



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

John Jairo Gómez Jiménez

Acusatorio ordinario: 2009 46066

Aprobado mediante acta 137

Medellín, octubre tres (03) de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de apelación presentado por el fiscal 234 seccional contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí (Antioquia) el pasado 23 de marzo, a favor del señor Jhon Fredy Pulgarín Garzón como autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

ANTECEDENTES

1. La acusación.

En la audiencia del 16 de junio 2016¹, el fiscal seccional acusó al señor Pulgarín Garzón como autor del delito de "*acceso carnal abusivo con incapaz de resistir*", definido en el inciso primero del artículo 210 del C.P.², ocurrido en la madrugada

¹ Imputación el 15 de octubre de 2015.

² Modificado por la Ley 1236 de 2008.

del 9 de agosto de 2009 en el municipio de La Estrella cuando, luego de una fiesta y aprovechando que Gloria María Atehortúa Montoya, entonces de 22 años, se hallaba en situación de inferioridad "*merced al licor ingerido*", la llevó en su moto a un lugar solitario y, pese a su resistencia (repulsa y súplicas), la accedió carnalmente vía vaginal con su pene.

2. La sentencia.

Practicado el juicio en las sesiones del 5 de junio de 2017, 15 de agosto de 2018, 18 de febrero de 2019, 14 de septiembre de 2020, y 14 de abril y 19 de agosto de 2021, la absolución, sustentada en los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, fue fundamentada en las siguientes razones principales:

Señaló que si bien se demostró que el encuentro sexual entre Gloria María Atehortúa Montoya y Jhon Fredy Pulgarín Garzón ocurrió, luego de haber estado en una discoteca ingiriendo licor (hallazgo de espermatozoides y última persona con la que estuvo), lo que no consideró probado es que se "*encontrare en un estado de embriaguez equivalente a la incapacidad para resistir*".

Expuso que de la ebriedad no se colige la inferioridad, y Gloria María, inclusive, exhibió una coordinación motora para subirse a la moto con el acusado, la amnesia lacunar no es suficiente, ya que "*no es lo mismo que no pensar o decidir*", y no se acreditaron otros síntomas. No hubo prueba de alcoholemia, no se sabe si consumió una cantidad abundante

de licor, no se conoció si asintió o que estuviera viciada por el alcohol, nada descarta la seducción a último momento e, inclusive, reconoció que cuando despertó alcanzó a rechazar la introducción del pene en su boca.

3. La apelación.

El fiscal 234, en procura de la revocatoria y la expedición de una sentencia condenatoria, sostuvo las siguientes razones de refutación:

Alegó que no es una regla de experiencia y no se conoce "*el piso epistemológico*" de la afirmación consistente en que la persona tiene fuerza y voluntad para resistirse si no ha llegado a una intoxicación profunda o no se tienen los otros síntomas.

Creó confusión la sentencia al traer al análisis un precedente alusivo a una inimputabilidad, concepto diferente al que se examina, y admitió como hipótesis plausible que Gloria María estaba en estado de conciencia y con capacidad de resistir. La posibilidad de que hubiera otorgado consentimiento carece de fundamento probatorio, pues la víctima "*nunca dijo, ni insinúo, ni dejó entrever*" su asentimiento.

Aseveró que tampoco se probó que cuando volvió ella se dio cuenta que "*la estaba penetrando, y que sí podía inferir incluso que así permanecieron un tiempo*", habiendo eyaculación. Es una afirmación contraria a lo demostrado, considerando, además, que el delito ya se había consumado.

Señaló que es especulativo exponer la regla de experiencia acerca de que tuvo que haber presentado huellas o hechos indicadores. En todo caso hubo corroboración periférica, tales como: los testimonios de sus familiares que observaron en la víctima periodos de inconciencia y heridas; el rechazo de la relación cuando recobró la conciencia; el consumo de considerable licor; la ausencia de motivos para faltar a la verdad, y la conservación de la incriminación hasta el final. Todo lo anterior permite asegurar que no dio su anuencia porque no estaba en condiciones de hacerlo *“sino que tampoco podía oponerse a que él la accediera”*.

Y descartó el error de prohibición insinuado en el fallo, pues no se requería que fuera médico, estuvo con ella toda la noche y fue quien suministró el licor que la colocó en esas condiciones.

ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

El problema jurídico que nos corresponde examinar radica en la valoración probatoria empleada por el juez de instancia para absolver al señor Pulgarín Garzón como autor del delito de acceso carnal a persona en incapacidad de resistir, que es cuestionada por el delegado de la Fiscalía al adjudicarle errores en la apreciación de las pruebas y quien propone una valoración diferente que comulga con su teoría del caso.

Para su estudio, inicialmente presentaremos el marco sustantivo del delito y su conexión con la acusación en sus facetas jurídica y fáctica, y en las divisiones subsiguientes se

incorporarán brevemente la descripción de las pruebas, con detalle, la valoración del juzgador y la refutación expuesta por el apelante.

1. En el tenor relevante del inciso primero del artículo 210 del Código Penal se sanciona a quien acceda carnalmente a persona *en estado de inconciencia o que padezca trastorno o que este en incapacidad de resistir*. Ciertamente la acusación no fue clara en determinar de manera específica a cuál de las tres alternativas se refería, pues se limitó a caracterizar a la víctima: i) en una situación de inferioridad "*merced al licor ingerido*" (enunciado que hipotéticamente podría encajar en cualquiera de las opciones) y ii) en el minuto 6:15 de la acusación, se agregó que fueron "*...estériles las súplicas y actos de repulsa con los que ella intentó al final evitar el atropello*", que sugiere el empleo de la violencia. Interpretamos que aludió a la tercera opción, no sin dificultad, aunque de esto, relevante para el debido proceso, principio de congruencia y derecho de defensa, al juez y a ninguna de las partes le interesó abordar en la audiencia de acusación a efectos de su esclarecimiento. Es que estimamos que no es correcto que los jueces asuman la función de complementar la acusación en lo jurídico ante alternativas de conductas y verbos rectores, y en lo fáctico ante vacíos en la definición de los hechos relevantes.

En fin, en la sentencia del 27 de julio de 2006, radicado 24966, la Sala Penal de la Corte, explicaba que:

"...actualmente exige un elemento de contenido extrajurídico a manera de cláusula general que cobija dentro de los supuestos típicos que también la actualizan el hecho de encontrarse el ofendido igualmente en incapacidad de resistir.

9. Esta circunstancia evidentemente es distinta de aquéllas que recogen los supuestos que a manera de ingredientes de contenido jurídico de trastorno mental o estado de inconciencia prevé el tipo penal, pero que, en todo caso, debe inhibir a la víctima de la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador, entre cuyos ejemplos se suelen mencionar la debilidad extrema o la anemia exhaustiva, la hipnosis, la narcosis, el sueño profundo y en general todas aquellas hipótesis que le impidan oponerse a las pretensiones sexuales del agente, sin que dentro de esta lista eminentemente enunciativa pueda excluirse alguna, pues la condición idónea para que el punible tenga realización está dada porque el sujeto pasivo no pueda enfrentar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo³.

2. Siguiendo la secuencia de los hechos, las pruebas practicadas en el juicio las podemos agrupar en tres escenarios:

Inicialmente, Gloria María Atehortúa Montoya indicó que aceptó una invitación de Carolina y su primo a bailar en una discoteca en La Tablaza. Sobre las ocho de la noche ingresaron al establecimiento, pidieron tres cervezas y media de "guaro", que "veinte tragos" añadió de paso (sin otro detalle) y después en el contrainterrogatorio afirmó que no

³ Subraya de nuestra autoría.

recordaba cuántas habían tomado o las "medias" ingeridas. Bailaron, Carolina se fue y como no se sentía bien, le pidió a John Fredy que la llevara a su casa.

Siendo las doce de la noche, salió del recinto y se subió a la moto de John Fredy con dirección a su residencia.

Respecto a este segmento previo, como testigos de la defensa declararon Yenny Carolina Garzón Arroyave, prima del acusado, y Cesar Mauricio Montoya Marulanda, amigo, quienes en síntesis opinaron que "la violación" no se había presentado.

La primera, obviamente de mayor importancia porque acompañaba a la pareja, refirió que estuvieron en el Madrigal donde ingirieron unas cervezas hasta las siete de la noche y luego se fueron para La Tablaza hasta las doce. Se tomaron tres medias de aguardiente, ellos bailaron y se besaron. Que Gloria dejó el celular y la cédula sobre la mesa (en lo que coincide Carolina), se fue en taxi luego de convidarla y ellos se quedaron. Opinó que los dos estaban *tomaditos* pero no para estar inconscientes y no recibió ninguna noticia de lo ocurrido en el primer diálogo que tuvieron (a lo que contestó Carolina, según traemos a colación, de que la Fiscalía le había hecho esa recomendación).

Y el segundo aseveró que también se hallaba en la discoteca a la que había llegado a las 11:15 P.M y vio a su amigo con dos muchachas y de una de ellas interpretó que era la novia. A la salida se lo encontró, estaba con su pareja dándose besos

y abrazos, luego llevó a la "muchacha", regresó por él en 15 minutos y lo transportó al parque de Caldas. Dijo que fue en el 2009, no recordó el mes, pero sí que ocurrió un sábado, dubitación que ameritó que el Juez lo descartara.

Continuando con el relato, a continuación, Gloria María expresó que John Fredy se dirigió no a su residencia, sino a una manga y no supo cómo llegaron a ese lugar. Cuando despertó o volvió en sí, John Fredy estaba encima de ella penetrando su vagina con el pene, sintió que había eyaculado en su interior y cuando trató de meterlo en su boca lo rechazó; por eso, él se enojó, se fue y la dejó tirada en ese lugar. Este acto por vía de impugnación de credibilidad de la defensa se hizo denotar que no lo había relatado en una declaración previa del 5 de enero de 2016, y que había referido una escena diferente: que se había puesto a llorar, que le dijo que la llevara a la casa y él la dejó tirada, divergencia que más adelante retomaremos.

Que nunca consintió el acto. Pero en el contrainterrogatorio, sinceró su exposición apuntando que no se acordaba de que hubiera ocurrido.

Finalmente, tercer capítulo, Gloria María se subió el pantalón, reconoció el lugar, llegó donde el papá de una prima de nombre Ricardo Acosta (que no declaró) y quien trabajaba cuidando unas máquinas, cayó desmayada y que no se acordaba de más. Que al otro día observó morados en sus manos o antebrazos.

Los hermanos Sandra Patricia y Alexander de Jesús Acosta Montoya, ante el llamado de su papá antes mencionado y por hallarse muy cerca acudieron al encuentro de su prima. La primera, observó que estaba sucia con el *blue jean* desabrochado, desesperada y llorando, y el segundo la vio desmayada, con la ropa sucia y en shock intermitente. Con diferencias en sus testimonios, llegó la policía, la llevaron al hospital (en donde solo le dieron una pastilla para el día después) y luego a su casa.

Por último, el médico legista Diego Patiño Ramírez, en examen practicado el mismo día (15:54 P.M.) encontró edema y equimosis en la cara interna del brazo derecho causado con mecanismo contundente, determinando una incapacidad médico legal de 12 días sin secuelas. Y la genetista Lilia Judith Laverde Angarita confirmó la presencia de espermatozoides obtenidos de frotis vaginal y pantalón interior.

3. Visto el marco de pruebas presentadas, la Sala de una vez anuncia que confirmará la sentencia apelada porque en el juicio no se obtuvo un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, desarrollo propio de los principios de presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*. La Sala de Casación Penal⁴ acerca del estándar de conocimiento exigido en nuestra legislación, ha indicado que: "*El Código de Procedimiento Penal de 2004 adoptó como criterio de decisión un estándar probatorio de acuerdo con el*

⁴ Cfr. CSJ. SP SP8753-2016 de junio 29 de 2016, Rad. 39290.

cual, la condena debe ir precedida de prueba más allá de toda duda, y aunque nuestra legislación no especifique que la incertidumbre probatoria a superar deba ser racional así debe ser entendida, puesto que la duda generada en la sospecha, sentimientos, intuición o en el presentimiento, deben ser desechadas sin esfuerzo”.

Consideramos en nuestro estudio el enfoque de género con el que se debe encarar este caso y que propende para que el razonamiento judicial excluya los estereotipos diferenciales y negativos que recaen históricamente sobre la mujer, visibles en los casos de abuso sexual y violencia doméstica. Empero, importa recordar, como se exponía en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte del 1 de junio de 2020 (SP 2136-2020-Radicación No. 52897), ello “no asegura una decisión a favor de las mujeres” y “no tiene por objeto derrotar las reglas sino garantizar que la resolución de dichos casos sea valorativamente coherente con los principios constitucionales⁵.”

Más adelante destacó:

Desde luego, no está de más enfatizar que la adopción del enfoque de género en la valoración probatoria no supone una flexibilización del estándar epistemológico exigido para proferir condena, ni conlleva como conclusión necesaria que siempre y en todo caso deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia

⁵ VILLANUEVA, Rocío. “Delitos contra la libertad sexual y valoración de la prueba: la importancia de un acuerdo plenario para combatir la impunidad”. Citado en *Apreciación de la Prueba en los Delitos contra la Libertad Sexual. Guía de Orientación. El acuerdo plenario No. 1-2011/cj-116 de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, p. 23.

sexual. Aquélla únicamente implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de sustento probatorio en el caso concreto.

4. En nuestro caso, hay varios valores de persuasión que fueron reconocidos en la sentencia y que son, algunos de ellos, retomados en la apelación: Gloria María es creíble cuando afirmó que el encuentro sexual con el acusado ocurrió, que ningún interés de faltar a la verdad le asistía, que su conducta posterior fue coherente con su narración y expuso en el juicio lo que recordaba. Son variables que la Sala estima correctas. Empero, el Juez trasladó la discusión a la premisa de que, más allá de lo anterior, no fue probado *“un estado embriaguez equivalente a la incapacidad para resistir”*, lo que lo llevó al escenario de la ausencia de un conocimiento más allá de toda razonable, conclusión que anticipamos es correcta.

Nótese que el lapso entre los recuerdos de Gloria María, siguiendo el tenor de su testimonio, tiene como linderos: i) cuando se subió a la moto del acusado y pidió que la llevaran a su residencia y ii) cuando despertó o volvió en sí en medio del acceso carnal pene-vagina en la que sintió la eyaculación. En este intermedio no supo qué había ocurrido, específicamente si había dado o no su consentimiento, pero lo interpretó como *“una violación”*, y ya su conducta posterior, familiar y judicial, fue ajustada a este entendimiento.

No acierta el fiscal apelante cuando sostiene categóricamente que la víctima *"nunca dijo, ni insinuó, ni dejó entrever, como se deriva del análisis del mismo, que haya consentido el acceso, y el mismo hecho de someter lo ocurrido al examen judicial habla por sí solo"*. Es un claro ejemplo de un análisis que desborda el contenido de la prueba, pues fue la ausencia de recuerdo lo que expuso la declarante, como lo contestó de manera explícita en el contrainterrogatorio; diferente es no consentir a no recordar, y es un análisis diverso de si un conjunto de hechos (embriaguez, incriminación judicial, ausencia de interés para mentir, alteración...) permite reconocer la incapacidad para resistir el acceso.

Es que no solo no evocó si había aprobado y los actos inmediatamente previos al acceso carnal. Tampoco cuánto licor ingirió (y esto se hallaba dentro de las posibilidades de rememoración, por lo menos en un nivel muy cercano), y otros detalles en la reconstrucción fueron omitidos por el fiscal: las circunstancias de la ingesta, la forma como se transportó la víctima en la moto, la distancia y lugar en que ocurrieron los hechos (conocidos por Gloria pero no inquirida sobre los mismos); a más de otros datos que el fiscal optó por no traernos tales como los testimonios de los policías que la abordaron y estuvieron en el lugar de los hechos en esa misma madrugada, o la hora o forma en que fue recibida Gloria en el hospital. Todos importantes para cualificar la duración de la amnesia y los efectos visibles observados por los testigos imparciales y calificados.

5. De lo hechos anteriores y posteriores, no se presenta una corroboración inequívoca con la pretensión de condena que alega el delegado fiscal.

Antes, una cordialidad natural sin ningún dato excepcional y relevante. Compartieron durante un importante lapso, bailaron y la ingesta del licor fue aproximada. Para Gloria unas cervezas, una media para los tres u otros tragos, y ya cerró su evocación con la ausencia de recuerdo, y Yenny Carolina alcanzó a determinar con cierta seguridad que fueron tres medias, anotando, eso sí, que estaban "*tomaditos*", pero sin saber qué significaba esta expresión en concreto.

Independiente a esto, del último de los recuerdos no se evidencia una ebriedad que no le permitiera comprender para dónde iba, con quién y el porqué, apreciación en la que acertó el Juez, agregando la variable de "*coordinación motora y, posteriormente, suficiente equilibrio*". Destacamos que cuando Gloria María expresó que "*se sentía mal*", el delegado fiscal no nos trasladó los detalles en el interrogatorio acerca en qué consistía esa *maluquera*; se quedó con la conclusión, sin las manifestaciones objetivas que la soportaban y que eran fáciles de indagar.

Después, precedida de la ausencia de recuerdo, Gloria María descifra lo ocurrido como una violación, con una importante contradicción en un punto principal. En el juicio declaró que el acto final consistió en que el acusado trató de introducirle el pene en la boca, maniobra que rechazó, lo que motivó su

enojo y abandono del sitio. Muy grave, es cierto, después de la eyaculación, se afirma que el acusado iba a seguir en la faena. El Juez interpreta este acto un tanto extrañamente porque supone que es el indicio de que John Fredy actuó acorde con la voluntad de Gloria María ("*...no insistió, ni la obligó a hacerlo, lo cual permite deducir (dentro de lo plausible...) que no era su intención tener relaciones sexuales... en contra de su voluntad*").

Por el contrario, estimamos que este episodio no fue narrado en su primera declaración, según procedimiento de impugnación de credibilidad impulsado por el defensor, dejando el acto final en llanto, la petición para que la llevara a la casa y el abandono. Este agregado en la Sana Critica supone interés en manipular las circunstancias adicionando un hecho que podía entenderse de mayor lesividad, y nos quedamos sin saber el porqué en términos de la víctima, el acusado abandonó el lugar.

En esa madrugada, Sandra Patricia y Alexander Acosta Montoya, fueron a su encuentro y con algunas diferencias, muy significativas, como si estuvieran viendo hechos diferentes, observaron: el estado de afectación emocional de su prima y su suciedad, pero en relación con el tema de las manifestaciones de ebriedad, no hubo interrogatorios específicos que nos permitiera entender de qué se trataba esta expresión. Es como si la Fiscalía hubiera dado por sentado la embriaguez y también su gravedad, despreciando el deber de traernos el conocimiento de lo que estaban

percibiendo. Se quedaron en sus aspectos físico y emocional. Veamos.

La primera, señaló que en el encuentro fue más o menos a la una de la mañana, que la vio con el *blue jean* y correa desabrochados y olía a semen; que estaba llorando, desesperada decía *que quítenmelo de encima que ahí viene*, se desmayó y no le observó lesiones. Que su papá ya había llamado a la policía y que la llevaron a su casa por su mamá y luego al hospital, donde solo le dieron la pastilla del día después.

El segundo, expresó algunas importantes divergencias. Que el encuentro fue de 1:30 a 2:00 AM., que la encontraron desmayada, que estaba con la ropa sucia y aporreada con hematomas por todo el cuerpo, y después entraba en shocks (2 o 3 veces) y *decía que no le fuéramos a hacer nada*. Que fueron directo al hospital y algo de ebriedad denotó, más por una pregunta sugestiva que le hicieron.

Sobre las lesiones causadas, el médico legista halló equimosis en su brazo derecho, de los que no se nos suministró alguna explicación, considerando el hecho no dilucidado acerca de que Gloria se desmayó en una o varias ocasiones y una prima no le vio ninguna y el otro las notó por todo el cuerpo; y de la atención hospitalaria nada se supo, pues la intervención en esa madrugada, seguramente porque para el 2009 no había una respuesta institucional investigativa para esos casos, se limitó a una pastilla para el día después, y obviamente no hubo los demás exámenes de tipo investigativo: alcoholemia,

psiquiatría y demás, y la ropa fue empacada, pero por recomendación de uno de los patrulleros.

Los testigos antes y después, no informaron una ebriedad extrema, y de verdad, ni ella misma, entonces ¿se puede colegir que de la amnesia parcial que informó Gloria María se infiere tal estado de superior embriaguez y de este, la incapacidad de resistir derivada de una menor consciencia?

La respuesta es dubitativa.

Por supuesto nos rige la libertad probatoria, tal como se establece como "disposición general" el artículo 373 del C.P.P. al señalar que "*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrá probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos*". Pero, en esa libertad de prueba, siempre hay una mejor manera de probar, pues algunos medios generan mayor persuasión que otros y las partes dentro de su estrategia litigiosa, por confianza, experiencia, lo que sea, seleccionan en que zona se quieren ubicar para convencer a un tercero imparcial y, como propio de un litigio asumen el riesgo del reconocimiento o no de la verdad que pretenden sea declarada.

Advertimos, entonces, que los interrogatorios no fueron detallados y concretos, se omitieron testigos calificados, como los patrulleros y personal del hospital y no hubo una verificación científica o técnica. Era a la Fiscalía a la que le

correspondía suministrarnos el conocimiento para dilucidar el interrogante, luego de su publicidad y contradicción probatoria. Pero esto tampoco sucedió. ¿La amnesia lacunar debido a la ingesta de licor, compromete la voluntad y comprensión? ¿Puede la persona en ese estado, relacionarse con otras personas y realizar actos percibibles como coherentes y normales? ¿Si solo afecta mentalmente la capacidad de recuerdo, puede tomar decisiones? ¿O si la amnesia también puede presentarse en niveles de embriaguez inferiores? Preguntas sin respuesta.

El Juez optó por escudriñar el tema e imprimirle a la sentencia una dirección argumentativa, razones que el apelante no comparte, pero que, fuera de su desagrado por esta orientación, no nos presentó unos argumentos diferentes de refutación y optó por desarrollar la premisa consistente en que la amnesia podía indicar una embriaguez de tercer grado, pero que no era suficiente, suministrando dos fuentes: el examen del documento: "*Guía para la determinación clínica forense del estado de embriaguez aguda*" del instituto de Medicina Legal (versión 02 de diciembre de 2015) y un par de sentencias de la Corte (49047 y 34494). Veamos:

En cuanto al primero, en este texto se encuentra lo siguiente:

El diagnóstico forense de embriaguez alcohólica de tercer grado se configura con la presencia de un cuadro que incluye:

DESDE

Nistagmus espontáneo o posrotacional evidente, aliento alcohólico, disartria, alteración en la convergencia ocular, incoordinación motora severa y aumento del polígono de sustentación...

HASTA

Un cuadro clínico que implique mayor compromiso mental y neurológico con somnolencia, imposibilidad para articular el lenguaje, amnesia lacunar, incapacidad para mantener la postura y bipedestación, o alteraciones graves de conciencia –estupor, coma–.

Todo esto, analizado dentro del contexto específico del caso.

Este estado implica una alteración completa de la esfera mental y neurológica (en lo relativo a la atención, concentración, memoria y juicio) y, por ende, de la capacidad que tiene la persona para efectuar actividades de riesgo.

Nótese que el campo de exploración médica es bastante amplio y extenso, y así también acontece con la pericia para la embriaguez de primer y segundo grado. Se indica de manera clara que con una de esas variables no es suficiente y que adicionalmente es necesario examinar el contexto específico del caso. La amnesia lacunar, entonces, por sí sola no es inequívoca para determinar la embriaguez aguda.

Y de las dos sentencias que presentó el Juez, ciertamente carecen de identidad con los hechos que juzgamos, y expresan unas fundamentaciones muy particulares para esos eventos, no para este.

En cuanto a la 49047 del 23 de enero de 2019⁶, respecto a la discusión sobre la existencia de un trastorno mental transitorio, se determinó que el alicoramiento no es suficiente para establecer la ausencia de capacidad para comprender, fuera de que su determinación es por dictamen psiquiátrico, *“sin perjuicio de la libertad probatoria”*.

Y respecto a la 34494 del 31 de octubre de 2012⁷, precisamente en relación con *“el delito de acceso carnal con incapaz de resistir”* y de una joven en estado de embriaguez, afirmó que no era necesario el dictamen psiquiátrico o clínico frente a la libertad probatoria, y la incapacidad para resistir se dedujo de un conjunto de hechos soportados testimonialmente, así: *“..incoordinación motora severa, sueño incontrolable (somnia), dificultad para hablar (disartria), recuerdos intermitentes (amnesia lacunar) e incoherencias en la expresión del pensamiento, de los cuales informan los testigos...”*.

En la primera, estamos de acuerdo con el fiscal en que se desarrollan categorías inaplicables para el sub iudice, pues la incapacidad para resistir no se requiere que sea absoluta y se puede concebir, en la tipicidad que examinamos, conservando la víctima la conciencia y voluntad, pues, como

⁶ De acuerdo con los hechos declarados como demostrados en el fallo recurrido, a eso de las diez de la mañana del día 18 de julio de 2010, tras celebrarse una fiesta a la que asistieron alrededor de 80 personas en la finca Bachué, ubicada en la vereda El Mango del corregimiento Los Andes del municipio de Cali, LUIS GIOVANNY ÁLVAREZ MORENO asestó una cuchillada de 13 centímetros de profundidad en la región izquierda del cuello a Jhon Hernando Barbosa Méndez, en momentos en que éste se encontraba sentado en el puesto del conductor de una camioneta marca *Chevrolet*.

⁷ El 6 de agosto de 2005, en las primeras horas de la noche, en uno de los salones del segundo piso del centro educativo “ROBÓTICA I. D. LIMITADA” de Bogotá, **LUIS BELISARIO BECERRA JIMÉNEZ**, propietario y director del instituto, quien residía en el lugar, accedió carnalmente a PAOLA JULIANA RAMOS ESLAVA, de 21 años de edad, docente del referido centro, quien dormía en una colchoneta, aprovechando que se hallaba en avanzado estado de embriaguez.

habíamos dicho, basta que se constate que no tuvo "*la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador*" y en la segunda reafirmó la libertad probatoria y el amplio espectro de alternativas que se tiene para su demostración con base en la prueba testimonial.

Entonces, concluyendo, las razones del apelante las estimamos insuficientes para satisfacer racionalmente el estándar de prueba que se requiere para condenar. La amnesia por sí sola no nos indica la incapacidad de resistir; los primos recibieron a Gloria, quien actuaba acorde con una definición de violación que había elaborado ante la pérdida parcial de memoria y con la que actuó en el proceso, experiencia emocional que nunca había tenido antes, extraordinaria y superior en su vida; la suciedad de sus ropas se halla conforme a una relación sexual en la que se narró su ocurrencia *en una manga*; no se nos suministró una explicación acerca de las heridas halladas en el antebrazo, esto ante la consideración de que tuvo varios desmayos, y el consumo exagerado de licor quedó también en duda, no solo por las deficiencias en los interrogatorios, sino, además, siguiendo su narración, porque salió del establecimiento subiéndose a una moto con expresiones de ubicación y coherencia.

En conclusión, por lo antes expuesto, la Sala concluye que la absolución decretada acorde con la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, debe ser conservada.

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

FALLA

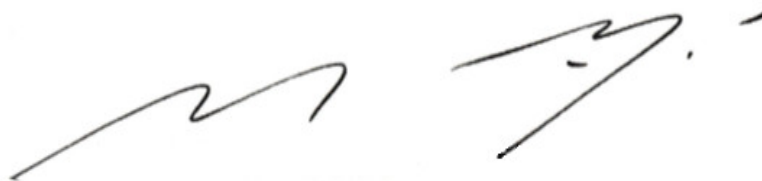
Confirma la sentencia apelada e informa que procede el recurso de casación. Cítese a audiencia para su notificación.

Notifíquese y cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN