

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: IVANOV ARTEAGA GUZMÁN

Ibagué, Tolima, veintisiete (27) de enero de dos mil veinticinco (2025)
Acta No. 057

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de **JHON JAWER CASTILLO CUERVO** contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, Tolima, adiada 26 de enero de 2023, mediante la cual condenó a este último como autor responsable del delito de *ACCESO CARNAL VIOLENTO* por el cual fuera acusado.

1. SINOPSIS FÁCTICA

Los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron el 15 de enero de 2017, a eso de las 3:00 de la tarde, en el inmueble ubicado en la carrera 40 No. 21-89 sur, barrio Boquerón parte alta, de esta ciudad, donde residía ARLEDYS DÍAZ SOSA, cuando **JHON JAWER CASTILLO CUERVO** ingresó a la habitación de esta última con su anuencia y luego procedió a forzarla para accederla carnalmente vía vaginal con su miembro viril.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

El 7 de diciembre de 2017, la fiscalía presentó libelo

enjuiciatorio contra **JHON JAWER CASTILLO CUERVO** por el delito de *ACCESO CARNAL VIOLENTO* –artículo 205 de la Ley 599 de 2000- modificado por la Ley 1236 de 2008-, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta capital, quien el 21 de marzo siguiente celebró la correspondiente audiencia de formulación de acusación en la cual le fue comunicada esta última al inculcado, y el órgano titular de la acción penal descubrió los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida con la que contaba hasta ese momento. Asimismo, las partes no cuestionaron la competencia del juzgador ni lo recusaron, y tampoco presentaron solicitudes de nulidad.

El 13 de septiembre posterior se realizó la audiencia preparatoria en la cual las partes enunciaron, solicitaron y les fueron decretadas las pruebas que resultaron ser conducentes, pertinentes y útiles, sin que se hubiera excluido alguna de ellas por ilegalidad o ilicitud, de cara al juicio oral.

El 23 de mayo de 2019 se inició este último en cuyo desarrollo se practicaron algunas de las pruebas ordenadas en la audiencia preparatoria, y una vez diligenciadas las mismas y expuestos los correspondientes alegatos de clausura, el 5 de mayo de 2022 se anunció sentido condenatorio del fallo.

Finalmente, el 23 de enero de 2023 se dio lectura a este último, en el que se le impuso al inculcado la pena principal de doce (12) años de prisión, y la accesoria de inhabilitación para ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término; además de negársele los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

3. DEL FALLO IMPUGNADO

Consideró el *a quo* que con las pruebas de cargo debatidas e incorporadas en el juicio oral, especialmente los testimonios de la víctima ARLEDYS DÍAZ SOSA, los de MÓNICA PAOLA DÍAZ SOSA e ISLENIA MURILLO GARZÓN, hermana y suegra de esta última, respectivamente, el del galeno legista JUAN SEBASTIÁN GONZÁLEZ GIRALDO y de los investigadores del CTI BELLANID TORRES RODRIGUEZ y NELSON JAVIER SÁNCHEZ RAMÍREZ, se logró demostrar más allá de toda duda razonable la materialidad de la conducta punible de *ACCESO CARNAL VIOLENTO* y la consiguiente responsabilidad de **JHON JAWER CASTILLO CUERVO** a título de autor.

Ello, por cuanto, según su criterio, los ingredientes informativos ofrecidos por los testigos en cita resultaron trascendentales para acreditar el lascivo episodio al que fue sometida de manera violenta la víctima, quien, en lo sustancial, relató cómo el implicado, con quien había sostenido años atrás una relación sentimental subrepticia, pues era casado, la accedió carnalmente vía vaginal en contra de su voluntad, incluso, luego de ello, la amenazó con que si contaba lo ocurrido el perjudicado sería su hijo menor de edad.

Adicional a ello, los graves señalamientos de la afectada contra el implicado tuvieron verificación periférica, especialmente en lo relacionado con el escenario, las circunstancias en que se desarrollaron los acontecimientos y los hallazgos físicos en la región vaginal de la primera, y con los testimonios de DÍAZ SOSA, MURILLO GARZÓN y del galeno forense GONZÁLEZ GIRALDO, lo cual acredita la existencia del referido acontecimiento lúbrico violento y el juicio de imputación atribuido al inculpado.

Igualmente, no le dio ninguna capacidad demostrativa a las testificaciones de descargo rendidas por YURANI VILLANUEVA PARRA, OSWALDO REINA RODRÍGUEZ, cuñada y amigo del inculpatado, respectivamente, y de este último, quien renunció a su derecho constitucional y legal a guardar silencio, en tanto, en el caso de los dos primeros, no hicieron aporte suasorio alguno que permitiera mantener incólume la presunción de inocencia que ampara a **CASTILLO CUERVO**.

Este, por su parte, en su exposición exculpatoria pretendió desvirtuar su responsabilidad frente a los graves señalamientos de la ofendida, al indicar que esta estaba obsesionada por él y la denuncia en su contra obedecía a una represalia; además, que la relación sexual, aunque existió, fue consentida, que no producto de la violencia física endilgada.

Sin embargo, tales planteamientos fueron descartados porque, en cuanto a lo primero, la agraviada no tenía tal obsesión en consideración a que ella también concibió su relación como pasajera, pues ambos sabían que tenían sus respectivas parejas coetáneamente, lo cual descarta ser razonable que de manera repentina ARLEDYS se enterara por información del acusado que *“tenía mujer”* y estaba *“esperando otra hija, reaccionara inventando una denuncia por violación”*, en tanto, según lo enunciado, eran conscientes de la coexistencia de sus paralelos vínculos.

Y en cuanto a lo segundo, lo aseverado por el enjuiciado se desvirtuó por cuanto aunque reconoce la existencia de la referida relación sexual y niega que hubiese mediado violencia para su materialización, su versión resulta contraria a los hallazgos físicos relacionados por el médico legista y

observados por MÓNICA PAOLA DÍAZ. Además, deviene inverosímil que la víctima lo hubiese citado para tal efecto delante de su hijo infante y luego de consumada la copulación, sin mediar ningún conflicto relevante, decidiera inmediatamente inventarse “una violación” en contra de la persona con quien compartió sentimentalmente durante once años e incluso se autolesionara en su área genital y la región escapular, lo que *per se* resulta inusual debido a la dificultad física para hacerlo.

Lo propio se debe decir en relación con el hecho de que la agraviada, luego de la censurada relación sexual, estratégicamente, como parte de un plan premeditado, entrara en estado de alteración emocional para llamar a su hermana y al día siguiente acudiera ante las autoridades con el propósito de informar unos hechos inexistentes, máxime que sobre los mismos ha sido enfática en sus diversas intervenciones.

Por tanto, concluyó que se encontraba acreditado el grado de conocimiento exigido por el legislador para proferir una sentencia condenatoria en contra el enjuiciado en los términos de la acusación.

4. DEL RECURSO

Inconforme con esta decisión, el defensor de **JHON JAWER CASTILLO CUERVO** acudió a esta alzada con el propósito de lograr su revocatoria con base en los siguientes argumentos¹:

- Tras realizar un resumen de la actuación y traer a colación la principalística que regula las nulidades,

¹ [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#)

solicita se decrete esta última desde la audiencia preliminar de formulación de imputación -sin explicar por qué hasta ese acto-, dada la afectación al debido proceso y el derecho de defensa del inculpado, ya que la fiscalía no cumplió con su obligación de realizar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en la acusación.

- En dicho acto procesal preliminar el ente acusador se limitó a “transcribir” los acontecimientos lascivos relatados por la afectada en la denuncia, la cual constituye una herramienta para el desarrollo de la investigación cuando se señala a una persona como posible autora o partícipe de una conducta punible y la misma culmina cuando finaliza el proceso, incluida la fase ejecutiva de la pena. Ello, según su parecer, impidió que el implicado conociera el verdadero contenido y alcance de los cargos atribuido y, por consiguiente, la materialización de una adecuada estrategia defensiva.
- Su rol como defensor en este caso lo asumió estando en curso el juicio oral -13 de septiembre de 2019- y fue entonces cuando conoció a su representado y lo entrevistó, debido a lo cual no se le puede endilgar el haber convalidado tal irregularidad. Por tanto, al margen que el anterior letrado no se hubiese opuesto o formulado reparo alguno a la imputación y /o acusación, pese al evidente yerro del ente acusador frente al cumplimiento de su deber derivado del canon 250 de la Constitución Política y de los artículos 287, 288 y 336 del CPP, el cual gobierna la esencia y finalidad de las audiencias de imputación y acusación, nada impide que a esta altura procesal se pueda invocar la acotada invalidación para

retrotraer la actuación y corregir tal irregularidad sustancial.

- Es evidente que en las audiencias de formulación de imputación, acusación y preparatoria el defensor contractual no ejecutó actos adecuados direccionados a garantizarle el derecho de defensa técnica a su procurado, por lo que no queda otra vía para remediar o reparar el daño procesal causado a su prohijado.
- De otro lado, este, quien renunció a su derecho constitucional a guardar silencio, al que sin razón válida alguna el *a quo* demeritó su versión exculpatoria tratando de invertir así la carga de la prueba, manifestó que *“conoció a ARLEDYS DIAZ SOSSA, desde el año 2014, y sostuvo una relación amorosa como amantes clandestinos, la que se prolongó hasta el 15 de enero de 2017, eran frecuente los encuentros y relaciones sexuales consentidas”*².
- El 15 de enero de 2017, el inculpado, luego de jugar un partido de fútbol, como previamente lo habían acordado, se encontraron cerca al domicilio de ARLEDYS DÍAZ SOSA, quien tenía arrendada una habitación en la carrera 40 NO 21-89 sur, barrio Boquerón de esta ciudad, la cual llegó pasado el mediodía y fue entonces cuando el primero acudió a su encuentro. Empero, como la segunda traía de la mano a su hijo menor de edad, decidió cargarlo en los hombros, después ingresaron al inmueble y se sentaron en las escaleras que permiten el ingreso al segundo piso. Fue así como luego de transcurrir unos minutos ambos caminaron hasta la habitación de aquella y, como era su costumbre, decidieron sostener relaciones sexuales,

² [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#), fl. 5

incluso entre los dos bajaron el colchón porque se cayeron unas tablas de la cama y continuaron “*con el coito*”³.

- Momentos ulteriores el enjuiciado le hizo saber “*a su amante clandestina que a partir de la fecha decidía terminar la relación por cuanto su compañera estaba embarazada*”⁴, lo cual produjo rechazo y repudio de la segunda hacia él “*porque ella la envía (sic) manifestado de vieja data porque solo la tenía para ser su amante y no tener una relación más seria*”⁵.
- MÓNICA PAOLA DÍAZ, hermana de la agraviada, indicó que esta última se comunicó con ella el 17 enero de 2017 y le comentó que había sido víctima de acceso carnal violento por parte de **CASTILLO CUERVO**, a quien no conocía, aunque se encontraba para la referida fecha en un lugar distante donde residía su pariente.
- Dicho testimonio pretende corroborar la existencia de la conducta ilícita en cuestión, sin embargo, es evidente que carece de fiabilidad por no provenir de un perceptor directo, lo que lo califica como prueba de referencia, y ser hermana de la denunciante.
- ISLENA MURILLO GARZÓN, suegra de la ofendida, aseveró que esta última “*le hizo saber que **JHON JAWER** la había violado*”⁶, empero, su declaración, al igual que la anterior, es de referencia, no obstante, fue solicitada como perceptora directa a pesar de no constarle lo acaecido.

³ [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#), fl. 5

⁴ [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#), fl. 6

⁵ [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#), fl. 6

⁶ [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#) fl. 7

- JUAN SEBASTIÁN GONZÁLEZ GIRALDO, galeno forense que le realizó examen sexológico a la agraviada, no solo expuso que al efectuarlo advirtió que presentaba abrasión lineal en región escapular derecha e igualmente tanto en región postero lateral de flanco derecho como en región infero lateral de costado izquierdo, sino, además, que en la valoración genital halló eritema (enrojecimiento) y edema (inflamación) en la horquilla vulvar, incluso presentaba dolor intenso al ingreso de escobillones para toma de frotis, *“lesión que podría tener una antigüedad de entre una hora y dos días”*⁷.
- De igual manera agregó que las lesiones en el área extragenital son compatibles con las maniobras sexuales descritas por la paciente, sin embargo, *“conforme mis notas tengo registrado, ‘podría corresponder con las maniobras sexuales’”*⁸, pero no se le preguntó en el interrogatorio sobre los fundamentos técnicos y científicos utilizados -sin precisarlos- para arribar a las conclusiones médicas incriminativas en comento.
- De allí que se deba revocar el fallo opugnado y, en su lugar, proferir otro de carácter absolutorio a favor de su defendido.

Los no recurrentes guardaron silencio.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

⁷ [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#) fl. 6

⁸ [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#), fl. 6

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34-1 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente por los factores funcional, objetivo y territorial, para conocer del presente recurso interpuesto contra la sentencia proferida en este proceso por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, Tolima.

5.2. LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN

Comoquiera que una de las censuras atañe a supuestas irregularidades que repercuten en el debido proceso y el derecho de defensa del inculpado, por razones de orden lógico resulta imperioso abordarla antes de definir el fondo del asunto, pues, como es obvio, de prosperar, por sustracción de materia no habrá lugar a dictar el respectivo fallo abordando los restantes temas relacionados con la impugnación.

Solicita el impugnante se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación -sin explicar por qué hasta tal acto procesal-, en tanto, de un lado, la fiscalía se limitó a “transcribir” la denuncia en el escrito de acusación y omitió realizar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente, con lo cual afectó los citados derechos fundamentales del enjuiciado por cuanto impidió la materialización de su estrategia defensiva al no conocer puntualmente los cargos enrostrados; y del otro, no existió convalidación de la aludida irregularidad porque como defensor *“asumí cuando ya se había dado inicio al juicio oral, (13 de septiembre de 2019), conocí al usuario y lo entrevisté, luego no se me puede endilgar que haya convalidado el yerro invalidante”*⁹.

⁹ [16SustentaciónApelaciónDefensaEnero30-23 R 51896 .pdf](#) fl. 4

Respecto de la nulidad como sanción procesal extrema direccionada a corregir las irregularidades existentes en la actuación la Sala de Casación Penal la Sala de Casación Penal ha señalado:

“51. Quien tenga interés en la declaratoria de una nulidad deberá: i) identificar la irregularidad sustancial que, a su juicio, vicia la actuación; ii) concretar la forma en la que esta afectó el debido proceso o el derecho a la defensa; iii) precisar la fase en que se produjo; iv) demostrar la concurrencia de los principios regentes de las nulidades en el caso concreto; y v) señalar el momento a partir del cual debe reponerse la actuación”¹⁰.

52. La Sala ha precisado que los motivos de invalidez no son de postulación libre, sino que se encuentran sometidos al cumplimiento de precisos principios concurrentes, sin los cuales no pueden operar. Dentro de estos se encuentra el principio de trascendencia. Este exige, en concordancia con lo indicado con anterioridad, que quien proponga la nulidad “debe acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento”¹¹.

53. En suma, la declaratoria de nulidad es una medida de carácter excepcional, un remedio extremo, para rehacer la actuación ante la ocurrencia de una irregularidad insanable. Quien la solicita deberá sustentar que no hay una vía procesal distinta para restablecer el derecho afectado y que aquella tuvo una incidencia trascendental en la decisión cuestionada. Lo anterior, implica que la solicitud no puede fundarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en irregularidades menores¹².

Y en punto a los hechos jurídicamente relevantes, su estrecha relación con el principio de congruencia y la forma como puede ser conjurada su inadecuada formulación, señaló:

“...los hechos jurídicamente relevantes se erigen en elemento central de la imputación, la acusación y el fallo, pues, no sólo delimitan, en términos de debido proceso, las

¹⁰ Ver CSJ, SP3203, 26 ago. 2020, rad. 54124; CSJ, AP, 28 sep. 2011, rad. 37043; CSJ, AP, 28 jul. 2008, rad. 29.695

¹¹ CSJ, AP1612, 22 jul. 2020, rad. 53116

¹² Radicado SP095-2023,60133 del 15 de marzo de 2023.

circunstancias fácticas concretas que, en consonancia con su delimitación jurídica, gobiernan el proceso estructurado, acorde con las exigencias del principio antecedente consecuente y los mínimos de validez que respecto de cada uno de estos actos establece la ley, sino que definen las posibilidades de defensa, en el entendido que solo a partir de conocer qué es lo atribuido, puede esta parte adelantar su tarea.

Entonces es esa doble condición de presupuesto fundamental del debido proceso formalizado y garantía central de defensa, de los hechos jurídicamente relevantes se reclama, no solo claridad, suficiencia y precisión, sino cabal respeto en cada una de las etapas del proceso.

Como se sostiene en el fallo atacado, la exigencia puntual se reclama necesaria desde la formulación de imputación, momento que, además, marca un hito fundamental para el decurso subsecuente, pues, los hechos jurídicamente relevantes allí consignados se alzan como referente necesario hasta el fallo, de manera que lo central de los mismos ha de permanecer inmodificable.

Si ocurre, así, que los hechos jurídicamente relevantes no cubren mínimos de claridad, precisión y suficiencia, la afectación remite de forma directa al debido proceso y el derecho de defensa, en cuyo caso, cabe reiterar lo ampliamente relacionado por la Corte, la solución necesariamente se dirige a recomponer el trámite viciado, de manera que se obliga decretar la nulidad del acto o diligencia en la cual no se cumplió con esos presupuestos centrales, simplemente, porque no cubrió sus mínimos procesales y, desde luego, no puede constituir legítimo antecedente de los posteriores.

A su vez, la afectación al principio de congruencia opera dentro de un plano diferente, que se enmarca dentro de aspectos propios de consonancia atinentes al respeto de ese núcleo central plasmado en el acto precedente, de manera que, como también se viene diciendo desde tiempo atrás, los hechos jurídicamente relevantes presentados desde la audiencia de formulación de imputación deben continuar invariables, en ese nódulo basilar, hasta la emisión del fallo. (...)”¹³

En tales condiciones, como viene de verse, para que proceda la nulidad como sanción extrema frente a eventuales irregularidades que se puedan presentar en la actuación, las mismas deben tener vocación suficiente para afectar derechos

¹³ Radicado SP835-2024, 64.633 del 17 de abril de 2024.

y garantías fundamentales de las partes e intervinientes – principio de trascendencia-, por lo que, dada su naturaleza, le corresponde a quien la alega demostrar dicha situación de manera clara e inequívoca.

Sin embargo, aunque el recurrente realizó un despliegue argumentativo encaminado a demostrar la irregularidad alegada, la misma no resulta suficiente para la prosperidad de su pretensión. Esto, en tanto basta con cotejar los hechos jurídicamente relevantes endilgados en la audiencia preliminar de formulación de imputación¹⁴ con los plasmados en el escrito de acusación¹⁵ y en el fallo opugnando¹⁶, para concluir que no existe ninguna inconsistencia sustancial producto de la ausencia de los “*mínimos de claridad, precisión y suficiencia*”¹⁷, que por su trascendencia conlleve predicar la vulneración de los referidos bienes *iusfundamentales* en punto al desconocimiento del cómo, cuándo y dónde ocurrió la conducta lasciva materia de cuestionamiento.

Es que, como correctamente lo aduce el censor, la denuncia es una herramienta formal para planear la línea investigativa y construir una hipótesis a partir de la cual se diseña una estrategia por parte de la fiscalía en aras de establecer si los hechos allí expuestos tienen la caracterización o no de un comportamiento delictivo y quién fue el autor o partícipe de los mismos. Empero, ello en manera alguna implica, como erradamente lo plantea el primero, que los datos objetivos ofrecidos en dicho acto preprocesal son vinculantes e imperiosamente deben ser tenidos en cuenta para confeccionar la imputación fáctica, la acusación y el fallo.

¹⁴ [AUDIENCIA CONCENTRADA NO 1 \(13-09-2017\).mp3](#), récord: 00:05:14

¹⁵ [01ExpedienteFisicoDigitalizado.pdf](#), fl. 78

¹⁶ [13FalloDeCondenaEnero26-23 R 51896.pdf](#), fl. 1

¹⁷ Radicado SP835-2024, 64.633 del 17 de abril de 2024.

Asimismo, por su naturaleza la denuncia no tiene *per se* la condición de medio cognitivo, por lo que su incorporación directa al debate oral como tal está descartada -a menos que sea como prueba de referencia-, no obstante, su contenido, puntualmente el relato que allí se hace de lo acontecido, en el evento de alguna imprecisión o contradicción con lo relatado por quien la realizó, en virtud del principio de confrontación, podrá utilizarse por la parte interesada para impugnar credibilidad o refrescar memoria, según sea el caso, al constituir una manifestación anterior del testigo.

Igualmente, como lo tiene decantado la máxima autoridad en materia penal, no siempre la nulidad aplica frente a eventuales defectos atinentes a los detalles incluidos en el marco factual y mucho menos aparejan la inevitable absolución del procesado, pues existen otras posibilidades dependiendo de lo acreditado en el juicio oral, por ejemplo, condenar por lo allí efectivamente demostrado, por supuesto, sin desbordar el núcleo básico de la imputación fáctica y mucho menos agravar la situación del inculpado. Esto, por cuanto dicha situación, así entendida, no reviste connotación suficiente para afectar el principio de consonancia, el cual, recuérdese, tiene como referente inicial la audiencia preliminar de formulación de imputación y su exposición en la misma condiciona indefectiblemente tal arista tanto de la acusación como del fallo. Premisas advertidas, antes que ausentes, en este proceso.

Luego, deviene inaceptable aducir que la defensa, con ocasión del supuesto defecto fáctico invocado, no pudo materializar su estrategia orientada a mantener incólume la presunción de inocencia del implicado. Ello, en tanto tal afirmación riñe con la realidad probatoria obrante en autos teniendo en cuenta que

precisamente, dada la claridad de la imputación factual, el primero postuló, le fueron admitidas y practicó pruebas de descargo encaminadas a demostrar que la relación sexual entre víctima y victimario fue consensuada y que la grave incriminación contra este último consistente en haber utilizado violencia para ese objetivo, fue producto de una retaliación. Distinto es, claro está, que la misma en primera instancia no prosperó.

Así, como se indicara y recalca, en el caso concreto no se aprecia ninguna irregularidad derivada del marco propio de la imputación fáctica con vocación para impactar los derechos y garantías del inculcado, lo cual, por sustracción de materia, torna improcedente aplicar la sanción extrema de la nulidad en los términos pretendidos por el censor, y mucho menos hasta el momento procesal por él deprecado, quien, como era su deber hacerlo, no explicó por qué debería retrotraerse la actuación hasta la audiencia de formulación de imputación, requisito esencial para la prosperidad de su postulado anulatorio.

De otro lado, es evidente la mixtura, o confusión si se quiere, que presenta el recurrente entre el derecho de defensa y el principio de convalidación, pues pese a que asumió el rol de defensor con posterioridad a la audiencia preparatoria, y el hecho de que quien ejerció como tal hasta ese momento procesal omitiera invocar la nulidad de lo actuado por el supuesto defecto fáctico analizado en precedencia, en sí mismo no comporta un deficiente desempeño.

Esto, porque la forma como cada profesional del derecho concibe el asunto desde el punto de vista tanto sustancial como procesal, a partir, en primer lugar, de la información que

le suministra el implicado en desarrollo de la relación contractual bilateral que los vincula; y en segundo término, de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida que descubra la fiscalía y logre recaudar la propia defensa, no necesariamente debe ser idéntica en todos los casos y para todos los profesionales del derecho.

Lo anterior, por cuanto no existen unos parámetros rígidos y comunes aplicables en cualquier situación, sino que, dada la naturaleza del proceso penal, el enfoque del caso dependerá del análisis que efectúe cada abogado que asuma el caso, el cual, según lo devela la praxis judicial, tratándose del mismo tema, no pocas veces es distinto y ocasionalmente hasta incompatible, sin que ello implique que algunos de ellos estén equivocados o ignoren el derecho aplicable, al igual que la afectación de garantías o principios que regulan la actuación, como lo pretende hacer ver el impugnante.

En síntesis, revisado el proceso se avizora con claridad meridiana que el mismo fue tramitado de acuerdo con los parámetros tanto constitucionales como legales, por manera que no hay duda sobre el cumplimiento de las formas propias del juicio y del respeto por los derechos fundamentales y las garantías de los sujetos procesales, razón por la cual nada impedía proferir el fallo de primera instancia e impide ahora dictar el de segundo grado.

5.3. TEMA MATERIA DE DISCUSIÓN Y DECISIÓN

Acorde con los planteamientos esbozados por el impugnante, corresponde establecer si en el proceso se logró demostrar más allá de toda duda razonable la existencia de la conducta

punible de *ACCESO CARNAL VIOLENTO* por el cual fue acusado **JHON JAWER CASTILLO CUERVO**, y su responsabilidad en la comisión de la misma a título de autor, como lo concluyera el *a quo*; o si, por el contrario, los medios de prueba acopiados resultan insuficientes para alcanzar ese especial grado de convicción y, por tal razón, se debe revocar el fallo sancionatorio de primer grado para en su lugar proferir otro de carácter absolutorio, como lo sostiene la defensa.

5.4. DESARROLLO Y SOLUCIÓN DEL ASUNTO

Lo primero a advertir es que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de libertad probatoria¹⁸ y no el de tarifa legal, por lo que, teniendo en cuenta el fin de los medios de cognición y la realidad objetiva que se pretende reconstruir históricamente a través de los mismos, en manera alguna se deben valorar insularmente sino de manera conjunta a la luz de las reglas que gobiernan la sana crítica.

Dentro de este contexto y tratándose del testimonio, deviene imperioso considerar, además, los criterios indicados en el artículo 404 *ídem*¹⁹, que por su naturaleza merecen especial atención cuando se trata de la propia víctima, pues, al fin y al cabo, la información obtenida a través de este medio proviene del afectado con el reato quien como tal tiene especial interés en las resultas del proceso, por lo que, dada tal situación particular, su aptitud demostrativa se debe someter a un especial escrutinio.

¹⁸ Ley 906 de 2004: “Artículo 373. **Libertad.** Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”

¹⁹ *Ibídem*: “Artículo 404. **Apreciación del testimonio.** Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

El órgano de cierre de la jurisdicción penal ordinaria respecto de la valoración del testimonio, criterios que igualmente aplican para el del acusado, puntualizó:

“De tal forma, para apreciar el testimonio, dispone el canon 404 ibidem, «el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad».

En desarrollo de la citada norma, la jurisprudencia de la Sala ha proporcionado parámetros a tener en cuenta para valorar la fiabilidad del testigo, tales como:

«[...] la ausencia de interés de mentir, las condiciones subjetivas, físicas y mentales para recordar lo percibido, la posibilidad de haber percibido, la coherencia de su discurso, la correspondencia con datos objetivos comprobables, la verificación de los asertos con otros elementos de prueba, entre otros, [...] la naturaleza principal o subsidiaria de los datos recogidos por la memoria, su lógica, coherencia, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dice haber advertido, la forma, época y justificación del por qué se declara y si la versión encaja en las demás pruebas, al tiempo que ha insistido en la importancia de corroborar los dichos del testigo con otros elementos de prueba [...]».²⁰

*Incluso, ha puntualizado adicionalmente la Sala, que en observancia de tales criterios de valoración, «el **funcionario puede** no sólo admitir la prueba en su integridad o rechazarla, sino **también acogerla “parcialmente**, atendiendo a los criterios de apreciación racional, sin que ello implique, per se, el desconocimiento de las reglas de la sana crítica, ni por ende, un error de apreciación probatoria”²¹.*

A partir de estas premisas e importantes criterios hermenéuticos, y, por supuesto, estudiada en su integridad la

²⁰ CSJ, SP13189-2018, Rad. 50836.

²¹ Radicado SP431-2023, 54.502, del 16 de agosto de 2023.

actuación dentro de dichos parámetros, desde ya se debe indicar, contrario a lo aducido por el recurrente, que las pruebas que militan en autos develan con meridiana claridad que el inculcado **JHON JAWER CASTILLO CUERVO** efectivamente el 15 de enero de 2017, en el inmueble ubicado en la carrera 40 No. 21-89 sur, barrio Boquerón-parte alta, de esta ciudad, donde residía ARLEDYS DÍAZ SOSA²², ingresó a la habitación de esta última y, bajo el uso de la fuerza física, doblegó su voluntad y la accedió con su asta viril por vía vaginal.

Por tanto, conforme al principio de delimitación que regula la alzada, es necesario indicar que el recurrente plantea dos inconformidades pilares frente a la decisión confutada que se resumen en los siguientes términos:

(i) La acusación contra el procesado consistente en haber abusado sexualmente mediante el uso de la violencia a ARLEDYS DÍA SOZA, fue producto de una retaliación de esta porque el primero le manifestó que no continuaría con la relación sentimental subrepticia por ellos sostenida, ya que su esposa estaba embarazada.

(ii) Los testimonios de MÓNICA PAOLA DÍAZ²³ e ISLENA MURILLO GARZÓN²⁴, hermana y suegra de la ofendida, respectivamente, se deben catalogar como prueba de referencia por no haber presenciado lo ocurrido.

(iii) JUAN SEBASTIÁN GONZÁLEZ GIRALDO²⁵, galeno legista que realizó la valoración sexológica a la agraviada, no cumplió con los “*fundamentos técnicos científicos*”²⁶

²² Sesión de juicio oral del 26 de septiembre de 2019, enlace 4, récord:00:10:00, expediente digital.

²³ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, segunda sesión, expediente digital

²⁴ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, segunda sesión, expediente digital

²⁵ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord:00:05:21, expediente digital.

²⁶ Enlace 16, archivo denominado “sustentación de apelación”, fl. 7, expediente digital.

para arribar a las conclusiones relacionadas con los vestigios físicos hallados en la zona vaginal de la segunda, los cuales podrían ser compatibles con la agresión sexual por ella relatada.

En relación con el primero, resulta pertinente traer a colación el contexto de la versión rendida por el implicado, quien renunció a su derecho constitucional y legal a guardar silencio, para de allí extraer los ingredientes informativos indispensables de cara a acreditar que su versión exculpativa obedece únicamente a la activación de mecanismos naturales para tratar de enervar su responsabilidad, lo cual, como se verá, le resultó fallido.

El inculpado, como preámbulo a lo esencial de su principal argumento exculpatorio, aseveró en el interrogatorio que a mediados del 2012 conoció a la ofendida y luego empezaron a encontrarse a escondidas en calidad de amantes durante un lapso aproximado de año y medio a dos años, pero posteriormente ella se fue para Bogotá D.C. y no se veían con tanta frecuencia, aunque, eso sí, dialogaban habitualmente por Messenger y WhatsApp.

Señaló que la relación con ARLEDYS tuvo dos periodos. El primero, antes y después que él se separara de KAREN; y el segundo, cuando la primera regresó de Bogotá D.C., después que convivió con el hijo de ISLENIA.

Destacó que la agraviada siempre le manifestaba *“que quería algo serio conmigo, la verdad siempre nos vimos así, como amantes, en el momento”*²⁷.

²⁷ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:13:09, expediente digital.

Después, al preguntarle el defensor por qué la afectada lo denunció²⁸, realizó el siguiente relato detallado:

“Ella me denunció por ACCESO CARNAL VIOLENTO doctor...eso fue un domingo 16 de enero, en horas de la mañana. Nosotros, yo jugaba un campeonato de microfútbol, ese domingo jugamos la final, quedamos campeones. Días atrás, como el jueves anterior, yo me ha visto con ella, tuvimos relaciones íntimas también en ese momento. De ahí nos habíamos programado para vernos el domingo, ya que ella no podía ir al partido. Quedamos campeones, subimos con el equipo, con mis compañeros JEISON ACOSTA, OSWALDO REINA, mis hermanos, y estábamos ahí en un barcito, al frente de la casa de la señora ISLENA. Yo me estaba tomando una cerveza y pues como ella vive ahí a la vuelta, siempre nos hacíamos la musaraña o como algún tipo de seña, porque ella pasaba primero y yo me pasaba detrás para que la señora ISLENA no se diera cuenta, pues si era la mamá de él, del marido de ella. Ese día llegamos, yo le ayudé a llevar el niño porque ella en ese momento tenía un bebé, un niño, más o menos nueve meses, creo que tenía el niño, yo lo monté en los hombros porque ahí donde ella vivía era una cuesta, por la vereda el Tejar, yo le llevé el niño en lo hombros. Ahí pues entramos por la tienda del señor JOSÉ, que es amigo, entramos por las escaleras donde había. Ahí duramos un rato hablando en las escaleras, pues ella me manifestaba de que por qué no teníamos algo serio, pues yo le decía de que no, de que pues siguiéramos así, si íbamos a seguir. Bueno, entonces ella abrió la puerta, en el apartamento donde ella vive habían piezas más, ella solo tenía arrendado una piecita para ella y para el bebé²⁹. Entonces llegamos, al niño le pusimos televisión, y pues empezamos a besarnos a llegar al punto de tener la relación sexual; estábamos en la cama nosotros dos con ella, ese día se cayeron las tablas, y la respuesta de ella es que no hagamos tanto ruido porque le daba pena con el señor que vivía enseguida, un señor vigilante, guarda de seguridad. Nosotros dos decidimos guardar la colchoneta, porque ese día bajamos la colchoneta los dos, ella de una punta, yo de la otra punta, la bajamos, continuamos con nuestra relación, al paso de que paramos y ella me manifestó de que ¿por qué solamente la tenía para eso?, entonces yo le respondí de que la verdad mi mujer en esos momentos estaba en embarazo y pues yo ya me iba a concentrar en mi hija y en mi mujer, porque lo que yo le dije, que quería hacer la carrera de patrullero. Ella, yo estaba encima de ella, ella sacó la pierna y me pegó en el pecho, ella me dijo váyase que no lo quiero ver, entonces yo le dije que

²⁸ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:14:12, expediente digital.

²⁹ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:16:27, expediente digital.

¿por qué hacía eso?, la respuesta que ella me dio fue que lo que yo no hice, otro va a hacer capaz de hacerlo³⁰, me dijo ella”³¹.

Posteriormente, al indagarle en esa misma rueda de preguntas, *¿Qué motivó la reacción de ella contra usted, que ella se enfureciera, que ella se molestara ese día que se encontraron?”³²*, respondió: *“Doctor, ella siempre me manifestaba de que quería que tuviéramos algo más allá, algo serio, y pues la verdad no la veía como algo serio, entonces yo en ese momento le hice saber...”³³*

Finalmente, se le indagó: *¿Usted qué le comentó a ella? ¿Qué le dijo, por qué terminaba la relación?”³⁴*, a lo cual contestó: *“Porque iba a nacer mi hija, mi mujer estaba en embarazo...entonces ella me contestó que ojalá disfrutara mi hija, que porque ella me iba a hacer la guerra para alejarme de mis hijas”.³⁵*

Esta transcripción resultó necesaria por cuanto de allí dimanaban insumos suasorios a partir de los cuales se devela, según se anotó en precedencia, incluso sin cotejar su contenido con otros elementos de juicio de cargo y descargo, como tampoco lo hizo el censor, que en realidad el episodio sexual materia de cuestionamiento no fue consentido, sino, por el contrario, medió la violencia física, por las razones que se precisarán a continuación.

En primer lugar, no se entiende por qué en el relato tan minucioso que procuró realizar el implicado para tratar de enervar el juicio de responsabilidad de él predicable, omitiera

³⁰ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:16:45, expediente digital.

³¹ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:14:12, expediente digital.

³² Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:18:19, expediente digital.

³³ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:18:28, expediente digital.

³⁴ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:18:43, expediente digital.

³⁵ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:18:48, expediente digital.

relacionar lo que ocurrió con el hijo de ARLEDYS durante y después que se le cayeron las tablas a la cama en la que sostenían relaciones sexuales, máxime si de su atestación se advierte que también estaba en la habitación y aquel no mencionó la existencia de otros muebles en los que pudieron haberlo ubicado para que se distrajera viendo televisión mientras ellos materializaban el acto íntimo en comento. Lo anterior, ya que, recuérdese, ante la caída de las tablas de la cama, bajaron la colchoneta al piso para continuar la consumación del coito y debió mediar alguna reacción propia de los mismos sobre el particular de fácil evocación, además, claro está, la del propio infante en consideración a las referidas circunstancias constitutivas de un estímulo estrepitoso con vocación para alterar su tranquilidad y generar algún efecto de fácil aprehensión.

En segundo término, deviene inadmisibile que la determinación de ARLEDYS de denunciar al implicado sea producto de una retaliación en su contra porque su esposa estaba embarazada, ya que al comenzar su relato sobre lo ocurrido, evocó que cuando estaban ubicados en las escaleras antes de ingresar a la habitación, incluso desde años pretéritos hablaron del tema, este había sido claro con ella sobre las condiciones de su relación. Esto es, que no quería un compromiso serio, *“pues yo le decía de que no, de que pues siguiéramos así, si íbamos a seguir³⁶*, como para que aquella precisamente en ese momento cambiara de actitud de manera diametral y decidiera incriminarlo en los términos en que lo hizo por un comportamiento delictivo inexistente.

En tercer orden, si en verdad el móvil de la denuncia formulada por DÍAZ SOSA contra el inculpado fue porque la dejaría debido

³⁶ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:16:27, expediente digital.

a que su esposa estaba en estado de gravidez, no se comprende, dentro de un contexto razonable, por qué con antelación no tuvo importancia para él hacerle saber que continuaría con ella, eso sí, evóquese, sin que mediara compromiso serio alguno, lo que, se itera, no era nuevo para la víctima, según se deduce de lo manifestado por aquel en su declaración, pese a que el segundo ya tenía otra hija y la primera también un hijo.

Luego, dado tal contexto, lo manifestado el día de los hechos acerca de su propósito de dar por terminada su vínculo afectivo con ARLENYS, no podría tener la significancia que se le pretende dar y que conllevara la provocación de esta para inculparlo por un delito imaginario, máxime si se tiene en cuenta que aquel se había comprometido a continuar su relación afectiva con ella, esto es, bastaba que aceptara una condición que ya conocía desde varios años atrás, recuérdese, la ausencia de un compromiso serio bajo cuya concurrencia se había desarrollado hasta entonces su interacción íntima.

Y por último, como en el contrainterrogatorio el implicado admitió, como lo hizo desde el inicio de su versión, que el día de los acontecimientos sí hubo una relación sexual con ARLEDYS, empero, carente de violencia física para ese propósito, no logró explicar por qué esta última en el examen físico de la valoración sexológica realizada por el legista JUAN SEBASTIÁN, presentaba abrasiones en su zona “*extra genital*”³⁷ compatibles con su relato incriminativo, itérese, consistente en haber sido sometida a la fuerza por aquel para que accediera a su objetivo lúbrico delictual trazado.

³⁷ Fl. 18, archivo expediente digitalizado, expediente digital.

Este aspecto, el cual, como se infiere expresamente del escrito impugnatorio, no le genera ninguna inconformidad al recurrente, al igual sucede con la testificación inculpatoria de la ofendida, es más, la principal crítica al informe sexológico realizado por el legista GONZÁLEZ GIRALDO se entroniza en la ausencia de “*fundamentos técnicos científicos*”, adquiere importancia suasoria orientada a desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado, dado que en el particular relato que este último hiciera de los hechos, nótese, descartó que en el marco de sus encuentros sexuales furtivos con la segunda realizaran prácticas que implicaran, incluido el día de marras³⁸, el uso de algún tipo de violencia en esa zona anatómica de aquella³⁹, pues solo aceptó “*nalgadas, cabello, no más, no señor*”⁴⁰.

Ello explica claramente que la presencia de lesiones en la acotada región corporal de la agredida, propias de la actualización de dicho ingrediente normativo del tipo, obedece exclusivamente al sometimiento físico que **CASTILLO CUERVO** desplegara contra ARLEDYS⁴¹ para materializar su desviado proceder, que no otra situación relacionada especialmente con la voluntariedad de esta última para acceder a dicho encuentro lascivo, pues no obra en la versión defensiva de aquel ninguna circunstancia o maniobra concreta que explique y justifique la existencia de tales abrasiones en el cuerpo de aquella.

Asimismo, el inculpado, en preguntas complementarias del Ministerio Público, aseguró, al enterarse de la citación a la fiscalía, que le realizó una llamada vía telefónica a la víctima⁴², sin embargo, debiendo y pudiendo hacerlo al ser esa su

³⁸ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:38:12, expediente digital.

³⁹ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:36:44, expediente digital.

⁴⁰ Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:36:44, expediente digital.

⁴¹ Sesión de juicio oral del 26 de septiembre de 2019, enlace 4, récord:00:10:00, expediente digital.

⁴² Sesión de juicio oral del 26 de enero de 2023, enlace 15, récord:00:41:29, expediente digital.

estrategia defensa y así exigírselo el principio de la necesidad de la prueba, no aportó ningún elemento objetivo que corroborara al menos la existencia de tal comunicación, lo cual pudiera eventualmente construir siquiera un indicio en punto a que la incriminación en su contra en efecto podría obedecer a una represalia de la segunda por no querer continuar con la oculta relación que sostenían. Luego, tal referente, como todos los anteriores aspectos, termina por constituir un planteamiento ideado como parte de la estrategia defensiva, lo cual resulta entendible pero inaceptable al no consultar la realidad procesal.

En cuanto al segundo ítem, no se discute que MÓNICA PAOLA DÍAZ e ISLENA MURILLO GARZÓN, evóquese, hermana y suegra de la ofendida, no pueden considerarse como perceptoras directas de lo ocurrido, pues su conocimiento acerca de esto último lo adquirieron por conducto de aquella, sin embargo, presenciaron otras situaciones relevantes a partir de las cuales se construyen sólidas inferencias razonables que contrastan con la versión exculpativa del implicado, lo cual fortalece el juicio de imputación de él predicable.

En ese sentido, MÓNICA PAOLA aseveró que recibió el 15 de enero de 2017, en horas de la tarde, un mensaje vía WhatsApp de su hermana, quien se encontraba llorando, por lo que acudió hasta la residencia de esta e inmediatamente le informó que fue abusada sexualmente por un hombre delante de su hijo, por lo que calentó agua, la bañó y le aplicó alcohol, momento en el cual la segunda recibió una llamada telefónica de **CASTILLO CUERVO**, quien la amenazó, aunque no se precisó el contenido de la misma, y después se la llevó para su casa. Al día siguiente, agregó, acudieron con este último propósito a la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, ISLENE GARZÓN refirió que, de un lado, dada la preocupación que le generó que su nuera no llevara su nieto para que lo cuidara, como era habitual, el 16 de enero de 2017 le hizo una llamada vía telefónica y fue entonces cuando esta última le comentó que no lo hizo porque **CASTILLO CUERVO** la había violado el día anterior; y del otro, que la progenitora del inculpado había ido hasta su casa a preguntarle por ARLEDYS porque iba a denunciarlo, incluso, agregó, aproximadamente a las seis de la tarde llegó ARLEDYS y la mamá del implicado le dijo a esta última que lo perdonara para que solo le dieran cuatro meses de prisión.

Así, resulta palmar que los ingredientes informativos suministrados por las referidas deponentes, especialmente los de MÓNICA PAOLA, resultan decisivos para edificar el juicio de responsabilidad que se debate, pues su arribo al proscenio factual momentos después de los referidos hechos no fue fortuito, por el contrario, obedeció al estado anímico de su hermana evidenciable en su mensaje enviado por el mencionado aplicativo de mensajería instantánea, el cual pudo constatar se generó por la reprochable conducta enrostrada al enjuiciado, y no por una imaginaria situación con el objetivo de inculpar a este último, como erradamente lo sugiere el recurrente.

De igual manera, lo anterior se complementa con lo atestado por ISLENA, dado que presenció de manera directa las súplicas realizadas por la progenitora del procesado para que lo perdonara, lo cual, como es obvio, no hubiera sucedido si los acontecimientos materia de debate carecieran de la connotación delictiva revelada por la agraviada.

Adicionalmente, las afirmaciones de las citadas testigos no son insulares sino que se integran con otros medios suasorios trascendentales incorporados al proceso, por ejemplo, la testificación de la víctima, se itera, cuyo contenido no generó ningún reproche al impugnante, y el testimonio del galeno legista GONZÁLEZ GIRALDO, quien en la valoración sexológica realizada al día siguiente de los hechos⁴³ manifestó que tras el respectivo examen físico practicado a la primera, encontró abrasiones tanto en la regiones escapular derecha y posterolateral⁴⁴ como en el área extra genital consistente en eritema en la horquilla vulvar⁴⁵ relacionados con la censurada agresión sexual. Es más, refirió que los datos sobre lo sucedido fueron suministrados por la propia examinada⁴⁶, los cuales en lo sustancial resultan coincidentes con el comportamiento desplegado por el acusado para la consumación de su criminoso proceder, lo que tampoco fue cuestionado por el impugnante.

Por otra parte, adviértase que en desarrollo de sus argumentos el recurrente incurre en una imprecisión técnica en tanto al parecer confunde los conceptos de prueba de referencia y testimonio de oídas, cuya distinción esencial, entre otras, radica en que respecto de la primera el deponente no está disponible para comparecer al debate oral, por lo que su contenido ingresa al proceso a través de una declaración suya rendida con anterioridad al juicio, previo agotamiento del procedimiento establecido para ello; mientras que en el segundo el órgano de prueba está disponible para su asistencia en el curso del debate oral y ha sido receptor de lo informado por otro que sí aprehendió a través de sus sentidos lo sucedido – en este evento la agraviada-, de tal manera que así lo expone

⁴³ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord:00:11:07, expediente digital.

⁴⁴ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord:00:22:18, expediente digital.

⁴⁵ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord:00:41:29, expediente digital.

⁴⁶ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord: :00:25:33, expediente digital-

en el debate oral bajo los principios de inmediación, publicidad y contradicción, como ocurrió en este caso con MÓNICA PAOLA DÍAZ e ISLENA MURILLO GARZÓN.

Sobre esta temática nuestra máxima autoridad jurisdiccional en materia penal, indicó:

*“3.2 La Sala, con apoyo en la definición que ofrece el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, tiene dicho que prueba de referencia es toda declaración «...**rendida... por fuera del juicio oral...** (y) presentada... en este escenario como medio de prueba... de uno o varios aspectos del tema de prueba...»⁴⁷.*

Por definición, entonces, aquélla se produce por fuera de la vista pública y es llevada esa diligencia a través de otro medio de prueba que puede ser testimonial, documental o de cualquier otro tipo.

De ahí que una cosa es la prueba de referencia, es decir, la declaración o manifestación que ocurre por fuera del juicio y se usa en éste para demostrar una circunstancia fáctica relevante para la solución del caso, y otra el medio de prueba mediante el cual, en esa audiencia, se comunica y acredita la existencia y contenido de aquélla.

[...]

La noción del testimonio de oídas, también conocido como testimonio indirecto, fue desarrollada en el contexto de los esquemas procesales de tendencia inquisitiva para lograr un tratamiento sistematizado de las situaciones en que un determinado deponente ofrecía información que no había conocido directamente por sus propios sentidos sino a través de un tercero, es decir, en las que comunicaba la existencia y contenido de una declaración efectuada por otra persona fuera de la respectiva diligencia.

En tales ordenamientos, y particularmente en el establecido por la Ley 600 de 2000, no existía una regulación específica para esos eventos, ni restricción normativa alguna para la práctica de pruebas de esa naturaleza. En tal virtud, se consolidó el criterio jurisprudencial conforme el cual esos testimonios podían

⁴⁷ En este sentido, CSJ SP 25 ene 2017, rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 30 ene. 2017, rad. 42656.

ser valorados para la demostración de los hechos jurídicamente relevantes (no para la acreditación de la existencia y contenido de la declaración producida por fuera de la diligencia) y ponderados a ese fin con apego a distintos criterios, entre ellos,

«...que lo narrado lo haya escuchado el testigo directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos; que el testigo de oídas señale con precisión cuál es la fuente de su conocimiento; que establezca las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia; y que exista confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas»⁴⁸.

*Distinto sucede en el sistema de tendencia acusatoria de que trata la Ley 906 de 2004. En este contexto procesal es evidente que si un testigo relata en el juicio un hecho que conoció a través de un tercero y no por sus propios sentidos no está obrando como medio de prueba para la demostración de los hechos jurídicamente relevantes⁴⁹ sino para acreditar **la existencia y contenido de una prueba de referencia** (que es, justamente, la declaración producida por dicho tercero en un escenario distinto de la vista pública) y, por lo mismo, que ese elemento está regido por lo previsto en los artículos 437 y siguientes de esa codificación.*

Dicho de otra manera, en el esquema procesal que regula estas diligencias el denominado “testigo de oídas”, esto es, «aquel cuyo conocimiento de un hecho le ha sido transmitido por comentarios o experiencias de terceros, pudiendo garantizar la existencia del relato o la fuente de su información»⁵⁰, tiene cabida en tanto lo que comunica en el juicio es, precisamente, dicho relato, mas no el tema de prueba del que no tiene conocimiento personal y directo. (CSJ SP4302, 4 nov. 2020, rad. 51865).

*Quiere decir lo anterior, entonces, que cuando una declaración realizada fuera del juicio oral es conocida por el juez a través de un intermediario, esto es, por un testigo que retransmite la versión que escuchó de otro, el testimonio opera como prueba directa de que existió el relato, toda vez que quien da cuenta de este, presenció e hizo parte del acto de comunicación, **pero como prueba***

⁴⁸ CSJ SP, 29 abr. 2015, rad. 42072.

⁴⁹ Salvo en aquellos casos en que la existencia de la declaración rendida por fuera de juicio es el tema de prueba, como sucede, por ejemplo, cuando se pretende acreditar que el acusado realizó una determinada manifestación que se estima lesiva de la honra para demostrar la materialidad del delito de injuria.

⁵⁰ CSJ AP, 30 abr. 2019, rad. 49701.

de referencia respecto del contenido de la narración, cuya veracidad no le consta.

Ahora, cierto es que no son pocas las reservas que ha merecido el testigo indirecto. A la imposibilidad de someter a contradicción y confrontación el relato del autor original, se cuentan, además, otras objeciones más prácticas, como las manifiestas diferencias en el proceso mental de representación de los hechos entre quien los ha presenciado y quien los escuchó decir de otro.

*Es claro que la versión directa del testigo presencial se suele caracterizar por una mayor riqueza descriptiva, en veces acompañada del influjo de emociones y experiencias que inciden en la percepción, rememoración, inclusive, en la fluidez y coherencia de la narración. Por ende, **es la falta de originalidad en el testigo de oídas lo que atenúa su credibilidad, dado que su función consiste, no en recordar lo sucedido, sino lo relatado que se presenta, por supuesto, en un escenario distinto al que puede interesar para acreditar o desvirtuar un aspecto sustancial del debate.***

Con todo, esta Corporación ha señalado que el testimonio de referencia no puede descartarse por la sola condición de provenir de una fuente distinta a la directa, dado que su capacidad suasoria no está restringida en la Ley 906 de 2004, por el contrario, como prueba de referencia su admisibilidad está supeditada, en principio, a la configuración de alguna de las causales contenidas en el artículo 438 del citado cuerpo normativo procesal, así como a la restricción de que se profiera condena con sustento únicamente en esta clase de pruebas.

La mencionada tarifa legal negativa, se ha dicho, puede ser superada por medio de la aportación de otros elementos demostrativos o prueba complementaria cuya naturaleza puede ser «de una parte, (i) directa y/o de carácter inferencial o indiciaria, y, de la otra, (ii) ratificatoria porque corrobore los contenidos referenciales y/o complementaria de estos porque proporcione conocimientos adicionales»⁵¹, de manera que la apreciación conjunta de las pruebas permitan estructurar la conducta punible y la responsabilidad del procesado, rebasando el estándar de conocimiento de la duda razonable.

⁵¹ CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477, CSJ SP, 4 may. 2016, rad. 41667, CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 50587, CSJ SP, 6 abr. 2022, Rad. 58668 reiterada en CSJ SP, 28 sep. 2022, Rad. 51855, entre otras.

Ahora, para que una declaración pueda ser valorada como prueba de referencia, es preciso que la parte interesada, tras descubrir y enunciar el elemento de convicción: (i) identifique la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) explique la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, (iii) establezca los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior, iv) presente la solicitud de admisión de la prueba de referencia con la carga argumentativa de pertinencia y utilidad, para luego v) proceder a su incorporación en el juicio oral, sin perjuicio del cumplimiento de las demás garantías mínimas en cabeza de las partes que conforman el debido proceso probatorio^{52,53} (Énfasis suplido).

Y respecto del último, en materia penal no basta la simple afirmación de una tesis construida sobre razonamientos propios a partir de la personal apreciación de cómo pudo haber sucedido determinado evento, sino que imperiosamente la misma debe estar soportada con medios suasorios concretos que las corroboren, lo cual excluye la posibilidad de ampararse en una presunción derivada de referentes objetivos equívocos, como sucede en este evento.

En efecto, véase que el recurrente pretende excluir la responsabilidad de su representado argumentando genéricamente que el legista GONZÁLEZ GIRALDO no atendió los “*fundamentos técnicos científicos*” para la elaboración del informe sexológico realizado a la agredida, empero, pese a ser su deber, omitió explicar cuáles fueron dichos parámetros echados de menos y de qué manera ello incidió en el resultado de la experticia, con lo cual esta arista de la censura también quedó reducida al plano de la especulación.

⁵² CSJ SP, 26 sep. 2018, rad. 47789; CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50637; CSJ SP, 12 may. 2021, rad. 51535; SP, 30 nov. 2022, rad. 56993, CSJ SP, 8 feb. 2023, rad. 61103, entre otras.

⁵³ SP418-2023, radicación: 58483, 20 sep. 2023

Es que, si bien es cierto en el interrogatorio no se le indagó al aludido galeno oficial sobre la técnica o procedimiento utilizado para la confección del informe sexológico, lo que en manera alguna *per se* debilita o enerva la aptitud demostrativa del mismo, en el contrainterrogatorio sí se le preguntó si utilizó “la técnica de orientación, probabilidad o de certeza”⁵⁴, a lo cual atestó: “señoría este es un examen de probabilidad”⁵⁵, por lo que se le cuestionó: *¿qué quiere decir eso doctor, que sea de probabilidad?*⁵⁶, frente a lo cual contestó:

*”Pues señoría el examen de probabilidad o, en este caso, consiste en que yo me baso en los relatos de los hechos y en los hallazgos para poder emitir un dictamen final, una conclusión, verdad, pero digamos es una probabilidad pues porque yo puedo dar una congruencia entre lo que dijo la examinada y lo que encontré, pero yo no estuve presente en el momento en que pasaron las cosas, por lo tanto, no sé de primera mano eso, me hago entender”*⁵⁷

Posteriormente, en esa misma rueda de preguntas se le inquirió sobre el porcentaje de probabilidad de que efectivamente hayan ocurrido los acontecimientos objeto de este proceso⁵⁸, a lo cual respondió: *“su señoría, tanto como probabilidad yo no puedo afirmar eso, pero yo sí le puedo decir que los hallazgos que yo encontré son consistentes con el relato de los hechos, qué probabilidad haya pues ya no me corresponde a mí decir eso”*⁵⁹.

Luego, como se puede apreciar, al margen de la ausencia de preguntas y respuestas en el directo sobre “fundamentos técnicos científicos” utilizados por el médico forense, en el interrogatorio fueron despejadas las dudas de los referentes

⁵⁴ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord: :00:35:24, expediente digital-

⁵⁵ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord: :00:35:27, expediente digital-

⁵⁶ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord: :00:35:31, expediente digital-

⁵⁷ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord: :00:35:34, expediente digital-

⁵⁸ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord: :00:36:21, expediente digital-

⁵⁹ Sesión de juicio oral del 30 de enero de 2019, récord: :00:36:28, expediente digital-

objetivos y parámetros a partir de los cuales se obtuvo la conclusión científica relacionada con el probable origen de las lesiones presentadas por la agredida al momento de la valoración sexológica, lo que no sufrió variación alguna al no habersele impugnado credibilidad o realizado al testigo otro cuestionamiento que dejara en entredicho sus afirmaciones en ese sentido y mucho menos aportado otra prueba de similar naturaleza que la desvirtuara o al menos le restara consistencia a tal dictamen.

En este orden, los argumentos aducidos por el censor, a partir de los cuales fundamenta la inocencia del implicado, constituyen apreciaciones subjetivas derivadas de su particular y legítimo análisis mediante el cual pretende anteponer su criterio a la juiciosa valoración que sobre los medios de cognición hiciera el *a quo*, por cuanto sus argumentos no logran demostrar de manera clara y precisa por qué razón erró este último al efectuar esta labor y la realizada por él es la correcta. Luego si ello es así, como en efecto lo es, imperioso resulta inferir que no logró desvirtuar la presunción de acierto y legalidad que ampara la decisión confutada.

Debido a ello resulta imperioso confirmar el fallo opugnado.

5.5. CONCLUSIÓN

Como se puede apreciar, está demostrado más allá de toda duda razonable que tuvo pleno dominio del proceder criminal que se le imputa a **JHON JAWER CASTILLO CUERVO**, conocía los hechos constitutivos de la infracción penal, comprendía la ilicitud de su acción y, aun así, quiso su realización, como en efecto lo hizo, lesionando de esa manera sin justa causa el bien jurídico de la *LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES* del cual es titular ARLEDYS DÍAZ

SOSA, no obstante que de acuerdo con las específicas circunstancias que se presentaban en ese momento le era exigible un comportamiento ajustado a derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia impugnada, mediante la cual se condenó a **JHON JAWER CASTILLO CUERVO** como autor responsable del delito de *ACCESO CARNAL VIOLENTO*.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

(firma electrónica)
IVANOV ARTEAGA GUZMÁN

Magistrado

73001600128720170005100

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ

Magistrado

73001600128720170005100

JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA

Magistrada

73001600128720170005100

Luz Mireya Jaramillo Díaz

Secretaria

Firmado Por:

Ivanov Arteaga Guzman

Magistrado

Sala Penal

Tribunal Superior De Ibague - Tolima

Julieta Isabel Mejia Arcila

Magistrada

Sala 006 Penal

Tribunal Superior De Ibague - Tolima

Juan Carlos Cardona Ortiz

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Ibague - Tolima

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:

21d717cc764c051cab781c915da2db9440eeofec03981a8ebc61d61243376a9

8

Documento generado en 29/01/2025 09:53:02 AM

Acusado: **JHON JAWERCASTILLO CUERVO**
Delito: ACCESO CARNAL VIOLENTO
Radicado: 73001600128720170005100
Asunto: Sentencia 2ª instancia
NI: 51896

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

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