

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
Magistrado Ponente: JULIÁN RIVERA LOAIZA¹**

Pereira, Risaralda, junio siete (7) de dos mil veintitrés (2023).

Acta No. 563

Hora: 3:30 PM

Radicación	660016000035 2013 02729 01
Sentenciado	Gustavo Adolfo Montoya Aristizábal.
Delito	Acceso carnal violento.
Juzgado de conocimiento	Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira.
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra Sentencia No. 016 del 30 de enero de 2014.

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía² y de la víctima³ contra la Sentencia 016 del 30 de enero de 2014, emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, por medio de la cual se absolvió al acusado Gustavo Adolfo Montoya Aristizábal frente al cargo de acceso carnal violento agravado (*artículos 205 y 211.5 del C.P.*).

Es necesario indicar que quien actúa como Magistrado ponente de esta decisión fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad, en el Despacho 003 de la Sala, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, recibiendo a esa fecha, un aproximado de cuatrocientos (400) procesos penales en conocimiento y ciento veinte (120) cuadernos de tutela de segunda instancia vencidos, dentro de los que se encontraba el presente asunto.

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) suscribiendo el Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

² Fiscalía 37 Seccional CAIVAS – Dra. Ofelia Corzo Delgado.

³ Dra. Luz Elena González Arcila.

La razón por la cual en esta fecha se adopta la decisión, obedece a la gran cantidad de procesos de Ley 906 de 2004 (*con persona privada de la libertad*), próximos a prescribir que debían fallarse de manera inmediata, solicitudes de libertad, como también asuntos Constitucionales que demandaron en su momento, mayor prioridad, de acuerdo al gran cumulo de asuntos que se encontraban en el Despacho al posesionarse el suscrito.

Valga decir que, al momento de recibir el Despacho 003 fue necesario organizar el inventario de asuntos, pues el que había no obedecía a criterios que permitieran conocer la realidad del estado de la oficina, lo que se suma al atraso de varios años donde la mayoría de expedientes en materia penal no contaban con los registros orales de las audiencias respectivas, por lo que el Despacho tuvo que comenzar a requerir el envío de los mismos, tarea ardua y dispendiosa, ya que muchos de esos registros corresponden a audiencias realizadas años atrás. A esto debe agregarse que muchos casos con personas privadas de la libertad estaban cerca de la prescripción de la acción penal, por lo que hubo que enfocar todos los esfuerzos en la atención de tales asuntos, en particular casos en los que las víctimas son menores de edad y los delitos imputados correspondían al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Y, como muchos asuntos penales que ingresaron desde el inicio de la pandemia correspondían a expedientes electrónicos, la organización del inventario conllevó la necesaria organización de estos asuntos y su revisión para saber su estado y si los mismos contaban con toda la información requerida para entrar a resolverlos con la decisión pertinente.

También hay que agregar que al anterior trabajo se sumó la actividad orientada a escanear los expedientes físicos para digitalizarlos y contar con los mismos en versión electrónica, lo que conllevó un trabajo de varios meses que tuvo que asumir el Despacho 003. Lo anotado hizo que se prolongaran los tiempos para tomar las decisiones pertinentes en la mayoría de los asuntos, dado su mayor o menor complejidad, el volumen de la prueba, los intereses jurídicos involucrados y la naturaleza de los asuntos.

Debido a lo anterior y, atendiendo la congestión judicial que presenta el Despacho 003, se procede en la fecha, a emitir una decisión sobre el asunto en los siguientes términos.

2. HECHOS

Fueron descritos en la acusación de la siguiente manera:

“El 09 de junio de 2012 la señora Rosmary Elvira Bernal Ruiz, quien reside en el municipio de Dosquebradas, se encontraba en la vía rápida de Dosquebradas esperando

transporte para dirigirse al barrio Parque Industrial de Pereira. Por el lugar pasó un señor conduciendo una moto color negra con blanco y paró en frente a ella y le dijo que para donde iba, ella respondió que para el parque industrial a recoger una encomienda. Él le manifestó que si quería él la transportaba, ella se subió a la moto y le pago dos mil pesos. Él la llevo hasta el parque industrial, le dijo que si ella quería él la esperaba, ella accedió, pues le manifestó que tenía que ir al hospital universitario San Jorge porque su hermana estaba hospitalizada. Reclamó la encomienda y el señor la estaba esperando. Ella volvió a subirse a la moto y el señor se metió por una carretera solitaria, ella le preguntó que, si por ahí era, él le respondió que sí, que era un atajo para llegar más rápido al hospital. Pasó por una finca y llegó a una cañada, paró le dijo que se bajara. Comenzó a forcejear con ella, trató de quitarle la camisa y el pantalón, él se quitó el pantalón y la ropa interior, la hizo poner contra el barranco, le bajó el pantalón y la ropa interior a la fuerza y la penetró, luego le dijo que le chupara el pene y ella dijo que no. Esta persona la violó en 20 minutos aproximadamente. Se vistieron, él le dijo que se fueran en la moto, no le prendió, la llevó arrastrada, ella ingresó a una finca a pedir ayuda, contó lo sucedido y una señora llamó la policía. La policía acude al llamado y es capturado el agresor.

La persona mencionada por la víctima y captura por la policía se identificó como Gustavo Adolfo Montoya Aristizábal.”.

3. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Gustavo Adolfo Montoya Aristizábal identificado con cédula de ciudadanía No. 18.615.757 expedida en Santa Rosa de Cabal, Risaralda, nacido en la misma ciudad, el 5 de noviembre de 1978.

4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

4.1. El **10 de junio de 2013**, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, se desarrollaron las audiencias preliminares concentradas legalizando la captura en flagrancia de **Gustavo Adolfo Montoya Aristizábal**, a su vez, se le formuló la imputación por el delito de *acceso carnal violento agravado* (artículos 205 y 211.5 del C.P.) con circunstancias de mayor punibilidad el cual no aceptó. La Judicatura le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia (Art. 307 Literal A, No. 2º del C.P.P.).

4.2. Presentado el escrito de acusación, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, realizando el 5 de septiembre de 2013, la audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía enrostró los cargos imputados. Luego, ante la misma instancia se realizó la audiencia preparatoria el 10 de diciembre de 2013.

4.3. El juicio oral se inició y concluyó el 30 de enero de 2014, fecha en la cual, a su vez, se profirió la sentencia correspondiente.

4.4. La Fiscalía y la Representante de Víctimas interpusieron y sustentaron dentro del término de ley el recurso de apelación contra la sentencia enunciada y, como replica se tuvo el pronunciamiento de la defensa⁴.

5. LA SENTENCIA APELADA

Los fundamentos del fallo absolutorio de primer grado refieren que, las pruebas practicadas en el debate público permiten comprender la duda procesal sobre la responsabilidad penal del enjuiciado **Adolfo Montoya Aristizábal**.

En ese entendido, se señaló que esa instancia siendo consciente de los compromisos internacionales del Estado Colombiano para la erradicación de la discriminación, el maltrato y la degradación de la mujer y, que la ausencia de oposición no necesariamente desestima el factor de violencia en los delitos sexuales, la duda ostensible no podría evadirse, debiendo acatarse el debido proceso. Luego, la declaración de la señora Rosmary Elvira Bernal Ruiz (*víctima*) sería el único elemento que podría justificar el fallo adverso contra el enjuiciado; sin embargo, ese señalamiento logró ser impugnado por la defensa denotándose contradicciones y cambios de su versión.

Adicionalmente, para el juez de instancia la prueba pericial se tornó insuficiente para cimentar un fallo condenatorio, como que era importante la solidez de la prueba testimonial. Señaló que al parecer existió un encuentro sexual dadas las huellas en la región vaginal que se denotaron en la historia clínica, pero aun en relaciones sexuales consentidas, los roces y lesiones leves pueden ocurrir.

Finalmente, refirió que aun cuando la psiquiatra forense concluyó que la paciente padecía un trastorno adaptativo derivado de una situación estresante, la misma profesional dejó entrever que las causas de ese cuadro pueden ser múltiples, entre ellas problemas familiares y económicos que la denunciante dijo estar padeciendo.

6. DE LOS RECURSOS PROPUESTOS.

6.1. La delegada de la Fiscalía solicitó la revocatoria del fallo absolutorio y en su lugar, se declare la responsabilidad penal del acusado, planteando como fundamento de disenso lo siguiente:

⁴ Dr. Orlando Gutiérrez Guerrero.

Consideró que, atendiendo los argumentos del juez de instancia, se ha tratado de exigirle a la víctima un patrón de conducta específico, pues pareciera que una persona accedida sexualmente, para la credibilidad de su testimonio, debe haber sido vista despeinada, posiblemente arañado su cuerpo, haber pedido auxilio a toda voz para que las personas que habiten en un área cercana escuchen, no seguir el rastro de su violador, preferiblemente quedarse en el sitio o tomar caminos diferentes.

A juicio de la recurrente, cada persona es dueña de su propio miedo, por lo cual la agraviada no encontró otra salida que seguir a su agresor hasta llegar a la casa a pedir ayuda, lo cual así merezca crítica de la judicatura, eso fue lo que aconteció.

Censuró el hecho que el funcionario *A quo* hubiese otorgado credibilidad a los habitantes del inmueble donde arribó con el agresor, más no a la víctima, como que se le pasó factura por haber dicho que no conocía al señor Gustavo Adolfo; sin embargo, en juicio dijo que sí lo conocía, que no era su amigo y menos que había tenido una relación con él, pues era un conocido simplemente eso.

Ahora, frente al comportamiento del agresor, refiere que ha habido investigaciones donde el agresor sexual luego de violar a su víctima la saca del lugar y la transporta a un sitio seguro y, posteriormente abandona el perímetro donde ésta ha quedado. Entonces, no se puede afirmar que en este caso el hecho no existió, que existen dudas si hubo relación sexual consentida o no, porque el agresor enfrentó a su víctima en presencia del habitante de dicha casa, lo que a su juicio pudo ser estrategia de él al mostrarse como una persona normal que no haya hecho nada por fuera de la ley.

Adicionalmente, señaló que aun cuando el perito médico no valoró directamente a la víctima, pues ella se negó a efectos de no ser revictimizada, el galeno sí realizó un análisis de la historia de atención médica y destacó los hallazgos recientes a nivel genital (*himen perforado, con presencia de laceraciones a nivel del introito y vestíbulo vaginal, porciones superior e inferior, con estigmas de sangrado local*). Según ese experto, cuando una relación es consentida generalmente no deja ese tipo de huellas pues el organismo responde a sensaciones, pero para el juez de primer grado ello no fue suficiente y dudó de que esas lesiones pudiera ser producto de una violación, es mas contradiciéndose, pues en algunas oportunidades expresó que la relación pudo haberse dado y en otros momentos dudo de su ocurrencia.

Frente a la valoración por psiquiatría forense, aun cuando incurrió en errores en su informe sobre la edad de la paciente y su número de identidad, no menos es cierto que, en el análisis del caso

observó en la señora Rosmary un cuadro de trastorno adaptativo con características ansiosas, cuadro que puede devenir a consecuencia de un caso de violación sexual, pero también puede ser por las condiciones lamentables familiares, las situaciones económicas, su horario de trabajo, etc.; sin embargo, al preguntársele a la perito ¿si aquel cuadro al ser producto de situaciones anteriores, pudo acrecentarse a causa de una violación? manifestó asertivamente.

Finalmente, aduce la recurrente que en el juicio adelantado contra el señor Montoya Aristizábal se transformó en un mecanismo de reproducción de prejuicios sociales adversos a las mujeres víctimas de violencia sexual, al atender positivamente lo que dijeron los habitantes del inmueble donde Rosmary fue a pedir ayuda, pues la vieron tranquila, no llegaba sucia, ni despeinada, ni arañada o lastimada, es decir que su comportamiento no encajaba en lo que “debe ser” la conducta de una persona víctima de violencia sexual.

6.2. Por su parte, la representante de víctimas convergiendo en los argumentos decantados por la Fiscalía, señaló que las consideraciones del juzgador son en realidad apreciaciones equivocadas, porque ellas no entrañan en contradicciones de fondo que afecten la estructura del hecho o que tengan la entidad suficiente para desvirtuar lo sucedido.

Para el sensor, lo verdaderamente ocurrido fue que según lo probado, el victimario aprovechó la circunstancia de haberla encontrado el 9 de junio de 2013, cuando ella estaba necesitada de ir al parque industrial donde iba a pedir un dinero prestado y como distinguía al mototaxista quien con anterioridad le había hecho varias carreras acepto irse con él, pero en un momento determinado luego de recoger el dinero, rumbo al hospital San Jorge donde se encontraba la hermana de su representada, el mototaxista se desvió y ante el reclamo que le hizo Rosmary le manifestó que por ese trayecto se llegaba más rápido al destino, llevándola poco a poco a un paraje boscoso y solitario para poder perpetrar el crimen sexual debatido.

En ese sentido, trae a colación la Regla 70 del Estatuto de Roma, la cual considera clara en desvirtuar cualquier forma de consentimiento de la víctima cuando exista coacción, medio violento o incluso en entorno propicio para cometer el crimen, como ocurrió en este caso cuando su representada fue llevada a un paraje solitario y boscoso, siendo intimidada y sometida a vejámenes.

Señaló que, en las pruebas del caso no se avizoró un consentimiento previo o acuerdo entre los dos para realizar un acto sexual que, de haberse hecho, seguramente hubiese sido en condiciones diferentes, tanto así que el policial quien efectuó la captura del enjuiciado manifestó que

Rosemary se encontraba en estado de shock y con la blusa rota, amén que la progenitora del acusado señaló no conocer a la víctima, denotando la inexistencia de una relación previa.

Grosso modo, en esos términos se planteó por el recurrente el motivo por el cual debía revocarse la sentencia de primer grado para en su lugar, emitir condena en contra de Gustavo Montoya Aristizábal por el delito imputado.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la apelación propuesta, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Principio de Limitación

En su labor, la Sala se limitará a estudiar los aspectos objetivos planteados por los recurrentes en su alzada y aquellos que se encuentren estrictamente relacionados con tales postulados, sin desconocer lo preceptuado en el artículo 31 de la carta fundamental y el 20 de la Ley 906 de 2004.

7.3. Problema jurídico a resolver

De acuerdo con las circunstancias fácticas, la Sala deberá analizar:

Si la valoración de la prueba realizada por el juez *A quo* se ajustó a los parámetros jurídicos que rigen el tema, pudiendo derivar en elementos de convicción idóneos admisibles en el juicio y suficientes para la emisión del fallo absolutorio, de tal manera que la sentencia en el aspecto apelado deba ser confirmada, modificada o, por el contrario, debe revocarse para en su lugar proferir condena por la responsabilidad penal del acusado.

7.4. Decisión de la Sala

Un principio esencial del sistema es aquel según el cual para proferir sentencia condenatoria “*se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*”. Para llegar a una conclusión de responsabilidad o inocencia es indispensable la *apreciación conjunta de la prueba*, luego de

realizar la respectiva crítica individual a cada uno de los medios de prueba, tal como lo establece el artículo 380 de la ley 906 de 2004.

Al respecto, es necesario precisar que, los recurrentes sustentan su disenso a efectos de lograr la revocatoria del fallo absolutorio, censurando la valoración probatoria realizada por el juez de instancia frente a los testigos de cargo, descargo y en especial, la credibilidad que le asiste a la víctima.

En este caso la Fiscalía y la defensa, según los registros del juicio, presentaron un acuerdo de estipulaciones para considerar demostrado los siguientes hechos o circunstancias relevantes:

- **Primero hecho probado.** Plena identidad de Gustavo Adolfo Montoya Aristizábal, CC. 18.615.757 de Santa Rosa de Cabal, soportada en el informe de investigador de laboratorio del 8 de julio de 2013, la Consulta Web de la Registraduría Nacional del Estado Civil y la tarjeta decadactilar elaborada el día de la captura del procesado.
- **Segundo hecho probado.** Se tendrá por cierto que se realizó diligencia de inspección al lugar de los hechos el 20 de julio de 2013, en la cual participó la víctima. Se tomaron 20 fotografías que representan la versión del testigo, lo cual está soportado con el acta de inspección a lugares y álbum fotográfico.

Una vez expuesta la teoría del caso por la Fiscalía se pasó a la presentación de la **prueba testimonial de cargo** que consistió en las declaraciones de: i) Jane Yei Galán Campuzano; ii) Andrés Felipe Aguirre Abreo; iii) Édgar de Jesús Álzate Quiceno; iv) Rosmary Elvira Bernal Ruiz; v) SI. Óscar Eduardo Mejía Mendoza; vi) Dr. Ramón Elías Sánchez Arango; vii) Dra. Margarita María Arregocés Torregroza; viii) Dra. Carolina Jaramillo Toro.

Por otro lado, se practicó la **prueba testimonial de la defensa**, que consistió en el testimonio de i) Pablo César Ochoa Miranda y ii) Ligia Aristizábal.

7.5. De la responsabilidad penal de Gustavo Adolfo Montoya Aristizábal.

Advierte la Sala que, de la valoración a la prueba testimonial practicada en la audiencia pública de juicio oral, no es plausible colegir mas allá de toda duda razonable los señalamientos de responsabilidad contra el hoy implicado, por lo cual comparte esta instancia la postura del funcionario *A quo* conforme lo siguiente.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta como precepto general la importancia de la prueba testimonial, pues al tenor del artículo 383 del C.P.P., toda persona está obligada a rendir bajo juramento, la declaración que se le solicite en el juicio oral o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales. En ese sentido, el testimonio que se vierta en la actuación debe constar por la inmediación del juez, garantizándose el derecho a la confrontación, amén de caracterizarse por el conocimiento personal y directo que hubiese tenido la posibilidad de observar o percibir con los sentidos el declarante.

Respecto de la prueba testimonial la Corte Suprema de Justicia ha referido⁵.

“Ahora bien, el régimen de procedimiento penal colombiano –artículo 402 de la Ley 906 de 2004-, exige por principio general, el conocimiento personal directo que de los hechos debe tener el testigo al señalar que éste «únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir», rigiendo por tanto el principio de inmediación en materia probatoria que requiere que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado de forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción”.

En otro pronunciamiento precisó:

“Además de satisfacer los principios en mención, precisa la jurisprudencia de la Corte⁶, la declaración debe cumplir también la exigencia del conocimiento personal contemplada en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, al amparo del cual el testigo sólo podrá deponer sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

*Significa lo anterior que, en el nuevo sistema procesal penal, por regla general, la declaración para que pueda ser considerada en el fallo debe reunir los siguientes requisitos: i) practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa”.*⁷

La prueba testimonial en Colombia es un medio válido de discernimiento que procura por la acreditación de unos hechos específicos. En ese sentido, el conocimiento que las víctimas de un injusto puedan tener de los hechos investigados, resulta válido como *medio de prueba, sometiénose a las mismas reglas de la prueba testimonial, pero con unas delimitantes específicas*. Al respecto, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado⁸:

*“De esa manera, como también lo ha señalado la Delegada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son: a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último. **b) Que la versión de la víctima tenga***

⁵ Sala de Casación Penal, Auto de 25 de mayo de 2015, radicado AP2768-2015. M.P. José Leónidas Bustos Martínez

⁶ Cfr. casación del 27-02-13 Rad. 38773

⁷ Sentencia de 9 de octubre de 2013, Radicado 36518, M.P. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

⁸ Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455

confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.

En síntesis, debe procurarse que el testigo use sus propias palabras en la manifestación de su percepción y conocimiento, se le debe permitir que redacte- oralmente- su respuesta y la emita con su propio léxico, dentro de su peculiar psicología; “la declaración del testigo debe retratar su autenticidad, personalidad, grado de cultura, falta de interés en torcer la verdad. (...) Es deseable que el deponente redacte claramente sus respuestas; revele la personalidad, sin intérpretes de su pensamiento. Los testimonios se aprecian cualitativamente, buscando concordancias, disparidades, hará integrar un estado mental de convicción”⁹.

Testimonio exacto. Que el testimonio sea exacto, significa que coincida plenamente con lo percibido y recordado por el testigo, solo en tal medida se acercará a la verdad o correspondencia entre la realidad -lo sucedido- y lo declarado; pero además la exactitud exige que la expresión tenga las características de puntual, fiel y cabal...”¹⁰ (énfasis de esta sala de decisión).

Teniendo en cuenta lo anterior y, analizando las circunstancias puntuales del caso en concreto, se avizora de manera diáfana que lo pretendido por los recurrentes se ciñe a procurar una absoluta credibilidad en la víctima, pues de primera mano sería ella quien pone en conocimiento de terceros los presuntos comportamientos sexuales ejercidos en su contra. En ese contexto, al investigarse delitos sexuales, por regla general, debe tenerse en cuenta que esos comportamientos son de aquellos que se realizan a puerta cerrada¹¹, pues se busca por el sujeto activo espacios, momentos u oportunidades para ejecutar las acciones libidinosas sin ser sorprendido, dada la intrínseca intimidad que conlleva acciones de esa naturaleza, sin que ello no implique que un tercero pueda darse cuenta de los hechos de manera concomitante o inclusive posterior, entendiéndose este momento cuando, se advierte a la víctima desvencijada o con características de una agresión de connotación sexual, viendo huir al presunto infractor o inclusive, observándolo en el lugar del hecho después de la ocurrencia del mismo o escuchando a viva voz por la víctima quien fue su presunto agresor.

Luego, el papel de la víctima de un delito sexual adquiere especial importancia, pues de primera mano es la persona que puede proporcionar los datos sobre los aspectos de modo, tiempo y lugar de como ocurrieron los hechos, inclusive, señalando de manera directa al autor de los mismos, claro, si su conocimiento personal lleva a esa posibilidad. Si bien es cierto, todos los medios probatorios deben analizarse en conjunto, se exige como se referenció en líneas anteriores que, la

⁹ IRRAGORI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, ob. Cit. P.72 –Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.234

¹⁰ Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.235

¹¹ Es que, como lo ha referido la H. Corte Suprema de Justicia: “...La forma como las cosas suceden normalmente indica que la tendencia en delitos sexuales, cuyas víctimas son menores de edad, es la de que el agresor actúa en la clandestinidad, ejerce los actos de manera tal que nadie los perciba; de ahí que ha dado en denominárselos como “delitos a puerta cerrada” C.S.J. Sala de Casación Penal, Radicación 45585 del 01 de junio de 2016- M.P. José Luis Barceló Camacho.

versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho, pues su declaración constituye el único elemento de juicio a partir del cual se pueda reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la *corroboración periférica* de los hechos.

“En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual ; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...)

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”¹². (énfasis de esta Sala de decisión).

Ahora, trayendo a colación la valoración probatoria del testimonio de la víctima conforme los postulados de la violencia sexual desde una perspectiva de género, resulta diáfano que los derechos a la dignidad humana e igualdad en la actualidad, se han reconocido de manera cabal en pro de las mujeres, lo cual en el ámbito penal tal y como lo ha referenciado ese Alto Tribunal¹³, **implica orientar las investigaciones a establecer el real contexto en el que ocurre un episodio de violencia**, puesto que: *(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o*

¹² Definición traída por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo radicado 43866 del 16 de marzo de 2016 - SP3332-2016, MP. Patricia Salazar Cuellar.

¹³ Ver Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 17 de febrero de 2021, radicación 51.848 – SP403-2021, MP. Eyder Patiño Cabrera.

*banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.*¹⁴

No obstante, aun cuando realice la valoración probatoria desde ese enfoque diferencial, se advierte con claridad que estos derechos fundamentales no se pueden preservar aboliendo las garantías del procesado, por lo que se exige que se adelante una rigurosa investigación.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia señaló:

“La Sala es consciente del deber estatal de obrar con debida diligencia para proteger a las víctimas especialmente vulnerables, pero también lo es de que ello debe hacerse, principalmente, a través de una investigación rigurosa, sin perjuicio del deber de adelantar estos trámites con perspectiva de género. En todo caso, la protección de los derechos de los niños -y de cualquier otra víctima- no puede hacerse a través de la abolición de los derechos del procesado, pues estos también están contemplados en la Constitución Política y en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre muchas otras)”¹⁵. (Énfasis de esta Sala de decisión)

Adicionalmente se indicó:

“Y frente a la perspectiva de género que debe regir sobre las decisiones, la Sala precisó que:

«...resulta claro que el abordaje de los casos penales con perspectiva de género no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas, pues ello daría lugar a la contradicción inaceptable de “proteger” los derechos humanos a través de la violación de los mismos, lo que socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal.

Este, sin duda, no es un postulado novedoso, pues sobre el mismo descansa, en buena medida, la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política. El mismo ha sido reivindicado recientemente por esta Corporación, para concluir que la prevalencia de los derechos de los niños y los deberes de protección a cargo del Estado no pueden dar lugar a la violación de los derechos del procesado (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637).»¹⁶

En tanto que, frente a la aplicación de un enfoque de género en la valoración probatoria indicó:

«... debe la Sala subrayar que lo anterior no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un enfoque diferencial que permita una estimación parcializada o diferenciada a efectos de romper la desigualdad, pues la valoración probatoria debe estar guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica, mientras que los estándares probatorios responden a decisiones políticas relacionadas con lo que se conoce como «distribución del error»¹⁷, por lo que descansa en cabeza del legislador, no del juez, la determinación del grado o nivel de

14 CSJ SP-4135-2019, 1º oct. 2019, rad. 52394.

15 Sentencia del 23 de junio de 2021, radicación 52.171 – SP2541 -2021, MP. Patricia Salazar Cuéllar

16 CSJ SP, 1 oct. 2019, rad. 52394.

17 Elección político-valorativa relacionada con la importancia y priorización de los derechos o intereses jurídicos y, en esa medida, la asunción para el procesado, en menor o mayor medida, de los errores resultantes del razonamiento probatorio.

corroboración o probabilidad suficiente exigido para concluir en la demostración de un determinado enunciado fáctico que comprometa la responsabilidad del procesado.

Por tales razones, al momento de la valoración de la prueba, la perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad, aparte, claro está, de permitir la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, lo que de hecho es bien.»¹⁸ (Énfasis de esta Sala de decisión).

En ese orden de ideas, se aprecia como la versión de la víctima de un agravio sexual se entiende como un medio válido de conocimiento; empero, debe ser apreciado de manera estricta conforme los criterios generales de racionalidad, la sana crítica y la valoración probatoria en conjunto, ejercicio que procura librar de la atadura de cualquier sesgo cognitivo por prejuicios, a efectos de vislumbrar la credibilidad que pueda darse a la información suministrada.

*“(…) en lo que toca con la credibilidad de los relatos ofrecidos por niños abusados sexualmente, la Sala ha sostenido, además, que «puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran»; pero también, que ello no significa que aquellos no puedan faltar a la verdad y «que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación». Por consiguiente, **es imperioso valorar sus dichos como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate**» (CSJ SP7326-2016, rad. 45585. En igual sentido, CSJ SP, 7 dic. 2011, rad. 37044).*

Así las cosas, es forzoso analizar las circunstancias que rodean su declaración y cotejar ésta con los demás medios de convicción recaudados, al amparo de las reglas de la sana crítica, a efectos de verificar su grado de credibilidad y veracidad. El funcionario tendrá que explorar, entonces, atendiendo los principios técnico científicos, su percepción, su memoria, la naturaleza de lo percibido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello tuvo lugar, la forma de sus respuestas y, entre otras circunstancias, el interés que pudieran tener en el caso concreto¹⁹.

Luego, conforme esas pautas, considera esta Colegiatura que le asiste razón al funcionario de primer grado cuando valoró la versión de la víctima atendiendo la comunidad probatoria acopiada en el juicio, concluyendo como no probado el grado de conocimiento necesario para demostrar la responsabilidad penal del enjuiciado, por lo cual la Fiscalía no cumplió con la carga procesal que la ley le obliga.

En primer lugar, recordemos que la acusación de la Fiscalía se circunscribió al delito de **acceso carnal violento** (Art. 205 CP) **agravado** (Art. 211.5 ejusdem) que describe lo siguiente:

“Artículo 205. Acceso carnal violento. Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1236 de 2008. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.

18 CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 50587.

19 Cfr. Sentencia SP9508-2016, Rad.: 47124 del 13 de julio de 2016.

Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

5. -Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, *o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes*. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

La Fiscalía enrostró este cargo pues consideró que el acusado se aprovechó de la confianza depositada por la víctima al contratar con él el servicio de mototaxista, para llevarla a un lugar despoblado y con el uso de la fuerza doblegar su voluntad, accediéndola carnalmente con su miembro viril vía vaginal.

Teniendo en cuenta el comportamiento sobre el cual se centró el debate público, es necesario indicar que de lo probado no se establece controversia en si la víctima fue accedida o no, pues a criterio de este Tribunal, con la prueba científica, el testimonio de la víctima y de lo relatado por algunos testigos de cargo, es comprensible entender que entre el acusado y ella sí se produjo un encuentro sexual. Luego, el punto de debate sobre el cual esta instancia comprende afloró la duda procesal, es si ese hecho se produjo con el consentimiento de la presuntamente agraviada y si en efecto, se doblegó su voluntad con el uso de la fuerza.

Tiénese entonces que, como fue precisado en líneas anteriores, el testimonio de la víctima se torna crucial para comprender las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico; sin embargo, ello debe estar sometido a la constatación de la real existencia del hecho a través de la corroboración probatoria.

Al respecto tenemos que la ciudadana **Rosmary Elvira Bernal Ruiz** en su declaración en el debate público, indicó se una mujer con una carrera profesional como bacterióloga, persona que se encontraba conforme lo visto en los registros en su pleno uso de sus facultades mentales. La testigo de cargo, ante el interrogatorio de la Fiscalía señaló que a Gustavo lo conocía porque se hacía afuera del hospital ofreciendo sus servicios de mototaxista, inclusive, ese conocimiento llevó a que lo señalara en la sala de audiencias. Adujo haberlo visto en 2 o 3 ocasiones, en una de ellas le ofreció el servicio llevándola al centro por la clínica Rosales y luego la llevó a su casa, la otra, cuando ocurrieron los hechos investigados el 9 de junio.

Frente a los hechos la testigo señaló: (ver registro de audiencia, minuto 1:08:39) *“yo salía de turno del hospital y me dirigía al hospital san Jorge iba, pero primero tenía que ir al parque industrial a donde el señor Édgar y la señora Claudia me iban a prestar un dinero, ese dinero era para cubrir una parte de la cuenta del hospital y otra parte para pagar insumos que mi hermana necesitaba, como le contaba yo a Ud., mi hermana estaba con una ulcera sacra en la columna estaba en cama, infectada, la habían remitido del hospital Santa Mónica al hospital san Jorge y requería de mi presencia, como no me habían pagado necesitaba ese dinero, entonces hable con la señora Claudia y el señor Édgar y ellos me iban a prestar el dinero. me dirigí hacia allá, esa situación me tenía muy preocupada, mi mama enferma y ahora mi hermana postrada. Mis hermanos viven en el exterior en Venezuela (...) cuando a los 15 min paso el señor Gustavo Adolfo en su moto, me ofreció el transporte, yo pase la vía rápida, por Makro y cogí la vía rápida de Dosquebradas, que está al otro lado, estaba parada allí, a lo que paso el señor Gustavo Adolfo me ofreció el transporte, me preguntó a fonde me dirigía, al parque industrial, no le dije que iba por un dinero, voy por una encomienda, me ofreció el servicio que le pagara el transporte, cuando llegamos al parque industrial le pague 4.000 pesos que me pareció barato. Él me dijo, en una moto Ud. llega más rápido, en el trayecto del camino él iba callado, serio. Las veces que me había transportado también se había portado bien, nunca me hizo ninguna insinuación de nada, callado, yo obviamente confié en el señor, la única palabra que me dijo en el transcurso del camino fue, ¿Ud. se demora? Le dije no, no me puedo demorar porque tengo a mi hermana hospitalizada en el San Jorge y requiere de mi presencia, está muy enferma, así le conteste. Me llevó efectivamente a la casa del señor Édgar, allá me espero, yo entre, y el señor Édgar me entrego la plata, estaban hablando de los intereses, el señor Gustavo se entró y me dijo afánese, sin que nadie lo invitara, empujo la puerta y se entró hasta donde esta, vea señora afánese que va a llover, yo me devolví con él en la moto y echo carrera por una carretera muy oscura, yo le pregunte ay venga esto porque tan oscuro, porque entramos por acá, dijo este es un atajo para llegar rápido al san Jorge no se preocupe, no se ponga nerviosa, de pronto desvió por un lado y cuando íbamos por ese camino yo vi una casa con luz pero parecía deshabitada, no se veía nada, unos perros ladrando y más abajo fue cuando el señor apago la moto, se tiró me empezó a violentar y me metió la mano acá en el brasier a arrancarme la blusa y yo no sé si en el forcejeo el dinero, yo me lo guarde acá (señala brasier), se cayó al suelo, o el señor lo cogió, no puedo decir no lo puedo acusar a él, no estoy segura, me empezó a violentar y yo pedirle no me vaya a hacer nada, mi hermana y mi mama dependen económicamente de mí, no me vaya a matar se lo suplico y él violentándome, tratando de quitarme la ropa, me bajo el pantalón, empezó a masturbarse y yo a decirle que no me hiciera nada, empezó a tirarme pata por acá en las piernas y a decirme que si yo gritaba me iba peor. La verdad yo baje la guardia, al principio si luce contra él y le suplique por favor Gustavo, señor no me vaya a ser daño (...) al final yo baje la guardia señor juez, porque era más importante mi vida, porque si me mataban mi mama y hermana quedaban desprotegidas (-...) me toco someterme, aguantar un bárbaro de estos (...)” Yo me sentí remal, ya tirada en el suelo, me dijo voltéese, baje la guardia, no podía hacer más nada, no podía seguir luchando, las fuerzas mías no podía seguir luchando con esta persona, que me toco hacer, someterme a lo que él quiso. Empezó a rosarme el pene por atrás para coger la vagina, me lesiono el ano, me ardió mucho, me dolió, tirada en el suelo, quería salir de ahí, yo dije como voy a hacer para salir de acá, pues levántese que esto es una vereda...”*

La testigo también refirió que, después de la agresión Gustavo salió arrastrando su moto, y ella iba detrás, llegaron a una casa, donde él lleo diciendo que se fuera con él, luego se fue. Indico que no gritó porque tenía miedo de las amenazas del procesado, resaltando que ante este tipo de eventos (entiende esta colegiatura “impactantes”) se tornaría impávida, pasmada, incapaz de hablar, reaccionando tiempo después. Finalmente, hizo alusión de que

presuntamente alguien la llamó a ofrecerle dinero por retirar la denuncia, pero no tendría certeza si se trataba de la mamá del procesado.

Posteriormente en el contrainterrogatorio, la declarante precisó que los hechos habrían ocurrido el 9 o 10 de junio de 2013, entregó más detalles del acontecer factico como que el dinero que el señor Édgar le prestó se trataba de la suma de \$300.000 pesos, también que cuando tomaron el presunto atajo para dirigirse al hospital ya era tarde, la carretera estaba oscura. Igualmente refirió que al momento del hecho el procesado le bajó el jean, aduciendo que iba en “jeans y blusita” indicando que le apareció un roto en la manga de la blusa, desconociendo que se lo ocasionó al estar forcejeando, reiterando que trató de defenderse.

La víctima también precisó que, pasaron por una vivienda en la cual, en ese momento al parecer no había nadie, pero que después de los hechos a esa misma vivienda regresarían, lugar donde alertaría lo ocurrido a sus moradores.

Frente a las agresiones físicas ocasionadas por su agresor indicó:

(Ver minuto 1:35:43 del registro de audiencia) “primero cuando me violentó y ya me sometió, yo resbalé me caí, no sé si él me empujó porque en ese forcejeo yo resbalé, eso estaba por ahí como untado de fango, mi zapato resbaló, caí al suelo, no sé si el tipo me empujó, yo la verdad ya no recuerdo”.

Al respecto, aclaró que con el forcejeo no se acordaba si resbaló o si el agresor la empujó. Adujo que producto de esas agresiones, en específico, por la caída tuvo morados en las piernas y laceraciones en su vagina al ser penetrada, finalmente adujo que el señor Montoya no le golpeó el rostro.

De este relato, se extrae en primer lugar que: i) la señora Rosmary sí conocía al señor Montoya Aristizábal; ii) ese conocimiento se derivó por haberle prestado en dos oportunidades el servicio de mototaxista; iii) el día de los hechos varias personas vieron la víctima en compañía del acusado, esto es antes y después de los hechos como lo señalaría posteriormente Óscar Eduardo García, servidor de la Policía Nacional, Jane Yei Galán Campuzano y su esposo Andrés Felipe Aguirre Abreo (estos últimos moradores de la finca la Alegría); iv) las marcas de las agresiones en la víctima se reflejaron por la introducción del miembro viril por la vagina, amén de las lesiones ante la caída en el lugar, aparentemente con el forcejeo.

Estos aspectos que resalta esta instancia, resultan puntos neurálgicos donde se enmarcan las contradicciones o cambios de versión que la defensa resaltó en el contrainterrogatorio al

impugnar su credibilidad, amén de la falta de concordancia con lo atestiguado por los restantes testigos que comparecieron ante el estrado judicial.

En primer lugar, en el ejercicio del contrainterrogatorio, la defensa luego de ubicar a la víctima en sus declaraciones anteriores al juicio, logró obtener de ella información relevante que no se acompasa a su relato en esa vista pública. El primer dato, resultó que en la entrevista rendida ante la Policía Nacional el día de los hechos, la señora Rosmery indicó que el señor Gustavo al momento de agredirla sexualmente penetrándola vía vaginal, también le solicitó que le chupara el pene; sin embargo, esa información que no resulta un hecho menor, fue pasada por alto por la testigo, quien, al verse en contradicción, solo aducía que no estaba diciendo mentiras, lo cual ocurrió insistentemente en el devenir del contrainterrogatorio.

Así mismo, la defensa le puso de presente que ella en entrevista ante la Policía Nacional había indicado que no conocía el nombre de su agresor; sin embargo, ante la audiencia refirió lo contrario. En ese sentido se le preguntó (*ver registro, minuto 1:58:08*) ¿Igualmente le preguntan si lo ha visto antes? Respondió. ***La verdad sí, esta persona en ocasiones pasadas me ha transportado, pero la verdad no sé dónde vive ni conozco como se llama***, eso dice en la entrevista anterior, y usted aquí nos dice que lo conocía de tiempo atrás que se llamaba Gustavo Ud. mintió, ¿sí o no? ***yo dije, pues no, la verdad no recuerdo***. Al ponerse de presente la entrevista refirió: *“yo que le puedo decir, el señor transportaba gente allí, yo nunca he tenido vinculo amistoso con el señor, cuando la mama me llamo me dijo habla con la mamá de Gustavo”*

Ahora, en el ejercicio de contradicción la defensa puso de presente a la testigo que ante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses ella le manifestó al médico legista que el implicado le daba cachetadas, lo cual resalta en contradicción, pues de lo visto en su relato ante el estrado judicial, ella indicó de manera clara que el señor Montoya Aristizábal no le golpeó el rostro.

Nótese que, esta información *prima facie* nos permite entender que la testigo de cargo resulta débil en su relato, pues no solo las contradicciones desveladas por la defensa la hacen flaquear en su señalamiento, sino también, aquello que los otros testigos percibieron de los hechos.

Recordemos que la víctima en su relato, hizo ver que el señor Gustavo Adolfo al momento de transportarla hasta la residencia del señor **Édgar de Jesús Álzate Quiceno**, lugar donde se le haría el préstamo de dinero, ingresó intempestivamente y sin permiso a la residencia de este último a efectos de apurarla para llevarla hasta el hospital donde se encontraba su hermana, pues

se estaba demorando, por lo cual, entendemos que el señor Édgar tuvo la posibilidad de ver a la víctima en compañía de este ciudadano; sin embargo, en su declaración el señor Álzate Quiceno indicó a la audiencia que, la señora Rosmery no se demoró y que él se encontraba al interior de inmueble con su esposa y sus dos hijas comiendo, señalando al respecto lo siguiente: *“de las puertas de mi casa para afuera no sé mas nada, no me moví de donde estaba”*. En este punto y, ante esta contradicción lo que se infiere es que la víctima, pretendió mostrar el interés que tendría el procesado en sacarla de este lugar, lo cual no se compagina a la versión del testigo, quien, por el contrario, señaló que ella no se demoró y no tendría la posibilidad de señalar que en ese momento se encontraba con otra persona.

Ahora, posterior a ese evento viene el supuesto ataque sexual, lo cual según la información de la víctima se produjo en un lugar apartado y boscoso, lugar donde sería agredida física y sexualmente, inclusive, cayendo al piso, en el fango, producto de lo que sería su caída de propia altura por un empujón o resbalón, no recordando la declarante exactamente el motivo de ello. En este punto es claro que, atendiendo el principio criminalístico de *intercambio y transferencia*, en el cual, al momento de la ocurrencia de una conducta punible, no solo el ejecutor del hecho puede dejar vestigios sobre la víctima o viceversa, sino también, de la interacción con el medio circundante (*lugar del hecho*) puede haber transferencia hacia ambos y según el relato de la señora Rosmery, sí debió persistir algún elemento en sus prendas de vestir o en su cuerpo, no solo del encuentro sexual y de las lesiones, sino también, del medio, entiéndase fango, tierra o similares al haber tenido contacto directo con el piso como bien ella lo señaló.

Según las fotografías de la inspección judicial realizada al lugar del hecho (*hecho estipulado*), esta zona o barranco como fue denominado por los investigadores, además de contar con vegetación, también poseía parte de terreno destapado, entiéndase sin pavimentar, luego, según el relato de la víctima había fango y ella cayó ahí, por lo cual, bajo las reglas de la experiencia y atendiendo el contacto directo de su cuerpo en ese terreno, debió impregnarse de la suciedad del mismo, máxime que su agresor, según se relató, en el piso debió realizar movimientos bruscos sobre su humanidad para penetrarla, pues recordemos que ella señaló al estrado judicial **“ya tirada en el suelo, me dijo voltéese, baje la guardia, no podía hacer más nada, no podía seguir luchando, las fuerzas mías no podía seguir luchando con esta persona, que me toco hacer, someterme a lo que él quiso. Empezó a rosarme el pene por atrás para coger la vagina, me lesiono el ano, me ardió mucho, me dolió, tirada en el suelo, quería salir de ahí, yo dije como voy a hacer para salir de acá (...)**.

En ese contexto, es que la versión de la víctima (*medio de prueba*) no se torna congruente con la fuente de prueba²⁰ y con la realidad esbozada por los otros testigos que fueron solicitados por la misma Fiscalía, pues Óscar Eduardo García, servidor de la Policía Nacional, Jane Yei Galán Campuzano y su esposo Andrés Felipe Aguirre Abreo, al ser las personas que después de los hechos, vieron a la víctima y a su presunto agresor en la finca la Alegría, no observaron en la humedad de ésta ningún rastro o signo de haber sido agredida en el piso de un lugar, cuyo terreno inexorablemente debió impregnarla de suciedad.

El servidor de la Policía Nacional Óscar Eduardo García, refirió al estrado que aquel 9 de junio de 2013, se encontraba realizando el tercer turno con patrullero Restrepo, a eso de las 20:17 horas recibieron una llamada, donde la central de radio reportó una violación en el sector del Alto Erazo, finca la Alegría, se dirigieron al lugar, ingresando a la finca observaron que iba subiendo el procesado con una moto halada, color negra, dos cascos, vestía camisa roja color a cuadros, lo observaron nervioso, por lo cual se pidieron antecedentes. Adujo que esta persona llegó a la finca con la señora Rosmery quien identificó a Gustavo como la persona que la violó, valiéndose como mototaxista en esa ruta.

El policial adujo que para ese momento observó a la señora Rosmery preocupada, decepcionada, en un shock. Adicionalmente recordó que la víctima le mostró un pequeño hueco en la blusa y que la tenía arrugada; sin embargo, aquí resulta relevante que en nada el patrullero refirió haber visto vestigios o signos de que en las prendas de esta ciudadana hubiese suciedad, polvo o tierra producto del contacto con el suelo de aquel terreno donde presuntamente fue agredida.

Ahora, al respecto que dijeron los señores Jane Yei Galán Campuzano y su esposo Andrés Felipe Aguirre Abreo, moradores de la finca la Alegría. La señora **Galán Campuzano** refirió que:

Del incidente 9 de junio de 2013, Recuerda que, bajo una moto con 2 personas, señalando:

Se encontraba en el baño, aproximadamente 20 minutos subió una señora pidiendo auxilio, ella estaba alimentando a su hija que estaba recién nacida. Entró la cuñada pidiendo que auxiliara a una señora que pedía ayuda porque había sido violada, el esposo salió, ella le dijo a él que le prestara el baño, se metió a la cocina. Esta persona lo único que decía es que había sido violada, que la ayudaran.

Ante las preguntas puntuales indicó:

²⁰ Devis Echandía, citado por German Pavón Gómez, *Lógica del indicio criminal*, Santa Fe de Bogotá, 1995, pág. 141. (...) en relación a las *fuentes de prueba*, expresa: “La fuente de prueba puede consistir, pues, en hechos representativos o simplemente expresivos en sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas y aún las personas físicas y naturales, de donde el juez pueda deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos. Son los hechos que constituyen la fuente del conocimiento que el juez obtiene para los fines del proceso”.

Preguntado. ¿La vio? Sí luego Sali, yo la vi.

Preguntado. ¿Como la observó? Aparentemente, para ser una mujer violada no se veía asustada, solo alterada, ayúdenme no decía más.

Preguntado. ¿Qué pasó luego? Lo único fue que vimos que subió un señor, lo único que escucha que le dice es Rosmery vámonos y ella le decía, no yo con Ud. no me voy, yo confiaba en Ud., porque me hizo esto, y él le dijo Rosmery no me haga esto, igual los dos queríamos. Ella le insistía que con él no se iba.

Preguntado. ¿Quién llamó a la policía? Mi hermano.

Preguntado. ¿Qué pasó cuando llego la policía? Ella estaba dentro de unos cuartos, no sé que hablo con la policía, se llevaron al muchacho y a ella.

Preguntado. ¿Ud. recuerda al muchacho? No, solo recuerdo que le decía Gustavo. Que yo diga es él, no me acuerdo.

Preguntado. ¿El de la moto hizo otra manifestación? No solamente decía eso. Solo decía Rosmery no me haga esto los dos queríamos.

En el contra interrogatorio de la defensa señaló:

Preguntado. ¿Estado normal de Rosmery? Sí, la verdad sí.

Preguntado. ¿No se le veían signos de violación verdad? No.

Preguntado. ¿Tuvo oportunidad de examinar su físico? Sí.

Preguntado. ¿Le notó lesión o aporreada, golpeada? No señor.

Preguntado. ¿Vestimenta rasgada violentada? Ni rasgada ni sucia, no.

En este punto, debemos hacer un paréntesis, recordemos que la víctima fue enfática en señalar en sus primeras versiones que desconocía el nombre del agresor, ya en el juicio adujo saber que el enjuiciado se llamaba Gustavo y al ser confrontada por la defensa, señaló que supo el nombre del agresor, por una supuesta llamada que la progenitora de éste le hizo; sin embargo, Jane Yei Galán Campuzano, dejó claro que la procesada desde el mismo día de los hechos conocía el nombre del procesado.

Retomando, el señor **Andrés Felipe Aguirre Abreo**, adujo que para el momento de los hechos vivía en Alto Erazo, finca la Alegría. Ese día el vio que paso una moto, a los 15 minutos aproximadamente, subía una muchacha. Ella subió de la parte de abajo donde él vivía y detrás subía el muchacho, en la moto, la subió hasta cierta parte y la paro ahí y se devolvió. Luego, apareció la muchacha a pedir prestado el baño, se entró a la cocina, el muchacho bajo y le dijo Luz Mary o Rosmery, usted porque me hace esto vámonos, ella le dijo que no se iba con él porque la violó. El señor le dijo, no me haga esto, mire que los dos queríamos. Ella se niega, tenga su casco, se lo paso por encima de mí que estaba comiendo.

Textualmente se le preguntó:

Preguntado. ¿Como llegó ella? Normal, por eso le presté el baño, no la vi ni revolcada ni nada, ni la ropa estrujada ni nada.

Preguntado. ¿Cuánto tiempo la observó?, como yo estaba comiendo, cogí el perro, la vi por delante y por detrás y estaba limpia.

Preguntado. ¿Tuvo tiempo de observarla? Sí, porque estaba comiendo, la detalle y estaba limpia.

Preguntado ¿Usted escucho ruido de moto? ¿Baja mucha moto? Van domicilios de supermercados ya conocidos.

Preguntado. ¿Cuándo esa moto bajó escucho otras? No.

Preguntado. ¿Al cuánto tiempo sube la muchacha? 15 o 20 minutos.

Preguntado. ¿Como es la zona? Eso es despoblado.

Preguntado. ¿Casa más cercana? Ahí en ese sector, solo hay 4 casas cerquita.

Preguntado. ¿Cuántas casas habitadas? Dos.

Preguntado. ¿A dónde su vecino, distancia? 5 minutos caminando.

Preguntado. ¿Escuchó algún grito cuando usted estaba allí y paso la moto? No señora

Contrainterrogatorio.

Preguntado. ¿Qué le dijo la señora? Yo estaba comiéndome mi comidita, señor me presta el baño, la mire de pies a cabeza. Cogí el perro para que la señora entrara. Se me entró a la cocina y le dice a Gustavo que la violó, él dice que ambos querían.

Preguntado. ¿La vio agredida? No.

Preguntado. ¿Ropa rota, rasgada o sucia? Para nada.

Teniendo en cuenta los apartados de esas declaraciones, salta a la vista que la víctima de los hechos, no cumplió al rendir su relato con las pautas establecidas por la jurisprudencia y la doctrina indicadas líneas atrás para la valoración acertiva del testimonio, es decir, que su versión tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho y ante la persistencia en la incriminación, estar exenta de ambigüedades y contradicciones.

Y es que estas ambigüedades y contradicciones permiten el advenimiento de la duda pues: i) el conocimiento *ex ante* del nombre del procesado, permite inferir que sí existía por parte de la víctima un conocimiento personal del enjuiciado y no como pretendió demostrarlo en las primeras pesquisas de la autoridad judicial; ii) la carencia de signos o vestigios correlativos al medio donde ocurrieron los hechos, conforme el grado de violencia denunciado en la agresión sexual, denota una exacerbación del acontecer factico y la seriedad del ataque; y iii) el desplazamiento de la víctima junto con su agresor a la finca la Alegría, sin una intimidación aparente conforme lo relatado por los testigos, es más con comportamientos de consentimiento, como que Rosmery le llevaba el casco al inculpado, denotan la posibilidad de que el relato sea mendaz.

Luego, el incumplimiento de estos aspectos, impiden dar un valor irrefutable a la información suministrada por la denunciante, como bien lo coligió el juez de instancia, como que, en la incertidumbre sobre la contundencia de la agresión y la gravedad de los hechos, es posible entender la duda, en si realmente estos ocurrieron como lo refirió la víctima.

Para esta instancia como se indicó anteriormente, hay claridad de que entre el procesado y la señora Rosmery existió un encuentro sexual, pues la prueba practicada en el juicio, como lo es la valoración sexológica y las diferentes declaraciones así lo acreditan (*de referencia, por los testigos de oídas que escucharon esas manifestaciones*) la duda emerge en determinar si ese encuentro fue consentido o no y si en verdad, existió la violencia denunciada, pues más allá de la existencia de los vestigios de actividad sexual, el médico legista **Ramón Elías Sánchez Arango** señaló en el juicio que aun en una relación consentida, **no se pueden descartar ese tipo de lesiones.**

Por lo tanto, aunque el relato de la víctima se pudiera compaginar con los hallazgos de lesión (*miembros inferiores equimosis difuso del tercio medio de la cara inferior del muslo derecho, himen perforado con laceraciones a nivel del introito y vestíbulo vaginal, porciones superior e inferior, estigmas de sangrado local*), ante la **incongruencia en la información de corroboración analizada**, ese dato no sería concluyente.

Al respecto el galeno indicó:

Preguntado: ¿Cuándo una relación es consentida y la persona ya había tenido relaciones, si la relación es consentida puede dejar esa lesión? No se pueden descartar por supuesto, de manera absoluta, es poco frecuente. Si es consentida hay preparación psicosomática previa y lubricación y preparación pélvica.

Así mismo, la pericia psiquiátrica tampoco brinda contundencia sobre la existencia de alguna secuela en ese contexto pues, aunque se señaló por la experta **Carolina Jaramillo Toro** que, Rosmary padecía de un trastorno derivado de una situación estresante, no concluyó que fuese por la presunta agresión sexual, pues también existía la posibilidad que fuese por otros tipos de problemas como familiares o económicos.

Ahora contrario a lo señalado por los recurrentes, para esta Sala de decisión la posición del juez de instancia no atenta contra los convenios internacionales ratificados por nuestro país frente a la valoración probatoria de este tipo de delitos, pues en este caso no se le ha dado valor negativo a la pasividad de la presunta víctima frente al hecho, pues recordemos que como se ha precisado por la H. Corte Suprema de Justicia “*un ataque violento no siempre se reacciona mediante actos materiales de defensa, pues ello también puede ocasionar en la víctima un estado de conmoción síquica que Nerva cualquier respuesta de esa índole*” (Cfr. CSJ SP5395-2015, radicación 43880 del 6 de mayo de 2015), en este caso, la crítica probatoria se hace desde la conjunción de todos los medios que se practicaron en el juicio, de los cuales no se aprecia uniformidad para entender más allá de duda razonable los aspectos objetivos del tipo penal investigado como son: i) el

menoscabo contra la voluntad de la víctima para ser accedida carnalmente y ii) el uso de la violencia, en este caso física para ser sometida con el fin libidinoso.

Y es que inclusive, los testigos traídos a colación por la defensa **Pablo Cesar Ochoa Miranda** y **Ligia Aristizábal**, dieron información de haber visto en un contexto diferente al de *pasajero-transportador* a la señora Rosmary con Gustavo, ello pues Pablo declaró que había visto a esta ciudadana visitando a Gustavo en un taller y la señora Ligia, progenitora de Gustavo, adujo que Rosmary estuvo en su casa y que Gustavo se la quiso presentar, pero ante su actitud parca la visitante se devolvió al portón de la casa y le pidió a Gustavo que se fueran de ese lugar, desplazándose en la moto. Esta testigo al respecto señaló:

“En la casa estuvo en una ocasión, la llevó a la casa y como él no había almorzado, él se dirigió a la cocina y me pidió el almuerzo. Él llegó en la moto y entonces me dijo que le sirviera el almuerzo, entonces yo le dije usted con quien vino, con una amiga, entonces la llamó, entonces el me la fue a presentar y ella llegó a la sala, entonces yo no le hice ningún visaje, entonces ella viendo la actitud mía se regresó al portón y del portón lo llamó a él, Gustavo vámonos que necesito irme (...) salió con ella en la moto”.

Ahora, como dato coincidente, ambas personas señalaron que dentro del público de la audiencia se encontraba Rosmary, individualizándola como aquella persona que tenía blusa rosada.

Si bien, las versiones que al tratarse de amigos y familiares del acusado pueden en su mayoría carecer de peso probatorio para desacreditar la versión directa de la víctima, cuando ésta resulta solida conforme la comunidad probatoria, en el *sub judice* no resulta el caso, pues ante su contradicción sobre el conocimiento o no respecto el nombre del procesado antes de los hechos, las declaraciones de estas personas siembran la duda razonable de que tal vez, sí era posible la existencia de una relación antecedente entre ambos, la cual al parecer quiso ocultar la señora Bernal Ruiz.

No se puede soslayar que, para la fecha en que Rosmary rindió su testimonio ante la judicatura, no habría transcurrido tiempo considerable desde la ocurrencia del hecho, amén que por su edad y, ante la inexistencia de algún aspecto que denotara trastornos cognitivos o de inmadurez psicológica, no resulta fácil entender el motivo por el cual se evidenció tanta disparidad, no solo en sus propias versiones, sino también, conforme los demás elementos probatorios.

En conclusión, consideramos que la decisión del juzgador de primera instancia se ciñe a los postulados constitucionales y legales, en la medida que no es posible predicar el conocimiento necesario mas allá de toda duda razonable frente a la responsabilidad penal del enjuiciado conforme al cargo objeto de acusación, por lo cual, la Fiscalía no cumplió con la carga procesal

de presentar la prueba de cargo suficiente para corroborar los señalamientos de la presunta víctima.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia 016 del 30 de enero de 2014, emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, por medio de la cual se absolvió al acusado Gustavo Adolfo Montoya Aristizábal del cargo de acceso carnal violento agravado (*artículos 205 y 211.5 del C.P.*), conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LÍBRENSE las comunicaciones a las autoridades correspondientes.

TERCERO: Notificar esta providencia a las partes y demás intervinientes por el medio más expedito. Dichas comunicaciones se harán en la medida de lo posible, mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la Ley 2213 de 2022. **Contra la misma procede el recurso extraordinario de casación.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

(Firma electrónica)
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

(Firma electrónica)
CARLOS ARTURO PAZ ZÚÑIGA
Magistrado
(Firma electrónica)

(Firma electrónica)
WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

**Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

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: **0806baa6cd84a9a976206c6fa21b26c1e9a3ec8945d249d041630f2d1149c2b4**

Documento generado en 07/06/2023 04:35:56 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**