



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2010-00735

Aprobado mediante acta 071

Medellín, mayo diecinueve (19) de dos mil diecisiete (2017).

Se resuelven los recursos de apelación presentados por la fiscal 99 seccional adscrita al CAIVAS y la víctima reconocida en la actuación, contra la sentencia dictada el pasado 19 de diciembre, mediante la cual la Juez Quince Penal del Circuito de Medellín absolvió al señor **José Gregorio Vergara López** como autor del delito de acceso carnal violento (art. 205 del Código Penal) por el cual se solicitó condena en la audiencia del 29 de agosto del 2016.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

En la absolución, anunciada al finalizar el juicio oral, la Juez inicialmente determinó los hechos relevantes objeto de

valoración, tal como fueron expuestos por la fiscal en la acusación.

Narró en su providencia que a eso de las cinco de la tarde del 22 de noviembre de 2010, la señora Gloria Elizabeth Velásquez Montoya se presentó en las instalaciones de una de las sedes de la Fiscalía en Medellín, propiamente la ubicada en la calle 50 no. 54-18, para averiguar acerca de una investigación en la que su hija figura como víctima.

En este contexto conoció al señor José Gregorio Vergara, quien laboraba en esa edificación y se le presentó como miembro del GAULA, y quien le ayudó a redactar un escrito para hacerlo allegar al respectivo fiscal, convidándola a que lo visitara después para revisar cómo le había ido. Así ocurrió. La señora acudió luego a la oficina del investigador, aceptó el ofrecimiento de la ingesta de un ron, el cual le produjo mareos, desaliento y pérdida de la conciencia, la que recuperó cuando había sido víctima del acceso carnal. Salieron juntos del lugar y en el carro de José Gregorio se dirigieron al barrio la Floresta y al llegar a la estación de Santa Lucía, quitó los seguros y huyó.

Adelantado el juicio¹, dos versiones antagónicas de los hechos fueron expuestas: **primero**, la fiscalía sostuvo que se trató de una violación, presentando como pruebas principales a la víctima, a Nora María Giraldo adscrita al laboratorio del Instituto de Medicina Legal (quien determinó que de dos

¹ Sesiones del 19 de mayo, julio 7 y 8, octubre 6 de 2014, junio 10 de 2015 y julio 14, agosto 12 y 29 de 2016.

huellas de semen hallados en la ropa de la víctima, una correspondía al acusado), al señor Carlos Enrique Echeverry Posada y el compañero Edwin Espinosa Moreno (quienes escucharon las narraciones de la violación) y las psicólogas Natalia Ocampo y Alina María Restrepo Puerta (quienes percibieron los efectos emocionales del suceso), además del investigador Carlos Mario Álvarez Álvarez con el que se ingresaron la inspección y álbum de fotografías y, **segundo**, que lo ocurrido fue una relación consentida, fue la tesis de la defensa, declarando el acusado José Gregorio Vergara y su amigo Alí Fernando García Serna.

Con este cuadro de controversia, la Juez decidió reconocer a favor del acusado los principios del *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia con base en los siguientes niveles de análisis, que desarrollan la tesis de que se probó la relación sexual, pero no el acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir o mediante violencia, aunque en la parte resolutive sólo quedó consignada esta última modalidad.

La Juez constató una actuación voluntaria de la señora Gloria Elizabeth al acudir a la oficina del acusado fuera del horario laboral, permanecer solos en un tiempo prolongado, en un ambiente con música y acompañados de la ingesta de “unos tragos de ron”. De esta secuencia, infirió, no se deriva ninguna violencia o que la víctima fue colocada en incapacidad de resistir, e interpretó la Juez: “cosa distinta es que dados los efectos del licor en su organismo no estuvo en condiciones de rechazar las pretensiones sexuales del señor José Gregorio”.

Concluyó que no se probó ni la comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir (el artículo 207) por el cual fue acusado, ni por el acceso carnal violento (artículo 205), por el que se solicitó condena.

Respecto a que la fiscal en el alegato final modificó la imputación jurídica, trasladándola a un acceso carnal violento, tipificado en el artículo 205 del Código Penal, consideró con base en exposición de la Corte Constitucional vertida en la sentencia C-025 de 2010, que la variación debería de rechazarse porque podría originar desmedro o restricciones a los derechos del imputado y la sorpresa podría hacer inoperante el derecho de defensa. En todo caso, en la parte resolutive absolvió precisamente por este delito.

2. Las apelaciones.

2.1. La fiscal 99 seccional adscrita al CAIVAS en procura de una condena por el delito de acceso carnal violento presentó la conclusión de que: *"se demostró más allá de toda duda, la existencia de una relación sexual (acceso carnal) el día 22 de noviembre de 2010 entre la señora Gloria Elizabeth Velásquez y el señor José Gregoria Vergara, la cual quedo (sic) probada con examen de laboratorio y la aceptación del acusado y que dicha relación no fue consentida por la señor Gloria Velásquez, sino producto de una violencia psicológica que doblegó (sic) su voluntad"*.

Alegó que del hecho de que la señora Velásquez hubiera acudido a la oficina del acusado e inclusive hubiera apurado algunos rones, no significa su admisión para tener una relación sexual. Debe ser rechazada la tesis del "consentimiento tácito", deducida, por ejemplo, del pasado de una relación, la ingesta de licor o de estupefacientes, las expresiones corporales de afecto, la aceptación de invitación a bailar o la ausencia de resistencia directa e inequívoca a una propuesta 0sexual.

Existen normas internacionales que protegen los derechos de la mujer, al punto de desaparecer la *vis puellis* (violencia sexual agradable) o el citado consentimiento tácito, y la salvaguarda de la discriminación fundada en prejuicios, estereotipos o patrones, que exaltan la superioridad de un sexo sobre otros, acorde con desarrollo jurisprudencial vertido en las sentencias 23508 y 26013, ambas del 2009, sin otra identificación.

Con este planteamiento general, transliteró el contenido de la declaración de la víctima a partir del minuto 25:57, en la que, como secuencias de hechos relevantes, admitió que tomó "un traguito", luego perdió la conciencia, la recobró cuando estaba siendo accedida, sabía que el acusado tenía un arma y fue sometida para que se quedara. Todo lo anterior indica que la relación sexual no fue consentida, que la dama hizo manifestaciones claras y expresas de no querer el encuentro, que hizo repulsa y "que fue la violencia de tipo psicológico la que permitió el referido y probado encuentro".

Además, destacó que las secuelas de carácter psicológico que fueron probadas por dos profesionales de esta disciplina, indican la ausencia de consentimiento e interpreta que fue el señor Vergara el que creó las circunstancias para la ocurrencia del acceso, como la preparación del lugar y la invitación para que la víctima acudiera a su oficina cuando no habían otras personas laborando.

Con cita de la Corte Suprema de Justicia, que tampoco identificó, explicó el contenido de "la violencia moral" y en cuanto a la falta de congruencia, consideró que no se violaba este principio "pues la imputación fáctica permaneció incólume", a más de que las penas son las mismas.

2.2. La víctima reclama en general una sanción penal ejemplarizante y la subsiguiente reparación integral, demandando la valoración del contexto en que ocurrieron los hechos sin prejuicios contra la víctima.

Sostuvo que el consentimiento real y libre de presiones, no se deriva por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que la exterioricen. En su caso, hubo "violencia moral, psicológica y física". Es más. Ocurrió una retención ilegal y un secuestro simple, ya que se le mantuvo encerrada en una entidad pública y fue llevada a un carro contra su voluntad. El victimario aprovechó su poder, autoridad y soledad del lugar para cometer el abuso, y dejó constancia de carecer de cualquier vínculo laboral, familiar y sentimental con el victimario.

También criticó la declaración de José Gregorio Vergara, la que calificó como “incongruente, falaz, confusa”, y con la que buscaba desviar la atención del despacho, y sin olvidar que el acusado, además, pretendía llevarla a otro lugar para continuar con el abuso sexual de ella junto con otro funcionario.

Censuró algunas falencias investigativas. Se omitió requerir a “CONCEL”-sic- para que corroborara las llamadas desde su celular y la fiscalía prescindió de aportar todas las pruebas, pues no allegó su historia clínica. “*Soy madre cabeza de familiar, intachable, honesta y honorables*”, alegó, y recordó los deberes que se le imponen al Estado al suscribir “la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.

3. El no recurrente.

El defensor se quejó inicialmente del procedimiento concedido al trámite de la apelación, pues en el correspondiente traslado, solo la representante de la fiscalía manifestó su interés en apelar, no la víctima, ni su apoderada. Alega, por tanto, que el escrito de interposición y sustentación de la víctima debe ser inadmitido y declarado extemporáneo, fuera de que la sustentación desconoció los más mínimos parámetros que rigen este tipo de argumentación, el cual pretendió indebidamente reabrir el debate probatorio incluyendo hechos que no fueron discutidos, ni probados, como el supuesto secuestro que padeció.

En cuanto al recurso de la fiscal, solicitó que se confirmara la decisión, pues lo que pretende el apelante es imponer su interpretación a la suministrada por la juez, sin indicar en que erró; no hubo un análisis claro y preciso de las equivocaciones, así como la demostración de cuáles medios de prueba dejó de valorar y que hubieran modificado el sentido de la decisión.

Reseñó de paso, que no se dio una explicación clara por la fiscalía o la víctima de la presencia de "dos rastros de hombre" en la prendas de vestir aportadas y que supuestamente fueron usadas el día de los hechos y, por el contrario, sin otro sustento, su defendido suministró explicaciones precisas, concisas y que revelan la forma como ocurrieron los hechos.

CONSIDERACIONES

Visto el panorama de discusión, son dos los temas que la Sala abordará, **primero**, la petición de inadmitir el recurso interpuesto por la víctima y, **segundo**, la pretensión de condena expuesta por la fiscal, coadyuvada por la víctima, los cuales serán examinados a continuación.

1. La petición inadmisión del recurso de apelación interpuesto por la víctima.

El defensor sostiene que una vez culminada la lectura del fallo absolutorio, solo la fiscal del caso interpuso el recurso de apelación, no el representante de víctima, y pese a ello en el

término de traslado de los cinco días, la señora Velásquez Montoya lo interpuso y sustentó.

Al corroborar lo ocurrido, se tiene que escuchado el registro de la audiencia del 19 de diciembre del año anterior, a partir del minuto 36 y una vez terminada la lectura: (i) la fiscal anunció que interponía el recurso de apelación y que lo sustentaría de manera escrita dentro de los 5 días siguientes; (ii) el apoderado de la víctima expresó que no lo iba a presentar, tampoco el procurador ni el defensor; (iii) a continuación, en efecto devolutivo la Juez concedió ante el Tribunal la única impugnación presentada.

En el trámite subsiguiente: (i) dentro de los 5 días, la fiscal sustentó el recurso y la señora Gloria Elizabeth Velásquez Montoya lo interpuso y allegó el escrito y (ii) mediante orden de enero 31 y teniendo como parte implícita de su motivación la constancia secretarial que daba cuenta que solo el recurso de apelación de la fiscal había sido interpuesto y sustentado, dispuso el trámite correspondiente y remisión del expediente a esta Corporación.

Con lo anterior se concluye que el defensor tiene razón.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1395 de 2010, en cuanto al trámite que debe surtir de la apelación contra sentencias en sede de primera instancia señaló que: *"El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no*

recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días". Son dos, entonces los actos procesales que las partes o intervinientes, deben realizar: primero, la interposición del recurso inmediatamente después de la lectura de la decisión final, esto es, la manifestación clara y expresa de apelar, indicando de paso la metodología para sus sustentación, oral o escritural y, segundo, según el momento seleccionado, la presentación de la sustentación.

Como puede verse, la señora Velásquez Montoya no presentó ningún recurso, pues su representante optó por no hacerlo, lo que significa que no estaba habilitada para acceder y aprovechar indebidamente el espacio de los cinco días siguientes, que tienen una finalidad diferente.

En conclusión, se inadmitirá el recurso por extemporáneo, lo cual no obsta para que, más allá del rito formal que estas actuaciones deben obligatoriamente tener, sus apreciaciones se examinen dentro del conjunto de valoraciones que se van a realizar, con mayor lógica cuando las mismas se inscriben en su mayor parte dentro de la sustentación presentada por la Fiscal.

2. La petición de condena.

Controvierte la fiscal 99 seccional adscrita al CAIVAS la valoración probatoria empleada por la Juez Quince Penal del

Circuito en orden a concluir la ausencia de un conocimiento más allá de toda duda razonable para absolver al señor José Gregorio Vergara como autor del delito de acceso carnal violento, exigencia prevista en los artículos 7², 372³ y 381⁴ del código de procedimiento penal, pues en su sentir, así como en la exposición extemporánea de la víctima, la condena debe impartirse, pretensión a la que se opuso expresamente el defensor.

El escenario de discusión, fuera de una arista alusiva a la regla de la congruencia procesal, es de naturaleza probatoria, en punto de qué fue lo que se probó y su alcance para consolidar ese máximo nivel persuasión, no sustantiva. Ninguna interpretación contraria se va a exponer en torno al tema de la discriminación de género a la mujer por vía de estereotipos culturales que simbolizan la dominación masculina o los mecanismos legales y del bloque de constitucionalidad que refuerzan su protección, ángulo de análisis que hizo parte de la alegación de la fiscal.

2.1. En su arista factual principal se demostró que en horas de la noche del día 22 de noviembre de 2010, José Gregorio Vergara López penetró con su miembro viril la cavidad vaginal de la señora Gloria Isabel Velásquez Montoya, lo cual realiza a plenitud la definición contenida en el artículo 212 del Código Penal.

² “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

³ “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

⁴ “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”.

Los hechos, según la señora Velásquez, ocurrieron en una oficina del piso octavo de la sede la fiscalía ubicada en la ciudad de Medellín en la calle 50 No. 54-18, precisamente la del acusado. Recuérdese que, fuera de su declaración, recreada por inspección efectuada por el investigador Carlos Mario Álvarez Álvarez, en la que se introdujeron al juicio fotos y planos, obra al respecto examen de laboratorio realizado por la profesional especializada forense del grupo de genética del instituto de Medicina Legal, Nora María Giraldo Ramírez, quien en su declaración del juicio presentó sus conclusiones acerca de que el material genético recogido de las prendas de la víctima pertenecían al acusado, así, en cuanto a otra huella, al señor Edwin Espinosa Moreno. En esta misma dirección apuntan las declaraciones de sus allegados (Carlos Enrique Echeverry Posada y Edwin Espinosa Moreno) y psicólogas (Natalia Ocampo y Alina María Restrepo Puerta), respecto el haber escuchado el relato de la ocurrencia de una violación y los efectos del mismo y en cuanto a las últimas el seguimiento y recomendaciones desde su disciplina.

José Gregorio Vergara López no niega la relación sexual, pero traslada su ocurrencia al interior de su carro que se hallaba en el cuarto piso en un parqueadero en el sector de Villanueva, cerca al lugar de su oficina; a 3 o 4 cuadras, se dijo. Allí había acudido junto con la señora Gloria Elizabeth con miras a irse juntos y acercar a ésta hasta la estación de Santa Lucia; en trayecto al estacionamiento hubo licor dentro de un bar ("*...unas copitas como unas cuatro...*") y asedio sexual de la dama, que culminó con la relación sexual.

En cuanto al hecho del lugar de ocurrencia del acceso narrado por el señor Vergara, no resulta persuasivo. Resulta inverosímil la ocurrencia de una relación sexual en un sitio público, cuyo cuarto piso sugiere la presencia constante de otras personas, lo que contraría la privacidad o reserva que las personas buscan para realizar este tipo de actos; la regla de experiencia se fortalece al denotar que en su exposición el acusado no hizo ningún agregado en orden a caracterizar el suceso ajeno a la vista pública.

O tampoco genera persuasión aquello de que dejó a la señora Velásquez, a quien no conocía, sola en la oficina mientras iba buscar, repentinamente, algo de comer para él: *"baje hasta el primer piso a comprar unos mekatos, una gaseosa, unas papitas y subí al piso donde me encontraba con ella"*; es un motivo bastante pueril e inverosímil; el motivo no es consonante con el acto tan delicado de dejar a una mujer que no conocía sola en la oficina, salvo que hubiere una razón de un mayor peso. Por eso es creíble lo sostenido por la fiscal, de que el acusado la dejó sola para ir a cambiar de parqueadero, 5:48 P.M., según recibo del parqueadero que se le puso de presente al acusado y del cual nada supo explicar, y adquirir media de ron.

Más bien se trata de una elaboración artificiosa del señor Vergara que comulga con la evitación del tema disciplinario por las relaciones sexuales y licor en la oficina; por eso saca de la oficina a la señora Velásquez, la posiciona como la

provocadora sexual y en un sitio con el que se pretende refutar la versión de la señora Velásquez.

2.2. La fiscal sostiene que la señora Gloria Elizabeth Velásquez no consintió ese acceso carnal, presentando en el transcurso del proceso varias interpretaciones, que se sintetizan en dos acápites acorde con iguales delitos cuya ocurrencia se han alegado.

La primera, en la formulación de acusación y la teoría del caso, expuso que el señor José Gregorio Vergara López colocó a la víctima en una situación de indefensión. En el primer acto como hecho relevante consignó que: *"...el señor Vergara le ofreció un ron el cual fue aceptado por la dama que después de ingerirlo comenzó a sentirse mareada, desalentada y a perder la conciencia, cuando estaba en ese estado José Gregorio comienza a accederla carnalmente"*, episodio que fue repetido en los mismos términos en la teoría del caso.

La segunda, en el alegato final y en su escrito de apelación. Aludió a que se trató de "una violencia psicológica" que le permitió el acceso carnal y por consiguiente es de naturaleza violenta. En cuanto al primer delito atribuido (*acceso carnal en persona puesto en incapacidad de resistir*), aceptó en el alegato final que: *"y no es que se descarte, ese hecho de que la señora pierde temporalmente la conciencia es porque la Fiscalía con la prueba técnica no lo pudo demostrar"*, y suministra la interpretación de que hubo un entorno intimidante propio de este tipo de coacción, confeccionado por el acusado: las

instalaciones de la Fiscalía General, era un funcionario del CTI que tenía o podía tener un arma, horas del ocurrencia y la soledad del lugar.

En el recurso ratificó esta última línea, pero introdujo un hecho adicional consistente en las manifestaciones de resistencia de la señora Velásquez: *"...la relación sexual no fue consentida, que la dama hizo manifestaciones claras y expresas de no querer tener encuentro sexual con el acusado, que le hacía repulsa, que le decía que no quería, que le pido (sic) irse de aquel lugar y que fue la violencia de tipo psicológico la que permitió el referido y probado encuentro"*⁵.

Es que al tenor de los detalles suministrados por la señora Velásquez presentó unos hechos que sugieren esa triple interpretación, pues de un lado aseveró que después del segundo ron (o más) perdió la conciencia y cuando la recobró, ya estaba siendo accedida, hizo repulsa y no fue capaz de impedir que continuara por el miedo que tuvo. De ahí que la posición de la fiscalía deambula en la presentación de una víctima inconsciente, o coaccionada psicológicamente por el lugar y el acusado o, por último, sometida físicamente, pues ya añadió que ella alcanzó a resistir y manifestar su rechazo.

2.3. En cuanto a alguno de los puntos de discusión, debe recordarse que la regla de la congruencia, basilar en un sistema procesal de tendencia acusatoria, se construye con la acusación, no con el alegato final, considerando el tenor del

⁵ Pàgina 462.

cambio de jurisprudencia vertido en la sentencia del 25 de mayo del año anterior, (SP6808-2016, radicación N° 43837) en la que como condición para sostener que la petición de absolución de la fiscalía sustentada en el alegato final del artículo 443 de la Ley 906 de 2004 no obliga al Juez, explicó que la consonancia se exige con la acusación, no con la exposición final. Así se indicó:

Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral⁶. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.

Estas dos últimas conclusiones que a manera de síntesis se presentaron en la providencia, son relevantes para nuestro caso, así:

h) No debe confundirse la facultad –limitada como se vio- que conserva la Fiscalía hasta los alegatos finales para proponer una imputación jurídica diferente a la planteada en la acusación, con el poder de retirar esta última o de cualquier otra manera disponer de la acción penal. El primero constituye un margen de libertad en el

⁶ Artículo 162-4 C.P.P./2004.

imperativo ejercicio de la persecución penal, mientras que el segundo es un desconocimiento de la obligación que al respecto estatuye la Constitución.

i) La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. No obstante, es claro que tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento pueden apartarse de la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación, en las condiciones antes anotadas.

En nuestro caso, hay inconvenientes en admitir que en sede de sentencia se realice un cambio como el sugerido por la fiscal, que según jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte⁷, tiene los siguientes requisitos: la nueva entidad delictiva debe corresponder al mismo género, deber ser de menor o igual entidad⁸ o no deber agravar de cualquier forma la situación del acusado⁹ y deber respetar el núcleo esencial fáctico o hechos relevantes.

Es cierto que los tipos penales de "acceso carnal violento" y "acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir" se encuentran en el título IV "Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales" y también en el

⁷Sentencia de marzo 16 de 2011 (exp. 32685): "...los jueces de instancia pueden apartarse de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, sí y sólo si los delitos dados en su especie pero comprendidos dentro del mismo género comparten el **núcleo fáctico o esencial** y la nueva atribución soportada en los medios de prueba **sea más favorable** a los intereses del procesado...".

⁸ Sentencia del 24 de septiembre de 2014 (rad. 44458) "y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de **menor o igual entidad**".

⁹ Sentencia del 25 de noviembre de 2015 (exp. 42510). "No cabe duda que el cambio de calificación jurídica puede agravar la situación del impugnante único, **así la pena se mantenga incólume**. Basta para ello considerar, a manera de ejemplo, que el ordenamiento jurídico consagra la exclusión de beneficios frente a algunas conductas punibles, como sucede con el artículo 38B del Código Penal que prohíbe la prisión domiciliaria frente a los delitos enlistados en el artículo 68A ídem, y con lo dispuesto en el artículo 38G de la misma codificación, que prohíbe la prisión domiciliaria luego de cumplida la mitad de la pena, cuando se trate de los delitos allí referidos, entre los que se cuenta el de secuestro extorsivo".

capítulo primero “De la violación” y tienen, además, como lo recordó la fiscal, el mismo ámbito de movilidad de doce a veinte años de prisión. Con esto se significa, inicialmente, que poseen el mismo género y el cambio que puede ser estudiado no desfavorece punitivamente al acusado o agrava su situación.

Empero, los hechos relevantes tienen una marcada diferencia que no permite una asimilación suficiente para efectos de autorizar un cambio. La colocación de una persona en situación de indefensión por el suministro de una sustancia, es contraria al ejercicio de una violencia física o moral y, además, son dos tipos diferentes de víctimas: en una carece de consciencia y en la otra sí y por eso, en esta última, la víctima es sometida, física o psicológicamente, diferencias que son trascendentes. Entre ellos no hay una relación fáctica que permita inferir que un panorama de hechos comprendió al otro o lo subsume, como puede ocurrir entre el acceso carnal y el acto sexual, la venta de estupefacientes o el llevar consigo, la violencia intrafamiliar y las lesiones. Inclusive, por la estrategia de defensa que se debe asumir, visible especialmente en el diseño de las pruebas e interrogatorios. Es una carga ausente de razonabilidad exigirle al defensor que en el tema de colocar a la víctima en situación de indefensión, también se tiene que imaginar y resistir, por si se cambia de interpretación, una violencia psicológica o física.

2.4. En fin, de los hechos probados no se alcanza un conocimiento más allá de toda duda razonable para

responsabilizar al acusado del delito objeto de la acusación, ni tampoco del que a última hora advirtió la fiscal. Existen dudas, no resueltas en el juicio, que impiden la consolidación de la afirmación racional de que los hechos ocurrieron en cualquiera de las alternativas sinuosas que termina presentado la fiscalía. Veamos:

2.4.1. En el punto central, hay dos escenarios que narró la señora Velásquez.

El primero, que acudió a la oficina del acusado en el piso octavo, momento que acaeció después de las 5:30 de la tarde, si se tiene en cuenta el sello de recibido del documento que entregó en la ofical 108 seccional, elaborado según asesoría del señor Vergara¹⁰.

Segundo, el acusado salió transitoriamente de la oficina y la señora Velásquez lo esperó un importante rato, tiempo en el que se demostró que el acusado salió del edificio, sacó el carro del parqueadero (5:48 PM), según recibo del mismo, lo llevó a un lugar más cercano, y compró u obtuvo media de ron, pues con esta botella cubierta con una bolsa la señora Velásquez lo vio de nuevo ingresar a la oficina, colocándola en la mesa: *“ya él llegó con una bolsita negra y con una botella, una media oscura yo creo que eso era ron, la botella era oscura”*.

La señora se tomó por lo menos dos rones, como en forma dubitativa expresó: *“y me dijo usted le molesta si me recibe un*

¹⁰ Obrante en la página 108.

trago y yo pues si porque no, yo le agradezco mucho y me tome el trago y me tome otro traguito y ya chao, hasta luego”; más adelante reiteró: “...no pues es que yo me tome por ahí dos, yo no tome tanto, yo no tome tanto pa como me puse..., al compañero, según éste, le había contado que se había tomado agua y “unos rones”.

El interrogatorio en este punto capital fue deficiente al incurrir en omisiones relevantes que llevaron a dejar importantes vacíos, lo cuales posibilitan interpretaciones diferentes a la que la fiscal pretende que se reconozca. No le interesó descartar la hipótesis de que la víctima padeció una embriaguez voluntaria como elemento que hizo parte de un consentimiento del que luego se arrepintió, dejando incólumes algunos hechos que lo podrían sugerir. Más allá de que la media de ron fue consumida por ambos, pues la misma señora afirmó que fue arrojada a una caneca de basura, no se supo cuántos y la proporción de rones que se tomó la señora Velásquez, si fueron puros o mezclados, la duración de esta ingesta, el tema de la alimentación, etcétera, aspectos trascendentes en tanto que se está escudriñando lo que ocurrió antes de la copulación.

Entonces, se sintetizó en un único momento (“...y me tome el trago y me tome otro traguito y ya chao, hasta luego (...) me perdí ya...”), cuando se trataba de un acto que tenía variables de mayor duración y circunstancias que hubieran permitido reconstruir debidamente lo ocurrido antes de la copulación sexual.

Tercero, salieron aproximadamente sobre la ocho de la noche, fueron al parqueadero, el señor Vergara botó la botella y los vasos en una caneca. Sobre esto, al día siguiente la señora Velásquez relató que con su esposo Edwin trataron de recuperar este material: “...*entonces buscamos en la basura eso ya estaba vacío para ver que había echado ahí y no encontramos nada...*” y su compañero declaró: “... *ella me dijo que sí que ella más o menos sabía dónde estaba la botella y el vaso entonces nos venimos a buscar la botella...*”.

En este primer escenario, quedan dudas sobre si los rones tenían alguna sustancia que llevara a la víctima a la pérdida de conciencia, como sugiere la víctima. No hay prueba científica que lo indique, así también lo aceptó la fiscal. Pero es que si el supuesto fáctico era que el ron tenía una sustancia que al ser ingerida producía la pérdida de la conciencia, entonces la misma se descarta, pues la señora Velásquez alcanzó a tomar otro u otros rones adicionales. De tener el licor ese componente en un único envase (no se expuso por la víctima que hubo otros), la lógica indica que con la primera ingesta hubiera perdido la consciencia, lo que no ocurrió. Transcurrió otro tiempo, en medio de la charla, vallenatos, permitiéndose la señora Velásquez otros tragos. Y no se olvide que ese licor también fue ingerido por el acusado.

Son opciones cuyo esclarecimiento no se logró ante la ausencia de interrogatorio, y por tanto permiten que se conserven como opción razonable de interpretación la existencia de una embriaguez voluntaria, posibilidad que, se insiste, se debió haber descartado por la fiscal. Por esta vía se

llega a la misma conclusión de la Juez, quien afirmó que: *“cosa distinta es que dados los efectos del licor en su organismo no estuvo en condiciones de rechazar las pretensiones sexuales del señor José Gregorio”*. Es que si no hubo esa sustancia que colocó a la víctima en situación de indefensión y tampoco hubo violencia física, aparece en el escenario la admisión de sexo muto consentido, que es el último nivel que discute la apelante con la tesis de una coacción psicológica por entorno.

2.4.2. Ya habíamos advertido, que en los dos delitos en los que ha transitado la fiscal, la víctima tiene una connotación diferente: una inconsciente otra consciente. Inclusive, ese sendero dudoso termina por llevar a la fiscal a una argumentación anfibológica, puesto que tendría que admitir que la señora Velásquez mintió gravemente, lo que torna su posición como sospechosa de alterar la verdad. Si hubo violencia psicológica, es que, por tanto, ningún estado de inconsciencia previa padeció, y si ocurrió ese tipo de coacción previa, el mismo, no lo declaró la víctima. Su estado de miedo, (armas, soledad, poder, CTI) solo fue expuesto después del acceso, no antes.

Sobre esa violencia psicológica hay serias dudas para admitirla. La fiscal suministra el siguiente entendimiento en su alegato final:

“ya ella ve que prenden los foquitos y nada que el señor llega, esto su Señoría para decirle empezar a crear ese ambiente donde se da la violencia y ese lugar que él aprovecha (...), todo sabemos que el hecho de fiscalía General de la Nación ya produce temor y

más a un particular, está en la oficina de una persona que trabaja en el CTI (...) y ya no hay nadie en el edificio, eso a cualquier persona normal le produce temor, estar en un edificio de esos con una persona que tiene ese mando y así todo lo sabemos y que ya no hay nadie más en el edificio (...) “...esto su señoría para hacer énfasis en esa violencia psicológica, ella se sentía perdida y es que apenas lógico si es una persona armada porque eso era para ella él tenía un arma, si una persona armada yo no puedo decir es que si digo algo me pega un tiro y eso fue lo que ella durante toda su declaración manifestó, él se estaba cobrando el favor que me hizo...”.

En su testimonio la señora Velásquez a partir de la recuperación de la conciencia, expuso la invasión de un permanente miedo, no antes.

Esta presentación fáctica no resulta persuasiva.

Antes del acceso carnal, se ve una persona que con seguridad se desenvolvió en las instalaciones de la Fiscalía: aceptó ayuda, elaboró un documento y regresó a la oficina del señor Vergara, ya habiendo terminado el horario oficial. Luego, lo espera por bastante tiempo, y admitió unos rones en medio de vallenatos y otras circunstancias no esclarecidas. Ningún temor, miedo, reverencia, se evidencia. Ni la soledad del lugar y la oscuridad de la noche, ni su imaginación de que había un arma, ni que se trataba de la Fiscalía-CTI.

Luego, en su declaración en el juicio la señora Velásquez, interesada convencer que se trató de una violación, con llanto en precisos momentos, introduce el factor miedo, pero a todo:

(...ya este señor de aquí me saca en una bolsa...). A lo que estaba ocurriendo en el edificio (lo que interpreta en su escrito en un secuestro), a su traslado obligada al parqueadero y a una zona cerca de su residencia para que se continuara con el abuso. Por eso afirmó que no denunció oportunamente, omisión que si bien no es relevante ni necesario criticar, si debemos admitir que la ausencia de intervención de Medicina Legal impidió recolectar evidencia importante para esclarecer los hechos.

Ese miedo intenso no se refleja con certeza en su conducta y no fue explicado de esta forma, no solo por lo ocurrido al interior de la oficina, sino después. Salen de la oficina y pasa por delante de la seguridad del edificio, por lo menos un policía bachiller dijo la señora. Luego caminan, la transportan en el carro, pasan por un retén militar en cual el vehículo es detenido y el acusado debió presentar sus papeles como funcionario, y ni qué decir del diálogo que tuvo con el amigo del acusado: *“...él decía dígame que a usted le gusta que le dé en cuatro por el culo, dígame que le gusta que le dé en cuatro por el culo y yo, si, a mí me encanta que me dé en 4 por el culo porque yo necesitaba”*.

Pero en el último nivel de análisis, en el recurso de apelación, como vimos, la fiscal también sostuvo la tesis de que la señora Velásquez hizo repulsa y manifestó que no quería tener ninguna relación sexual: *“la dama hizo manifestaciones claras y expresas de no querer tener encuentro sexual con el acusado, que le hacía repulsa, que le decía que no quería”*. Ya es otra

interpretación que apunta más al ejercicio de una violencia física por el señor Vergara. Lo que no explicó la delegada, es que la señora Velásquez, no lo expuso así. Expresó que al recuperar la indemostrada pérdida de conciencia en medio de la relación sexual, que había avanzado hasta la copulación vaginal y expulsión de semen, comenzó a expresar el rechazo a lo que estaba ocurriendo. Se repite: no antes, ni en su desarrollo.

2.5. La Sala Penal de la Corte ha edificado unas pautas para edificar la certeza, por ejemplo en la sentencia del 11 de abril de 2007, radicado proceso No 26128: *a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último. b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.*

Con tales referentes, podemos concluir que antes de los hechos no había un conocimiento previo que permitiera inferir un sentimiento de animadversión y por el contrario la señora Velásquez, se expresa del acusado como “ángel”, por ser la persona que por fin le estaba ayudando a que su caso en la fiscalía tuviera alguna prelación, según ella interpretó, y sin duda alguna, fue persistente en su incriminación: así lo relató a su esposo, amigo y a un investigador y a las psicólogas también, y quienes visualizaron los padecimientos

emocionales. No obstante, las circunstancias relatadas por la señora Velásquez no permiten confirmar que hubo el suministro de una sustancia que le generó inconsciencia, ni que hubo una violencia psicológica o física.

2.6. La Sala, como la apelante, también, rechaza la tesis del “consentimiento tácito” que al hombre, digamos, se le autoriza o tolera inferir para acceder a una contacto sexual, por ejemplo, siguiendo a la fiscal, del pasado de una relación, la ingesta de licor o de estupefacientes, las expresiones corporales de afecto, la aceptación de invitación a bailar o ausencia de resistencia directa e inequívoca a una propuesta sexual, que, ciertamente, se pueden fundar en una discriminación de género propia de prejuicios, estereotipos o patrones que exaltan la superioridad de lo masculino sobre lo femenino. La Corte Constitucional en la sentencia C-297 de 2016¹¹ expuso al respecto que:

La violencia contra la mujer se fundamenta en prejuicios y estereotipos de género. Éstos, a su vez, se desprenden del lugar histórico que la mujer ha cumplido en la sociedad, generalmente ligado a su función reproductiva y a labores domésticas como la limpieza y la crianza. Este condicionamiento de la mujer a ciertos espacios no sólo ha sido social, sino también legal. Así, tradicionalmente el rol que le correspondía a la mujer la excluía de la participación en espacios públicos, del estudio y el trabajo y de la posibilidad de ejercer derechos políticos, lo cual la ha situado en una posición de inferioridad frente al hombre, reforzado por la dependencia

¹¹ Mediante la cual revisó la constitucionalidad del delito de feminicidio como delito autónomo tipificado en la Ley 1761 de 2015.

socioeconómica¹². Si bien se han dado cambios estructurales que han permitido un mayor acceso a estos espacios, esta dinámica no ha desaparecido, y en algunos casos marca las relaciones familiares con el fin de que la mujer cumpla un rol servicial frente al hombre. Esta asimetría en las relaciones genera presunciones sobre la mujer, como que es propiedad del hombre, lo cual puede desencadenar prohibiciones de conducta y violencia física y psicológica, con un mayor impacto en las mujeres en una condición socioeconómica precaria. Por lo tanto, la violencia de género responde a una situación estructural, en la medida en que busca perpetrar un orden social previamente establecido a partir de relaciones disímiles.

La Constitución Política así lo prevé, fuera de numerosos convenios y tratados internacionales que no es necesario exponer ni ilustrar. En los apartes que queremos destacar para recordar la claridad de la regla jurídica, el artículo 13 señala: *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, y el artículo 43 “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.*

La Sala comparte este panorama jurídico, perspectiva de análisis que alcanza el examen probatorio. Pero eso no significa que por la existencia de un valor constitucional, se renuncie a los principios que rigen el sistema con tendencia acusatoria, en especial, que la carga de la prueba le

¹² Ver por ejemplo sentencias C-335 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-507 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-540 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

corresponde a la fiscalía, que el acusado ingresa al proceso con la presunción de inocencia y el derecho a que las dudas eliminables y razonables se resuelvan a su favor, y que para condenar se requiere un conocimiento más allá de toda duda razonable fundados en prueba legalmente allegadas a la actuación. Todo lo cual rechaza la realización de principios constitucionales a partir de la íntima convicción y sin que existan pruebas susceptibles de ser verificadas, criticadas y suficientemente persuasivas para alcanzar la máxima expresión del convencimiento racional.

No se probó el delito objeto de la acusación (afirmación que comparte también la fiscalía), ni tampoco el sugerido en el alegato final acerca de la ocurrencia de una violencia psicológica o física previa a la copulación (que la víctima no narró), fuera de qué se advierte que con la nueva propuesta se cambió el núcleo fáctico.

2.7. Por las anteriores razones, se concluye que la sentencia que en primera instancia fue dictada por la Juez Quince Penal del Circuito, analizada conforme a las razones de apelación presentadas por la fiscalía, fue correcta y por consiguiente se impartirá su confirmación.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

FALLA

- 1. INADMITE** por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por la señora Gloria Elizabeth Velásquez Montoya, decisión contra la cual procede el recurso de reposición.

- 2. CONFIRMA** la sentencia apelada e informa que procede el recurso de casación.

- 3.** Cítese a audiencia para su notificación.

Cúmplase

Los magistrados,

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN