



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala de Decisión Penal

MAGISTRADO PTE.: JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ
Radicación: 110016000023201213330 03
Procedencia: Juzgado 39 Penal del Circuito
Acusado: John Fransi Rivera Arias
Delitos: Acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir
Motivo: Apelación sentencia ordinaria
Decisión: Revoca
Aprobado Acta N° 190
Fecha: 25 de noviembre de 2022

I. Objeto del pronunciamiento

El tribunal resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la víctima en contra de la sentencia proferida el 16 de abril de 2021 por el Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a John Fransi Rivera Arias del cargo de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir agravado.

El magistrado ponente presentó un proyecto por medio del cual se confirmaba el fallo de primera instancia. Esta ponencia fue derrotada, motivo por el cual, por acuerdo de la sala mayoritaria, este despacho asumió la redacción de la ponencia sustitutiva.

Como, dadas las particularidades de este caso, existe una alta probabilidad de que la publicidad de esta sentencia afecte el derecho a la intimidad de la víctima y de sus familiares –padre, madre y hermana- y pueda conducir a su revictimización, la sala mayoritaria los

identificará con nombres ficticios con el fin de mantener la reserva de su identidad.

II. Hipótesis de las partes

A. De la fiscalía

1. En este proceso, la fiscalía, desde la teoría del caso, asumió la carga de probar la siguiente hipótesis fáctica:

Blanca y Carlos son padres, entre otros, de Ana nacida el 29 de agosto de 1989.

Aproximadamente en el año 2003 Blanca conoció a John Fransi Rivera Arias en el gimnasio BodyTech, ya que ella era cliente del establecimiento y él trabajaba allí como entrenador personal e instructor de rumba y danza árabe. En algún momento, John Fransi le comentó a aquella que era estudiante de fisioterapia; Blanca le indicó que sufría de fibromialgia severa y le pidió consejo profesional. Así, se fue afianzando una relación de confianza.

En el año 2011 John Fransi llamó a Blanca, le comentó que abrió un gimnasio llamado *Physical Condition*, ubicado en la carrera 20 No. 122-65 de esta ciudad, y la invitó a asistir. Ella así lo hizo; además, le ofreció a John Fransi vender unos productos en ese establecimiento y ambos hicieron negocios. Después, este le pidió a Blanca un préstamo de un millón de pesos, el cual no pudo pagar. Debido a esto, le propuso compensar la deuda con mensualidades del gimnasio que podrían usar ella y sus hijas. En este contexto, Ana empezó a asistir al sitio.

John Fransi le contó a Ana sobre unos tratamientos que él recomendaba para reducir la grasa corporal, consistentes en la aplicación tópica de unos geles y la práctica de un masaje. Esta se interesó y aquel le explicó que dicho masaje consistía en estimularle los ganglios para eliminar grasa por medio de la orina. Por este motivo,

24

tal procedimiento debía realizarse con el cuerpo desnudo de la paciente y en estado de relajación. De esta manera, en noviembre de 2012 Ana consintió en que John Fransi le practicara el masaje descrito; este le masajeó la zona genital y ella se sintió incómoda, por lo que él le explicó que era necesario para drenar la grasa. Pese a la incomodidad, confiaba en él por ser conocido y allegado a su madre.

El 26 de diciembre de 2012, a las 9:00 p. m., Ana asistió al gimnasio con el fin de que John Fransi le practicara, por segunda vez, el masaje. Este activó una cámara de video sin que Ana se diera cuenta; ella se desnudó y se acostó en una camilla. John Fransi cubrió la cara de Ana con una toalla, le frotó aceites por el cuerpo, lo que ocasionó que ella entrara en un estado de relajación, y le empezó a manipular el cuerpo, incluidos los genitales exteriores, lo cual ella consintió. Sin embargo, de improvisto, este tomó los tobillos de Ana, la haló al borde la camilla, le abrió las piernas y la penetró con el pene por la vagina. En ese momento, Ana reaccionó, lo empujó, empezó a gritarle que era un monstruo y a reclamarle por qué la había "violado"; él le dijo "perdón, pensé que querías", mientras masturbaba su pene erecto y eyaculaba en el piso. Ana se vistió, salió del lugar y, de inmediato, denunció lo ocurrido en el CAI de Unicentro.

Minutos después, Ana regresó al gimnasio con agentes de la Policía Nacional, quienes capturaron a John Fransi. Luego llegó Carlos y le preguntó a este qué había pasado, quien le contestó que se había sobrepasado con Ana, ya que la había penetrado.

2. Por estos hechos, la fiscalía judicializó a John Fransi como posible autor de un delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir agravado, debido a que tenía una posición que impulsó a la víctima a depositar su confianza en él, de acuerdo con los artículos 29, 207 y 211.2 del CP.

B. De la defensa

3. Esta parte no presentó teoría del caso.

III. Antecedentes procesales relevantes

1. El 28 de diciembre de 2012 el Juzgado 34 de Garantías presidió las audiencias de legalización de captura y formulación de imputación en contra de John Fransi como posible autor de acceso carnal violento simple, de acuerdo con los artículos 29 y 205 del CP. Este no aceptó cargos. Previa solicitud de la fiscalía, el juzgado le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 26 de febrero de 2013 la fiscalía presentó el escrito de acusación. Esta parte indicó que la imputación fáctica podría variar entre el delito mencionado y acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir -artículo 207 del CP- con la circunstancia agravante ya señalada. Su conocimiento le correspondió al Juzgado 16 Penal del Circuito de esta ciudad.

3. El 22 de marzo siguiente el juzgado adelantó la audiencia de acusación. La fiscalía adicionó elementos de conocimiento y fijó los cargos en contra del imputado como probable autor de un acceso carnal violento, en concurso con un acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir o acceso carnal en incapaz de resistir, todos agravados por impulsar a la víctima a depositar su confianza en él, "dependiendo de lo que lograra probar en el juicio", de acuerdo con los artículos 29, 31, 205, 207, 210 y 211.2 del CP.

4. El 1° de agosto de 2013 el juzgado llevó a cabo la audiencia preparatoria.

5. En sesiones de los días 7 y 27 de noviembre de 2013; 19 de junio de 2014; 13 de abril de 2015; y 22 de abril, 29 de septiembre y 24 y 25 de octubre de 2016 el Juzgado 16 Penal del Circuito tramitó el juicio oral. En la última fecha anunció sentido de fallo absolutorio y ordenó la libertad inmediata de John Fransi, por lo que está en libertad por

25

cuenta de esta actuación. Luego de esta audiencia, la titular del despacho cambió.

6. El 4 de agosto de 2017 esta autoridad judicial manifestó que en el juicio intervinieron diferentes jueces. Por este motivo, declaró la nulidad por violación del principio de inmediación y dispuso adelantar un nuevo juzgamiento. Las partes e intervinientes no recurrieron la decisión y quedó en firme.

7. Los días 5 y 8 de febrero, 2 de abril, 21 de mayo, 9 de agosto, 4 y 13 de septiembre y 21 de noviembre de 2018 el Juzgado 16 Penal del Circuito adelantó el juicio oral, así:

a. El acusado no asistió, por lo que no hubo manifestación sobre la aceptación de cargos.

b. La fiscalía anunció que demostraría que aquel es responsable de un delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, porque tenía una posición que impulsó a la víctima a depositar en él su confianza, de acuerdo con los artículos 207 y 211.2 del CP. La defensa no presentó teoría del caso.

c. Las partes estipularon la plena identidad de John Fransi.

d. La fiscalía ofreció los testimonios de Ana, víctima; de los padres de ella, Blanca y Carlos; de los patrulleros Germán Cañón Bermúdez, José Yesid Serrano Díaz, Jeisson Yesid González Félix y John Anderson Barrera Mendoza; del policía judicial de la SIJIN Uriel Urrego, quien incorporó un acta de inspección al lugar, un registro de cadena de custodia, un informe ejecutivo y otro de investigador de campo, de fechas 8 y 12 de febrero y 1° y 8 de marzo de 2013, respectivamente; y del investigador de la víctima Luis Enrique Conde Moreno.

Asimismo, esa parte ofreció las experticias: sexológica, rendida por Silvia Juliana Velandia Borrero; terapéutica, rendida por la psicóloga Carolina Morales Arias, y dos de psiquiatría forense, rendidas por los

médicos Ricardo Mora Izquierdo y Nancy de la Hoz Matamoros, quienes introdujeron sus bases de opinión pericial de 27 de diciembre de 2012, 24 de febrero, 12 de agosto y 21 de octubre de 2013, correspondientemente.

e. La defensa presentó los testimonios de Óscar Figueroa, entrenador en *Physical Condition*; de Mauro Javier Valderrama, conocido del acusado, y el de Carlos Eduardo Roldán Califa, investigador.

8. El 8 de marzo de 2019 se reincorporó la titular del Juzgado 16 Penal del Circuito, quien se declaró impedida, debido a que, antes del reinicio del juicio, anunció sentido de fallo absolutorio.

9. El 6 de septiembre siguiente el tribunal aceptó el impedimento. Por este motivo, el asunto fue reasignado al Juzgado 39 Penal del Circuito.

10. Los días 3 de febrero y 10 de marzo de 2021 este juzgado retomó el juicio oral, así:

a. La defensa practicó los testimonios de la excompañera permanente del acusado, Sara Patricia Gómez Cadavid, y de John Fransi.

b. En los alegatos de conclusión, la fiscalía solicitó sentencia condenatoria por un delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, porque el acusado tenía una posición que impulsó a la víctima a depositar en él su confianza, de acuerdo con los artículos 207 y 211.2 del CP. La defensa pidió fallo absolutorio.

11. El 16 de abril de 2021 el juzgado anunció sentido de fallo absolutorio por ese cargo y dictó la sentencia de rigor. La apoderada de víctimas apeló. El ministerio público intervino como no recurrente.

12. El 2 de junio de 2021 el asunto fue repartido a la sala presidida por el magistrado Jaime Andrés Velasco Muñoz y, luego de que la sala mayoritaria derrotara la ponencia, el 14 de febrero de 2022 este remitió el proceso al magistrado Leonel Rogeles Moreno.

13. Por acuerdo previo entre los integrantes de la sala mayoritaria, este despacho asumió la redacción de la ponencia sustitutiva, motivo por el cual, el 11 de noviembre de 2022, recibió el proceso.

IV. Fundamentos de la sentencia recurrida

Fueron los siguientes:

1. Con las pruebas practicadas en el juicio, está demostrado que John Fransi penetró con el pene a Ana en la vagina en las circunstancias descritas en la acusación. Sin embargo, la fiscalía no probó que él ejecutara dolosamente actos idóneos para poner en incapacidad de resistir a la víctima y lograr ese objetivo.

2. De acuerdo con la fiscalía y la apoderada de la víctima, John Fransi se valió de la confianza que Ana depositó en él, de que era su entrenador, de las altas horas de la noche en que ella acudió a un lugar solo con él y de que tenía la cara tapada con una toalla para ponerla en incapacidad de resistir e impedir que diera su consentimiento previo a ser penetrada. Sin embargo, estas circunstancias no fueron propiciadas por aquel, pues la cita y las condiciones del masaje se acordaron mutuamente, y ellas no causaron el estado disociativo en que entró Ana cuando fue manipulada sexualmente.

Otro tanto ocurre con la calidad profesional de John Fransi: esta parte e interviniente consideran que él engañó a Ana presentándose como fisioterapeuta, pero ello es una especulación y ella tenía la capacidad de discernir si él "era una persona carente de conocimientos en su oficio, frente a las prácticas que realizaba en el gimnasio".

3. Es cierto que Ana consintió dos masajes supremamente invasivos en su cuerpo, que se extendieron a sus órganos genitales, lo que no quiere decir que, de igual manera, haya consentido la penetración por parte

del acusado; pero, también lo es que, del contexto de los hechos, no hay una situación específica propiciada por él que invalidara la capacidad de entendimiento de la víctima en relación con el acceso carnal ocurrido. Es decir, él no puso a la víctima en un estado en que le fuera imposible comprender la relación sexual o en que no tuviera la capacidad cognitiva para asentir libremente su realización.

4. Según las experticias rendidas por los psiquiatras forenses Ricardo Mora Izquierdo y Nancy de la Hoz Matamoros, en los momentos en que John Fransi manipuló los genitales de Ana y la penetró, ella sufrió un episodio disociativo que la alejó de la realidad de lo sucedido, por lo que no podía consentir esas actividades sexuales, lo cual explica su reacción posterior. Sin embargo, el acusado no generó ese trastorno, no hay evidencia de que conociera esa condición de Ana, ni de que se haya aprovechado del evento clínico para accederla carnalmente. Además, los episodios disociativos pueden no ser perceptibles para terceros no entrenados.

V. Fundamentos del recurso interpuesto

A. La apoderada de la víctima le solicitó al tribunal condenar al procesado por un delito de acceso carnal en incapaz de resistir. Presentó los siguientes argumentos:

1. El juzgado valoró erróneamente las experticias de los psiquiatras forenses porque ellas no ofrecen grado de certeza, sino de probabilidad sobre que, en el momento de los hechos, Ana sufrió un episodio disociativo. Es decir, se debe partir de la base de que ello ocurrió y de que del contexto de la relación profesional entre ella y el acusado no se aprecia un interés ni una expectativa de que el masaje "sensorial" se convirtiera en una relación sexual.

2. El juzgado valoró la prueba con base en estereotipos de género, ya que reprochó a la víctima: (i) el haber ido a determinadas horas y sola

al encuentro con el acusado; (ii) el hecho de no objetar que le pusieran una toalla en la cara, "como señalando que debió prever que ello disminuía su capacidad de vigilar que su entrenador no fuera a agredirla sexualmente"; y (iii) que no haya previsto y evitado la agresión sexual, pese a ser una mujer con formación académica. Asimismo, la primera instancia parte de la base de que no hay prueba de la incapacidad de Ana para entender lo sucedido, lo cual constituye una justificación social a la violencia contra las mujeres, pues se les impone a estas la carga de cuidarse de no ser agredidas y no al agresor la de prever si su conducta se adecuaba al consentimiento de la mujer.

3. El acusado sí estaba en posibilidad de reconocer, desde el primer masaje "sensorial", que Ana "vivía una suerte de desconexión mental de su cuerpo", porque: (i) sabía que la intención de ella era "estar bonita para su novio"; (ii) el día los hechos el otro instructor del gimnasio, Óscar Figueroa, le dijo que Ana lo estaba esperando y que ella "no se encontraba en un estado mental adecuado". Así, él tenía todo el control de la prestación del servicio de masaje del cual se valió para agredir sexualmente a Ana.

4. Esta sí consintió tener su cuerpo desnudo frente al acusado, incluso que él tocara sus genitales con un fin "claramente diferente a sostener una relación sexual" -eliminar grasa de su cuerpo-, impulsada por la explicación técnica que le dio este y la confianza que había entre ambos; pero nunca lo autorizó para que tuviera relaciones sexuales con ella o la penetrara. Esto es importante, ya que la relación entre las partes era netamente profesional, y el consentimiento inicial no puede tomarse como un aval para que John Fransi agrediera sexualmente a Ana.

5. En este caso, el juzgado omitió que está probada la configuración del delito de acceso carnal en incapaz de resistir tipificado en el artículo 210 del CP. Esto debido a que, si bien es cierto que John Fransi no causó el trastorno disociativo de Ana, sí sacó provecho de este para accederla carnalmente, toda vez que no pidió su consentimiento para penetrarla con el pene, ni ella lo expresó voluntariamente.

6. El testimonio de la víctima es creíble: (i) no hay prueba de una circunstancia previa que hiciera que Ana quisiera tomar represalias en contra del acusado; (ii) las demás pruebas de la fiscalía respaldan el dicho de ella; (iii) John Fransi también admitió ante Óscar Figueroa que actuó de manera inapropiada por penetrar a Ana; (iv) esta ha sido reiterativa en declarar que no consintió esta conducta. Sin embargo, el juzgado omitió valorar estos aspectos.

7. Por otra parte, el juzgado tampoco tuvo en cuenta que el video que grabó John Fransi del masaje es clandestino, pues la víctima no lo consintió, tal como lo percibió el policía judicial Uriel Urrego y lo declaró la propia Ana. Empero, ello es relevante, ya que denota que el acusado tenía todo controlado para abusar de la víctima sin consideración de su intimidad y de sus derechos sexuales.

8. En este orden, el juzgado no analizó el caso con perspectiva y enfoque de género, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia -citó algunos precedentes-, e incurrió en valoraciones probatorias sesgadas y prejuiciosas en perjuicio de una mujer víctima de violencia sexual. Además, el juzgado decidió en contra de los parámetros establecidos en el artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, según el cual, el consentimiento no podrá inferirse de ningún gesto o conducta de la víctima cuando no sea libre y voluntario; ni del silencio o falta de resistencia a la agresión sexual.

B. El ministerio público, como no recurrente, pidió al tribunal confirmar la sentencia. Expuso lo siguiente:

1. La recurrente afirma que el juzgado entendió probado que, al momento de ser penetrada, Ana estaba en un estado disociativo que le produjo una desconexión de la realidad que le impidió reaccionar oportunamente a la agresión sexual. Sin embargo, los psiquiatras Ricardo Mora Izquierdo y Nancy de la Hoz Matamoros no afirmaron con *certeza absoluta* que ello ocurriera, por lo que hay duda sobre la

configuración del acceso carnal con incapaz de resistir, como lo expuso en los alegatos de conclusión.

Además, la víctima relató que no estaba dormida, sino relajada por el masaje, pero consciente y alerta de su entorno, hasta el punto de que describió todas las maniobras realizadas por el acusado antes de penetrarla. Debido a esto, es posible descartar que haya estado en incapacidad de resistir por cuenta de un episodio disociativo.

2. Sin importar lo anterior, en caso de que Ana haya sufrido el episodio disociativo al momento del masaje y la penetración, el acusado no tenía la posibilidad de conocer tal condición médica y, por lo tanto, no podría decirse que se aprovechó de ella para accederla carnalmente sin su consentimiento. Así, es importante y relevante la actitud que asumió John Fransi ante el reclamo de Ana: no la forzó a continuar, sino que se apartó y ofreció disculpas.

3. No es cierto que John Fransi haya preparado el escenario ideal para agredir a Ana, pues fue *“ella quien tuvo la iniciativa de buscar al acusado en el establecimiento de comercio de marras, fue ella quien decidió acudir a sola(s) a altas horas de la noche y quien exigió ser atendida exclusivamente por el acusado, aún a sabiendas de que se encontraría sola con él en el inmueble (...) más aun teniendo en cuenta que no era la primera vez que ella recibía un masaje similar”*. Debido a esto, el acusado no propició dichas circunstancias, como lo anotó la apoderada de víctimas.

4. Ahora bien, del contexto de privacidad en que sucedieron los hechos, del masaje, de los estímulos sexuales que intentó John Fransi y de la respuesta de Ana a estos, es posible que el acusado haya comprendido que podía avanzar y que contaba con el consentimiento de ella para penetrarla, como lo expuso en los alegatos de clausura. Por tal razón, hay dudas sobre que el procesado haya actuado con dolo delictivo.

VI. Fundamentos de la decisión

A. Competencia

1. Con base en el artículo 34.1 del CPP, esta sala es competente para conocer de este proceso, pues se trata de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un juzgado penal del circuito, dentro de un proceso penal adelantado por hechos ocurridos en esta sede. Tal competencia la ejercerá con estricto respeto del principio de limitación, que habilita al tribunal para pronunciarse sobre los puntos objeto de inconformidad del recurrente y lo inescindiblemente relacionado con ellos.

En esa dirección, expondrá los argumentos que sustentan su decisión, ocupándose inicialmente de la validez de la actuación y luego de la posible responsabilidad del procesado.

B. Validez de la actuación

2. Como se sabe, el tribunal debe determinar si el proceso que se adelantó en contra de John Fransi es válido, pues solo sobre esa base puede emitir una decisión de fondo.

En torno a ese particular, la sala mayoritaria encuentra que funcionarios judiciales competentes adelantaron este proceso, ya que las fiscalías seccionales y los juzgados penales de circuito han sido habilitados por el ordenamiento jurídico para conocer de este tipo de actuaciones.

De otro lado, el juzgado respetó la estructura lógica del proceso consagrado en la Constitución Política, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004. Ello es así por cuanto la fiscalía formuló la imputación y presentó el escrito de acusación y el juzgado de conocimiento realizó las audiencias

de acusación, preparatoria y de juicio oral, dictó el sentido de fallo, corrió el traslado del artículo 447 del CPP y emitió la sentencia.

Finalmente, se respetaron los derechos del procesado y a las partes e intervinientes se les permitió el cumplimiento de su rol procesal.

Siendo así, no hay argumentos para cuestionar la legitimidad de la actuación, ya que se trata de un proceso válido y por ello, hay lugar a decidir la apelación.

C. Exclusión de pruebas ilícitas

3. Como es conocido, el proceso penal contemporáneo se rige por unos fines superiores con fundamento convencional, constitucional y legal: la aproximación razonable a la verdad, la realización de la justicia y el respeto de los derechos de las partes e intervinientes. El primero entendido como correspondencia entre los hechos reportados en el proceso y los hechos ocurridos en el mundo¹; el segundo, como realización de los efectos previstos en las normas penales sustanciales y el tercero, como una exigencia de civilidad inherente al mundo contemporáneo que condiciona la legitimidad de los dos primeros fines y, en casos límite, la validez del proceso.

Ese tercer fin superior es relevante porque, hasta hace un tiempo se consideraba que en el proceso penal solo contaban los derechos del procesado, pero no los de la víctima. Hoy, por fortuna, las cosas son diferentes: tanto aquel como esta son titulares del derecho a un juicio justo².

4. Lo expuesto explica uno de los aportes más relevantes de la jurisprudencia constitucional colombiana a la doctrina de la prueba ilícita: no solo tienen esta calidad los medios de conocimiento que

¹ Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021. p.18 y ss.

² En este sentido: Organización de Naciones Unidas. *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

vulneran los derechos del acusado, sino también los de la víctima. Esta línea jurisprudencial, surgida en un precedente de 2005 y hoy consolidada, se inició a propósito de una estrategia probatoria dirigida a reconstruir en el juicio el pasado sexual de las mujeres víctimas de delitos sexuales, estrategia con la que se pretendía acreditar una actividad sexual de ciertas características que supuestamente desdecía de ellas como posibles víctimas de tales conductas³. Desde ese precedente quedó claro que la reconstrucción del pasado sexual de una víctima de esos comportamientos no hace parte del objeto de un proceso penal y que las pruebas orientadas a ese fin violan el derecho a la intimidad y la dignidad humana y deben excluirse del proceso.

5. La mencionada línea jurisprudencial es muy relevante en este proceso. Aquí, un entrenador de un gimnasio al que una clienta le solicitó que, con fines estéticos, le practicara un masaje altamente invasivo de su zona genital y que, según la fiscalía, derivó en un acceso carnal no consentido, no tuvo inconveniente alguno en filmar ese masaje. Para ello no contó con el consentimiento de su clienta. Esta persona no tuvo conocimiento de que sus órganos genitales externos y la manipulación de estos por parte de su instructor estaban siendo registrados por este en una cámara filmadora que ella no vio en ningún momento.

Para cualquier persona razonable, pero más para una persona formada profesionalmente para participar en un proceso penal, es muy claro que semejante práctica constituye una violación de un derecho fundamental: es un asalto a la intimidad personal de una mujer, una cosificación que niega su condición de ser humano, una instrumentalización dirigida a fines protervos.

Sin embargo, contra lo que pudiera creerse, el juzgado no se percató de ello, ni siquiera porque la fiscalía y la apoderada de la víctima se lo pusieron de presente. Si bien ese despacho se opuso a que ese video ingresara al proceso como prueba de la defensa, el fundamento para ello no fue la manifiesta violación del derecho a intimidad de la víctima,

³ Corte Constitucional, sentencia T-453 de 2005.

sino que quien había sido solicitado como testigo para incorporarlo era la compañera del acusado y no un investigador de esa parte. Y con el ministerio público -al que, entre otras cosas la ley le ha confiado que intervenga en defensa de los derechos y garantías fundamentales y que vele porque se respeten los derechos de las víctimas (artículos 109 y 111.d.c. del CPP)- las cosas fueron para peor: en su criterio jurídico, el problema planteado no era de ilicitud probatoria, sino simplemente de falta de *certeza* sobre la cadena de custodia.

Además, a pesar de que ese documento no fue introducido legalmente al proceso, el juzgado permitió que varios testigos y peritos de la fiscalía y de la defensa informaran lo que afirmaban haber visto en ese registro filmico y que expusieran sus propias valoraciones. Para no ir más lejos, esto sucedió con los peritos psiquiatras de la fiscalía, con el investigador de la defensa y con la excompañera permanente del acusado. Esta última, por ejemplo, llegó a afirmar que vio que la víctima sintió placer sexual en el transcurso del masaje y que lo estaba disfrutando, pero dijo no haberse percatado del momento de la penetración.

6. La regla de exclusión de la prueba ilícita, establecida en el artículo 29 de la CP y desarrollada detenidamente por el CPP⁴, tiene total aplicación en este caso: de acuerdo con ese régimen y sus desarrollos jurisprudenciales, es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y debe excluirse de la actuación procesal.

Por este motivo, en estricto cumplimiento de la Constitución y de la ley y con total conciencia del lugar central que los derechos fundamentales ocupan en un régimen democrático como parámetro de justificación del poder público, la sala mayoritaria excluirá todas las referencias que se hacen a ese video en las pruebas ya mencionadas, pues son pruebas derivadas ilícitas. Más aún si aquí no es aplicable

⁴ Artículos 23, 212, 231, 232, 238, 276, 344, 357, 360, 373, 382 y 455.

ninguno de los criterios que excepcionalmente legitiman su incorporación⁵.

7. Pero, aparte de lo expuesto, existe un problema adicional. El video ya mencionado no solo es un medio de conocimiento ilícito por violación del derecho a la intimidad de la víctima, que contaminó a los testigos y peritos que lo vieron y relataron y valoraron lo que vieron, sino que, además, como ese video no fue aportado al proceso, ni podía ser admitido como prueba, tales testimonios y pericias, en lo relacionado con lo que vieron, son pruebas de referencia proscritas.

Lastimosamente, después de 17 años de la entrada en vigor del sistema acusatorio colombiano y su nueva estructura probatoria, esta es una temática sobre la que en varias instancias judiciales no existe claridad. El panorama es tan desolador que se sigue creyendo que una persona que mira un registro filmico que no se ha introducido al proceso es testigo directo de los hechos que vio en ese documento. Para la sala mayoritaria, esta perspectiva conlleva un claro desconocimiento de la estructura probatoria inherente al proceso penal de tendencia acusatoria propia de un régimen democrático y la perpetuación de las profundas deficiencias de sistemas procesales hoy superados.

El juzgado, también aquí, nada dijo sobre ello y permitió que las mencionadas pruebas personales versaran, con mayor o menor extensión, en torno a esas temáticas.

8. Para la sala mayoritaria es muy claro que los testigos y peritos que vieron el mencionado registro audiovisual, que no se adujo al proceso, no son testigos directos de lo que allí consta, sino testigos de referencia. Y como no concurre ninguno de los casos en que las pruebas de esa índole son excepcionalmente admisibles⁶, todo lo que reportaron en relación con lo que vieron es prueba de referencia proscrita e inadmisibile.

⁵ Artículo 455 *ibidem*.

⁶ Artículo 438 del CPP.

9. En fin. Por todos estos motivos, la sala mayoritaria excluirá del proceso todas las referencias que los mencionados testigos y peritos hicieron al mencionado video y no las tendrá en cuenta para ningún efecto, pues no solo son pruebas derivadas ilícitas, sino también, pruebas de referencia proscritas e inadmisibles.

10. Finalmente, uno de los patrulleros que conocieron del caso y que se trasladaron hasta el gimnasio *Physical Condition* le atribuyó a John Francis varias afirmaciones susceptibles de considerarse como auto incriminatorias. Con todo, el tribunal no las tendrá en cuenta porque, tratándose de una autoridad investigativa, era necesario que él le informara al indiciado el derecho que le asistía a guardar silencio y a no incriminarse, pues la sala mayoritaria considera que ese derecho surge desde el momento en que cualquier autoridad conoce los hechos e inicia una indagación. Como la sala mayoritaria no tiene seguridad en cuanto a que tal agente de policía haya cumplido con ese deber, no tendrá en cuenta esas afirmaciones para ningún efecto⁷.

D. Acerca de la inocencia o responsabilidad del acusado

1. Fundamento para dictar sentencia condenatoria

11. Como quiera que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra un fallo absolutorio y que la recurrente pretende su revocatoria, hay que tener en cuenta que según los artículos 7°, 372 y 381 del CPP, para proferir una sentencia condenatoria debe existir un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

Además, de acuerdo con los artículos 207 y 211.2 del Cp, incurrirá en prisión el que realice acceso carnal con persona a la que haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento. La conducta se agrava si el autor ostenta

⁷ En relación con este tema, ver las providencias CSJ SP4703-2020 del 11 de noviembre de 2020, y SP729-2021 del 3 de marzo de 2021, entre otras, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

alguna posición o carácter que impulsen a la víctima a depositar en él su confianza.

Así las cosas, en el presente caso, la sala mayoritaria debe determinar si la prueba practicada en el juicio demuestra, más allá de toda duda razonable, la comisión de ese delito por parte de John Fransi y la responsabilidad que pueda asistirle. De ser así, revocará el fallo recurrido; de lo contrario, lo confirmará.

2. Razonamiento probatorio

12. El panorama es el siguiente: con ocasión de los hechos sucedidos en la noche del 26 de diciembre de 2012, reportados por la fiscalía y retomados por la sala, la fiscalía adelantó un proceso en el que le imputó a John Fransi acceso carnal violento, lo acusó por acceso carnal violento agravado y o acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado o acceso carnal o acto sexual en persona en incapacidad de resistir agravado y solicitó condena por un delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, debido a que el autor tenía una posición que impulsó a la víctima a depositar en él su confianza, de acuerdo con los artículos 207 y 211.2 del Cp. El juzgado absolvió a John Fransi. La apoderada de las víctimas apeló y solicitó que se condene al acusado por el delito de acceso carnal en persona en incapacidad de resistir. El ministerio público, en cambio, pidió que se confirme esa decisión.

El tribunal fija su postura en este debate. Para ese efecto, valorará las pruebas de la fiscalía, después hará lo mismo con las de la defensa y luego decidirá con base en esa valoración.

a. Valoración de las pruebas de la fiscalía

13. La fiscalía aportó los testimonios de la víctima, de sus padres, de los cuatro patrulleros que conocieron el caso, de dos investigadores - uno oficial y otro particular- y de una psicóloga, y tres peritajes -dos rendidos por médicos psiquiatras y uno por una médica sexóloga-. La

32

sala mayoritaria escuchó y miró con mucho detenimiento los registros correspondientes a estas pruebas. Con base en la información aportada por ellas, está en capacidad de reconstruir la siguiente línea de tiempo sobre lo sucedido en la noche del 26 de diciembre de 2012 en el gimnasio *Physical Condition*:

a. Para el año 2012, John Fransi había cursado dos semestres de fisioterapia, no había culminado sus estudios y no había podido titularse. Se desempeñaba como instructor en gimnasios y prestó sus servicios en varios de ellos. Por este motivo, conoció a Blanca. Cuando aquél abrió el gimnasio *Physical Condition*, localizado en la carrera 20 No.122-65 de esta ciudad, le informó y ella acudió a ese lugar con el fin de continuar sus entrenamientos.

b. John Fransi le pidió prestado a Blanca un millón de pesos y esta le hizo ese favor. Aquél no pudo devolverle esa suma de dinero y le propuso que la descontaran con el valor de sesiones de entrenamiento. Ella aceptó, con la condición de que las clases fueran impartidas tanto a ella, como a sus hijas Ana y Diana. John Fransi estuvo de acuerdo.

c. Ana empezó a acudir al gimnasio. En noviembre y diciembre de 2012 lo hizo con más regularidad, pues su novio, radicado en Londres, la iba a visitar y quería estar más esbelta. En esa época, John Fransi se ofreció a hacerle un masaje que comprendía estimulación de los ganglios para eliminar grasa y de los órganos genitales para que segregara más hormonas, lo que haría que se le moldeara la cintura y se viera más delgada. No hay claridad sobre la denominación de ese masaje: varios testigos lo aluden como "masaje sensorial", pero no es seguro si esta nomenclatura fue conocida por Ana. Esta aceptó el masaje, que fue bastante invasivo, pues se extendió a la manipulación de sus órganos genitales externos.

d. En la noche del 26 de diciembre de 2012, Ana se sometió a un nuevo masaje de ese tipo. Acudió al gimnasio hacia las 9:00 p.m., John Fransi llegó unos veinte minutos más tarde. Primero le aplicó un gel,

continuaron con la sesión de entrenamiento y siguieron con el masaje. Para este efecto, se trasladaron a la sala de depilación.

e. Ana se desnudó completamente, se acostó en la cama con la boca hacia arriba y John Fransi le tapó los ojos con una toalla. Luego comenzó el masaje, para el cual utilizó aceite. Después de un tiempo, el masaje se extendió hasta sus órganos genitales exteriores. Como consecuencia del masaje, Ana se relajó y se adormiló: "Uno se duerme, se relaja, descansa y confía", según sus propias palabras. En un momento sintió que John Fransi la haló con fuerza de las piernas. Por este motivo, se incorporó, por lo que se le cayó la toalla que tenía en el rostro y vio que John Fransi la penetró con su miembro viril.

f. Ana por un momento se congeló, luego saltó hacia atrás y gritó. John Fransi empezó a masturbarse y mientras lo hacía, le pedía perdón. Ana salió de la sala de depilación, en ese momento se dio cuenta de que él había eyaculado en el piso. A pesar de que estaba muy alterada, se vistió, desorganizó varios de los elementos que estaban en ese lugar, tomó dos frascos de champú y salió en el vehículo en el que había llegado. Se dispuso a avisarle a su familia lo sucedido, pero cayó en cuenta de que había dejado el teléfono celular en el gimnasio. Por este motivo, regresó a ese lugar y John Fransi se lo entregó, por lo que pudo llamar a su hermana Diana. Cuando estaba de camino a su vivienda, pasó por el CAI de Unicentro, localizado en la calle 122 con carrera 20, estacionó el vehículo e ingresó.

g. Allí le informó al patrullero John Anderson Barrera Mendoza que la habían violado. Este estaba en turno de permanencia en el CAI y no podía dejar el lugar solo, pero como Ana le dijo que John Fransi aún estaba en el gimnasio, se dirigió con ella a ese sitio. En este, John Anderson se reunió con otro patrullero que le dio apoyo: Jeisson Yesid González Félix. John Fransi abrió la puerta sin oponer resistencia. John Anderson se regresó al CAI y Jeisson Yesid se quedó.

h. Los patrulleros trasladaron a John Fransi y a Ana al CAI de Unicentro. Momentos más tarde llegaron Carlos y Diana, padre y

97

hermana de Ana, respectivamente. Ana no pudo hablar e irrumpió en sollozos y se puso a gritar. Su hermana trató de calmarla. Carlos se dirigió a John Fransi y este le dijo que se había sobrepasado con Ana, le pidió perdón y le dijo que asumía las consecuencias. Él le insistió en que le informara hasta dónde se había sobrepasado, a lo que John Fransi le contestó que la había penetrado.

i. Del CAI trasladaron a Ana y al acusado a la URI de Usaquén -la que está ubicada en Paloquemao-. En este lugar, el patrullero Germán Cañón Bermúdez tomó la denuncia de Ana, y el patrullero José Yesid Serrano Díaz interrogó al indiciado.

j. Al día siguiente, la médica legista Silvia Juliana Velandia Borrero examinó a Ana y le encontró un trauma genital reciente.

k. Los peritos Ricardo Mora Izquierdo y Nancy de la Hoz Matamoros conceptuaron que, en el curso del masaje mencionado, Ana, como mecanismo de defensa, padeció un trastorno disociativo, en el que una parte de su consciencia se apartó del ambiente, pero no de la realidad, por lo que no tuvo una visión de conjunto de lo que le estaba sucediendo. Como secuelas, le diagnosticaron un trastorno de estrés postraumático, estreñimiento y trastorno ansioso depresivo.

l. La psicóloga Carolina Morales Arias atendió a Ana durante cuatro sesiones y encontró que tenía claridad y coherencia sobre lo que sucedió, pero confusión sobre los cuestionamientos que se hacía a sí misma sobre esos hechos.

14. Como es obvio, la principal fuente de información está constituida por el testimonio de Ana. Se trata de una persona adulta, con capacidad para percibir los hechos, para fijarlos en su memoria y para reportarlos ante los patrulleros que la atendieron, sus familiares, las autoridades de investigación y los profesionales de la salud a los que acudió y, esencialmente, ante el juzgado de conocimiento. Es una testigo fiable que tuvo la capacidad de reconstruir la secuencia fáctica de forma clara y coherente. Además, la versión que suministró tiene un claro respaldo

comportamental: es compatible con su estupor inicial, con los reproches que le dirigió a John Fransi, con la forma apresurada como se vistió y salió del gimnasio, con la necesidad que sintió de enterar a su familia de lo que había sucedido, con los reproches que le volvió a dirigir al acusado cuando -en compañía de los patrulleros- regresó al gimnasio, con la reacción que momentos más tarde mostró ante su hermana y su padre y, tiempo después, con los hallazgos médicos, psiquiátricos y psicológicos.

Los patrulleros del CAI de Unicentro que atendieron a Ana suministraron información que, en general, es coherente con el rol que ejercen como agentes de la Policía Nacional y, en especial, con los hechos que Ana informó. Además, actuaron de forma compatible con ello: se trasladaron hasta el gimnasio y capturaron a John Fransi.

La madre y el padre de Ana también son testigos confiables. La primera informó el contexto en el que surgieron los entrenamientos a los que acudía Ana y en los que era dirigida por John Fransi; en tanto que el segundo reportó el estado emocional en que encontró a su hija cuando acudió al CAI y el cual se dirigió a aquél para que le informara lo que había sucedido y las explicaciones que recibió.

Otro tanto ocurrió con los profesionales de la salud que acudieron al proceso: reportaron el procedimiento que cumplieron con Ana y las secuelas físicas, psicológicas y psiquiátricas sobrevinientes. Dos de ellos plantearon la posibilidad de que, al momento de los hechos, Ana haya padecido un trastorno disociativo que le impidió advertir la inminencia de la agresión sexual de la que fue víctima.

Como se ve, al analizar las pruebas de la fiscalía, la sala mayoritaria no encuentra motivos para desconfiar de alguno de los testigos o peritos por ella aducidos, como tampoco de la abundante información que suministraron. La sala mayoritaria reparó con detenimiento en los conainterrogatorios y en las preguntas complementarias realizadas por el ministerio público y por el juzgado, en tanto mecanismos legítimos para validar esa información, pero tampoco ellos ofrecieron

24

elementos de juicio que afectaran la fiabilidad de esas pruebas personales.

15. Esa secuencia fáctica, acreditada con pruebas fiables, evidencia lo siguiente:

a. Ana se iba a reencontrar con su novio, radicado en Londres. Para estar más esbelta, intensificó su entrenamiento y se sometió a unos masajes que le ayudarían a ese propósito y que John Fransi le había ofrecido. Recibió un primer masaje en noviembre de 2012 y el segundo, el 26 de diciembre de ese año. De acuerdo con esto, aquella no tenía el propósito de concretar un encuentro sexual con John Fransi, ni mucho menos.

b. En esta última fecha, después de la aplicación del gel y de la sesión de entrenamiento, Ana se dispuso a recibir el segundo masaje. Ella era consciente de que, como el primero, era invasivo hasta el punto de que John Fransi extendería el masaje a su zona genital.

c. Ana no tuvo conocimiento de que el masaje que iba a recibir sería filmado con una cámara. John Fransi no le pidió autorización para hacerlo y no se percató de la existencia de dispositivo alguno orientado a ese propósito.

d. Como consecuencia del masaje, Ana se relajó, se adormiló, descansó y confió.

e. En un momento, de forma intempestiva, advirtió que John Fransi la haló de los talones. A pesar de la posición en que estaba -desnuda, acostada boca arriba, con una toalla en el rostro y que le cubría los ojos-, se incorporó. En este momento, la toalla cayó al piso y ella vio que John Fransi la penetró con su miembro viril.

f. Tal como sucedió con la filmación del masaje, Ana tampoco consintió el acto de penetración de que fue víctima. Su voluntad y su inteligencia estaban orientadas hacia la actitud pasiva de quien recibe un masaje

en todo el cuerpo, pero no hacia un acto sexual explícito como ese. Y esto es comprensible: como lo indicó la sala mayoritaria, el propósito que ella alentaba era estar más esbelta para el futuro reencuentro con su novio, no mantener una relación sexual con su instructor personal.

g. John Fransi aprovechó el estado de vulnerabilidad en que se hallaba Ana -desnuda, acostada, boca arriba, con una toalla que le cubría todo el rostro, descansando, relajada, adormilada y confiada- y el acceso que tenía a su zona íntima con el fin de masajearla, para accederla con su miembro viril y así satisfacer su propia libido.

h. Comoquiera que Ana consintió que John Fransi le practicara un masaje invasivo de su zona genital, como un mecanismo para mejorar su apariencia física, pero no que la sometiera a un acto de penetración con el miembro viril, ese acto constituye una manifiesta agresión sexual: fue un acto dirigido contra su libertad sexual. Es más, fue un atentado contra su dignidad de ser humano, tanto en un sentido ontológico -en la medida en que John Fransi no consideró a Ana como un ser humano que era un fin en sí mismo, sino como un instrumento que podía mediatizar hacia la satisfacción de su deseo sexual-, como ético -en tanto la despojó de su capacidad de autodeterminación, en particular de su autonomía privada referida, concretamente, al ejercicio de su libertad sexual-.

i. La secuencia de reacciones de Ana confirma que no consintió el acceso carnal al que fue sometida por John Fransi. Cuando cayó en cuenta de que este la penetraba con su miembro viril, se congeló, saltó hacia atrás, gritó. Después de que se incorporó, se vistió y salió del gimnasio, tomó la decisión de llamar a su familia para enterarla de lo sucedido, pero no pudo hacerlo porque había olvidado el teléfono celular en el gimnasio; cuando lo recuperó, llamó a su hermana Diana; luego acudió al CAI de Usaquén e informó que la habían violado; después, ya al día siguiente, se sometió a un reconocimiento médico que confirmó la agresión sexual de que había sido víctima.

j. El comportamiento posterior del acusado, referido por múltiples medios de conocimiento, también es altamente indicativo de que los hechos sucedieron tal como Ana los reportó. Cuando Ana se percató de lo que estaba sucediendo y lo repelió, él continuó masturbándose hasta eyacular en el piso y luego le pidió perdón por lo que había hecho. Al instructor Óscar Figueroa le dijo que la había *cagado* y que estaba detenido. Y al padre de Ana le dijo que se había sobrepasado con ella, que la había penetrado y que asumía las consecuencias.

Como se sabe, las afirmaciones auto inculpatorias que un acusado hace ante terceras personas no constituyen pruebas de referencia. La razón es muy sencilla: estas pruebas están proscritas porque no permiten que el acusado ejerza la cláusula de confrontación con el testigo. Si A le dice a B que C cometió un delito, C necesita que en el juicio esté A para confrontarlo, no basta con la presencia de B, que apenas es un testigo de referencia. Con todo, ese riesgo no existe cuando es el acusado el que se incrimina ante terceros: Si A se incrimina ante B y B en un juicio da cuenta de ello, nada impide que A comparezca y contradiga las expresiones auto inculpatorias que le atribuye B.

De este modo, como Ana, un entrenador y el padre de Ana le atribuyeron a John Fransi afirmaciones claramente indicativas de la consciencia que tenía sobre el delito que había cometido y de su disposición a asumir las consecuencias, y ya que John Fransi contó con la oportunidad de confrontar tales testigos, es legítimo que el tribunal valore esas afirmaciones como indicativas de la responsabilidad que le asiste.

k. Las secuelas médicas, psiquiátricas y psicológicas que sufrió Ana como consecuencia de la agresión sexual de que fue víctima, están acreditadas: trauma genital, estreñimiento, trastorno de estrés postraumático y confusión por los cuestionamientos que se hacía a sí misma sobre lo que le sucedió. Algunas de estas secuelas se han mantenido por tiempo prolongado y no solo la han afectado a ella, sino también a su entorno familiar. Buena parte de ese cuadro clínico se

hizo evidente en el juicio: a pesar del tiempo transcurrido, sufrió mucho durante su testimonio, hasta el punto de que lloró bastante, y evitó el reencuentro con el agresor.

16. Entonces, con apoyo en este razonamiento probatorio, el tribunal está en capacidad de llegar a una conclusión provisional: las pruebas ofrecidas por la fiscalía acreditan que Ana consintió que John Fransi le practicara un masaje corporal invasivo de su zona genital y lo hizo con el fin de mejorar su apariencia física con miras a un reencuentro con su novio y se dispuso para tal masaje en la forma ya aludida: se desnudó, se acostó boca arriba con una toalla en el rostro, descansó, se relajó, se adormiló y se confió. No obstante, John Fransi aprovechó esa situación para accederla vaginalmente con su miembro viril.

Sin embargo, esta conclusión es provisional. Para llegar a una conclusión definitiva, el tribunal debe valorar las pruebas ofrecidas por la defensa.

b. Valoración de las pruebas de la defensa

17. La defensa aportó los testimonios de un entrenador del gimnasio *Physical Condition*, de un amigo de John Fransi, de un investigador, de la compañera del acusado y de este. La sala mayoritaria escuchó y miró con mucho detenimiento los registros correspondientes a estas pruebas y con base en ello está en capacidad de reconstruir la secuencia fáctica reportada por ellas:

a. John Fransi había cursado diez semestres de fisioterapia, pero no llegó a titularse por no haber podido presentar un examen de inglés.

b. Un tiempo después de que abriera su gimnasio, empezó a ofrecerles a las clientas un masaje en la zona genital cuya finalidad era producirles el orgasmo. Por este motivo, era muy buscado por ellas.

c. Ana fue una de esas personas. No solo se interesó por tales masajes, sino que, además, lo buscó para que le practicara uno inicial y otro en

la noche del 26 de diciembre de 2012 y cuando estaban los dos solos en el gimnasio.

d. John Fransi le aplicó un gel a Ana y luego continuaron con la sesión de entrenamiento. Cuando esta culminó, se dirigieron a una sala de depilación para continuar con el masaje. Cuando ya estaban en ese lugar, John Fransi le preguntó a Ana si estaba de acuerdo en que filmara el masaje que le produciría el orgasmo y ella dio su consentimiento.

e. En el curso del masaje, John Fransi le manipuló a Ana la zona vaginal, él le practicó sexo oral y luego le preguntó a ella que si quería algo más. Ana le dijo que sí y entonces la penetró con su miembro viril durante tres o cuatro minutos.

f. De un momento a otro, Ana se movió hacia atrás y dijo que eso no podía pasar porque él era el entrenador de su mamá y de su hermana. Luego se paró, se vistió, tomó dos frascos de champú y se fue. Después regresó por el teléfono celular y más tarde volvió con varios agentes de la policía, los que lo capturaron.

g. John Fransi llamó al entrenador Óscar Figueroa y le dijo "Uy, marica, la cagué" y le explicó que el tema con esa niña se había salido de control y que lo acababan de detener.

18. Al pasar esta secuencia fáctica -reportada por las pruebas de la defensa- por el tamiz de la razón, la sala mayoritaria observa lo siguiente:

a. John afirmó que había cursado diez semestres de fisioterapia, pero la Universidad del Rosario le informó al investigador de la víctima que solo había cursado dos semestres.

b. Con ese nivel de formación y su experiencia como instructor en varios gimnasios, John empezó a ofrecerles a las mujeres un "masaje sensorial". Este consistía en manipularles la zona genital para que.

sintieran placer y llegaran al orgasmo. Es decir, bajo la eufemística denominación de "masaje sensorial", John Fransi les ofrecía a sus clientas el servicio de masturbarlas en los gimnasios en los que él las entrenaba.

c. Algo muy llamativo es que supuestamente ese servicio tenía bastante demanda entre las mujeres. Es decir, muchas de las que contrataban sus servicios lo hacían no solo para que las dirigiera durante las sesiones de entrenamiento físico, sino también para que después las masturbara y las llevara al orgasmo.

d. Una de las personas que mostró interés por tales masajes fue, justamente, Ana. Según la información introducida con las pruebas de la defensa, estaba casi desesperada porque John Fransi, su entrenador personal, le dirigiera su sesión de ejercicio y porque luego la masturbara y la llevara al orgasmo. Por eso ella le insistió para que el segundo masaje de ese tipo en el que estaba interesada se lo practicara en la noche del 26 de diciembre de 2012.

e. Por si ello no fuera ya bastante, la disposición de Ana para que su entrenador personal la masturbara y la llevara al orgasmo era tal, que supuestamente tampoco tuvo inconveniente alguno con que él grabara en una cámara de video un masaje tan particular como ese. En este punto, cabe interrogarse: ¿qué interés podría tener Ana en que en un sistema de audio y video se registrara la manipulación, por parte de su entrenador, de sus órganos sexuales externos? La respuesta es clara: ninguno.

f. Continuando con ese relato, ya en el masaje, John Fransi no solo le manipuló a Ana la zona genital, sino que también le practicó sexo oral. Además, después le preguntó si le gustaba, a lo que ella le contestó que sí. Ante esta respuesta, él le preguntó si podía seguir y ella supuestamente le dijo que sí y entonces la penetró durante varios minutos. Pero, indistintamente de la libertad que se concede la defensa para presentar esta versión de los hechos, resulta que, ni aún en el caso de tomar por cierto ese contexto -lo que la sala mayoritaria no

admite-, logra su objetivo: de la supuesta pregunta que John dice haberle hecho a Ana y de la supuesta respuesta de esta, no se puede inferir su consentimiento libre y voluntario para que la accediera con su miembro viril.

g. Entonces, según esta versión de los hechos, como parte de la compensación de una deuda que John tenía con la madre de Ana, esta última se sometió a un supuesto masaje que en realidad era un encuentro sexual explícito que, entre otras cosas, comprendió actos de masturbación y sexo oral y que derivó en una penetración con el miembro viril del entrenador, penetración que no solo consintió, sino que también permitió que su entrenador documentara en una cámara filmadora.

h. Desde luego, en los inicios del tercer milenio, el ejercicio de la autonomía individual ha llegado a puntos hasta hace un tiempo insospechados, pero choca con la razón y con la experiencia la supuesta demanda casi desesperada de muchas mujeres, y en particular de Ana, para que su instructor personal las masturbe y las lleve al orgasmo luego de una sesión de ejercicio físico.

i. Como puede observarse, entonces, la versión que se infiere de la información aportada por las pruebas de la defensa no es verosímil. Se cae por sí misma. Y con razón: se trata de una puesta en escena que no está orientada a presentar los hechos tal como sucedieron en el mundo, sino a que John quede a salvo de cualquier responsabilidad penal. Pero los hechos son tozudos, incluso ante las pruebas que ofreció la defensa. De allí que la verdad subsista aún en medio de un cúmulo de mentiras, pues Óscar Figueroa, el otro entrenador del gimnasio *Physical Condition*, muy a su pesar, dejó traslucir lo verdaderamente sucedido: cuando John Fransi lo llamó, le dijo, literalmente, que la había *cagado* y que estaba detenido. Este reconocimiento expreso de responsabilidad solo tiene sentido si se ve lo que se trata de ocultar: el acceso carnal tantas veces aludido no fue consentido.

19. Pero resulta que la versión de la defensa no solo se cae por su propio peso, sino que, además, no tiene ninguna idoneidad para refutar la secuencia fáctica acreditada por la fiscalía.

Para empezar, Ana no estaba interesada en que su entrenador la masturbara y la llevara al orgasmo después de una sesión de entrenamiento, sino, como lo expuso en el juicio, en que le hiciera un masaje que le ayudara a eliminar grasa, a moldear su cintura y a verse más esbelta en el próximo encuentro que iba a tener con su novio.

Aparte de ello, en ningún momento tuvo conocimiento de que John estaba grabando el masaje. Es más, ella no se percató de la presencia de la cámara filmadora. Esto indica que aquél había preparado la escena y había tenido el cuidado de que ella no se enterara de un hecho tan reprochable como ese.

Además, Ana, alentada por su interés en mejorar su apariencia física, permitió que el acusado le manipulara su zona genital en el entendido de que ello contribuiría a que eliminara grasa por la orina, argumento este burdo y desprovisto de cualquier base científica. Con todo, en ningún momento asumió esa manipulación tan invasiva como una masturbación orientada a generarle placer sexual y a provocarle un orgasmo.

De otro lado, en el transcurso del masaje, que se prolongó por 40 minutos, aproximadamente, Ana descansó, se relajó, confió y se adormiló. Y como, además, estaba desnuda, acostada boca arriba y con una toalla que le tapaba los ojos, solo reaccionó cuando John Fransi le haló fuertemente los talones, pero, a pesar de ello, no pudo evitar la penetración a que la sometió.

La reacción de Ana es compatible con toda esa secuencia: los reproches, el llanto, la salida intempestiva, el olvido de su teléfono celular, el regreso por él, el llamado a sus familiares, el informe a los patrulleros que estaban en el CAI, el acompañamiento a estos para que lo capturaran, el descontrol cuando se reunió con su hermana y su

38

padre, su sometimiento a un reconocimiento médico legal y las secuelas psiquiátricas y psicológicas que sobrelleva confirman la veracidad de su testimonio.

Y otro tanto sucede con el comportamiento de John Fransi: las afirmaciones inculpatorias que hizo ante Ana, hasta el punto de pedirle perdón por lo que le había hecho; ante el padre de ella, frente a quien admitió que la había penetrado; con el otro entrenador del gimnasio, ante quien reconoció que la había "cagado"; todas esas afirmaciones solo se explican por la consciencia del delito que había cometido y de la responsabilidad que le incumbía.

c. Conclusión

20. Entonces, tras valorar las pruebas de la defensa y confrontarlas con las pruebas de la fiscalía, para la sala mayoritaria la conclusión es muy clara: no tienen la idoneidad suficiente para presentar una hipótesis alternativa que explique los hechos y que excluya la responsabilidad penal del acusado, como tampoco para generar una duda razonable que haya de resolverse a su favor.

En estas condiciones, la conclusión provisional a que había llegado la sala mayoritaria, tras valorar las pruebas de la fiscalía, se torna definitiva: esta parte probó, más allá de toda duda razonable que John Fransi Rivera Arias accedió carnalmente a Ana sin su consentimiento y es penalmente responsable de ese hecho. Entonces, está satisfecho el estándar probatorio previsto como fundamento sustancial de una sentencia condenatoria.

3. Calificación jurídica de la conducta

21. En torno a esta temática, la fiscalía fue muy ambivalente. Por los hechos por los que ejerció la acción penal formuló imputación en contra de John Fransi por el delito de acceso carnal violento simple; presentó escrito de acusación por acceso carnal violento agravado o acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado; en la

audiencia de acusación formuló cargos por acceso carnal violento en concurso con acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado o acceso carnal en incapaz de resistir agravado y en la audiencia de juzgamiento solicitó condena por acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado.

El juzgado absolvió al acusado y la apoderada de la víctima apeló y le solicitó al tribunal que profiera sentencia condenatoria por el delito de acceso carnal en persona en incapacidad de resistir.

Lo expuesto indica que la fiscalía no tuvo claridad sobre la calificación jurídica y de allí por qué haya imputado un delito, presentado escrito de acusación por dos -uno de estos alternativo-, acusado por dos -también uno de estos alternativo- y haya solicitado condena por uno.

La sala mayoritaria debe fijar su criterio en torno a esta temática.

22. La fiscalía aportó dos pruebas periciales que generaron un intenso debate en torno a si John Fransi, con su comportamiento, le generó a Ana un trastorno disociativo en virtud del cual una parte de su consciencia se apartó del ambiente, pero no de la realidad, motivo por el cual no tuvo una visión de conjunto de lo que sucedió. El juzgado concluyó que esas pruebas no eran suficientes para probar que John Fransi puso a Ana en incapacidad de resistir para luego accederla con su miembro viril y por ese motivo lo absolvió. Sin embargo, en buena medida, esas pericias se basaron en lo que los peritos observaron en el video que la fiscalía les entregó y que, como se explicó, es un medio de conocimiento ilícito por haberse recaudado con manifiesta violación del derecho a la intimidad de Ana y porque, además, como ese video no se adujo -ni podía aducirse al proceso-, en torno a esa temática, esas pericias son pruebas de referencia proscritas e inadmisibles.

23. Independientemente de ello, la sala mayoritaria considera que la conducta de John Fransi se adecuaba al delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir. Esto es así porque, de

24

acuerdo con la jurisprudencia penal vigente⁸, la esencia de esa conducta punible radica en que:

- a. No se trata de que el actor aproveche un estado que a la víctima no le permita comprender la situación.
- b. El actor crea las condiciones de inferioridad psíquica que le impiden a la víctima dar su consentimiento en materia sexual.
- c. Esa inferioridad psíquica es una situación valorativa que debe examinarse de acuerdo con las concretas circunstancias en que la conducta se manifiesta y no se trata de probar la existencia de estados patológicos que impiden comprender los alcances de la agresión sexual.
- d. La víctima es llevada a esa situación psíquica no patológica por error.
- e. Esa inferioridad psíquica puede demostrarse con cualquiera de los medios de conocimiento previstos en la ley, pues no existe un sistema tarifario para acreditarla.
- f. La valoración normativa del consentimiento gira en torno a la imposibilidad de interpretar el hecho como quebrantamiento de la prohibición de involucrar a otro en un contexto sexual sin su voluntad.

Con base en este razonamiento, la Corte Suprema de Justicia no casó la condena impuesta por acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir a un médico urólogo que le recomendó a una paciente una terapia alternativa en su consultorio privado y en el curso de la cual, después de que ella se despojara de sus prendas de vestir y se recostara boca abajo, le introdujo los dedos en la vagina y en el ano, sin guantes y utilizando un aceite⁹. También con base en esa línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia condenatoria impuesta por la misma conducta punible contra un

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP103-2021 del 17 de noviembre de 2021, radicado 58.051, y sentencia SP229-2022 del 9 de febrero de 2022, radicado 50.487.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP103-2021 del 17 de noviembre de 2021, radicado 58.051.

médico que, en el curso de un control realizado a una mujer de 16 años por una molestia vaginal, le introdujo los dedos en la vagina y luego los sacó e introdujo rítmicamente, le pidió que se dejara besar la vagina, lo que hizo pese a la oposición de la paciente, por lo que esta entró en shock y quedó paralizada¹⁰.

24. De la mano de esos precedentes jurisprudenciales, es muy claro que el comportamiento del acusado en este proceso se adecúa al delito por el cual la fiscalía acusó y solicitó condena: acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir. En efecto:

a. Es irrelevante si Ana estuvo o no en capacidad de comprender la situación específica a la que fue conducida.

b. Fue John Fransi quien le propuso a Ana realizarle un masaje que le permitiría eliminar grasa por medio de la orina, reducir la cintura y verse más delgada, masaje altamente invasivo que se extendía a su zona íntima y que debía practicarse con el cuerpo desnudo de la paciente y en estado de relajación. Con ello, él creó las condiciones de inferioridad psíquica que le impidieron a Ana dar su consentimiento en materia sexual, pues ella se desnudó, se acostó boca arriba, permitió que el masajista le cubriera el rostro con una toalla, descansó, se relajó, confió y se adormiló, por lo que él la puso en un evidente estado de vulnerabilidad, de inferioridad psíquica hasta el punto de quedar a merced de su instructor.

c. Ana fue llevada a esa situación de vulnerabilidad, de inferioridad psíquica por error: asumió que ella era necesaria para recibir el masaje acordado, pero no para que fuera accedida carnalmente.

d. Esa inferioridad psíquica no es un estado patológico que debe acreditarse pericialmente, sino una situación valorativa que debe examinarse de acuerdo con las circunstancias en que Ana se encontraba en ese momento y respecto del cual no existe tarifa legal

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP229-2022 del 9 de febrero de 2022, radicado 50.487.

40

alguna, por lo que puede acreditarse con el testimonio de la víctima y con los hechos periféricos acreditados en el juicio.

e. John Fransi quebrantó la prohibición de involucrar a Ana en un contexto sexual sin su voluntad: como lo ha expuesto de manera uniforme, ella consintió el masaje invasivo que le propuso el acusado, pero jamás el acceso carnal al que este la sometió.

Entonces, con fundamento en la mencionada línea jurisprudencial y en los anteriores razonamientos, la sala mayoritaria condenará a John Fransi como autor de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir.

Es cierto que la fiscalía, por unos mismos hechos, presentó escrito de acusación, sustentó esa acusación y formuló teoría de caso por varios delitos, aunque finalmente pidió condena por uno solo. Sin embargo, de ello no se infiere que la sala mayoritaria deba dictar sentencia por varios delitos, pues el alcance de este pronunciamiento no depende del número de calificaciones jurídicas por las que haya optado la fiscalía, sino de los hechos imputados y su calificación jurídica correcta.

E. Consecuencias punitivas

25. La fiscalía solicitó condenar a John Fransi por el mencionado delito en modalidad agravada dado su carácter de entrenador personal y que impulsó a Ana a depositar en él su confianza -artículos 207 y 211.2 del CP-, conducta sancionada con una pena de 16 a 30 años de prisión.

La circunstancia de agravación punitiva está justificada: la situación de vulnerabilidad en que John Fransi puso a Ana no solo fue consecuencia de la confianza que ella le tenía como instructor, pues este tipo confianza estaba presente en la relación que él mantenía con todas las clientas a las que les prestaba sus servicios, sino que también fue fruto de los vínculos que él tenía con la familia de la víctima desde hacía varios años. Recuérdese que se desempeñaba como entrenador personal de la madre de aquella y de la otra hija de esta, Diana, y que

a la citada señora la visitaba en su domicilio y le había solicitado el préstamo de una suma de dinero y ella había aceptado. Todas estas circunstancias llevaron a Ana a depositar su confianza en él y a que se sometiera a un masaje tan invasivo como el que la sala mayoritaria ha mencionado.

El ámbito de movilidad es de 14 años, por lo que el primer cuarto punitivo va de 16 años a 19 años y seis meses; los cuartos intermedios, de 19 años y 6 meses a 26 años y seis meses, y el cuarto máximo, de 26 años y seis meses a 30 años. Como la fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad, la sala mayoritaria debe fijar la pena en el primer cuarto punitivo.

Si bien los contenidos de injusticia y culpabilidad del delito fueron muy altos -por el profundo daño que se le causó a la víctima y el intenso reproche de que es pasible el acusado-, la pena mínima es suficiente para materializar los fines inherentes al castigo.

Dado el monto de la pena privativa de la libertad y, además, ante la concurrencia de una expresa prohibición legal -artículos 68 A y 38 G del Cp-, no proceden la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Por este motivo, el tribunal emitirá la orden de captura con miras al cumplimiento de la pena.

26. De acuerdo con el comunicado de 5 del 9 de abril de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, por medio del cual se fijaron las reglas transitorias para tramitar las impugnaciones especiales en los eventos en que los tribunales superiores -como jueces penales de segunda instancia- revoquen absoluciones, contra esta decisión el procesado y/o su defensor pueden interponer ese recurso, mientras que para las demás partes e intervinientes procede el recurso extraordinario de casación.

Es importante precisar que los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial, de manera que en este caso el plazo

para promover y sustentar este recurso especial es el contemplado en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

F. Reflexión final

27. La sala mayoritaria destaca varias situaciones advertidas en este proceso que son indicativas de las graves deficiencias que existen en el sistema penal colombiano frente a la violencia en razón del género, particularmente frente a la violencia contra la mujer:

a. Ana, en el juicio oral, informó que no consintió que John Fransi filmara el masaje que le practicó y que era altamente invasivo de su zona genital. Por el contrario, indicó con contundencia que no tuvo conocimiento de tal filmación. Sin embargo, el juzgado, sin apoyarse en un razonamiento probatorio riguroso, no le creyó y por este motivo asumió que sí había consentido y que ese registro videográfico era una prueba lícita que podía aducirse al proceso por intermedio del testigo de acreditación que la defensa había ofrecido para ese efecto.

b. Ella dejó claro que no consintió la penetración a la que su entrenador la sometió. El juzgado, también aquí sin un razonamiento probatorio riguroso, tampoco le creyó. Le dio más crédito a la afirmación del acusado según la cual, en medio del masaje altamente invasivo que le practicó, le preguntó si podía continuar y ella le contestó que sí, de lo que él infirió que consentía la penetración subsiguiente.

c. En el juicio varias de las partes e intervinientes afirmaron que el nivel educativo de Ana -con formación profesional, estudios en el exterior y manejo de otro idioma- era relevante para desvirtuar su probable victimización sexual.

d. El ministerio público planteó que no era cierto que John Fransi haya preparado el escenario ideal para agredir a Ana, pues, por el contrario, fue *“ella quien tuvo la iniciativa de buscar al acusado en el establecimiento de comercio de marras, fue ella quien decidió acudir a sola a altas horas de la noche, y quien exigió ser atendida exclusivamente*

por el acusado, aún a sabiendas de que se encontraría sola con él en el inmueble (...) más aun teniendo en cuenta que no era la primera vez que ella recibía un masaje similar”.

e. Este interviniente especial también afirmó que del contexto de privacidad en que sucedieron los hechos, del masaje, de los estímulos sexuales que intentó John Fransi y de la respuesta de Ana a estos, era posible que el acusado haya comprendido que podía avanzar y que contaba con el consentimiento de ella para penetrarla y que, por tal razón, había dudas sobre que haya actuado con dolo delictivo.

f. Para cerrar el círculo, el ministerio público exigió que la inferioridad psíquica inherente, en este caso, al delito de acceso carnal abusivo con persona puesta en incapacidad de resistir, debía probarse con *certeza absoluta*, exigencia esta desmedida que desnuda profundas limitaciones epistemológicas y normativas, otra vez, en perjuicio de la víctima.

28. Estas deficiencias, que en no pocos casos afectan a los juzgadores -y que se extienden a otras partes e intervinientes-, no les permiten, en eventos como el aquí analizado, advertir los derechos fundamentales que están en juego y las consecuencias de su violación, como tampoco emprender un proceso riguroso de valoración probatoria.

En cuanto a lo primero -los derechos fundamentales que están en juego- es muy indicativo lo sucedido en este proceso con pruebas ilícitas y de referencia que campearon sin ningún control judicial y no es necesario volver sobre ello.

En cuanto a lo segundo -la valoración probatoria- la desmedida exigencia del ministerio público, en el sentido de que el estado de inferioridad psíquica de Ana debía acreditarse con *certeza absoluta* evidencia profundas limitaciones epistemológicas y normativas en el razonamiento probatorio, pues, en el mundo de hoy, no existen certezas absolutas en ningún área del conocimiento. Quizá la única certeza absoluta que existe radica en saber que no existen certezas absolutas.

40

Solo en la religión se puede hablar de certezas absolutas y de dogmas de fe, pero ello no es posible en regímenes normativos y prácticas y saberes sociales como los inherentes al derecho. La situación es tan clara, que hace mucho ha sido entendida por los legisladores.

En efecto, en el proceso penal colombiano, por ejemplo, para la toma de decisiones relevantes, la ley exige grados de probabilidad más o menos exigentes, pero jamás certezas absolutas. Así, para imputar y para imponer medida de aseguramiento, requiere una inferencia razonable de autoría o participación; para acusar, demanda una afirmación con probabilidad de verdad de que el acusado es autor o partícipe del delito, y para condenar, precisa del conocimiento de la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

Este último estándar probatorio, que por razones obvias es el más exigente de todos, está muy lejos de lo que el ministerio público demanda en este caso con respecto a un elemento de una conducta punible: certeza absoluta. Con exigencias de este tipo, y ya que lograr certezas absolutas es imposible, jamás sería posible tener por probada la inferioridad psíquica de Ana, como tampoco la de las víctimas de cualquier delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir. Y, por este camino, jamás sería posible condenar al autor de un comportamiento de esa índole.

Y, más aún, como la sala mayoritaria lo destacó, la inferioridad psíquica a la que remite el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir no involucra un dato ontológico como el que el ministerio público exige que se acredite, sino un presupuesto normativo, una exigencia valorativa que tiene en cuenta el estado de vulnerabilidad en que, bajo ciertas circunstancias, un sujeto pone a una mujer y del que se vale para agredirla sexualmente: el ginecólogo que, aprovechándose de la vulnerabilidad en que se halla la paciente a la que examina, la agrede sexualmente, comete ese delito porque esa vulnerabilidad en que está la paciente es la que la ley asume como inferioridad psíquica. La jurisprudencia ha sido muy clara en este sentido. No se trata, entonces, de acreditar pericialmente trastornos

psiquiátricos y menos al nivel de certeza absoluta, como aquí se entendió.

29. Por otra parte, creencias erróneas en cuanto a que las mujeres víctimas de delitos sexuales siempre mienten y no hay que creerles, que su nivel educativo minimiza las posibilidades de que sean violentadas sexualmente, que la iniciativa para propiciar un encuentro con quien luego la agrede sexualmente contribuye a desvirtuar la responsabilidad de este y que no es necesario que una mujer manifieste de forma expresa su consentimiento libre y voluntario para sostener una relación sexual; estas creencias erróneas, afirma la sala mayoritaria, están profundamente arraigadas en varios ámbitos judiciales y pueden propiciar decisiones jurídicamente incorrectas y materialmente injustas.

En criterio de la sala mayoritaria, es de lamentar que estas creencias equivocadas, que estos estereotipos, se extiendan a un juzgado y a un interviniente que, como el ministerio público, está concebido constitucionalmente para oficiar como garante de los derechos fundamentales. Con mayor razón si, desde hace varios años, el Estado colombiano viene desplegando un profundo esfuerzo para prevenir todas las manifestaciones de violencia por razón del género y que comprende, entre otros:

a. La aprobación de tratados internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de la violencia contra la mujer.

b. La proscripción constitucional de la discriminación de la mujer en razón del género -artículo 42 de la CP-.

c. La aprobación de leyes que atienden esos compromisos internacionales y que desarrollan esa proscripción constitucional, como la Ley 1257 de 2008.

43

d. La consolidación de líneas jurisprudenciales constitucionales y penales sobre la forma como los jueces y tribunales deben abordar la violencia en razón del género, particularmente contra la mujer, y que tienen fuerza vinculante para ellos.

Entre las más recientes decisiones que integran esa línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, la sala mayoritaria destaca las sentencias C-297 de 2016, SU-080 de 2020 y T-344 de 2020. En esta última, la Corte manifestó:

“Particularmente, en asuntos que involucren formas de violencia contra la mujer, dicha labor exige de quienes tienen asignada la función de administrar justicia: (i) comprender adecuadamente el fenómeno de la violencia contra la mujer; (ii) analizar el contexto generalizado de violencia contra la mujer; (iii) identificar las relaciones de poder desiguales entre géneros; (iv) identificar factores adicionales de discriminación en la vida de las mujeres –interseccionalidad–, (v) utilizar un lenguaje no sexista; (vi) despojarse de prejuicios y estereotipos de género; y (vii) conocer y aplicar, junto con la Constitución, la ley y la jurisprudencia, los estándares internacionales relacionados con la protección de los derechos de la mujer que integran el bloque de constitucionalidad”.

Y entre las más recientes decisiones que integran esta línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la sala destaca las sentencias: SP1289-2021 del 14 de abril de 2021, radicado 54.691; SP1795-2022 del 1º de junio de 2022, radicado 58.477, y SP3574-2022 del 5 de octubre de 2022, radicado 54.189. El último de estos pronunciamientos es muy relevante, pues en él la Corte reitera que se configura un error de hecho por falso raciocinio cuando el juez no aplica el enfoque de género en casos de violencia contra la mujer:

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

e. La creación, en el año 2008, de la Comisión Nacional de Género, con el propósito de promover la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia.

Este contexto permite comprender que el enfoque de género, en la administración de justicia, es una obligación convencional, constitucional y legal, reforzada por precedentes vinculantes, que consiste en identificar los estereotipos propios de sociedades patriarcales y machistas y evitar sus nocivas consecuencias procesales.

Pero si bien ese esfuerzo del Estado colombiano ha sido intenso, prolongado y con una cobertura muy amplia, hasta el punto de que se ha extendido a las distintas ramas del poder público, casos como el aquí juzgado, evidencian que aún falta mucho por hacer. Y que hay que hacerlo cuanto antes.

30. Entonces, dadas las situaciones advertidas en este proceso y la manera como afectan la administración de justicia penal en un ámbito tan sensible como el de la violencia en razón del género y, en particular, en el de la violencia contra la mujer, la sala mayoritaria las pondrá en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial, para que las tengan en cuenta en el diseño de los programas de capacitación de los servidores judiciales vinculados a tales instituciones.

VII. Decisión

Con base en la motivación expuesta, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en sala mayoritaria de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

44

Resuelve:

Primero. Excluir, por ilicitud probatoria, todas las referencias que los peritos psiquiatras de la fiscalía, el investigador de la defensa y la ex compañera del acusado, hicieron al video mencionado en este proceso.

Segundo. Revocar la sentencia apelada. En lugar de lo dispuesto en ella, **declarar** a John Fransi Rivera Arias autor penalmente responsable de un delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir agravada, de acuerdo con los artículos 207 y 211.2 del CP.

Tercero. Condenar a John Fransi Rivera Arias a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Cuarto. Negar a John Fransi Rivera Arias la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Expídase la orden de captura para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Quinto. Remitir, una vez en firme la decisión, la actuación al juzgado de origen para que, de manera inmediata, este envíe el proceso a los jueces de ejecución de penas.

Sexto. Dése cumplimiento a lo ordenado por el artículo 166 del CPP.

Séptimo. Poner las situaciones advertidas en este proceso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial para los efectos indicados en la motivación de este pronunciamiento.

Octavo. Esta sentencia se notifica en estrados y en su contra proceden la impugnación especial para el procesado y su defensa, y el recurso de

110016000023201213330 03
John Fransi Rivera Arias
Sentencia ordinaria

casación para las demás partes e intervinientes. (Artículo 183 del C.P.P.
modificado por el 98 de la Ley 1395 de 2010).

Cumplase.

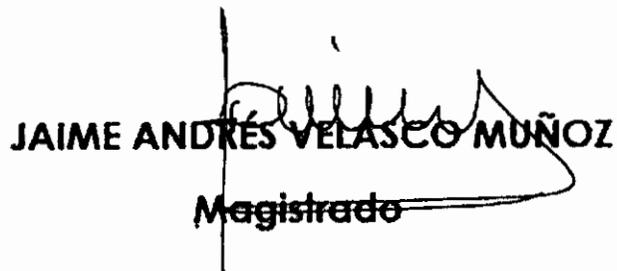
Los magistrados,



José Joaquín Urbano Martínez



Leonel Rogeles Moreno
Magistrado



JAIME ANDRÉS VELASCO MUÑOZ
Magistrado

-Con salvamento de voto-

Firmado Por:

Jose Joaquin Urbano Martinez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 4ab4241b438b62e22bfd6715eb83f93449cfcee948d35d15de27d7750fa70aec