

TEMA: NULIDAD POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO – falta de delimitación de los hechos jurídicamente relevantes por la Fiscalía sumada al débil de defensa técnica de su antecesor / **VALORACIÓN PROBATORIA** – credibilidad al testimonio de la víctima / **DOSIFICACIÓN** /

TESIS: “(...) Tenemos entonces que el Fiscal le indicó con claridad al procesado en qué consistieron los actos que se le atribuyen, a qué delito se adecuan los mismos, cuándo y dónde se materializó esa dinámica criminal, quién es la víctima y la agravación por ser ésta su compañera permanente, además los medios de prueba que utilizaría en el juicio para demostrar la conducta punible. En términos generales, esa actuación de la Fiscalía corresponde con su deber de exponer con claridad los hechos jurídicamente relevantes que infundadamente echa de menos el censor. (...) En cuanto a la violación del derecho de defensa por la inactividad del defensor inicial que asistió al acusado, debe indicarse primero que para establecer si la defensa del procesado ha sido permanente y completa durante las fases de investigación y juzgamiento, no resulta suficiente verificar simplemente de manera objetiva la falencia, porque, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, una actitud pasiva de la defensa material o calificada, bien puede obedecer, perfectamente, a la estrategia implementada para proteger los intereses del acusado, debiéndose analizar en concreto las posibilidades reales de obtener resultados favorables tendientes a morigerar o desvirtuar el juicio de responsabilidad penal planteado en contra del inculcado (radicados 30125 y 54151, entre otros).(...) c (...) La diferencia entre el trastorno mental incompleto (transitorio) y el completo (permanente), es la capacidad del individuo de darse cuenta y valorar lo que ocurre a su alrededor, así ese darse cuenta pueda estar disminuido.”

MP. RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

FECHA. 22/03/2023

PROVIDENCIA. SENTENCIA



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, miércoles, veintidós de marzo de dos mil veintitrés

Aprobado mediante acta número 0037 del catorce de marzo de
dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la defensa, conoce en segunda instancia esta Colegiatura, el fallo proferido el 06 de octubre de 2021 por el Juez Noveno Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual condenó al acusado JAIRO MOY VARGAS a la pena principal de PRISIÓN por CIENTO NOVENTA Y OCHO (198) MESES y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso, por hallarlo responsable de la autoría del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO.

1. ANTECEDENTES

La Fiscalía 37 Seccional Caivas, relató así los hechos que dieron origen a la presente actuación:

"Durante el mes de octubre de 2013, siendo el último hecho el día 26 del mismo mes y año, el acusado JAIRO MOY VARGAS, accedió carnalmente mediante penetración de su miembro viril vía vaginal a la joven SMC, quien para ese momento era su o era su compañera permanente y se encontraba en incapacidad de resistir, pues había sufrido un accidente para el mes de septiembre del año 2013 que le impedía moverse y pese a sus súplicas en las que le manifestaba que ella no estaba en condiciones de sostener relaciones sexuales, abusaba de esa incapacidad y la penetraba hasta eyacular. Se resalta que la madre de la joven, en varias ocasiones, cuando acudía a bañarla dado su estado de incapacidad le encontraba semen en las piernas y el último hecho al parecer fue presenciado por la hija de la víctima."

El 30 de octubre de 2017, ante el Juez 35 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación al señor MOY VARGAS por la autoría del delito de ACCESO CARNAL CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO, en concurso homogéneo sucesivo, cargos que no aceptó el imputado. No le fue impuesta medida de aseguramiento. La acusación por los mismos hechos se le formuló en audiencia del 29 de enero de 2018 y la preparatoria el 02 de mayo de esa misma anualidad. El juicio oral se evacuó en 15 sesiones entre el 1º de junio de 2018 y el 30 de julio de 2021.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Sostiene el sentenciador de primer grado que se probó con suficiencia que la señora SMC, en la época de ocurrencia de los hechos, estuvo incapacitada por serias heridas que sufrió al caer de un quinto piso de un edificio, lo que le produjo gravísimas lesiones que le redujeron casi por completo la movilidad; cuando la dieron de alta del hospital, su compañero permanente JAIRO MOY VARGAS, el acusado, la llevó a su casa. Hasta aquí se demostró, para efectos de la tipicidad, la incapacidad de resistir de la víctima, aclarando que el dictamen médico suscrito por el neurocirujano que la atendió en el hospital Pablo Tobón Uribe, destacó que la mujer quedó en un estado de salud muy precario, primero porque estaba tomando medicamentos que le afectaban el sistema nervioso central y eso le disminuía su voluntad, y segundo porque su movilidad estaba totalmente reducida, especialmente en extremidades inferiores y tronco que no funcionaban

En punto de la autoría del acceso carnal, destaca el juzgador que los testimonios de la víctima, su progenitora y su hija menor, que dan cuenta de los hechos, son suficientes medios de conocimiento que le permiten concluir la real materialización de los accesos carnales que practicó el acusado en la víctima.

Para el a-quo, la tesis defensiva de motivaciones económicas de la víctima o un propósito vindicativo por su participación en los confusos hechos que le generaron la caída a S, no cobraron demostración en el juicio oral, pues fue el acusado quien la reclamó en el hospital y la condujo a su casa,

supuestamente para cuidarla. Se probó sí, con el testimonio de la afectada, que MOY VARGAS la requería sexualmente con mucha frecuencia, a pesar de su incapacidad de sostener relaciones sexuales.

La judicatura de primera instancia estima suficientes los testimonios de la víctima, su progenitora y su hija, y el dictamen médico de la paciente, para tener la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del inculpaado, por lo que procede la emisión del juicio de reproche.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El defensor sustenta su inconformidad con los siguientes argumentos:

1. Nulidad. Considera el censor que debe decretarse la nulidad de la actuación por las siguientes razones:

a) En la formulación de imputación se hizo referencia a hechos jurídicamente relevantes confusos, como el atribuir accesos carnales abusivos sin concretar la temporalidad; no obstante, a petición suya y del Ministerio Público, el Fiscal indicó que fueron varios actos, más de dos, siendo el último el 26 de octubre de 2013, sin especificar la fecha de ocurrencia de los demás. El artículo 288 del catálogo procesal penal dispone que la imputación debe contener una relación clara y sucinta de los hechos

jurídicamente relevantes, lo que implica que la imputación no puede ser caprichosa, etérea y amorfa, pues debe ser clara y concisa, sin que pueda suplirse por la mención de hechos indicadores, como ocurrió en el caso bajo examen, consolidando una vulneración al debido proceso.

b) La inactividad de la defensa también vulnera el debido proceso y el derecho de defensa del procesado. Destaca que quien fungía entonces como defensor, no presentó teoría del caso, no realizó buenos contrainterrogatorios ni impugnó credibilidad de la menor A.M.M.C (hija de la víctima), además, renunció a la prueba testimonial que había solicitado aduciendo renuencia a concurrir por parte de los testigos. Por lo anterior se configura una causal taxativa de nulidad –violación a garantías fundamentales- cumpliendo con los requisitos de taxatividad, especificidad, legalidad, no convalidación, trascendencia, instrumentalidad de las formas, protección, oportunidad y residualidad. Reitera que la acusación fue un reflejo exacto de la imputación donde no se precisaron concretamente las fechas de los supuestos abusos sexuales.

2. Errada valoración probatoria. Estima que el sentenciador de primera instancia no apreció con la rigurosidad del caso los testimonios llevados al juicio oral. Por ejemplo, le dio todo el valor a la deponencia de la víctima, sin reparar en que cuando salió del hospital por el accidente que tuvo, lo hizo medicada con fármacos psiquiátricos que la mantenían dopada, alejada del entorno y de la realidad, por lo que su manifestación de los abusos no es creíble porque, si hubiera sido así, lo habría comunicado a su progenitora; *“si no podía resistir al trato sexual, tampoco podía*

tener conciencia de lo que sucedía”, es la conclusión de la defensa para restarle valor suasorio al testimonio de SM, la víctima. El mismo juzgador reconoce que tenía afectada su salud física y mental y ello significa que “su esfera cognitiva no estaba alerta, no estaba actividad (sic) para darse cuenta de lo que acontecía”. Eso sin tener en cuenta su historia de consumo de estupefacientes, que seguramente la tenían en un “mundo aparte”.

Añade que, si la señora SM no controlaba esfínteres después de salir del hospital y requería sonda para evacuar sus desechos orgánicos, eso significaba la insensibilidad a nivel genital, lo que dificultaba al máximo el acceso carnal.

De otro lado estima que, si se le dio crédito al médico legista acerca de la situación física de la víctima, también debió atenderse a su conclusión sobre la parte mental y cognitiva.

Cuestiona también el testimonio de la progenitora de la víctima, ALC, porque denunció el hecho ante la Fiscalía sin haber presenciado el mismo, solamente le vio un “moco” en la vagina cuando la estaba aseando y simplemente supuso que estaba siendo abusada, habiéndole hecho el reclamo al acusado y éste, supuestamente, le dijo que tenía derecho a sexualizar con su mujer, lo que no es cierto porque éste negó haber hecho tal manifestación. Finalmente, que en el examen médico se le detectó un flujo, de tal suerte que no se pudo establecer la naturaleza de ese “moco”. Debió tomar muestra la testigo, pero no lo hizo.

En punto de la declaración de A.M.M., hija de la víctima, quien manifestó escuchar llorar a su madre y al subir a la habitación la vio sin pañal y al acusado subiéndose el pantalón, pues no puede inferirse que esa escena implique la estuviera accediendo carnalmente, ya que bien podía el individuo estar cambiándose de ropa, y la víctima sufría de incontinencia urinaria y por eso debía cambiársele el pañal constantemente, además que era inoportuno una acceso diurno estando su hija de visita en la casa. De otro lado, la narrativa de la menor es contradictoria.

Concluye el censor indicando que existen dudas probatorias que deben resolverse a favor del acusado, especialmente si la víctima estaba consciente del acontecer diario en su vida, luego de salir del hospital.

3.Punibilidad. Sostiene el censor que, aunque se estableció en los hechos jurídicamente relevantes la calidad de compañera permanente de la víctima, no quedó consagrado ese énfasis punitivo y por lo tanto no podía deducirse en la dosimetría penal, de tal manera que la sanción no podía superar los 144 meses de prisión.

4. CONSIDERACIONES

Es competente esta Colegiatura para conocer, por vía de apelación, el fallo proferido en esta carpeta por el Juez Noveno Penal del Circuito de esta ciudad, adscrito a este Distrito Judicial, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley

906 de 2004. El recurso fue sustentado en debida forma y plantea dos cargos que serán resueltos en el orden en que fueron expuestos:

a) Nulidad por violación al debido proceso.

Estima que procede porque se vulneraron garantías fundamentales del procesado por 2 motivos:

(i) El Fiscal, en la imputación y en la acusación, no delimitó con la claridad requerida, los hechos jurídicamente relevantes, concretamente no especificó las fechas de ocurrencia de los actos sexuales abusivos concursantes, supliendo su concreción con hechos indicadores, y (ii) el anterior defensor que tuvo el acusado fue totalmente pasivo, pues no presentó teoría del caso ni realizó buenos contrainterrogatorios, tampoco impugnó credibilidad a la testigo A.M.M.C.; además, renunció a la prueba testimonial que le había sido autorizada.

En cuanto a lo primero, se tiene que los hechos jurídicamente relevantes son aquellos que se subsumen en un tipo penal, según ha explicado la jurisprudencia; los supuestos fácticos que guardan relación con la descripción de la conducta delictiva objeto de la acusación y que permiten su adecuación a la figura típica y delimitan el ámbito de la conducta atribuido con todas sus circunstancias, de modo que al implicado ofrezca claridad sobre el delito por el cual se le acusa.

En este evento concreto, la Fiscal 37 Seccional tanto en la imputación como en la acusación, mencionó los hechos

jurídicamente relevantes como que le indicó que se le procesaba por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR AGRAVADO, establecido en el artículo 210 del código penal, por haber accedido carnalmente a su compañera permanente SMC, el 26 de octubre de 2013, en su casa, estando ésta en incapacidad de resistir al estar convaleciente por un accidente que la dejó minusválida, destacando que pese a las súplicas de la víctima para que no la accediera carnalmente por su fuerte incapacidad, el acusado materializó el acceso penetrando su asta viril en la cavidad vaginal de la víctima. En cuanto al concurso le indicó que se presenta porque estos hechos fueron reiterados.

Tenemos entonces que el Fiscal le indicó con claridad al procesado en qué consistieron los actos que se le atribuyen, a qué delito se adecuan los mismos, cuándo y dónde se materializó esa dinámica criminal, quién es la víctima y la agravación por ser ésta su compañera permanente, además los medios de prueba que utilizaría en el juicio para demostrar la conducta punible. En términos generales, esa actuación de la Fiscalía corresponde con su deber de exponer con claridad los hechos jurídicamente relevantes que infundadamente echa de menos el censor.

Ahora bien, es cierto que la Fiscalía no concretó la fecha del segundo acto delictual, que es la principal preocupación del censor, puesto que la víctima no recordaba la fecha, pero ello no quiere decir que no hubiera expresado con la claridad exigida los hechos jurídicamente relevantes, como parece entenderlo erradamente la defensa, pues, estima la Sala, se cumplió

adecuadamente con la carga de definirlos expresamente, tal como lo dispone el artículo 288 del catálogo procesal penal. Otra cosa es si demostró o no el concurso en el juicio oral, tema que examinaremos más adelante.

En cuanto a la violación del derecho de defensa por la inactividad del defensor inicial que asistió al acusado, debe indicarse primero que para establecer si la defensa del procesado ha sido permanente y completa durante las fases de investigación y juzgamiento, no resulta suficiente verificar simplemente de manera objetiva la falencia, porque, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, una actitud pasiva de la defensa material o calificada, bien puede obedecer, perfectamente, a la estrategia implementada para proteger los intereses del acusado, debiéndose analizar en concreto las posibilidades reales de obtener resultados favorables tendientes a morigerar o desvirtuar el juicio de responsabilidad penal planteado en contra del inculcado (radicados 30125 y 54151, entre otros).

En torno a este punto, la Corte Suprema de Justicia explicó textualmente:

"Tratándose de nulidad por falta de defensa técnica, la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que para la admisibilidad del cargo, no resulta suficiente descalificar la tarea cumplida por otros defensores, pues lo que corresponde al demandante es acreditar las omisiones inexcusables de las cuales surja evidente que dicha garantía fundamental resultó desconocida..." "El derecho de defensa no se vulnera por la simple divergencia de criterios entre un nuevo abogado y quien

actuó con antelación, pues la convicción de haber efectuado un mejor trabajo o contar con una mejor visión del proceso no puede demeritar la labor desarrollada por el profesional del derecho que intervino con antelación, pues ello sería tanto como imponer fórmulas uniformes o plantillas de defensa, lo que a todas luces resulta imposible...” (52121 y 48128).

El censor en este punto se centra en la inactividad del profesional que asistió la defensa del señor JAIRO MOY VARGAS durante el trámite del proceso y el juicio oral, calificándolo de haber actuado despreocupadamente, al punto de no presentar teoría del caso al inicio del debate público, ni contrainterrogar adecuadamente a los testigos de la Fiscalía y renunciar a las deponencias que le fueron autorizados alegando la imposibilidad de hacerlos comparecer, olvidando que (i) el defensor de entonces no presentó teoría del caso al inicio del juicio oral porque el artículo 371 de la Ley 906 de 2004 dispone que la teoría del caso solo obliga a la Fiscalía, no al defensor. El hecho de que hubiera decidido no hacerlo no significa de ninguna manera que hubiese afectado garantías sustanciales del inculcado; (ii) Contrario a lo que afirma el recurrente, el defensor que atendió el juicio oral (el abogado ANDRÉS FELIPE ARANGO), **sí contrainterrogó y muy detalladamente** a los testigos de la Fiscalía, fue bastante incisivo en su tarea en el interrogatorio cruzado, de tal manera que no entendemos cómo el recurrente habla de que no hizo buenos contrainterrogatorios. Ahora bien, si renunció a los testimonios que le habían sido autorizados, puede ser parte de su estrategia defensiva, sin que pueda por esto ser descalificada su labor y mucho menos tildarla de violatoria del debido proceso porque no se presenta, ni remotamente, afectación a esta garantía fundamental,

simplemente porque el nuevo defensor no está de acuerdo con la estrategia defensiva que utilizó su antecesor.

b) Errada valoración probatoria.

La defensa cuestiona principalmente la apreciación probatoria de la primera instancia frente al testimonio de la víctima SMC. Estima que el a quo le otorgó una credibilidad total, desconociendo que después de salir del hospital Pablo Tobón Uribe estaba fuera de la realidad por la ingesta de los medicamentos psiquiátricos que le formularon y por lo tanto no estaba consciente de lo que pasaba a su alrededor. En estas condiciones no pudo haber observado al acusado accediéndola carnalmente. Además, si no estaba en capacidad de resistir, como afirma la imputación y la acusación, tampoco podía tener consciencia de lo que sucedía, eso sin tener en cuenta su historia de consumo de estupefacientes que seguramente la tenían en un mundo aparte.

De lo probado en el proceso se sabe que la señora SMC en 2005, a los 17 años de edad, trabajaba en un bar de la zona "El raudal", donde prestaba servicios sexuales; allí conoció al acusado JAIRO MOY VARGAS (quien frecuentaba ese lugar) cuando éste tenía 57 años y trabajaba como docente en la Universidad Nacional (es ingeniero metalúrgico). La mujer desde entonces consumía marihuana y la sustancia conocida como "sacol". Después de varios meses, se hicieron novios y en tal condición permanecieron durante todo el año 2006; posteriormente, en el mes de enero de 2007 decidieron formalizar una unión marital

de hecho y se fueron a vivir juntos en casa del acusado, pero la mujer siguió trabajando en la prostitución, según afirmó MOY VARGAS, lo que aceptó éste. En septiembre de 2013 S cayó del piso 5º de la edificación donde vivían (según ella, el acusado la lanzó durante una discusión, pero éste afirmó que ella se lanzó estando drogada –el hecho se investiga en proceso separado-).

Lo cierto es que el accidente le generó gravísimas consecuencias como que perdió transitoriamente la movilidad de miembros inferiores durante largo tiempo (aún hoy persiste una movilidad reducida), también perdió el control de esfínteres, entre las más importantes. Durante más de un mes estuvo interna en el hospital Pablo Tobón Uribe, en cuidados intensivos, siendo dada de alta el 10 de octubre de ese mismo año de 2013; el acusado la recibió y la condujo hasta su casa, donde siguieron compartiendo, pero en habitaciones separadas. La madre de S iba todos los días a bañarla y asearla, en compañía de la hermana menor de ésta.

Dentro de este contexto se presentó el abuso sexual denunciado; cuando la mujer estaba incapacitada en la casa que compartía con el inculpatado. Estas son las versiones que presentaron ambos en el juicio oral, acerca de la agresión sexual:

El acusado JAIRO MOY VARGAS hizo un amplio relato de los antecedentes de su relación con S, descalificándola por su pasado de trabajadora sexual y consumidora de estupefacientes. Añadió que, durante su convivencia por más de 7 años, se presentaron continuas discusiones y agresiones de parte de ésta, generalmente originadas por su adicción, pero que él

soportaba porque estaba enamorado de ella. En una ocasión, el 17 de septiembre de 2013, S se lanzó del 5º piso de la edificación donde vivían, estando drogada, lo que hizo que fuera internada en cuidados intensivos en el hospital Pablo Tobón, con muy graves lesiones; allí estuvo hasta el 10 de octubre de esa misma anualidad, cuando salió y él la condujo hasta su casa con el propósito de cuidarla y atenderla en su recuperación.

Del contexto de su testimonio, porque no lo afirma directamente, niega haber sostenido relaciones sexuales con su compañera porque ella le manifestó que en las condiciones de salud en las que estaba no permitiría el trato sexual, decisión que él respetó. La hija de S, A.M.M.C., en una ocasión fue a visitarlos y salió con el cuento de que la estaba abusando, lo que no es cierto. Posteriormente la madre de la víctima lo llamó para recriminarle haber abusado de S estando enferma. Finalmente, cree que se trata de un montaje con fines económicos y quedarse con el apartamento de su propiedad.

SMC, la víctima. Conoció al acusado en una taberna en el lugar conocido como "*El raudal*" en el centro de la ciudad; son compañeros permanentes desde el 2007. Afirma que éste era hiperestésico sexual y su relación se basaba exclusivamente en sexo. En una ocasión estaban discutiendo porque él quería sostener relaciones sexuales y ella no, lo que desencadenó un enfrentamiento que culminó cuando éste la lanzó del 5º piso del edificio donde vivían, hecho ocurrido el 17 de septiembre de 2013, siendo reclusa en el hospital Pablo Tobón, donde estuvo durante casi un mes; en el mes de octubre siguiente la dieron de alta y su

progenitora la sacó en silla de ruedas porque había perdido la movilidad de sus miembros inferiores, llevándola hasta la casa donde vivía con JAIRO; éste la cuidaba y atendía parte de sus necesidades, pero cuando le pedía alimentos la condicionaba a tener sexo con él. El 26 de octubre de 2013, día en que su hija estaba de visita, la despojó del pañal, se bajó el pantalón y la accedió carnalmente; ella llorando le pidió que no lo hiciera porque no estaba en condiciones de sostener relaciones sexuales, dada la crisis de salud por la que pasaba, pero no le importó y consumó el acceso. Recuerda que su hija presenció ese acto. Añadió que no repelió la agresión sexual por su debilidad física producto del accidente y los medicamentos que ingería, aunque con sus manos intentaba repelerlo, pero él le decía que tranquila.

Añadió que, desde antes del accidente, discutían con mucha frecuencia porque él siempre quería tener sexo, al punto que la convivencia se basó en un intercambio de sexo por dinero u otras cosas que ella necesitaba, incluso la surtía de marihuana y sacol a cambio de sexo. Permaneció un año en silla de ruedas con sus miembros inferiores inactivos. Hoy en día camina con bastón. Admite que de tiempo atrás consumía esas sustancias, las que abandonó a causa del accidente.

Como testigos de corroboración, la Fiscalía presentó a la progenitora de la víctima, ALCC, quien hizo el siguiente relato de los hechos: cuando su hija salió del hospital la condujo hasta la casa que compartía con el acusado con el fin de que éste la atendiera en su recuperación. Sin embargo, ella iba todos los días a bañarla y asearla. En una ocasión cuando la

aseaba le notó unas secreciones en la vagina, como "*un moco*", por lo que la interrogó sobre si estaba teniendo relaciones sexuales con JAIRO pero aquella guardó silencio. Después, su nieta A.M. le comentó que vio al acusado abusando sexualmente de S, por lo que llamó airada al individuo a reclamarle por abusar de aquella estando tan enferma; JAIRO le contestó que él tenía derecho a tener sexo con ella porque era el marido. Inmediatamente lo denunció ante la Fiscalía.

Agregó que la pareja discutía mucho por temas sexuales y se agredían mutuamente, y que JAIRO la surtía de estupefacientes. Recuerda que cuando su hija salió del hospital le formularon *respiridona*, *ácido valproico* y otro fármaco que no recuerda (*loranzapina* según el médico que la atendió).

A.M.M.C., hija de la víctima, afirmó que no vivía con su progenitora, aunque sí la visitaba. Relató que la noche del 26 de octubre de 2013 se quedó a pernoctar en casa de su madre. Escuchó que lloraba y decía que le dolía, subió entonces a la habitación y la vio con el pañal abajo y al acusado subiéndose los pantalones, en lo que para ella era una clara actitud de relaciones sexuales. JAIRO enojado la conminó a abandonar el lugar. Añadió que, a su madre, durante la incapacidad, la cuidaban su abuela y el acusado.

DIEGO PATIÑO MARTINEZ, médico legista ratificó el informe base de opinión pericial indicando que la paciente registraba disminución en la fuerza muscular, lesión severa de columna lumbar y sacro por el trauma del accidente, lo que le generó incapacidad médica.

El médico tratante del hospital Pablo Tobón, IGNACIO ALBERTO GONZÁLEZ BARRERO, explicó que la paciente fue intervenida quirúrgicamente 4 o 5 días después del accidente, que la cirugía era muy dolorosa y con un pronóstico de recuperación de hasta de 6 meses. Se le formuló *olanzapina*, medicamento para pacientes psiquiátricos, pero también para morigerar los efectos del trauma craneoencefálico como el que tuvo la paciente por el accidente, y aclaró que la agitación psicótica se produjo por el trauma del cráneo que produce pérdida de la orientación y la inteligencia, pero no por antecedentes de trastorno mental. No sabe la evolución de la recuperación porque la paciente no volvió a las revisiones.

La inconformidad central del censor, como se indicó en precedencia, apunta a la credibilidad que la judicatura de primer grado le otorgó al testimonio de la víctima, pues estima el disenso que cuando ésta salió del hospital, el 10 octubre de 2013, lo hizo sedada por los medicamentos psiquiátricos que le formularon y en esa condición estuvo durante la ingesta del fármaco, de tal manera que el 26 de octubre siguiente (fecha de ocurrencia del último acto sexual abusivo) estaba alejada de la realidad ya que no tenía consciencia de lo que sucedía a su alrededor, además, de haberse dado cuenta, le hubiera contado a su progenitora por cuanto ésta iba todos los días a bañarla y asearla; eso sin tener en cuenta su historia de consumo de estupefacientes.

La discusión así planteada, requiere un análisis psíquico que el censor omitió completamente, pues, sin una fundamentación técnica, simplemente expone su particular visión

del asunto. La judicatura sentenciadora por su parte, aunque tampoco hizo un estudio técnico del caso particular de la víctima, sí examinó la versión de ésta dentro del contexto probatorio, especialmente las pruebas de corroboración dentro de su labor hermenéutica, resultando acertadamente su conclusión de la certeza de la conducta punible.

El trastorno mental, que dice el defensor padecía en ese entonces la señora SMC, constituye una importante perturbación de la **consciencia** (conocimiento material valorativo que una persona tiene de su existencia y de los actos propios y ajenos, especialmente del tiempo, el espacio y las situaciones, a diferencia de la **conciencia** que apunta más a un conocimiento moral del bien y del mal de las acciones). Esa perturbación es transitoria (trastorno **incompleto**, según el concepto moderno de la psiquiatría) cuando es generada por una causa o motivo inmediatos, de breve duración, como una emoción violenta generada por elementos exógenos que obnubilan transitoriamente la consciencia (por ejemplo, un accidente como el que tuvo la señora MC, que durante un tiempo le generó perturbación fuerte de la consciencia, y por eso el médico tratante se refiere al trastorno mental transitorio que evidenció durante su reclusión hospitalaria).

Lo anterior significa que una vez desaparecidos los efectos etiológicos del trastorno mental, reiteramos, que son de breve duración, como afirma el destacado psiquiatra JULIO R. ZAZZALI *"una vez finalizada, el sujeto queda como estaba antes del episodio, no hay secuelas psíquicas"* (Introducción a la psiquiatría

forense. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2009), lo que ha aceptado la psiquiatría moderna. En el caso concreto, la señora MC recuperó su normalidad psíquica y fue dada de alta del hospital. Por eso el médico testigo IGNACIO ALBERTO GONZÁLEZ BORRERO afirmó que el medicamento psiquiátrico que le formuló – *olanzapina*- siendo útil para patologías mentales, también resulta útil para enfermedades físicas, como en el caso concreto, para el trauma craneoencefálico que sufrió la paciente.

Ahora bien, el trastorno mental permanente (modernamente denominado **completo**) –no es el que padecía la víctima en este caso- se produce cuando la consciencia reflexiva se desconecta funcionalmente de la realidad; la consciencia *vigil* (estado de la consciencia en el que la persona dinamiza fuertemente el intercambio de información con el medio ambiente. El sujeto intensifica su alerta consciente en los planos espaciales y situacionales) está completamente suspendida como en los estados comatosos, o en los eventos de desorden de contenido (alucinaciones) o en los casos de desviación de los juicios valorativos (delirios). En todos estos eventos existe una anulación de la capacidad de discernir, lo que conlleva a lo que en psiquiatría se denomina "*mente oscurecida*".

La diferencia entre el trastorno mental incompleto (transitorio) y el completo (permanente), es la capacidad del individuo de **darse cuenta** y valorar lo que ocurre a su alrededor, así ese darse cuenta pueda estar disminuido. En este punto está el error del censor que, infundadamente, considera que la víctima en el caso bajo estudio, no se daba cuenta de lo que el acusado le

estaba haciendo, por su supuesto estado de inconsciencia, cuando en realidad, su patología mental estaba en proceso de restauración, según se deduce del testimonio del profesional de la salud que la atendió durante su permanencia en la institución hospitalaria luego de haber sufrido la caída del 5º piso de la edificación, por lo tanto, no tenía un trastorno mental como cree el censor (ni completo ni incompleto), mucho menos por el consumo de la *olanzapina* que le formuló el médico tratante, que no tiene efectos psicóticos ni de relevante inconsciencia, aunque sí de tolerable somnolencia, cansancio, hipotensión y agitación, según la literatura de la FDA., que estaban presentes en la víctima, según su testimonio y el de su madre.

En conclusión, es creíble la versión de SMC cuando afirmó en su testimonio que efectivamente advirtió que el acusado, en la fecha indicada, la accedió carnalmente contra su voluntad; que ella le pidió llorando que no lo hiciera porque estaba muy enferma (inmovilizada de sus extremidades inferiores y con disminución de sus fuerzas para defenderse), pero éste hizo caso omiso de sus súplicas y la accedió vía vaginal. Ninguna duda tiene la Sala acerca de la efectiva ocurrencia de este acto el 26 de octubre de 2013, además por las pruebas de corroboración que analizaremos más adelante.

Tampoco le asiste razón al recurrente cuando elucubra sobre el pasado de la víctima en punto del consumo de marihuana y sacol, pues ningún medio de conocimiento señala que la señora MC padeciera de un trastorno mental producto de esa historia de consumo. Recuérdese que durante su

internamiento hospitalario no las consumió, según lo indicado por ella y su progenitora (en la fecha superó esa adicción). Contrario a lo que plantea la defensa, la señora MC, al momento de la agresión sexual de que fue víctima por parte de su compañero marital -26 de octubre de 2013-, estaba consciente y eso explica por qué le pidió al acusado que cesara en su pretensión sexual, dadas las condiciones precarias de salud por las que transitaba, pero este se limitó a decirle que "*tranquila*" y prosiguió con su acción delictuosa.

No puede olvidarse que el mismo MOY VARGAS confirmó en su testimonio que su compañera le pidió suspender las relaciones sexuales debido a sus dolencias físicas, aunque no acepta haberla accedido carnalmente.

Resulta importante testimonio de corroboración, el de la hija de S, la joven AMMC, quien el día de los hechos estaba en la casa de su madre (había decidido pernoctar allí). Relató que estando en el primer piso del inmueble escuchó a su progenitora llorar y decir "*me duele*", por lo que subió al segundo nivel donde estaba la habitación de la pareja y observó que S había sido despojada del pañal y MOY VARGAS se estaba subiendo el pantalón, en lo que para ella era una clara actitud de la dinámica sexual. Añadió que el acusado, airadamente, la expulsó del lugar.

Al día siguiente, cuando la madre de S fue a bañarla y asearla, según explicó en su testimonio, le notó unas secreciones en la zona vaginal y alrededores, para ella compatibles

con restos de semen, por lo que supuso que JAIRO la estaba accediendo carnalmente, por lo que se comunicó telefónicamente con éste para reclamarle una explicación. La respuesta del acusado fue que él tenía derecho a tener relaciones sexuales con S porque era el marido de ella; sostuvieron entonces una discusión porque ésta no estaba en condiciones de mantener relaciones sexuales y eso la condujo a denunciar ante la Fiscalía lo sucedido.

Estos dos testimonios corroboran la manifestación de la víctima en el juicio oral y le imprimen solidez a su versión, pues si bien es cierto AM no presenció directamente el acceso carnal, sí pudo deducir inequívocamente que momentos antes el acusado había accedido a su progenitora ya que le había retirado el pañal y él estaba subiéndose el pantalón, además de la airada reacción del individuo al notar su presencia en la habitación. Y, la deposición testifical de ALC, madre de la víctima, fortalece aún más la hipótesis del acceso carnal ya que, de la respuesta que le dio el inculpatado, aunque éste lo niegue, se puede inferir con certeza que sí la sometió al trato sexual que S afirmó en el juicio.

Además, las secreciones que advirtió en los genitales y piernas de la víctima, por su experiencia, la condujeron a inferir las relaciones sexuales. No resulta admisible la afirmación del disenso de que AL debió tomar muestras de esas secreciones para hacerlas examinar, ni de que no haberlo hecho degrada su manifestación testimonial, pues las condiciones en que se dieron los hechos no permitían una acción tal. Tampoco era imprescindible un reconocimiento técnico de la naturaleza de esas

secreciones para establecer si era o no líquido seminal, pues el contexto probatorio permite la certeza de la conducta punible. Destacable de este testimonio es la respuesta del individuo a la airada reclamación de AL, que prácticamente lo sitúa en la aceptación extraprocesal de la acción delictuosa.

La defensa sostiene que AM pudo haber malinterpretado lo que vio, porque bien pudo haber sucedido que JAIRO MOY se estuviera cambiando de ropa y simultáneamente estarle cambiando el pañal a SAIRA, pero olvida que la joven apareció en la habitación porque escuchó a su madre llorar y decirle a su compañero marital que le dolía. Una hipótesis como la que plantea el disenso no encaja en la historia.

También afirma el censor que si S no controlaba esfínteres después de salir del hospital y requería de sonda para evacuar sus desechos orgánicos, eso se traduce en la insensibilidad a nivel genital, lo que dificultaba al máximo el acceso carnal. Son especulaciones infundadas del recurrente porque la insensibilidad a nivel genital no necesariamente impide el acceso a cavidad vaginal. Tampoco es de recibo este planteamiento defensivo.

Asimismo, no existen las dudas probatorias a que hace alusión la censura, pues los medios de conocimiento colectados en el juicio oral son suficientes para obtener la certeza de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado, tal como lo entendió el sentenciador de primera instancia. No queda duda de que JAIRO MOY VARGAS, aprovechándose de las condiciones físicas

de la víctima SMC, que la hacían vulnerable por limitar su capacidad de auto determinarse en ese contexto y por tanto no podía autorregular su respuesta sexual dada su nula capacidad de resistir, la accedió carnalmente a pesar de los ruegos de la mujer para que no lo hiciera por sus padecimientos físicos, ampliamente explicados en este proveído, lo que lo hace incurso en la conducta punible que le fue endilgada en la acusación por ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR, consagrado en el artículo 210 del código penal, modificado por el canon 6º de la Ley 1236 de 2008.

Además del hecho ocurrido el 26 de octubre de 2013, la víctima referenció que antes de esa fecha había ocurrido un acceso carnal abusivo en similares condiciones, por lo que se le atribuyó el concurso homogéneo de conductas punibles. Ese primer hecho sucedió entre su salida del hospital el 10 de octubre y el 26 del mismo mes, la víctima no recuerda con precisión la fecha exacta pero sí una data muy aproximada por los referentes de salida del establecimiento hospitalario y el final del mes de octubre.

Finalmente, sostiene el recurrente que, aunque se estableció en los hechos jurídicamente relevantes la calidad de compañera permanente de la víctima, no se atribuyó en la acusación ese énfasis punitivo y por lo tanto no podía considerarse en la dosimetría penal, de tal manera que la sanción no puede superar los 144 meses.

Efectivamente el sentenciador de primer grado precisó los cuartos de movilidad y los modificó incrementándolos por

la circunstancia de agravación, que no especifica, pero que apunta a la causal 5ª del artículo 211 del código penal, dado que la conducta recayó en la compañera permanente, lo que dejó el primer cuarto (en el que se ubicó) entre 192 y 234 meses. Seleccionó el extremo inferior del mismo y le incrementó 6 meses por el concurso (lo que corresponde al 3.12% de 192, es decir, de la pena de la cual se parte), para un total a imponer de 198 meses de prisión.

Tiene razón el censor en este aspecto concreto, pues al examinar tanto el escrito de acusación como la formulación oral de la misma (la Fiscal leyó textualmente el escrito), se indicó en la parte pertinente "*Se acusa al señor a título de autor JAIRO MOY VARGAS por el delito de: **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** artículo 210, modificado por el artículo 6 de la ley 1236 de 2008, que dice el que realice acceso carnalmente (sic) a persona en estado de inconciencia (sic), o que padezca trastorno mental **o que este** (sic) **en incapacidad de resistir**, incurrirá en prisión de 12 a 20 años. Debido a que presenta en varias ocasiones la conducta delictiva **CONCURSO HOMOGENEO**, de conformidad con el Art. 31 del C.P."*

Como se puede observar, la agravación por la causal 5ª u otra del artículo 211 del código penal no fue objeto de acusación (aunque sí de imputación en la audiencia preliminar), por lo que no puede deducirla la judicatura sentenciadora sin vulnerar el principio de congruencia, razón por la cual se modificará la dosificación punitiva hecha por el fallador de primera instancia, descontando el quantum aplicado a la agravación.

El a-quo se ubicó en el extremo inferior del cuarto mínimo (192 meses aplicando la agravación), pero al eliminarla resultan 144 meses, a los cuales se incrementa 4 meses y 15 días por el concurso, respetando el porcentaje asignado por la judicatura de primer nivel (3.12%), para un total de 148 meses y 15 días de prisión. En el mismo lapso se fija la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en lo que es materia de apelación, **MODIFICANDO** la pena impuesta al condenado JAIRO MOY VARGAS, que se fija en definitiva en CIENTO CUARENTA (148) MESES Y QUINCE (15) DE PRISIÓN. En ese mismo término se establece la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

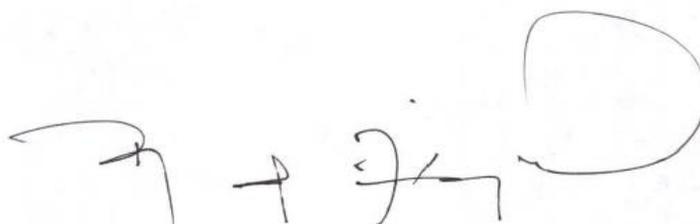
SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado