**ACCESO CARNAL ABUSIVO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / CONSONANCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA / Y ENTRE IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN**

En cuando al principio de congruencia consagrado en el artículo 448 C.P.P. se tiene que el mismo hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 Superior ha denominado como debido proceso. Según los postulados de dicho principio, se exige que, entre la imputación, la acusación y la sentencia, exista una especie de relación de consonancia o de correspondencia en lo que tiene que ver con los hechos y la calificación jurídica dada a estos… Si bien el artículo 448 C.P.P. refiere que la congruencia fáctica lo es básicamente entre la acusación y la sentencia, la Corte Constitucional en sentencia C-025/10 aclaró que ese principio es igualmente aplicable a la relación obrante entre la imputación de cargos y la formulación de acusación.

**MODALIDADES DEL ACCESO CARNAL / INCAPACIDAD DE RESISTIR / ESTADO DE INCONSCIENCIA / CONDICIONES DE INFERIORIDAD**

… al señor MLVR se le imputó, acusó y llevó a juicio por el delito contemplado en el canon 207 C.P, el cual dispone: “… El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá…” Al utilizar la descripción típica la expresión verbal “el que”, significa que cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción, quien ajusta su conducta al tipo penal cuando accede carnalmente a otra o ejecuta en ella acto sexual diverso del acceso carnal, poniéndola, previamente, en: (i) incapacidad de resistir, (ii) estado de inconsciencia o (iii) condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA N° 2 DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente: **CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, ocho (8) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Acta de aprobación N° 1055

Segunda instancia

Radicación: 66170600006620118002301

|  |  |
| --- | --- |
| Acusado:  | MLVR |
| Cédula de ciudadanía: |  |
| Delito: | Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir  |
| Víctima: | Y.M.O.T. [[1]](#footnote-1) -de 20 años para la época de los hechos- |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Fiscalía contra el fallo absolutorio de fecha febrero 8 de 2019. Se confirma |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1.- La situación fáctica acorde con lo plasmado en su momento por la Fiscalía en el escrito acusatorio -a lo que no hizo referencia la A-quo en la sinopsis fáctica del fallo confutado-, da cuenta que en la madrugada de abril 01 de 2011, en la calle 43 N° 13-55 piso 2° del barrio Buenos Aires del Municipio de Dosquebradas (Rda.), se reunió Y.M.O.T. con otros conocidos, entre ellos MLVR, donde consumieron licor, indicando la joven que este le ofreció un vaso con un trago que ella no quería, pero él le insistió para que lo recibiera y luego de aceptarlo e ingerirlo se sintió mareada, veía borroso y solo recuerda que MLVR, estaba encima de ella y que era muy brusco. Señala que al despertar en la mañana estaba acostada en un colchón ubicado en una de las habitaciones, desnuda, le dolía mucho su cadera y la vagina y observó que a su lado estaba MLVR, quien también se hallaba desnudo.

1.2.- Desarrollado el programa metodológico de investigación, y por ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas (Rda.) con función de control de garantías, se le formuló imputación (septiembre 20 de 2016) al señor MLVR como autor a título de dolo del delito de acceso carnal o acto sexual abusivo en persona puesta en incapacidad de resistir -art. 207 C.P.-, cargo que NO ACEPTÓ.

1.3.- Por lo anterior, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (diciembre 13 de 2016) en el que se ratificaron los cargos endilgados al señor MLVR, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (mayo 11 de 2017), preparatoria (julio 12 de 2017), y juicio oral (febrero 19, octubre 22 de 2018 y febrero 8 de 2019), al final del cual se dio a conocer un sentido de fallo de carácter absolutorio y en esa fecha se dictó la sentencia respectiva.

1.4.- Estimó la A-quo que en este asunto no se logró acreditar ni siquiera el acceso carnal del acusado y mucho menos que hubiese puesto a la joven Y.M.O.T. en situación de incapacidad que le impidiera resistir, incluso la Fiscalía se quedó corta en los hechos jurídicamente relevantes del delito endilgado, en tanto en la imputación y en la acusación persistió que se trató de un acceso carnal con persona “puesta” en incapacidad de resistir, sin precisar si se trató de una incapacidad de resistir, de un estado de inconsciencia o de condiciones de inferioridad psíquica, lo que debe quedar claro pues su desconocimiento afecta el derecho a la defensa, ya que el procesado debe saber claramente de qué se le acusa. Señala que el delito sexual contra una persona “puesta” en incapacidad de resistir exige la acción de un agresor para perturbar los procesos físicos o psíquicos de la víctima.

En este caso, colige la juez A-quo como indiscutible que: (i) la noche de marzo 30 de 2011 la presunta víctima estuvo junto a JORGE ENRIQUE BOLÍVAR HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NIÑO y una mujer de nombre MARYURI en un bar de Pereira, denominado “La Tolva” donde ingirieron un coctel llamado “Pecera”; (ii) luego de salir de allí, las 4 personas se dirigieron a la casa de MLVR, no sin antes comprar más licor y al parecer estupefaciente; y (iii) la joven Y.M.O.T. mantuvo relaciones sexuales como ella lo confirmó y sostuvo JORGE ENRIQUE BOLÍVAR, lo que también corrobora el examen a las muestras tomadas que dieron positivo para espermatozoides.

Acá, además del yerro de la Fiscalía, existen muchas dudas que deben resolverse a favor del procesado, como se advierte de la información que entregó la joven Y.M.O.T. en su inicial entrevista, otra que rindió 3 días después del hecho y lo narrado ante el psicólogo forense, de las que se desprende que aunque fueron entregadas en fechas cercanas a lo ocurrido, en ninguna de ellas señaló a alguien como su presunto agresor, solo atinó a decir que no recordaba nada y que al despertar ve a MLVR a su lado, pero siete años después, ya en juicio asegura que este se aprovechó de la situación para accederla carnalmente, incluso aseguró sentir la penetración, lo que genera duda, al no ser posible que al inicio omitiera a su victimario, cuando es algo que se recuerda con certeza, y que esa noche tuvo relaciones sexuales, como lo dijo JORGE ENRIQUE, y lo corroboró la prueba genética.

Así mismo emergen muchas dudas en cuanto al estado mental de Y.M.O.T., al no haberse establecido cómo se doblegó su voluntad, sin que la Fiscalía lograra aclarar si al momento del hecho fue “puesta” en incapacidad de resistir o si por el contrario ya “estaba” en tal condición, en tanto MLVR, se acusó del delito contemplado en el canon 207 C.P., pero la prueba iba dirigida a probar todo el licor que la joven consumió esa noche, que es irrelevante frente al procesado, al ser incontrovertible que él no la acompañaba en el bar “La Tolva” y desconocía qué pudo haber consumido allí; y aunque la Fiscalía contaba con una muestra de sangre, el examen solo arrojó resultado positivo para cocaína, pero no su grado de alcoholemia, y acorde con las consecuencias que esta causa en el organismo, sería la última sustancia que se usara para adormecer a una persona y abusar de ella, máxime que todos los amigos de farra aceptaron que la consumían para menguar los efectos del licor, lo que descarta que MLVR la hubiese suministrado para aprovecharse de la joven.

1.5.- Inconforme con la decisión adoptada, el delegado fiscal hizo expresa manifestación de apelar el fallo y que lo sustentaría de forma escrita.

2.- Debate

**2.1.-** **Fiscalía** *-*recurrente*-*

Depreca se revoque el fallo absolutorio y se emita uno de condena, lo cual sustenta en los siguientes términos:

Advera que la juez no realizó una valoración conjunta de la prueba y exigió a la Fiscalía una tarifa legal al pedir un examen de alcoholemia, olvidando que existe libertad probatoria, máxime que en la noche de marzo 20 de 2011 la víctima estuvo con tres personas más en un bar llamado “La Tolva” de Pereira, donde ingirieron un coctel denominado “Pecera”, luego de lo cual las cuatro persona salieron hacía la casa de **MLVR**, no sin antes detenerse a comprar más licor y al parecer sustancia estupefaciente.

Se tiene de la información que entregó Y.M.O.T en abril 01 de 2011 en la Clínica SaludCoop, y de los hallazgos del examen médico, que la misma narró los motivos que la obligaron a acudir allí, al aparecer en su mente recuerdos ligeros y borrosos de patadas y rodillazos y que al despertar estaba desnuda al lado de MLVR, con dolor en los genitales y en el hombro derecho, sin que lo contenido en la historia clínica, pese a haber sido estipulada, fuera analizada por la juez, sin que la síntesis que hizo el psicólogo de lo dicho por la víctima ante la policía judicial, hubiese variado con respecto a lo que contó ante el sector salud, aunado a que se demostró que una de las muestras de fluidos tomadas a la víctima arrojo positivo para cocaína, la que no consumió voluntariamente.

Lo anterior comporta un indicio grave de responsabilidad de MLVR que el juzgado echó de menos, al ser quien prestó la casa donde se celebró la farra, de la que inicialmente estuvo ausente, pero una vez se retiró JUAN y su pareja, regresó al inmueble, del cual había salido JORGE por lo que quedó solo con Y.M.T.O., a quien le brindó un trago, le insistió para ello y al lograr que lo consumiera, ello la llevó a perder el conocimiento y despertó ese 11 de abril, a las 11:00 a.m., acostada en una colchoneta dentro de una de las habitaciones, donde también estaba MLVR, ambos desnudos, luego de lo cual le dice a la joven “qué noche”.

Afirma que MLVR LENADRO aprovechó que JORGE lo dejó solo con Y.M.T.O. para suministrarle el trago con cocaína, lo que formó “cocaetileno” y produjo los efectos que vivió la víctima, luego de lo cual la accede, como también lo hizo JORGE, ya que esta relación íntima tampoco recuerda haberla consentido, reviviendo recuerdos borrosos de cuanto MLVR estaba encima de ella, dándole patadas y rodillazos como lo dijo en el sector Salud y en juicio. De igual manera, se probó que JORGE ENRIQUE sostuvo relaciones sexuales con la víctima, quien se encontraba en estado de inconsciencia, el cual se retiró de allí a tempranas horas y la dejó a merced de MLVR, como lo señalan los hechos indicadores, lo que conforma el indicio de autoría en el acceso carnal. Incluso JUAN CARLOS dijo que cuando despertó no vio a JORGE en la sala, ni a MLVR, y al empujar una puerta de una habitación vio la silueta de dos personas, que en últimas eran Y.M.T.O. y MLVR, quien inicialmente estaba en la Sala cuando de la vivienda salió JORGE.

En punto de la presunta falta de congruencia a que aludió la juez, estima que la situación fáctica se mantuvo incólume desde la investigación hasta el juicio y claramente la defensa técnica sabía de qué defenderse, es decir, desde siempre conoció de forma clara no solo la circunstancia fáctica sino la jurídica por la que se pidió condena, sin existir violación a tal principio.

**2.2.-** **Defensa** -no recurrente-

A MLVRse le imputó un “acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir” y al abordar el test de tipicidad, se aprecia la carencia demostrativa de tal conducta, misma que pretende morigerar la Fiscalía con interpretaciones personales para explicar un hecho que si bien tuvo ocurrencia, también lo fue que su defendido no fue su autor, al no existir conocimiento más allá de toda duda que este accedió a Y.M.O.T., ni se probó que la hubiera puesto en incapacidad de resistir.

De las pruebas arrimadas a juicio se desprende: **(i)** que jamás la víctima y su defendido se quedaron solos en la vivienda, **(ii)** no se demostró frente al consumo de cocaína que Y.M.O.T, haya sido inducida, engañada u obligada para su consumo, menos que se dio en el último trago que se tomó, lo que no se probó; y **(iii)** de lo dicho por JUAN CARLOS HERNÁNDEZ y JORGE ENRIQUE BOLÍVAR, se deduce que rumbo a la casa de MLVR, y en compañía de Y.M.O.T., compraron narcóticos.

Desconcierta lo dicho por el fiscal en su escrito al señalar en el recurso, que JORGE ENRIQUE BOLÍVAR accedió en estado de inconsciencia a la presunta víctima, hecho que está probado con el peritaje realizado a la víctima donde se encontró esperma, que según el INMLCF no correspondía a su defendido, pero aun así se insiste en decir que MLVRla penetró. Pide se valore igualmente lo que expuso en sus alegatos conclusivos, donde se dio cuenta de las inconsistencias y contradicciones de los testigos de cargo y de la presunta víctima, lo que lleva a sostener que nunca hubo un acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, y menos que su cliente haya sido su autor.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, la A-quo lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004, al haber sido oportunamente interpuesto y debidamente sustentado el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria a favor de MLVR, por parte del Fiscal delegado.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal establecer si la decisión de absolución proferida en favor del señor **MLVR** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo se dictará sentencia de condena, como lo pide el recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se percibe, ni ha sido tema objeto de controversia, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Igualmente se observa de entrada, que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

En este caso se aprecia que la funcionaria A-quo, luego del análisis de las pruebas debatidas en sede de juicio oral, consideró que el delegado del ente acusador no logró acreditar más allá de toda duda razonable el compromiso que le asistía al señor **MLVR** en la comisión de la ilicitud cometida en contra de la joven Y.M.O.T., aunado a la falta de claridad de los hechos jurídicamente relevantes del delito atribuido, que podrían confabular contra el principio de congruencia, situación con la cual no está de acuerdo la Fiscalía, quien por el contrario pregona que la conducta atribuida fue clara y de la misma pudo defenderse el procesado y que de las pruebas arrimadas a juicio se estableció su responsabilidad.

Con miras en entonces a ingresar en el estudio de fondo de la presente actuación, considera la Sala necesario referirse en primer lugar si en efecto se concretaron en debida forma los hechos jurídicamente relevantes del delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir que le fue atribuido al señor MLVR, como lo adujo el recurrente, o si le asiste razón a la funcionaria de primer nivel al develar tal omisión.

*-. Del principio de congruencia.*

En cuando al principio de congruencia consagrado en el artículo 448 C.P.P. se tiene que el mismo hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 Superior ha denominado como debido proceso. Según los postulados de dicho principio, se exige que entre la imputación, la acusación y la sentencia, exista una especie de relación de consonancia o de correspondencia en lo que tiene que ver con los hechos y la calificación jurídica dada a estos, lo que quiere decir que los cargos tenidos en consideración en cada uno de esos segmentos procesales, debe ser similar en su contexto fáctico-normativo, a efectos de poder declarar la responsabilidad penal del acriminado, razón por la cual es válido colegir que se erigen como el límite o el norte de la sentencia.

Si bien el artículo 448 C.P.P. refiere que la congruencia fáctica lo es básicamente entre la acusación y la sentencia, la Corte Constitucional en sentencia C-025/10 aclaró que ese principio es igualmente aplicable a la relación obrante entre la imputación de cargos y la formulación de acusación. Sobre el tema, de tiempo atrás la H. Corte Suprema de Justicia, también había indicado:

“Sin embargo, aquella se constituye en **condicionante fáctico** de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

En este orden, además del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, se debe también abogar por un principio de coherencia a lo largo del diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación; entre el allanamiento a cargos o preacuerdos y alguna de aquellas audiencias; entre la formulación de la acusación y los alegatos de conclusión; así como entre el anuncio del sentido de fallo y la sentencia propiamente dicha se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación […]”[[2]](#footnote-2)

De lo anterior se puede colegir: **(i)** que la formulación de la imputación se erige como una especie de condicionamiento fáctico de la acusación, lo que implica que en este último acto procesal no pueda ser posible modificar o trocar, ya sea por sustracción o adición, los hechos o el núcleo esencial de lo acontecido; **(ii)** que a pesar de lo anterior, no se puede desconocer que la calificación jurídica dada a los hechos en la formulación de la imputación es provisional y por ende flexible, por lo que, como consecuencia de los principios de progresividad y gradualidad[[3]](#footnote-3), es posible que a la actuación procesal se alleguen elementos de juicio sobrevinientes o noveles que de una u otra forma puedan tener incidencia en la misma; y **(iii)** de igual forma, se puede presentar la posibilidad de que la Fiscalía, en aplicación del principio de corrección de actos irregulares consagrado en el inciso final del artículo 10 C.P.P.[[4]](#footnote-4), decida cambiar o modificar los cargos enrostrados al procesado en la imputación, como consecuencia de unos notorios y evidentes yerros en los cuales se haya podido incurrir al momento de la audiencia preliminar, que implique que esos cargos se encuentren manifiestamente divorciados de la realidad factual y probatoria.

De conformidad con lo anterior, hay lugar a resaltar que en principio le está permitido a la Fiscalía variar la calificación jurídica -ya sea en el escrito de acusación formalizada en la respectiva audiencia o en los alegatos de conclusivos-, e incluso esa adecuación igualmente se extiende al juez de conocimiento -sentencia SP3608, rad. 59422 agosto 18 de 2021-. Sin embargo, el nuevo ajuste jurídico debe guardar identidad con el núcleo básico de la imputación fáctica, como también lo ha sostenido la jurisprudencia[[5]](#footnote-5).

Ahora, respecto a los alcances y características de la imputación, y de la construcción de los hechos jurídicamente relevantes, la Sala de Casación Penal refirió de manera reciente que:

“[…] La Fiscalía, en consecuencia, *«debe proceder cuidadosamente, dada la trascendencia del acto en la estructura del proceso»[[6]](#footnote-6),* pues la imputación -por ser el escenario en el que se determina el marco fáctico- constituye la garantía del *“ejercicio del derecho de defensa”[[7]](#footnote-7),* mediante, se insiste, la construcción adecuada de los hechos jurídicamente relevantes[[8]](#footnote-8), los cuales *«deben expresarse de manera sucinta, clara, precisa y completa. En este sentido, ha señalado que, al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe, entre otros aspectos, (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; y (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad. Ha de indicar, además, las circunstancias de hecho, relativas a la agravación o atenuación punitiva, las de mayor o menor punibilidad, etcétera».*

El tema ha sido ampliamente examinado por la Corte, fijándose un criterio pacífico sobre la naturaleza de los hechos jurídicamente relevantes y la obligatoriedad de su adecuada postulación, teniendo en consideración su incidencia en el debido proceso y derecho de defensa, así como el carácter determinante que ostentan en torno a la verificación de la observancia del principio de congruencia, contemplado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, según el cual *«el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena».*

Bajo tales premisas, si la imputación o la acusación carecen de una relación clara y suficiente de los hechos que configuran la conducta punible atribuida a una persona, la consecuencia ineludible es la nulidad de la actuación ante la evidente afectación a la estructura del proceso.

Solo a partir de una correcta fijación de los hechos jurídicamente relevantes se puede determinar el *tema de la prueba* y estructurar la estrategia defensiva, pues es de esa manera que el procesado tiene la oportunidad de conocer de qué cargos debe defenderse.*”* [[9]](#footnote-9)

En el presente caso, la funcionaria de primer nivel, consideró que en la imputación no se precisó si la conducta contemplada en el canon 207 C.P., que le fuera atribuida al señor MLVR, esto es, la de acceso carnal en persona “puesta” en incapacidad de resistir, en efecto se dio, al no saber si “se trató de una incapacidad de resistir”, “de un estado de inconsciencia” o “de condiciones de inferioridad física”, lo que debía establecerse con miras a garantizar el principio de congruencia, en tanto un ilícito de dicha naturaleza exige la acción del agresor para perturbar los procesos físicos o psíquicos de la víctima.

Pues bien, con miras a determinar lo pertinente, tenemos que en la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo en septiembre 20 de 2016, como hechos jurídicamente relevantes por parte del ente persecutor se expresó:

“La Fiscalía considera que de los EMP, EF e ILO se puede inferir razonablemente la existencia de una conducta punible donde se le señala al señor MLVR como presunto autor material de la misma, […], los hechos por los cuales se le formula imputación sucedieron la madrugada del 01 de abril del año 2011, en la calle 43 en el inmueble con nomenclatura N° 13-55 piso segundo o segundo piso, del barrio Buenos Aires del municipio de Dosquebradas (Rda.), sitio donde se encontraban reunidos Y.M.O.T., persona de 20 años de edad y varios conocidos, entre ellos el joven MLVR, consumieron licor, refiere la joven que estando hablando con MLVR, este empezó a ofrecerle un trago en un vaso, ella no quería pero el insistía e insistía en que se lo tomara, ello lo recibió y momentos después se sintió mareada y luego que veía borroso, dice que luego recuerda solo ver a MLVR que estaba encima de ella, que era muy brusco, no recuerda que más pasa y ya en la mañana despierta acostada en un colchón que está en una de las habitaciones de ese inmueble y ella se encontraba desnuda y a su lado igualmente estaba MLVR desnudo, que sentía mucho dolor en la cadera y en la vagina. Por esos hechos fue valorada por […] el médico forense, donde se encontraron huellas o vestigios del acto sexual y también se tomaron muestras que arrojan un resultado positivo para la presencia de espermatozoides, se allegó un álbum fotográfico donde la policía judicial identificó a MLVR donde en la diligencia de reconocimiento ella lo reconoció a él como la persona que esa noche le ofreció, la madrugada del 01 de abril, le ofreció el trago de aguardiente y a quien ella vio o sintió encima de ella y que después apareció desnudo a su lado. Con estos EMP y los hechos anteriormente señora juez, se encuentran tipificados o tienen su encuadre típico en el art. 207 CP […] que sanciona el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir […] -Subrayas de la Sala-.

Tal contexto fáctico fue no solo replicado en el escrito de acusación, sino que además así se verbalizó en la audiencia respectiva, llevada a cabo en mayo 11 de 2017, en la que la delegada fiscal que allí intervino argumentó:

“Los hechos que originaron la presente investigación, sucedieron la madrugada del 1° de abril de 2022, en la calle 43 N° 13-55 Piso 2° del barrio Buenos Aires de Dosquebradas, sitio donde se reunieron Y.M.O.T., de 20 años de edad y varios conocidos entre ellos el joven MLVR, consumieron licor, refiere la joven Y.M. que estando hablando con MLVR, este empezó a ofrecerle un vaso con un trago, ella no quería, pero él insistió e insistió en que le recibiera el trago, fue así que después de aceptarle el licor se sintió mareada, veía borroso, luego solo recuerda que MLVR estaba encima de ella, que era muy brusco, pierde el conocimiento, Ya en la mañana despierta acostada en un colchón que estaba en una de las habitaciones, ella está desnuda, le dolía mucho la cadera y la vagina; observando a su lado a MLVR quien también se encontraba desnudo. En las labores de investigación se practicó valoración sexológica a la señora O.T., además se tomaron muestras de fluido vaginal, las que arrojaron resultados positivos para la presencia de espermatozoide. […] De los EMP e ILO se puede afirmar con probabilidad de verdad, que los hechos investigados existieron y que el señor MLVR, es el probable autor de los mismos, razón por la cual de conformidad con el artículo 336 del C.P.P., se le acusa como autor material a título de dolo de la conducta punible de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, tipificado en el artículo 207 del C.P.” -subrayas de la Sala-

Finalmente, en curso del juicio oral cuando el delegado fiscal expuso su teoría del caso narró lo siguiente:

“la Fiscalía va a demostrar en este juicio oral que la noche del 31 de marzo del año 2011, amanecer 1° de abril, se reunieron en el inmueble ubicado en la calle 43 N° 13-55 Piso 2° del barrio Buenos Aires de Dosquebradas, los señores JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NIÑO, MARYURI RUEDA GONZÁLEZ, JORGE ENRIQUE BOLÍVAR HERNÁNDEZ, MLVR y la joven Y.M.O.T., donde inicialmente habían consumido un coctel que contenía alcohol, luego brandy y por último el joven MLVR le suministró un trago de alcohol a la joven Y.M que la dejó en estado de inconsciencia al punto que fue accedida no por uno, sino por dos de los antes mencionados, abuso sexual que ella denunció ante las autoridades al día siguiente.” -Subrayas de la Sala-.

Como se aprecia, al señor MLVR se le imputó, acusó y llevó a juicio por el delito contemplado en el canon 207 C.P, el cual dispone:

“Artículo 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.”

Al utilizar la descripción típica la expresión verbal *“el que”*, significa que cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción, quien ajusta su conducta al tipo penal cuando accede carnalmente a otra o ejecuta en ella acto sexual diverso del acceso carnal, poniéndola, previamente, en: *(i)* incapacidad de resistir, *(ii)* estado de inconsciencia o *(iii)* condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

Sobre el particular, ha señalado la jurisprudencia:*[[10]](#footnote-10)*:

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

La descripción típica, se insiste, exige del sujeto activo un obrar, esto es, colocar o poner a alguien en alguno de los tres estados que la configuran y del pasivo que sus condiciones físicas y funciones mentales y psíquicas sean normales.

Para poner a la víctima en alguna de las hipótesis señaladas en la configuración típica, entiéndase incapacidad de resistir, estado de inconsciencia o condición de inferioridad psíquica, no es necesario que el agente acuda a la violencia, pues en caso de hacerlo no se estaría frente a la descripción típica del artículo 207 sino a las que tipifican el acceso carnal o acto sexual violento:

*“Para la Sala es claro que la falta de analogía fáctica impide utilizar dicho precedente como argumento efectivo en el caso concreto, pues, si bien pueden hermanarse los efectos, esto es, la voluntad doblegada que impide oponerse a la acometida sexual, es lo cierto que los medios son harto diferentes y es precisamente a ellos que se acude, por las instancias, para advertir inexistente algún tipo de conducta concreta que por sus efectos pudiera entenderse adecuada o suficiente en el cometido de obtener ese estado de incapacidad de resistir.*

*Incluso, si se mira bien la amplia argumentación presentada por la Fiscalía para soportar su postura, en el fondo se observa que se busca mejor acudir a la violencia moral para fincar allí el supuesto estado de postración de las afectadas que las llevó a aceptar los requiebros sexuales del acusado.*

*Ello no solo desdice del tipo penal objeto de acusación y solicitud de condena, sino que desconoce las particularidades de cada conducta, en el entendido evidente que la persona puesta en incapacidad de resistir lo es por medios distintos a los de la violencia física o moral*”[[11]](#footnote-11)

Para la Sala entonces, y en contravía de lo que en su momento esgrimió la A-quo, advierte que en este asunto la Fiscalía sí le hizo saber al señor MLVR cuáles eran los hechos con trascendencia penal que se le endilgaban, y narró en cada uno de esas salidas procesales cómo ocurrieron los mismos, evidenciándose que Y.M.O.T. al parecer fue puesta en incapacidad de resistir con la ingesta de un licor que le suministró el acá procesado, derivándose posteriormente su pérdida de consciencia, lo que a la postre conllevó al acceso carnal por ella denunciado.

De ahí entonces, que no se advierte que el señor MLVR desconociera los cargos por los que debía defenderse, en tanto estos fueron debidamente establecidos y por lo mismo desde la audiencia preliminar tuvo conocimiento de qué hechos se le endilgaban y las razones por las que se le señaló como autor de la comisión del delito contemplado en el canon 207 C.P., por lo que para la Sala y en contravía de lo que sobre ese particular estimó la A-quo, no se quebrantó de manera alguna el principio de congruencia.

*-. De la materialidad y compromiso del procesado en la ilicitud.*

Con miras a establecer la responsabilidad del señor **MLVR** en la conducta de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, la Fiscalía arribó a juicio los testimonios de la víctima Y.M.O.T., y de los señores JORGE ENRIQUE BOLÍVAR HERNÁNDEZ y JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NIÑO, quienes la acompañaban el día de lo sucedido. La defensa por su parte no presentó pruebas de descargos.

Así mismo, se estipularon como hechos probados los siguientes[[12]](#footnote-12): **(i)** plena identidad de **MLVR**; **(ii)** que en abril 01 de 2011, siendo las 19:30 horas, la joven Y.M.O.T. fue atendida en la Clínica SaludCoop, donde se le tomaron cuatro muestras así: del introito vaginal, de la pared vaginal, de orina y de sangre; **(iii)** que a la joven Y.M.O.T. se le practicó examen médico sexológico por el INMLCF en abril 04 de 2011, donde refirió la anamnesis, sin signo de desfloración reciente con himen anular desgarrado; **(iv)** que las muestras de frotis vaginal tomadas a Y.M.O.T. fueron analizadas por el laboratorio de biología forense y arrojó “positivo para espermatozoides”; **(v)** que la muestra de orina tomada a Y.M.O.T. fue analizada por el laboratorio de toxicología y arrojó positivo para “Benzoilecgonina”, esto es, “metabolito de cocaína”; **(vi)** que la policía judicial elaboró álbum fotográfico donde se encontraba la imagen de **MLVR**; **(vii)** que en mayo 20 de 2011 se efectuó diligencia de reconocimiento fotográfico con la víctima Y.M.O.T., en la que señaló e identificó a **MLVR**; **(viii)** que en junio 28 de 2011 se le realizó valoración psicológica a Y.M.O.T., donde la evaluada refiere que fue víctima de abuso sexual por el acusado, y donde se concluyó que está afectada psicológicamente a raíz de lo sucedido; **(ix)** que en julio 12 de 2017 se le tomaron muestras de sangre al acusado **MLVR**; y **(x)** que acorde con informe de laboratorio de genética, se **excluye** a **MLVR** como el origen del haplotipo encontrado en las fracciones espermáticas de frotis de vagina y cuello tomado a Y.M.O.T.

Pues bien, de los medios probatorios aportados en juicio oral, surge diáfano que para la madrugada del día 01 de abril de 2011, la joven Y.M.O.T. sostuvo relaciones íntimas, de acuerdo con los hallazgos encontrados en esta, donde se da cuenta de la presencia de espermatozoides en su cavidad vaginal. De ahí entonces que surge incontrovertible el acceso carnal, el que a voces de la denunciante no fue consentido y se dio como fruto de haber sido puesta en incapacidad de resistir, al parecer luego de haber consumido un licor que contenía sustancia que le generó dichos efectos, como se desprende de lo acreditado en juicio.

Si ello es así, surge diáfano que la conducta que esta denunció si tuvo ocurrencia y por lo mismo debe determinarse si en juicio se logró corroborar que el señor **MLVR**, fue su autor, como así lo considera el fiscal recurrente. No obstante, desde ahora, debe decir la colegiatura, que acorde con lo sostenido por la funcionaria de primer nivel, en este evento solo emergen dudas insalvables que conllevan a pregonar en favor del señor **MLVR** la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, como se verá:

Lo primero a decir, de conformidad con los hechos relatados en juicio oral y que no merecen mayor reparo, que en este asunto se encuentra debidamente acreditado:

-. Que en la noche de marzo 31 de 2011, la joven Y.M.T.O., de 20 años de edad para esa época, en compañía de JORGE ENRIQUE BOLÍVAR HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NIÑO y la novia de este MARYURI RUEDA GONZÁLEZ, se dirigieron desde el municipio de Dosquebradas, hasta el bar denominado “La Tolva” ubicado en Pereira, lo que hicieron entre las 10:00 y 11:30 de la noche de ese día -sin haberse establecido hora exacta-, y al llegar allí solicitaron una “Pecera”, esto es, una copa grande que contiene una mezcla de diversos licores, con sabor dulce y de la que todos tomaron por medio de pitillos, incluso la joven Y.M.O.T. como ella misma lo reconoció.

-. Que entre las dos y tres de la madrugada, decidieron irse para la residencia del señor **MLVR**, ubicada en la calle 43 # 13-55 piso 2° del barrio Buenos Aires del municipio de Dosquebradas (Rda.), como previamente habían acordado con este, y en el camino hacía allí, según lo dicho por Y.M.O.T. y JORGE ENRIQUE BOLÍVAR, se detuvieron en el taxi que los movilizaba a comprar narcóticos -no se logró establecer si fue solo marihuana o también cocaína- en el barrio San Judas, así como licor en un estanquillo.

-. Que al llegar a la vivienda del señor MLVR, bailaron e ingirieron licor, con excepción de Y.M.O.T. como esta lo aseguró y lo corroboró JORGE ENRIQUE BOLÍVAR; no obstante que ello lo desvirtuó JUAN CARLOS HERNÁNDEZ, quien indicó que esta sí consumió licor, así como su novia.

-. Que rato después de que MARYURI, novia de JUAN CARLOS se fuera para su vivienda, tanto Y.M.O.T. como JORGE ENRIQUE ingresaron a una de las habitaciones, como así lo señaló también el señor JUAN CARLOS HERNÁNDEZ.

-. Que siendo las 11:00 a.m. del día 01 de abril de 2011, la joven Y.M.O.T., al despertarse se observó acostada en un colchón ubicado en una de las habitaciones, totalmente desnuda y a su lado, en similar condición el señor MLVR.

-. Que con ocasión de las muestras biológicas tomadas a la joven Y.M.O.T., se estableció que en su cavidad vaginal se encontraron espermatozoides y del análisis de orina se halló en su organismo rastros de cocaína, misma que asegura no haber consumido.

-. Que al confrontar las muestras genéticas del señor MLVR, con las contenidas en los espermatozoides hallados, el haplotipo de este fue descartado.

Pues bien, debemos empezar por decir que en este asunto, como se dijo atrás, los hechos que al parecer conllevaron a que la joven Y.M.O.T. fuera puesta en incapacidad de resistir, obedeció como ella lo indicó, a un trago de licor que de manera insistente el acusado MLVR le dio a tomar, lo que en su sentir le generó mareos, visión borrosa y que a la postre la llevo a una pérdida de consciencia, para solamente recordar vagamente -como así lo dijo ante pregunta de la juez- que este se encontraba encima de ella, a quien le veía su rostro y sentía cuando la penetraba, por lo que sentía rabia y fastidio, sin recordar nada más, como lo refirió en juicio. No obstante, salvo la manifestación que esta entregó y pese a que en el sitio se encontraban JORGE ENRIQUE y JUAN CARLOS HERNÁNDEZ, con los que también había compartido esa noche, nadie dio cuenta de tal situación y mucho menos que la joven se hubiera quedado sola con el acá procesado, como lo argumentó el defensor como no recurrente.

Si bien es cierto Y.M.O.T., adujo que el joven JORGE ENRIQUE con quien había sostenido una relación anterior[[13]](#footnote-13)-, fue quien la invitó a salir, como así se corroboró con lo expuesto por JUAN CARLOS, y que precisamente por tal motivo terminó en la vivienda de MLVR, a quien JORGE le había presentado en diciembre del año anterior, de lo expuesto por este y del mismo JUAN CARLOS no se advierte en qué momento la joven afectada quedó sola en la residencia con MLVR.

Por el contrario, lo que se sabe a voces de JUAN CARLOS, es que una vez se fue de la vivienda su novia MARYURI, a quien acompañó hasta su residencia, una vez regresó al inmueble donde departía, percibió que en la sala se encontraba JORGE, Y.M.O.T. y MLVR, con quienes estuvo un rato más allí, y que después tanto JORGE como Y.M.O.T., ingresaron a una de las habitaciones de la vivienda, y en la parte exterior, concretamente en la Sala, solo quedaron MLVR y él, sin recordar el momento en que se durmió, o en sus palabras, perdió la conciencia en el sofá donde se encontraba.

Y es que esa misma información fue prácticamente corroborada por JORGE ENRIQUE BOLÍVAR, quien de forma muy similar, indicó que una vez que se fue la novia de JUAN CARLOS, estuvieron en la sala un rato de más y luego se fue con Y.M.O.T. a la alcoba, siendo aproximadamente las cuatro de la mañana, donde mantuvieron relaciones sexuales, luego de lo cual permaneció con ella en dicho sitio hasta aproximadamente las seis o siete de la mañana, cuando decidió marcharse para su vivienda, dado que su pareja lo esperaba, sin haber despertado a Y.M.O.T., a quien dejó acostada en el colchón, y quien solo tenía puesta la ropa interior de la parte de abajo -entiéndase panti-, a la cual procedió a arropar con una sábana que allí tenía, para luego salir de la vivienda, no sin antes percatarse que en el sofá de la sala, se encontraban dormidos, tanto JUAN CARLOS como MLVR.

Ahora el que tal encuentro sexual no haya sido consentido, como así lo dijo en juicio la joven Y.M.O.T., con lo que da a entender que el acceso carnal que refirió JORGE no se dio de manera voluntaria -pese a que este expresó que habían sido muchas las ocasiones en que esos encuentros sexuales se dieron cuando fueron novios-, es un aspecto que acá no se trató frente a esta persona, y que al parecer tampoco fue objeto de averiguación por el ente acusador, en tanto la actividad investigativa se dirigió a determinar si en efecto fue MLVR quien la accedió carnalmente, cuando de los vestigios encontrados en el cuerpo de la afectada y la prueba científica arrimada a juicio, obra seria duda sobre ese particular, ya que los hallazgos de espermatozoide que a la joven le fueron encontrados en su cavidad vaginal, no guardaban correspondencia alguna con el perfil genético del acusado MLVR.

A ese respecto, mírese que por parte de la defensa en sede del contrainterrogatorio, se le cuestionó a Y.M.O.T. del motivo por el cual si en dicha vivienda donde ocurrieron los hechos habían más hombres diferentes a MLVR, la denuncia solo fue contra este, frente a lo cual manifestó: “cuando yo fui a poner el denuncio, yo los impliqué a los tres, a mí me mostraron unas fotos y yo los señalé a los tres, entonces yo, este es el día que yo no sé porque solo está él, yo tampoco sé” [[14]](#footnote-14).

Si bien no se puede poner en duda, que Y.M.O.T. sí sostuvo para la madrugada de abril 01 de 2011 una relación sexual, la que dice no recordar y por lo mismo no la consintió -contrario a que lo haya omitido en sus versiones como lo dijo la juez-, lo que se advierte, amén de la manifestación que JORGE ENRIQUE BOLÍVAR entregó en juicio, es que esta se efectuó con él, para lo cual no uso preservativo, lo que bien pudo originar el hallazgo de los espermatozoides en la joven, pero de lo arrimado a juicio, existen serias dudas respecto a que un encuentro de similar categoría se haya dado con el acá procesado, independientemente que este fuera visto por ella desnudo a su lado cuando despertó.

Aunque Y.M.O.T. en juicio, como viene de verse, señaló que tiene recuerdos vagos de haber visto el rostro a MLVR cuando estaba encima de ella y sentía que la penetraba, una tal manifestación, pese a su importancia por cuanto da a entender que sí percibió el instante mismo en que fue accedida carnalmente por el acá investigado, solo la vino a narrar en sede de juicio oral, siete años después, pues acerca de ese particular nada, absolutamente nada refirió cuando el día del hecho acudió al sector salud para la atención médica, o a los tres días siguientes ante la forense que le realizó la valoración sexológica, ni mucho menos ante el psicólogo quien concluyó una afectación psicológica en ella a raíz de lo sucedido -lo que no se descarta por la situación que vivió-, y fue precisamente ante este último, pasados dos meses de lo ocurrido, cuando narró que al despertar MLVR estaba a su lado desnudo, circunstancia fáctica que no había comunicado con antelación, y ninguna referencia tampoco se plasmó en curso del reconocimiento fotográfico -el que resultó positivo, por cuanto ya conocía a MLVR-, sin que nada de lo inserto en tales documentos, que en sentir del fiscal no valoró la A-quo, ostente la contundencia suficiente para soportar un fallo adverso, y por el contrario lo que genera es hesitación, acerca de lo que en efecto pasó esa noche.

Ahora, acorde con lo planteado por el ente persecutor, en el sentido que fue el licor que le entregó MLVR a Y.M.O.T. el que generó el posterior estado de inconsciencia y la incapacidad de esta para resistir el ataque sexual, frente a ello debe decirse, según lo manifestado en juicio tanto por JORGE ENRIQUE como por JUAN CARLOS, que el momento exacto en que al parecer tal hecho se suscrito quedó igualmente en duda, por cuanto si bien la joven indicó que ello se dio cuando quedó sola con MARLÓN, lo que le hizo aminorar su voluntad, contrario a lo que la misma aduce, sus demás acompañantes nada refirieron a ese respecto y por el contrario, lo que se supo es que Y.M.O.T. ingresó a la habitación con JORGE ENRIQUE, donde sostuvieron un encuentro sexual, como este lo relató.

Si la intención entonces de MLVR era la de doblegar la voluntad de Y.M.O.T., para accederla carnalmente, la única oportunidad que tenía era cuando estuviera sola en el inmueble y una tal circunstancia, posiblemente vino a darse a partir del instante en que JORGE ENRIQUE salió de la habitación donde se encontraba con ella, y por ende se cae de su propio peso, como lo narró la afectada, que fue con la ingesta de ese trago de licor que de manera inmediata empezó a perder su consciencia, por cuanto lo arrimado a juicio, da cuenta que hasta el momento en que ingresó con JORGE al cuarto, la misma se encontraba en sus cabales, o al menos eso es lo que la realidad procesal enseña.

Ahora bien, tampoco puede descartarse a modo de hipótesis, que una situación como la narrada por Y.M.O.T., sí hubiera ocurrido, esto es, que en el trago de licor que insistentemente MLVR le pedía que tomara se hallara mezclada alguna sustancia que le provocara ese estado de adormilamiento, y que ello hubiera sido aprovechado, de forma mancomunada por ambos, inicialmente por JORGE ENRIQUE para ingresarla al cuarto con miras a sostener relaciones sexuales con ella y que ese mismo estado hubiera sido utilizado por el acá acusado para proceder de similar manera. Pero ello, itera la Sala, son meras conjeturas acerca de lo que allí aconteció, pues infortunadamente nada de ello se acreditó, máxime si como lo indicó JORGE ENRIQUE, que entre este y Y.M.O.T. había existido una relación o noviazgo anterior y que a raíz de ello sostuvieron diversos encuentros sexuales consentidos, no se advierte motivo alguno para que si el interés de JORGE ENRIQUE era tener otra relación íntima con ella esa noche, procediera de tal modo.

Para la Sala, de acuerdo con lo esgrimido por Y.M.O.T. en juicio, se tiene que en efecto la misma al despertarse a las 11:00 a.m. de ese día 01 de abril de 2011, vio a su lado al señor MLVR, y para la Fiscalía, tal circunstancia pudo corroborarse con lo expresado por el señor JUAN CARLOS HERNÁNDEZ en juicio, ya que si bien este, en un primer momento indicó que cuando se retiró de dicha vivienda, siendo aproximadamente las 6:00 a.m., no había visto a nadie en el inmueble, luego de habérsele puesto de presente la entrevista que rindió en mayo 17 de 2021, para refrescar memoria -aunque a la final el testigo terminó por leer alguno de sus apartes, sin que ello fuera la técnica adecuada-, además de clarificar que salió de dicha vivienda a las 9:00 a.m., señaló: “Yo declaré que al retirarme yo me acerqué al baño y que vi que la puerta estaba ajustada y que la empuje, qué vi, pues pude ver que habían dos personas acostadas en la cama, que se veía el cabello pues de una mujer, que esa era básicamente Y., pero la otra persona no, no se veía quien era […]”[[15]](#footnote-15).

No obstante, dicho testigo aclaró posteriormente que asumió que era Y.M.O.T. sin haberla visto bien, para luego indicar “yo no pude ver exactamente qué personas, la cara de las personas que estaban ahí, no, sé que habían dos personas acostadas en la cama, estaban cobijadas por la misma cobija y estaban dormidas como si fueran pareja, incluso yo en algún momento, no sé pues, en las declaraciones, yo dije que yo había asumido que tal vez ese había sido JORGE” [[16]](#footnote-16), y asumió que era Y.M.O.T. y JORGE por cuanto fue a quienes vio allí ingresar, pero fue enfático en sostener que no les vio la cara, ya que estaban dormidos y cubiertos casi hasta la cabeza con la cobija, para reiterar, ante cuestionamiento de la A-quo que solo vio la silueta de dos personas acostadas que dormían y asumió que era su amigo JORGE con su pareja, al haber sido a quienes vio ingresar a esa habitación horas antes.

Si en cuenta tenemos que JUAN CARLOS no vio el momento exacto en que JORGE ENRIQUE salió de dicha vivienda, como así lo manifestó, y que al despertar a su lado no se encontraba MLVR, quien fue visto cuando dormía en el sofá, en el instante en que JORGE se retiró de tal residencia entre las 6:00 y 7:00 a.m., aunado a la información que aportó Y.M.O.T., al aducir que al despertar vio a su lado a MLVR, nada distinto a ello puede inferirse, esto es, que pese a que JUAN CARLOS no haya distinguido a ninguna de las dos personas que se encontraban acostadas y arropadas con una cobija en el cuarto, bien pudieron ser Y.M.O.T. y el acá procesado.

Pero de ello, no se puede inferir que el señor MLVR sí accedió carnalmente a la joven Y.M.O.T., en tanto frente a esa especifica situación, se itera, emergen sendas dudas, por cuanto la prueba biológica lo excluye como el autor de ese ilícito, sin que las meras referencias que entregó la agredida en sede de juicio -de ver su rostro y sentir que la penetraba- sean suficientes para pregonar su compromiso en la ilicitud. Sin dejar de lado que bien pudo suceder, como otra hipótesis, sin respaldo probatorio, por supuesto, que este una vez salió JORGE haya decidido irse a acostar a tal colchón, por cuanto precisamente se encontraba en su casa.

Mucho menos puede decirse, como con tino lo esgrimió la A-quo, que si el interés del señor MLVR era aprovecharse de una incapacidad de resistir de Y.M.O.T. para accederla carnalmente, ello lo pudiese lograr con el suministro de “cocaína”[[17]](#footnote-17), en tanto como incluso lo indicaron tanto JORGE ENRIQUE como JUAN CARLOS, quienes en juicio manifestaron que en algunas ocasiones la han consumido -aunque negaron que el día del hecho lo hayan realizado-, con miras a minimizar los efectos del alicoramiento, ya que dicha sustancia, como estimulante que es, produce una sensación de euforia y eleva los ánimos de quienes la consumen, y por consiguiente no puede pretenderse que tal narcótico haya sido usado para lograr la inconsciencia de la acá afectada, dejándose claro desde ahora, que en cada organismo las consecuencias pueden ser distintas, pero frente a ello en el presente caso nada se soportó.

Además de la cita que respecto a los efectos que produce la cocaína en el organismo trajo a colación la A-quo, valga la pena igualmente traer a consideración la siguiente:

“Cada forma de consumir cocaína determina el tiempo que tarda en hacer efecto y la duración del mismo (Tabla 1). Sin embargo, ya sea inhalada, fumada o inyectada, es absorbida inmediatamente, y puede llegar al cerebro en segundos. **Una vez absorbida, la cocaína produce una sensación placentera, un estado eufórico de corta duración, con energía y locuacidad. Los consumidores de cocaína describen la sensación de euforia como un creciente sentido de energía y de estado de alerta, un estado de ánimo muy elevado y un sentimiento de supremacía**. Los efectos inmediatos de la cocaína desaparecen entre 30 minutos y dos horas. Fumar o inyectarse cocaína da como resultado un efecto (high) más rápido pero más corto”. [[18]](#footnote-18) -negrillas de la Sala-.

Y precisamente esa mezcla de cocaína con licor, denominada como “Cocaetileno”, se produce “cuando el hígado metaboliza [**cocaína y alcohol**](https://www.institutoeuropeoalfi.es/blog/cocaina-alcohol/) de forma simultánea. Esta sustancia se acumula en el cerebro y aumenta la actividad de la dopamina, el neurotransmisor responsable del placer y la recompensa. De esta manera, el cocaetileno intensifica los efectos euforizantes de la cocaína y reduce la sensación de embriaguez del alcohol.” [[19]](#footnote-19), es decir, generaba un estado totalmente diferente a los que dijo haber padecido la joven Y.M.O.T.

De ahí entonces, que carece de lógica que si la intencionalidad del acá procesado estaba encaminada en agredir sexualmente a Y.M.O.T., utilizara cocaína, al parecer diluida en una copa de licor, para reducir su voluntad, cuando lo que se evidencia es que dicha mezcla produce un efecto totalmente contrario, lo que también genera incertidumbre acerca de la manera en que la afectada fue puesta en esa incapacidad de resistir.

Ahora bien, aunque en este asunto se sabe que Y.M.O.T si consumió un coctel denominado “Pecera” cuando se encontraba con sus compañeros de juerga en el bar “La Tolva”, mismo que según se indicó era una mezcla de diversos licores, se desconoce cuáles pudieron haber sido las consecuencias que le generó en su organismo, y a ese respecto debe decirse, como en su momento el delegado del Ministerio Público lo dijo en sus alegaciones finales y replicó la juez en el fallo, pese a que la Fiscalía contaba con la muestra biológica tomada a Y.M.O.T., con la que hubiera sido posible determinar el nivel de alcohol que presentaba, a sabiendas que los cuatros amigos, como así se reconoció en juicio, ingirieron dicho licor, con miras a verificar si esa ingesta pudo haber influido de algún modo para la pérdida de su conciencia, de ello a la hora de ahora nada se pueda afirmar, por cuanto esa muestra únicamente se usó para establecer que en efecto se encontró cocaína en la Y.M.O.T., nada más.

En este caso en particular, y en consonancia con lo planteado por la funcionaria de primer nivel, para la Sala, la Fiscalía no logró demostrar que el acusado MLVR fue quien le suministró la sustancia que al parecer afectó la voluntad de la joven Y.M.O.T., ni que la hubiese agredido sexualmente.

Finalmente, debe decirse que el Tribunal tampoco podría variar la calificación jurídica en este caso para condenar, quizás por el delito contemplado en el artículo 210 C.P., esto es, el acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, acorde con lo que sobre ese particular ha sostenido la jurisprudencia, por cuanto se itera, en este asunto emerge duda de que el procesado haya accedido carnalmente a la afectada, o que incluso haya realizado sobre la misma alguna clase de acto sexual, aprovechándose de su incapacidad para resistir.

Como quiera entonces, que en este proceso no se logró acreditar que el señor MLVR accedió carnalmente a la joven Y.M.O.T., ni mucho menos que la haya puesto en incapacidad de resistir, persistiendo dudas que no lograron ser superadas, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no quedaba alternativa distinta a emitir un fallo absolutorio en su favor, por lo que se acompañará la determinación adoptada por la funcionaria de primer nivel.

ANOTACIÓN ADICIONAL:

En consonancia con lo mencionado en precedencia, y al advertirse que la joven Y.M.O.T., indicó que para el día 01 de abril del año 2011 no recuerda haber consentido ningún encuentro sexual, ni siquiera aquella a que hizo alusión con ahincó el señor JORGE ENRIQUE BOLÍVAR HERNÁNDEZ, aunado a que la misma víctima refirió que cuando impetró la denuncia lo hizo frente a todos los que allí se encontraban, respecto a lo cual nada se sabe, pese a que incluso el fiscal desde la teoría del juicio, dio cuenta que Y.M.O.T. fue accedida por dos personas y en su alzada plasmó que “se tiene claro y probado que JORGE ENRIQUE BOLÍVAR efectivamente sostuvo relaciones sexuales […] con la víctima, quien se encontraba en estado de inconsciencia […]”, se ordenará a la Fiscalía, de no haberlo hecho ya, que proceda a adelantar la investigación que estime necesaria para establecer tal situación, con ocasión de los hechos que fueron denunciados por Y.M.O.T.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala N° 2 de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia absolutoria proferida en **febrero 8 de 2019** por el **Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas** (Risaralda) en favor del ciudadano **MLVR**. De igual manera, se ordena a la Fiscalía, que de no haberlo hecho ya, que proceda a adelantar el trámite que considere necesario para determinar la presunta participación del señor JORGE ENRIQUE BOLÍVAR HERNÁNDEZ en los hechos que fueron denunciados por Y.M.O.T.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda y la Ley 2213 de 2022, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el cual los interesados podrán interponer el **recurso extraordinario de casación**, dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

Magistrado

1. De conformidad con lo reglado en el artículo 13 Numeral 1º de la Ley 1719 de 2014, se omitirá en la presente decisión, tanto el nombre de la víctima de violencia sexual, como el de sus familiares, por lo cual se usarán sus iniciales, con miras a garantizar su derecho a la intimidad y privacidad. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, SP 08 julio 2009, rad. 31280 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre estos principios, se pueden consultar las siguientes sentencias: La del 18 de diciembre del 2.001. Rad. # 15547; la del 25 de abril del 2.007. Rad. # # 26309 y la del 26 de octubre del 2.011. [↑](#footnote-ref-3)
4. Lo que es viable si partimos del supuesto consistente en que las audiencias preliminares no hacen tránsito de cosa juzgada material sino formal. [↑](#footnote-ref-4)
5. cfr. CSJ SP352-2021, rad. 52857; CSJ SP4088-2020, rad. 55745; CSJ SP368-2020, rad. 51094; CSJ SP 3580-2018, rad. 46227 y CSJ SP17352-2016, rad. 45589, entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ SP367-2021 17 de Feb. 2021, rad. 48015. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibídem. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ SP3420-2021, 11 de Agos. 2021, rad. 55947. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ SP684-2024, 6 mar. 2024, rad. 58073. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ AP, 24 feb. 2016, rad. 47150. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ AP, 5 dic. 2018, rad. 53910. [↑](#footnote-ref-11)
12. Para lo cual ingresó los documentos, informes o pericias en que dichas estipulaciones se fundamentaron. [↑](#footnote-ref-12)
13. Independientemente del tiempo de esta, en tanto Y.M.O.T. dijo que solo lo fue por 15 días, mientras que JORGE ENRIQUE adujo que lo fue por un año aproximadamente. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver registro de juicio de febrero 19 de 2018, a partir del minuto 53:04. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver tercera sesión del registro de juicio de octubre 22 de 2018, a partir del minuto 01:30. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver tercera sesión del registro de juicio de octubre 22 de 2018, a partir del minuto 01:30. [↑](#footnote-ref-16)
17. Al ser esa la única sustancia que se le encontró en su organismo por la perito forense en toxicología [↑](#footnote-ref-17)
18. Tomado de: “https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/65\_1/PDF/Cocaina.pdf” [↑](#footnote-ref-18)
19. Tomado de: “https://www.institutoeuropeoalfi.es/blog/cocaetileno/” [↑](#footnote-ref-19)