaciones sexuales con él; no existe ninguna base probatoria en ese respecto, más allá de una muy genérica alusión que hizo la especialista en punto de un hecho que no fue por ella presenciado.

En punto a lo segundo, entiende la Sala que la testigo habló meramente en términos de posibilidad de que la incriminación de la adolescente surgiera para evitar un castigo de su madre o buscar su condescendencia, pero no de que ello fuera verdaderamente plausible, además que no explicó el fundamento científico de tal conclusión ni de cómo se llegó a ese hallazgo, siendo que solamente se trata de una hipótesis lanzada al estrado ausente de cualquier fundamentación que compruebe que ello era realmente laudable en el caso de la especie. Y es que, en adición, lo condensado por la testigo únicamente partió del examen de los documentos puestos de presente por la defensa, sin que realizara una valoración directa a la víctima, a partir de los cuales extrajo de forma apresurada tal colofón.

Agreguemos que la fundamentación científica de ambas hipótesis la precedió de invocar muy genéricamente la existencia de unos estudios académicos que reportan falsas denuncias en delitos de violencia de tipo sexual, sin aterrizar o conectar ese conocimiento al caso que ahora nos ocupa para aparejar con plausibilidad que la víctima estuviese mintiendo. De forma que también por esta

razón la idoneidad científica de las conclusiones de la testigo queda entre dicho.

Finalmente, al proceso no ingresó el informe psicológico que amonestó la señora Luz Omaira de haber sido obtenido sin arreglo a las normas de producción probatoria en la obtención de declaraciones o entrevistas de víctimas de afrentas sexuales, luego, sus aducidos yerros carecen de significancia en la causa.

En suma, están estructurados todos los elementos del tipo punible, a saber, la relación de poder o autoridad (mediada por factores como la edad y el sexo), el aprovechamiento del autor de esas condiciones sobre la víctima, la realización habitual y persistente de actos de asedio, persecución y acoso con fines sexuales y el no consentimiento de la destinataria de tales actuaciones. En tal orden, es del caso revocar la absolución y emitir sentencia condenatoria.

6.5. Calificación jurídica y dosificación punitiva

En la manera como han sido narrados los hechos en los juicios de imputación y acusación y luego probados en la actuación, el señor ...es responsable del reato de acoso sexual previsto en el artículo 210A del Código Penal, bajo los verbos rectores, acosar, perseguir, hostigar o asediar, cometido en calidad de autor y a título de dolo.

El delito está penado de 1 a 3 años de prisión. Como no se han atribuido circunstancias genéricas de mayor punibilidad y se observa la presencia

oficiosa de una de menor punibilidad, relativa a la ausencia de antecedentes penales, será menester ubicarnos en el primer cuarto de movilidad, que va de 12 a 18 meses de prisión.

Siguiendo los parámetros del inciso 3 del artículo 61, para la individualización de la pena se tendrá en cuenta lo siguiente: (i) aparte de las circunstancias fácticas probadas que rodearon la comisión de la conducta punible no es posible entrever otras que acusen mayor gravedad de la conducta; (ii) no se comprobó que el acoso hubiese generado en la víctima un daño mayor, por ejemplo, en el plano psicológico, en su normal desenvolvimiento social o que hubiese tenido implicaciones negativas en la vida de la adolescente; y, (iii) en cuanto a la necesidad y función de la pena ha de considerarse que los actos de acoso se extendieron por un periodo de tiempo no tan largo y que luego el actor cesó por completo en su actuar, indicativo de la comprensión de su indebido actuar y, por ende, del cumplimiento de la prevención especial y la reinserción del encausado a su entorno de forma respetuosa de los bienes jurídicos ajenos. Por tales motivos, la pena será la mínima, esto es, 12 meses de prisión, lapso en el que rondará también la inhabilidad general.

6.6. Mecanismos sustitutivos de la prisión intramuros

Conforme los numerales 4 y 8 del artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia no hay lugar a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos en contra de menores de edad. Igual prohibición esta prevista en el artículo 68A del Código Penal. De tal manera, el encausado deberá purgar su sanción en establecimiento de reclusión.

6.7. Orden de captura

En el asunto de la especie, a fin de determinar si se debe o no librar orden de captura inmediata al encausado, se sopesarán los siguientes aspectos de acuerdo con lo decantado en las sentencias T-082 de 2023¹⁰ y C-342 de 2017 de la Corte Constitucional y CSJ STP, 8 jun 2023, rad. 130745 de la Corte Suprema de Justicia¹¹: (i) el reato objeto de condena no admite la concesión de subrogados o sustitutos penales; (ii) no existen circunstancias de mayor punibilidad de la conducta; (iii) el encausado cuenta con un arraigo social definido, que lo vincula como conocido poblador del municipio de La Llanada, donde reside con su padre y desempeña sus labores sociales y familiares; (iv) ha comparecido con normalidad al proceso y ha observado buena conducta de cara al mismo; (v) la cantidad punitiva es menor, esto es, la mínima posible en el rango legal; y, (vi) la necesidad de la pena se ve atemperada de acuerdo con lo que se esgrimió en el acápite precedente.

¹⁰ En la Sentencia C-342 de 2017, la Sala Plena de este Tribunal estudió la constitucionalidad de un fragmento del artículo 450 de la Ley 906 de 2004 frente al reclamo del ciudadano de ese entonces consistente en que establecía una restricción automática de la libertad del condenado, sin que la sentencia estuviera ejecutoriada. La Corte declaró exequible la parte de esa disposición que fue demandada, pero en su parte motiva aclaró que ese enunciado legal no contiene una regla general de ordenar la captura y una excepcional de disponer la libertad del condenado. En efecto, no se trata de un mandato al juez penal de restringir la libertad del reo. Es más, la Corte consideró que era contrario a la Constitución la interpretación “que impone la privación de la libertad, cuando se anuncia la condena de un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas”. No se puede olvidar que la restricción a ese derecho debe ser excepcional y su limitación intramural lo es aún más, dado que se trata de una medida que interfiere de manera profunda los derechos fundamentales de los procesados”.

¹¹ “Si bien, hasta ahora se ha indicado que ese análisis se suple con el estudio de los subrogados penales y circunstancias de mayor y menor punibilidad, se muestra de mayor raigambre constitucional que el juez adicione, de cara a los fines de la restricción de la libertad que se adecúen a ese escenario procesal, un juicio de proporcionalidad (test de razonabilidad contenido en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004) en el que se evalúe la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la restricción de la libertad, lo cual complementará con un estudio inclusivo de circunstancias que le resulten beneficiosas o no al procesado, tales como el arraigo social, su comportamiento procesal, el quantum punitivo al cual se expone el implicado y factores propios de cada delito, tales como, el resarcimiento del daño, entre otros. Solo después de esa evaluación se determinará si el procesado no privado de la libertad debe ser capturado inmediatamente o si, por el contrario, puede continuar en el estado de excarcelación en que viene”:

Tales factores, conforme a un análisis de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la privación de la libertad, permiten colegir que solamente el primero se posa en contra de la situación del procesado, mientras que los demás lo favorecen y muestran adecuado preservar su libertad hasta que se encuentre en firme la condena.

6.8. Del cumplimiento del principio de doble conformidad

Como la presente sentencia condena, por primera vez, al acusado, conforme al Acto Legislativo 1º de 2018 la Sala debe garantizarle el mecanismo de impugnación especial. A ello se procederá con sujeción a las consideraciones y pautas señaladas en la sentencia SP5290-2018, de 5 de diciembre de 2018, radicación 44564, a saber, se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia; mientras que el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por medio de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

7. Decisión

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia objeto de apelación. En su lugar, condenar al señor..., identificado con C.C No. ... de La Llanada, Nariño, y demás datos consignados en la actuación, como autor responsable del delito de acoso sexual, a la pena principal de 12 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

Segundo. Declarar que ... no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria. Expídase orden de captura en su contra una vez adquiera firmeza esta providencia.

Tercero. Advertir que por haberse condenado a ... por primera vez está en posibilidad de activar el mecanismo especial de impugnación previsto en el Acto Legislativo 1º de 2018.

Cuarto. Para los demás sujetos procesales el recurso extraordinario de casación, en los términos y presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Quinto. En caso de interposición tanto de la impugnación especial como el recurso extraordinario de casación, la Secretaría del Tribunal dará cabal cumplimiento en lo que le corresponde, a lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sexto. Una vez alcance ejecutoria esta sentencia se librarán las comunicaciones de rigor ante las entidades e instituciones correspondientes, según lo dispuesto en el artículo 166 de la Ley 906 de 2004 e igualmente se

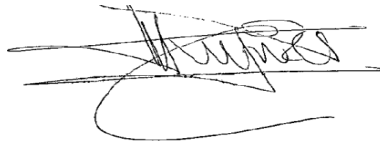
dispondrá el envío del expediente al juzgado de ejecución de penas de esta ciudad, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



Franco Solarte Portilla

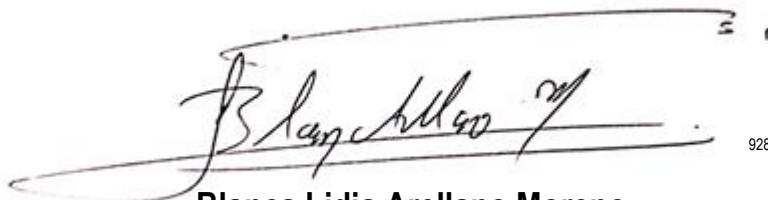
Magistrado



2701

Héctor Roveiro Agredo León

Magistrado



9287

Blanca Lidia Arellano Moreno

Magistrada



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

