El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: ACCESO CARNAL Y SECUESTRO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ENTRE LA ACUSACIÓN Y LOS HECHOS PROBADOS / NO APLICA NULIDAD SINO ABSOLUCIÓN / CONGRUENCIA FLEXIBLE / REQUISITOS.**

… si la forzosa conclusión a la que se tiene que llegar es que todo esto es un mar de confusiones y probatoriamente no existe claridad en los cargos formulados, entonces el interrogante final es el siguiente: ¿qué sucede en clave procesal cuando la Fiscalía acusa por un delito diferente al que se extrae de los hechos, o dicho de otro modo, qué sucede cuando se está en presencia de un error en la calificación porque en juicio se demostró que la conducta atribuida se adecuaba quizá a otra modalidad delictiva cuyo núcleo esencial fáctico es de naturaleza diferente al delito objeto de acusación? La respuesta no puede ser distinta a que lamentablemente para los intereses punitivos del Estado se impone la absolución, como quiera que en el nuevo esquema de tendencia acusatoria, al contrario de lo que ocurría en el sistema inquisitivo donde primaba la nulidad por error en la calificación, ya no hay lugar a retrotraer la actuación para permitir correcciones a ese nivel por parte del ente acusador. No lo dice el Tribunal, lo tiene establecido así la jurisprudencia nacional en los siguientes términos:

“Por último, sería del todo improcedente disponer la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, para que la fiscalía adoptara una nueva calificación jurídica, pues ello equivaldría a revivir etapas procesales ya superadas y a brindarle una segunda oportunidad al ente acusador para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, encaminado a corregir su incapacidad para llevarle al juez de conocimiento el convencimiento necesario para sustentar la materialidad de la conducta punible sobre la cual edificó su acusación, cuando dicha imputación la hubiera podido reorientar dentro de la misma actuación…”

Podría ensayarse por la Sala la opción de dar aplicación a la denominada “congruencia flexible” en contraposición a la otrora “congruencia estricta”, es decir, analizar la posibilidad de un cambio en la calificación de la conducta con miras a condenar por una ilicitud y degradarla en aplicación del precedente CSJ SP de agosto 22 de 2018, radicado 42667. Pero ocurre que ello no es posible porque: (i) los núcleos fácticos de los dos tipos penales potencialmente adjudicables (violencia carnal vs. acceso carnal abuso con incapaz de resistir) son diametralmente opuestos…; y (ii) la línea jurisprudencial que dio vía libre a la posibilidad de esa variación con miras a poder condenar aunque por un delito de menor entidad, es posterior a la ocurrencia de estos hechos, con lo cual, se estaría dando aplicación retroactiva a una jurisprudencia que sería desfavorable a los intereses del acusado, lo que al decir del órgano de cierre en materia penal es abiertamente improcedente.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

** PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

ACTA DE APROBACIÓN No 119

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Febrero 14 de 2019. 8:39 a.m. |
| Acusados:  | AESB y DMGB |
| Cédula de ciudadanía: | 1.073.320.981 y 1.110.471.426 |
| Delito: | Secuestro simple en concurso con acceso carnal violento agravado |
| Víctima: | Xiomara Sierra Moreno |
| Procedencia: | Juzgado Penal del Circuito en descongestión de Dosquebradas (Rda.), en la actualidad Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento. |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Fiscalía y el Ministerio Público contra el fallo absolutorio de fecha septiembre 25 de 2015. SE CONFIRMA |

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

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

**1.1.-** El factum de la acusación es del siguiente tenor:

“El 29 de marzo de 2013, la señorita XSM de 25 años de edad, puso en conocimiento de la Sala de Denuncias de la Seccional de Investigación Criminal de la SIJIN de Pereira, unos hechos ocurridos ese mismo día en horas de la madrugada, aproximadamente a las 04:30 a.m., cuando se dirigía de su casa al parqueadero fue abordada por una patrulla policial que se movilizaba en un vehículo tipo panel de la Policía con dos policías que lo ocupaban, el copiloto descendió del vehículo abrió la puerta corrediza, halo del brazo a la dama y la introdujo al vehículo a la fuerza, la llevaron a una casa ubicada en la carrera 14 No 47-48 del barrio Los Naranjos, donde vivía el conductor del vehículo, el policía que ocupaba el puesto de copiloto, la llevó a una pieza, la tiró a una cama, que cuando despertó vio que este policía la estaba accediendo carnalmente, mientras su compañero observaba, posteriormente fue introducida al vehículo policial, siendo abandonada en vía pública cerca al lago la Pradera, vía a Frayles del Municipio de Dosquebradas”.

**1.2.-** La Fiscalía imputó cargos a los indiciados ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (diciembre 03 de 2013) de la siguiente manera: para ANSB como coautor del punible de secuestro simple consagrado en el artículo 168 Código Penal, y autor de la conducta de acceso carnal violento agravado descrito en los artículo 205 y 211 ibídem; y para DMGB**,** los mismos cargos pero como cómplice para el acceso carnal violento agravado. Adicionalmente, para ambos coprocesados se dejaron reseñadas las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 5° y 10°, artículo 58 C.P. Los comprometidos NO ACEPTARON la imputación, y se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

**1.3.-** Ante ese no allanamiento unilateral ni bilateral a los cargos atribuidos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación, por medio del cual ratificó los términos de la imputación, cuyo conocimiento le fue asignado al Juzgado Penal del Circuito de Descongestión de Dosquebradas (Rda.)-hoy Segundo Penal del Circuito- (febrero 05 de 2014), autoridad que convocó a las correspondientes audiencias de formulación de acusación (marzo 31 de 2014) y preparatoria (junio 17 y julio 16 de 2014), momento procesal en el cual, luego de inadmitir algunas pruebas de la Fiscalía y la defensa, se interpuso apelación, decisión que la Sala revocó parcialmente (octubre 15 de 2014), a consecuencia de lo cual el despacho a quo continuó con la audiencia preparatoria (diciembre 02 de 2014), y juicio oral (marzo 19, abril 16 y 17, junio 17, julio 27, agosto 13 y 31, y septiembre 04 de 2015), fecha en que se emitió sentido de fallo absolutorio y se dispuso la libertad inmediata de los procesados. En septiembre 28 de 2015 se profirió la sentencia respectiva.

**1.4.-** Para llegar a una tal determinación, y en punto del delito de secuestro, luego de hacer alusión a algunos apartes de los testimonios vertidos en juicio por parte de la víctima XSM, así como de otros testigos-psicólogo JAIRO ROBLEDO VÉLEZ, y Pt. EDWARD FABIÁN MARÍN CASTAÑO-, el juzgador estimó que de allí se desprende que la víctima no se subió a la panel en el sitio que ella refirió, ni se puede predicar la existencia de violencia física ni moral sobre la misma. Igualmente, que los dichos de quien se dice afectada no encuentran respaldo probatorio en la declaración de su amigo CRISTIAN FERNANDO GUTIÉRREZ, del cual se advierte su afán de acomodar algunos acontecimientos, muy particularmente en relación con las llamadas que según se afirma recibió de XSM. Máxime cuando en el informe elaborado por el investigador de campo del CTI no aparecen llamadas entrantes ni salientes al abonado del testigo en las horas que mencionó en su relato-muy particularmente la de las 4:00 a.m. en donde según se sostiene puso en conocimiento que estaba siendo trasladada en una panel de la policía-. Así mismo lo aseverado acerca de haber escuchado por el teléfono que XSM pedía auxilio, porque tal situación se contradice con lo afirmado por el policial ESTEBAN VILLEGAS, y las actividades que desplegó para poner en conocimiento de su superior lo acaecido, sin observarse interés en favorecer a los implicados, al punto de entregar a las autoridades el contenido de unos “pines” y señalar que ANSB le ofreció un millón de pesos para que guardara silencio.

Añade que la versión de JHON WILLIAM VELÁSQUEZ deja sin piso lo dicho por la víctima y corrobora lo expresado por el procesado ANSB, en el sentido que primero la iban a llevar a un hospital y luego a la casa, sin que pueda descartarse lo referido por el procesado, en tanto deben analizarse de conformidad con las reglas de la sana crítica y confrontarlos con los demás medios de prueba.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema -43380/15-, la violencia se debe valorar desde una perspectiva ex ante, así que es factible que a la víctima se le inhiba la psiquis y la persona sea incapaz de hacer frente a un agresor, pero eso no fue lo que ocurrió en este caso, en tanto se acreditó que quien se dice afectada no fue subida al vehículo policial a la fuerza, lo hizo voluntariamente; ni tampoco adujo cuáles fueron las amenazas de las que fue objeto, e incluso en la denuncia narra hechos específicos-cuántas piezas tenía la casa, el color de las puertas, que el conductor de la panel se quedó en el vehículo-, todo lo cual advirtió al ser ingresada al inmueble donde supuestamente la accedieron, empero, no pudo precisar otros detalles que sí eran relevantes para la comprobación del ilícito. Ni tampoco le mencionó al médico que haya perdido el conocimiento, a consecuencia de lo cual no se puede arribar a la certeza más allá de toda duda acerca de la ocurrencia del delito de secuestro enrostrado a los procesados.

En cuanto al delito de acceso carnal violento y luego de aludir al precedente con el radicado 43380 de 2015, señaló que no se probó la materialidad de tal conducta, para lo cual retoma algunos apartes de lo dicho en juicio por la víctima y diversos testigos, con miras a sostener que ninguno da certeza de su ocurrencia. Así mismo, aunque la víctima dijo que cuando se despertó el señor estaba encima suyo y no sabe “si despertó o reaccionó”, al psicólogo le aseguró que forcejeó con el victimario y logró soltarse, pero en el examen sexológico no se encontró vestigio de lesión y no obra prueba de corroboración periférica que permita arribar a la certeza de la ocurrencia de este específico punible.

La perturbación psíquica y stress postraumático de la víctima, no fue por los hechos enrostrados a los acusados, sino por el comportamiento asumido por XSM esa madrugada, quien reacciona al recibir unas llamadas -a las cuales hizo alusión el procesado ANSB -, las que no contesta, y al encontrarse en una habitación con una persona desconocida, se arrepiente de lo que iba a hacer y sale abruptamente para comunicarse con quien la había llamado y para justificar su actuar le dice a CRISTIAN FERNANDO -con quien sostenía una relación sentimental, pero estaban “de pelea”- que era víctima de unos delitos.

Por último se responde a las alegaciones finales de la Fiscalía y se explica por qué motivo las mismas no son suficientes para edificar una sentencia de condena, e igualmente se señala, con fundamento en reglas de la experiencia, que los comportamientos asumidos por la víctima no encajan dentro de lo normal de una persona que ha sido víctima de los ilícitos enrostrados.

**1.5.-** Inconforme con esa determinación, la delegada fiscal y los Agentes Especiales de la Procuraduría manifestaron que apelarían el fallo y lo sustentarían en forma escrita.

2.- Debate

2.1.-Fiscal-recurrente-

Pide se revoque el fallo absolutorio, y en su lugar se emita sentencia condenatoria en contra de los acusados, con fundamento en lo siguiente:

Contrario a lo dicho por el a quo, se presentó violencia moral o psicológica en contra de la afectada, lo que la forzó a ceder a los deseos del agresor al infundir miedo o terror para someter la voluntad de la víctima, pues XSM indicó que “se paniquió”, es decir, estaba asustada y no era para menos, pues la víctima era asediada a las 4:00 a.m. por 4 policías, estaba bajo los efectos del alcohol, y uno de ellos la obligó a subir a la patrulla a la fuerza.

Desde el momento en que fue abordada por los oficiales, estos adquirieron la condición de garantes, pero ello no lo analizó el a quo por no expresarse en la acusación, no obstante que tal situación emerge de la competencia institucional predicable del Estado, y se materializa por medio sus agentes.

La víctima llamó a CRISTIAN FERNANDO GUTIÉRREZ desde un teléfono celular que encontró en una habitación y le cuenta que unos policías la han violado. Y esa llamada la corrobora ESTEBAN VILLEGAS, propietario de ese celular, lo cual es acorde con la verdad porque la misma fue sacada de pies y manos de la casa por AESB y DMGB, y dejada en un paraje entre La Pradera y el sector Naranjales en dirección contraria a su residencia.

En ese sentido estima que no se realizó una adecuada valoración del testimonio de la víctima, al limitarse el juez a tomar fragmentos de declaraciones para sustentar su decisión, cuando se probó que XSM fue introducida al vehículo policial a la fuerza, en el instante en que era conducido por DMGB y como copiloto AESB.

También se efectuó una errada valoración probatoria frente al delito sexual, ya que a diferencia de lo referido por el a quo, en el registro de llamadas entrantes y salientes no aparecen las dos que dice AESB le hicieron a XSM y que al parecer eran del novio. Y aunque para la época de los hechos la misma tenía una relación afectiva, no lo era con CRISTIAN FERNANDO. En ese sentido el análisis que se hizo de la conclusión del perito forense es equívoca y fundada en suposiciones alejadas de la realidad, toda vez que este pudo observar en la víctima adecuadas relaciones sociales y afectivas, comprometida con su trabajo, y no se concibe que el juez ponga en duda lo dicho por ese profesional, con fundamento en que la víctima le hizo un relato parco y sin detalle de los ilícitos.

Debe tenerse en cuenta los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en especial la Regla 70B sobre los principios que rigen la prueba en delitos sexuales, y pide se analice con detenimiento lo relativo al cruce de pines entre DMGB y ESTEBAN VILLEGAS, al que no le dio importancia el a quo, ya que allí se nota una clara manifestación de la ocurrencia de actos que los comprometen. Así mismo omitió el juez referirse al comportamiento de AESB que lo ubica en un cohecho al ofrecer dinero a VILLEGAS para que se quedara callado.

Reitera en síntesis que el juez no realizó un correcto análisis probatorio, el cual debe ser apreciado en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por cuanto efectuó una argumentación ajena a ello para darle valor solo a los dichos del procesado, y desechó de plano los de la víctima, aunque estos tuvieran respaldo en otros medios de conocimiento.

2.2.- Agentes Especiales del Ministerio Público -recurrentes-

Consideran que se demostró la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de los delitos que le fueron endilgados a los procesados y de los cuales fue víctima la señora XSM. En esa dirección el a quo desacertó en la manera de valorar los testigos de cargo, en tanto su decisión se soporta en un preconcepto frente a la condición de mujer de la víctima, las características de autoridad que ostenta AESB, y se desvalora el testimonio de XSM bajo el argumento de tratarse de una excusa para justificar ante CRISTIAN FERNANDO GUTIÉRREZ una presunta infidelidad, amén de la relación sentimental entre estos, no obstante haberse acreditado que la misma ya había concluido.

Olvidó el a quo que los procesados son guardianes del orden, lo cual los pone en condición de garantes en relación con XSM, por lo que debieron brindarle protección, pero no generarle ese pánico que la llevó casi a un estado catatónico.

Con fundamento en decisión de esta misma Corporación, expresan que en este caso AESB predispuso sus acciones para lograr el acceso carnal con XSM, prevalido de su condición de uniformado que antes que generar respeto, infundió temor y miedo como factor de violencia psicológica que afectó la voluntad de la víctima.

Consideran que le asiste razón al a quo frente a lo decidido en el delito de secuestro simple, por cuanto en realidad el fin era la ejecución de un punible contra la integridad sexual, pero no en lo relativo con la conducta de acceso carnal violento, ya que la Fiscalía sí demostró la materialidad de este específico ilícito y la responsabilidad del procesado con los medios probatorios allegados, los que la defensa no desvirtuó. Y añaden que el juez en su valoración desconoció la fuerza persuasiva del testimonio de la víctima, lo que constituye una forma de revictimización que atenta contra sus derechos, tal cual lo refirió la Corte en fallo con radicado 34494 de 2012.

Hacen alusión a los momentos que conforman el acontecer fáctico, para determinar un hilo conductor, como es la violencia psicológica, y por ende se disiente de la postura del a quo al indicar que se trató de una actividad sexual efímera, porque si como lo dice el juez existió un acuerdo en el que XSM consintió, se preguntan: ¿por qué entonces sacarla de la casa a las malas y dejarla en un sitio desolado?, lo cual es otra forma de violencia psicológica. O ¿por qué motivo de haber obrado un tal consentimiento y luego un arrepentimiento, los procesados no tomaron otra actitud como permitirle llamar, dejarla salir tranquila, mandarla en taxi, o acompañarla a formular denuncia por el delito sexual?, en tanto si las cosas ocurrieron como lo dijo AESB, en el sentido que fue una relación consensuada, todo ello podía explicarse.

Aunque los dichos de CRISTIAN FERNANDO GUTIÉRREZ no sean coincidentes, no puede concluirse que sea un mentiroso y desechar su testimonio por haberse limitado a decir lo que pudo evocar, situación que fue corroborada por XSM, el policial VILLEGAS CASAS, e incluso JHON WILLIAM VELÁSQUEZ vigilante del conjunto, y por ende la pretendida falacia no desvirtúa lo informado por la víctima.

Solicitan se confirme la absolución para ambos procesados con respecto al delito de secuestro simple agravado, pero se debe revocar el fallo frente al delito de acceso carnal violento agravado para endilgar autoría a AESB, y esa misma conducta pero a título de cómplice para DMGB.

2.3.- Apoderado de GÓMEZ BETANCUR-no recurrente-

La Fiscalía basó su recurso en dar credibilidad a los dichos de XSM y tildar de falsas todas las declaraciones que no concuerden con lo asegurado por ella, en contravía de lo referido por los demás testigos, entre ellos ANSB quien narró todo lo sucedido, y los policiales motorizados CASTAÑEDA y MARÍN quienes dieron cuenta de lo percibido y fueron enfáticos en señalar de forma negativa que ningún suceso extraordinario presenciaron el día de los hechos.

El juez desestimó el testimonio de CRISTIAN FERNANDO GUTIÉRREZ por una serie de inconsistencias, en tanto fue el exnovio de XSM, quien dijo haber tenido varios contactos telefónicos con la víctima la madrugada del hecho originados desde su número celular, entre ellos que XSM era llevada en una patrulla lo que establecería que necesitaba ayuda. Pero sucede que todo eso es mentira al no concordar con lo narrado por la afectada, y como si ello fuera poco del registro de llamadas se advierte que la misma no existió. Así como lo pertinente al forcejeo que adujo escuchar, porque ello se contradice con lo referido por el policial VILLEGAS, a consecuencia de lo cual se puede asegurar que dicho testigo miente.

Controvierte lo referido por el fiscal en relación con las presuntas llamadas que recibió XSM cuando se encontraba con AESB, las cuales son inexistentes, así como lo dicho por la afectada, pues en un primer examen sexológico al narrar los hechos se infiere que estaba consciente, para luego decir que se “paniquió” y por ello perdió el conocimiento hasta que se despertó con AESB encima mientras la penetraba. Cambio de versión que considera necesario pues de haber estado consciente habría gritado cuando la llevaban a la habitación para violarla y el resto de policiales que habitaban el lugar se hubieran percatado de lo sucedido.

Frente a los mensajes de texto por black berry, lo que se hizo por la Fiscalía fue introducir información dejada al navegar por medios tecnológicos, elemento que debía obtenerse conforme a la ley, pero no se hizo, como así se alegó y fue acogido por el a quo; máxime que lo aportado estaba incompleto y se impidió conocer el verdadero contexto en que se produjo la comunicación, destacando algunos de sus apartes para pregonar que DMGB jamás intervino a favor de su jefe AESB, sino que se encontró supeditado al cumplimiento de órdenes que no configuraban delito, pero sí consecuencias disciplinarias para su jefe y eran las que se querían evitar.

El Ministerio Publico violó el principio de congruencia y el derecho de defensa, al decir que XSM se vio intimidada porque era de madrugada, fue abordada en un paraje solitario por dos policías en uniforme, a consecuencia de lo cual aprovecharon su condición de embriaguez que no la dejaba autodeterminarse, y fue por ello que abordó la panel de la policía, todo lo cual es distinto a lo que fue objeto de la acusación y por lo mismo atacado por la defensa. Igualmente esgrime que ni la Fiscalía ni la Procuraduría explicaron la violación de las reglas de la experiencia y la sana crítica de lo narrado por XSM.

En este caso no se vislumbra duda razonable, sino que no se logró demostrar lo realmente acaecido, motivo por el cual el a quo en aplicación del principio de no suficiencia, y ante dos versiones opuestas, dio credibilidad a aquella que tenía respaldo en los demás medios probatorios.

Pide en consecuencia se confirme el fallo confutado.

2.4.- Apoderado de AESB -no recurrente-

Expresa que el delito de secuestro no existió, porque el único hecho suasorio sería la declaración de XSM, la cual se desvanece por las inconsistencias que relucieron en juicio y porque lo referido por los demás testigos la dejan sin piso. Por demás, no resulta lógico que una persona que presuntamente ha sido víctima de un delito tan atroz, no tenga claro aspectos básicos de lo que pasó.

La privación de la libertad nunca ocurrió y su presencia en el carro policial obedeció a un acto voluntario. La aseveración se fortalece con el hecho que XSM se percató que el vehículo se detuvo, AESB desciende y la deja sola, sin reacción de su parte, y es allí donde entra en un estado indescriptible, sin entender si perdió el conocimiento o se bloqueó de tal manera que le imposibilitó recordar lo sucedido, hasta que despertó con un sujeto encima.

Las versiones entregadas a diferentes personas es contradictoria, porque inicialmente describe los hechos, y ya luego en forma repentina tiene una afectación transitoria en su memoria que le impidió conocer lo que pasaba. Así mismo es extraño que indique que al llegar a su casa tenía el celular, y al indagarle acerca del por qué no lo usó, señaló que estaba descargado; contrario a lo que le manifestó a JHON WILLIAM VELÁSQUEZ al cual le informó que los policías que habían intentado violarla dañaron su celular, siendo ilógico que una persona que haya sido secuestrada no fuera despojada de su teléfono.

En relación con la agresión sexual, aduce que lo narrado por la víctima no es claro, pues la misma no sabe a ciencia cierta cómo pasó el suceso, limitándose a decir que despierta con un hombre encima que la accedía, pero no dice en qué forma se doblegó su voluntad para ceder a esa presión y permitir la penetración. Pero no solo no es claro ese relato sino que también es contradictorio, porque en la denuncia y ante el médico legista relató que la metieron a una habitación y se dio el abuso y era consciente de lo sucedido, pero en juicio dijo que no sabía cómo había llegado a esa casa, al no recordar lo que pasó desde la droguería donde se bajó AESB y el momento en que despierta desnuda y con un hombre encima. Es indudable que miente.

Aceptar la versión de la víctima sería un absurdo, pues si se habla de hechos violentos es ilógico que con un simple estrujón se quite al abusador de encima y tenga la facultad posterior de realizar tantas cosas sin que este se lo impidiera o al menos tratara de impedírselo. Y antes por el contrario, todo sucedió en una perfecta calma que impidió a los propios moradores del inmueble -otros policías- escuchar algo o enterarse lo que es materia de juzgamiento. En síntesis, el relato de XSM no encuentra soporte probatorio, ni siquiera en la prueba pericial, porque de conformidad con lo indicado por el médico forense, su conclusión frente al caso indicaba una duda acerca de si se había presentado penetración o no.

En este caso es indudable que la señora XSM jamás fue objeto de secuestro ni agravios sexuales, al haber existido una situación consentida en la que participaron la víctima y uno de los acusados. Razón suficiente para absolver a ambos coprocesado, al menos con fundamento en la duda probatoria.

2.2.- Debidamente sustentado el recurso, el funcionario de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

3.1.-Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía y el Ministerio Público-.

3.2.-Problema jurídico planteado

Corresponde al Tribunal establecer si la sentencia absolutoria proferida en favor de los señores AESB y DMGB se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo se dictará sentencia condenatoria, como lo pideel Fiscal y los agentes especiales del Ministerio Público.

3.3.- Solución a la controversia

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

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

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

El debate de fondo que se suscita por las partes e intervinientes inconformes, hace relación con la valoración del conjunto probatorio, en el entendido que mientras la defensa y el juez de la causa le restaron mérito al testimonio de quien se dice agraviada, el delegado fiscal y los Procuradores especialmente designados para el caso, le dan crédito a la narración de la víctima a efectos de soportar los términos de la acusación; sin embargo, entre los apelantes hay diferencias sustanciales, porque la Fiscalía es del criterio que debe prosperar una condena por ambos delitos -acceso carnal violento y secuestro simple-, en tanto el Ministerio Público al final argumentó que se debía condenar solo por el punible contra la libertad sexual, y absolver por el reato de secuestro simple.

Los temas y subtemas que el Tribunal considera indispensable resolver, se pueden concretar en el siguiente orden y por medio de los interrogantes que a continuación se esbozan: Primer tema: ¿se presentó un hecho irregular en la madrugada de ese 29 de marzo de 2013 donde fue víctima la joven XSM?; subtemas: ¿de ser cierta la existencia de un hecho irregular, en qué consistió, en qué momento se dio, y quiénes lo ejecutaron? Segundo tema: ¿ese hecho irregular es constitutivo de un ilícito contra libertad sexual?; subtemas: ¿de ser así, en qué modalidad y si fue o no intencional? Tercer tema: ¿el mismo hecho irregular es coetánea o sucesivamente constitutivo de un delito contra la libertad individual por vía de un concurso material efectivo de conductas punibles?; subtemas: ¿de ser así, en qué momento se cometió, en qué modalidad, y si fue o no intencional?

Las respuestas que tiene la Corporación para ofrecer respecto de cada uno de esos cuestionamientos, luego de analizar con detenimiento las pruebas allegadas al juicio, las alegaciones de cada uno de los sujetos procesales, y el contenido de los escritos tanto de los recurrentes como de los no recurrentes, se pueden concretar de la siguiente manera:

- Primer tema: ¿se presentó un hecho irregular en la madrugada de ese 29 de marzo de 2013 donde fue víctima la joven XSM? Subtemas: ¿de ser cierta la existencia de un hecho irregular, en qué consistió, en qué momento se dio, y quiénes lo ejecutaron?

La Sala considera que lo importante a resaltar es que Tirios y Troyanos están de acuerdo al menos en una cosa: UN HECHO IRREGULAR SÍ SE PRESENTÓ esa madrugada del 29 de marzo de 2013. Lo que ocurre es que mientras los defensores y el juez de la causa estiman que ese hecho irregular no trascendió la órbita del derecho penal, solo la disciplinaria, el delegado fiscal y el Ministerio Público son del criterio que sí se transgredieron tipos penales específicos (el fiscal que hay un concurso entre acceso carnal violento y secuestro simple, y la Procuraduría que solo el delito sexual mas no el secuestro). Para el Tribunal en cambio, dígase desde ya, si bien ese hecho irregular sí traspasó las fronteras del Código Penal, la prueba finalmente obtenida en juicio indica que los hechos tenían una connotación diferente y por tanto la calificación jurídica ameritaba un enfoque distinto. Se explica:

La acusación se definió o decantó por una acción física violenta en contra de la víctima, a quien se asegura un uniformado la cogió del brazo por la fuerza y la ingresó a una patrulla policial tipo panel conducida por un subalterno, la llevaron igualmente por la fuerza al apartamento del conductor, la ingresaron al cuarto de éste, la tiraron a la cama, y cuando despertó uno de ellos estaba encima penetrándola - AESB- mientras el otro uniformado miraba- DMGB-. Ella empujó a esa persona y se resguardó en otro cuarto desde donde se logró comunicar con su amigo CRISTIAN FERNANDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ.

Esa acción física violenta, según se aseguró por Fiscalía y Ministerio Público, encuentra respaldo en la narración ofrecida por la propia víctima y por ello se consignó así en la acusación. No obstante, al momento de exponer su teoría del caso en los alegatos de apertura del juicio oral, ya el delegado fiscal lo que prometió probar era que los acusados: “se habían aprovechado de la condición de indefensión en que ella se encontraba”; y posteriormente, habida consideración a las inconsistencias sustanciales detectadas por el bloque defensivo y por el juez a quo en la sentencia respecto del relato que ofreció en juicio la agraviada, el fiscal en su escrito de apelación no hizo énfasis en una “violencia física o material”, sino más bien en una “violencia moral o síquica” consistente en que por tratarse de agentes del orden que estaban uniformados, armados y provistos de un medio de locomoción, de seguro infundieron temor a una joven solitaria y en precarias condiciones anímicas -entiéndase trasnochada y bajo los efectos del licor-, a efectos de lograr sus depravados propósitos. De las intervenciones del órgano persecutor surgen los siguientes interrogantes: ¿en qué quedó el uso de la fuerza constitutiva de una violencia física que se dejó consignado en el pliego acusatorio?, ¿por qué se cambió esa violencia física para proponer un aprovechamiento de condiciones de indefensión o quizá mejor una violencia moral o síquica? Con esa presentación del caso lo que se intuye es que el mismo ente persecutor no tenía claro dónde ubicar la acción delictiva e intentó ensayar todas las opciones posibles. A juicio de la Corporación, esos cambios de presentación de los cargos por parte del órgano acusador tienen su razón de ser, como lo veremos más adelante, en que en realidad de verdad la situación fáctica de este asunto no da confiabilidad acerca de qué fue lo que realmente sucedió esa madrugada.

Para los defensores y juez de primer grado, en cambio, no existe prueba atendible que indique que contra la joven XSM se ejerció violencia física en los términos de la acusación, y ni siquiera moral o síquica, porque nunca se dijo que los uniformados le mostraran sus armas a esta joven, o la amenazaran de alguna manera, simple y llanamente lo que se dijo es que uno de los uniformados “la cogió del brazo y la subió a la panel”, y ya en el recorrido ella quedó inconsciente sin explicarse la razón para ello, porque se limitó a decir que “se paniquió”, y que cuando despertó a raíz supuestamente de unas llamadas que le hicieron a su celular, tenía a un sujeto encima a quien empujó, para a continuación vestirse y salir de ese cuarto sin oposición alguna por parte de los citados agentes.

Como se observa, para el bloque defensivo y para el juez de conocimiento, lo ocurrido tuvo suceso no por la fuerza, sino con el consentimiento de la víctima, así que si en realidad algún hecho irregular sucedió, no fue propiamente una violación carnal ni un secuestro, sino un proceder reprochable en cuanto en realidad no era bien visto que los integrantes de una patrulla policial que estaba de servicio, e incluso uno de ellos era el jefe de vigilancia en la zona, utilizaran ese vehículo oficial para llevar a una dama a tener relaciones sexuales a la casa del conductor, independientemente que ella diera su consentimiento.

Conforme ya lo anunciamos, para el Tribunal, por supuesto, un hecho irregular sí existió, y en ello estamos de acuerdo con todos los sujetos procesales; empero, la Sala no comparte ni la posición asumida por los defensores y por el juez de primer grado, ni tampoco lo consignado por el delegado fiscal al momento de concretar los cargos en el escrito acusatorio y en la audiencia de formulación de acusación, secundado por el Ministerio Público, como quiera que ninguna de esas hipótesis contrapuestas está debidamente acreditada y existe la posibilidad de que lo ocurrido se haya desarrollado de una manera distinta. Así lo aseguramos, por lo siguiente:

No se comparte lo anunciado por los defensores y por el juez a quo, porque el asunto no se quedó por supuesto en una mera infracción disciplinaria, sino que trascendió y de qué manera al ámbito penal, como lo demostraremos en capítulo posterior. Y no podemos compartir la postura de la Fiscalía al momento de formular la acusación y de la Procuraduría, porque en realidad aquí no quedó demostrada la violencia, sino quizá, tal vez, un aprovechamiento consciente de la condición de indefensión o inferioridad que generaba una incapacidad de resistir por parte de la víctima, sin que fuera necesario el uso de la fuerza o la intimidación. Basta indicar que si se escucha bien el testimonio de la afectada en juicio, allí se limita a referir que el copiloto del vehículo se bajó, abrió la puerta de la panel y “me subió”, sin más aditamentos, es decir, en momento alguno utilizó la expresión “a la fuerza”; e incluso cuando se le pregunta por parte del fiscal qué le dijeron en ese momento, ella afirmó “nada”, y añadió que a raíz de esa situación “le dio miedo, susto” y “se quedó quieta”. Queda por tanto la impresión que se trató de una situación bien particular, en la cual antes que el ejercicio de la fuerza lo que se presentó tal vez fue el aprovechamiento de las singulares condiciones en que ella se encontraba.

Ahora, respecto a quiénes ejecutaron ese acto de contenido antijurídico, y en qué momento, hay lugar a hacer varias precisiones:

No hay duda y no se discute, que quienes efectuaron la acción criminosa fueron los miembros de la Policía Nacional en servicio activo debidamente identificados e individualizados en la imputación y en la acusación. Pero la Corporación observa, además del error en la calificación anunciado acerca de lo cual nos dedicaremos con espacio a continuación, una inconsistencia en el grado de participación que se atribuye a cada uno de los copartícipes. Esto último, en cuanto no se tiene clara la razón por la cual a los dos involucrados se les endilga coautoría en la infracción contra la libertad individual (secuestro simple), pero en cambio se tiene a uno como autor -ANSB- y al otro como cómplice -DMGB- en el delito sexual (violación). Y no es clara en este caso esa mezcla o dualidad, porque al tratarse de un mismo contexto de acción, una misma planeación, y una misma ejecución, o se es coautor o se es cómplice, pero no las dos cosas a la vez. Basta decir que no se sabe bien en donde dejó de cometerse el secuestro en calidad de coautor por parte de uno de ellos -nos referimos al acusado DMGB-, para pasar de buenas a primeras a ser un mero cómplice en el acceso carnal violento. Lo dicho, en cuanto si la privación del derecho a la locomoción y el traslado de la víctima tenía por fin la obtención del acceso carnal, y tal proceder se llevó a cabo en forma mancomunada según se sostuvo por el ente persecutor, como quiera que AESB en calidad de Subteniente y jefe al mando introdujo supuestamente por la fuerza a la joven dentro de la panel y fue quien la penetró vaginalmente, en tanto el subordinado Patrullero DMGB fue el encargado de conducir el vehículo oficial hasta su morada, y una vez allí facilitó su cuarto para la consumación del reato al parecer en su presencia -aunque esto último no lo ratificó la joven en el juicio-, no vemos por parte alguna la ruptura de esa secuencia que hiciera meritorio un cambio de una coautoría a complicidad o viceversa.

En ese sentido, la Fiscalía estaba en el deber de decantar el grado de participación de DMGB, bien por la coautoría ora por la complicidad, pero no las dos formas de coparticipación al mismo tiempo, habida consideración a que se estaba en presencia de una cadena de actos unidos por un mismo hilo conductor.

- Segundo tema: ¿ese hecho irregular es constitutivo de un ilícito contra libertad sexual? Subtemas: ¿de ser así, en qué modalidad y si fue o no intencional?

Al tenerse claro que esa madrugada sí ocurrió un hecho antijurídico que involucra una infracción a la ley penal, lo que sigue es establecer a qué punible nos estamos refiriendo. Y en esa dirección el punto de partida es el ingreso supuestamente violento de la referida dama a una panel de la Policía Nacional, porque a partir de allí, al decir del pliego acusatorio, se empleó la fuerza física para doblegar la voluntad de la víctima con miras a ingresarla al automotor y desplazarla sin su consentimiento hasta una vivienda en donde sería accedida carnalmente. Antes de ese momento nada extraño había pasado, o por lo menos nada que afectara la integridad de la joven XSM a manos de los servidores públicos.

Podemos asegurar por tanto y con total seguridad, que entre las 11:00 de la noche del 28 de marzo y las 4:00 de la madrugada del día siguiente 29 de marzo de 2013, no hubo intervención policial en este asunto, en cuanto la joven XSM departía tranquilamente con unos amigos en establecimientos abiertos al público del vecino municipio de Dosquebradas (Rda.), en donde ingirió licor (cerveza y aguardiente) al parecer en forma moderada. Fue posterior a esa hora en que según se afirma comenzó la situación anómala, porque mientras XSM estaba en el parqueadero del barrio La Mariana donde dejó la moto para intentar encontrar las llaves de ese rodante que se le habían perdido, fue abordada tanto por una patrulla motorizada como por dos agentes que se encontraban en un vehículo oficial tipo panel, y al final fueron estos últimos quienes se vieron involucrados en el episodio criminoso denunciado, concretamente en una supuesta violación carnal que tuvo ocurrencia esa misma madrugada entre las 4:30 y las 5:30 a.m., para finalmente ser abandonada la víctima en un lugar distante.

De ese ingreso violento al vehículo oficial se hace depender el punible de secuestro, como quiera que a partir de ese instante, según se asegura por el ente persecutor, la joven quedó a merced de los uniformados. Pero ocurre, que el fin último que animaba la escena no era propiamente o en sí mismo privar de la libertad a XSM, sino más bien lograr su desplazamiento hasta un lugar propicio para ejecutar el delito sexual, nada diferente al apartamento del conductor de la panel DMGB. De allí surge un primer escollo, porque al decir de los delegados del Ministerio Público, hay lugar a absolver por el punible de secuestro simple como quiera que en verdad el propósito que tenían los uniformados no era limitar el derecho de locomoción de esta ciudadana, sino saciar sus instintos carnales y para ello resultaba forzoso el desplazamiento hacia algún lugar.

Sea como fuere, lo que llama poderosamente la atención del Tribunal en primer término, es que cuando se esperaba que esa violencia física que supuestamente se ejerció en contra de XSM para subirla al vehículo oficial se mantuviera durante todo el recorrido y hasta el instante mismo en que se llevó a cabo el acceso carnal, es decir, que la dominación o sometimiento hubiese sido constante desde el comienzo hasta el final, la realidad procesal enseña que de conformidad con los hechos probados eso no fue así. Obsérvese:

Muy a pesar que la joven que se dice ofendida aseguró desde la denuncia el mismo día del suceso y a lo largo de su valoración por parte de los expertos adscritos al Instituto de Medicina Legal -entiéndase anamnesis ante el médico legista y el psicólogo forense-, que se enteró de todo lo sucedido y podía dar fe que los agentes del orden la hicieron cautiva y por la fuerza la llevaron hasta una vivienda, la tiraron a la cama y allí abusaron sexualmente de ella, extrañamente para el momento del juicio oral su exposición dio un giro de 180 grados, porque ya no sostiene aquello de haberse dado cuenta de todo lo ocurrido, como quiera que en su testimonio ya refiere que solo recuerda que un oficial la cogió del brazo, la subió a la patrulla, pasaron por su casa, luego se detuvieron en una droguería, y a partir de ese momento quedó inconsciente porque “se paniquió” y no volvió a enterarse de nada hasta que despertó en una alcoba con un sujeto encima quien la estaba penetrando (el copilo AESB), lo empujó, recogió su ropa, y salió de allí hasta encerrarse en otra alcoba desde donde logró comunicarse con su amigo CRISTIAN GUTIÉRREZ para pedirle ayuda.

Esa nueva exposición de parte de la persona que se suponía debía dar claridad a todo esto, sorprende, porque tergiversó sustancialmente la secuencia de la acción violenta, y a cambio propuso que lo realmente acaecido consistió en que en un momento dado del trayecto ella perdió el conocimiento, sin saberse bien por qué (ella explica que quizá la venció el sueño por el trasnocho al que no estaba acostumbrada y por el consumo de licor[[1]](#footnote-1)), y sus captores aprovecharon ese estado en que se encontraba para ejecutar un ilícito sobre su cuerpo.

Lo cierto es que nada de lo dicho concuerda con la lógica, porque una cosa es que “se haya paniquiado del miedo”, como lo expresó con sus propias palabras en forma insistente, es decir, que “se haya quedado paralizada del susto” dado el contexto de lo que estaba sucediendo, situación que es totalmente comprensible, y otra bien diferente que “hubiera perdido el conocimiento”, es decir, que hubiera entrado en un estado de inconsciencia y no se hubiera enterado de nada más hasta que se despertó con ese sujeto encima.

Nótese que una situación no implica la otra, son estados mentales abiertamente diferentes e incompatibles. Con mayor razón cuando se sabe lo siguiente: (i) que según lo afirmó entró en ese supuesto grado de inconsciencia en un momento bien inoportuno, porque refirió que perdió el sentido justo cuando pararon en la farmacia (cabe recordar que según se aseguró el St. AESB se bajó a comprar un condón) y ella quedó sola en la parte de atrás de la panel, es decir, que según eso perdió la mejor oportunidad que tenía para huir; y (ii) que ese estado de inconsciencia no solo no fue probado en juicio como se supone debía hacerse con los profesional de la medicina que atendieron su caso, sino que por el contrario, lo que se indicó por parte de los expertos forenses es que según el dicho de la paciente siempre estuvo en pleno uso de sus facultades mentales durante todo el recorrido hasta el ingreso al citado apartamento. Es más, ella no presenta antecedentes de estados de inconsciencia en situaciones de estrés, ni se explica tampoco cómo sí fue capaz de enfrentarse a sus captores una vez despertó, y en forma posterior cuando la querían sacar de esa vivienda, porque según sus propias palabras durante ese último recorrido antes de que la dejaran abandonada intentó incluso quitarle a uno de los agentes el arma que llevaba consigo.

Como vemos, esas inconsistencias no solo son sustanciales y desequilibran la confiabilidad del relato acusador, sino que dan pábulo a los cuestionamientos defensivos en el sentido que la joven XSM se vio forzada a inventarse ese estado de inconsciencia ante la imposibilidad en que se encontraba de dar explicación a cosas inexplicables al momento de ser interrogada en juicio, así: (i) ¿cómo es posible que no huyera si el vehículo paró en la farmacia y la puerta estaba abierta?; (ii) ¿cómo creer que fuera ingresada a esa vivienda sin hacer bulla y se ejecutara ese acto violento sin que las personas que dormían en las otras dos habitaciones escucharan nada extraño, no obstante que se sabía que estaban a punto de despertar porque se acercaba la hora de salir para el trabajo (se trataba también de agentes de la policía que prestaban sus respectivos turnos de vigilancia). Recuérdese que estos solo se enteraron del problema cuando ella se ocultó en una de esas otras dos habitaciones para hacer las llamadas y posteriormente empezó a gritar para que no la fueran a sacar a la fuerza como efectivamente lo hicieron los dos agentes aquí involucrados.

Se trata en verdad de situaciones que no tienen una explicación razonable, y que generan serias dudas acerca de lo que en realidad ocurrió esa trágica noche.

De todo lo hasta aquí expuesto, surgen los siguientes interrogantes: (i) ¿el acceso carnal al cual nos estamos refiriendo, si es que se da por sentado que efectivamente hubo una cópula en los términos anunciados por la víctima, lo fue mediante violencia física o síquica; o, por el contrario, atendiendo también lo narrado en juicio por la propia afectada, lo fue por el aprovechamiento de las condiciones de inferioridad o indefensión que le generaron una incapacidad para resistir por razón del referido estado de inconsciencia? Adicionalmente: ¿fuera del ejercicio de la violencia o del aprovechamiento de ese estado de indefensión o inferioridad, caben otras hipótesis, tales como quizá un acceso carnal consentido, o un acceso en persona puesta en incapacidad de resistir?

Como es sabido, en el ámbito del delito sexual la teoría del caso por parte de la Fiscalía se decantó por el acceso carnal violento, en tanto los defensores sostuvieron la tesis de un coito consentido, y en esa postura fueron secundados por el juez de la causa quien inclinó la balanza a favor de una relación sexual voluntaria de parte de la víctima y con fundamento en ello absolvió.

El pensamiento del Tribunal es diferente porque, como ya lo anunciamos, no respaldará ninguna de esas tesis opuestas o antagónicas, ya que la Sala considera que ni la Fiscalía logró probar en juicio la violencia, ni tampoco quedó establecido que la víctima se prestó voluntariamente para la cópula. Lo que emerge de un análisis detallado de la actuación, en criterio de la Colegiatura, es en realidad otra cosa, nada distinto a que quizá lo que acaeció fue un delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, y los argumentos que se tienen para soportar la posibilidad de esa otra hipótesis, son múltiples:

En primer lugar, de la mayor parte de las pruebas allegadas al juicio, incluidas las versiones de los propios protagonistas -víctima y victimario-, se extrae que la joven XSM estaba en un estado de indefensión. El procesado al hacer dejación de su derecho a guardar silencio, aseguró en juicio que cuando vio en la vía pública a XSM, la notó bajo los efectos del licor porque se iba para los lados y hablaba enredado con la lengua como pesada[[2]](#footnote-2), y cuando se le preguntó a la víctima cuál pudo ser la razón para haber perdido el conocimiento durante el recorrido que efectuó en el vehículo oficial -como ya lo dijimos- manifestó que quizá el sueño la venció porque estaba trasnochada y había ingerido licor. Así mismo, todas las personas que de una u otra manera tuvieron contacto con ella en todo ese periplo, nos referimos a los patrulleros motorizados que la atendieron inicialmente a buscar las llaves perdidas -en particular el oficial EDUARD FABIÁN MARÍN CASTAÑO-, lo mismo que los agentes que ocupaban las otras dos piezas del apartamento donde según se afirma sucedió el acceso carnal -en particular el uniformado ESTEBAN ENRIQUE VILLEGAS CASAS-, y también el vigilante de la unidad residencial que la atendió luego de ser abandonada -JHON WILLIAM VELÁSQUEZ CASTRO guarda de seguridad del conjunto “La Castilla”-; e incluso hasta los oficiales que estaban de guardia en la Estación de Policía donde ella se presentó posteriormente a formular la denuncia -los agentes CARLOS ALFONSO PARRA ALDANA, RUBÉN DARÍO UCHIMA, y el Mayor EFRÉN BLANCO QUINTERO, al igual que las anotaciones que quedaron registradas en la Minuta de Guardia-, son coincidentes en sostener que la joven presentaba aliento alcohólico y no coordinaba sus movimientos, amén que se apreciaba en ella un aspecto descuidado. Salvo entonces los datos referidos por los expertos forenses que la atendieron con posterioridad, quienes no dan cuenta de ningún estado de inconsciencia porque la paciente no lo refirió, el restante material probatorio coincide en asegurar que un estado anímico precario fruto de la ingesta de licor y el trasnocho, sí existió en la persona de XSM.

Podría pensarse, porque también está dentro de lo posible, que a ella le pudieron haber suministrado algún somnífero o sedante vía aérea, a consecuencia de lo cual hubiera perdido la consciencia, y hasta podría llegarse a pensar que con esa finalidad se bajó del vehículo oficial el St AESB, o sea para adquirir un fármaco con miras a doblegar la voluntad de la víctima. Empero, contra esa posibilidad salen al paso las siguientes evidencias: (i) según lo establecido, el motivo por el cual se bajó el comprometido ANSB para ir hasta la droguería, no fue para comprar ningún fármaco, sino para adquirir un preservativo (condón), según lo verificó el investigador de la defensa –profesional JAMES ARIEL VELÁSQUEZ CÁRDENAS-, sin que la Fiscalía se haya opuesto a tal afirmación; (ii) de haber existido el uso de un somnífero, así lo habría indicado o al menos insinuado la víctima, aunque no obstante en una de sus narraciones previas al juicio sí mencionó que a ella: “le taparon la boca para que no gritara”, pero esa manifestación extrañamente tampoco la reiteró en su intervención en juicio, y a ese respecto dio versiones contradictorias, porque mientras en la denuncia sostuvo que: “[…] el que estaba de copiloto se bajó y luego abrió la puerta corrediza me haló y me tapó la boca metiéndome a ese vehículo y me siento en la silla larga luego cerró la puerta corrediza”[[3]](#footnote-3), ya ante el médico legista que efectuó el dictamen sexológico refirió: “[…] uno de ellos se bajó de la patrulla y cogiéndome de la mano me obligó a subir, luego cuando pasamos por mi casa le dije que me quedaba, pero ellos siguieron, por lo que yo intenté salir y gritar por lo que me taparon la boca, luego llegamos a una casa […]”. Surge el interrogante: ¿dónde le taparon la boca, cuando la subieron al vehículo o posteriormente cuando no pararon en su casa sino que siguieron?, lo cual es relevante porque se trata de dos instantes bien diferentes; y (iii) de tener en su poder los policiales un elemento obnubilador, de seguro lo habrían utilizado también dentro de la vivienda, no solo para ingresar a la joven sin llamar la atención de quienes allí residían en las otras dos habitaciones, sino también para lograr sacarla de ese lugar sin mayores contratiempos, pero ya se sabe que eso no fue así, porque lo que quedó establecido es que a ella la tuvieron que sacar a la fuerza de pies y manos porque ahí sí empezó a gritar y no se quería salir del inmueble, ya que creía que la iban a llevar a algún lugar para matarla.

Queda claro por tanto, que si la víctima estaba inconsciente para el momento en que fue accedida, como ella misma lo asegura, o estaba en un estado anímico precario que le impedía defenderse para el instante en que fue subida a la panel, una tal condición no fue generada por los aquí acusados, o al menos no existe prueba cierta a ese respecto, sino que esa circunstancia se sobrevino por situaciones precedentes (al parecer ingesta de licor y trasnocho que la debilitaron al punto de entrar en un sueño profundo).

Como fácilmente se aprecia, la situación que el Tribunal resalta es bien relevante porque si se le cree a la víctima su relato en juicio, como en principio debería hacerse y así lo solicita el delegado fiscal, entonces la única conclusión en derecho es que el cargo de acceso carnal violento imputado por la Fiscalía y ratificado al momento de formular la acusación, se desvanece, porque el delito sexual que en principio era el llamado a atribuirse debió ser otro totalmente diferente: no acceso carnal violento, sino acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

Y la situación se complica cuando es evidente que la violencia es incompatible con el abuso de una incapacidad de resistir, porque es una cosa o es la otra, pero no las dos al mismo tiempo. Es así, en cuanto la causa que da lugar o permite la ilicitud es sustancialmente diversa en uno y otro evento, como quiera que mientras en la violación el sujeto agente tiene que doblegar o vencer la voluntad de la víctima, bien mediante una agresión física o por medio de amenazas o el uso de la intimidación, en el abuso de persona en incapacidad de resistir el ejecutor no requiere de la violencia, de la amenaza ni de la intimidación, porque la víctima no está en condiciones de oponerse y por tanto no hay necesidad de someterla.

Adicional a ello, tampoco es atendible que la acción delictiva comenzara por la fuerza y concluyera con un aprovechamiento de la pérdida del conocimiento, sin que exista certeza acerca de la razón por la cual se dio ese cambio intempestivo, porque ni la víctima logró dejar cabalmente establecida esa situación en juicio, ni los expertos forenses ofrecieron alguna explicación a ese respecto.

Queda por tanto una duda insalvable acerca del verdadero modo en que XSM ingresó a la panel policial, ya que no se sabe bien si en realidad la introdujeron mediante violencia para hacerla prisionera, o simple y llanamente los agentes, en particular el St ANSB, se aprovecharon del estado anímico precario en que ella se encontraba.

A todo lo cual se abona que lo único que se sostuvo en el juicio por parte de la joven que se dice afectada, es que “la tomaron por el brazo y la subieron al vehículo”. Es decir, no se habla de un forcejeo con la consiguiente repulsa o resistencia por parte de la víctima, porque muy seguramente no se requería de un mayor esfuerzo para lograrlo precisamente por la condición de indefensión en que se encontraba.

Situación por demás ratificada por los patrulleros motorizados -los auxiliares de policía FERNANDO ALONSO CASTAÑEDA y EDUARD FABIÁN MARÍN CASTAÑO- quienes se acercaron al referido parqueadero del barrio La Mariana para ayudar a buscar las llaves perdidas, en cuanto fueron enfáticos en sostener que tan pronto vieron que la joven se montó a la panel sin que se presentara inconveniente alguno -aseguran que allí no hubo nada anormal-, se retiraron del lugar porque entendieron que sus compañeros de labores se iban a encargar de su traslado o desplazamiento a un lugar seguro.

Para rematar, se quiso reforzar en juicio la existencia de esa agresión policial con el testimonio de CRISTIAN FERNANDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, con quien según se afirmó la víctima había sostenido una relación sentimental, declarante que aseguró que esta lo llamó desde la panel para decirle que se la estaban llevando por la fuerza y tenía miedo, cuando la realidad enseña que esas comunicaciones dentro del vehículo oficial nunca se realizaron porque no aparecen relacionadas en el link de llamadas entrantes y salientes que fueron estipuladas por las partes, e incluso eso nunca lo refirió la víctima en el juicio. Por demás, tampoco es confiable su relato en el sentido que en una de las llamadas que recibió de XSM cuando estaba encerrada en el cuarto, pudo percibir que un hombre pujaba como haciendo fuerza y el movimiento de una puerta, o al menos ello no se dio en la habitación en donde fue accedida, porque es sabido que ninguna comunicación se realizó cuando el acto sexual se estaba ejecutando, ni tampoco ello coincide con la narración efectuada en juicio por el patrullero ESTEBAN VILLEGAS a quien le correspondió atender a la joven en el instante en que se ocultó en su pieza para pedir ayuda.

En síntesis, en criterio de la Colegiatura la hipótesis más cercana a la realidad procesal es que se trató de un acceso carnal en persona en incapacidad de resistir, y se debe descartar por las razones ya expuestas la existencia de una violencia tanto física como síquica para doblegar la voluntad de la víctima, no solo porque una agresión física no tuvo plena comprobación en el plenario y la duda campea en ese sentido como ha quedado demostrado, sino porque por parte alguna se aseguró que los uniformados realizaran alguna amenaza en su contra, o le enseñaran armas, ni ello se puede deducir del simple hecho de tratarse de agentes de la policía, porque bien o mal en términos normales y salvo desde luego lamentables excepciones, las reglas de la experiencia enseñan que lo que la presencia de la autoridad debió infundir en la joven dado el contexto de lo ocurrido, no era miedo, sino confianza y protección, porque precisamente habían llegado donde se encontraba en el parqueadero para ayudarla y no para perjudicarla. Incluso la propia víctima ante una pregunta en tal sentido aseguró: “no vi malas intenciones en los motorizados cuando me dijeron que me llevaban”.

Para intentar esclarecer lo realmente acaecido, era de suma importancia -en criterio del Tribunal- traer al juicio al celador del referido parqueadero señor LUIS ALBERTO RIVERA, pero ya se sabe que no obstante haber sido citado como testigo de cargo por parte de la Fiscalía, su comparecencia finalmente no se logró. Y era relevante su presencia porque hubiera indicado, entre otras cosas, las siguientes: (i) el verdadero estado anímico de XSM; (ii) quiénes se hicieron presentes para ayudarle a buscar las llaves de la moto, y en qué orden lo hicieron; y (iii) si la panel recogió a la joven justo en la entrada del parqueadero como se asegura, o lo fue cuadras más adelante en el recorrido hacia su casa.

En tan particulares circunstancias, tampoco se puede dar crédito, al menos con total certeza como lo pregona la bancada de la defensa, a la versión según la cual quien ahora se dice ofendida dio su consentimiento para que sobre ella se realizara el acceso carnal. Veamos:

Podría pensarse que si XSM fue capaz de conducir su motocicleta desde el lugar donde estaba departiendo con sus amigos e ingiriendo licor hasta el parqueadero, es porque entonces no estaba tan mal anímicamente, aunque surge la duda acerca de por qué entonces envolató sus llaves. Pero sea como fuere, es sumamente ingenua la narración que en juicio realizó el acusado ANSB cuando sostuvo que en pocos segundos conquistó a esa joven desconocida y de inmediato ella aceptó tener relaciones sexuales. Así lo aseguramos por lo siguiente: (i) no es sensato creer que de buenas a primeras surgió ese enamoramiento cuando según las palabras utilizadas por el propio procesado, ella ni siquiera estaba en sus cabales ya que casi no podía darse a entender porque hablaba enredado y se iba para los lados; (ii) todo indica que algo malo sí pasó en el interior de esa residencia, en el entendido que cualquier dama reaccionaría como lo hizo XSM al verse debajo de un desconocido con quien no quería estar, y no existen razones diferentes que expliquen por qué creyó que si la sacaban de allí era para llevarla lejos y matarla; (iii) no es verídico que a ella alguien le hizo dos llamadas al celular, al parecer el novio, en el preciso instante en que estaba siendo penetrada, y que ese fue quizá el motivo por el cual supuestamente cambió de comportamiento para volverse agresiva y llamar a pedir auxilio con miras a justificar ante sus allegados lo que estaba pasando, cuando de esas llamadas al celular de la ofendida, como ya se dijo, no existen registros, ni tiene sentido que se preocupara por eso, porque a esas horas de la madrugada (5:00 a.m.) cualquier persona entiende que no va a contestar porque ya está dormida. En fin, un sinnúmero de situaciones que llevan a pensar que en efecto XSM no quería estar en ese lugar, y menos quería sostener una relación sexual con los aquí comprometidos que para ella eran unos desconocidos; (iv) al juicio se introdujeron unos mensajes de texto o “pines” que contenían parte de un diálogo sostenido en forma posterior a estos acontecimientos entre los agentes ESTEBAN VILLEGAS y DMGB, en los cuales se dejó esclarecido que estaban metidos en un problema porque cometieron un “brinco” y temían por las consecuencias, como quien dice que algo no santo sí habían cometido, llámese falta, desliz o delito; situación que se corrobora cuando uno de los uniformados aseguró que ANSB “había cometido un error y lo estaba pagando”, e incluso intentaron ofrecerle dinero al agente VILLEGAS para que callara lo sucedido, y a la investigadora de policía judicial DIANA CAROLINA SAMPAYO ROJAS una botella de whisky para que los ayudara en este procedimiento, y hasta procuraron localizar a la víctima para evitar que declarara en su contra; en fin (v) de haber sido un acto consentido, desde luego que no se hubiera establecido por parte del psicólogo forense la existencia de un trastorno por estrés post-traumático y una perturbación síquica de carácter permanente derivada precisamente de la situación denunciada. Así que si todo eso pasó, fue porque algo anormal ocurrió y no se contaba con el consentimiento de la víctima, o en caso de haberse dado un tal asentimiento de quien se dice agraviada, su voluntad debía entenderse viciada por encontrarse en precarias condiciones.

Es más, de llegar a admitir en gracia de discusión y en forma extrema, que en un comienzo XSM sí quiso montarse a ese vehículo y dio su consentimiento para el desplazamiento quizá con fines sexuales, como es la tesis que enarbola la defensa y que fue acogida por el juez a quo, situación extraña porque es sabido que no se trataba de una mujer que ejerciera la prostitución, queda claro de todas formas que en un momento determinado esa situación cambió radicalmente, porque como lo dio a conocer en juicio el agente de policía ESTEBAN VILLEGAS, cuando les preguntó a los aquí comprometidos qué era lo que había pasado, le respondieron que: “la joven estaba en la calle alicorada, ellos le preguntan que si quería dar una vuelta en el carro y ella dijo que si, ya estando en el vehículo ella se niega como tal a ese acompañamiento”; es decir, que según eso todo empezó en forma voluntaria, pero de un momento a otro la joven cambió de actitud y las circunstancias variaron.

Así las cosas, si la forzosa conclusión a la que se tiene que llegar es que todo esto es un mar de confusiones y probatoriamente no existe claridad en los cargos formulados, entonces el interrogante final es el siguiente: ¿qué sucede en clave procesal cuando la Fiscalía acusa por un delito diferente al que se extrae de los hechos, o dicho de otro modo, qué sucede cuando se está en presencia de un error en la calificación porque en juicio se demostró que la conducta atribuida se adecuaba quizá a otra modalidad delictiva cuyo núcleo esencial fáctico es de naturaleza diferente al delito objeto de acusación? La respuesta no puede ser distinta a que lamentablemente para los intereses punitivos del Estado se impone la absolución, como quiera que en el nuevo esquema de tendencia acusatoria, al contrario de lo que ocurría en el sistema inquisitivo donde primaba la nulidad por error en la calificación, ya no hay lugar a retrotraer la actuación para permitir correcciones a ese nivel por parte del ente acusador. No lo dice el Tribunal, lo tiene establecido así la jurisprudencia nacional en los siguientes términos:

“Por último, sería del todo improcedente disponer la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, para que la fiscalía adoptara una nueva calificación jurídica, pues ello equivaldría a revivir etapas procesales ya superadas y a brindarle una segunda oportunidad al ente acusador para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, encaminado a corregir su incapacidad para llevarle al juez de conocimiento el convencimiento necesario para sustentar la materialidad de la conducta punible sobre la cual edificó su acusación, cuando dicha imputación la hubiera podido reorientar dentro de la misma actuación. En otras palabras, una nulidad en tal sentido equivaldría a permitir a la fiscalía que, ante su fracaso en demostrar los fundamentos de su pretensión, le asiste -luego de agotado el trámite procesal- una nueva oportunidad de encaminar su acusación, alternativa que no es posible por cuanto las etapas y los términos procesales se rigen por el principio de preclusión y, además, es evidente que en este caso no se configura ninguna de las causales que permitan la invalidación del juicio”. [[4]](#footnote-4)

Podría ensayarse por la Sala la opción de dar aplicación a la denominada “congruencia flexible” en contraposición a la otrora “congruencia estricta”, es decir, analizar la posibilidad de un cambio en la calificación de la conducta con miras a condenar por una ilicitud y degradarla en aplicación del precedente CSJ SP de agosto 22 de 2018, radicado 42667. Pero ocurre que ello no es posible porque: (i) los núcleos fácticos de los dos tipos penales potencialmente adjudicables (violencia carnal vs. acceso carnal abuso con incapaz de resistir) son diametralmente opuestos, y es sabido que uno de los requisitos sine que non para dar aplicación a la citada figura, es que al hacerlo “se respete el núcleo fáctico de la acusación”[[5]](#footnote-5); y (ii) la línea jurisprudencial que dio vía libre a la posibilidad de esa variación con miras a poder condenar aunque por un delito de menor entidad, es posterior a la ocurrencia de estos hechos, con lo cual, se estaría dando aplicación retroactiva a una jurisprudencia que sería desfavorable a los intereses del acusado, lo que al decir del órgano de cierre en materia penal es abiertamente improcedente[[6]](#footnote-6).

Si lo anterior es así, como en efecto lo es, entonces la única alternativa viable es confirmar la absolución proferida por parte de la primera instancia en lo atinente al punible de acceso carnal violento, pero no por los motivos indicados en el fallo de primer grado que la Sala no comparte, sino por las razones que se han dejado expuestas en esta providencia.

Tercer tema: ¿el mismo hecho irregular es coetánea o sucesivamente constitutivo de un delito contra la libertad individual, concretamente el punible de secuestro, por vía de un concurso material efectivo de conductas punibles? Subtemas: ¿de ser así, en qué momento se cometió, en qué modalidad, y si fue o no intencional?

Superado lo atinente al delito sexual, lo que ahora corresponde es establecer si adicional a ese tópico hay lugar a un reproche por una conducta contra la libertad individual, y a ese respecto lo que se extrae del contenido fáctico de la acusación, es que tal comportamiento al margen de la ley se dio a partir del instante en que XSM fue supuestamente subida a la fuerza al vehículo policial por parte de uno de los agentes comprometidos, concretamente el St ANSB, sin precisarse hasta cuando duró esa privación de libertad, aunque se supone que esa situación anómala se extendió hasta el instante en que se logró el acceso carnal, momento en el cual la víctima hizo lo propio para intentar escapar de quienes la tenían sometida.

El primer escollo de esa tesis de la acusación, como ya se tuvo ocasión de anunciar, lo plantean los delegados del Ministerio Público cuando al momento de la sustentación del recurso de apelación sostienen que no es posible adjudicar el cargo por secuestro simple y hay lugar a la absolución por esta específica ilicitud, bajo el entendido que la intención que animaba a los comprometidos era única y exclusivamente la de acceder carnalmente a la joven XSM, es decir, que no se pretendió cometer un secuestro sino única y exclusivamente un atentado contra la libertad sexual de la víctima.

Frente a ello, lo que la Corporación dirá es que esa aseveración es cierta, pero se debe precisar que aquí el punible contra la libertad individual obraría como un delito medio para la consecución de un fin, es decir, que el supuesto secuestro acorde con la tesis fiscal se dio para lograr el desplazamiento o traslado de la joven hacia la vivienda del conductor de la panel, el agente DMGB.

En este punto llama la atención que si el propósito era acceder carnalmente a la ciudadana XSM, para cumplir tal finalidad quizá no se hacía necesario un tal desplazamiento, o por lo menos no uno muy considerable, porque ello bien se podía llevar a cabo dentro del mismo vehículo oficial, o en una de tantas zonas boscosas que podían existir en el sector, como es lo de común ocurrencia. Lo dicho, si en cuenta se tiene que era más arriesgado llevar a la víctima a esa casa de habitación en donde permanecían otros agentes del orden en los restantes dos cuartos que conformaban el citado apartamento, quienes ya estaban a punto de levantarse para cumplir sus respectivos turnos.

Sea como fuere, el verdadero tropiezo de fondo que en criterio del Tribunal se presenta para dar lugar a un fallo de condena por este especifico delito en los términos en que lo solicita el delegado fiscal, es que las pruebas allegadas al juicio según ya se indicó y analizadas en conjunto como corresponde, llevan a sostener que la referida fuerza ejercida supuestamente en contra de XSM está en entredicho. Y siendo así, lo que se debe asegurar es que los hechos referidos en la acusación no se corresponden con lo realmente probado. Obsérvese:

Conforme se concluyó en el acápite anterior, todo confluye a sostener que a la joven XSM no se le subió por la fuerza a la panel policial, sino muy seguramente aprovechando la precaria situación en que se encontraba. Y al ser esa la visión de la Corporación en el asunto, la postura asumida en relación con el ilícito contra la libertad sexual se extiende indefectiblemente al tema del pretendido punible contra la libertad individual, dado que ambos injustos están inescindiblemente ligados.

La discusión radica por tanto en determinar si XSM se subió al vehículo en forma voluntaria con miras a que fuera llevada a su casa de habitación que estaba a pocas cuadras (se dice que ella vivía a cuatro calles del parqueadero en donde dejó su motocicleta y perdió las llaves), o si, por el contrario, no dio su consentimiento para ese traslado y resultó subida por una acción censurable de parte de los oficiales, en cuyo caso se debe precisar si ese deplorable proceder consistió en una violencia física o psíquica, o en un aprovechamiento de la condición de indefensión en que ella se encontraba.

Podría sostenerse que la incursión en el delito de secuestro se da por el simple hecho de que la autoridad policiva se llevara a XSM a sabiendas de no estar en cabal uso de sus cinco sentidos. Y ello es verdad, ese comportamiento es reprochable desde cualquier punto de vista en que se mire, con la condición desde luego de estar demostrado, como aquí lo está, que la idea no era llevarla a la casa de ella, o a la Estación de Policía, o a un hospital para que la atendieran, sino para accederla carnalmente, porque como bien lo anunció el delegado fiscal, sobre ellos recaía la posición de garante dado que la sociedad les había encomendado el deber de proteger a los ciudadanos, no de perjudicarlos prevalidos del ejercicio de su función. Pero ocurre que el cargo formulado no consistió en un traslado abusando de esa condición de indefensión que le generaba incapacidad de resistir, sino en un desplazamiento forzado con uso de la violencia física.

Considera el Tribunal que de llegar a condenarse en tan singulares condiciones, se estaría violando el principio de congruencia y por ende el derecho de defensa y contradicción, como quiera que el procesado debidamente representado se defendió del uso de la fuerza contra XSM y de nada diferente, a cuyo efecto incluso la teoría de la barra defensiva consistió en negar una violencia contra la dama pero admitir que para aquel momento ella estaba en condiciones precarias, como quiera que el St ANSB aseguró en juicio que él sí la notó alicorada porque no se le entendía lo que hablaba ya que la lengua la tenía pesada y se iba para los lados.

Es obvio por tanto, que si el cargo se hubiera hecho consistir, no en el uso de violencia física sino quizá mediante el aprovechamiento de la condición de indefensión que generó en la víctima una incapacidad para resistir, el procesado debidamente asistido hubiera podido aceptar los cargos o en contrario no habría admitido una tal circunstancia en juicio porque abiertamente lo perjudicaba.

Téngase en cuenta incluso, que en momento alguno la acusación ingresó en el terreno de la violencia ejercida sobre la joven para efectos de sacarla del apartamento a donde había sido llevada para colmar el acceso carnal. Ejercicio de la fuerza que contrario sensu sí quedó debidamente demostrado en el plenario, como quiera que toda la prueba es indicativa que llegó un momento en que XSM no quería que la sacaran de esa vivienda, porque según lo afirmó pensó que si se la llevaban era para matarla, y como empezó a gritar los uniformados aquí involucrados no vieron otra opción que llevársela por la fuerza para dejarla en un lugar a cierta distancia de una unidad residencial a donde la víctima le pidió ayuda a un vigilante.

La Sala observa que el hecho de no haberse referido la acusación expresamente que en ese acto final de desalojo existió violencia generadora de un supuesto secuestro, puede deberse quizá a una o a varias de las siguientes circunstancias: La primera, que la Fiscalía ató, como era de esperarse, el secuestro al delito sexual, y como este ejercicio de la fuerza lo fue en forma posterior al acceso, ya esa conexión había dejado de existir. La segunda, que en principio resulta contradictorio que XSM no se quisiera ir de esa vivienda, cuando ella misma refirió en su relato que fue hasta la puerta principal para intentar salir y no pudo, así que el hecho de haber sido sacada a la fuerza no lo fue porque ella quisiera permanecer en ese lugar, sino porque, como XSM lo aclaró, tuvo la impresión que si se la llevan le podían hacer daño. Y la tercera, que sea como fuere, aquí se presentó un cambio sustancial en la acción desplegada por los uniformados, porque el afán que animaba a los gendarmes para ese momento ya no era retener a la joven, sino antes por el contrario, sacarla de ese sitio porque se les había convertido en un problema, en el entendido que no estaba bien que en la casa de unos policías en servicio activo, una mujer estuviera gritando y pidiendo auxilio a altas horas de la madrugada, con las consecuencias que ello les generaría de llegar a enterarse los vecinos.

Queda claro por tanto, que si algún uso de la fuerza en contra de XSM quedó debidamente probado, ello lo fue pero con posterioridad al delito sexual, y ocurre que esa violencia no fue tenida en consideración por el ente fiscal dentro del pliego acusatorio y por lo mismo respecto a ese contexto fáctico final los apoderados no dirigieron la estrategia defensiva, ni las alegaciones giraron en torno a ese momento posterior a la conjunción carnal.

Precisamente la Corte al tratar el tema de la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, así como las hipótesis en las cuales se puede variar la acusación, precisó:

1) “En consecuencia, el principio de congruencia cobra materialidad en cuanto se refiere a los elementos que señalan los hechos, los argumentos jurídicos y las citas normativas concretas, lo cual supone: **(i) que el juez solo puede tener en cuenta al momento de proferir fallo el *factum* de la acusación, de modo que si las pruebas demuestran que los sucesos no ocurrieron como lo expone la Fiscalía, aquél tiene que definir el caso de manera contraria a las pretensiones de la entidad acusadora […]**”[[7]](#footnote-7).

2) “La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica: (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. **Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora […]**”[[8]](#footnote-8)

3) “En el caso que ocupa la atención de la Sala, resulta ostensible que no todos los presupuestos reseñados se satisfacen, pues es evidente que **la fiscalía** mantuvo la imputación fáctica y jurídica tal como la propuso en la audiencia de formulación de acusación, es decir, que **siempre aseguró que los procesados desplegaron actos encaminados a poner a la ofendida en incapacidad de resistir y nunca le pidió al juez de conocimiento que fallara por un comportamiento punible diferente. Lo anterior era ya más que suficiente para que el juez no pudiera hacer cosa distinta a absolver por la conducta acusada, si apreciaba que la fiscalía no le trajo el convencimiento necesario para condenar […]**” [[9]](#footnote-9)

De ese modo, no queda alternativa distinta en este caso que sostener que la sentencia absolutoria proferida por parte del juez de primer grado en lo atinente también al delito contra la libertad individual, debe confirmarse, pero no por los motivos aducidos en el fallo del funcionario a quo en cuanto sostuvo que todo lo sucedido fue consentido por la víctima, sino por las razones que se han dejado expuestas por parte de esta Corporación.

CONCLUSIONES

1.- Algo malo sí ocurrió en el presente asunto, que fue más allá de una mera infracción disciplinaria y trascendió al campo penal, porque aunque no se demostró una violencia física o síquica en contra de la humanidad de la joven XSM, tanto para lograr su traslado o desplazamiento al lugar convenido, como para accederla carnalmente, al menos sí podría asegurarse que los aquí comprometidos quizá se aprovecharon de la incapacidad de resistir en que la víctima se encontraba.

2.- Lo realizado trasciende por tanto al campo penal, pero no en los términos anunciados en el pliego acusatorio, ya que lo demostrado en juicio lleva a pensar que los hechos se ejecutaron no con violencia sino muy posiblemente de manera diferente, con lo cual, el delito sexual se debió haber ubicado en un tipo penal distinto, y el secuestro simple en la forma en que fue presentado en la acusación no cuenta con soporte probatorio.

3.- Ese error en la calificación tratándose del delito contra la libertad sexual, no permite solución por vía de la nulidad a efectos de que el ente persecutor corrija el yerro, porque acorde con la jurisprudencia vigente en la materia dentro de un sistema de tendencia acusatoria, la solución que se impone no puede ser diferente a un fallo de carácter absolutorio.

4.- La falta de congruencia o de consonancia no solo debe pregonarse del punible contra la libertad sexual, sino igualmente frente al injusto contra la libertad individual, como quiera que uno y otro comportamiento se registraron al decir de la Fiscalía en forma coetánea o sucesiva y no de manera independiente, con lo cual, lo no corroborado en juicio en lo referente a ejercicio de la fuerza de los aquí comprometidos en la humanidad de la víctima, trasciende a ambos bienes jurídicamente tutelados.

Sin lugar a otro tipo de consideraciones, son suficientes las razones de hecho y de derecho que se dejan consignadas para que la Colegiatura avale el fallo confutado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.) que fue objeto de apelación, con fundamento en los argumentos expuestos en el cuerpo motivo de esta providencia.

La decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse debe hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. Textualmente dijo: “[…] era ya tarde, no estaba acostumbrada a trasnochar, estaba cansada, y también por el alcohol, tenía tragos encima”. [↑](#footnote-ref-1)
2. En los apartes pertinentes de su intervención dijo textualmente: “se le trababa la lengua”, “no coordinaba los pasos”, “se iba de un lado hacia el otro”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. narración efectuada ante el psicólogo forense visible a fl. 52 del cuaderno de estipulaciones. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr. CSJ casación penal del 03-06-09, radicación 28649. [↑](#footnote-ref-4)
5. El aparte pertinente del citado precedente es del siguiente tenor: “Por lo tanto, según lo ha definido la Sala, es procedente variar la calificación jurídica para condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, a condición de que la nueva conducta corresponda al mismo género, la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, siendo la inmutabilidad de los hechos presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa” [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. CSJ SP, rad. 47608, noviembre 08 de 2017, en cuyos apartes pertinentes se sostuvo: “[…] siendo el precedente de obligatorio acatamiento, en la medida que debe entenderse como la ley interpretada para el caso concreto, sus efectos desfavorables solo pueden regir hacia el futuro, según se encuentra definido por el principio de favorabilidad en materia penal […] Dada la importancia del precedente y, concretamente, equiparada la jurisprudencia al nivel de fuente del derecho, también resulta evidente que los principios que ilustran y guían la aplicación de la ley igualmente la deben seguir, por ejemplo, que la nueva posición jurisprudencial rige, como regla general, hacia el futuro sin efectos retroactivos. O sea, que el ámbito de comprensión de la nueva tesis jurisprudencial es, para casos ulteriores o por venir, lo cual, de manera general, excluye su aplicación retroactiva [..]”. [↑](#footnote-ref-6)
7. C.S.J., casación penal del 28-10-09, radicación 32192, M.P. María del Rosario González de Lemus –negrillas fuera del texto-. [↑](#footnote-ref-7)
8. C.S.J., casación penal del 25-04-07, radicación 26309, M.P. Yesid Ramírez Bastidas –negrillas fuera del texto-. [↑](#footnote-ref-8)
9. C.S.J., casación penal del 03-06-09, radicación 28649, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés –negrillas fuera del texto-. [↑](#footnote-ref-9)