



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR – DIFERENCIA ENTRE ACCESO O ACTO SEXUAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR Y ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS EN INCAPAZ DE RESISTIR: En el acceso abusivo esa incapacidad para resistir o estado de inconsciencia es preexistente y no es causada por el sujeto agente, de ahí la denominación de abuso, pues lo que se hace es aprovecharse de esa condición previa de la víctima para someterla al acceso o al abuso carnal. / **NO SE VULNERA EL PRINCIPIO DE COHERENCIA POR HABER SIDO ACUSADO DEL PRIMERO Y HABER SIDO CONDENADO POR EL SEGUNDO:** Para los dos se prevé la pena de prisión por igual término, pero no se causa ningún perjuicio o irrespeto a los derechos o garantías de las partes, del acusado, pues, sin tener que alegar o defenderse de hecho de haber puesto en incapacidad de resistir a la víctima, en cualquiera de los eventos, aceptado el acceso carnal, debía probar que la persona accedida no estaba en ese estado de incapacidad.

Para el caso, vistas las descripciones previstas en los citados artículos 207 y 210 del Código Penal, las dos conductas punibles comparten los siguientes hechos o aspectos fácticos: en ambos se requiere del acceso carnal y, para el caso, que la víctima se encuentre en estado de incapacidad de resistir, y la diferencia, en lo que asiste razón al impugnante, es que en el primero el sujeto agente es quien pone a la persona en esa situación de incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, ejemplo logrando una alto grado de embriaguez o el suministro de alguna sustancia, mientras que en el acceso abusivo esa incapacidad para resistir o estado de inconsciencia es preexistente y no es causada por el sujeto agente, de ahí la denominación de abuso, pues lo que se hace es aprovecharse de esa condición previa de la víctima para someterla al acceso o al abuso carnal. Así, el acceso carnal abusivo tiene un elemento o circunstancia menos; pero comparten los dos los elementos esenciales, del acceso carnal y la incapacidad para resistir, integrantes del núcleo fáctico, es decir, se reúne esa condición para que se pueda condenar por el delito por el que finalmente se le condenó, así no se trate de un delito menor, pues para los dos se prevé la pena de prisión por igual término, pero no se causa ningún perjuicio o irrespeto a los derechos o garantías de las partes, del acusado, pues, sin tener que alegar o defenderse de hecho de haber puesto en incapacidad de resistir a la víctima, en cualquiera de los eventos, aceptado el acceso carnal, debía probar que la persona accedida no estaba en ese estado de incapacidad, es decir, que el acceso carnal o la relación sexual fue consentida, que fue lo que alegó y trató de demostrar.

ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR – EXISTENCIA DE LA CONDUCTA PUNIBLE Y LA RESPONSABILIDAD DEL ACUSADO.

No asiste, pues, razón al impugnante; y, además, demostrado el acceso carnal, con la credibilidad que merece el grupo de testimonios conformado por LUIS OROMARIO, MARLEN MEDIA y su hija LEIDY ROCÍO, y el análisis que se ha hecho de las pruebas médicas, con ellas se llega al conocimiento más allá de toda duda necesario para condenar y, por tanto, la sentencia impugnada debe ser confirmada.

ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - DOCIFICACIÓN DE LA PENA: Yerros por las razones dadas para hacer un incremento de seis meses.

De oficio, en cuanto la determinación de la pena, si bien fue elegido correctamente el cuarto mínimo, no ocurre lo mismo con las razones dadas para hacer un incremento de seis meses: cuando se habla de gravedad, se alude a la gravedad genérica de esta conducta punible, considerada seguramente por el legislador, pero no se dan razones de por qué dentro de los delitos de la misma especie este tiene alguna gravedad especial; lo mismo ocurre con el dolo, que no obstante ser directo, aparece como concomitante o casual, es decir, surgió sin antelación; y en cuanto al daño, sin que dudemos que se causaron, no es precisamente el señalado en la sentencia, como que penas se refiere a la vulneración de la libertad sexual, condición que es apenas un supuesto de la antijuridicidad para ese y todos los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, pero nada se dice de la intensidad del estrés pos traumático o problemas psicológicos o psiquiátricos derivados de los hechos. Así y dado que no es posible que la Sala revise probatoriamente los aspectos relacionados en el artículo 61 del Código Penal, se reducirá la pena al mínimo del cuarto mínimo, es decir, a 144 meses de prisión, tiempo al cual, se reducirá, igualmente, la pena accesoria.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - OPORTUNIDAD PARA PROFERIR ORDEN DE CAPTURA: Desde el mismo momento de anunciar el sentido condenatorio del fallo de primera instancia.

La sentencia sin ninguna motivación, se dice que, una vez ejecutoriado este proveído se librara la correspondiente orden de captura en su contra. Sabido es que tanto el juez de primera instancia como de segunda instancia, pueden decidir sobre la libertad o detención del acusado, desde el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo y como se trata de una medida cautelar personal, se sabe por la teoría general del proceso que las mismas son de aplicación inmediata. Así con estas consideraciones, en esta instancia se ordenará de manera inmediata la orden de captura en contra del acusado, se oficiará en tal sentido a las autoridades correspondientes



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SECRETARIA SALA ÚNICA

ACTA No. 009

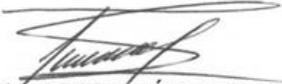
En Santa Rosa de Viterbo, a los veintinueve (29) días del mes de mayo de dos mil veinte (2020), siendo las nueve (9:00 a.m.) de la mañana se reunieron los señores Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial, Dr. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZABAL GARAVITO y Dr. JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL con el fin de discutir el siguiente proyecto:

Decisión emitida dentro de caso distinguido con el radicado 15238-31-04-002-2018-00025-01 contra **IVÁN RICARDO MUÑOZ**, por el delito de **ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR**. Una vez abierta la discusión se procedió a dar lectura al proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad, por consiguiente, se ordenó ponerlo en limpio.

En constancia firma:



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO : CAUSA PENAL
RADICACIÓN : 15238-31-04-002-2018-00025-01
ACUSADO : IVÁN RICARDO MUÑOZ OCHOA
DELITO : ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN
: INCAPACIDAD DE RESISTIR
PROCEDENCIA : JUZG 2 PENAL CTO. DE DUITAMA
MOTIVO : APELACIÓN DE SENTENCIA
DECISIÓN : CONFIRMA
APROBACIÓN : ACTA DE DECISIÓN N° 09
MAGISTRADO PONENTE : EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020).

Hora: 10:00 a.m.

ASUNTO A DECIDIR:

El recurso de apelación interpuesto por el Defensor de confianza del acusado en contra de la sentencia del 14 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama dentro del proceso de la referencia.

HECHOS:

Según el escrito de acusación, en la noche del 12 de marzo de 2017, luego de haber departido con CARMENZA RODRÍGUEZ OCHOA, HUMBERTO ECHEVERRÍA AVELLA, esposo de la anterior, TATIANA LIZETH LEÓN MUÑOZ e IVÁN RICARDO MUÑOZ OCHOA, quien era invitado de TATIANA LIZETH, llegó de último y a quien conoció esa noche, reunión en que la ingirieron varias cervezas, ron y aguardiente, en un apartamento ubicado en la carrera 15 núm. 17 A-09 de la ciudad de Paipa, segundo piso, en casa de propiedad de OROMARIO GRANADOS, LEIDY ROCIO GRANADOS MEDINA, hija del dueño de la casa, quien vivía en la misma casa en apartamento del primer piso, a eso de media noche, es acompañada hasta allí por la citada CARMENZA e IVÁN RICARDO, entre tanto, ella, LEIDY ROCÍO, entra en un estado

de laguna mental en la que, dice, no recordar nada hasta el otro día a las ocho de la mañana cuando despertó y se encontró desnuda, sin ropa interior, desabrochado su brasier, y al ir al baño sintió ardor en su vagina y al limpiarse su área anal rastros de sangre en el papel higiénico, además que no encontraba su aparato celular. Como un poco más tarde bajo CARMENZA le preguntó qué había pasado la noche anterior, porque creía que había sido accedida carnalmente, e indagando, IVAN RICARDO aceptó que había tenido una relación sexual con ella.

En examen ginecológico practicado el 13 de marzo a las 14:48 horas, se estableció que presentaba lesiones en miembros inferiores, así como fisura a nivel anal, indicativo de penetración o actividad sexual a este nivel.

Por los anteriores hechos se acusó a IVÁN RICARDO MUÑOZ OCHOA como probable autor de la conducta punible de ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR, descrita en el artículo 207 del Código Penal, sancionada con pena de prisión de doce (12) a veinte (20) años.

SENTENCIA IMPUGNADA:

De acuerdo con la acusación, en audiencia del 14 de febrero de 2020, EL JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA condenó a IVÁN RICARDO MUÑOZ OCHOA a la pena principal de ciento cincuenta (150) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal como autor responsable de la conducta punible de ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR del que trata el artículo 210 del Código Penal y le negó los sustitutos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En cuanto a la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado la sentencia se funda en las siguientes razones:

1.- El aparte denominado razones de orden jurídico procesal, además de referirse al sentido del fallo de carácter condenatorio emitido en la audiencia del juicio oral, de manera extensa transcribe los testimonios recibidos, es decir, el de LEYDI ROCÍO GRANADOS MEDINA, Dr. HAMER EDUARDO BARAJAS CASTRO, la médico forense ANDREA NIÑO PAIPILLA y el Dr. MILTON ALIRIO AGUIRRE, médico especialista gineco-obstetra, señor LUIS ORMARIO GRANADOS OCHOA y MARLEN MEDINA OCHOA, padres de la víctima, medios probatorios practicados a petición de

la Fiscalía; y los testimonios de CARMENZA RODRÍGUEZ OCHOA, prima del acusado, HUMBERTO ECHEVERRÍA AVELLA esposo de esta, TATIANA LIZETH LEÓN MUÑOZ también prima del acusado y del acusado IVÁN RICARDO MUÑOZ OCHOA, estas pruebas practicadas a instancia de la defensa.

2.- Analizados a la luz de la sana crítica, dice el juzgado, los medios probatorios descritos, tal como lo había precisado al anunciar el sentido del fallo, que se consideran probados los hechos penalmente relevantes por los que se acusó a MUÑOZ OCHOA, a saber, haber accedido carnalmente a LEIDY ROCÍO GRANADOS cuando esta se encontraba en incapacidad de resistir producida por la ingesta alcohólica de varias cervezas, ron y aguardiente, en una especie de laguna mental como la propia LEIDY lo señala al afirmar que, luego de la reunión y decidir bajar a su apartamento, no recordaba nada.

3.- Sobre el tipo y cantidad de licor LEIDY ROCÍO ha sido consistente en el sentido de haberse tomado cuatro o cinco cervezas, varios tragos de ron y uno de aguardiente, aunque los testigos de la defensa solo aceptan lo relacionado con la cerveza y el trago de aguardiente. Por la consistencia y espontaneidad observada por la víctima en sus versiones, les otorga mayor credibilidad.

4.- Ese estado de afectación derivada de la ingesta alcohólica corresponde a lo que dice la víctima sobre como amaneció al otro día, desnuda, sin ropa interior y con el brasier desabrochado, lo cual comentó a sus vecinas CARMENZA RODRÍGUEZ y LIZETH TATIANA LEÓN.

5.- Por los restantes hallazgos del otro día, a saber, haber sentido ardor al orinar y rastros de sangre en su región anal que aparecieron en el papel higiénico usado, ella tuvo la impresión de haber sido accedida carnalmente y por eso, le pide al LIZETH TATIANA que llame a IVÁN RICARDO para preguntar por el celular que se le había perdido o extraviado y por lo que había pasado esa noche. Fue de esa manera que ella pudo corroborar, que había sido accedida carnalmente, pues IVÁN RICARDO aceptó ese hecho ante la pregunta de LIZETH TATIANA; pero no es verdad que haya sido LEIDY ROCÍO quien le manifestó a CARMENZA y a LIZETH TATIANA que se había “comido” a su primo.

6.- Los dictámenes medico legales introducidos por los ya citados profesionales, confirman los hallazgos que denuncia la víctima, pues fue hallado enrojecimiento en su vagina, una fisura en región anal y contusiones en uno de sus muslos.

7.- En cuanto a la variación de la calificación, señala, que si bien la acusación lo fue por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, descrito en el artículo 207 del C.P., lo que realmente ocurrió es que aunque IVÁN RICARDO haya suministrado parte de licor, ella accedió a la ingesta de manera voluntaria y que así, lo realmente acontecido, es que el acusado se aprovechó del estado de alicoramiento en que se encontraba LEIDY ROCÍO para accederla carnalmente conducta que encuadra perfectamente en el tipo penal de acceso carnal abusivo con persona en incapacidad de resistir, referido en el artículo 210 del mismo código, variación que considera posible, pues se respeta el núcleo fáctico.

DE LA IMPUGNACIÓN:

En contra de la anterior sentencia, el defensor de confianza del acusado interpuso recurso de apelación con las pretensiones de que se declarara la nulidad de la sentencia y de revocatoria de la condena y absolución de su cliente por las razones que en cada caso indica.

La petición de nulidad se funda en:

1.- Se violó el principio de congruencia, pues se formuló imputación y acusación por el delito de Acceso Carnal o Acto Sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, previsto en el artículo 207 del Código Penal y se condenó por Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivo con Incapaz de Resistir que describe el artículo 210 del mismo código.

2.- La diferencia no es simplemente semántica, sino sustancial, pues el segundo, supone un aprovechamiento, pero no creación de la situación de incapacidad que imposibiliten la defensa o que se brinde un consentimiento válido.

La absolución del acusado:

1.- Con desconocimiento de las reglas de la experiencia y en una valoración sesgada se da plena credibilidad al testimonio de la víctima, a pesar de sus contradicciones y hechos desvirtuados por los testigos presenciales CARMENZA RODRÍGUEZ OCHOA, TATIANA LIZETH LEÓN MUÑOZ, HUMBERTO ECHEVARRÍA AVELLA y del propio IVÁN MUÑOZ, las cuales comportan los suficientes motivos de credibilidad para fundar una sentencia absolutoria. Así, de manera grave se desconocen los

principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, por errores de hecho en la producción y valoración de las pruebas.

2.- Refiere las normas que consagran los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, lo mismo que a la prueba necesaria para condenar establecida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y a las modalidades del delito de ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPACIDAD DE RESITIR previsto en el artículo 210 del Código Penal, una de las cuales es la incapacidad de resistir, respeto de la cual, considera: “Con esta situación se alude a la presencia de cualquier situación que imposibilite la defensa de una persona frente a las prácticas sexuales que se quieren efectuar con ella; por ejemplo, se le embriaga por manera tal que sus movimientos defensivos además de ser torpes pierden potencialidad de defensa”.

3.- A continuación, transcribe en extenso los testimonios de LEIDY ROCÍO GRANADOS MEDINA, supuesta víctima, y los de CARMENZA RODRÍGUEZ OCHOA, TATIANA LIZETH LEÓN MUÑOZ y del acusado IVÁN RICARDO MUÑOZ OCHOA, resaltando algunos hechos, como la clase y cantidad de licor que tomaron, el baile, los besos entre LEIDY TATIANA e IVÁN en el baile, cómo ella lo invitó a seguir a su apartamento tomándolo de una mano, lo ocurrido al día siguiente respecto del celular, expresiones de LEIDY, como “a mí no me importa si me lo comí, pero que me devuelva el celular...”, lo relacionado con el vómito, ello, para advertir contradicciones en el testimonio de LEIDY ROCÍO y concluir que la relación sexual aceptada por IVÁN RICARDO fue consentida también por LEIDY ROCIO. Lo mismo hace con los testimonios del Ginecólogo MILTÓN ALIRIO AGUIRRE, del cual resalta los hallazgos del examen ginecológico “se encontraron genitales sin huellas de trauma, tenía flujo vaginal escaso, no había huellas de trauma en los genitales, al examen ginecológico, bueno, era básicamente normal, no tenía desgarros presentaba equimosis”, lo mismo, que se había obtenido un parcial de orina normal y al frotis vaginal, espermatozoides ocasionales, además que no observó lesiones a nivel anal; del médico HAMMER EDUARDO CASTRO BARAJAS, que refiere la historia clínica con ingreso el 12 de marzo de 2017 a las 4:55 P.M., en la parte puntual refiere genitales con enrojecimiento vulvar y fisura anal y subraya la explicación para esos hallazgos, “No puede aseverar que correspondan a un abuso sexual, son hallazgos que encuentra en el examen físico pero que se pueden dar por otras circunstancias, presencia de flujo vaginal, presencia de rasgado en cuanto fisura anal que puede ser secundaria por el hecho de que la paciente para el caso pueda sufrir de estreñimiento...”; de la médico forense ANDREA NIÑO PAIPILLA, a través de quien se incorpora informe pericial del 13 de marzo de 2017 en el que se registra enrojecimiento vaginal y fisura anal.

4.- También cita en extenso las declaraciones de MARLEN MEDINA OCHOA, madre de LEIDY, quien califica a su hija como muy juiciosa y que máximo se tomaba dos cervezas; y, LUIS OROMARIO GRANADOS OCHOA, quien afirmó que CARMENZA le dijo que LEIDY se había emborrachado y vomitado y que entonces ella le había quitado la ropa y la acostó, que su hija le contó que había amanecido sin ropa y que le habían robado el teléfono y que se enteró del abuso a las tres de la tarde cuando ella les dijo que se iba a tomar unos exámenes porque no era normal que se sintiera así.

5.- Reseña el hecho que la Fiscalía no hubiera incorporado la valoración de psicología forense y, alega, lo hizo porque no se registraba ningún perjuicio.

6.- Censura al juez de primera instancia el que no haya dado credibilidad a los testimonios de CARMENZA RODRÍGUEZ OCHOA, TATIANA LEÓN, HUMBERTO ECHEVERRÍA AVELLA e IVÁN MUÑOZ, quienes son coincidentes en manifestar que LEIDY ROCÍO GRANADOS se encontraba consciente, lúcida y coordinaba sus movimientos al caminar, bailar, hablar y que no tuvo ninguna laguna mental, y lo mismo que bailó con IVAN, que se besaron en varias oportunidades y si hubo besos previos, la conclusión lógica es que a relación sexual fue voluntaria y consentida por la víctima; que LEIDY bajó las escaleras que no tiene pasamanos, fue quien abrió la puerta de su apartamento e invitó a seguir a IVÁN y se despidió de CARMENZA para quedar a solas con aquel.

7.- En cuanto a lo ocurrido al día siguiente, señala, LEIDY no habló del abuso sexual con CARMENZA y TATIANA y no le contó a su papá OROMARIO, sino que le dijo claramente a CARMENZA y TATIANA que “se había comido a IVÁN”, pero que necesitaba le devolvieran el celular.

8.- De la prueba normal de orina, del 13 de marzo de 2017, unas horas después de la relación sexual, concluye que no se encontraba en estado de embriaguez; además que los médicos encontraron sus genitales normales, sin huellas de trauma, no había lesión anal, ni trauma consistente en fisura, como tampoco enrojecimiento vaginal. Así, alega, la Fiscalía no probó la existencia de la conducta punible.

9.- En aparte que denominó “Conclusiones”, señala las que considera contradicciones de LEIDY, así: Que no bailó con IVÁN, cuando en la denuncia había dicho que, hasta bailamos, y cuando los testigos afirman e incluso dicen que se había besado con IVÁN; que no recuerda nada de la relación sexual, solo hasta cuando bajó las

escaleras, pero los testigos afirman que bajó sola las escaleras que no tiene pasamanos, sacó la llave del bolsillo de su pantalón, abrió su apartamento, invitó a su defendido y se despidió de CARMENZA y se quedó sola con IVÁN por su propia iniciativa y al día siguiente dijo a CARMENZA y a TATIANA que había tenido relaciones con IVÁN, “me comí a su primo”; cantidad de licor, dice haber consumido ron, cuando los testigos dicen que solo se tomó cuatro cervezas y un trago de aguardiente; que vomitó en su apartamento al día siguiente; pero su padre OROMARIO no encontró rastros de vómito, como tampoco CARMENZA y TATIANA; que fue a hacer chichí, le dolió mucho, se limpió y tenía mucha sangre en el papel higiénico, lo cual no corresponde a persona de veintidós (22) años, con vida sexual activa, es decir, no era su primera relación sexual; se pregunta, porqué guardó silencio hasta las tres (3) de la tarde, es decir, no contó siquiera a su padre OROMARIO que estuvo en el inmueble en las horas de la mañana por llamado de aquella, además, la prueba de orina normal que descarta la embriaguez.

10.- Cita algunos precedentes y finaliza reiterando las pretensiones anunciadas.

Los no recurrentes guardaron silencio.

LA SALA CONSIDERA:

Vistas la sentencia de primera instancia y la sustentación del recurso, debe resolver la Sala sobre los siguientes temas: (1) Nulidad de la sentencia por violación al principio de congruencia y (2) Existencia de la conducta punible y responsabilidad del acusado.

1.- Sobre la nulidad por vulneración del principio de congruencia.

El recurrente funda su petición de nulidad en el hecho de que la acusación formulada en contra de IVÁN RICARDO MUÑOZ OCHOA lo era por la conducta punible descrita en el artículo 207 del Código Penal, ACCESO O ACTO SEXUAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR, mientras en la sentencia se le condenó por ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS EN INCAPAZ DE RESISTIR, prevista en el artículo 210 del mismo ordenamiento, respecto de los cuales encuentra como diferencia sustancial que, en el primero, el sujeto agente actúa de manera previa para lograr que la víctima caiga en esa situación de incapacidad, por ejemplo, haciendo que se embriague o suministrándole alguna sustancia que tenga esos efectos, y, en cambio en el abuso, simplemente se aprovecha de una condición que él no ha provocado o favorecido.

Cierto es, como lo alega el recurrente, el debido proceso, contemplado de manera general en el artículo 29 constitucional, es mucho más estricto en materia penal y que involucra principios como el de la legalidad de los delitos y de las penas, presunción de inocencia, defensa, debido proceso legal, entre otros, cuyo desconocimiento genera la invalidez o nulidad de la actuación, es decir, el instituto de las nulidades se erige como la herramienta de protección del debido proceso y de protección de las partes, especialmente del indiciado, imputado o acusado, que no podrá ser condenado sino en un juicio público, sin dilaciones injustificadas y con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio, o debido proceso legal.

Como remedio extremo, la ley regula las nulidades bajo los principios de taxatividad, convalidación y trascendencia, entre otros, de suerte que no cualquier irregularidad puede llevar a su declaratoria, sino solo de aquellas previstas así de manera expresa y que afectan de tal manera el debido proceso, que las garantías procesales resultan vulneradas y con ello se causa un real perjuicio al justiciable.

Son causales de nulidad previstas en la Ley 906 de 2004 la relacionada con la prueba ilícita (art. 455), la derivada de la incompetencia o desconocimiento del juez natural (art. 456) y las relacionadas con la violación de garantías fundamentales del debido proceso y derecho a la defensa en aspectos sustanciales (art. 457). Como una modalidad del debido proceso, aunque también del derecho a la defensa, está relacionada con la estructura sustancial del proceso que exige que desde un comienzo, en la formulación de la imputación se informe al sub judice los hechos por los que se le vincula al proceso y la calificación jurídica de los mismos, es decir, la conducta punible que corresponde a esos hechos, información que debe corresponder a la acusación, a la petición de condena que debe realizar la Fiscalía en sus alegaciones finales y el anuncio del sentido del fallo a cargo del juez de conocimiento y la sentencia. Así, incluir nuevos hechos o circunstancias de agravación o variar la calificación jurídica de los mismos, se considera, afecta esa estructura del debido proceso y puede afectar el derecho de defensa, en la medida en que resulte imposible defenderse de cargos que no se han formulado de manera clara y legal. Sobre la estructura del proceso en este punto, es decir, sobre el principio de congruencia, trata el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

“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”.

Frente a la posibilidad de condena por una especie delictiva diferente a la anunciada en la imputación, en la acusación o en la petición de condena, señala la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, luego de reseñar su postura anterior, para variar la condición de que el nuevo delito por el que se condenaba correspondiera al mismo género delictivo:

“De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo o bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes” (Sentencia Penal. SP 2390 del 22 de febrero de 2017, rad. 43041...).

Para el caso, vistas las descripciones previstas en los citados artículos 207 y 210 del Código Penal, las dos conductas punibles comparten los siguientes hechos o aspectos fácticos: en ambos se requiere del acceso carnal y, para el caso, que la víctima se encuentre en estado de incapacidad de resistir, y la diferencia, en lo que asiste razón al impugnante, es que en el primero el sujeto agente es quien pone a la persona en esa situación de incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, ejemplo logrando una alto grado de embriaguez o el suministro de alguna sustancia, mientras que en el acceso abusivo esa incapacidad para resistir o estado de inconsciencia es preexistente y no es causada por el sujeto agente, de ahí la denominación de abuso, pues lo que se hace es aprovecharse de esa condición previa de la víctima para someterla al acceso o al abuso carnal. Así, el acceso carnal abusivo tiene un elemento o circunstancia menos; pero comparten los dos los elementos esenciales, del acceso carnal y la incapacidad para resistir, integrantes del núcleo fáctico, es decir, se reúne esa condición para que se pueda condenar por el delito por el que finalmente se le condenó, así no se trate de un delito menor, pues para los dos se prevé la pena de prisión por igual término, pero no se causa ningún perjuicio o irrespeto a los derechos o garantías de las partes, del acusado, pues, sin tener que alegar o defenderse de hecho de haber puesto en incapacidad de resistir a la víctima, en cualquiera de los eventos, aceptado el acceso carnal, debía probar que la persona accedida no estaba en ese estado de incapacidad, es decir, que el acceso carnal o la relación sexual fue consentida, que fue lo que alegó y trató de demostrar.

Por lo anterior, no existe la causal de nulidad alegada.

2.- Sobre la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado.

Para condenar, de conformidad con el artículo 381 del Código Penal, “se requiere el conocimiento más allá de toda duda, a cerca del delito y la responsabilidad del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. Por el contrario, cuando lo demostrado es la inocencia del acusado o cuando existen dudas razonables, se impone la absolución, como lo establece el artículo 7° ibídem, que es del siguiente tenor, en lo pertinente:

“Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del acusado” (negrilla fuera del texto).

Así, debe la Sala auscultar todas y cada una de las pruebas practicadas en el juicio en orden a establecer de manera íntegra los elementos de la conducta punible imputada al hoy acusado, que fue la de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR contemplado en el artículo 210 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6° de la Ley 1236 de 2008 que es del siguiente tenor:

“Artículo 210. Modificado Ley 1236 de 2008. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.

No está en discusión el que el acusado haya accedido carnalmente a LEIDY TATIANA GRANADOS MEDINA en la noche del 12 de febrero de 2017 (quizá en este punto la diferencia es que lo aceptado es un acceso vaginal, mientras lo que sugieren las pruebas es que también existió penetración anal), y, así, como se expuso en el numeral anterior, lo que debe ser estudiado es sí esa relación sexual ocurrió de manera voluntaria por parte de LEIDY TATIANA y si ella estaba en capacidad para dar ese consentimiento. En este punto los testigos sostienen versiones diversas que obligan a que, a través de su confrontación entre sí y con otros medios probatorios, deba definirse cuál de esos grupos comporta mayores motivos de credibilidad y, además, si esa prueba conduce al conocimiento necesario para condenar.

Comencemos con las pruebas médicas, informes o dictámenes incorporados en la audiencia por los profesionales que los practicaron y que, en cuanto se discuten, registran los siguientes hallazgos:

Historia clínica de urgencias incorporada con el médico HAMER EDUARDO BARAJAS CASTRO, quien la atendió por urgencias, con hora de ingreso: 4:55 p.m. el 12 de marzo de 2017, pero se comienza atención a las 18:36, es decir, a las 6:35 P.M., se registra dolorimiento anal y sobre cara interna de muslos. Al examen físico, en parte genito-urinario: "GENITALES EXTERNOS DE NULÍPARA, TANNER V CON ENROJECIMIENTO VULVAR SIN EQUIMOSIS, HEMATOMAS NI FISURAS; ESFINTER ANAL TÓNICO COMPETENTE CON FISURA ÚNICA EN EL MERIDIANO DE LAS ONCE, SIN EQUIMOSIS NI SANGRADO". (evidencia núm. 1).

EVOLUCIÓN, ESPECIALISTA GINECO OBSTETRA, MILTÓN ALIRIO AGUIRRE AGUIRRE: hora de atención 00.43 del 13 de marzo de 2017. Como hallazgos registra tres (3) equimosis redondeadas de 1 cm de diámetro en cara externa muslo derecho tercio medio. No se registra auscultación o análisis de región anal, no obstante que en la anamnesis la paciente refirió "SANGRADO ANAL ESCASO" (Confrontar evidencia 3 carpeta evidencias). El profesional trata de explicar en la audiencia porqué pudo pasarse por alto la fisura anal, no obstante afirmar haber observado las áreas genitales y para-genital. No es un examen o historia completa o muy consistente, a pesar de que se trate de un especialista, como tampoco en su intervención en la audiencia logra aclarar si realmente hizo un examen íntegro de la paciente, sobre todo de su área anal y así el valor que pretende el defensor recurrente no tiene motivos o bases serias. Este profesional termina diciendo que es el legista el encargado de los mínimos detalles, con lo que, además de relevar su responsabilidad por no haber hecho una auscultación minuciosa, no puede darse el valor que le da la defensa al hecho de que no registre la lesión (fisura anal).

ANDREA NIÑO PAIPILLA, de Medicina Legal, precisamente, la examinó el 13 de marzo a las 14:48 horas, y, además de las equimosis en número de tres (3), de 2 por 1 cm en muslo derecho, cara externa, las mismas registradas por el Ginecólogo, sí encuentra la fisura anal en el meridiano de las 6 en las manecillas del reloj en posición genupectoral. Ya no encontró enrojecimiento bulbar. Se le preguntó en la audiencia si era posible que sintiera dolor vaginal por el tipo de relación sexual que había sostenido o a la que había sido sometida y respondió afirmativamente.

Los tres dictámenes en cuanto a la anamnesis registran igual versión de la paciente: Que estuvo compartiendo con unos inquilinos de su padre, que se tomó 6 cervezas, 4 roncs y un aguardiente, que a esos de las 12 y media de la noche iba bajando las escaleras con CARMENZA y el primo de ella y desde ahí no recuerda más, "...en la mañana, como a las 9 de la mañana, me desperté estaba vomitada, sin pantalón y sin ropa interior, me fui al baño a orinar, me dolía la vagina, al limpiarme el papel higiénico tenía sangre, era del ano...". Este hecho es indicativo de la consistencia y uniformidad con la que LEIDY ROCÍO mantiene su versión, que es la misma que reitera en la audiencia pública.

Con esas pruebas ya se puede dar respuesta a algunas de las censuras o contradicciones o razones que el señor defensor plantea para considerar que la relación fue consentida. Qué dado que era persona mayor y sexualmente activa, una relación de tipo vaginal no podía generar como secuelas dolor al orinar: la legista dice que sí y ello parece derivarse de que no fue una relación consentida y por eso se produce el enrojecimiento bulbar, hallazgo registrado por el primero de los galenos citados, y que no fuera consentida también se deduce de las equimosis en número de 3 en su muslo derecho. Dado que el examen parcial de orina resultó normal no se encontraba embriagada: cuidadosamente se ha registrado las horas de atención y así el examen de orina se le ordenó pasadas las seis y media de la tarde del 12 de marzo de 2017, es decir, más de 18 horas de que comenzara la ingesta alcohólica y así los rastros de alcohol, en vista de la cantidad ingerida, pudieron haber desaparecido, como lo enseñan los manuales de Medicina Legal. Que el Gineco-obstetra, no registro lesiones anales: ya se dijo, él no realizó examen de la región anal y el médico de urgencias y la médica forense del Instituto de Medicina Legal si la observó y aunque pudiera tener esa fisura otras causas, también es indicativa de maniobras sexuales a ese nivel.

Además, en cuanto al probable acceso carnal vía anal, ese no es un problema esencial de proceso, pues, simplemente se trata de acceso carnal, que podía ser vaginal y ese es un hecho aceptado por el acusado.

Queda lo ocurrido en la noche del 11 de marzo de 2017 y al día siguiente, en lo que se presenta el grupo de testigos de la defensa: CARMENZA RODRÍGUEZ OCHOA, prima del acusado, HUMBERTO ECHEVARRÍA AVELLA, esposo o compañero de la anterior, TATIANA LIZETH LEÓN MUÑOZ, prima del acusado y quien la noche de los hechos lo había invitado para departir unas cervezas con los anteriores, y el acusado IVAN RICARDO MUÑOZ OCHOA, frente a LEIDY ROCÍO GRANADOS MEDINA, su

padre LUIS OROMARIO GRANADOS y la señora MARLEN MEDINA OCHOA. Las diferencias: LEIDY ROCÍO asegura no bailó y entonces no habrían existido los famosos besos entre ella y el hoy acusado durante el baile; LEIDY ROCÍO asegura haber tomado unas seis (6) cervezas, cuatro (4) rones y un (1) aguardiente, el otro grupo, si bien coincide en la cerveza y el trago de aguardiente, aseguran que no hubo ron; mientras LEIDY ROCÍO y su padre, son coincidentes en que desde cuando ella lo llamó estaba llorando y le dijo que había amanecido sin pantalón y ropa interior y LUIS OROMARIO asegura que fue CARMENZA, quien, cuando él llegó en la mañana, le dijo que como se vomitó yo le quite la ropa y la acosté, CARMENZA y TATIANA LIZETH dicen que fue LEIDY quien en ese momento frente a su padre dijo que habían sido ellas quienes le habían quitado la ropa. Además, el grupo de la defensa pone en boca de LEIDY ROCÍO que ella les había dicho que tenía una niña de 4 años y había tenido tres (3) abortos.

Hay muchas razones para dar crédito a LEIDY ROCÍO y a sus padres, en primer lugar, por el interés que CARMENZA y TATIANA tienen en favorecer a su primo e invitado de esa noche, además, que de alguna manera, ellas tienen motivos para sentirse responsables por lo que le ocurrió a la hija de su arrendador, pues fue TATIANA quien había invitado a RICARDO y CARMENZA quien la había acompañado hasta el apartamento y la había dejado allí con su primo, en lo que cobra especial relevancia una expresión que el acusado pone en boca de CARMENZA: “me dijo hágale chino”, de entrada deben ser consideradas como sospechosas en cualquier análisis; en segundo lugar, ese interés, es visible en el hecho de asegurar cosas, como que tenía una niña de cuatro años y que había tenido tres abortos, cuando en el propio examen ginecológico registra el médico HAMMER EDUARDO BARAJAS CASTRO que sus genitales externos son DE NULÍPARA, es decir, aunque fue una posición no controvertida ni cuestionada en la audiencia, por parte de la defensa, si se evidencia que ellas pretenden con esas afirmaciones presentar a LEY ROCÍO, como una persona libertina que buscaría a toda costa mantener relaciones sexuales con cualquiera; mientras LEIDY ROCÍO, en cuanto a sus hallazgos de la mañana, es corroborada por los dictámenes y ella y su padre no tienen otro interés que el de que se descubra la verdad y se castigue al responsable.

LEIDY ROCÍO es licenciada en educación infantil, siempre ha sostenido que tenía su novio, con quien, es sincera, mantenía relaciones sexuales, las últimas en el mes de febrero, porque él vivía en Villavicencio, era la hija del arrendador y de cierta manera encargada de la administración de la casa, al punto que esa noche había subido para hacer un reclamo a HUMBERTO, no conocía a IVÁN RICARDO, y así no podría

inventarse una historia tan grave para perjudicar a un desconocido; además, como lo señalan sus padres, siempre estuvo afectada gravemente ese día, no dejaba de llorar y verificado que había sido accedida carnalmente, por los hallazgos de esa mañana y porque lo comprobó a través de la llamada o mensaje que TATIANA le hizo o envió a su primo, decide acudir al hospital para que le practicaran exámenes, actitud apenas normal en una persona que se siente violentada en su intimidad y sexualidad.

Se pregunta la defensa la razón para que hubiera ocultado lo del acceso carnal hasta las tres (3) de la tarde. Ello no es así, pues, desde la primera vez que llamó a su padre estaba llorando, así lo afirma OROMARIO y también CARMENZA RODRÍGUE OCHOA, aunque esta, haciendo una variación para señalar como si todo fuera una invención de LEIDY, y así sin negar que eso fue lo que dijo y que lo había dicho llorando, le causaba extrañeza que momentos antes estuviera normal y que incluso les hubiera dicho que no le interesaba haberse “haber comido a su primo” y que el problema era la pérdida del celular. Lo que dijo a su padre que había amanecido empelota ya permitía intuir que algo más había pasado y nuevamente aquí, lo que CARMENZA y TATIANA ponen en boca de LEIDY, LUIS OROMARIO, padre de ésta, lo atribuye a CARMENZA; concretamente, en relación con las prendas de vestir, dice LUIS OROMARIO que cuando el preguntó lo que había pasado, inmediatamente CARMENZA se había anticipado a señalar que “...como ella se vomitó yo le quité la ropa y la acosté, eso fue lo que me dijo ella” son las palabras de LUIS OROMARIO. En lo que se muestra como un interés en que LEIDY no contara a su padre lo ocurrido y, por supuesto, en tales momentos de confusión y vergüenza, es comprensible que LEIDY no hubiera entrado a controvertirlas, además porque, recuérdese que eran episodios ocurridos cuando ella dice no recordar nada; pero, luego cuando se encuentra con la mamá, la señora, MARLEN MEDINA, ella la encuentra afectada y llorando y es cuando en su traslado a Tunja para visitar a un hermano, le dice que va al hospital a practicarse un examen porque la habían accedido carnalmente.

Otra de las inconsistencias que se alegan como de mucha importancia es lo relacionado con el vómito. En efecto LEIDY ROCÍO dice que había amanecido vomitada; pero del vomito también, según LUIS OROMARIO, había hablado CARMENZA; LUIS OROMARIO no encontró rastros de vómito; pero tampoco la encontró desnuda, sino con ropa, así también pudo haber limpiado esos rastros de vómito, de suerte que ese no es un hecho trascendente, a no ser que un estado tal hubiera impedido la relación sexual, la cual se sabe fue aceptada por el acusado.

Por último, para responder las inquietudes de la defensa, la Fiscalía explicó la razón por la que no se practicó la prueba pericial psicológica. La señora profesional perito no presentó el informe y no es que no presentara resultados positivos como lo sugiere la Defensa, pues, si así fuera, y se hubiera descubierto el informe, no se explica como el defensor no pidió su decreto como prueba excepcional.

No asiste, pues, razón al impugnante; y, además, demostrado el acceso carnal, con la credibilidad que merece el grupo de testimonios conformado por LUIS OROMARIO, MARLEN MEDIA y su hija LEIDY ROCÍO, y el análisis que se ha hecho de las pruebas médicas, con ellas se llega al conocimiento más allá de toda duda necesario para condenar y, por tanto, la sentencia impugnada debe ser confirmada.

4. Otros aspectos.

De oficio, en cuanto la determinación de la pena, si bien fue elegido correctamente el cuarto mínimo, no ocurre lo mismo con las razones dadas para hacer un incremento de seis meses: cuando se habla de gravedad, se alude a la gravedad genérica de esta conducta punible, considerada seguramente por el legislador, pero no se dan razones de por qué dentro de los delitos de la misma especie este tiene alguna gravedad especial; lo mismo ocurre con el dolo, que no obstante ser directo, aparece como concomitante o casual, es decir, surgió sin antelación; y en cuanto al daño, sin que dudemos que se causaron, no es precisamente el señalado en la sentencia, como que penas se refiere a la vulneración de la libertad sexual, condición que es apenas un supuesto de la antijuridicidad para ese y todos los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, pero nada se dice de la intensidad del estrés pos traumático o problemas psicológicos o psiquiátricos derivados de los hechos.

Así y dado que no es posible que la Sala revise probatoriamente los aspectos relacionados en el artículo 61 del Código Penal, se reducirá la pena al mínimo del cuarto mínimo, es decir, a 144 meses de prisión, tiempo al cual, se reducirá, igualmente, la pena accesoria.

Como otro aspecto a tratar está el de la orden de captura, en la medida en que la sentencia sin ninguna motivación, se dice que, una vez ejecutoriado este proveído se librara la correspondiente orden de captura en su contra. Sabido es que tanto el juez de primera instancia como de segunda instancia, pueden decidir sobre la libertad o detención del acusado, desde el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo y como se trata de una medida cautelar personal, se sabe por la teoría general

del proceso que las mismas son de aplicación inmediata. Así con estas consideraciones, en esta instancia se ordenará de manera inmediata la orden de captura en contra del acusado, se oficiará en tal sentido a las autoridades correspondientes

DECISIÓN:

En mérito a lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el carácter condenatorio de la sentencia impugnada.

SEGUNDO: MODIFICAR las penas principal y accesoria impuestas, las cuales tendrán un término de duración de ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

TERCERO: DE MANERA INMEDIATA librar ORDEN DE CAPTURA en contra del condenado IVÁN RICARDO MUÑOZ OCHOA.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación el cual puede ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a partir de su notificación y presentada la demanda en los siguientes treinta (30) días (art. 198 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010).

La presente sentencia queda notificada en estrados.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Magistrado