



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00207-2023-11139
Procesado: Juan Diego de Jesús Tobón
Delitos: Acceso carnal violento agravado
Violencia intrafamiliar agravada
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria y
absolutoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 007

Medellín, veintiocho (28) de enero de dos mil veinticinco (2025)

Resuelve la Sala el recurso de apelación de la defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Penal del Circuito de Medellín por la cual, el 21 de agosto de 2024, condenó al señor Juan Diego de Jesús Tobón como responsable del delito de acceso carnal violento agravado, mientras que lo absolvió de los cargos por violencia intrafamiliar agravada.

1. ANTECEDENTES

1.1. De los Hechos

Fueron narrados por la Fiscalía en la acusación de la siguiente manera:

“Hechos presuntamente sucedidos entre la noche del 20 y la madrugada del 21 de agosto de 2023, en el corregimiento de San Sebastián Palmitas de la ciudad de Medellín, donde Juan Diego de Jesús Tobón presuntamente atentó en contra de la

libertad e integridad sexual, además de que atentó física y psicológicamente de su pareja sentimental, la señora María Fernanda Martínez Ramírez, de 26 años de edad, donde el ciudadano mencionado al percatarse de unas conversaciones que María Fernanda tenía en el celular, le comienza a reclamar, a decir que era una perra, solapada, hp, grabarla desnuda, diciéndole que todo se lo merecía por perra, para empezar a darle golpes en la cara, la cabeza, cogerla por la fuerza del cabello para accederla carnalmente con su miembro viril vía vaginal y anal, diciéndole que se quedara callada para amenazarla con un arma de fuego en la cabeza, diciéndole que se tenía que acostar, a lo que María Fernanda logra reaccionar y escapar del lugar.”

1.2. De la actuación procesal

El 20 de septiembre de 2023 ante el Juzgado 32 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, la Fiscalía le imputó a Juan Diego de Jesús Tobón el delito de acceso carnal violento agravado por la confianza depositada por la víctima (artículo 205 y 211 numeral 2° del Código Penal) en concurso con la conducta de violencia intrafamiliar agravada por recaer sobre una mujer y por realizarse en contra de una persona con quien se sostiene relación extramatrimonial de carácter permanente con vocación de estabilidad (artículo 229 incisos 1° y 2°, y parágrafo literal d) del C. P.). El imputado no aceptó los cargos endilgados y le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

El 18 de enero de 2024 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado 7° Penal del Circuito de Medellín, en similares términos a la imputación, aunque se adicionó el escrito de acusación en cuanto a la relación probatoria. La audiencia preparatoria se hizo el 11 de marzo de

2024, en la cual se presentaron como estipulaciones probatorias la plena identidad del acusado y de la víctima.

El juicio oral se desarrolló en varias sesiones los días 15, 19, 24 y 26 de abril, 17, 21 y 29 de mayo, 6 y 27 de junio de 2024, fecha última en que se presentaron los alegatos finales. El sentido del fallo, que fue de carácter condenatorio y absolutorio, se emitió el 21 de agosto de 2024. A continuación, se realizó la audiencia de individualización de la pena y luego la lectura de la sentencia, contra la cual el defensor interpuso el recurso de apelación que sustentó por escrito dentro del término legal.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primer grado consideró que al evaluar en conjunto la prueba practicada con el enfoque de género, quedaban demostrados el delito sexual atribuido y la responsabilidad penal del acusado.

Sustentó esta conclusión con la valoración del testimonio de la señora María Fernanda Martínez Ramírez quien se retractó de su primigenia versión, causa por la cual la Fiscalía como testimonio adjunto incorporó la noticia criminal contentiva de la denuncia presentada por ella ante la Fiscalía General de la Nación, así como la entrevista que de manera posterior rindió ante un investigador, haciendo prevalecer la credibilidad de estas declaraciones anteriores sobre su retractación en el juicio.

Encontró que la versión inicial, contrario a la retractación, se trató de un relato detallado sobre el señalamiento en contra del acusado como el autor de los vejámenes a que fue sometida y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron, como que visitó a Juan Diego de Jesús Tobón porque sostenían una relación sentimental, manifestando que luego de compartir una tarde juntos e ingerir bebidas alcohólicas, este se percató de unas conversaciones que ella sostenía por chat con el padre de su hija, lo cual lo llevó a violentarla física y verbalmente y a accederla carnalmente mediante la fuerza, logrando ella huir por el balcón de la residencia, hasta llegar a la carretera principal donde fue auxiliada por una pareja de motociclistas que la trasladó a la estación de policía de San Jerónimo.

En criterio de la funcionaria esta inicial versión encuentra plena corroboración en lo afirmado en juicio por Joseline Gabriela Moreno Torres y Jhonathan Arley Cadavid Arias, quienes confirmaron que María Fernanda Martínez Ramírez el 21 de agosto de 2023 en horas de la madrugada, salió en ropa interior y con evidentes signos de descomposición física y emocional, proveniente de una vía rural a la carretera que de la ciudad de Medellín conduce al municipio de San Jerónimo, pidiendo ayuda y fue trasladada a la estación de policía.

Sostuvo que esa inicial versión de la víctima también encontró corroboración con el testigo Bertulfo Antonio García Cano, quien se refirió a la existencia de videos que le fueron remitidos por Juan Diego desde el celular de María Fernanda, en uno de los cuales observó a una mujer desnuda, asustada,

que se agachó para cubrirse sus partes íntimas mientras el interlocutor la lanzaba todo tipo de improperios, lo que en parte corroboraría lo inicialmente afirmado por María Fernanda al sostener que fue violentada física y verbalmente por el acusado, pues pudo el testigo escuchar y observar a través del video en cuestión las expresiones grotescas que Juan Diego lanzaba en contra de la postulada víctima y la expresión de miedo de esta que también habría advertido cuando la visitó en el centro asistencial, donde le pudo observar morados en sus ojos, corroborando en ese aspecto la versión inicial de la víctima dada tanto en la noticia criminal como en la entrevista en que adujo que Juan Diego, entre otras cosas, la golpeó en su rostro.

Encontró, como contribución a esa credibilidad de la primera versión de la afectada, lo informado en el juicio por las profesionales del servicio de urgencias de la clínica sagrado corazón, Paola Andrea Gómez Ávila y Lina María Restrepo Gaviria, en tanto ambas confirmaron que María Fernanda Martínez Ramírez recibió atención médica y psicológica una vez fue direccionada a una institución de salud para la activación del código fucsia; así, la profesional en psicología adujo haber encontrado una mujer con síntomas propios de un evento significativo capaz de producir estrés postraumático y ansiedad, como lo sería ser víctima de violencia sexual.

Consideró la juez que dicha conclusión también aplica para los hallazgos físicos que a la exploración corporal encontró la profesional en medicina, esto es, dos equimosis ubicadas en el brazo y la pierna izquierda de la víctima, las que, al ser multicausales, pueden tener también origen en la fuerza

externa que un tercero ejerce, es decir, en las agresiones que inicialmente narró la señora María Fernanda le fueron ocasionadas por Juan Diego.

Refirió que, de igual forma, la valoración médico legal realizada por la forense María Alejandra Perilla robustece la credibilidad de las primeras versiones de la víctima, como el hecho de haber hallado en su rostro un hematoma periorbital derecho, que en parte corroboraría la inicial información suministrada en punto a que su agresor la golpeó en su rostro, y el hallazgo correspondiente a una laceración superficial en su ano; pues, si bien este tipo de hallazgo es multicausal, precisamente uno de sus orígenes es la penetración anal, lo que en parte confirmaría el dicho inicial de la víctima al referir que fue accedida por Juan Diego de Jesús Tobón por esta vía y de manera violenta.

Adujo que, aunque se desconoce la razón de la aparente contradicción advertida por la defensa respecto a los hallazgos de lesiones encontrados por las médicas, no necesariamente faltaron a la verdad atendiendo a que el enfoque en la atención de ambas profesionales es diverso lo cual puede generar inconsistencias, pero en todo caso es claro que la denunciante presentaba en su cuerpo vestigios de la agresión que inicialmente dijo le había sido infligida.

En su sentir, la versión sostenida en juicio por la señora María Fernanda obedece a una fabricación realizada con el fin de mostrar un escenario diferente y una secuencia fáctica distinta a la incluida en los hechos jurídicamente relevantes,

abordando cada punto concreto de la versión inicial para desligar al acusado de la incriminación como, por ejemplo, que este, una vez se sintió engañado al descubrir las conversaciones que ella sostenía con otro hombre y en las que lo trataba con similitud a como lo trataba a él, entró en cólera y le reclamó, pues se trataría de una actitud que precisamente contradice la liberalidad en la relación que quiso mostrar María Fernanda en su segunda versión.

Tampoco le resultó conforme con la descripción del acusado que realizó la afectada, la actitud que este asumió al descubrir dicha conversación en tanto la increpó de manera soez, la grabó desnuda y remitió al señor Bertulfo Antonio García Cano videos en los que se refería a ella de manera déspota y grotesca, lo cual dista diametralmente de la persona respetuosa y de trato decoroso que describió en juicio la declarante.

Además que, según testimonió el señor Bertulfo Antonio García Cano, en el segundo video que se le remitió observó a una mujer sentada, desnuda y asustada, pudiendo escuchar la voz de un hombre que la insultaba, lo cual significa que no es cierto que la testigo, por lo menos al momento de ser grabada, hubiese insultado a Juan Diego o lo hubiese agredido ya que lo que se desprende de la declaración de García Cano es que ella se encontraba en actitud sumisa, contrario a lo que en juicio sostuvo María Fernanda.

Entonces, dedujo que, aunque la señora María Fernanda habría aducido que todo fue fabricado por ella con el fin de

evitar que su relación con Antonio terminara, no aportó mayores detalles del momento en que decidió fabricar dicha mentira, es decir, si esto ocurrió al momento de saberse sorprendida o al día siguiente cuando habló con terceros, encontrándose además que si lo que pretendía era que Antonio no supiera que ella había ido voluntariamente a ese lugar, no haya sido precisamente aquel un tema objeto de la denuncia, ni de la entrevista posterior.

En cuanto a la prueba de la defensa se refirió al testimonio del señor Juan Diego de Jesús Tobón, indicando que no permite hacer menos creíble el dicho inicial de la víctima, tampoco corrobora la postura final adoptada por esta y mucho menos hace menos probable la ocurrencia de los hechos tal como fueron denunciados. En cuanto a la declaración de la investigadora de la defensa indicó que con ella se incorporó a la actuación una serie de tomas fotográficas y videos que dan cuenta de las condiciones de acceso a la residencia del señor Juan Diego, así como su distribución interna, advirtiendo que tal evidencia documental tampoco permite descartar la existencia del hecho o sembrar una duda en torno a su ocurrencia.

Por tanto, encontró configurada la tipicidad del punible de acceso carnal violento agravado, atribuido al procesado, con fundamento en el testimonio adjunto de la víctima y las demás pruebas aducidas en el juicio oral, específicamente las que corroboran periféricamente que al amanecer del 21 de agosto de 2023 el señor Juan Diego de Jesús Tobón ejerciendo violencia física y moral en contra de la víctima, la accedió

carnalmente al introducirle su miembro viril por vías anal y vaginal, incluida la agravante del numeral 2 del artículo 211 del código penal, por cuanto resultó probado en juicio que él tenía una posición respecto de la señora María Fernanda que la llevaba a depositar su confianza en él, pues sostenían relaciones sexuales frecuentes.

Por otro lado, en cuanto al punible de violencia intrafamiliar, estimó que el ingrediente típico del maltrato físico y psicológico que se indica infligió el señor Juan Diego de Jesús Tobón a la señora María Fernanda Martínez Ramírez se subsume en la violencia física y moral que ejerció para accederla carnalmente de acuerdo a lo acreditado en desarrollo del juicio oral, luego, es factible considerar que en este asunto se presenta un concurso aparente de tipos penales porque el acceso carnal violento caracteriza de forma más completa, precisa y enriquecedora la conducta que el punible de violencia intrafamiliar; así mismo comprende un supuesto de hecho mucho más grave que consume y comprende al de menor entidad y se denota una mayor afectación al bien jurídico de la integridad física y moral de la víctima, estimando preciso escoger dicho delito sobre el de violencia intrafamiliar. Agregó que, aunque quedó claro que la víctima y el acusado sostenían una relación sentimental caracterizada por encuentros sexuales frecuentes y que ello ocurría desde hacía aproximadamente 10 años, no se advirtió que la Fiscalía hubiere realizado mayor despliegue investigativo para acreditar la clara e inequívoca vocación de estabilidad de la relación.

En conclusión, encontró configurados los presupuestos para reprimir el delito de acceso carnal violento agravado por el cual fue acusado Juan Diego de Jesús Tobón, por lo que procedió a condenarlo como responsable de la conducta atribuida, imponiendo el mínimo de la pena, esto es, 16 años de prisión, que estimó como retribución justa, lapso por el que también impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Y como consecuencia de que juzgó que los tipos penales concurrían solo aparentemente, absolvió por el punible de violencia intrafamiliar agravada.

Finalmente, negó los subrogados y sustitutos penales por la alta penalidad y por expresa prohibición legal del inciso 2° del artículo 68A del Código Penal. Dispuso, entonces, que el sentenciado fuese internado en el centro de reclusión que designe el INPEC, reconociendo como tiempo cumplido de la pena el que estuvo en detención preventiva por cuenta de este proceso.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

3.1. La defensora del señor Juan Diego de Jesús Tobón interpuso el recurso de apelación con el fin de que se revoque la condena por el delito de acceso carnal violento y que, en su lugar, su asistido sea absuelto de los cargos atribuidos; subsidiariamente, pide que se elimine la circunstancia de agravación y sea redosificada la pena.

Fundamenta su pretensión alegando una indebida valoración probatoria de la juez de primer grado, especialmente del testimonio de la señora María Fernanda Martínez Ramírez y de su retractación en el juicio, contrastado con otras versiones previas y otras pruebas de corroboración periférica.

Alega la impugnante que no es del todo cierto que las declaraciones anteriores guarden similitud por cuanto en los momentos coetáneos a los presuntos hechos, en presencia de la señora Joseline Gabriela Moreno Torres y del patrullero Jonatan Arley Cadavid Arias, la testigo no se refirió a ataques sexuales de ninguna índole, sino a que había sido agredida en el rostro y supuestamente amenazada con un arma por el acusado con quien departía. Mientras que al señor Bertulfo Antonio García Cano le manifestó que fue accedida sin su consentimiento por el procesado bajo la ingesta de licor y un medicamento que la hizo perder el conocimiento, y en la denuncia indicó que este le había propinado cachetadas, golpes en la cabeza y halado el pelo para obligarla a ser penetrada sin su consentimiento, vía vaginal y anal, y que luego la amenazó con un arma en la cabeza, pero finalmente ella pudo escapar por el balcón del segundo piso de la vivienda donde se encontraban; sin embargo, en la vista pública manifestó una situación diversa.

Aduce que tanto la versión rendida por la víctima en juicio como los elementos de corroboración impiden conocer con certeza que el acceso carnal se hubiera dado mediante el uso de violencia, así como tampoco está corroborado que las lesiones padecidas sean por la fuerza del agresor, en tanto

podieron ocasionarse por cualquier tipo de contacto con objetos contundentes o caídas. Además, no sería cierto que la afectada hubiere presentado una retractación de todo lo ocurrido, puesto que la divergencia de sus dichos tiene que ver con la violencia moral y física a que fue sometida. Agrega que no puede entenderse que las personas que indirectamente conocieron de los hechos aportan prueba de corroboración periférica, toda vez que solo conocen las versiones que les había contado María Fernanda Martínez, sin que ninguno de ellos realizara actuaciones de corroboración.

Disiente la apelante del argumento de la juez de primer grado sobre el nerviosismo de la víctima al atestiguar en juicio, utilizado para desechar la retractación por cuanto puede tener explicación en lo estresante de las diligencias judiciales y la forma en que fue abordado su interrogatorio ante la constante discusión jurídica que se trenzó entre las partes y el cuestionamiento reiterado sobre si estaba diciendo la verdad o si estaba siendo coaccionada, concluyendo que aun así se pudo observar a una testigo víctima calmada y apacible.

En cuanto a la forma cómo se escucha a la víctima en los videos en que fue grabada desnuda por el acusado, aduce que ambos se encontraban bajo los efectos de bebidas embriagantes, lo cual no fue analizado por la primera instancia cuando pudo haber incidido en el trato y actuar del procesado por su desinhibición ante la reacción de dejar en evidencia la infidelidad de María Fernanda al ver las conversaciones de esta con el padre de su hija, sumado a que por lo general en este tipo de actos las personas no tienen presente que ello va a servir

como prueba o que terminarán involucradas en actuaciones judiciales.

Arguye que la liberalidad o no de la relación entre ambos protagonistas no pudo ser probada por la Fiscalía respecto a la violencia intrafamiliar ni en la deducción de la agravante para el delito sexual, toda vez que poco o nada se exploró al respecto y en cambio se cuenta con la versión de la víctima que dijo que para la fecha de los hechos su pareja era Bertulfo Antonio, con quien había tenido una hija, mientras que con Juan Diego la relación era ocasional, circunstancia que fue confirmada por Bertulfo Antonio; además de que María Fernanda habría manifestado que sintió temor de que este ya no quisiera hacer vida en común con ella al enterarse de su cercanía con el acusado, y que la denuncia se interpuso con el fin de que no se entrometiera en su relación con Bertulfo Antonio.

Alude al testimonio del subintendente de policía Martínez, quien dejó constancia de la salida de María Fernanda de la residencia del acusado y de que este le proporcionó el número celular de ella, pese a que esta no podía contestar por no tener el teléfono en su posesión, lo cual atribuye la recurrente al estado de embriaguez, arguyendo que ello no implica que la llamada entre ellos no hubiere existido o que María Fernanda no hubiera llegado a la casa, como lo confirmó Bertulfo Antonio y, en todo caso, el acusado estuvo en función de averiguar dónde se encontraba María Fernanda, si había corrido algún peligro o si había llegado a la casa.

Critica la afirmación de que los caninos que viven en el inmueble del acusado no se alertaron porque la víctima había visitado previamente la residencia, pues así fueren conocidos o no, el hecho de que la dama se lanzara desde el segundo piso y saliera corriendo, dejando el portón abierto, habría generado como mínimo el ladrido de los perros que por su raza son altamente protectores, con mayor razón cuando la persona que incursionó en medio de la noche no era su amo.

Estima que las agresiones no pudieron producirse con anterioridad a la remisión de los videos mientras el acusado hablaba con Bertulfo Antonio García, porque al observar el cuerpo desnudo de la dama en el video no se denotaba lesionada y luego de dicha remisión hubo tanta comunicación entre los caballeros que el acusado ni se enteró en qué momento se evadió del inmueble María Fernanda Martínez.

Advierte acerca de la contradicción entre las profesionales de la salud que atendieron el día de los hechos a la víctima en tanto con escasas tres horas de diferencia no encontraron los mismos hallazgos como las equimosis del ojo o la fisura en el ano detalladas por la médica forense, o las equimosis en brazo y glúteo izquierdo a que se refirió la médica de urgencias, sin que le sea de recibo el argumento, de la juez, respecto de que la contradicción se explica por la diferencia de funciones que tiene cada galena, en tanto ambas tiene la función de examinar el estado de salud y tenían conocimiento de que se estaba verificando la comisión de un delito.

Critica los hallazgos psicológicos de la víctima encontrados por la psicóloga Lina María Retrepo Gaviria para concluir que por medio del análisis que realizó no se evidenció un acto sexual violento ni se pudieron determinar las enfermedades físicas o psiquiátricas de la paciente para debatir las conclusiones de los especialistas que estuvieron en juicio.

Sostiene que las lesiones halladas en la víctima pudieron generarse con cualquier objeto con el que ella hubiera tenido contacto cuando corría, sin sus gafas para la miopía y astigmatismo que padece, en horas de la madrugada, sin iluminación suficiente, embriagada y en estado de nerviosismo, con llanto por el miedo que sintió después de que su compañero sentimental se pusiera en contacto con Juan Diego y se evidenciara su infidelidad, y aunque dijo que este la amenazó con un arma de fuego, no existe prueba de ello, salvo que la dama la vio ese día, pero que no le fue exhibida.

Agrega que, según la víctima, lo que motivó que ella decidiera arrojararse por el balcón de la vivienda fue el comportamiento agresivo que asumió Juan Diego Tobón al observar los mensajes que ella sostuvo con su compañero, por lo cual la grabó en videos mientras la insultaba y continuó hablando en voz alta con Bertulfo Antonio García, circunstancias que califica de increíbles la defensora porque no sería posible que mientras el acusado hablaba con el compañero de María Fernanda, a la vez lesionara y agrediera a esta, mientras que sería imposible que el techo de la vivienda no se hubiera desplomado en tanto su material de construcción era de tejas de barro, ni que se evidenciara alguna lesión en las

piernas de la víctima que estaba desnuda. Además, aduce que se constató la proclividad de la víctima a mentir para encubrir sus infidelidades, por lo que es posible deducir que mintió una vez más para salir victoriosa de la infidelidad y conservar la relación con el padre de su hija.

Por último, considera la recurrente que no se estructura la circunstancia de agravación del numeral 2° del artículo 211 del Código Penal en el sentido de que el acusado tenía una posición respecto a la víctima que la llevaba a depositar su confianza en él porque sostenían relaciones sexuales frecuentes, toda vez que ese solo hecho no permite deducir que el procesado tuviere esa posición, sumado a que ni la misma víctima supo precisar el tipo de relación que tenían, y en el fallo se dijo que no había quedado ampliamente probado, lo que a su vez impide la configuración de la agravante del numeral 5° de la misma norma, por no probarse que fuesen pareja sentimental o compañeros permanentes.

3.2. El delegado de la Fiscalía, como no recurrente, pide que se confirme la sentencia impugnada al considerar que se valoró en detalle y en conjunto la prueba allegada a juicio determinándose que la víctima, después de ser agredida, violentada en su honor y dignidad y amenazada de muerte por el procesado, de manera convincente reaccionó y salió huyendo del lugar donde se encontraba con él, con el objetivo de proteger su vida y la de su descendiente, anunciando a todos los que tuvieron contacto concomitante con ella, que estaba en inminente y serio peligro, por lo cual requería ayuda; además la forma en que estaba vestida, las versiones y la zozobra que

se observa en ella, permitían concluir que efectivamente estaba en ese trance y por esto todos la ayudaron. Así mismo, la pareja de esta y padre de su hija, constató el tipo y contenido de los videos atentatorios contra su dignidad y que fue el procesado quien los creó y se los envió.

De otro lado, estima probada la circunstancia de agravación porque la víctima hizo saber en el juicio que entre ella y el acusado existía una relación de amistad o romance que la impulsaba a depositar esta su confianza, la cual existía desde hacía varios años y por esto la víctima aceptaba los encuentros furtivos.

4. CONSIDERACIONES

La Sala ejercerá la competencia que le asigna el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 para resolver de fondo la apelación ya que no se observa causa de nulidad, además de ser el recurso admisible y contar con sustentación adecuada.

Para resolver la pretensión principal de la apelante debemos ingresar en el debate sobre cuál de las versiones que rindió la reputada víctima se apega a la verdad o, en su defecto, si a ninguna de ellas puede dársele credibilidad; y en último término, si superadas todas las valoraciones, cuando menos surge duda que empañe el mérito requerido para condenar.

Las discrepancias de las versiones de la víctima son notorias y radicalmente distintas en lo que nos concierne, esto es, en cuanto se refieren a la configuración de los delitos

atribuidos al acusado; de modo que, pese a la alegación de la defensa, resulta indiscutible que la Sra. María Fernanda Martínez de Ramírez se retracta de sus sindicaciones por cuanto en la denuncia —del 22 de agosto de 2023— y en la entrevista —del 23 de agosto de 2023— que fueron anexadas debidamente como testimonio adjunto, había dicho: (i) que fue despertada por el acusado mientras la grababa a pesar de su desnudez y hablaba con alguien a quien le decía que ella era una perra y mirara donde estaba, para paso seguido dejar de grabar y empezar a agredirla con cachetadas, cogiéndole a la fuerza el cabello y penetrarla con el pene, anal y vaginalmente, lo cual habría durado cerca de 10 minutos; pues sus súplicas al acusado de que la dejara no fueron atendidas y por el contrario era insultada. (ii) Que después el justiciable tomó su arma de fuego y la amenazó, colocándosela en la cabeza y advirtiéndole que allí no le haría nada porque había gente, pero que esperara que algo le hacía y que se acostara a dormir, ante lo cual se colocó su ropa interior y rogaba porque la dejara ir, oponiéndose su agresor a dejarla ir borracha en la moto. (iii) Que lo anterior le producía mucho miedo y consideró que si no se escapaba el acusado le haría algo, de modo que decidió bajarse por el balcón a la calle, lo cual habría hecho, corriendo después hacía la carretera, siendo las 2:00 o 2:30 de la mañana. Y (iv) que en la noche volvió al lugar por sus cosas, acompañada, encontrando que no estaban su cédula, el teléfono móvil y que su vestido estaba roto: “como que él lo cortó con una navaja” (Pág. 4 de la entrevista).

Por otra parte, en el juicio atestiguó que lo denunciado eran mentiras, las cuales consisten a grandes rasgos en que fue

violentada y amenazada con un arma, e incluso califica de falso que haya descendido del balcón ubicado en el segundo piso, afirmando que salió por la puerta de la vivienda, aunque no tendría muy claro por qué lo hizo, pues sostiene que no le tenía miedo a la reacción de Juan Diego —su acompañante ocasional, que estaba cuando menos alterado por las revelaciones que obtuvo del teléfono móvil que le esculcó—, sino a la de su pareja, esto es, el señor Bertulfo Antonio, por lo cual intenta explicar que su solicitud de una orden de protección era para Juan Diego, como una orden de alejamiento.

En cuanto a las razones por las cuales habría mentido ante la Fiscalía, Medicina Legal y el hospital, narrando similar versión de haber sido violentada sexualmente, era porque quería justificar su mentira frente a su pareja, para que la viera como una víctima, y que Juan Diego se alejara.

Con lo expuesto se constata que la testigo principal de cargos en juicio se retractó de las sindicaciones efectuadas en contra del acusado, a las cuales, sin éxito, la apelante pretende disminuir en su significado, objetando que así fue asumido, pero que no se trató de un cambio radical de versión porque coincidiría en que estuvo en el lugar, en la persona que la acompañaba y en las actividades que realizaron, específicamente en que estaba en la cama cuando fueron descubiertas las conversaciones en su teléfono, así como que fue auxiliada y regresó al lugar, con posterioridad, a recoger sus pertenencias.

Aunque no se entiende a dónde conduce esta glosa dentro de la argumentación de la defensa, lo cierto es que la retractación se predica cuando se varían los hechos jurídicamente relevantes que sustentan los cargos, y no los que no inciden en la configuración de delitos.

De modo que, ante la retractación efectuada, la Fiscalía estaba habilitada para introducir la entrevista y la denuncia como testimonio adjunto, aspecto procesal sobre el cual no versa reparo, motivo que releva a la Sala de detenerse en este aspecto. Bastará dejar sentada la premisa de que la denuncia y la entrevista contentivas de las primeras versiones de la víctima fueron debidamente aducidas y controvertidas en juicio, pese a que la exposición oral realizada en juicio es para desdecirse de lo manifestado con anterioridad.

Tampoco se discute que cuando se presentan estas contraposiciones probatorias es menester hacer una valoración de ambas versiones de cara a la restante prueba, con base en la sana crítica, para determinar si se le concede credibilidad a alguna de ellas.

Entonces, deberíamos proceder a esta labor siguiendo la argumentación de la apelante que, en ejercicio de la libertad del foro que le asiste para intentar sacar adelante su causa, acudió en su argumentación a la estrategia de señalar las falencias, errores o debilidades que encuentra en la valoración probatoria de la juez.

Procederá la Sala a efectuar la valoración del acervo probatorio para determinar qué versión acoger, de ser posible, labor en la que se consideraran algunas de sus glosas, dejando para el final la respuesta de las que no inciden de mayor manera en la reconstrucción de los hechos.

Dado que con la retractación no se puede asumir acríticamente que una versión de la reputada víctima sea por sí misma verdadera y no la otra¹, conviene —en la contrastación probatoria— partir del contexto del suceso y de otras fuentes de prueba para determinar qué tan acorde a la lógica o a lo que suele ocurrir en la experiencia, surge la motivación que habría tenido la testigo para mentir en una u otra versión, pues por ahora, lo que está claro es que no se puede predicar veracidad de las dos.

En este caso, el contexto no discutido empieza con el hecho de que María Fernanda faltó a la verdad al decirle a su pareja extramatrimonial del momento, que acompañaría a una prima ante una emergencia, como un modo de justificar su ausencia para tener intimidad con el acusado.

¹ Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP1611-2024 del 26 de junio de 2024, radicación 59389, M. P. Myriam Ávila Roldán, estableció lo siguiente:

“(…) 44. Lo anterior, bajo el entendido que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos (CSJ SP606-2017, Rad. 44950, 25 de enero de 2017; SP2709-2018, Rad. 50637, 11 de junio de 2018, CSJ SP2875-2020, Rad. 52070, 5 de agosto de 2020, entre otras).”

De este hecho, que no era singular, y de que mienta, cuando menos en alguna de sus versiones, se le ha considerado proclive a faltar a la verdad, aspecto que considera la juez para puntualizar que no le resta credibilidad sobre la ocurrencia del delito, lo que es censurado (numeral 1.8. del escrito de apelación) por la apelante, resaltando que la víctima miente “con facilidad y sobre todo con frecuencia”.

Si con la expresión: “mentir con facilidad” se entendiera que se hace sin motivo que lo justifique, este rasgo no está probado en este caso, en tanto cabe advertir que la inicial mentira comprobada de María Fernanda tiene cabal explicación racional en el propósito de realizar una convenida infidelidad.

Y en cuanto a la frecuencia, es de considerar que así lo estima Bertulfo Antonio Cano, el engañado, pero en relación directa con su comportamiento infiel, pues estando en esas le enviaba mensajes de amor. Además de estos engaños, la única pluralidad de mentiras que se observa se encuentra en la retractación, como pasa a explicarse.

La motivación que María Fernanda dice que tuvo para mentir en la judicialización de la noticia criminal, fue que quería aparecer como víctima frente a su engañada pareja y para alejar al acusado. Si se repara críticamente este motivo se encuentra que carece de mayor sentido racional para sustentar una denuncia falsa de agresión física y sexual que sería innecesaria para posicionarse como víctima frente al compañero sentimental traicionado puesto que, por la desapacible huida en la madrugada de la vivienda del acusado,

así podía ser vista; a lo que se agrega que sería desmedido hacer sindicaciones falsas a una persona que, según su retractación, tenía con ella un trato cortés. Desde la perspectiva de sus primeras versiones, sería a su vez peligrosamente desafiante frente a las eventuales reacciones de quien, siendo agresivo, se viera injustamente acusado. Por fuera de esas contraposiciones, las evidencias soportadas en otras fuentes de prueba —como son los testimonios de algunas de las personas que la socorrieron— señalan que le tenía miedo al exnovio del que escapaba, contradiciendo sus palabras de retractación.

Y en lo concerniente con el alejamiento del procesado —que la juez critica que fuese necesario procurarlo si fuese cierta la descripción de bonhomía en el trato que describió en su versión retractada— se encuentra que, más que distanciamiento se procuró una orden de protección, lo cual encaja bien con el miedo intenso que padeció por los hechos.

Nótese que, de un lado, el que la joven fuera violada o no después de haber tenido sexo voluntariamente con su ocasional acompañante, es irrelevante para amparar, justificar o mermar la significación de la infidelidad consentida, cuya revelación fue el principal objetivo del primer video que le envió el acusado a Bertulfo Antonio García Cano.

Así mismo, la condición de víctima de la que la retractada asevera quería hacer gala, bien quedaba soportada en la aparatosa escapada de la vivienda del acusado en ropa interior, descalza, sin gafas ni demás pertenencias, lo que produjo alarma y comunicaciones entre su pareja y su exnovio, ahora

ocasional amante, de lo cual ella se enteró; de modo que para tener esa condición no le era preciso hacer nada, y menos cometer un delito formulando una falsa denuncia.

Como podría objetarse que a veces los humanos actuamos erráticamente, es de precisar que la posibilidad de que se obrara así en este evento surge improbable en tanto medió tiempo en que bien pudo María Fernanda reflexionar al respecto, puesto que solo al día siguiente fue que denunció. Al margen de que nada indica que la denunciante desconozca los apremios legales a los que estaba sometida por las eventuales consecuencias de apartarse de la verdad en la judicialización de una noticia criminal, habría que agregarle las tensiones que le surgirían de acusar de una falsa violación a un hombre inocente y ora de buen comportamiento con ella, como quiso presentarlo, ora de un carácter agresivo, como dijo en la denuncia o entrevista.

Pero aún más, el miedo intenso de la víctima no está solo soportado con las inferencias que por sí mismas son suficientes para demostrarlo, sino que también hay una corroboración importante de testigos que así lo apreciaron. En efecto, Bertulfo Antonio García Cano nos dice que, en el último video, de los tres que le fueron enviados, la observó llorando y asustada; además de la ratificación que brindan al respecto quienes la socorrieron.

Así, Jhonathan Arley Cadavid Arias, patrullero de la Policía Nacional que atendió a María Fernanda en la Estación de Policía de San Jerónimo, afirmó que la vio en estado de

shock, asustada y que solo repetía: “*muchas gracias, muchas gracias*”; notorias alteraciones de ánimo que: (i) sería absurdo las motivara el temor de las represalias de separación del pareja engañado y a la vez (ii) sería igualmente absurdo que se le exigiera que hiciera un relato espontáneo y detallado del suceso ante quienes la socorrieron, con mayor razón si sabemos que no quería denunciar.

Por su parte, Joselin Gabriela Moreno Torres, dará cuenta en su testimonio de que vio a María Fernanda temblando y llorando, situación emocional que intentaba superar buscando apoyo apretándole la mano, lo cual revela que se trató de momentos vividos.

Entonces, dada la carencia de soporte racional atendible de la supuesta motivación que según la retractante la habría conducido a mentir, lo innecesario que era y lo agresivo que sería frente a un supuesto inocente al que le tenía miedo, juzga la Sala que la retractación carece de fuerza de convicción para prevalecer sobre lo aseverado en la judicialización del suceso de agresión sexual, y aún para ponerla en duda, pues develadas sus inconsistencias resulta reforzando la sindicación inicial.

En cambio, sí es razonable que el miedo que exhibió en el último video y cuando huyó de la casa del acusado, se agudizara y la motivara a retractarse, lo cual hace de mal modo, por cuanto es tal su pretensión de dejar libre de cargos y sospechas al justiciable, que la lleva a brindar explicaciones que contrarían la evidencia o el contexto o el sentido común y las reglas de la experiencia.

Precisamente, estas últimas señalan que cuando conscientemente las personas mienten o faltan a la verdad, es decir, por fuera de los casos de equivocación, es porque les asiste interés en ello; en otras palabras, cuando se falta a la verdad suele ser por un motivo suficiente, salvo casos patológicos que no vemos ni siquiera insinuados. Por eso resulta increíble que María Fernanda mintiera en sus primeras versiones sobre el modo cómo abandonó presurosamente la vivienda en la que estaba. Aunque aparentemente se trataría de un hecho irrelevante si lo hizo por la puerta o por el balcón, lo cierto es que, haciéndolo por esta última vía —que implica incomodidad o peligro— difícilmente sería creíble que la joven no tuviera miedo o sintiera urgencia de salir; como lo evidencia también el que lo hiciera sin estar vestida y dejando sus pertenencias, entre las que se encontraba sus gafas y el teléfono celular que utilizaba, así como sus documentos personales.

La huida de la vivienda del acusado no fue en modo alguno una situación pacífica por la evidente afectación emocional que padecía la afectada, aspecto que no discute la apelante, sino que le agrega (#10) que estaba embriagada, toda vez que también consta esa afectación en el procesado quien, ante los descubrimientos de las conversaciones existentes entre María Fernanda y Bertulfo Antonio, reaccionó agresivamente, como informó este último cuando habló con aquel, previa develación de la infidelidad de la mujer.

Dado que los testigos que socorrieron a la víctima no dan cuenta de signos de alicoramiento, es de entender que, si bien

María Fernanda había consumido alcohol, no evidenciaba que estuviese en una situación de embriaguez aguda o cuando menos que la desorientara de la percepción de la realidad.

La agresividad del acusado en el suceso es palmaria porque más que la delación a Bertulfo Antonio, agredió a la mujer exhibiéndola desnuda mientras la despertaba insultándola y humillándola, la castigó rompiendo su vestido y despojándola del teléfono que dice la víctima en su retractación le había sido prestado. Ciertamente, padeció el justiciable un desquiciamiento emocional puesto que se infiere que él también descubrió que le era infiel, alterándose porque María Fernanda le decía a su otra pareja las mismas cosas que a él, ya que ellos desconocían el trato sexual que compartían, de lo que apenas se enteraron a raíz del episodio que se juzga. Este es un punto débil del contenido de la retractación de la víctima porque no se encuentra que esta, de un modo creíble, dé cuenta de cómo por sí misma recobró el equilibrio emocional; por lo cual la versión inicial que le dio rienda suelta a la agresividad de Juan Diego llegando incluso a la violación como retaliación, explica de mejor modo el suceso.

Entonces, tenemos de un lado prueba del temor intenso que la víctima le tenía al acusado, mientras que el que le podría tener a su pareja, Bertulfo Antonio García Cano —que no estaba presente— sería un asunto que bien podría manejar después. De hecho, al parecer restablecer la cordialidad en esa relación de pareja le resultó posible, porque se noticia por parte de quien padeció la infidelidad que vivieron juntos al mes siguiente (septiembre de 2023), y éste da cuenta de que peleaban y se

alejaba, pero él era propenso a la reconciliación por cuanto “ella volvía y me buscaba y yo volvía y caía”.

A la Sala le resulta absurdo creer que el estado de shock y de alteración emocional de la víctima —del que dan cuenta quienes la socorrieron— se deba al temor de los reclamos o separación futura de la pareja, asunto que en dicha madrugada surge como remoto; mas no así el riesgo para su integridad, del que dio cuenta en sus primeras versiones, no solo por la violación, sino también por la amenaza con arma.

Sobre este último aspecto, es de precisar que la aseveración de que el acusado esa misma noche la amenazó con su arma de fuego cuenta con el respaldo no solo de haberse demostrado que este es un expolicía —que dispone de un arma con porte autorizado—, sino también del ánimo agresivo como reaccionó ante las conversaciones descubiertas, de modo que no surge como inusitada dicha amenaza. Recuérdese que el vestido que usaba la dama afectada también fue objeto de la violencia del acusado, y fue dañado.

En resumen, es en la retractación donde la Sala percibe las mentiras de la víctima, causa que obligará a desecharla, incluso en aspectos tangenciales que podrían soportar la deducción de la agravante, por cuanto resulta sospechosa la descripción de la relación y el trato que tenía con el justiciable, al vislumbrarse el interés de mostrarlo como ajeno a cualquier propensión a la violencia.

Por el contrario, se acogen como ciertas las primeras versiones contenidas en la denuncia y la entrevista, incorporadas como testimonio adjunto, porque explican de mejor modo el suceso, en correlación con la prueba de la que hemos denominado aparatosa huida de la víctima, a lo cual se agregan las consecuencias físicas y psicológicas que se evidenciaron en ella.

El tema de las consecuencias físicas que habría dejado el suceso es discutido por la apelante (#15) por la disparidad de los dictámenes de las médicas que examinaron a la víctima el 22 de agosto de 2023. Sin embargo, no es pertinente ingresar de mayor modo en dicha discusión, la que bien puede zanjarse más con base en las diversas funciones que cumplían las galenas en su distinta experiencia y versación, así como en la falibilidad humana, pues lo cierto es que la conclusión de la pericia que, a juicio de la Sala, reviste mayor capacidad suasoria, es que no puede demostrarse con los rastros hallados que existiera acceso carnal anal o vaginal, así como tampoco puede descartarse.

Es innegable que la presencia de una fisura anal sugiere actividad sexual en dicha zona; no obstante, dado que no se descartan otras causas posibles, su capacidad indicante queda reducida notoriamente, con mayor razón si de todos modos esa misma tarde se había tenido sexo.

A juicio de la Sala tanto una como otra médica dan cuenta de rastros de maltrato físico que difícilmente pueden atribuírsele a caídas producto de la huida presurosa de María

Fernanda, así estuviera despojada de sus lentes. En efecto, así lo indica tanto la equimosis en el brazo que detecta Paola Andrea Gómez Ávila, cuya singularidad no indica que sea producto de una caída, como lo dicho por la médica forense Laura Alejandra Perilla sobre el hematoma periorbital derecho que afectaba a María Fernanda, producto de trauma por objeto contundente, incluida la posibilidad de que se cause con una cachetada, aunque en menor probabilidad.

Una agresión sexual suele estar acompañada de consecuencias psicológicas, las que en este caso se perciben presentes por la alteración emocional que aun subsistía el día que fue examinada la víctima por la médica y psicóloga de la Clínica Sagrado Corazón. Así, la primera de las médicas mencionadas la vio triste y dice que rompió en llanto en la consulta; igualmente así la observó la psicóloga Lina María Restrepo, quien además la percibió temerosa frente a su agresor, circunstancia que corrobora el miedo intenso con el que hemos percibido actuaba cuando escapó de la vivienda del justiciable, que en modo alguno puede ser reconducido a temores frente a su pareja ausente.

La profesional de la psicología mencionada notó en María Fernanda un episodio de ansiedad, así como de estrés agudo postraumático que padecía ante la situación que motivó la activación del código fucsia, explicando —frente a los síntomas que la llevaron a diagnosticar la ansiedad— que se debían a que la paciente manifestaba miedo a las amenazas de esa persona, con insomnio y pérdida de apetito, precisando que por eso no quería denunciar el hecho. En el contrainterrogatorio la

psicóloga admite la ansiedad de María Fernanda y que dentro de sus causas podría estar la amenaza contra su madre e hija; pero esta posibilidad fijada a instancia de la defensa en el contrainterrogatorio, a la vez reafirma que el miedo que le tenía a su agresor la había contenido de denunciar, por lo cual, al superarlo para dar la noticia criminal, no resulta razonable suponer que se le dio por decir mentiras en aspectos graves como sería atribuir una violación, para ahí sí desafiar la reacción de quien siendo agresivo se vería injustamente acusado.

En todo caso, la defensa en torno a este tema solo repara (#14) en que es inconsistente la referencia a que María Fernanda padecía insomnio, puesto que el día de los hechos habría dormido de 6:00 de la mañana a 2:00 de la tarde, cuestionando que en circunstancias así la profesional hable de insomnio al día siguiente. Al respecto, es de precisar que la alusión que hace la psicóloga al insomnio se debe a que María Fernanda narró en la consulta sus dificultades en conciliar el sueño, lo cual bien pudo ocurrir en la noche anterior a la asistencia a la consulta, pues el lapso de sueño que señala la apelante se debe a que prácticamente estaba amanecida. De ahí que con esta glosa es poco lo que puede extraerse en favor de la causa de la defensa.

Aunque ahora pasaremos a examinar en concreto algunas glosas de la apelante sobre los soportes de la condena que no hubiéramos considerado expresa o tácitamente, es de advertir de una vez desechadas las objeciones que se soporten en la

versión oral rendida en juicio por la afectada, puesto que, al no ser esta creíble lo fundado en ella sigue igual suerte.

Repara la apelante que las versiones de la víctima no serían iguales, pero es de precisar que las que fueron incorporadas como testimonio adjunto conservan coherencia en los sucesos narrados, los que son ilustrados con similares expresiones en las que se aprecia espontaneidad y coinciden con lo expuesto ante las diferentes profesionales de la salud que también escucharon la narración del suceso, lo cual ciertamente se estima como un factor de corroboración.

Sobre esto último, objeta la apelante (#2) que ninguno de los testigos distintos a María Fernanda presencié el hecho, lo cual es cierto, cuestionando que nadie intentó verificar lo escuchado, lo cual también puede considerarse veraz no obstante, en este tipo de casos en que el suceso ocurre en la intimidad de una vivienda en la que están a solas víctima y victimario, se ha estimado con razón que la permanencia en el dicho y la coherencia en la sindicación son aspectos que permiten corroborar periféricamente la prueba del suceso. Con todo conviene aclarar que los testigos de los dichos de María Fernanda son presenciales y directos de lo que ella dijo, del modo como lo dijo y de las afectaciones emocionales que traslucieran cuando se narraba la agresión; lógicamente son de referencia inadmisibles en lo que concierne a la veracidad de esas afirmaciones.

Al parecer la apelante intenta sacar provecho de que no haya quedado establecido que desde un principio la víctima no

habría informado a quienes la socorrieron sobre la violencia sexual que padeció; sin embargo, la ofendida sí aludió a que había sido agredida, otra cosa es que no se haya detenido en precisarlo, y a que escapaba de su acompañante, aún más específicamente a Jonathan Arley Cadavid Arias le habría dicho que escapaba de un expolicía que contaba con un arma y que la intimidaba, así no haya quedado muy circunstanciado el evento, registrando el patrullero anotación de que había sido agredida.

Entonces, si bien es cierto que los testigos que la socorrieron no precisan que en esos momentos hubiera mencionado la víctima el abuso sexual, lo cierto es que no dan cuenta de que hiciera mayor narración del suceso, y menos que entrara en detalles de su modalidad. Con antelación habíamos reseñado cómo este testigo describe que la víctima estaba afectada, en estado de shock, repitiendo solo *muchas gracias*, circunstancia que, como habíamos advertido, no torna razonable que hiciera un relato pormenorizado o detallado de las agresiones que padeció, además de que su intención era no denunciar, como lo explicita el patrullero mencionado.

Esta situación indica que para ese momento María Fernanda carecía del interés de poner en conocimiento oficial de las autoridades el suceso. En sus palabras, la denuncia se debió a que fue mal asesorada el día siguiente, pero a la vez será la misma víctima, que ahora se retracta, quien dice no recordar si les expresó a quienes la socorrieron el abuso sexual en esos momentos iniciales, lo cual lo toma la Sala como una precaución a un eventual desmentido que pudiera sufrir en

tanto no se había recaudado el testimonio de quienes fueron sus iniciales auxiliares.

Ese no recordar de la víctima si desde un principio mencionó la agresión sexual, lo que pone de presente en los lineamientos de su inconsistente retractación es que no tiene claro cuándo habría inventado el abuso sexual, lo cual suscita suspicacia de que realmente se trate de una invención.

En consecuencia, para la Sala no constituye motivo de sospecha esa falta de alusión a que fuese violada, por cuanto la exposición de las causas de su escape de la vivienda se hizo *grosso modo* y en un estado emocional afectado que no incitaba a explayarse sobre las causas de sus afectaciones.

Por el contrario, juzga el Tribunal, al igual que la juez, que de algún modo la expresión de la retractada, de no recordar si en estos momentos iniciales en que fue socorrida les dijo o no a sus auxiliares que había sido agredida sexualmente, evidencia que no tiene claro si ya para ese momento supuestamente habría inventado el abuso sexual, lo que más bien denota que no lo inventó, puesto que no era preciso llegar a tanto para los fines que asevera la motivaban a mentir.

Nótese que aquí lo importante es que la víctima no recuerda si le dijo a Joseline Gabriela Moreno Torres acerca del abuso sexual en los momentos iniciales en que fue socorrida por esta. Como habíamos advertido, esta última persona aún no había atestiguado cuando lo hizo María Fernanda y a nuestro juicio no solo se precavía de ser desmentida, sino que

también evidencia que no tiene claro cuándo elaboró la invención o se decidió a mentir. Por eso, la objeción de la defensa al respecto (#8) carece de incidencia en el razonamiento, puesto que el hecho de que Joseline Gabriela no asevere que se le habló de la agresión sexual en nada afecta lo que indica la mentada expresión de la víctima.

De los reparos de la apelante, numerados, no es menester ingresar en los 9 y 11 por cuanto contienen glosas referidas a acontecimientos posteriores al delito que tienen muy escasa o nula incidencia en su demostración, como es el primero que está referido a la noticia que le habría dado el justiciable al subintendente Martínez sobre el incidente con la afectada y de que le habría proporcionado el número del teléfono de la víctima que había quedado con él, pues alega que se trató de un error; lo cual sea así o no, carece de incidencia en si los hechos se dieron o no. El que se procuren coartadas o posicionamientos del actuar posterior es poco lo que quita o pone en la demostración de los cargos o en su exoneración. Así también ocurre con la discusión que se propone sobre si los perros del justiciable se alertaron o no con la salida de María Fernanda, en tanto, además de que no se estableció de que debieran enterarse de la huida de la víctima, el hecho de que reaccionaran, o no, poco dice para la resolución del caso.

Continuando con el examen de otros reparos, encontramos el que alude a la apreciación de la juez sobre el nerviosismo que habría exhibido la víctima en su atestación, reafirmada por la constante reiteración de que se encontraba tranquila. La defensa demanda que se le conociera con

amplitud previamente para extraer este tipo de conclusiones, pero lo cierto es que la juez está diciendo lo que le surge de la apreciación del comportamiento de la testigo que examina, lo cual ciertamente es un factor para considerar, según el contenido del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto dispone tener en cuenta, entre otros factores, “el comportamiento del testigo durante el interrogatorio o el conainterrogatorio”.

Por lo demás, no es cierto que para que un observador perciba que alguien actúa nerviosamente sea preciso que conozca previamente a dicha persona, pues los signos que lo revelan, aunque pueden tener un tinte personal, corresponden a situaciones que, conforme al conocimiento común, pueden percibirse. En todo caso, esta apreciación no es fundante de la condena, sino que opera más bien como indicadora o alertadora de la carencia de sinceridad de la declarante. De ahí que la Sala no ingrese en pretender sobreponer cualquier otra visión sobre la que le surgió espontáneamente a la juzgadora ante el influjo de la inmediatez.

La defensa objeta que no sería posible que se diera la agresión sexual por cuanto esta se habría dado después de que se enviaron los videos. El último de ellos lo ubica como enviado a la 1:45 de la madrugada, de lo cual colige que el abandono del inmueble fue posterior; y dado que Bertulfo García Cano testificó que mantuvo comunicación constante hasta las 5:30 o 6:00 de la mañana, no sería posible que violentara física, psicológica o sexualmente a María Fernanda. Al respecto, la juez consideró que no se puede suponer en qué momentos se

grabaron los videos, porque solo hay referencia a cuando se enviaron.

Dado que el justiciable le aseveró a Bertulfo García Cano que no había violentado a María Fernanda, es de concluir que no iba a preconstituir prueba de su propio actuar, y coincidimos con la alegación de la defensa de que mientras conversaba no estaría violentando a la afectada, pero lo que no es dable suponer es que la expresión de que tuvieron comunicación constante se refiera a que hubieran hablado desde la 1:45 hasta las 5:30 o 6:00 de la mañana de modo ininterrumpido, por la simple razón que no tendrían tanto tema de conversación. Entonces, que no se haya fijado un alcance distinto al señalado de la comunicación constante, ha de estarse en que la misma se hacía con espacios en los que bien pudieron ocurrir los hechos, los que se sitúan cerca de las 2:00 o 2:30 de la mañana.

Por consiguiente, la alegación de la defensa no revela que fuera imposible ejecutar el hecho atribuido y ni siquiera genera duda de que haya ocurrido.

De otro lado, en procura de poner en duda la existencia de la violación, cuestiona la apelante que María Fernanda hubiera ido nuevamente a la residencia del justiciable ese mismo día por sus pertenencias, lo que ocurrió previa comunicación con el mismo sobre que le había dejado sus cosas afuera de la cabaña. La juez replica que fue acompañada por su primo y un amigo, lo cual ciertamente le brindaba seguridad puesto que debemos recordar que en la versión que acogemos como creíble le había dicho que no le haría nada en el momento porque

habría gente alrededor; pero la defensa asevera que esa compañía no era necesariamente para sentirse más segura, sino para que la transportara, cuestionando que quién iba a volver a visitar de nuevo a quien la amenazó con quitarle la vida, que además permanecía armado y estaba en su propio inmueble.

La presente alegación se basa en la tergiversación. Veamos, en modo alguno la víctima da cuenta de que fuera a visitar a su agresor, sino que fue por sus pertenencias, entre ellas su motocicleta, gafas, documento de identidad y el celular, del que se vio privado y, después en su versión en la que se retracta, dice que él lo retomó porque era de él.

Entonces, no se trataba de una visita social, y aunque la transportaron sus acompañantes, la Sala no encuentra elementos que indiquen siquiera que procuró la compañía de dos personas para sentirse segura. De otro lado, no se noticia que el procesado se encontrara en el lugar, ni que hubiera existido alguna interacción social o personal en esos momentos.

Entonces, si la víctima necesitaba sus cosas y podía recogerlas con la compañía que le aseguraba que el procesado no le hiciera nada, bajo la misma lógica que dijo no proceder en la madrugada, no sería fundado tomar este hecho como indicio de que no ocurrió nada en esa madrugada, cuando bien sabemos que debió escapar presurosamente padeciendo un miedo intenso.

También, intentando contrarrestar la credibilidad de la víctima con la investigadora de la defensa Orrego Londoño, se incorporan fotografías del inmueble del acusado donde ocurrieron los hechos, y en su testimonio la investigadora intenta mostrar que sería riesgoso o peligroso caminar por las tejas y descender.

No hay duda que algún nivel de riesgo tiene el descender desde un balcón de un segundo piso, pero no era imposible o por lo menos así no se demuestra; por el contrario, con las fotografías se evidencia que es cierta la observación inicial de la víctima de que no es muy alto el primer piso en tanto el techo de lo que funciona como garaje es más alto que el del balcón.

Esta alegación no mella los razonamientos efectuados y, en cambio, parecería que los soportan porque, si con el nivel de riesgo que implica bajarse por un balcón la víctima lo hizo, no sería por un motivo baladí y que no le urgiera en la situación. En otras palabras, el supuesto miedo al padre de su hija, quien no estaba presente, no sería suficiente motivación para correr dichos riesgos.

En suma, examinados los reparos de la defensa la Sala no encuentra razones para variar el sentido del fallo, al conferirle credibilidad a las versiones contenidas en la denuncia y la entrevista de la víctima.

- De la agravante cuestionada:

La Fiscalía atribuyó la causal de agravación contenida en el artículo 211 numeral 2° del Código Penal, por cuanto el justiciable tendría la posición o el carácter de ser la pareja sentimental de la víctima; sin embargo, la juez varió el supuesto fáctico para deducir la agravante bajo el argumento de que: “Juan Diego de Jesús Tobón tenía una posición respecto de la señora María Fernanda que la llevaba a depositar su confianza en él, pues solían sostener relaciones sexuales frecuentes”.

Lo anterior indudablemente es una incongruencia porque, desafiando el principio acusatorio y después de practicada la prueba, es la juez la que establece el hecho que soporta la deducción de la agravante.

Ahora bien, la falladora se vio obligada a variar el referente fáctico de la agravante por cuanto la Fiscalía no cumplió con la carga de demostrar con prueba creíble que el justiciable fuese la pareja sentimental de la afectada, pero más allá de la incongruencia percibida, cabe hacer reflexiones sobre la naturaleza de la agravante y la necesidad de su demostración.

En el artículo 211 mencionado hay dos numerales que se refieren de algún modo a la confianza, pero divergen en su alcance. El del numeral 2° atribuido consiste en: “que el responsable tenga cualquier carácter, posición o cargo ... que le impulse a depositar en él su confianza”. Mientras que el del numeral 5° se contrae a "o aprovechando la confianza

depositada por la víctima en el autor”; aquí ciertamente, además de ocurrir el aprovechamiento, debe concurrir la intención de aprovechar la confianza para cometer el delito, lo que la Sala no ve configurado en los delitos violentos.

Si consideramos la doctrina sobre la necesidad de prueba que informa la sentencia SP1772-2022 del 25 de mayo de 2022, radicación No. 51696, según la cual, cuando no refulge que la posición o carácter o cargo atribuido impulsa a la confianza, es menester demostrarlo.

En el caso existe dificultad para demostrar con exactitud cuál es la posición o carácter que tiene el justiciable con la víctima, pues inicialmente en la entrevista dijo que eran pareja, sin mayor precisión, aunque por lo expuesto por Bertulfo Antonio se colige que se trataba del exnovio con quien, al parecer, sin saberse la frecuencia, solía tener relaciones sexuales.

Como no podemos utilizar las palabras de la retractación de la víctima, tampoco podemos entender que dicha situación la impulsara a tener la confianza a la que alude la agravante, en tanto desconocemos cómo era el trato entre los protagonistas de esta historia y sobre todo si el carácter que tuviera impulsaba a la confianza, toda vez que, aunque se dice que el trato era normal, también había recelos porque de cuando en cuando el acusado se tornaba agresivo y la trataba muy mal cuando le daba rabia.

Entonces, por no haberse establecido la hipótesis de la Fiscalía que informa la agravante, será del caso desestimarla, por lo cual se ajustará la pena para imponer la sanción mínima del tipo de acceso carnal violento sin agravación, siguiendo los ranceros mínimos empleados por la primera instancia, por lo cual la pena que deberá descontar el señor Juan Diego de Jesús Tobón será de 12 años de prisión, lapso al que decrece la duración de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo restante rige la sentencia recurrida, incluyendo la negación de los subrogados penales por expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal que impide su concesión cuando se trata de “delitos contra la libertad, integridad y formación sexual”.

No obstante, es menester dejar sentado que la gravedad de la conducta atribuida al procesado no desborda la propia del delito, dejándose así abierta la posibilidad para que en su momento el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad decida sobre el otorgamiento o no de la libertad condicional, previa verificación del cabal cumplimiento de los demás requisitos exigidos para su procedencia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Confirmar la sentencia objeto de recurso, pero modificarla para declarar la responsabilidad penal del señor

Juan Diego de Jesús Tobón como autor de la comisión del delito de acceso carnal violento (artículo 205 del Código Penal), sin agravantes. En consecuencia, la pena que deberá descontar será de doce (12) años de prisión. A igual lapso de la pena principal queda reducida la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás rige el fallo impugnado.

Esta providencia queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

**Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado**

**Sala 013 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado
Sala 011 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta
con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto
reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**528e02063a18b23e1ac3581a18c9c14757a1d3fe11df388b
76ac14d4b2f1679c**

Documento generado en 28/01/2025 08:03:08 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico
en la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>