



SALA PENAL

Radicado: 05001 60 00248 2018 06542
Procesado: Lubin Eliécer Cárdenas Franco
Delito: Acto sexual en persona puesta en
incapacidad de resistir agravado
Asunto: Apelación sentencia
Decisión: Revoca y absuelve
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta Nro. 094

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, veintiocho de julio de dos mil veintitrés.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, el 4 de noviembre de 2021, mediante la cual condenó al señor **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** a la pena principal de 18 años de prisión y a la accesoria de ley por el mismo término, al considerarlo autor penalmente responsable del delito de Acto sexual en persona

puesta en incapacidad de resistir agravado, en concurso homogéneo, en contra de la joven LSV¹. Al sentenciado le fueron negados los sustitutos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos génesis del presente proceso sucedieron, según lo indicado en la sentencia de primera instancia y lo narrado en el escrito de acusación, en los siguientes términos:

*“En horas de la noche de un día entre el 4 y el 8 de octubre de 2017, al interior de la vivienda ubicada en la calle 52 No. 18-30 del barrio Caicedo de Medellín, **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, quien allí residía, aprovechando que la menor LSV, de 16 años, sobrina de su compañera sentimental, estaba durmiendo en el sofá ubicado en la sala, tras proporcionarle por vía de inhalación una sustancia química, procedió a desplegar sobre la misma actos libidinosos que se repitieron hasta las 7:00 de la mañana, los cuales consistieron en tocarle los senos y la vagina, sobre la ropa y por debajo de esta, darle besos introduciéndole la lengua en boca y oídos, a más de lamerle la cara.*

*Adicionalmente, tras salir de paseo al día siguiente, durante la semana de receso escolar de octubre de 2017, en un hotel de la ciudad de Buga (Valle), cuando estaba acostada en la cama de la habitación, en medio de sus primas, **Cárdenas Franco**, utilizando como distractor las historias que les contaba con la luz apagada, le tocó los senos por encima y por debajo de la ropa”.*

Ante la denuncia formulada, se inició la investigación correspondiente y se ordenó la aprehensión de **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**.

El 12 de abril de 2019, ante el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, se llevaron a cabo las audiencias preliminares concentradas en las

¹ Cuyos nombres y apellidos se omitirán en esta providencia siguiendo las pautas fijadas por el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Corte Constitucional.

que además de legalizar el procedimiento de captura, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación al señor **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, por el delito de Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, en concurso homogéneo, previsto en los artículos 207 y 211 numeral 5 del Código Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 31 del mismo Estatuto Punitivo. El imputado no se allanó al cargo endilgado y, previa solicitud de la Fiscal delegada, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

La representación del ente acusador radicó escrito de acusación, y el conocimiento de la actuación fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, y luego se desarrolló el juicio oral a lo largo de 9 sesiones, anunciando finalmente sentido del fallo de carácter condenatorio.

El 4 de noviembre de 2021 se profirió la sentencia de fecha y sentido ya reseñados.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

En la sentencia de primer grado, el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín encontró demostrada tanto la existencia y materialidad de la conducta punible de Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, en concurso homogéneo, cometida en la joven LSV, como también la responsabilidad penal en el mismo del señor **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**.

Inició haciendo énfasis en la diferencia que existe entre la conducta prevista en el artículo 207 del Código Penal, Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir -por el que se procede en este caso-, y el injusto consagrado en el canon 210 ibidem, Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir. En el primero se causa el estado de incapacidad, mientras que en el segundo se aprovecha esa situación en la que se encuentra el sujeto pasivo del delito. A continuación, se refirió a los conceptos de incapacidad para resistir, estado de inconsciencia, y condiciones de inferioridad, así como al alcance que tiene cada uno según la jurisprudencia, además de la libertad probatoria que opera para su acreditación.

Al descender al caso puesto en consideración, precisó que la joven víctima narró coherentemente lo ocurrido, y sus dichos fueron corroborados con las demás pruebas practicadas en el juicio.

Destacó que LSV declaró que, en la semana de receso escolar, entre el 4 y el 8 de octubre de 2017, se encontraba pernoctando en la casa de su tía Francine Villa Hernández, debido a que su padre estaba de viaje y a que tenían programado un paseo al municipio de Buga (Valle del Cauca). Relató que, la noche anterior al viaje, se encontraba durmiendo en el sofá de la sala y se despertó al sentir que la estaban tocando. En ese momento se dio cuenta de que **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, compañero sentimental de su tía Francine Villa, le estaba acariciando las partes íntimas. La joven declaró que tales tocamientos fueron en los senos y la vagina, tanto por encima como por debajo de la ropa, y le daba besos en la boca y en las orejas, y que mientras ello sucedía, **Cárdenas Franco** la puso a inhalar 4 o 5 veces, un frasquito que contenía una sustancia que ella identificó como Popper. Explicó que esta persona dejaba de tocarla y empezaba a deambular por la casa, y de un momento a otro

volvía a realizar tales hechos, aproximadamente hasta las 7 horas del día siguiente.

LSV relató que pudo observar que **Lubin Eliécer Cárdenas** se encontraba injiriendo licor y que en la mano tenía un frasquito que ella identificó como Popper, el cual era inhalado por él para a continuación sentarse al lado de ella, tocarla y ponerla a oler el Popper, mientras le decía que era muy bonita, que se dejara tocar y que si era virgen se guardara para él.

La joven indicó que estaba acostada cuando el aquí procesado la abordó, y que quedó completamente paralizada por el miedo que le produjo lo que estaba sucediendo, temblando al punto de presentar una reacción semejante a una convulsión, lo cual le impidió moverse, gritar o hablar, y que, al finalizar los tocamientos, **Cárdenas Franco** le dio un billete de \$100.000 que ella no aceptó y dejó caer al piso, y que él le advirtió que no contara lo sucedido. Luego de ello, indicó LSV que se levantó a vomitar y a bañarse por el asco que le generó lo sucedido.

El funcionario judicial tuvo en cuenta igualmente que LSV relató que días después de ese primer suceso, cuando ya estaban en el viaje, una noche **Lubin Cárdenas Franco** fue a la habitación del hotel en donde ella se encontraba acostada junto con sus primas, y, aprovechando que la luz estaba apagada, y distrayendo a las otras jóvenes contándoles historias, **Lubin Eliécer Cárdenas** extendió la mano y nuevamente le tocó los senos.

La joven precisó que guardó silencio sobre lo ocurrido porque el esposo de su tía la amenazó para que no contara, pero meses después, debido a que la depresión y la bulimia que sufría iban en aumento y ello le generaba preocupación a su papá, decidió

contarle a este lo sucedido, lo que también hizo con su madre y su tía Francine Villa, pero estas no la apoyaron y, por el contrario, la insultaron y le recriminaron haber afectado a la familia.

Argumentó el *A quo* que de la declaración de LSV se extractan aspectos basilares que dan cuenta de la ocurrencia del hecho delictivo llevado a cabo por **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** y que la joven fue clara al informar quién le realizó los tocamientos y en qué época tuvieron lugar, así como los sitios donde ocurrieron los vejámenes y, concretamente, en qué consistieron. Adicionalmente, tuvo en cuenta que LSV fue clara al exponer que, en el primer suceso, **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** aprovechó que tanto ella como las demás personas en el inmueble estaban dormidas, para realizarle los tocamientos y, después, afirma el Juez, la parálisis padecida tras haberle puesto a oler la sustancia química, esto es, haberla puesto en imposibilidad de resistir por esa parálisis que le ocasionó la inhalación de la sustancia que la joven denominó como Popper.

Remarcó igualmente el fallador que ese mismo relato fue entregado por LSV en diferentes escenarios, ante su padre, la entrevistadora judicial y la psiquiatra tratante, lo cual, concluye, permite evidenciar la coherencia de la narración y la credibilidad que genera, manteniendo consonancia intrínseca y extrínseca siendo avalada por la prueba de corroboración periférica aportada.

En este punto, pone de presente el Juez que en la vista pública también declaró el señor Luis Eduardo Sierra Aguilar, padre de LSV, quien refrendó la develación que le realizó la joven. El testigo manifestó que su hija le dio a conocer que, en la semana de receso escolar de octubre de 2017, **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, el compañero sentimental de su tía materna Francine Villa Hernández, abusó de ella en dos ocasiones.

Que el primer evento fue al inicio de dicha semana, antes del viaje, cuando ella dormía en el sofá de la sala de la casa de su tía. Le narró que, en esa ocasión, **Cárdenas Franco** le dio a inhalar Popper y le tocó los senos y la vagina, tanto por encima como por debajo de la ropa, y la besó en la boca y en las orejas. Le expuso que quedó en shock ante estas acciones, lo cual le impidió reaccionar moviéndose o gritando. Y que el segundo evento fue en el transcurso del viaje, cuando **Lubin Eliécer Cárdenas** le tocó los senos mientras ella estaba acostada.

Remarca que el testigo dio a conocer que después de ese viaje notó un cambio abrupto en el comportamiento de LSV, pues antes tenía buen rendimiento académico, tenía buenas amistades y le gustaba la lectura y el cine, pero después se aisló de sus amigos, perdió el hábito de la lectura y se acrecentó su problema de bulimia e, incluso, en una ocasión se lesionó a sí misma; hasta que, en febrero de 2018, al ser confrontada por él y un hermano, LSV reveló lo que había sucedido. Luis Eduardo Sierra indicó que, según le dio a conocer su hija, el motivo para no haber revelado con antelación la ocurrencia de tales hechos, fueron las amenazas que le realizó **Lubin Eliécer Cárdenas**, y que, afirma el testigo, le reiteró después de que se supo lo acontecido.

El *A quo* trajo asimismo a colación la declaración en juicio de la entrevistadora Ely Johana Arredondo Aguirre, quien se refirió a los aspectos que le fueron narrados por LSV. Manifestó que la joven le explicó que el primero de los ataques sexuales se presentó en la semana de vacaciones en octubre de 2017, cuando amaneció en la casa de su tía Francine Villa Hernández y de **Lubin Eliécer Cárdenas**; que cuando estaba durmiendo en el sofá, fue abordada por él quien le tocó los senos y la vagina, tanto por encima como por debajo de la ropa, y le dio besos en la boca y en las orejas; que

mientras le realizaba esos tocamientos, le intentaba poner una botellita de Popper en la nariz para que inhalara. Expuso la deponente que, de acuerdo con lo manifestado por la joven, el segundo de los eventos fue durante el viaje que esa misma semana hicieron al municipio de Buga y consistió en que **Cárdenas Franco** se acercó a la habitación en la que estaban ella y otras jóvenes y, con el pretexto de contarles historias, se sentó en la cama y, aprovechando que la luz estaba apagada, extendió la mano y le tocó los senos a LSV.

Refirió la testigo que LSV permaneció tranquila durante la entrevista, la notó muy callada y hablaba en voz baja, pero su relato siempre fue coherente y claro; además, evidenció que LSV le tenía miedo a **Lubin Eliécer Cárdenas**, según la joven, porque le había visto armas y consumía licor y drogas.

La última testigo de cargo a la que hace referencia el Juez es la psiquiatra Ana Lucrecia Ramírez Restrepo, quien dio a conocer que atendía a LSV desde el mes de abril de 2018, evidenciando en la joven una pérdida masiva de peso, trastornos severos de la menstruación y depresión. Remarcó el *A quo* que esta testigo informó en juicio que LSV le dio a conocer que fue agredida sexualmente por un tío político; que tales agresiones ocurrieron en 2 ocasiones, y que consistieron en tocamientos de sus partes íntimas y que, en el transcurso de tales abusos, la puso a inhalar una sustancia. La psiquiatra precisó que, aunque LSV ya venía con episodios de depresión y bulimia desde la infancia, de su relato pudo notar que la agresión sexual que padeció, acrecentó tales síntomas.

A través del anterior recuento, el Juez arribó a la conclusión de que la narración de LSV siempre se mantuvo consistente en lo nuclear, siendo persistentes sus señalamientos incriminadores en contra de **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**,

brindando detalles acerca de la manera como se desarrollaron los dos eventos de agresión sexual, así como sus circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Sostuvo que, aunque en el curso de su atestación la joven víctima en varios momentos rompió en llanto y tuvo dificultades para continuar el relato, tal situación no desdice de su credibilidad, sino que, por el contrario, es muestra de que estaba rememorando unas situaciones dolorosas.

Adicionalmente, puso de presente que las diferentes declaraciones escuchadas en el juicio, dan cuenta de que antes de los hechos no existía animadversión, resentimiento o enemistad entre LSV y **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, como tampoco entre este y los familiares de aquella.

De igual manera, hizo énfasis en las repercusiones y consecuencias que tuvo en la vida de LSV el hecho de haber padecido tales eventos, pues como lo indicó la psiquiatra, aunque la joven ya venía con síntomas de depresión y de bulimia, lo cierto es que esas agresiones, los acrecentaron.

Ahora bien, argumentó el Juez que además de evidenciarse creíble y demostrada la narración de LSV, también fueron probados los presupuestos para la estructuración del delito atribuido.

Manifiesta que, según se demostró en juicio, el abordaje inicial que **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** realizó a LSV, fue cuando ella estaba dormida, momento que aprovechó para tocarle los senos y la vagina, y para darle besos, y aunque el sueño es uno de los estados de la inconsciencia, lo cierto es que tal contexto

configuraría el aprovechamiento de esa situación, lo que no fue atribuido -artículo 210 del Código Penal-. No obstante, remarca que la secuencia del ataque continuó desde las horas de la noche hasta la mañana del día siguiente y, en ese interregno, **Cárdenas Franco** le puso a inhalar a la víctima una sustancia denominada Popper, químico que, conjugado con el miedo sentido por la joven, llevó a que esta se quedara completamente paralizada, imposibilitada para gritar o reaccionar.

Así mismo, explicó que, si bien en el evento de agresión sexual que tuvo lugar días después, **Lubin Eliécer Cárdenas** no utilizó la misma sustancia, el hecho de haber existido una acción previa de él para realizar los tocamientos, además de las amenazas para que no contara lo sucedido, sumado al miedo que ya le había generado ese primer suceso, llevaron a que LSV no reaccionara, dado que tenía mutilada su capacidad psíquica de comprensión, edificándose el estado de inconsciencia e incapacidad para resistir.

De otro lado, adujo que las críticas efectuadas por la defensa a la prueba de cargo no alcanzan a mermar su valor suasorio, pues si bien el letrado hace referencia a supuestas contradicciones de la menor, no precisa cuáles discordancias deben tenerse en cuenta ni su incidencia en el tema de prueba.

De igual manera, desestimó los testimonios aportados por la defensa, pues además de evidenciar un claro interés en favorecer al procesado, lo cierto es que realmente no desdicen la ocurrencia de los actos ilícitos.

También restó importancia al hecho de que no se demostrara de manera concluyente que la sustancia dada a inhalar por **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** a LSV, fuese o no aquella

denominada Popper, pues asegura que aquí lo relevante es el efecto que causó en la joven víctima, ya que tal inhalación del químico, aunada al miedo ella que sentía, fue lo que le produjo la parálisis que le impidió reaccionar.

Concluyó entonces el Juez de primer grado que, de acuerdo con la prueba legalmente aducida en el juicio oral, se demostró, más allá de toda duda razonable, que el aquí procesado incurrió en la conducta delictiva a él atribuida, esto es, Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado en concurso homogéneo, motivo por el cual se cumplen los presupuestos previstos en los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal para la emisión de un juicio de responsabilidad en contra de **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** y el proferimiento de una sentencia de condena.

Al momento de tasar la pena, el Juez partió de lo previsto en el artículo 207 del Código Penal para el delito de Acceso carnal o Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, que prevé una pena a imponer de 12 a 20 años de prisión, y al ser agravado, según lo normado en el numeral 5 del artículo 211 ibidem, indicó el funcionario fallador que los extremos fluctúan de 16 a 30 años de prisión.

Conforme con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 61 del Estatuto Penal, se ubicó en el primer cuarto de movilidad, e indicó que impondría el mínimo, es decir, 16 años.

Así mismo, por razón del concurso homogéneo de conductas, incrementó 2 años, que corresponden al 12.5% de la mínima sanción imponible por tal comportamiento, monto que estima razonable dadas las características de sancionabilidad del delito, marcado por un rasero punitivo importante; la modalidad del

despliegue ilícito, afectándose bienes jurídicos de una menor; y la capacidad potencial de reinserción a partir del cúmulo estimado, definiéndose una pena definitiva a imponer de 18 años de prisión.

Inconforme con la decisión de primer grado, el representante de la defensa interpuso y sustentó el recurso de alzada en el término de ley.

LA IMPUGNACIÓN:

El profesional del derecho que representa los intereses del procesado **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, sustentó su inconformidad con el fallo de condena señalando que discrepa de la determinación del *A quo* de emitir sentencia de condena, pues argumenta que el fallador incurrió en una indebida valoración de las pruebas practicadas en el juicio, pasando por alto las dudas existentes y, por tanto, quebrantando la debida apreciación de la prueba que le era exigible.

Se refiere inicialmente a la declaración brindada por la presunta víctima, LSV, aseverando que dicha deponente incurrió en varias contradicciones que le restan cualquier valor suasorio, haciendo surgir serias y fundamentales dudas acerca de sus señalamientos en contra de **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**.

Sostiene que la narración de LSV fue vaga y abstracta, en tanto no precisó las circunstancias modales y temporales del supuesto abuso del que afirma haber sido víctima. La joven se limitó a indicar que tales hechos ocurrieron en octubre de 2017, antes y durante un viaje que realizó al municipio de Buga con el señor **Cárdenas Franco** y familiares de este; que los tocamientos supuestamente ocurrieron en la casa del aquí

procesado en horas de la noche cuando él se le acercó en varias oportunidades a tocarle las partes íntimas.

Remarca el recurrente que para la época en que supuestamente ocurrieron los sucesos, LSV no era una menor de escasa edad, sino una joven de 16 años que ya tenía consciencia plena de situaciones y experiencias de la vida y, pese a ello, no dio aviso de lo que supuestamente le ocurrió sino al cabo de varios meses y, según dijo la misma testigo, el día siguiente del presunto acto abusivo, se fue de viaje con **Lubin Eliécer Cárdenas** y la familia de este, comportamiento que no es coherente con el de alguien que acaba de ser abusado.

Enfatizó que, según lo denunciado por LSV, los tocamientos que le realizó el señor **Cárdenas Franco** tuvieron lugar mientras ella permanecía en el sofá en el que dormía, ubicado en la sala del inmueble de aquel, pero como lo informaron los testigos de la defensa Kerlyn Henao Villa, Emily Henao Villa, José Fernando Silva Casafuz y Francine Villa Hernández, todos ellos estaban en la misma casa esa noche antes del viaje, lo que hace poco creíble que esos hechos sucedieran, pues esas otras personas se hubiesen percatado de lo acontecido.

Afirma que, según quedó demostrado en la vista pública, el inmueble de **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** es pequeño y, por tanto, las personas que se encontraban en este, al mismo tiempo de la supuesta ocurrencia de los actos abusivos, tenían acceso y plena visual de la sala, lo que hace inverosímil el relato de LSV.

Asegura que también carece de lógica la manifestación de LSV, según la cual el aquí procesado le ofreció

\$100.000 para permitir que abusara de ella, pues sostiene el apelante que **Lubin Eliécer Cárdenas** es un comerciante de larga trayectoria y amplia solvencia económica, y en tal sentido no resulta creíble que ofreciera esa suma insignificante para esos fines.

Refiere que un aspecto medular para este caso, y que no fue tenido en cuenta por el Juez, es la supuesta sustancia dada por **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** a LSV para propiciar su estado de indefensión, la cual, según la joven, fue aquella denominada Popper. Argumenta que además de que no se demostró pericialmente la presencia o que se haya utilizado algún químico o el llamado Popper, lo cierto es que esa aseveración de LSV es improbable, pues tal como lo dio a conocer el psicólogo forense Jaime Alberto Echeverry Vera, ese alucinógeno no genera indefensión como tampoco alguna clase de parálisis -según afirmó haber padecido LSV-, sino adrenalina y/o excitación, efectos que no resultan equiparables a una indefensión o estado similar que busque el perpetrador de unos hechos como los investigados.

En este punto, trae a colación lo informado por la Dra. Ana Lucrecia Ramírez Restrepo, psiquiatra tratante de LSV, quien dio a conocer que, para la época de los supuestos abusos, la joven venía siendo medicada con “Sertralina”, fármaco que sí produce convulsiones, agitación, confusión, espasmos, rigidez muscular, pérdida de coordinación, entre otros.

En su concepto, los efectos del referido medicamento, sumados a los problemas psicológicos y afectivos dados a conocer por la psiquiatra tratante respecto a LSV, ponen en duda los señalamientos acusadores de esta dando paso a la posibilidad de que lo rememorado en juicio por la presunta víctima, sea producto o reacción a ese fármaco.

Es reiterativo al manifestar que LSV, testigo cardinal para fundamentar la sentencia de condena, presentó una narración inverosímil, infundada e inconsistente, la cual no encuentra corroboración con las demás pruebas practicadas en el juicio oral, además de adolecer de serias contradicciones que no debieron ser minimizadas por el *A quo*, en tanto generan dudas de tal magnitud que debieron conducir a una sentencia absolutoria.

Remarca que los otros testigos de cargo, en lugar de fortalecer el señalamiento incriminador de la presunta víctima, lo desvirtúan. Luis Eduardo Sierra Aguilar, padre de LSV, además de evidenciar animadversión y desprecio hacia **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, y tener inconvenientes económicos con éste, indicó que, según lo manifestado por su hija, el evento de abuso ocurrió el primer día en que llegó a la casa del aquí procesado; en su lugar, Ely Johana Arredondo Aguirre, investigadora del CAIVAS, dijo que la joven le refirió que la mencionada agresión sucedió el segundo día de haber estado en esa vivienda; mientras que a la psiquiatra Ana Lucrecia Ramírez, LSV le indicó que los hechos ocurrieron las dos noches seguidas.

Insiste en que la Fiscalía no aportó elementos de convicción a través de los cuales se corroboraran y respaldaran los dichos de LSV. Por el contrario, afirma, la defensa presentó la declaración de testigos que dan cuenta del comportamiento feliz que tuvo LSV durante el viaje a Buga, así como el hecho de haber permanecido siempre al lado de la joven, lo que descarta que **Lubin Eliécer Cárdenas** hubiese tenido oportunidad siquiera de realizar tales actos.

Incluso, pone de presente que la declarante Kerlyn Henao Villa, dio a conocer una posible rencilla de LSV para con el

señor **Cárdenas Franco**, en tanto este en una ocasión le llamó la atención a la ahora denunciante por utilizar su casa para recibir visitas de amigos.

Reitera que con la prueba aportada por la Fiscalía en modo alguno se demostró la ocurrencia de los Actos sexuales con persona puesta en incapacidad de resistir, como tampoco la responsabilidad penal en los mismos de **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**. Por el contrario, asegura que de los testimonios de descargo se desprende lo incoherentes, contradictorios y poco creíbles que resultan los señalamientos realizados por LSV en cuanto al aquí procesado.

De esta manera, insiste en que en el presente caso no se aportó prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de señor **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, razón por la cual pide se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, se absuelva a su prohijado de todo cargo.

Los demás sujetos procesales, en su condición de no recurrentes se abstuvieron de manifestarse respecto de las pretensiones de la Defensa.

CONSIDERACIONES:

Prevalida de la competencia de todo orden para conocer del presente asunto, desata la Sala la alzada mediante las siguientes consideraciones lógico-jurídicas, dejando sentado que en atención al lineamiento que determina el conocimiento de la segunda instancia, el acto se limitará a los aspectos que fueron objeto de impugnación, y a aquellos que le sean inescindibles.

Para resolver los planteamientos puestos en consideración en la alzada, la Sala de Decisión deberá definir si en últimas la valoración conjunta del acervo probatorio allegado a la actuación, lleva al proferimiento de la sentencia absolutoria solicitada o si, por el contrario, debe impartirse confirmación al fallo de condena.

En primer lugar, debe partirse de que en este evento la conducta atribuida a **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** es aquella prevista en el artículo 207 del Código Penal, Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, descrita así:

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

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

En este ilícito en particular, el sujeto activo ajusta su conducta al tipo penal cuando accede carnalmente a otra persona o ejecuta en ella acto sexual diverso del acceso carnal, a la cual ha puesto i) en incapacidad de resistir, ii) en estado de inconsciencia o iii) en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

Así mismo, es importante precisar que esta descripción típica exige del sujeto activo un obrar, esto es, colocar o poner a alguien en alguno de los tres estados que la configuran. De esta manera, el sujeto pasivo de la acción desde sus condiciones físicas y funciones mentales y psíquicas es normal, pero es el autor

de la conducta quien crea o lo pone en cualquiera de las situaciones descritas en el tipo penal.

Valga recalcar igualmente que, para poner o colocar a la víctima en alguna de las hipótesis señaladas en la configuración típica, no es necesario que el sujeto activo acuda a la violencia, pues en caso de hacerlo no se estaría frente a la descripción típica del artículo 207 del Código Penal sino a las que tipifican el acceso carnal o acto sexual violento.

Se ha de comenzar por precisar que, luego de examinar detenidamente el acervo probatorio presentado en este caso, concluye esta Sala de Decisión que el testimonio de la joven LSV se torna claro y coherente, sin ánimo dañino, y sin que en él se advierta la existencia previa de animadversión o rencor, por lo que se aprecia digno de credibilidad sobre las circunstancias espaciotemporales en las que ocurrieron los tocamientos erótico-sexuales que se le atribuyen al acusado.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, evidencia esta Magistratura que, con la prueba practicada en el juicio oral, no se demostró que **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, antes o durante los tocamientos libidinosos que le realizó a LSV, haya llevado a cabo un acto u obrar tendiente a ponerla en incapacidad de resistir, en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad psíquica, razón por la cual se revocará la sentencia objeto del recurso y, en su lugar, se absolverá a dicho ciudadano del delito atribuido.

En primer lugar, téngase en cuenta que, según lo indicado por la Fiscalía en el escrito de acusación y que fue tenido en cuenta por el señor Juez Primero Penal del Circuito para emitir condena, la circunstancia que se atribuyó a **Cárdenas Franco**

haber realizado para poner a LSV en incapacidad de resistir, fue haberle suministrado la sustancia denominada Popper, químico que, según concluyó el *A quo*, al ser inhalado por la joven llevó a que esta se quedara completamente paralizada, imposibilitada para gritar o reaccionar. Sin embargo, a la misma conclusión no arriba la Sala de Decisión luego de examinar las pruebas presentadas en juicio.

Obsérvese que la joven LSV fue clara al manifestar que esa noche del mes de octubre de 2017, cuando estaba durmiendo en la casa de su tía, se despertó al sentir que la estaban tocando, que en ese momento se dio cuenta de que **Lubin Eliécer Cárdenas**, le estaba acariciando las partes íntimas; que mientras ello sucedía, él estaba ingiriendo licor y que en su mano tenía un frasquito que ella identificó como Popper, el cual era inhalado por él para, a continuación, sentarse al lado de ella, tocarla y ponerla a oler el Popper, mientras le decía que era muy bonita, que se dejara tocar y que si era virgen se guardara para él; que ello sucedió entre 4 o 5 veces, aproximadamente hasta las 7 horas del día siguiente. La joven indicó que estaba acostada cuando el aquí procesado la abordó, y que quedó completamente paralizada por el miedo que le produjo lo que estaba sucediendo, temblando al punto de presentar una reacción semejante a una convulsión, lo que le impidió moverse, gritar o hablar.

Nótese que en momento alguno la joven LSV hace referencia siquiera a que haya sido justamente por el hecho de inhalar la sustancia denominada Popper, que no pudo moverse, gritar u oponerse a lo que estaba sucediendo, sino que ello se debió al susto que le generó una situación inesperada para ella. Fue insistente en señalar que se sintió de esa manera por el miedo a lo que estaba sucediendo.

Incluso, repárese en que LSV explicó que en todo momento se dio cuenta de lo que estaba sucediendo, es decir, la manera como **Cárdenas Franco** la tocaba, que este se detenía, deambulaba por la casa, y al cabo de un rato volvía al sitio donde ella estaba y la volvía a tocar, hasta que aproximadamente a las 7 de la mañana, cuando **Lubin Eliécer Cárdenas** se fue definitivamente y dejó de tocarla, ella se levantó al baño a lavarse.

De esta manera, es claro para esta Sala de Decisión que, contrario a la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, de la narración de los hechos efectuada por la joven LSV, no se desprende en modo alguno que la inhalación de la sustancia denominada Popper, hubiese propiciado que la víctima no pudiese moverse, gritar o repeler lo que estaba sucediendo.

Misma conclusión a la que necesariamente debe arribarse respecto al segundo hecho delictivo atribuido a **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** y que tuvo lugar en el hotel de Buga, pues, tal como lo especificó LSV, en tal ocasión esa persona fue a la habitación donde ella se encontraba acostada junto con sus primas y, aprovechando que la luz estaba apagada, y distrayendo a las otras jóvenes contándoles historias, **Cárdenas Franco** extendió la mano y nuevamente le tocó los senos. Obsérvese que en esa ocasión ni siquiera fue utilizada la sustancia química que para el ente acusador fue determinante al momento de la presunta puesta en incapacidad de resistir.

Tal relato de LSV, como se ha dejado hasta aquí claro, fue corroborado por los demás testigos de cargo, quienes, si bien indicaron que en ese primer evento **Lubin Eliécer Cárdenas** en 4 o 5 ocasiones puso a la joven a inhalar el Popper, de las explicaciones

que la joven les brindó, tampoco se desprende que la inhalación de esa sustancia le haya generado la incapacidad para resistir.

Luis Eduardo Sierra Aguilar manifestó en la vista pública que cuando le indagó a su hija por qué no se opuso a lo que **Lubin Eliécer Cárdenas** le estaba haciendo o por qué no gritó, ella simplemente le respondió que por el susto entró en shock y por eso no fue capaz de moverse. Por su parte, la Dra. Ana Lucrecia Ramírez Restrepo, psiquiatra que viene tratando a LSV desde el año 2018, declaró que, según le dio a conocer la joven, los tocamientos que en los senos y en la vagina le realizó **Cárdenas Franco**, le generaron mucho miedo y temor, y que por eso fue por lo que guardó silencio y no se defendió.

Adicionalmente, para esta Magistratura resulta de gran importancia el testimonio surtido en juicio por el Dr. Jaime Alberto Echeverri Vera, psicólogo clínico presentado por la defensa. Dicho profesional fue claro al indicar que por su profesión tiene amplia experiencia respecto de los efectos que la sustancia denominada Popper genera en las personas que la utilizan, ya sea de manera ocasional o habitual. Manifestó que, aunque su efecto es de pocos segundos, el Popper genera activación del cerebro; aseveró que en ningún momento produce somnolencia ni disminución de los reflejos. Fue enfático al explicar que dicha sustancia no inhibe el sistema nervioso ni es un sedante; todo lo contrario, lo activa, pone a las personas en alerta e, incluso, en euforia.

En el contrainterrogatorio, al ser confrontado por la representante de la Fiscalía, el psicólogo Echeverri Vera no dudó en ratificar que, aunque la duración del Popper puede variar de una

persona a otra, tal sustancia siempre tiene el mismo efecto, esto es, euforia, sensación de alerta y activación del sistema nervioso.

Por último, no puede dejar de advertir la Sala que, tal como lo reiteró la joven LSV, no solo ella inhaló el Popper, sino que **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** también lo hizo en varias ocasiones en esa misma noche.

En efecto, en su relato LSV dio a conocer que en varios momentos en que le realizaba los tocamientos en sus partes íntimas, **Cárdenas Franco** le ponía el frasquito de Popper en la nariz para que ella inhalara, luego se lo ponía él y aspiraba, y de esa manera aconteció en 4 o 5 oportunidades.

Tal circunstancia desdice entonces de la posibilidad de que **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** le estuviese suministrando a LSV la sustancia denominada Popper para ponerla en incapacidad de resistir; en este caso, para inmovilizarla e impedirle moverse, gritar o hablar y aprovechar esa situación y realizarle los tocamientos libidinosos, pues, si ese hubiese sido el caso, no se evidencia lógico ni coherente que esa misma sustancia estuviese siendo utilizada por **Cárdenas Franco** varias veces esa misma noche, pues los mismos efectos hubiese padecido.

Si convenido se tiene que el delito de Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir se produce cuando el sujeto agente realiza una acción positiva tendiente a colocar o poner a alguien en estado de incapacidad para de esa manera satisfacer sus ánimos libidinosos, se tiene que uno de los elementos a acreditar por el ente acusador es precisamente que el perpetrador ha generado o colocado a la víctima en una situación que le impide

ponerle freno al actuar desplegado por su agresor, aspecto que no pudo establecerse en el proceso.

Recuérdese que, tal como se precisó párrafos atrás, la tesis acusatoria se basó en que **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** le suministró a LSV la sustancia denominada Popper para ponerla en incapacidad de resistir, químico que, según concluyó el *A quo*, al ser inhalado por la joven en efecto llevó a que esta se quedara completamente paralizada, imposibilitada para gritar o reaccionar, lo cual evidentemente no ocurrió en este preciso evento porque no se demostró que la no reacción de LSV fuese generada por un acto del agresor; tampoco que la intención de **Cárdenas Franco** al suministrarle esa sustancia, fuese que LSV quedara en incapacidad de resistir; y, menos aún que, efectivamente, la sustancia denominada Popper, genere inmovilización o impedimento para moverse, gritar o hablar.

Este punto que resulta trascendental toda vez que, tales defectos en la teoría del caso de cargo y su debida demostración, no permiten establecer la materialidad de la conducta, precisamente por la ausencia de configuración o de presencia de un elemento subjetivo de ese tipo penal, que es inexorable para configurar el delito en comento, tal como lo es colocar o poner a alguien en estado de incapacidad para de esa manera satisfacer sus ánimos libidinosos.

Por ello, se deriva un mayúsculo error del ente acusador al momento de tipificar la conducta punible, sin que exista una explicación aparente de por qué determinó esa categorización del hecho punible cuando no se tenía demostrada la configuración del estado de incapacidad de la joven LSV, ocasionada por **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**.

Estas precisas cuestiones son las que dan al traste con la debida configuración de la materialidad de la conducta endilgada, lo que impide de manera primaria que se pueda emitir juicio de reproche en contra del encartado por el delito previsto en el canon 207 del Código Penal.

La Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que, conforme a la teoría de la valoración probatoria, si las pruebas practicadas en el juicio oral dejan dudas en el funcionario que examina de manera conjunta los elementos de convicción, se deberá dar aplicación al principio rector y de garantía procesal del artículo 7 del Código de Procedimiento Penal que ordena resolver en favor del procesado las dudas respecto de la responsabilidad penal. Aclarando que no es cualquier duda la que lleva al fallador a expresar que la prueba no fue suficiente para que su conocimiento racional supere la exigencia impuesta por la ley para proferir sentencia condenatoria.

El concepto de “*conocimiento más allá de toda duda*”² para proferir sentencia condenatoria, como lo ha entendido la Corte Constitucional³, se concibe en términos de certeza racional, no absoluta, fundamentada en la prueba lícitamente practicada en el juicio, respecto de los aspectos centrales del delito y la responsabilidad del procesado, conocimiento al que debe llegarse después del ejercicio intelectual de la valoración probatoria y que impone, de no lograrse, la aplicación del principio *in dubio pro reo*, que está previsto en el artículo 29 de la Constitución Política en tanto “*toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”. En el mismo sentido, el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 dispone que “*toda persona se presume*

² Artículo 381 de la Ley 906 de 2004

³ Sentencia C-609 de 1996.

inocente y debe ser tratada como tal, mientras quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal... Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

Esta normatividad prevé el conocimiento más allá de duda razonable como estándar que debe alcanzarse para que pueda tenerse por desvirtuada la presunción de inocencia (artículo 381 ibidem).

La duda razonable como presupuesto que debe superarse para proferir condena, fue explicada por la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP4316-2015, radicado 43.262 del 16 de abril de 2015:

“...Impera recordar que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal, pues sería contrario a la justicia como valor fundante de las sociedades democráticas que la finalidad del proceso fuera la mentira, la falacia o el sofisma.

(...) sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada

en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales”⁴.

Y más recientemente la Alta Corporación indicó, en la Sentencia SP3168-2017, radicado 44.599 del 8 marzo de 2017:

“El artículo 372 de la Ley 906 de 2004 dispone que “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”. En los aspectos relevantes, esta disposición es reiterada en el artículo 381 ídem.

La Sala es consciente de los debates suscitados en torno a lo que debe entenderse por duda razonable, y de la consecuente necesidad de desarrollar jurisprudencialmente dicho concepto. En tal sentido ha planteado, por ejemplo, que puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante (SP 1467, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, entre otras).

Por la dinámica propia del sistema regulado en la ley 906 de 2004, las hipótesis que potencialmente pueden generar duda razonable pueden ser propuestas por la defensa”.

Por lo anterior, la conclusión de la Sala, de acuerdo con la valoración probatoria antes descrita, conduce a afirmar, contrario a lo concluido por el *A quo*, que no se cuenta con fundamentos probatorios serios que permitan desvirtuar la presunción de inocencia con la cual se encuentra amparado el acusado ya que, se reitera, no se tiene certeza de que la no reacción

⁴ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Radicado: 43262.

de LSV en los hechos por ella padecidos, fuese generada por el acto del agresor; tampoco que la intención de **Cárdenas Franco** al suministrarle la sustancia denominada Popper, fuese que LSV quedara en incapacidad de resistir; y, menos aún que, efectivamente, la sustancia denominada Popper, genere inmovilización e impedimento para moverse, gritar o hablar.

Finalmente, es importante remarcar que, en este caso en particular, no resulta procedente la emisión de una condena por un delito diferente a aquel por el cual fue acusado **Lubin Eliécer Cárdenas**. En primer lugar, porque de lo demostrado en juicio no se obtiene el conocimiento necesario de que, en efecto, hubiese ocurrido un ilícito diferente y, en segundo lugar, y más importante aún, porque la atribución fáctica de la Fiscalía desde un inicio se enmarcó en que el aquí encartado, a través de la sustancia química denominada Popper, puso a LSV en incapacidad de resistir —teoría de cargo descartada, según se tuvo oportunidad de analizar—. En efecto, basta con remitirse a la formulación de imputación, así como a la acusación hecha a **Cárdenas Franco**, para evidenciar que, en ningún momento, los hechos jurídicamente relevantes enrostrados a esa persona, tuvieron en cuenta o hicieron referencia siquiera a circunstancias como el aprovechamiento de un estado de inconsciencia o incapacidad de resistir, o a que en la conducta haya mediado violencia, escenarios que harían posible un análisis adicional sobre la posibilidad de dictar sentencia de condena por delito diverso al atribuido por el ente acusador.

No obstante, ante tal impedimento de variar el núcleo fáctico determinado por la Fiscalía, resulta inviable cualquier disquisición al respecto.

Por tanto, será objeto de revocatoria el fallo de condena recurrido, absolviéndose al procesado **Lubin Eliécer Cárdenas Franco** por la conducta de Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, en concurso homogéneo, en favor de quien debe operar el principio ecuménico del *in dubio pro reo*, acogíendose con ello los argumentos del recurrente. La Sala, en consecuencia, ordenará la libertad inmediata del acusado, para lo cual se libraré la orden de libertad al establecimiento donde se encuentra recluido, a la aprobación de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Novena de Decisión Penal-** Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: REVOCAR la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se condenó al señor **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, por el delito de Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, en concurso homogéneo, y en su lugar, **ABSOLVER** a dicho ciudadano de todo cargo. Ello, acorde con lo expuesto en precedencia.

Segundo: DISPONER la libertad inmediata de **Lubin Eliécer Cárdenas Franco**, salvo que sea requerido en virtud de otro asunto.

TERCERO: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que debe ser interpuesto en los términos de ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.



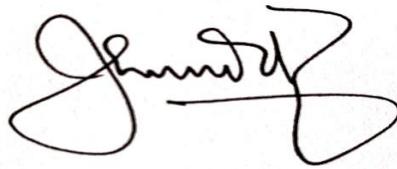
PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Magistrado



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado.