



DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO
JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO
SOATA-BOYACÁ

CONSTANCIA SECRETARIAL DE TRASLADO PARA LOS NO RECURRENTES

REFERENCIA	FALLO DE PRIMERA INSTANCIA
SENTENCIADO	CESAR AUGUSTO BARRERA BARBOSA
CUI No.	157536000220 2020 00024
No. RADICACIÓN INTERNA	157533189001 2020-00017-00

Hoy dieciocho (18) de enero de dos mil veinticuatro (2024), siendo la hora de las ocho de la mañana (8:00 a.m.), comienzan a correr los cinco (5) días de que trata el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), para los no recurrentes de la sentencia proferida el día diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Vence el término el día veinticuatro (24) de enero de dos mil veinticuatro (2024), a las cinco de la tarde (5:00 p.m.)

El Secretario,



FREDDY MAURICIO CASTAÑEDA GAYÓN

SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CESAR AUGUSTO BARRERA BARBOSA

Juan Gabriel Salamanca Chivata <juangabrielsalamanca@hotmail.com>

Mar 16/01/2024 8:25

Para: Juzgado 01 Promiscuo Circuito - Boyacá - Soatá <jprctosoata@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (582 KB)

RECURSO DE APELACION - CESAR AUGUSTO BARRERA BARBOSA- 15753318900120200001700 (1).pdf;

Respetada autoridad, de acuerdo al artículo 178 del Código de Procedimiento Penal, encontrándome dentro del término establecido legalmente, presento a través de archivo adjunto la sustentación del RECURSO DE APELACIÓN, contra la decisión proferida el día 19 de diciembre del 2023, por su Juzgado, en la que condenó a mi prohijado a la pena de 8 años de prisión, por el delito de Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir Acto Sexual Abusivo con Incapaz de Resistir, al encontrarla desajustada y violatoria al principio de inocencia e *in dubio pro reo*.

Sin otra consideración, ruego me comuniquen el respectivo recibido.

Atentamente,

**JUAN GABRIEL SALAMANCA
CHIVAT??**

Abogado Universidad Externado de Colombia.

Especialista en Derecho Penal de las Universidades Externado, Salamanca (Esp.) y

Santo Tom??s, candidato a Magister de ??sta.

Profesor universitario y juez de la Rep??blica.



Soata, 16 de enero de 2024

Honorables Magistrados

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

Sala Reparto

E. S. D.

Ref.: Sustentación recurso de apelación.

Sentenciado: CESAR AUGUSTO BARRERA BARBOSA.

CUI: 15 753 3189 001 2020 00017

Delito: Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir.

1° Instancia: Juzgado Promiscuo del Circuito de Soata.

Fecha Sentencia: 19 de diciembre de 2023.

Respetadas autoridades, reciban un cordial saludo:

JUAN GABRIEL SALAMANCA CHIVATÁ, actuando como abogado de confianza del señor CESAR AUGUSTO BARRERA BARBOSA, de acuerdo al artículo 178 del Código de Procedimiento Penal, y, encontrándome dentro del término establecido legalmente, elevo el presente RECURSO DE APELACIÓN, al encontrar desacertada la decisión proferida el día 19 de diciembre del año 2023, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soata, en la que condenó a mi prohijado a la pena de 8 años de prisión, por el delito de Actos Sexuales Abusivos con Incapaz de Resistir.

Teniendo en cuenta las consideraciones que a continuación desarrollo, solicito amablemente sea revocada la decisión de primera instancia y en su lugar se profiera fallo absolutorio, para lo mismo, y dando un orden a las apreciaciones que discurro, subdividiré el tema en diferentes compilados que reuniéndolos todos demostraran independientemente la falta de certeza, requisito *sine qua non* para un fallo condenatorio, por lo tanto se trata de acápites complementarios y si se quiere decir subsidiarios, pero todos tienen la vocación de debatir la falta de certeza en torno a la condena y la inexistencia de una conducta punible.

Para ello, con el fin de adentrar a este respetado Tribunal en las discrepancias jurídicas, es menester aclarar, enmarcando el supuesto fáctico previamente, que todo se circunscribe a la supuesta ocurrencia de unos actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, que aparentemente desplegó CESAR AUGUSTO BARRERA, hallándose en un estado de alicoramiento de tercer grado, en contra de la libertad e integridad sexual de ANGIE LIZETH AMEZQUITA, quien también coincidía con la misma condición de trastorno mental transitorio por ebriedad, luego de haber compartido toda la tarde y noche de ese 8 de febrero del 2020, junto con varios compañeros en una cabaña de dos pisos con piscina, en la vereda Arenal del municipio de Soata, la cual se alquiló para celebrar el cumpleaños de JESICA ANDREA BÁEZ, en



donde mezclaron diferentes bebidas embriagantes como son el whisky, la cerveza, el aguardiente y, sin olvidar, un licor artesanal (denominado “chirrinche”), ingiriéndolo de manera exorbitante, por lo que llegada la alta noche cuando GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO se disponía a acostarse, subió a una habitación del segundo piso encontrando, al parecer, a su novia ANGIE LIZETH AMEZQUITA adormecida, boca abajo, sin su ropa interior inferior y a CESAR AUGUSTO BARRERA encima de ésta e imaginariamente sin ropa.

Es así que, en primer punto, ocuparé el tema de ausencia de dolo como elemento fundante subjetivo para la confirmación de la tipicidad; en segundo punto, se tocará el tema de la falta de antijuricidad material; en tercer punto, se evacuará todo lo respectivo a la inimputabilidad, dentro del estadio de la culpabilidad; como cuarto punto, se hará referencia al *in dubio pro reo*; y, finalmente, en quinto punto, otras consideraciones subsidiarias y residuales.

Nótese, que la dogmática penal actual y nuestro Código Penal refiere bajo su artículo 9° que una conducta para ser punible, es decir, para que haya un reproche del órgano jurisdiccional suscribe necesariamente que sea típica, antijurídica y culpable, y de acuerdo a la forma del abordaje que se materializará en este recurso los tres primeros puntos son netamente jurídicos y solo el cuarto y quinto se refieren a la situación fáctica y probatoria. No quiere decir que el abordaje dogmático no vaya a estar soportado debidamente en pruebas consolidadas en el juicio oral, sino que al revés las pruebas condensaran las apreciaciones que se pretende corroborar y así demostrar un indebido juicio jurídico y de razonabilidad por parte del *a quo*.

1. AUSENCIA DE DOLO

Inicialmente, es importante resaltar que la tipicidad es como primer elemento fundante de la conducta punible, la descripción de un actuar claro, expreso e inequívoco en cabeza de un sujeto activo, a su vez, la doctrina acogida jurisprudencialmente por la H. Corte Suprema Corte de Justicia en su Sala Penal ha determinado tanto los elementos objetivos como los subjetivos para su confirmación, dentro de los primeros ubicamos al bien jurídico tutelado, al verbo rector, al sujeto activo calificado o no calificado, al sujeto pasivo calificado o no calificado, los ingredientes normativos de tipo y otros, y dentro de los segundos, aludimos solamente a tres, que son directamente, el dolo, la culpa o la preteritención.

Bajo ese entendido, toda conducta punible ha de tener un elemento subjetivo de tipo y el mismo no es conmutable y está especificado, por lo tanto *vr gr*, si una descripción de la parte general del Código Penal habla que la conducta es punible cuando se da el dolo y el sujeto activo la comete bajo la culpa, si no existe una conducta en la modalidad culposa, el delito será atípico, al igual, demostrándose con ello que ese elemento subjetivo tiene validez similar a cualquiera de los elementos objetivos de tipo.



Ahora bien, el dolo se compone de una parte volitiva y otra cognoscitiva, lo que significa que el sujeto activo deberá actuar bajo conciencia y voluntad, y si lo mismo falla, da su ausencia; situación que difiere con la culpa, donde se pregona la falta de deber objetivo de cuidado; y de la preterintención, en donde hay una voluntad y un conocimiento limitado a un acto de menos identidad, pero con resultados más allá del deseado.

Por lo tanto, en cabeza de CESAR AUGUSTO BARRERA, no se intenta por parte de la defensa imponer o adecuar por capricho propio una falta del elemento dolo, sino que representando y trayendo a colación todas las pruebas tanto científicas, como las personas que participaron el 8 de febrero del 2020, se tiene una persona que no estaba en la disposición de poder regularse y actuar, sino que ya, por su alto grado de alcoholemia, los actos que realizó los hizo de forma inconsciente e involuntaria.

Por lo anterior, encuentro la primera discrepancia con el fallador de primera instancia, cuando establece que hay conciencia y voluntad por el hecho de que mi prohijado le pidió permiso a ALBA MARCELA GUEVARA de ir al baño¹ y, en segundo lugar, bajo un supuesto no probado de que él había corrido la cama², omitiendo los testimonios de todas las personas presentes en torno a señalar que CESAR AUGUSTO BARRERA estaba completamente alicorado, y con ello, perdido, descoordinado e incoherente.

¹ En el sentir el fallador señala que: “Con todo eso, las pruebas practicadas en el juicio oral demuestran y comprometen esa culpabilidad que pretende excluir su defensa, pues no puede pasar por alto este Juez esas circunstancias específicas que dan cuenta que **CESAR AGUSTO BARRERA a pesar de estar altamente embriagado, éste si tenía conciencia y podía comprender lo que hacía, pues de no ser así, en primer lugar no le hubiese pedido permiso a su amiga Marcela con quien departía en la piscina momentos antes de la comisión del punible para salir de ella e ir al baño**, pues recordemos que Alba Marcela Guevara en el juicio manifestó que antes de que Gustavo Mendivelso le gritara para alertarla de lo sucedido, Cesar se encontraba con ella en la piscina, quien le habría dicho “Marce dame permiso que voy para el baño”, es decir, que el Acusado identificó sin equivoco alguno a su amiga con quien departía, tanto así que pidió su consentimiento para poder salir de la piscina, situación que nos lleva a inferir que el Acusado en el momento en que es observado por última vez por su amiga Marcela y antes de que se dirigiera la habitación donde ejecutó la conducta tenía concordancia y coherencia en relación con las personas con quien estaba”. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

² Cuando expresa: “**Otra de las circunstancias que llama la atención de este Juez, es que el Acusado movió la cama donde se hallaba Angie y la ubicó de tal forma que trancara la puerta** para presionarla y que ninguna persona pudiera ingresar y observar lo que hacía, en la medida en que así lo refirió GUSTAVO MENDIVELSO: “cuando llegué a la habitación, pues la vi, la habitación estaba, yo la había dejado sin llaves, sin candado, entonces, cuando fui a entrar estaba trancada la puerta y no pude ingresar, entonces le hice fuerza para poder ingresar, me doy cuenta que la cama estaba pegada a la puerta y pues ahí pues sorprende a Cesar encima pues...” (...) le pregunta la Fiscalía: ¿Cuando usted se sintió cansado se desplaza a la habitación y se da cuenta que la puerta está trancada, es la chapa trancada? O como trancado? CONTESTA: No. Estaba sin seguro, pero estaba trancada por algo, y pues cuando me doy cuenta era la cama, era lo que trancaba la puerta para no poder ingresar. No podía entrar ni total ni parcial. Pues utilice mi fuerza y empuje más duro para poder ingresar. Se corre la cama para poder yo ingresar. PREGUNTADO: ¿Cuando usted sale y deja Angie acostada, donde estaba la cama? CONTESTADO: Estaba en el sitio cuando nosotros recién llegamos, en un rincón retirada de la puerta y ya cuando ingresé ya la cama estaba movida. PREGUNTADO: Usted entra a la habitación, empuja la puerta, se corre la cama e ingresa a la habitación, que paso apenas ud ingresa a la habitación. CONTESTADO: Pues Angie estaba en el suelo Boca abajo y cesar estaba encima de ella, Angie estaba semi desnuda, sin el pantalón y sin su ropa interior, tenía la blusa.”. (Subrayado y negrilla fuera de texto)



Lo precitado se prueba, en primer lugar, con:

TESTIGOS CERCANOS	TESTIMONIO
MAIRA ALEJANDRA AGUDELO NUNCIRA (AMIGA DE LA CUMPLEAÑERA)	<ul style="list-style-type: none">✓ “Yo vi que todos estaban como excedidos.”✓ “Pues estaba asustado, él decía que no, que estaban locos, que qué paso, desubicado, que no era Angie, que no era Angie.”✓ “Yo los vi a todos borrachos, prácticamente todos estaban borrachos.”
DIANA PAOLA OBREGÓN CORREDOR (AMIGA DE LA CUMPLEAÑERA)	<ul style="list-style-type: none">✓ “... A veces como lucido, a veces confundido”✓ “... Cesar en ese momento no concordaba con nada, a él lo lanzaron a la piscina y la mirada se veía perdido...”✓ “... A Cesar le embutieron, pero mucho pero mucho trago”
GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO (NOVIO DE LA SUPUESTA VÍCTIMA)	<ul style="list-style-type: none">✓ “Todos tomaron de todo”✓ “Él decía que no era Angie, que era otra persona...”✓ Como te digo estábamos en un estado de alicoramiento, que siempre era muy alto”✓ “Él sí tomaba mucho, pues bien, fue una persona que antes de eso, agradable, no tenía problema de nada, no sé qué le paso ese día, no sé si consumió algún tipo de sustancia psicoactiva, pero si estaba tomado.”✓ “Pues porque estaba en un estado de embriaguez muy alto y no sé si por esa misma razón hizo lo que hizo”
CARLOS ANDRÉS MENDIVELSO (CUÑADO DE LA SUPUESTA VÍCTIMA)	<ul style="list-style-type: none">✓ “Si claro, yo creo que todos estábamos tomando lo mismo, lo que te dije hace un momento que cerveza, aguardiente lo que estábamos tomando y con lo que llegaron ese destilado, lo que llegaron esas personas.”✓ “Ya todos estábamos, pues normal, todos estábamos en la misma condición, de pronto que uno bebió más que otro porque en algún momento decidí irme a acostar por el destilado que empezamos a ingerir que la verdad casi nadie conocíamos, bueno solo las personas que llegaron con la bebida, pues creo yo”✓ “En estado de ebriedad como todos los que estábamos ahí” (refiriéndose a CESAR AUGUSTO BARRERA).✓ “Bueno salíamos, tomábamos normal, pero tampoco hasta el punto de embriagarnos, yo creo pues todo lo que



	<p>sucedió de pronto que yo me alcoholizara rápido, primero pues estaba cansado segundo el alcohol que tenía que nos dieron o injerimos en ese momento que llevaron a la fiesta, que fueron como unas dos o tres botellas, si no estoy mal.”</p>
ANGIE LIZETH AMEZQUITA (SUPUESTA VÍCTIMA)	<p>✓ “Aguardiente, porque la invitación de la fiesta decía que el cover era llevar una botella, ósea de a dos personas llevaban un litro de aguardiente, pero también llevaron aguardiente artesanal, el destilado e hicieron revuelto con el aguardiente y el aguardiente artesanal y con el trago de Old Parr.”</p> <p>✓ “...a de hecho él se quería ir (refiriéndose a CESAR AUGUSTO BARRERA), estaba tomado, yo le rapé las llaves del carro y se las di a Diana Obregón.”</p> <p>✓ “Defensa: ¿también usted nos ha dicho acá que observa el señor CESAR AUGUSTO BARRERA estaba muy tomado es así Angie?”</p> <p>ANGIE: Si señor”</p> <p>✓ “Defensa: ¿y que él quiso llevarse el carro e irse con el carro eso fue lo que nos informó acá?”</p> <p>ANGIE: Si señor”</p> <p>✓ Defensa: ¿y que usted le quitó las llaves a él para que no cometiera ninguna imprudencia estando en estado de alicoramamiento eso lo dijo?</p> <p>ANGIE: Sí señor, pues para que no se fuera así borracho y tomado a manejar”</p>
CRISTIAN CAMILO BARRERA (HERMANO DEL SUPUESTO VÍCTIMARIO)	<p>✓ “Me llamo la señorita Mary, la novia de Carlos, me dijo que Cesar no quería tomar, que le dijera que tomara, que estaban disfrutando, entonces le dije que me lo pasaran y mi hermano ya se notaba alcoholizado, no hablaba con claridad, no identificaba con quien estaba hablando.”</p> <p>✓ “Cuando él se sentía muy borracho lo único que quería era acostarse, porque le daba sueño donde estaba”</p>
ROSA MARIA DÍAZ CORREDOR (AMIGA DE LA CUMPLEAÑERA)	<p>✓ “Aquí nadie puede decir que no tomaron porque pues que no nos hicieron la prueba, pero estábamos muy ebrios”</p> <p>✓ “Cerveza, whisky y chirrinchi nos lo terminamos, pero en el momento de ver que ya estaba casi vacía la botella de whisky y Angie fue la que se lo terminó, el chirrinchi también le dimos de baja, es decir, se acabó porque pues teníamos aún</p>



	<p><i>cerveza, reitero todos tomamos de todo, ya habíamos tomado bastante.</i></p>
<p>ALBA MARCELA GUEVARA SANCHEZ (AMIGA DEL SUPUESTO VÍCTIMARIO)</p>	<p>✓ <i>“pues uno estaba muy ebrio, no sabía ni donde estaba parado (aludiendo a CESAR AUGUSTO BARRERA)”</i></p>
<p>JESICA ANDREA BÁEZ MEJIA (LA CUMPLEAÑERA)</p>	<p>✓ <i>“Yo me fui para la habitación con mi amigo Diego Zamora, subimos y estábamos en la habitación hablando y empezaron a golpear duro la puerta, entonces yo me levanté y abrí y era Angie y Cesar, Angie iba adelante, a mí me habían regalado Rosa y Maira una botella de Old Parr, litro o botella, entonces cuando llegamos a las habitaciones, ellas dijeron “escondamos la botella” para más tarde porque si no se la toman”</i></p> <p>✓ <i>“César tenía una botella de aguardiente y Diana creo que fue la que lo empujó a la piscina y Cesar cayó con la botella de aguardiente en la piscina, se rompió la botella y creo que se rompió, entonces ya como que todos estaban ebrios y tocaba sacar los vidrios de la piscina y tocaba evitar un accidente.”</i></p> <p>✓ <i>“Claramente estaba borracho, es que él también tomó (apuntando a CESAR AUGUSTO BARRERA BARBOSA)”</i></p>
<p>AURA MILENA HERNANDEZ (AMIGA DE LA CUMPLEAÑERA)</p>	<p>✓ <i>“Pues todos ya estaban tomando al parecer ya habían tomado pues en el transcurso a Soata y ya todos estaban tomando, ya estaban todos en la parte de la piscina, ya estaban todos ahí al lado de la piscina tomando.”</i></p> <p>✓ <i>“Se veía que estaba muy tomado, porque en ese momento ya todos estábamos muy tomados, se había tomado demasiado alcohol, muy tomados.”</i></p>
<p>CESAR AUGUSTO BARRERA</p>	<p>✓ <i>“Pero no recuerdo muy bien porqué me había metido a la piscina con tenis, ya me dicen que lo habían tirado a la piscina y yo ahhh ok, recuerdo que estaba sentado en una cama, escuchaba gritos, me insultaban, me gritaban, que era un violador, entonces entraban, salían, recuerdo tanto a Marcela que era mi mejor amiga, me decía enfermo, cochino, violador, asqueroso mire como la volvió (...)”</i></p> <p>✓ <i>“Solamente me acuerdo cuando estábamos comiendo hamburguesa y yo</i></p>



JUAN GABRIEL SALAMANCA CHIVATÁ

Universidad Externado de Colombia

ABOGADO PENALISTA

	<p>estaba en la piscina con los tenis, y cuando me estaban insultando”</p> <ul style="list-style-type: none">✓ “La verdad, lo escuche por Angie, porque no recuerdo absolutamente nada, de que yo me haya querido ir de la finca, que me hayan quitado las llaves del carro, me entere de Diana cuando dio su versión, porque nadie me había dicho nada de las llaves del carro.”✓ “Tampoco, eso lo supe cuando Andrea me comentó que cuando estábamos en el segundo piso y subí también con Angie.”✓ “Yo lo único que recuerdo de es que entra la policía y me dice vámonos, levántese, me esposan y me bajan ya después por la narración de ellos dicen que cuando usted bajo esposado dijo quiero poner una denuncia contra de Gustavo.”
--	--

En segundo lugar, sumamos:

TESTIGOS AJENOS	TESTIMONIO
YEISON GUERRERO AMADOR (PATRULLERO QUE REALIZA ACTOS URGENTES)	✓ “El señor Cesar lo percibí que tenía cierto grado de alcoholemia”
JAVIER ANDRES MEDINA RINCÓN (MEDICO)	<ul style="list-style-type: none">✓ “Si señora, en el informe de lesiones personales ahí dice específicamente que él estaba tomando cerveza y aguardiente desde ayer, que fue lo que se tiene en cuenta, pero también se corrobora con los signos clínicos.”✓ “Él refería que estaba orientado en persona y espacio, pero no en tiempo, en tiempo él no estaba y por eso se puso confuso.”✓ “Ya aparte de lo de embriaguez es el estado neurológico, pero ya enfocado a lo de embriaguez, pero claro que tiene que ver todo lo neurológico porque es donde se basa el examen médico.”
CRISTHIAN GUILLERMO POBLADOR SANDOVAL (PATRULLERO)	✓ “Si estaba un poco alterado.”
MONICA ELIANA SALAMANCA RUEDA (QUIMICA FORENCE)	<ul style="list-style-type: none">✓ “Que hay una concentración de 65 mg por 100 ml de sangre en total!”✓ “Ambos se encontraban en grado uno de embriaguez.”✓ “Defensa ¿en el mismo con Cesar, a él se le encuentra 65 ml de etanol, haciendo la misma suma nos sobrepasamos los 200 ml de alcohol ósea estaríamos ubicados”



	<p>en un contexto de tercer grado de alcoholemia? <i>MONICA: Sí señor.</i></p>
<p>RAFAEL PARRA SERNA (MEDICO FORENCE)</p>	<p>✓ “Cuando se pasan niveles críticos de alcohol o sea me refiero cuando se pasa los 150 x 100 ml de sangre, ya estamos en un tercer grado de ebriedad y hay la posibilidad de realizar alguna actividad motriz voluntaria está abolida, entonces respondiendo a su pregunta doctor un avanzado estado de ebriedad por encima de los 150 ml, ya el desempeño sexual y de otras áreas es prácticamente imposible.”</p> <p>✓ “El nistagmus es un hallazgo que se debe buscar siempre en las personas ebrias y consiste en el desplazamiento de los ojos de manera incontrolable en el plano horizontal, y eso quiere decir que la persona no puede mantener la mirada fija siempre al frente, sino que sus ojos se están desplazando siempre constantemente de derecha a izquierda.”</p> <p>✓ “Si la coordinación motora hace referencia a la capacidad que tiene el sujeto para coordinar voluntariamente sus movimientos, de hecho, una persona ebria que tiene deseos de ir al baño difícilmente puede desplazarse y correr la silla, eso se llama incoordinación motora.”</p> <p>✓ “La disartria es un término valiosísimo y es la incapacidad que tiene la persona ebria de coordinar las palabras, es decir que habla con letra pegada.”</p> <p>✓ “Si correcto yo parto de un hecho cierto y es el hallazgo de la muestra que tomaron a las 11:45 a.m., encontraron un rastro de 60 ml, y yo como se cuál es la velocidad de eliminación de alcohol etílico pues me voy para atrás, si a las 11:45 am tenía 65 ml, a las 10 de la mañana tenía 12 ml más, a las 9 a.m. tantos, y así me voy hacia atrás y llegó a la conclusión de que a las 4 a.m. cuando los examinaron en el hospital de Soata, estaba con unos niveles, sobre 170 y pico, y me voy más para atrás que se supone fue la hora en que sucedieron los hechos y me voy a unas cifras muchísimas más altas, alrededor de los 200 ml o tal vez más,</p>



	<p>que eso a mí juicio es una de las bondades más efectivas de la prueba de alcoholemia, poder hacer cuentas regresivas.”</p> <ul style="list-style-type: none">✓ “Con el análisis que yo hice y los datos reales de la prueba de alcoholemia yo afirmo que sobre las 2 a.m. estaba el sujeto entre 173 y 200 ml, es decir un avanzado tercer grado de embriaguez, con todas esas connotaciones físicas y mentales, incapacidad de comunicarse, de motricidad, y desde la óptica mental, la incapacidad de razonar, de tener un juicio muy real y consciente.”✓ “Sí claro, es decir cuando hay un, inclusive un segundo grado, estamos hablando de 150 ml pues ya hay profundas limitaciones para una reacción tanto desde la óptica física como mental, más si está sobre los 150 y está en tercer grado pues la posibilidad es muy leve.”✓ “Doctor lo que pasa con el chirrinchi, el guarapo, la chicha son sustancias artesanales muy difíciles de identificar los niveles de alcohol y de un día para otro varían, yo lo he experimentado voy a una casa y me ofrecen un vaso de guarapo, al otro día es el mismo guarapo y está muy fuerte, entonces son muy difíciles de controlar por eso desde la óptica forense solamente medimos las sustancias alcohólicas que vienen comerciales como cerveza, vino y destilados, pero en las bebidas artesanales es muy difícil por la variación que tiene de un momento a otro por la variación del alcohol.”✓ “La mezcla de estas sustancias alcohólicas potencializa y agiliza los niveles de alcohol.”✓ “Cuando se superan los 150 ml, difícilmente diría que no es capaz de tener un control en su estado físico.”
--	--

Y, finalmente, en tercer lugar, se tiene:

PRUEBAS DOCUMENTALES	
DÍCTAMEN CLÍNICO DE EMBRIAGUEZ – CESAR AUGUSTO BARRERA	<ul style="list-style-type: none">✓ Estado de conciencia- Confuso✓ Incoordinación motora- Leve✓ Disartria- Discreta✓ Nistagmos Postural- Leve✓ Aliento alcohólico- Evidente



	<ul style="list-style-type: none">✓ Aumento Polígono- Discreto✓ Pupila- Miosis✓ Embriaguez grado 2.
INFORME PERICIAL DE TOXICOLOGÍA FORENSE DE CESAR AUGUSTO BARRERA	✓ “La concentración de etanol en la muestra de sangre es de sesenta y cinco (65 mg/100 ml) miligramos de etanol por cada cien mililitros de sangre total”

Tenemos que, se distingue a los testigos cercanos como aquellos que tuvieron relación con los hechos materia de la *Litis* y su participación fue coetánea al supuesto injusto que sufrió ANGIE LIZETH AMEZQUITA ESTUPIÑAN. De igual forma, se encabezó como testigos ajenos aquellos que se encargaron de prestar una colaboración eficaz entorno al esclarecimiento de los hechos y que, a su vez, algunos de ellos ofrecieron prueba documental bajo los diferentes informes periciales que se presentaron.

Bajo la anterior recopilación, se hace un estudio minucioso de prueba a prueba donde se identifica el estado anímico, cognoscitivo, intelectual y volitivo, en el que mi prohijado ciertamente exterioriza con hechos que no fueron evaluados por el *a quo* y que sencillamente no discriminó en su sentencia, configurándose yerro por falta de apreciación de la prueba.

Por lo mismo, se encuentra que absolutamente todos los testigos hicieron algún tipo de alusión al estado de intoxicación de CESAR AUGUSTO BARRERA y a su evidente comportamiento anormal, tanto así que:

- (i) MAIRA ALEJANDRA AGUDELO NUNCIRA, que fue uno de los dos testigos fundamentales tomados por el Juez de Instancia dentro del proceso para su fallo condenatorio, señaló como CESAR AUGUSTO BARRERA se notaba desubicado y que todos salvo ella se habían excedido y estaban muy tomados;
- (ii) DIANA PAOLA OBREGÓN CORREDOR, advierte que a CESAR AUGUSTO BARRERA le dieron en exceso trago y que no concordaba con nada, lo que significa que su actuar no coincidía con su habitual comportamiento, tanto así, que lo veía que se percibía con la mirada perdida;
- (iii) GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, declara que el condenado estaba en un estado de embriaguez, enfatizando que era muy alto, tanto así que razonó que pudo ser la causa de su supuesto mal actuar, téngase en cuenta que es el principal testigo en contra de mi defendido;
- (iv) CARLOS ANDRÉS MENDIVELSO, arguye como todos los que estuvieron en la finca bebieron en exceso, pero considera que la mayor afectación se dio al destilado artesanal que trajo AURA MILENA HERNANDEZ y sus dos acompañantes, y que el resto al no conocer las cualidades de este licor, pues ninguno lo había consumido, fue lo que los conllevó a embriagarse a tan alto grado,



licor que también zampó el sentenciado, en cantidades exorbitantes e hizo que el propio testigo se fuera a dormir temprano;

- (v) ANGIE LIZETH AMEZQUITA ESTUPIÑAN, argumenta que se hizo una mezcla de licores entre aguardiente, cerveza, whisky Old Parr y licor artesanal, aportando que en un momento CESAR AUGUSTO BARRERA estaba tan tomado que tuvo que raparle las llaves del carro para evitar que se fuera en ese estado de intoxicación, sumado a que ella lo recuerda y el precitado no, evidenciando una mayor coherencia y responsabilidad por parte de ésta y de lo que guarda en su memoria, demostrándose así de ANGIE LIZETH AMEZQUITA un mayor discernimiento que el del supuesto victimario para ese momento de la noche;
- (vi) CRISTIAN CAMILO BARRERA BARBOSA, es el hermano del procesado y si bien no estuvo presente el día de los hechos, si fue parte de un momento en donde recibe una llamada de otra persona que se encontraba allí, de MARIBEL ROJAS, novia de CARLOS ANDRÉS MENDIVELSO, el día 8 de febrero de 2020 en horas de la noche, quien le comentó que su hermano no quería tomar, por lo que se lo pasan y éste logra identificar que su hermano estaba tan alicorado para ese instante que no coordinaba con quien estaba sosteniendo la conversación; adicionalmente, se debe tener en cuenta que se trata de una persona muy cercana al procesado, por lo que puede distinguir y reconocer el estado de alicoramiento de CESAR AUGUSTO BARRERA, siendo hermanos;
- (vii) ROSA MARIA DÍAZ CORREDOR, expone y repite que todos estaban ebrios y habían tomado de todos los tragos;
- (viii) ALBA MARCELA GUEVARA SANCHEZ, que si bien comenta que CESAR AUGUSTO BARRERA le pidió permiso que se corriera de la piscina para ir al baño, también es cierto que ella misma dice que estaba tan ebrio que no sabía dónde estaba parado;
- (ix) JESICA ANDREA BÁEZ MEJIA, afirma que pasadas las nueve de la noche una vez se había partido la torta por su cumpleaños, ella se sube con uno de sus compañeros a una de las habitaciones y que al poco tiempo llega ANGIE LIZETH AMEZQUITA en compañía de CESAR AUGUSTO BARRERA conduciéndolo a tomar una botella de Old Parr, advirtiendo que ella tiene video donde muestra a ANGIE LIZETH AMEZQUITA ESTUPIÑAN con la botella tomando y dando a tomar de ella dentro de la piscina, al igual que recuerda el evento en el que se le explotó la botella de aguardiente al sentenciado por alguien que lo había empujado a la piscina, y finalmente demarca como mi defendido estaba muy borracho;
- (x) AURA MILENA HERNANDEZ, menciona que se veía al procesado muy tomado y que fue ella la persona que llevo el licor artesanal;
- (xi) CESAR AUGUSTO BARRERA, de su testimonio rescatamos como perdió la conciencia momentos antes que la mayoría de los otros que compartieron con él ese 8 de febrero de 2020, pues no recuerda que hubiese sucedido varios acontecimientos, entre esos: **(1)** el hecho de haber subido en compañía de ANGIE LIZETH AMEZQUITA ESTUPIÑAN a recoger una botella de Old Parr, de una de las



habitaciones en la cabaña de Soata (tal como lo señala la propia víctima y JESICA ANDREA BAEZ); **(2)** el evento de haber tenido ganas de irse y que le hubiesen rapado las llaves de su carro (que lo dice la propia supuesta víctima); **(3)** haber hablado con su hermano por llamada telefónica (traído a colación por CRISTIAN CAMILO BARRERA); y, **(4)** mucho menos que lo hayan encontrado en la habitación encerrado y desnudo con ANGIE LIZETH AMEZQUITA ESTUPIÑAN (testimonio de GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO). Por su parte, el último recuerdo vago, es un acto incoherente que él mismo razonó, al advertir que era ilógico estar en la piscina con los tenis puestos, reflejo evidente de que no estaba siendo consciente de los actos a su alrededor, desviándose de un comportamiento ajustado al de una persona sobria y plenamente capaz;

- (xii)** YEISON GUERRERO AMADOR, acusa que CESAR AUGUSTO BARRERA estaba bajo cierto grado de alcoholemia, sin embargo, debe tenerse en claro que llegó más o menos dos horas después de los hechos cuando el enjuiciado poco a poco empezaba a reaccionar;
- (xiii)** JAVIER ANDRES MEDINA RINCÓN, es un testimonio de vital importancia, practicó un examen clínico y enfático en que, si bien, había pasado entre cuatro y seis horas del evento, aún para ese momento permanecía en estado de alcoholemia CESAR AUGUSTO BARRERA y bajo un **grado dos**, encontrando todos los síntomas para una persona en dicha situación, remarcando que por supuesto había una afectación neurológica;
- (xiv)** CRISTHIAN GUILLERMO POBLADOR SANDOVAL, dice que CESAR AUGUSTO BARRERA estaba un poco alterado, enrostrando que es un patrullero que llegó tiempo después del llamado a la policía, ya que no acudieron con diligencia y prontitud, haciéndolo con una tardanza entre una o dos horas después del supuesto develamiento;
- (xv)** MONICA ELIANA SALAMANCA RUEDA, fijese muy bien, que es la persona que hace el informe pericial de toxicología forense, donde se encuentra etanol en una concentración de 65mg/100ml, de una toma de sangre efectuada casi doce horas después de la última ingesta de licor, colocándolo en **grado uno**, por lo que bajo su conocimiento, tratándose de materias científicas y ciencias exactas, para el momento del supuesto hecho CESAR AUGUSTO BARRERA superaba los 200mg/100ml y por supuesto que estaba en un alto nivel de alicoramamiento de tercer grado; y,
- (xvi)** RAFAEL PARRA SERNA, explica de manera detallada y experta los grados de alcoholemia, las causas, sus características, los efectos en las personas, entre otras situaciones, así mismo, acusa como de un lado la combinación de licores potencializa y agiliza los niveles de alcohol, y de otro lado que en un estado de grado tres la persona pierde el control de su estado físico, emocional y volitivo, recalcando que, CESAR AUGUSTO BARRERA bajo la ciencia cierta si estaba en un grado tres de alcoholemia para el día 8 de febrero de 2020 a horas de media noche y que, por lo tanto, tenía una incapacidad que afectaba su comunicación, su motricidad, y desde la óptica



mental, la incapacidad de razonar, de tener un juicio muy real y consciente.

Recuérdese que la ingesta de alcohol fue anormal, caracterizándose por su exceso y la combinación de tragos, llegando al punto de tomar una cantidad exorbitante de un trago artesanal conocido como chirrinche, que contiene niveles de alcohol superiores a los permitidos. Por lo tanto, es un hecho notorio, evidente y certero que CESAR AUGUSTO BARRERA para la noche del 8 de febrero del 2020 en el municipio de Soata, vereda Arenal, se localizaba en estado de obnubilación, descoordinado, incoherente, desubicado y hasta perdido, propio de una **embriaguez grado tres**.

De igual forma, tampoco podemos hablar de un preordemaniento, es decir, que CESAR AUGUSTO BARRERA haya querido emborracharse con el fin de justificar un actuar indebido, sino que varios de los testigos afirmaron que él ni quería ir al paseo y tampoco tomar, por lo que este supuesto carece de validez, sumado a que algunos de los testigos afirmaron como vieron que le daban de tomar trago en exceso al precitado y que otros afirmaron que ese trago artesanal ninguno lo había probado salvo los que lo habían llevado, siendo este último no el único licor que bebió en la noche, sino que hay que añadirle cerveza, aguardiente y whisky Old Parr.

Además, la jurisprudencia ha enseñado que en la mayoría de eventos el estudio del dolo es automático, de simple verificación, pero en otros, como se exterioriza en el actual caso, debemos acudir a todos los datos objetivos que rodean la realización de la conducta para identificarlo y demostrarlo³. Bajo ese entendido es que se recopila cada uno de los testimonios rendidos durante el juicio oral, al igual que los dictámenes periciales, objetivizando el elemento bajo estudio, que no es otro que el dolo.

En conclusión, CESAR AUGUSTO BARRERA al estar bajo un nivel de intoxicación tan alto, su estado cognoscitivo y volitivo está afectado, determinándose con claridad y de forma fehaciente, distinto a lo que piensa el *a quo* de forma errada que si hay ausencia del elemento dolo y que sin importar la escuela que se pretenda seguir de la dogmática penal, ya sea causalista, finalista o funcionalista, la consecuencia es la misma, que no es otra que la absolución para mi prohijado⁴.

³Bajo la sentencia de la CSJ, SP, 16 de sep., 201, radicado 38747 (auto del 21 de agosto del 2019, radicado AP3564-2019, 54. 857, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, acotó:

“En efecto, la Corte ha dicho que “el dolo, en tanto se refiere al conocimiento y la voluntad de todos los elementos que constituyen el tipo objetivo, se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta.

De esta manera, habrá situaciones en las cuales presentar en la motivación aserciones específicas relacionadas con el dolo no será más que un ejercicio discursivo repetitivo e irrelevante para efectos de la constitucionalidad y legalidad de la decisión, en la medida en que de las circunstancias objetivas probadas en el expediente pueda predicarse, sin mayores dificultades, la imputación al tipo subjetivo. Por ejemplo, si está demostrado que una persona apuntó a otra con un revólver, exigiéndole a cambio de no dispararle que le entregara sus pertenencias, no será necesario incurrir en valoraciones específicas acerca de la configuración de un dolo de hurto calificado por la violencia, ni de prueba que vaya más allá de la propia para esa acción.”

⁴ Bajo la Sentencia del 18 de noviembre del 2020, radicado SP4514-2020, 55.345, M.P. Eugenio Fernández Carlier, determinó:



En caso de que el H. Tribunal Superior del Distrito considere desacertados mis planteamientos bajo este ítem, avanzamos en el estudio de disparidades que mantengo con la sentencia motivo del recurso y nos vamos al estadio de la antijuridicidad.

2. FALTA DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.

Es bien sabido, que la antijuridicidad define la afectación al bien jurídico tutelado y la normatividad penal exige que se trate de una afectación real y efectiva⁵, por lo que habría dos tipos de antijuridicidad, la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material, distinguiéndose la primera como la acción u omisión que trasgrede este bien de forma simple, literal y superficial, y la segunda es la acción u omisión que si cumple con una trasgresión cierta y objetiva o pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Para lo anterior, en aras a diferenciarlos, la dogmática a usado diferentes ejemplos y en particular voy a traer a colación dos, como es el caso de la persona que en un bus de servicio público solicita la parada y el conductor lo deja cuerdas más arriba de su petición, en donde podemos verificar que típicamente la conducta de secuestro simple podría darse, pero será ¿Qué se

“La demandante no repara en que tal propuesta implica un debate acerca de si la negación o ausencia dolo es un problema que pertenece al tipo o a la culpabilidad, y que se resuelve o supera con idéntica consecuencia (pues se traduce en ausencia de responsabilidad: absolución) dependiendo de los conceptos finalista o causalista de la acción.

Para la primera construcción teórica el tipo penal doloso está compuesto por dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo, en este último se ubica el dolo integrado por intelección y voluntad, es decir, el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la intención de llevarlos a cabo para concretar el correspondiente resultado descrito en la norma; la adecuación al tipo doloso supone, por lo tanto, armonía o correspondencia entre esos dos elementos. La culpabilidad para el finalismo es conocimiento de la antijuridicidad y reprochabilidad por el injusto.

De tal suerte que para el finalismo cuando el sujeto agente obra con desconocimiento de los elementos del tipo objetivo (ausencia de dolo), se está en presencia de un error (error de tipo), el cual si es invencible ocasiona atipicidad por desarmonía o incongruencia entre los elementos objetivo y subjetivo del tipo, mientras que si es vencible la conducta será típicamente culposa, siempre que así se encuentre prevista la ley. Cuando el sujeto obra con error sobre la antijuridicidad (error de prohibición) se está ante un problema de culpabilidad, si el error es vencible reduce el juicio de reproche y por tanto la punibilidad, pero si es invencible, la conducta es típica, antijurídica, pero inculpable.

En el causalismo no se hace esa distinción porque el dolo no pertenece al tipo, sino a la culpabilidad, y comprende no solo el conocimiento acerca de los elementos constitutivos del injusto sino también acerca de la efectiva contradicción de la acción con el orden jurídico: la antijuridicidad. Por consiguiente, el error acerca de una u otra de esas categorías, si es vencible, hace la conducta culposa, en tanto que, si es invencible, elimina el dolo y de contera la culpabilidad. El error es siempre un problema de culpabilidad.

De acuerdo con lo anterior, como el contexto en el que opera el principio de confianza supone que el sujeto agente no conoce o no sabe que se encuentra realizando una conducta tipificada por la ley penal y por lo tanto no quiere su realización (no actúa con dolo), pues está convencido de que su obrar es conforme a derecho y que quienes han intervenido en la concreción del resultado también actuaron con igual respeto del ordenamiento jurídico, se estructura la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el artículo 32, numeral 10, de la Ley 599 de 2000, la cual descarta el dolo, como en este asunto lo reconoció el Tribunal, sin que sea necesario entrar a debatir, desde una perspectiva final o causal de la acción, si ello originó atipicidad o inculpabilidad.”

⁵ Ley 599 de 2000, artículo 11: “Antijuridicidad. Pará que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”



afectó el bien jurídico de la libertad individual? y la respuesta no es otra que por supuesto no, sí hay una antijuridicidad formal, mas no material; y el otro caso, es del sujeto que lavando un automotor de otra persona en la parte delantera de la palanca de cambios encuentra una moneda de quinientos pesos y se la guarda para sí, dándose una apropiación indebida que podría ajustarse al delito de hurto, pero igual que el caso anterior ¿realmente se afecta el bien jurídico tutelado del patrimonio individual? y la respuesta es exactamente la misma, no hay antijuridicidad material.

En otras palabras, nos lleva a establecer que no es el propósito de ninguna forma menospreciar las afectaciones que pueda sufrir una persona en estado de inconciencia, pero le corresponde a la Fiscalía General de la Nación como lo hace normalmente y aquí brilló por su ausencia, presentar un examen de psiquiatría forense o uno de psicología clínica en donde se avizore que si bien la afectación se dio en un momento de no remembranza, tuvo impacto en su vida y generó secuelas que denotan que la libertad sexual ha sido vulnerada y fue afectada materialmente; no pretendo imponer una tarifa legal, pues es obvio que hay una libertad probatoria en materia penal, pero si se requiere de una entidad competente que le dé esa seguridad al juzgador para determinar que efectivamente hubo una afectación.

A su vez, ANGIE LIZETH AMEZQUITA ESTUPIÑAN, durante una parte muy pequeña de su testimonio en el juicio oral, tuvo asomo de llanto, el cual pudo ser producto de la incomodidad del momento, de quizás querer recordar algo y no poder, pero ante todo, de no haber tenido la posibilidad de manifestárselo a su familia, mas no porque exista algún tipo de secuela en su vida cotidiana, situación que nos toca suponer, porque no hay un elemento fuera de su decir que le dé a la jurisdicción penal un soporte conciso, como sería el caso de un dictamen de psiquiatría o de psicología clínica.

Por lo dicho, ANGIE LIZETH AMEZQUITA siguió con su vida sexual común y corriente y el bien jurídico que es la libertad, integridad y formación sexual no se afectó.

En consecuencia, por supuesto que a las mujeres se le debe salvaguardar y mucho más frente a las conductas punibles contra la libertad y la sexualidad, es un atentado que el Estado debe atacar y proteger, pero cada caso es particular, en el presente debemos deducir que se trató de actos entre borrachos, personas completamente alicoradas, que bajo el influjo de una combinación de licores y el consumo de un licor artesanal, la conciencia tanto de la víctima como del supuesto victimario, fue atacada y quedó al arbitrio de la inconciencia e irracionalidad de sus actos.

En otro sentido, intentando especificar que este escenario fáctico presentado por la Fiscalía General de la Nación es inverosímil que se juzgue con una pena mínima de 8 años, es más, creería que podría en este caso hablarse de un ejemplo perfecto de una injuria por vía de hecho, forjando más proporcional la pena y el escarnio público, si se quisiera ver desde el área



penal, sin embargo, me mantengo que bajo este sistema residual y fragmentario no debía ser materia de su estudio.

Fíjese muy bien, que ALBA MARCELA GUEVARA afirmó en su testimonio que entendió muy tarde que realmente no había pasado nada entre CESAR AUGUSTO BARRERA y ANGIE LIZETH AMEZQUITA, y que hasta ella misma se disgustó con esta última porque advirtió que no se importunó en buscar ayuda y, más aún, cuando observó como siguió igual con su vida, lo que para ella era irracional si se hubiese tratado de una persona atacada sexualmente, conjetura a la que podría llegar cualquier individuo de entender que la víctima no sufrió afectación alguna.

No es mi intención encaminarme a que debe haber un estancamiento en la vida de las víctimas, pero también es cierto que los hechos que circunscriben el supuesto actuar de mi prohijado, hasta para ANGIE LIZETH AMEZQUITA como para el mismo GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, resaltan que fue algo totalmente involuntario, realizado por una persona bajo los influjos del alcohol, aunado a que el procesado siempre fue y se destacó como un ser respetuoso y honorable, lo que simboliza que no hay una real afectación sobre el bien jurídico tutelado en cabeza de ANGIE LIZETH AMEZQUITA, al comprender ella que pudo ser algo que se le salió de las manos a su supuesto victimario y esto hace que sencillamente su evolución le haya permitido continuar con su vida sexual con total normalidad.

Finalmente, ha de entenderse que el derecho penal solo puede intervenir cuando se trate de casos totalmente relevantes y muy graves, bajo un concepto fragmentario y, por supuesto, no olvidando que es un fenómeno que actúa en subsidiariedad y como ultima *ratio*⁶, lo que en el presente caso se desconoció por completo, pero el problema, y valga el decir, bajo el respeto a la Fiscalía General de la Nación, que inicialmente se pensó que ese ataque no había sido de unos simples actos, sino de un acceso y tal como lo manifiesta el defensor dentro de sus alegaciones finales, la primera teoría del caso si era la de un acceso, pues sino, cómo se entiende que haya habido informes de genética y recolección de fluidos, pero bajo un discernimiento más lógico termina únicamente en unos supuestos tocamientos que ni siquiera sabemos en qué consistieron, salvo el suponer que el miembro viril

⁶ Sentencia del 9 de noviembre del 2022, radicado SP 3814-2022, 49.203, MP Diego Eugenio Corredor Beltrán, advierte:

“El derecho penal es un Estado social y democrático de derecho como el colombiano, se caracteriza por ser garante de las reglas mínimas de convivencia social, sino también, por tener como fundamento el principio de intervención mínima, entre otros postulados fundamentales limitadores del *ius puniendi*, que debe ser observado tanto por el legislador, como por los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva.

De acuerdo con este principio, **el derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídicos más importantes; principio que, a su vez, se refleja en el carácter fragmentario del derecho penal** – solo debe intervenir frente a conductas gravemente perjudiciales – **y la subsidiaridad o ultima ratio** – para proteger los intereses sociales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos para el derecho penal, antes de acudir a este -. a partir de lo anterior se afirma que no todos los comportamientos que afecten bienes jurídicos deben ser sancionados, sino solo aquellos que por sus características constituyan ataques suficientemente graves, esto es, por incidir de manera trascendente en la convivencia social”. (negrilla fuera de texto)



de CESAR AUGUSTO BARRERA toco el glúteo de ANGIE LIZETH AMEZQUITA.

En consecuencia, al tratarse de una situación que afecta la no composición de la antijuridicidad material, conllevaría a la absolución de CESAR AUGUSTO BARRERA, por ausencia del segundo elemento de la conducta punible.

Ahora bien, en caso de no ser acogida alguna de las dos posiciones anteriores, le ruego a sus Señorías que nos dirijamos a la culpabilidad como tercer requisito para la responsabilidad penal y en él nos detengamos dentro de la imputabilidad o inimputabilidad de CESAR AUGUSTO BARRERA.

3. LA INIMPUTABILIDAD DE CESAR AUGUSTO BARRERA BARBOSA.

Es preciso comenzar anunciando, que la inimputabilidad es el hecho que conlleva a que un sujeto activo se encuentre bajo una causal de exclusión de la responsabilidad penal, rompiendo con ella la máxima que indica que el adulto que realizó un injusto jurídico penal normalmente es imputable. Como lo señala Claus Roxin, en su libro Derecho Penal Parte General, Tomo I, Págs. 822 y 823:

“La capacidad de culpabilidad o imposibilidad en los adultos. I. Los fundamentos de la regulación legal. 1. El legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto jurídicopenal normalmente es imputable. (Subrayado fuera del texto) Por eso no regula- al contrario que en el caso de los adolescentes (cfr.nm.51)- la imputabilidad, sino su falta excepcional la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad. La disposición está estructurada en dos peldaños o etapas. Menciona en un primer peldaño cuatro estados o diagnósticos psicológicos: el trastorno psíquico patológico, el trastorno profundo de la conciencia, la oligofrenia y la anomalía psíquica grave. Sólo una vez que se constatado uno de estos estados o diagnósticos se ha de decidir en un “segundo peldaño” de examen de la imputabilidad se el sujeto, debido a ello, “es incapaz de comprender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión”. Negrilla fuera del texto.

Nuestra normatividad penal en su artículo 33, ha dicho:

“Inimputabilidad. Modificado por el Art. 26 de la Ley 2098 de 2021. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.”

Por lo que estaríamos ante un sujeto activo que ejecuta una acción típica y antijurídica, pero no tiene la capacidad de comprender su ilicitud o la de determinarse de acuerdo a la misma, para ello el legislador ha enunciado un listado en el que habría que encausar si esto se puede dar, encontrando específicamente el trastorno mental como uno de los eventos.



En la legislación española, es claro y específico la incorporación de la inimputabilidad bajo una intoxicación por alcohol o drogas dentro del acápite de los trastornos mentales transitorios, señalándose unos parámetros a tener en cuenta por parte del legislador a fin de adecuar cada situación en particular, como lo dice Diego-Manuel Luzón Peña, en su libro Derecho Penal Parte General, Págs. 792 y sig., al decir:

“El origen del trastorno mental transitorio u ocasional puede ser endógeno, o sea, por una causa interna del propio sujeto (cierta base patológica pero sin llegar a la anomalía o enfermedad permanente, estados crepusculares de semivigilia antes y después del sueño profundo, el carácter del sujeto, una fuerte alteración de su tensión sanguínea, una predisposición del mismo), o exógeno, o sea, motivado por causas o factores externos que inciden en ese momento sobre el estado psíquico del sujeto: así p. ej. Una intoxicación por ingestión de sustancias tóxicas, fármacos, bebidas, alimentos, plantas, etc., además del caso específico de la intoxicación por alcohol o drogas, legalmente previsto en el art. 20, 2°, estados poshipnóticos o hipnóticos que no excluyen la acción, graves daños u ofensas que provocan una reacción psíquica extrema de pasiones, afectos o emociones asténicas (fuertes o violentas), como agresividad, ira, cólera, venganza, o arrebato u obcecación en grado máximo, o amenazas o incidentes que generan pasiones o emociones asténicas (de debilidad): incluso el miedo insuperable(ya previsto específicamente en el art. 20, 6°, pero que por su grado puede a veces llegar al trastorno mental completo infra 28/35,37) o la conmoción, confusión o aturdimiento, pero igual en máximo grado con total perturbación o anulación de las facultades mentales, una situación vital de especial dificultad con los mismo efectos, etc.

El párr.1° del art.20,1° deja claro que requiere para la alteración psíquica transitoria el mismo efecto de la anomalía permanente (aunque en el párr. 2° no lo repita al denominarlo trastorno mental transitorio), que el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, y por tanto rige lo antes expuesto para la anomalía psíquica permanente: **habrá inimputabilidad en la supresión total de la capacidad de comprensión o de la de inhibición y control, pero también en la práctica supresión, producida por una profundísima alteración o perturbación, de alguna de esas capacidades.**

b) Excepción: la provocación dolosa o imprudente del trastorno mental o alteración psíquica pasajera; actio libera in causa

Sin embargo, **pese a que haya producido en el momento del acto la incapacidad de comprensión o de inhibición y por ello debería haber inimputabilidad, el CP actual impide la apreciación de ese efecto en caso o inconsciente del trastorno mental transitorio por el propio sujeto**, consagrando del modo más amplio la construcción de la actio libera in causa (abreviadamente a.l.i.c.)-que en el art. 8,2° del CP anterior solo recogía la excepción de buscarlo de propósito-al decir el art. 20, 1°, párr. 2°: “El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido proveer su comisión”. Y como vamos a ver ahora mismo©, identifica excepción establece el art.20, 2°para la provocación dolosa o imprudente del supuesto especial de trastorno mental transitorio de la intoxicación por alcohol o drogas. Del alcance y problemas de la aplicación de la a.l.i.c a los supuestos de provocación de la situación de inculpabilidad, nos ocupamos ampliamente infra 27/39 y s.



C) *Intoxicación por alcohol drogas y síndrome de abstinencia; la a.l.i.c en la provocación de la intoxicación*

*A continuación, regula el art. 20, 2° explícitamente dos supuestos especiales de trastorno mental transitorio, los debidos al consumo de alcohol o drogas o a la adicción a esas sustancias, del modo siguiente:” 2° el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever se comisionó, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. **Se admiten por tanto como causa dos supuestos que provocan la inimputabilidad en el momento concreto de hecho: 1) El de intoxicación plena por haber ingerido alcohol) la embriaguez etílica) o bien drogas (sustancia que junto al inicial placer o bienestar, producen alteraciones o efectos nocivos psíquicos o físicos y adicción o dependencia, dentro de cuyo concepto realmente también encaja el alcohol, pero el término no suele reservar para las drogas prohibidas), estupefacientes o psicotrópicos (con efecto narcóticos, abotargantes de los sentidos o al contrario estimulantes o alucinógenos) u otras diversas sustancias químicas o fármacos de efectos físicos o psiquiátricos similares y la ingestión puede haber sido consiente y voluntaria (que no significa necesariamente que también haya voluntad de intoxicarse, ni de cometer un delito) o totalmente inconsciente por alguien que no sabía ni sospechaba que estaba tomando alcohol, o droga u otra sustancia similar. 2°) A los se añade el supuesto de que la alteración de las facultades psíquicas se deba a la situación de extrema ansiedad y malestar, insostenible psico-físicamente para el sujeto, por no poder tomar las sustancias de las que es dependiente como alcohólico o toxicómano, que se conoce como síndrome de abstinencia de dependiente; el mismo puede provocar la comisión dolosa o imprudente de delitos por la grave alteración de las facultades mentales y su pérdida de control, pero también y muy especialmente la comisión con dolo directo de robos a veces violentos, hurtos o defraudaciones, o delitos conexos como falsedades para conseguir fondos suficientes para poder adquirir droga.***

*Los **efectos** que ambos casos han de ser los mismos que en la anomalía psíquica o trastorno mental transitorio del n.º 1 del art. 20, o sea, sin llegar a la anulación de la acción por sueño o narcosis, “que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”, es decir la anulación o práctica de las facultades intelectuales de comprensión del significado de la acción o de las facultades inhibitorias y de control por cualquiera de las dos causas previstas, ya que es inciso final se refiere sin duda a los dos supuestos anteriores, tanto al síndrome de abstinencia (al que va directamente unido) como al anterior de la intoxicación etílica o por drogas. **Si el efecto de la intoxicación o la dependencia sobre dichas facultades psíquicas no es total sino parcial, lo que puede ocurrir con bastante frecuencia en los delitos relacionados con la ingestión de alcohol o drogas o con el síndrome de abstinencia, no habrá plena inimputabilidad, sino sólo imputabilidad disminuida con los efectos atenuarios**”. (Negrilla fuera del texto).*

Ahora, si bien no contamos con esa ayuda para el juzgador, el legislador colombiano nos permite entrever que por supuesto que la inimputabilidad por ebriedad extrema es uno de los trastornos que ha de diferenciarse, y si la misma es ocasional, incorporarse dentro del artículo 75 del Código Penal,



que hace referencia a los trastornos mentales transitorios sin base patológica; e igualmente, el inciso segundo del artículo 33 del C.P. excluye de la inimputabilidad a quien haya preordenado su comportamiento, lo cual se debe entender desde el lado de que se hace dolosamente⁷; constituyéndose en una herramienta adicional, que tienen los operadores judiciales para el estudio de la inimputabilidad. Sobre la cual, mi maestro Francisco Muñoz Conde en su libro, Derecho Penal Parte General, Págs. 375 y Sig., refiere:

“ACTIO LIBERA INCAUSA. Todas las categorías de la Teoría del Delito van referenciadas al momento de la comisión del hecho. La inimputabilidad no podía ser una excepción en este sentido. La cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable viene referida al momento de las eximentes 1 y 2 del art. 20 (el que al tiempo de cometer la infracción penal). La actio libera in causa constituye, sin embargo, una excepción a este principio. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer el hecho no lo era, pero sí en el momento en que ideó cometerlo o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.

Los ejemplos que se incluyen en esta figura son: el guardaguasas que se duerme y provoca con ello un choque de trenes; el que se embriaga aunque

⁷ Si bien tiene alguna resistencia para alguna parte de la doctrina, como es el caso de Fernando Velásquez en su libro de Derecho Penal Parte General págs. 863 y sig., señalando que se trata de una norma obsoleta, pues todo eso o se evalúa bajo una hipótesis que no contiene ninguna ayuda efectiva a los operadores jurídicos, o, en otros casos, se trata de situaciones que se resuelven en el estadio de la tipicidad; al indicar:

*“...los problemas generados por las alic comienzan cuando se presumen que es imputable quien al momento de realizar el hecho actúa en una situación que, normalmente, se considera como de inimputabilidad, en lo que se ha visto una posible vulneración del principio de culpabilidad por falta de correspondencia entre el injusto realizado por el agente y su juzgamiento en sede de culpabilidad, cuando no el desconocimiento del postulado de legalidad; **todo lo cual ha llevado a un buen sector doctrinario a manifestar que se trata de una institución completamente superflua, llamada solo a crear equívocos y malas interpretaciones.***

*En verdad, no deja de ser extraña a la lógica immanente a la construcción dogmática y a los y a los principios inspiradores del actual derecho penal que se responsabilice a quien no es culpable al momento de cometer el hecho, con base en una ficción indemostrable, cuya verificación practica ofrece no pocas dificultades de tipo probatorio. En efecto, los conocidos ejemplos del individuo que adrede se inocula un virus desencadenante de una inusitada reacción violenta con el fin de atentar contra las personas; o el de quien a sabiendas de que unas pocas copas de licor le producen ebriedad patológica, que lo lleva a reaccionar violentamente contra su esposa, le da la muerte, etc., **inducen a pensar que se trata de hipótesis de inimputabilidad “dolosamente” preordenada de muy difícil configuración y verificación empírica que, en la mayoría de los casos, responde a la fértil imaginación de los expositores.***

*En cuanto a la producción “culposa” del estado de inimputabilidad, se citan casos como el de quien se embriaga y prevé que el tal estado puede lesionar de consideración a su íntimo amigo, o el de la madre que prevé (o puede hacerlo) el ahogamiento de la criatura en brazos durante el sueño; en dichos supuestos, debe afirmarse, se está frente a situaciones explicables desde el plano de la teoría de la tipicidad culposa sin necesidad de acudir a la concepción de las alic, que nada nuevo agrega a la misma, aunque sí contribuye de manera notable a obscurecer el panorama dogmático, como lo demuestra la práctica cotidiana. No obstante, algún sector doctrinario y del derecho comparado se resiste a prescindir de tan inútil institución por lo que se afirma, incluso, que puede mantenerse a condición de poder establecer que al momento de ponerse en situación de “inimputabilidad” el agente no solo era imputable sino además culpable. **Acorde con lo anterior, pues, debe concluirse que se trata de una figura llamada a ser erradica por superflua e improcedente, máxime cuando los problemas que genera se resuelven ya en el ámbito de la teoría de la tipicidad...**”* Negrilla fuera de texto.



sabe que en este estado se vuelve pendenciero y agresivo, acometiendo a las personas; el que se embriaga para cometer en este estado un delito, o para conducir un automóvil, etc., se cometen en un estado de inimputabilidad (a veces puede excluirse ya la acción véase supra capítulo XII.4), pero el autor, antes de realizar la conducta típica, había puesto en marcha el proceso causal cuando todavía era imputable. La inimputabilidad aquí va referida a la acción u omisión precedente la que fundamenta la exigencia de responsabilidad.

El Código penal alude expresamente a este problema en la regulación de las eximentes de los números 1 y 2 del art. 20 en relación con el trastorno mental transitorio y con los estados de intoxicación, excluyendo su apreciación cuando dichos estados hubiesen sido provocados por el sujeto <<con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión>>. Es decir, que cuando la situación de inimputabilidad (o de imputabilidad atenuada o disminuida) haya sido buscada de propósito para delinquir, o el sujeto hubiera previsto o debido prever su comisión, no podrá la respectiva eximente o atenuante. De aquí se deduce que en el caso de que el sujeto se hubiera colocado en estado de trastorno mental transitorio o de intoxicación a propósito, para delinquir, el hecho cometido debe imputarse a título de dolo, ya que el propio sujeto se utiliza como instrumento de comisión del delito en verdadera autoría mediata de sí mismo (cfr. Infra capítulo XXVII); pero en la medida en que el hecho cometido sea distinto o más grave que el que el sujeto quería cometer, este solo se podrá imputar a título de imprudencia. Por otra parte, si la situación de no imputabilidad se ha provocado dolosa o imprudentemente, pero no con el propósito de delinquir, podrá haber una responsabilidad por imprudencia por el hecho cometido en estado de inimputabilidad (frecuente en los delitos de comisión por omisión, por ejemplo, el guardagujas que se duerme y provoca el accidente de tren)...” (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, no desconozco que la instancia procesal para plantear la inimputabilidad es la audiencia de formulación de acusación, que no se extiende a la audiencia preparatoria, como erradamente lo presupone el *a quo*, indicando bajo un estudio jurisprudencial inexacto, que:

“En relación a la oportunidad donde debe alegarse la inimputabilidad y quienes estarían facultados, reiteró dicha jurisprudencia que el escenario sería en la audiencia de formulación de acusación para la Fiscalía, pero que cuando es la defensa la que la alega, debe hacerse en la audiencia preparatoria descubriendo, solicitando y entregando a la Fiscalía esos exámenes periciales que podrían predicar la inimputabilidad”

Pues, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia materia de estudio verificada por el Juzgador de Instancia, es muy clara en advertir, que esa petición que se le hace a la defensa de plantear la inimputabilidad debe predicarse en la audiencia de acusación, la cual emana del principio de igualdad de armas, para que la Fiscalía General de la Nación tenga la oportunidad de presentar los contra peritajes que considere, sin olvidar, que es ésta la primera interesada en desentrañar completamente la responsabilidad penal y desdibujar la duda razonable cuando se trate de situaciones en las cuales pueda predicarse el estado de inimputabilidad, para esto podemos ver directamente la sentencia del 21 de abril del 2021,



radicado SP1417-2021,51.814, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, que enseña:

*“Ahora bien, es cierto que, en principio, la parte más interesada en desvirtuar la capacidad del acusado para cometer el delito con culpabilidad sería la defensa dada la magnitud del rédito que puede implicar a su representado: o la aplicación de consecuencias jurídicas menos lesivas que las penas o inclusive, la exoneración de cualquier medida en los 2 eventos contemplados en el artículo 75 del C.P. Cuando sea la estrategia, **el defensor «entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado» en la audiencia de formulación de acusación, tal y como lo ordena el artículo 344, inc.2, del C.P.P.***

Dicho precepto, es evidente, busca garantizar el principio de igualdad de armas a la Fiscalía y, en tal virtud, impone una oportunidad especial-anticipada- de descubrimiento probatorio a la defensa, puesto que, por regla general, este tiene lugar es en la audiencia preparatoria (art. 356.2). En el sentido literal y teleológico de la norma legal y las explicaciones precedentes, permiten concluir que aquella no asigna a la defensa una especie de «carga procesal» exclusiva consistente en «alegar y probar la existencia de ese trastorno o anomalía psíquica» que pueda dar lugar a la inimputabilidad, como se dio a entender en la precitada sentencia de abril 23 de 2008 (rad. 29118)..”

Ahora veamos, también es cierto, que no es carga exclusiva de la prueba en cabeza de la defensa (pues asimismo podría hacerlo la Fiscalía General de la Nación) presentar los dictámenes periciales en aras de materializar un estado de inimputabilidad, lo cual conforme a la jurisprudencia recolectada por la instancia debía soportarse bajo un dictamen pericial psiquiátrico⁸, siendo cierto pero no definitivo, ya que en una sentencia más reciente se convalidó a que también podía presentarse informe pericial de psiquiatría clínica, bajo la sentencia del 27 de julio del 2022, radicado SP2649.2022, 54.044, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, que arguye:

“Visto entonces que «los psicólogos clínicos se interesan fundamentalmente en el diagnóstico, causa y tratamiento de los trastornos psicológicos», no había lugar a desestimar las opiniones reseñadas a partir de argumentos relacionados con la idoneidad o competencia de quienes las rindieron.

*En todo caso, y contrario a lo aducido por el fiscal que intervino en esta sede, **no es cierto que esta sala haya sostenido un criterio jurisprudencial según el cual la demostración de la base fáctica del juicio de inimputabilidad únicamente pueda lograrse mediante pericia psiquiátrica.***

*Para sostener esa afirmación, el funcionario invocó la sentencia 070-2019, rad. 49047, en la cual la Corte sostuvo que «el medio probatorio para determinar si al momento de ejecutar la conducta el individuo no tenía la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, es el dictamen pericial psiquiátrico». Sin embargo, inmediatamente después se precisó que lo anterior debe entenderse **«sin perjuicio... del principio de libertad probatoria, según el cual toda***

⁸ Sentencia SP070-2019, del 23 de enero del 2019, radicado 49047, M.P. Patricia Salazar Cuellar



circunstancia puede demostrarse a través de cualquier medio de convicción, **siempre que su apreciación resulte razonable**».

Esas consideraciones, pues, no pueden tomarse como fundamento de una inexistente tarifa legal probatoria que exija que necesariamente sea un psiquiatra quien demuestre los fundamentos fácticos del juicio de inimputabilidad. Lo allí sentado, al margen de la alusión a la noción de «dictamen pericial psiquiátrico», es que ello puede acreditarse mediante cualquier prueba producida por un experto en tanto tenga los conocimientos especializados requeridos para tal fin, es decir, en tanto «su apreciación resulte razonable». Así, y aunque pueda admitirse que la opinión psiquiátrica es la mejor evidencia de un trastorno mental (especialmente frente a otras que tendrían un menguado valor demostrativo para ello, como la testimonial o, acaso, la de un psicólogo general) no puede tenerse como única evidencia posible (pues existen otras similarmente calificadas, como la ofrecida, justamente, por un psicólogo clínico con conocimientos acreditados en neurociencias).(Negrilla y subrayado fuera del texto)

Igualmente, reconozco que mi antecesor no presentó dichos dictámenes, pero si uno médico en cabeza del respetadísimo Dr. RAFAEL PARRA SERNA, en el que se evidencia la situación anímica, volitiva, cognoscitiva e intelectual de CESAR AUGUSTO BARRERA.

Aunado a lo anterior, no podemos desconocer, permítanme el retroceso, que el tipo imputado, acusado y por el que fue sentenciado mi prohijado, cobija un sujeto pasivo calificado bajo un ingrediente normativo que no es otro que el trastorno mental, en este caso transitorio, en cabeza de ANGIE LIZETH AMEZQUITA y que el Juez de primera instancia avaló con las pruebas que se presentaron dentro del proceso, sin que existiese para ella la necesidad de un dictamen psiquiátrico o psicológico, situación que desconoce lo que la jurisprudencia ha venido decantando, al sellar que si bien se trata de fenómenos distintos de la dogmática (refiriéndose a la inimputabilidad y el ingrediente normativo dentro del tipo del art 210 del C.P), el vacío legal de la falta de regulación de la incapacidad de resistir se asemeja a lo compuesto en el artículo 33 sobre la inimputabilidad, y la forma de probarse ha de ser la misma. Lo que se ve reflejado en la sentencia del 2 de marzo del 2022, radicado SP567-2022, 52.207, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, donde afirma:

“Resta una precisión adicional: según quedó visto como lo ha sostenido en el pasado la sala, el concepto de trastorno mental contenido en el artículo 210 del Código Penal corresponde en todo al que, en vinculación con el concepto de inimputabilidad, establece el artículo 33 ídem. Se trata de una noción transversal al sistema jurídico penal que no puede interpretarse disimilmente en uno y otro caso. Con todo, ello no significa que la limitación a las opiniones periciales sobre insanidad mental establecida en el artículo 421 de la Ley 906 de 2004 se extienda a la comprobación probatoria sobre la incapacidad de consentir por parte de la víctima por ese delito. Se explica:

El último precepto mencionado dispone que las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado y, en consecuencia,



que no se admitirá preguntas para establecer si, a su juicio, el acusado es imputable o inimputable. **Es al funcionario judicial a quien corresponde, al evaluar la capacidad de culpabilidad del procesado, esclarecer si éste, no obstante sufrir de un trastorno mental, pudo, al momento de los hechos, comprender la ilicitud de su comportamiento y, de ser así, guiarse por esa comprensión. En tales condiciones, la prueba pericial debe estar limitada a la acreditación de la existencia del trastorno y no puede extenderse, por virtud del expreso mando legal reseñado, al juicio normativo de inimputabilidad, el cual es competencia exclusiva del Juez.**

En similar sentido, se ha afirmado que la simple constatación de un trastorno mental no basta para firmar que quien lo adolece está en incapacidad de emitir consentimiento válido sobre su sexualidad; se requiere, se itera, la verificación que el padecimiento incidió sustancialmente en dicha facultad en el caso en concreto. Es decir, para establecer si un individuo reúne la cualificación especial del sujeto pasivo señala en el artículo 210 del Código Penal debe agotarse un análisis análogo al de la inimputabilidad: por una parte, ha de constatarse la existencia del trastorno mental; por otra, que ese trastorno le impidió efectiva o materialmente evitar un concepto válido al intercambio sexual.

En esas condiciones, podría en principio sostenerse que, **en aplicación analógica del artículo 421 de la ley 906 del 2004, el perito tampoco puede pronunciarse sobre la capacidad de la víctima para consentir, y que su participación en el juzgamiento debe estar limitada a la comprobación técnica del trastorno mental que padece.**

Tal postura, sin embargo, no puede admitirse.

La razón de la proscripción que tiene los peritos de conceptuar sobre la capacidad de culpabilidad del procesado es que, en tanto ello constituye un elemento de la responsabilidad penal, su afirmación o negación únicamente le está permitida a quien administra justicia. En palabras de la sala, la inimputabilidad es una categoría jurídica que le corresponde determinarla al Juez encargado de decidir el asunto y no a los especialistas traídos al juicio por las partes. Igual sucede con la tipicidad y antijuricidad. Los hechos jurídicamente relevantes son, obviamente, tema de prueba y sobre su ocurrencia o no ocurrencia pueden y deben pronunciarse los medios de prueba, pero el juicio de tipicidad, es decir, la valoración normativa de si esos hechos se subsumen o no en una descripción típica, compete exclusivamente al Juez y ningún perito podría opinar en uno u otro sentido. A su vez, los presupuestos fácticos de la antijuricidad han de demostrarse, pero el discernimiento de si el hecho típico menoscabó o amenazó el bien jurídico, en tanto juicio normativo uno sobre uno de los elementos de la responsabilidad, solo lo puede adelantar el funcionario judicial.

En cambio, la incapacidad de consentir al intercambio sexual derivada de un trastorno mental es un hecho-no un elemento de la responsabilidad penal- que integra una descripción típica como circunstancia calificadora del sujeto pasivo y, en tal virtud, es tema de prueba en los procesos adelantados por la posible comisión del delito analizado. Nada obsta, pues, para que el perito conceptúe al respecto. Desde luego, ellos no significan que el Juez quede necesariamente vinculado por lo que sobre el particular dictaminen los expertos o deba acoger su dicho irreflexivamente. Como sucede con cualquier otra prueba, le corresponderá establecer su mérito



conforme a los criterios de valoración individual y conjunta fijados en el Código de Procedimiento Penal”. (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, es una situación que desconoció el *a quo*, ya que no hizo ninguna solicitud de pericia especializada para el reconocimiento del estado en el que se encontraba ANGIE LIZETH AMEZQUITA y si la convalidó, contrario a esto si le pidió a la defensa una pericia psiquiátrica o una psicológica para el reconocimiento de la inimputabilidad, cuando manifestó:

*“En este caso la defensa no planteo la inimputabilidad en la audiencia de formulación de acusación ni en la preparatoria, solo lo plantea como un argumento más en sus alegatos de conclusión, **pero lo cierto es que no lo probó porque no allegó prueba que así lo estableciera, no hay una historia clínica del acusa, no hay peritajes médicos psiquiátricos o psicológicos que así lo establezcan, toda vez que el perito RAFAEL PARRA hace una exposición de los grados de alcoholemia y el posible grado que podía tener el acusado y como esto podía incidir en el comportamiento de una persona, pero no hay una valoración científica directa que diga que el acusado pudo estar en ese momento en un estado de trastorno mental transitorio para estimar su inimputabilidad, lo que reiteramos tampoco está probado en este proceso, siendo que la defensa debería probarlo si esa era su teoría del caso”.** (Negrilla fuera del texto)*

Con todo esto, pretendo referir, que tal como lo evolucionó la Corte Suprema de Justicia, es claro, que el sistema jurídico penal procesal colombiano no tiene tarifa legal, si bien hay una exigencia sustancial como mejor prueba al dictamen psiquiátrico, es igualmente valido *a priori* y necesaria la pericia psicológica forense, pero no puede restarse contenido a las apreciaciones que puede hacer el juzgador, pues ante todo se trata de fenómenos jurídicos y no médicos⁹; como define la sentencia del 27 de julio de 2022, radicado SP2649-2022,54.044, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, al manifestar:

*“... En todo caso, y contrario aducido por el Fiscal que intervino en esta sede, **no es cierto que esta sala haya sostenido un criterio jurisprudencial según la cual la demostración fáctica del juicio de inimputabilidad únicamente pueda lograrse mediante pericia psiquiátrica.***

Para sostener esa afirmación, el funcionario invoco la sentencia 070-2019, rad. 49.047, en la cual la Corte sostuvo que «el medio probatorio para determinar si en el momento de ejecutar la conducta del individuo no tenía la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, es el dictamen pericial psiquiátrico. Sin embargo, inmediatamente después se precisó que lo anterior debe entenderse sin perjuicio... del principio de libertad probatoria, según cual toda circunstancia puede demostrarse a través de cualquier medio de convicción, siempre que su apreciación resulte razonable».

⁹ Sentencia del 21 de abril del 2021, radicado SP1417-2021,51.814, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán: “La Sala considera necesario señalar que la declaración de inimputabilidad no es un concepto medico sino jurídico y que la sola manifestación del perito no es suficiente para fundar la determinación de inimputabilidad, pues, ésta es «una categoría jurídica que le corresponde determinarla el Juez encargado del asunto y no a los especialista traídos por las partes», con base al principio de libertad probatoria y de apreciación racional de las pruebas conformes a la reglas de la sana crítica.”

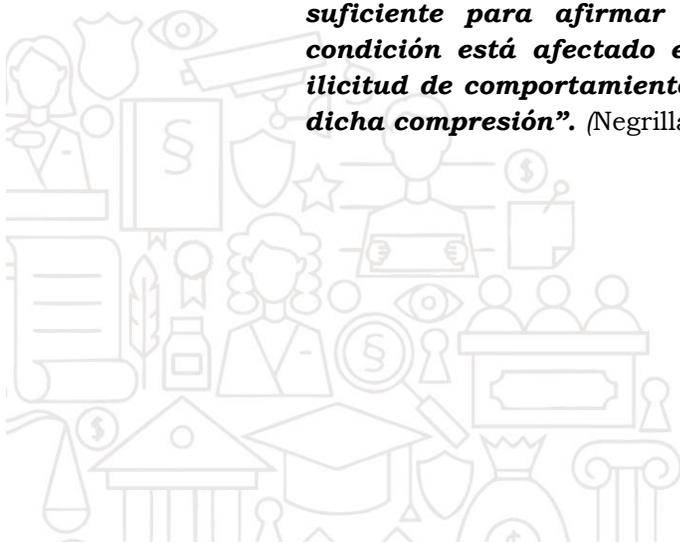


Esas consideraciones, pues, no puede tomarse como fundamento de una inexisten tarifa legal probatoria que exija que necesariamente sea un psiquiatra quien demuestre fundamentos facticos del juicio de inimputabilidad. Lo ahí sentado, al margen de la alusión a la noción «dictamen pericial psiquiátrico», es que ello puede acreditarse mediante cualquier prueba conducida por un experto en tanto tenga los conocimientos especializados requeridos para tal fin, es decir, en tanto «su apreciación resulte razonable». Así, y aunque pueda admitirse que la opinión psiquiátrica es la mejor evidencia de un trastorno mental (especialmente frente a otras que tendrían un menguado valor demostrativo para ello, como la testimonial o, acaso, la de un psicólogo general) no puede tenersele como única evidencia posible (pues existen otras similarmente calificadas, como la ofrecida, justamente por un psicólogo clínico con conocimientos acreditados en neurociencias». (Negrilla fuera del texto)

Por lo tanto, el Juez tiene la vocación con las pruebas que se le presentan de evaluar todos los aspectos de la composición de la conducta punible y en este caso sí tuvo la capacidad de avalar el trastorno mental de ANGIE LIZETH AMEZQUITA con los elementos que se presentaron dentro del juicio, por principio de reciprocidad e igualdad de armas, también tiene la posibilidad de estudiar y bajo ese estudio de reconocer el trastorno mental temporal de mi prohijado.

Por consiguiente, la decisión del juzgador ha de estar encaminada a definir si existió una relación causal entre los factores determinantes y la acción ilícita, pues como en el presente caso no se trata del hecho de simplemente estar alicorados ANGIE LIZETH AMEZQUITA y CESAR AUGUSTO BARRERA, sino con base en ese estado alto de ebriedad de ambos lados se debe justificar un trastorno mental. Refuerzo, no estoy diciendo que solo el hecho de estar en estado de alicoramiento genere la inimputabilidad o la incapacidad de resistir, sino que dentro de este caso se avaló que ambos fenómenos se presentaron con los diferentes testimonios y pruebas científicas, aun así sin que estuviese soportado en dictamen psiquiátrico o psicológico. Es por esto, que el alto Tribunal de la Jurisdicción Penal estipuló en diferentes pronunciamientos y en especial en auto del 31 de enero del 2018, radicado AP336-2018,51.107, M.P. Fernando León Bolaños Palacios, atribuyendo:

“En conclusión debe existir una relación causal entre los factores desencadenantes –inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio cultural o estados similares (art. 33 del Código Penal) – y la acción ilícita, por lo que un trastorno por embriaguez, podría ser declarado penalmente responsable si el hecho atribuido no fue el resultado directo de esa situación. En consecuencia, el estado de alicoramiento por sí solo no se constituye en antecedente suficiente para afirmar que el sujeto que actúa bajo esta condición está afectado en su capacidad para comprender la ilicitud de comportamiento o para determinarse de acuerdo con dicha comprensión”. (Negrilla fuera de texto)





Y más recientemente la corporación puntuó en sentencia del 28 de julio del 2021, radicado SP3218-2021, 47.063 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, explicando que:

“Así mismo, desde el plano jurídico es necesaria la existencia de un nexo normativo entre el trastorno mental y la conducta realizada que, como se ha dicho, tal trastorno se presente exactamente al tiempo de ejecución del comportamiento lesivo, lo cual (debe) ser demostrado en el juicio. Por ello se subraya, el trastorno mental no genera, por sí solo, la inimputabilidad, sino que se requiere de la existencia del efecto correspondiente.»

Así las cosas, y en síntesis, la declaración de inimputabilidad está supeditada a la verificación de dos condiciones:

«primero, la existencia de la condición mental que afecta al agente (inmadurez psicológica o trastorno mental), lo cual corresponde a una cuestión propia de las ciencias naturales y se acredita, debate y controvierte, por tanto, según los estándares epistemológicos de aquellas. El conocimiento de esa circunstancia, por consecuencia, habrá de llevarse al juicio preferentemente a través de prueba pericial, y su valoración estará ceñida a los criterios establecidos para ese fin en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo, el juicio valorativo-normativo sobre la incidencia que dicha condición haya tenido, en el caso concreto, en la comisión del injusto lo que es igual, a la constatación de que entre aquélla y el hecho investigado existe un vínculo que permite sostener que el autor, en ese momento, no comprendía su ilicitud, o bien, que, si la entendía, pero no podía determinarse consecuentemente». (Negrilla fuera de texto)

Si bien, la víctima es un sujeto que requiere protección dentro del proceso penal, no puede olvidarse que la parte débil es el enjuiciado y a él es a quien debe aplicársele siempre el principio de favorabilidad. Es entonces, que estamos ante una de dos situaciones, o que no se reconozca la incapacidad por trastorno mental transitorio en cabeza de ANGIE LIZETH AMEZQUITA por la ausencia consciente e injustificada por parte de la Fiscalía General de la Nación de una prueba como es la pericia psiquiátrica o de psicológica clínica que así lo demuestre, o que la misma se ratifique bajo los supuestos de los diferentes testimonios y dictámenes que se presentaron en juicio, pero que estos mismos vengan a reflejarse en el estudio de la inimputabilidad de mi prohijado, porque no tiene sentido de ninguna forma, que no sean válidas las apreciaciones para ambas partes, menos en un sistema de igualdad de armas y que repito, de favorabilidad para el procesado, de acuerdo a lo preceptuado por la norma constitucional.

Retomo, entiendo que todos los testimonios, tal como lo aduje en el primer punto de este recurso (tema ausencia de dolo), refirieron como CESAR AUGUSTO BARRERA se encontraba en un estado muy alto de alicoramiento, que gracias a la prueba científica, como son el examen clínico y el informe pericial de toxicología forense, se demuestran a ciencia cierta como algo que efectivamente sucedió, que si bien no tuvo los mismos efectos tanto en la



víctima como en su supuesto victimario, pues en ella se reflejó el estado de somnolencia y en este no, pero de él si se denota que inicio su actuar incoherente con antelación a aquella, encontrándose perdido, confuso y sin conciencia.

Añadiendo que, ninguno de los testimonios se refirió a CESAR AUGUSTO BARRERA como una persona morbosa, irrespetuosa o grosera en sus ingestas de alcohol, para pretender convalidar una preordenación, pues de cierta forma sería un reconocimiento a un comportamiento común en su actuar, que aún a sabiendas de que eso podía suceder decidió ingerir alcohol, situación que acá no se presenta y que se vigoriza con el hecho de que ni siquiera quería ir al viaje y mucho menos tomar, para que no se dé entonces la situación del inciso segundo del artículo 33 del C.P.

Conviene subrayar, que estaríamos, de ser acogida esta tesis, bajo el artículo 75 del C. P., en consecuencia, no habría lugar a la imposición de una medida de seguridad por la desaparición del trastorno mental transitorio para este momento en cabeza y favoreciendo a CESAR AUGUSTO BARRERA.

Fíjense muy bien sus Señorías, que no estamos desconociendo ningún precepto legal (se mantiene el principio de legalidad), en torno a la libertad probatoria que tiene el Juez y que en este caso tienen ustedes para evaluar la inimputabilidad, no niego que será con mayor dificultad y esfuerzo a que se tuviese un soporte pericial, como sería el psiquiátrico o psicológico, pero si bien, no se encuentran ellos, si se cuenta con: **(1)** el testimonio de todas las personas que rindieron declaración dentro del juicio que afirman del estado de CESAR AUGUSTO BARRERA; **(2)** está el dictamen clínico de embriaguez; **(3)** aparece el dictamen médico de toxicología forense; y, no podemos olvidar, **(4)** que emerge el dictamen de medicina forense de la defensa, en cabeza del Dr. RAFAEL PARRA SERNA, quien se destaca con altísimas calidades profesionales, profesor universitario de medicina y derecho, quien fungió como director del Instituto de Medicina Legal, por lo que su dicho debe ser seguido con detenimiento y contemplación, y es éste quien advierte que CESAR AUGUSTO BARRERA estaba imposibilitado de actuar cognoscitiva y volitivamente, constituyéndose una prueba, que al evaluarla y contrastarla con todas las precitadas nos lleva o nos dirigen a la certera existencia de la inimputabilidad.

Sumado, ANGIE LIZETH AMEZQUITA comentó cómo en algún momento de las horas altas de la noche del día 8 de febrero del 2020, CESAR AUGUSTO BARRERA se encontraba muy tomado (en sus propias palabras: “*arto tomado*”), actuando sin medir las consecuencias de su actos, ya que dijo que se iba en su carro, ella lo detuvo, rapándole las llaves, situación que por ninguna parte el *a quo* evaluó y que si conlleva a generar que estaba más consiente la precitada que mi propio defendido. Y, que este hecho frente a que pidió permiso para ir al baño a ALBA MARCELA GUEVARA no es mínimamente comparable, y que sí fue un hecho que escogió la instancia para inferir un estado de conciencia irreal e inexistente del sentenciado.



Esto mismo, nos permite interpretar el informe pericial de toxicología forense que determinó que ANGIE LIZETH AMEZQUITA ESTUPIÑAN tenía un menor grado de etanol que el de CESAR AUGUSTO BARRERA, frente a unos exámenes que fueron tomados simultáneamente y que denotan que efectivamente aquella tenía 40mg/100ml en grado de concentración de etanol en muestra de sangre, y éste de 65mg/100ml; recordando adicionalmente, que ella dejó de consumir alcohol con antelación, en el momento que la lleva a dormir GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO.

Otro hecho, es el narrado por el propio acusado en donde en un recuerdo muy vago, expone que no entiende como estando departiendo dentro de la piscina se avizora con tenis y que aun así ante la posibilidad de articularse continuó de esta forma, demostrándose que su actuar para ese momento era de poca conciencia y autodeterminación, y no puede ser otra cosa que la manifestación expresa a su estado de inimputabilidad.

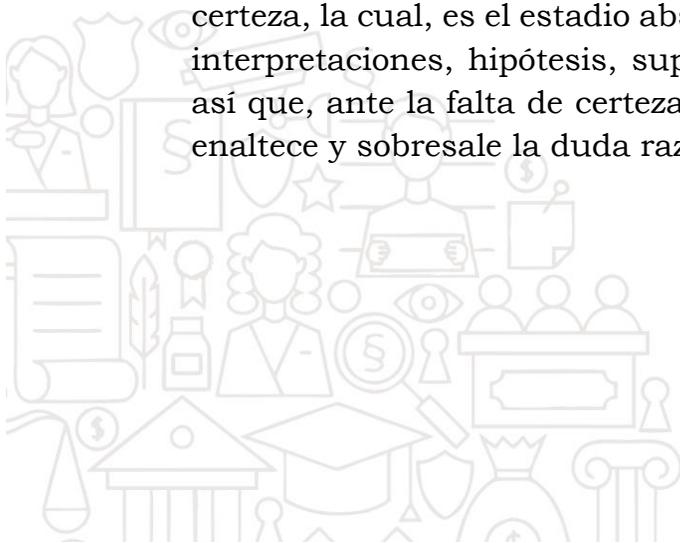
Por último, no olvidemos que los dos testigos fundamentales en la decisión condenatoria del Juez de instancia, son MAIRA ALEJANDRA NUNCIRA y GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, ambos afirmaron que CESAR AUGUSTO BARRERA estaba demasiado tomado y que seguramente por esta razón era que su actuar había sido desproporcionado a su normal y habitual comportamiento, que no era inteligible y, por supuesto, nunca se había presentado con antelación.

Bajo todo lo señalado en este punto, ruego a sus Señorías dar por sentada las bases para confirmar la existencia de la inimputabilidad en cabeza de CESAR AUGUSTO BARRERA, con base en los parámetros de los artículos 33 y 75 del C. P. o, en *contrario sensu*, pero aun favorable, absolverlo por falta de tipicidad al no presentar la Fiscalía General de la Nación un reconocimiento psiquiátrico o psicológico clínico para la comprobación, verificación y determinación de la incapacidad de resistir efectiva y real de ANGIE LIZETH AMEZQUITA, como lo ha referido la jurisprudencia de la magnánima Corte Suprema de Justicia.

Con decoro y colocándome bajo su fiel conocimiento, de no aceptarse los anteriores tres puntos, solicito se evalúen las consideraciones que a continuación me digno a presentar como cuarto punto para determinar la falta de certeza para el fallo condenatorio.

4. EL INDUBIO PRO REO

Luego, en un Estado garantista, no hay nada más que estatuya este objetivo que el principio de que nadie puede ser condenado sin que se predique la certeza, la cual, es el estadio absoluto de la verdad y no permite vacilaciones, interpretaciones, hipótesis, supuestos u otras que la ostente inestable. Es así que, ante la falta de certeza en la comisión de una conducta punible se enaltece y sobresale la duda razonable.





Basta iniciar este acápite, con simplemente la fijación de los hechos jurídicamente relevantes que se hicieron en la imputación, que se mantuvieron en el escrito de acusación y que se conservan en la sentencia¹⁰, sobre los cuales escudriñando encontramos que:

(i) **“la señorita Amezquita Estupiñán consume unos cuantos tragos y pierde el conocimiento...”** Desde aquí empezamos a enmarcar una posición de victimizar a la citada, porque es claro para todos los testigos que ese día 8 de febrero de 2020 no se tomó unos cuantos tragos, sino como se dice coloquialmente se “tomaron hasta el agua de los floreros”, desde acá se aclara que el punto no es resaltar lo mínimo, sino que los hechos jurídicamente relevantes deben ajustarse a la realidad, no pretendiendo generar susceptibilidades en el juzgado o en la sociedad, en general, porque cuando uno escucha ese inicio del relato con esa conceptualización, desde ahí uno ya se predispone a pensar que “pobre muchacha la emborracharon”, y eso no fue así, pues hasta en la propia versión de la víctima, corroborada por JESICA ANDREA BAEZ, se anuncia como la misma ANGIE LIZETH AMEZQUITA fue a buscar más trago, sin importar que ya estaban totalmente embriagados, a una de las habitaciones. No solo fue la cantidad, que repito fue exorbitante, sino la mezcla de diferentes licores y hasta la ingesta de un alcohol artesanal denominado “chirrinche”.

(ii) **“... por lo que es llevada a la habitación por el novio el señor Gustavo Mendivelso, habitación ubicada en el segundo piso de la cabaña, regresando a la piscina el señor Mendivelso, lugar donde se encontraba departiendo con los demás amigos”.** Hechos que se muestran escuetos, faltos de objetividad y referencias necesarias para un marco temporal y espacial.

Frente al cual, bajo la ambigüedad, surge una serie de dudas que no fueron resueltas en el juicio como es el hecho de determinar la hora en que esto sucedió, dejando abierto un marco temporal de vital importancia en el esclarecimiento de los hechos; además, cómo GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO abandonó a la supuesta víctima en la habitación, pues ha de resaltarse que no es lógico que si ella estaba en la piscina no iba a dejarla en la cama con sus prendas totalmente húmedas, lo mínimo era colocarle la pijama o quitarle lo que estaba mojado, más cuando tenemos varios testigos que afirman, como es el caso de ALBA MARCELA GUEVARA, que aseguró que había durado más de una hora, por lo que junto con KAREN MERCHAN y DIANA PAOLA OBREGÓN habían empezado a gritarle “Gustavo baje”¹¹, lo que ratifica DIANA PAOLA

¹⁰ Pág. 1 y 2 de la sentencia recurrida.

¹¹ Testimonio de ALBA MARCELA GUEVARA: **“Defensor:** ¿usted puede decirme cuanto se demoró en bajar Gustavo? **Alba Marcela:** tiempo no puedo decir, pero si fue mas de una hora de hecho pensamos que no iba a bajar que hasta nosotros fuimos los que empezamos a decir <Gustavo baje> porque él estaba tomado y demás, pero ebrio no estaba, él tenía mucho aguante.”



OBREGÓN¹², diferente a lo que dijo en el juicio GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO ante la confusión que lo hizo llevar la Fiscal al afirmar que solo duró cinco minutos, cuando inicialmente había señalado que más de una hora, esto último empataría con lo que dijeron otros testigos, dejando un espacio temporal de incertidumbre a lo que ellos realizaron en ese tiempo, hago alusión a ANGIE LIZETH AMEZQUITA y a GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, pues si ya habían tenido relaciones con antelación sobre la tarde ¿por qué no pudieron volver a tenerlas o intentarlas en su estado avanzado de alicoramamiento?, ya que los testigos aseguran que ANGIE LIZETH AMEZQUITA subió por sus propios medios abrazada a su novio, más cuando el propio GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, si bien niega que no tuvieron relaciones en ese momento, si aseguró que estaba bajo un estado de alicoramamiento muy alto.

También, surge la pregunta de si la dejó con la puerta ajustada o abierta, si él fue la persona que tapó la ventana con cobijas, si la dejó cubierta de alguna forma, dónde quedó el supuesto “short” o pantalón que tenía ANGIE LIZETH AMEZQUITA, pues si encontraron los “pantis” era seguro que allí también debía estar lo otro, o es que ¿CESAR AUGUSTO BARRERA si tuvo tiempo de esconder esto y no los pantis?, tratando de alterar la supuesta escena y muchas más preguntas.

(iii) “El señor CESAR AUGUSTO BARRERA BARBOSA, deja pasar un rato y se dirige al segundo piso donde se encontraba Angie Lizeth a ver a los amigos como se lanzaban desde este lugar a la piscina...”. Este fue un hecho que no se demostró dentro del juicio y el Juez lo cuidó hasta su sentencia, del que se coligen varias conjeturas irreales, que no son más que falacias, al ser indemostrables, por esto, no tiene coherencia con los hechos reales; pues se estableció, por los testimonios, que las únicas personas que se mantuvieron hasta el último instante fueron ALBA MARCELA GUEVARA, DIANA PAOLA OBREGON, KAREN MERCHAN, GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO y CESAR AUGUSTO BARRERA, dando así, que no tiene cabida que digan que el procesado se subió a ver otras personas cuando ya no había nadie más y mucho menos para lanzarse a la piscina, siendo un hecho imaginativo y sobre el cual absolutamente ninguno de los testigos hizo alusión.

(iv) “...ingresa a la habitación donde se hallaba AMEZQUITA ESTUPIÑAN, totalmente indefensa por la alta ingesta de alcohol, le quita la ropa y se trepa sobre ella”. Se trata de un hecho completamente especulativo del que no existe prueba alguna

¹² Testimonio de DIANA PAOLA OBREGON: **“Fiscal:** ¿Qué tiempo Gustavo duró arriba con Angie, usted nos comenta que Gustavo subió a dejar a Angie y que luego bajo a hablar con ustedes? **Diana Obregón:** Gustavo se demoró, siempre se demoró sus 15 a 20 minutos en la habitación.”



de que así haya sido tal suceso, recordando que al Juez hay que probarle todo y no basarse en hipótesis.

- (v) **“En la cama que fue dejada Angie Amezquita por su novio Gustavo Mendivelso se halló muestras de sangre al igual que en el piso de la habitación. En la prenda interior que vestía la víctima y la toalla higiénica que utilizaba la misma se encontraron fluidos compatibles con semen”.** En este punto es importante presentar varias situaciones a tener en cuenta, pues este hecho pierde completamente la relevancia y si puede servir en defensa de mí prohijado, en cuanto a que el semen que se encontró no era de él, ¿qué importancia tiene para el proceso?, al igual que la sangre que se halló en la habitación, pues recuérdese que en la misma, horas antes, sin saber si también minutos antes cuando GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO y ANGIE LIZETH AMEZQUITA estuvieron solos nuevamente, ya habían sostenido relaciones sexuales sin protección en esa misma cama, bajo el periodo menstrual que tenía la supuesta víctima, que no es otra situación, que la razón por la que se encuentran esos rastros de sangre allí, haciéndose hechos superfluos y alejados de la *Litis*, pero que si llevan a la confusión.

De igual forma, debemos recordar que esa habitación, al parecer, antes del supuesto hecho, fue usada por JESICA ANDREA BÁEZ y DIEGO ZAMORA, cuando lo relata la misma citada, informando que llega a ese lugar ANGIE LIZETH AMEZQUITA en compañía de CESAR AUGUSTO BARRERA a recoger una botella de whisky.

Igualmente, los testigos que acuden al llamado de GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO ingresan a dicha habitación, que hasta la propia ALBA MARCELA GUEVARA declaró como toma los “pantis” que encuentra ahí y se los lanza a la cara de CESAR AUGUSTO BARRERA, por lo que se denota una contaminación en preservar la mismidad de dichas pruebas.

- (vi) **“En la prenda de vestir (pantaloneta) del señor CESAR BARRERA, se halló fluidos compatibles con sangre humana”.** Este hecho debe tener una vocación dentro del proceso y no simplemente dejarlo a la deriva de interpretaciones. Pero es menester recordar que dicha pantaloneta el propio procesado la brindo a los investigadores en procura de su defensa, sin que se niegue que hubiese sangre en ella, pero la forma en que se impregna de dicho fluido no es más que una incertidumbre, pues no olvidemos que CESAR AUGUSTO BARRERA sufrió una cortada en su mano por la ruptura de una botella de licor por el empujón del que es víctima por AURA MILENA HERNANDEZ y que el propio médico forense avizó, por lo que mal no sería que esa sangre fuera producto de dicho corte o simplemente se untó producto de que llegó a una habitación en la que se había sostenido relaciones con



ANGIE LIZETH AMEZQUITA bajo su periodo menstrual. Es así que, el hecho de no saber a ciencia cierta a quien pertenezca esa sangre, hace irrelevante dicha situación y, como siempre, se forja favorable de interpretación al procesado, más cuando existieron fenómenos circunstanciales plausibles y demostrados plenamente.

Viendo todos estos antecedentes, no se puede pasar por alto que los hechos jurídicamente relevantes son el marco del proceso, comparando estos como las bases de una edificación, si los mismos están mal, van a terminar cayéndose por el equivalente peso de sus incoherencias. El trabajo no puede ser para el Juez de edificar los hechos y recomponerlos, sino que es la Fiscalía General de la Nación la que ha de determinarlos, solidificarlos y demostrarlos, situación que en el caso no se presenta a plenitud, como ya lo vimos.

Veamos ahora, se ha tratado de colocar en un escalón superior a los dos testigos soporte de la sentencia condenatoria enrostrándoles una conciencia magnánima que no es cierta, pues así, la propia MAIRA ALEJANDRA AGUDELO diga que no tomó mucho y que solo fue un par de cervezas, distanciándose de casi todos los testigos, cuando advierten que todos tomaron mucho, como es el caso específico de ROSA MARIA DIAZ CORREDOR que aseguró que es una mentira que alguien diga que ese día tomó poco.

De otra parte, frente a la misma MAIRA ALEJANDRA AGUDELO¹³, no guarda coherencia entorno a su salida del baño, haciendo entender que fue casi inmediata, que no paso más de cinco minutos, informando estar en la ducha al ser fue llamada y, por esto mismo, más quisiese y lo intentase tenía que salir, secarse (como lo dijo) y colocarse ropa, lo cual no es un acto inmediato, por lo que no pudo llegar instantáneamente con GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO y presenciar lo que éste dice, entre ello la supuesta desnudes de CESAR AUGUSTO BARRERA, pues bajo las reglas de la sana crítica, en especial de la experiencia, el supuesto victimario no iba a quedarse desnudo a la espera de que llegara todo el mundo a verlo sin ropa, más aun cuando la sociedad nos ha dado temor a la desnudes y siempre tendemos a cubrirla, y ese acto de vestirse, de existir, debió ser casi inmediato, por lo que ella no lo pudo ver desnudo, (como tampoco lo vio ninguna de las personas que acudían en ese momento) de lo contrario, hubiera sido muy específica entorno al miembro viril del victimario y hubiese notado que estaba completamente tatuado en sus piernas, haciéndose un acto llamativo y de remembranza para cualquier persona.

Y de otro lado, con un GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO que solo con la forma de presentarse ante un Juez de la República, en pantaloneta y esqueleto, me genera suspicacias, más cuando él asegura que en el trayecto

¹³ Testimonio de MAIRA ALEJANDRA AGUDELO NUNCIRA: “**Fiscal:** ¿Cuándo usted llega a la habitación ante los golpes y gritos que escucho, que tiempo transcurrió entre esa gritería e insultos a que usted llegara a la habitación? **MAIRA:** Yo calculo por ahí 5 minutos, porque yo para escuchar no estaba lejos y no me estaba duchando, lo que hice fue salir rápido, me sequé, me puse la ropa y Salí del baño y me fui a la habitación.”



de Duitama a Soata no ingirió bebida embriagante, lo que desmienten todos los testigos y hasta la propia JESICA ANDREA BAÉZ, cuando aseveró que GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO iba tan borracho en Susacon que ahí vómito¹⁴, y los otros testigos aseguraron que durante el trayecto por supuesto que tomaron y ya estaban embriagados, lo cual continuó todo el resto de la tarde y noche, todos estaban muy tomados (la propia MAIRA ALEJANDRA AGUDELO lo marcó pero, posteriormente, trató de minimizar, en algún aparte de su testimonio).

Otro punto es, que GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO afirmó de su alto estado de ebriedad y es creíble pues no recuerda un hecho tan importante como fue la ruptura de la botella de aguardiente en la piscina, donde todos aseguraron que fue él quien auxilió a CESAR AUGUSTO BARRERA y ayudó sacando los vidrios, hecho relevante que no conmemora.

Adicionalmente, GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO aseveró que al encontrar la puerta cerrada, no podía abrirla, teniendo que emplear la fuerza para hacerlo, y allí me encuentro con un tema que tiene tres variantes, y es que, sí CESAR AUGUSTO BARRERA estaba consciente de la situación y es descubierto, lo primero que haría bajo la regla de la experiencia es levantarse del cuerpo de su víctima, evitando ser visto, ya que el hecho de forcejear la puerta da una alerta y un espacio de tiempo, aunque corto, válido para intentar esconderse, o de otro lado, era tal grado de inconciencia de mi prohijado que también se encontraba inconsciente encima del cuerpo de ANGIE LIZETH AMEZQUITA denotando un punto a tener en cuenta en la inimputabilidad, y por última alternativa, que no existió tal escena, situación que denota JESICA ANDREA BAÉZ, al avizorar que pudo ser simplemente la inconciencia de una persona de alto grado de alicoramiento combinada con su celopatía. En cualquiera de los tres casos fijese que es un evento favorable para mí prohijado e indeterminable por el Juez, quien no puede acudir a una certeza.

Terminando con el testimonio de GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, éste determinó que encontró a CESAR AUGUSTO BARRERA con su pene erecto y eso no fue corroborado por MAIRA ALEJANDRA AGUDELO, la otra persona que lo vio desnudo, supuestamente, pero que ante la prueba científica del DR. RAFAEL PARRA SERNA se desmiente, inicialmente, pues este advierte que bajo el estado de tercer grado de alicoramiento que se encontraba mi defendido era imposible una erección, veamos que no lo está diciendo un testigo común, sino un perito que no fue refutado en su testimonio. Y, tampoco podemos olvidar que CESAR AUGUSTO BARRERA, tal como él lo comenta, no lo dejaron ni siquiera ir al baño, a fin de que no se limpiara y que el médico lo examinara, por lo que estuvo completamente desnudo ante aquel, situación que de haber sido hallada por el doctor JAVIER ANDRES MEDINA, es decir, encontrar un rastro en su miembro viril o a su alrededor

¹⁴ Testimonio de **JESICA ANDREA BAÉZ**: “ANDREA:...gustavo empezó a vomitar de lo borracho que estaba, de lo mal que le sentó ese chirinche y ahí sacamos una botella de Old Parr y nos tomamos unas cervezas y ya cuando llegamos no teníamos mucha conciencia de la hora...”



de algún tipo de mancha similar a sangre, lo hubiese demarcado con exaltación en su informe, lo cual por supuesto que no sucedió, al no aparecer dentro del mismo.

Conclusivamente, el anterior hecho no es más que una parte imaginativa y proactiva por los efectos del exceso de alcohol que subsistió GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO.

A continuación, el fallador de primera instancia alude a un hecho hipotético y no probado como fue que CESAR AUGUSTO BARRERA movió la cama, pues salvo el testimonio de GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, que también se encontraba alcorado absolutamente, ninguna persona puede con certeza afirmar como había quedado la habitación y el *a quo* erradamente ratifica el sentir de GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, con el testimonio de DIANA PAOLA OBREGÓN¹⁵, quien no estuvo en compañía de ANGIE LIZETH AMEZQUITA y no pudo saber cómo había sido dejada por GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, mucho menos por el patrullero CRISTHIAN GUILLERMO POBLADOR, que no presencié los hechos, por lo que hay un yerro en la apreciación de la prueba.

Otro hecho, que no tiene coherencia con la realidad y parece ilógico es él supuesto de que el victimario baja a la víctima de la cama para tirarla al suelo con el fin de cometer sus actos libidinosos, al señalar en la sentencia:

*“Entonces, se pudo determinar que luego de que Cesar Augusto se saliera de la piscina en donde se encontraba con Marcela, se dirigiera a la habitación donde se hallaba Angie, obstaculiza la puerta de ingreso de la misma, seguía comprendiendo y discerniendo su actuar, al aprovechar que Angie estaba sola en la habitación e inconsciente, **para bajarla de la cama**, colocarla en el piso, despojarla de su pantalón, y de sus pantys con el fin de desplegar actos eróticos con los que fue victimizada, al punto de tener su pene erecto por el deseo libidinoso que en ese momento sintió, pues de no ser así, porqué presionó la puerta de la habitación con la cama y más a un haberle quitado la ropa (pantalón y panty) es suficiente para concluir el conocimiento y discernimiento de Cesar (acusado) sobre la conducta atribuida”.*

¹⁵DIANA OBREGON corroboró que, como lo aseveró Gustavo Mendivelso, la cama había sido movida de donde inicialmente estaba ubicada, esto dijo: “en ese momento nos salimos de la piscina, llegamos a la habitación ya estaba totalmente cambiada de lo que habíamos visto inicialmente cuando llegamos, yo entre y vi a Cesar parado en toda la esquina a mano derecha, con la mano izquierda hacia la cabeza y la cama estaba corrida y en la parte de abajo estaba Angie. (...); asimismo, manifestó que habían 3 habitaciones en el segundo piso, y como estaba ubicada la cama en la habitación escogida por Gustavo y Angie antes de los hechos y luego de estos: “La cama estaba a mano derecha pegada contra la pared inicialmente, pero cuando llego corriendo a la habitación medio se podía, o sea se abría la puerta, contra la puerta estaba pegada, o sea, contra la habitación estaba la cama pegada contra, la cama que estaba a mano derecha estaba pegada contra el peinador y contra la puerta y entre el espacio que había entre la pared de la derecha y el lateral de la cama en la parte de abajo estaba Angie boca arriba” (...) Preguntado: ¿así no estaba la cama cuando usted vio y Marcela dejó allá la maleta? Contestado: no Preguntado ¿cuándo Angie les dijo que esa era la habitación de ella? Contestado: si señora así no estaba. Cuando entré la cama estaba totalmente desorganizada pues las cosas estaban al contrario, entonces la cama que estaba contra la derecha estaba pegada contra el peinador bueno la mesa que estaba ahí contra la izquierda. Preguntado ¿dificultaba el ingreso esa posición de la cama? Contestado: pues digamos le pongo cuadro o cuadro y medio para poder pasar, pasaba una persona de lado, no se podía abrir la puerta totalmente no.”. Último párrafo Pag 42 de la sentencia.



Dicho lo anterior, no tiene sentido establecer que una persona tiene la oportunidad de cometer su ilícito bajo la comodidad de una cama, entendiendo que su víctima se encuentra adormecida completamente, para pretender tirarla al suelo con el inconveniente de que se despierte o sea más complicado, brusco, frío y menos satisfactorio, ante un piso de baldosa como se referencia en las fotografías¹⁶. Entonces, estamos ante un hecho que, de un lado, no se probó y, de otro, mucho menos guarda coherencia con la realidad.

De manera semejante, hay una exigencia probatoria por parte del Juez Penal de Primera Instancia en solicitar una prueba imposible a mi defendido, al decirle que sí estaba confundiendo a ANGIE LIZETH AMEZQUITA con otra persona por qué no ofreció el nombre de dicha persona¹⁷, es como pedirle a CESAR AUGUSTO BARRERA que explique porque tenía zapatos en la piscina, lo que se podría visualizar como una carga de la prueba imposible de cumplir para la defensa y el procesado, que no tiene recuerdo alguno de lo acontecido.

Otro asunto, sobre el cual se genera bastante ambigüedad y que en mi parecer no se le aclaró al Juez y por el contrario si se dejó abierta la discusión, es respecto a la distribución de las habitaciones y cómo a CESAR AUGUSTO BARRERA no se le estableció ninguna de las piezas; pues es claro que las primeras personas en llegar a la cabaña fueron CARLOS ANDRÉS MENDIVELSO, MARIBEL ROJAS, DIEGO ZAMORA, JESICA ANDREA BAEZ, GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO y la supuesta víctima, llegando enseguida MAIRA ALEJANDRA AGUDELO, diciendo que se hizo una distribución inicial, pero fíjense como posteriormente llega CESAR AUGUSTO BARRERA en su carro con DIANA PAOLA OBREGÓN, KAREN MERCHAN, ALBA MARCELA GUEVARA y ROSA MARIA DIAZ, a estos no se les indico sobre donde iban a pernoctar, y peor aún, luego llegan más personas, como fueron AURA MILENA HERNANDEZ con dos amigos.

Sobre lo anterior, lo único de lo que hay claridad al encontrar coincidencia entre todos los testimonios, es que CARLOS ANDRÉS MENDIVELSO y su novia iban a dormir en un camping y en otro dormirían JESSICA ANDREA BÁEZ con DIEGO ZAMORA, sin olvidar que estos dos en algún momento usaron alguna de las habitaciones del segundo piso, pero frente al resto se genera una incertumbre que sostiene o mantiene, y al mismo tiempo machaca la certeza, de cómo se iban a descansar, recordando que a CESAR

¹⁶ Álbum fotográfico ingresado por la defensa en cabeza ALEXANDER URIBE.

¹⁷ Pág. 44. ***También, la defensa arguye que Cesar en el estado de alicoramiento en que se encontraba pudo haber confundido a la víctima, al haberse señalado por Gustavo Mendivelso que ante sus reclamos el Acusado manifiesta que quien estaba en la habitación no era Angie, sin embargo, ninguno de los testigos traídos al juicio, ni siquiera el mismo Acusado refirió el nombre de esa otra persona con quien se podría deducir que habría confundido con la Víctima, por el contrario a los otros testigos como ROSA MARIA, y a MARCELA GUEVARA Cesar les aseguraba que no habría hecho nada, reiterando “ el que nada debe nada teme” y solicitando que llamaran a la policía; adicionalmente a Diana Obregón le manifestó “que le hicieran examen a medicina legal que miraran que no la habían tocado que no le había hecho nada a Angie”*** Negrilla fuera del texto.



AUGUSTO BARRERA a ciencia cierta no le habían determinado un lugar en donde él podía dormir, teniendo en cuenta que solo había dos o tres habitaciones en aquella cabaña ubicadas en el segundo piso, pues ni de eso, refiriéndome al número de habitaciones, se ocupó de esclarecer la señora Fiscal Seccional de Soata, con una pericia topográfica y mucho menos lo hicieron los testigos, como lo veremos a continuación:

TESTIGO	TESTIMONIO
YEISON GUERRERO AMADOR	<p>✓ FISCAL: “usted nos ha indicado que llego y encontró una cabaña, describanos como era la cabaña, ¿a qué distancia estaba ubicada del área urbana del municipio? porque dice que era una vereda, cuéntenos”</p> <p>PT. YEISON: “era una cabaña que estaba ubicada aproximadamente a 20 minutos del municipio de soata queda vía Boavita, una cabaña constaba de <u>aproximadamente tres habitaciones, una piscina</u>”.</p> <p>✓ FISCAL: “pero como estuvo en la cabaña aparte de que tenía piscina, nos puede indicar ¿qué habitaciones o qué distribución tenía esa cabaña?”</p> <p>PT. YEISON: “que recuerde <u>tenía más o menos tres habitaciones que quedan en el segundo piso</u>, una de ellas era donde sucedieron los hechos, fue cuando se realizó la inspección y la fijación fotográfica”.</p>
MAIRA ALEJANDRA AGUDELO NUNCIRA	<p>✓ FISCAL: “entonces vamos por partes para que nosotros tengamos una ilustración completa de lo que hicieron. Llegaron, ¿cómo se organizaron?”</p> <p>MAIRA: “llegamos y las habitaciones se encontraban en el segundo piso, entonces con Andrea cogimos una habitación, la otra la cogió Gustavo y Angie y Carlos y la otra chica eran pareja entonces ellos se quedaron traían camping entonces se iban a quedar en una zona que estaba apta para acampar y el otro muchacho Diego si se fue, él se fue para Boavita a donde un familiar o algo así, entonces nos quedamos pues Andrea y yo”.</p> <p>✓ FISCAL: “dice que había algunas habitaciones en el segundo piso, quiere decir ¿qué en el primer piso había habitaciones?”</p> <p>MAIRA: “la cocina, si, es que no recuerdo muy bien, la cocina si me acuerdo mucho y como una sala de estar, y en el segundo piso digamos como entrando a mano</p>



	<p>izquierda había como una zona de estar, habitación acá, baño, habitación, habitación (lo hace señalando lados), en el segundo y en el primer piso había un pasillo grande donde armaron los campings para Carlos y Maribel”.</p> <p>✓ FISCAL: “entonces usted llego a la habitación que anteriormente había escogido con Andrea, ¿Andrea estaba con usted, estuvieron las dos? MAIRA: <u>no, porque Andrea ya estaba con otra persona, estaba con Diego, ellos estaban en su plan y se iban a quedar en otro camping,</u> entonces en la habitación, digamos que se re ordeno la asignación de las habitaciones porque habían llegado más chicas, entonces ahí ya le habíamos dicho a Andrea que nos íbamos a quedar en ese sitio pues ahí se iban a quedar otras niñas, pues yo subí y me metí fue a bañarme”.</p> <p>✓ FISCAL: “<u>¿alcanzo a darse cuenta por la designación de la cabaña que habitación o qué sitio le habían asignado a Cesar?</u> MAIRA: <u>no, eso si no supe,</u> pues como ellos llegaron después entonces yo no supe ahí como se organizaron, si sé que algunas niñas se iban a dormir en la habitación, como Andrea ya no iba a dormir conmigo entonces dejaron sus cosas, digamos la distribución se hizo inicialmente porque llegamos todos pero después cuando llegaron ellos, ellos se ubicaron en la piscina con mi amiga entonces no detalle en donde se iban a ubicar, ni donde iban a dormir, ni donde dejaron maleta, nada”.</p> <p>✓ DEFENSA: “<u>¿usted sabía si Cesar tenía espacio en alguna habitación para quedarse?</u> MAIRA: <u>no, no sé dónde se ubicó”.</u></p>
CRISTHIAN GUILLERMO POBLADOR SANDOVAL	<p>✓ “Pues lo que recuerdo porque eso fue aproximadamente un año, es una casa tipo cabaña de dos pisos con piscina”.</p> <p>✓ “Pues solo que era de dos plantas con su piscina, eso fue lo que alcance a observar”.</p>
DIANA PAOLA OBREGÓN CORREDOR	<p>✓ “...en un momento subimos con Karen y Marcela a las habitaciones, entonces cuando uno entraba a la cabaña había una escalera para llegar al segundo piso y en la primera parte uno pasaba a mano derecha estaba la cocina y uno pasaba y</p>



	<p>a ese lado estaba la piscina, había un hall que habían colocado un camping, donde estaba durmiendo la novia de Carlos Andrés, ya subimos con Karen y Marcela a las habitaciones las miramos había un hall, había un balcón que miraba hacia el lado de las piscinas, dándole la espalda a las piscinas encontrábamos la primera habitación, la segunda habitación y la otra habitación donde tenía más camas donde nos íbamos a quedar pues varias chicas, en la primera habitación cuando llegamos estaban las maletas de Angie, las maletas de Gustavo, ya en la otra habitación estaban unos maletas ya habían escogido básicamente las camas como nos íbamos a dormir”.</p> <ul style="list-style-type: none">✓ “No recuerdo bien que la cama que se le había designado a Cesar era consiguiente a la de ANGIE, no recuerdo bien, la verdad cual era la habitación de Cesar”.✓ “Si, la maleta de Cesar nunca se bajó del carro, ósea él nunca bajo la maleta hasta el momento y los papeles estaban dentro del carro”.
GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO	<ul style="list-style-type: none">✓ “...No sé cuántas habitaciones había, no lo tengo claro”.✓ “Unos se quedaron en camping, habitaciones, no recuerdo bien”.
CARLOS ANDRÉS MENDIVELSO	<ul style="list-style-type: none">✓ FISCAL: “¿le asignaron habitaciones? ¿cómo fue eso? Cuénteme” CARLOS: “No, no se la verdad, no lo sé, los de arriba no lose, por lo que te digo, yo lleve mi camping, yo arme mi camping y pues arriba no sé, eran 5 habitaciones creo, que ya se habían designado, pero la verdad no sé si las habitaciones las habían o no designado”.
ANGIE LIZETH AMEZQUITA	<ul style="list-style-type: none">✓ “En el sitio había era una casa de dos plantas, en la planta de abajo, quedaba a mano derecha la cocina y ahí mismo sigue y sube quedan las escaleras para el segundo piso, en el segundo piso están ubicadas 3 habitaciones, 1 baño y un hall; en el primer seguía derecho y hay un pasillo largo y ahí donde se instalaron los camping y al lado derecho del pasillo era la cocina y los baños”.✓ “Como nosotros llegamos de primeras, escogimos y cada quien escogió su habitación, entonces cogimos la habitación la primera que subía las



	<p><u>escaleras, ósea la primera habitación era la de Gustavo y la mía</u>.</p> <p>✓ FISCAL: “¿recuerda usted quien más ocupo habitaciones del segundo piso? La una la ocupa usted y Gustavo ¿y las otras?”</p> <p>ANGIE: “No, no recuerdo la organización, no recuerdo como quedaron las otras”.</p>
CRISTIAN CAMILO BARRERA	✓ “Cuando él se sentía muy borracho lo único que quería era acostarse, porque le daba sueño donde estaba”.
ALBA MARCELA GUEVARA SANCHEZ	✓ “Por ahí los únicos que no teníamos habitación éramos Cesar y yo”.
JESICA ANDREA BÁEZ MEJIA	<p>✓ “...la cabaña <u>solo tenía 3 habitaciones</u>, una habitación si tenía solo una cama y las demás tienen de a dos o tres camas, entonces pues estaba la finca pero cada quien acomodóse como quiera, los únicos que si apartaron habitación fue Gustavo y Angie que era la que solo tenía una cama los demás si como que se acomodaron, <u>cada quien decidido pero al momento que yo llegue cesar aún no había llegado</u>”.</p> <p>✓ “Cuando llego Cesar y ellas, ellos no hicieron repartición de cuartos, es más él se bajó y ni siquiera bajo maletas. Al segundo grupo que llegó no se le hizo repartición de habitaciones y no se les dijo cuál habitación era para quien, nadie hizo eso”.</p> <p>✓ “...les digo, cuando nosotros llegamos, los que estábamos en el grupo primero, pues sabíamos porque subimos, entonces Angie y Gustavo cogieron la habitación y ya, luego llegar Cesar con estas chicas, <u>si él no sube</u>, se queda ahí abajo, o sea <u>yo sé que Cesar no subió</u>”.</p>

De lo predicho por cada testigo, directamente verificamos que:

- (i) YEISON GUERRERO AMADOR: Es ambiguo y poco conciso, nos habla de que aproximadamente, o más o menos, eran tres habitaciones;
- (ii) MAIRA ALEJANDRA AGUDELO: Nos hace entender que eran solo dos habitaciones, que en una se quedaba GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO y su novia y en la otra ella con JESICA ANDREA BÁEZ, puesto que CARLOS ANDRÉS MENDIVELSO y su pareja iban a quedarse en un camping, que al final, como llegaron más personas, JESICA ANDREA BÁEZ se fue a quedar con DIEGO ZAMORA en otro camping y esta habitación la iba a compartir con



- otras mujeres. Es clara en que no sabía dónde iba a dormir CESAR AUGUSTO BARRERA, pues a él nunca se le situó;
- (iii)** CRISTHIAN GUILLERMO POBLADOR SANDOVAL: Solo recuerda que se trataba de una cabaña de dos pisos y piscina;
 - (iv)** DIANA PAOLA OBREGÓN: Ella manifiesta que habían tres habitaciones, pero le pareció que la cama que se le había designado al procesado era consiguiente a la de ANGIE LIZETH AMEZQUITA, y añade una situación de vital relevancia, al decir que la maleta de CESAR AUGUSTO BARRERA nunca se bajó del carro, lo que implicaría que efectivamente no se le dijo en dónde podía quedarse esa noche, pues de asignársele un sitio hubiese dejado su equipaje en dicho lugar;
 - (v)** GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO: No sabía cuántas habitaciones había en la cabaña;
 - (vi)** CARLOS ANDRÉS MENDIVELSO: Afirma que eran cinco habitaciones y que no sabía cómo había sido su distribución para pernoctar aquel día;
 - (vii)** ANGIE LIZETH AMEZQUITA: Establece que eran tres habitaciones, que su grupo logró escoger inicialmente al llegar de primeras, pero después con la llegada de las otras personas no supo cómo se reorganizó y establece que la decisión por la que tomaron la habitación junto con GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO, donde supuestamente posteriormente sucedieron los hechos, se debió a que era la primera subiendo por las escaleras;
 - (viii)** CRISTIAN CAMILO BARRERA: Advierte que su hermano normalmente lo que hacía cuando se sentía embriagado era intentar acostarse en la primera cama que encontraba, ya que le cogía el sueño.
 - (ix)** ALBA MARCELA GUEVARA: Afirma categóricamente que ni a CESAR AUGUSTO BARRERA ni a ella se les mostró donde debían dormir o una asignación de una habitación en específico; y,
 - (x)** JESICA ANDREA BÁEZ: Comenta que eran tres habitaciones y la idea era que cada quien se acomodará como quería, que GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO y ANGIE LIZETH AMEZQUITA se quedaron en una que solo tenía una cama, pero esa asignación se hizo antes de que llegara CESAR AUGUSTO BARRERA, cuando llega el sentenciado con sus acompañantes, que venían en el mismo carro, refiere que no hubo repartición de cuartos, que ni se bajaron las maletas del carro de éste y que mucho menos él subió al segundo piso.

Vemos como, si bien podría establecerse que eran tres habitaciones, lo importante es que no hubo una distribución ajustada a la cantidad de personas que estaban para pasar la noche del 8 de febrero del 2020 en esa cabaña ubicada en el municipio de Soata.

Y lo que más se debe realzar, ya que no es ilógico pensar, cuando CESAR AUGUSTO BARRERA al sentirse completamente tomado se sube al segundo piso y busca el primer lugar donde pueda quedarse. Se trata de un hecho



relevante, que si la habitación de ANGIE LIZETH AMEZQUITA no fuese la primera y aun así CESAR AUGUSTO BARRERA hubiese entrado, implicaría un hecho evidente de conciencia en perseguir a su víctima, situación que no se presenta y si nos da pie a pensar que él ingreso allí y se tiro al suelo donde había un colchón, como lo podemos ver en el álbum fotográfico que exhibe el testigo YEISON GUERRERO AMADOR¹⁸, lo refirió MAIRA ALEJANDRA AGUDELO¹⁹, con la finalidad única de dormir y no lo que supone hipotéticamente el *a quo*, de pretender violentar sexualmente a ANGIE LIZETH AMEZQUITA.

Para concluir, señores Honorables Magistrados pueden verificar ustedes que no hay una base probatoria para establecer la certeza dentro del presente proceso, materializándose con ello la duda razonable a favor de CESAR AUGUSTO BARRERA y en consecuencia su absolución, situación que puede asemejarse a recientes jurisprudencias de su corporación.²⁰

En último lugar, en caso de que ninguno de los cuatro puntos satisfaga su venerado designio, de manera residual y subsidiaria, solicito se evalué el estudio de la nulidad, retrotrayendo el proceso en aras de subsanar su mal procedimiento, y, en caso de que tampoco prospere, se ajuste el caso a la tentativa, que, por cierto, sería el único acápite que implicaría una pena, ya que los anteriores puntos conllevaban tres de ellos a la absolución, uno a deshacer el proceso y comenzar de nuevo, y otro a la responsabilidad pero sin medida de seguridad (caso de la inimputabilidad).

5. Y OTRAS CONSIDERACIONES SUBSIDIARIAS Y RESIDUALES

A. En diferente camino, propiciado por el propio defensor que me antecedió, ha de señalarse (tal como lo exteriorizó en sus alegaciones finales), que ante la incongruencia de la propia Fiscalía General de la Nación, su defensa la enmarco en desdibujar el acceso carnal, lo que podría simbolizar el hecho de no acusar la inimputabilidad en su momento, como tampoco pericia alguna que así lo sostuviera, e igualmente omitiera ejercer una defensa efectiva para deslegitimar la existencia de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, lo que nos hace interpretar que esa no debida imposición de los hechos jurídicamente relevantes conlleva a una nulidad por violación directa al debido proceso y/o violación al derecho de la defensa, por consiguiente hasta una falta a la defensa técnica.

Por lo mismo, no pretendo menospreciar al defensor que me precedió, ya que reconozco sus altas cualidades profesionales, pero ante una Fiscalía General de la Nación que no lució en debida forma los hechos jurídicamente

¹⁸ Fijación fotográfica inspección a lugares, imagen N° 2.

¹⁹ “Había un colchón en el piso, había una cama y al lado había como un colchón y ahí estaba Angie acostada.”

²⁰ (i) Sentencia del 20 de septiembre de 2022, radicado SF201-2018, (acta No. 232 del 11 de agosto de 2022), M.P. Jorge Enrique Gómez Ángel.

(ii) Sentencia del 12 de septiembre de 2023, radicado SF173-2019, M.P. Jorge Enrique Gómez Ángel.

(iii) Sentencia del 29 de agosto de 2022, radicado SF201500139, M.P. Jorge Enrique Gómez Ángel.



relevantes, soportando a que mi colega reconociera que se estaba defendiendo de un acceso carnal y no de unos actos sexuales a CESAR AUGUSTO BARRERA.

Adicionalmente, se ha expresado en diferentes oportunidades por el órgano máximo de la jurisdicción penal que, ante el yerro de no presentar, por parte de la Fiscalía General de la Nación, en debida forma los hechos jurídicamente la única solución es la nulidad. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 2 de marzo de 2022, radicado SP570-2022, radicado 58.549, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, adujo:

*“La idea central de los pronunciamientos que se ocuparon de estudiar la referida temática consiste en que **si la imputación o la acusación, o ambas, no contienen una relación clara y suficiente de los hechos que configuran el delito o delitos por los cuales se vincula penalmente o se acusa a una persona, la consecuencia ineludible es la nulidad del trámite**, en tanto esa omisión o ausencia de claridad inciden en la estructura misma del proceso, **pues a partir de la correcta fijación de los hechos jurídicamente relevantes es que se establecerá el tema de la prueba y se fijarán los límites por los que se encausará la estrategia defensiva**. En otras palabras, de la adecuada formulación de los presupuestos fácticos que configuran el delito depende que el procesado sepa y entienda de qué cargos es que se tiene que defender.*

***De ahí que la falta absoluta de claridad, la confusión, ambigüedad o ausencia de definición de circunstancias concretas y de obligada referencia incide en el derecho de defensa, en cuanto impide al procesado y a su defensor presentar las pruebas que le resulten útiles para refutar la tesis acusatoria**, en tanto no se conoce cuál es, en concreto, la conducta por la que se acusa.*

Cuando se habla de yerros en la fijación y comunicación de los hechos jurídicamente relevantes, es decir, cuando se comprueba que estos no fueron adecuadamente planteados en la imputación o la acusación, se impone la anulación del trámite por afectación directa del debido proceso en su componente del derecho de defensa, eventualidad que descarta, en principio, la posibilidad de que concurra una transgresión al principio de congruencia pues, en estricto sentido, no hay lugar a hablar de congruencia cuando no hay ni siquiera fijados unos hechos que deban guardar uniformidad.” (Negrilla fuera del texto)

En otro sentido, tampoco podemos olvidar que el silencio de la defensa no convalida la inadecuada presentación de los hechos jurídicamente relevantes²¹, valga recordar que el defensor que me antecedió sí lo expresó

²¹ Tal como se afirmó en sentencia del 10 de marzo del 2021, radicado SP741-2021, 54.658, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, que reza:

*“Finalmente, ha de indicarse que, contrario a lo expuesto por los apoderados de las víctimas, quienes de manera coincidente afirmaron que el yerro en el que incurrió el Fiscal había sido convalidado por la defensa, en tanto que, en ninguna oportunidad procesal manifestaron su desacuerdo con la imputación fáctica, ha de indicarse que **la omisión de relacionar en la imputación y la acusación los hechos jurídicamente relevantes, afecta la estructura misma del proceso, por lo que no es posible acudir a los correctivos de las nulidades, dígame de los de convalidación y trascendencia, para superar su declaratoria, entre otras razones, porque es claro, como ya se explicó suficientemente, que los actos procesales en cita, dada su condición de básicos en la estructura antecedente-***



vivamente en sus alegaciones finales y el Juez de instancia así lo aseveró en su sentencia, sin prestarle mayor reparo o atención.

Situación que no puede soportar mi prohijado y, por tal motivo, ruego como penúltima posibilidad jurídica, la nulidad del proceso desde la imputación, incluida ésta.

B. Nótese, tal como se esbozó en el cuarto punto, no es una construcción subjetiva de esta defensa vislumbrar las diferentes falencias de los hechos jurídicamente relevantes, encontrándonos con situaciones que afectaron de forma fehaciente y real el debido proceso y el derecho a la defensa, existiendo una incertidumbre frente a los supuestos actos sexuales que padeció ANGIE LIZETH AMEZQUITA.

Ante lo precedente, surge un fenómeno que la jurisprudencia ha intentado resolver, soportándolo en el principio de favorabilidad, de legalidad y proporcionalidad. Así mismo, ha interpretado que cuando no haya una claridad entorno a los hechos que componen esos tocamientos o actos sexuales ha de condenarse en grado de tentativa.

Por consiguiente, verificando la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema De Justicia encontramos la sentencia del 2 de marzo del 2022, radicado SP567-2022, 52.207, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya que señala que se deberá condenar por tentativa de acto sexual con incapaz de resistir cuando se haya acreditado un comportamiento abusivo genérico, pero no se logró demostrar en qué consistió dicho actuar, al indicar:

*“4.4.2 Sin perjuicio de tal constatación, es claro que la Fiscalía, por los déficits de actividad probatoria ya mencionados (§ 4.2), no demostró cuál fue esa interacción sexual abusiva, es decir, en qué consistió el abuso. En otras palabras, **aunque está comprobada más allá de toda duda la ocurrencia de la conducta sexual genérica** (entendida la expresión en lógica taxonómica), **la Fiscalía no aportó probatoriamente información suficiente para discernir cuál fue la conducta sexual específica realizada por el enjuiciado**. Sólo puede descartarse que Figueroa Suárez fuese penetrado analmente por aquél, pues así lo indica el informe sexológico respectivo.*

Tal escenario impediría la condena si existiese cuando menos una hipótesis específica derivada de la comprobación de la conducta genérica que careciese de connotación delictiva. Pero como todas ellas se subsumen en la descripción típica del artículo 210 del Código Penal, corresponde acudir al principio de determinación alternativa u optativa, cuya aplicabilidad al orden jurídico nacional ya ha sido admitida por la Sala34, y conforme el cual «en casos de certeza de la comisión de un determinado delito, pero de dudas sobre su modalidad o especialidad, debe optarse por la solución más favorable». Las instancias pasaron por alto el problema y, como consecuencia de ello, dejaron de emitir condena por la especie típica más benigna, que lo es la de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, pero en grado de tentativa.

consecuente-, no cumplieron con su función primordial y, de igual manera, sí afectaron garantías fundamentales.”. (Negrilla fuera de texto)



*El Tribunal, ante la postulación que en ese sentido elevó el Ministerio Público en condición de no recurrente, examinó tal alternativa, pero la descartó con el argumento de que «la conducta típica de acto sexual abusivo es... de mera conducta, por lo que no admite el dispositivo amplificador». La Sala no comparte esa postura. Al margen de las dificultades probatorias que ello pueda conllevar, **no existe ninguna razón de orden teórico para negar la tentativa del delito de actos sexuales abusivos**, y en este caso tendrá que ser esa, en aplicación del ya mencionado principio de determinación alternativa u optativa, la conducta por la cual se profiera condena porque – se insiste – es la especie más favorable entre todas las que se subsumen en el comportamiento abusivo genérico que se demostró más allá de toda duda.» (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

Bajo los anteriores parámetros, ante la superflua versión de GUSTAVO ADOLFO MENDIVELSO de encontrar a su novia boca abajo y encima de ella a CESAR AUGUSTO BARRERA, dándose un rozamiento, como lo expone el respetado Juez de Primera Instancia, situación muy endeble para constituir unos actos sexuales precisos y, por lo mismo, si ha de hacerse un fallo condenatorio este debe ser en la modalidad de tentativa.

La anterior composición jurídica no la comparto, pues me parece, que el sistema judicial no está enmarcado en la oficiosidad, en este caso, tal como lo plantea la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, el Juez debe obrar como un agente oficioso y suponer la real ocurrencia de algo que no se conoce, desdibujando la certeza, tal como lo dije con antelación, parte del escenario de la claridad y no está al arbitrio de las hipótesis, por lo que para este servidor, con mi habitual respeto, debería ser una decisión de un fallo absolutorio, al tratarse de probabilidad que corresponde a la duda razonable. Sin embargo, entendiendo que es un estadio de favorabilidad a mi defendido, por cuanto a que su pena será reducida ostensiblemente (Art. 27 C.P.) solicito que se aplique el delito en contra de CESAR AUGUSTO BARRERA de actos sexuales abusivos en persona incapaz de resistir en grado de tentativa.

Dejo así, mis sencillas y respetuosas consideraciones, poniéndome al servicio del Honorable Tribunal como Juez de segunda instancia, recordando que ante la falta de dolo directo (punto uno), la falta de antijuricidad material (punto dos) o el *in dubio pro reo* (punto cuatro) la decisión ha de ser la absolución de CESAR AUGUSTO BARRERA; o en caso de que se constituya la inimputabilidad (punto tres) se articule bajo el artículo 75 del C.P. y no se imponga medida de seguridad; y, terminando se evalúe dictaminar la nulidad del proceso (punto cinco **A**) y se retrotraiga hasta la imputación, incluida esta, o se condene por tentativa (punto cinco **B**) y con ello se reduzca la pena a la mitad.

En conclusión, fijese muy bien sus señorías, que nos encontramos no con la intención de mirar por donde se acoge alguna de mis tesis, sino por el contrario, que con extrañeza veo tantos yerros dentro de la sentencia, que humildemente considero, que cualquiera de los puntos que me digne a exponer, soportados en la doctrina, la jurisprudencia y la ley, tienen la capacidad de prosperar independientemente, pero el juzgador solo requiere



JUAN GABRIEL SALAMANCA CHIVATÁ

Universidad Externado de Colombia

ABOGADO PENALISTA

del cumplimiento de uno, el cual conllevará ineludiblemente a un cambio en la sentencia de primera instancia.

Por todo lo anterior, presento sentada mi posición discrepante con el fallo impugnado, agradeciendo la atención prestada y estando vehemente a su llamado.

Sinceramente,

JUAN GABRIEL SALAMANCA CHIVATÁ

Defensor de confianza.



 juangabrielsalamanca@hotmail.com

 310 262 3635