

CUI 52356610964320160032201

N.I.: 57800

Casación

Johnny Davis Martínez Arteaga

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

AP7019-2024

Radicación No. 57800

Aprobado Acta No. 273

Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la apoderada de Johnny Davis Martínez Arteaga contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Juan de Pasto el 27 de febrero de 2020, confirmatoria, con algunas modificaciones, de la decisión de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales, que condenó al procesado por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir.

HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANTE

1. Esta es la reseña que de los hechos hace el Tribunal:

“Cuenta la historia procesal que en las horas de la noche del día 14 de abril de 2016, por invitación voluntariamente aceptada, la señora Milmer Elizabeth Orjuela, departió en el “Bar Chapalá” de la ciudad de Ipiales (Nariño) con el señor JOHNNY DAVIS MARTÍNEZ ARTEAGA, a quien distingue como un amigo y además comparte la misma ocupación de comerciante, tertulia donde además acudieron otras personas con las que participó del jolgorio ingiriendo licor; dijo aquella que en vista de rehusarse a libar bebidas embriagantes, le ofrecieron unas cervezas.

El todo es que, aseguró la señora Milmer Elizabeth, intempestivamente perdió la noción de tiempo, despertándose al día siguiente en su casa de habitación con fuertes dolores del cuerpo y en particular en el ano, habiendo inferido que fue accedida sexualmente, actitud que la atribuyó a quien en este asunto funge como procesado, como que en la primera oportunidad le enrostró lo acaecido, recibiendo de él como respuesta que al respecto medió consentimiento”.

2. El 17 de agosto de 2016, a solicitud de la Fiscalía, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales con función de control de garantías, se produjo la legalización de captura previamente dispuesta de Jhonny Davis Martínez Arteaga y se formuló en su contra imputación por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207 del C.P.). El imputado no aceptó cargos y fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

3. Previo registro del escrito en que la sustentaba, el 16 de noviembre de 2016 la Fiscalía formuló acusación en contra de Jhonny Davis Martínez Arteaga, por el mismo delito que motivó la imputación.

Tramitadas la fase preparatoria y del juicio oral, se emitieron las sentencias en sus dos instancias. La primera, condenó a Martínez Arteaga a la pena principal consistente en 150 meses de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el

mismo lapso. Además, mediando prohibición expresa del artículo 68 A del C.P., descartó como viable conceder los sustitutivos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

4. Apelada tal decisión por el defensor del procesado, el Tribunal Superior la confirmó, no sin antes adecuar el delito a los supuestos del art. 210 del C.P., esto es, acceso carnal o acto sexual con incapaz de resistir, así como modificar la sanción impuesta reduciendo la misma a 146 meses de prisión, bajo la consideración según la cual, de un lado, los atentados contra la libertad sexual de los arts. 207 y 210 contemplan idéntica sanción penal (y en el caso concreto se respetan los principios de unidad fáctica, personal y jurídica); pero además, considerando que si bien el aquo justificó para alejarse del extremo inferior revestir el hecho gravedad, no era criterio válido a su vez en orden al incremento de pena, la propia puesta en incapacidad de resistir, como se adujo, porque hacerlo implicaba una flagrante violación al principio non bis in idem., al configurar un elemento estructural del delito imputado; pero también, lo propio anotó respecto del hecho de no ser posible en esas condiciones la libre disposición sexual de la víctima, aducida para el mayor rango punitivo, por la misma razón.

DEMANDA

Prevía enunciación del ataque, dice la demandante concretar las peticiones ante esta sede en la declaratoria de nulidad de lo actuado, como asunto principal, o subsidiariamente, se profiera sentencia sustitutiva.

Sintetiza entonces los hechos del proceso, así como enuncia las pruebas y evidencia física descubiertos por la Fiscalía en la acusación. Entre ellos, alude a la audiencia preparatoria del 16 de noviembre de 2016 en que se descubrió un CD contentivo de una grabación sostenida entre la víctima y el imputado, recogida con su celular por la mujer, según dijo, 30 días después de los hechos, cuya exclusión solicitó la defensa, de acuerdo con extensa reproducción de los argumentos expresados en la segunda sesión de ese acto público. Tal

petición fue denegada por el juez.

El contenido de esa conversación fue, según la víctima, “bajado en un internet”, a donde ella lo llevó, pero según la Fiscalía solamente se afirmó protegido con cadena de custodia a partir del 22 de junio de 2016, cuando le recibió entrevista.

En su lugar, la defensa aportó el estudio de genética forense DRSOCCDTE-LGEF-1703000157, sustentado por el Dr. Germán Andrés Calderón González (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Suroccidente), de acuerdo con el cual los hallazgos en la vagina y ano de la víctima permitirían afirmar que no se encontró material genético del sospechoso.

Como quiera que no se permitió interponer recurso alguno contra el auto que decretó como prueba el referido CD, en el interregno comprendido desde el anuncio del sentido del fallo y la lectura, se solicitó nulidad, misma que una vez instalada la audiencia se decidió no darle trámite por improcedente y responder en la audiencia de lectura de sentencia.

Efectivamente, en dicho acto se ratificó con la jurisprudencia en que contra el decreto de una prueba no proceden recursos y por ende en que la actuación no estaba viciada. Esta decisión tampoco fue susceptible de recursos, bajo el entendido que contra la misma podía apelarse el fallo.

La decisión de primera instancia fue ratificada por el Tribunal.

Sentado este marco, dos son los cargos aducidos.

El primero se invoca con base en la causal segunda de casación, bajo el entendido que se cercenó cualquier posibilidad de recurrir la decisión de no excluir una prueba, lo que estima configura nulidad.

En efecto, la primera instancia no admitió recursos y el Tribunal ya en la sentencia, a pesar de considerar que procedían, reprochó que no se hubiera interpuesto por la defensa queja,

aspecto sobre el cual se muestra inconforme la actora, pues no se estaba frente a un hecho saneable por involucrar garantías fundamentales y además tal recurso resultaba dilatorio.

Así las cosas, para la demandante, la nulidad que se invoca tiene por objeto reclamar la oportunidad procesal cercenada por la judicatura para demostrar, en segunda instancia, la inconstitucionalidad e ilegalidad de la insular prueba que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria proferida en contra de Johnny Davis Martínez Arteaga.

El segundo cargo se adujo derivado de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, acusando falso juicio de legalidad.

Recuerda la censora que Milmer Elizabeth Orjuela Navarrete, pasado un mes de los hechos denunciados, citó a su local al imputado y grabó con su celular una conversación sostenida con éste, para luego llevar el aparato a un internet y obtener en un CD una copia de la misma que, conforme a su dicho, entregó a la Fiscalía, al parecer, el 22 de junio de 2016.

Para la demandante, en relación con dicha prueba median por lo menos tres reparos desde el punto de vista de su legalidad, referidos a su recaudo, contaminación de la misma por terceros e inicio de cadena de custodia. Lo primero, toda vez que la grabación no se produjo al momento de la comisión del delito, con lo que se vulneró el derecho a guardar silencio que asistía a Martínez Arteaga, pues si bien no había sido imputado, ya mediaba investigación en su contra; la quejosa no aportó la grabación original sino aquella reproducida por terceros que, entonces, contaminaron la prueba y por último, según lo indicado, como la Fiscal no señaló con precisión la fecha en que le fue entregado, si se toma el día 22 de junio en que la asistente lo habría recibido, queda la inquietud sobre la razón por la cual Milmer Elizabeth sólo lo aportó 40 días después de obtenerlo, según su relato, con lo cual esa prueba debe considerarse ilegal, por violar el art. 254 del C. de P.P., pero además inconstitucional, porque resquebraja preceptos de raigambre superior como los artículos 29 y 31.

El tercer cargo afirma falso juicio de identidad. Al valorar el estudio genético, la sentencia concluyó que si bien no se hallaron espermatozoides del procesado en la cavidad vaginal de la víctima, esto no excluye la posibilidad de que haya existido penetración por parte de éste, como lo depuso en el juicio el galeno Germán Andrés Calderón González. Para la libelista, la exposición del médico señala que cuando no se encuentran espermatozoides es posible que haya habido penetración, pero en manera alguna que esta circunstancia pueda confirmar el hecho imputado al procesado, con lo cual se acredita la distorsión de tal prueba.

CONSIDERACIONES

1. Encaminada a mantener y recabar en los principios legales y jurisprudenciales que caracterizan y enmarcan el recurso de casación, la Corte no ha cejado en advertir en constante reiteración, que la impugnación extraordinaria comporta un alcance y fines destacados a partir de su naturaleza excepcional, en forma tal que la presentación del escrito de demanda tiene así mismo unos requisitos particulares derivados de su procedencia condicionada, el carácter esencialmente rogado que le es propio y la enunciación de taxativas causales que deben proponerse con precisión y claridad, bajo el imperativo fundamental de sujetarse a las modalidades inherentes a cada una dependiendo del ámbito que constituye su objeto en cada caso.

2. En dicha orientación, como se sabe, el Código de Procedimiento Penal vigente contenido en la Ley 906 de 2004, fijó como teleología propia del recurso de casación la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los sujetos intervinientes en el proceso penal, la reparación de los agravios que se les haya inferido y la unificación de la jurisprudencia; emergiendo así imprescindible que la demanda incoada con dichos cometidos cumpla con aquellos supuestos de idoneidad para ser admitida, esto es, que quien la invoca tenga interés jurídico, señale con precisión y claridad la causal en que se funda, desarrolle los cargos con sujeción a los motivos aducidos y además encuentre la Corte que se precisa el fallo de fondo para precaver el cumplimiento de alguno de los fines del recurso.

3. Este último aspecto emerge de meridiana relevancia, en el entendido que la revisión de una sentencia, como efecto del control de estricta legalidad a que se reduce el ámbito de intervención de la Corte, aún dentro del espectro actual de entenderse el recurso de casación como una especie de control constitucional, en ningún caso supone, ni provoca, ni activa automáticamente, un ilimitado grado jurisdiccional de revisión de las decisiones condenatorias de instancia –con la única salvedad derivada de la doble conformidad judicial-, trasunto que implicaría un desorden en la actividad judicial y una inversión en los valores y significado de los recursos legales –máxime cuando se trataría de un ámbito que no se admite ni siquiera frente a los recursos ordinarios-; de donde, en casación, ante la Corte Suprema de Justicia se debe acreditar respecto de cada causal no solamente un planteamiento completo fijando el sentido y alcance de los reproches, sino esencialmente la trascendencia del error judicial con ese ámbito de influencia sobre la sentencia impugnada, que desde la perspectiva de análisis conlleve inexorablemente a ser casada, esto es, derruida en sus cimientos de acierto y legalidad, con los que arriba en esta sede.

4. En orden a dichos parámetros y en concreta referencia al primer reparo postulado en este caso por vía de nulidad, imperativo es entonces para la Sala concretamente evocar, que tratándose de esta particular causal, la Corte ha sido seriamente exigente a la hora de precisar que el ataque a un fallo en auspicio de la necesidad de anular una actuación procesal culminada con el proferimiento de sendas decisiones en sus dos instancias, sólo puede edificarse en circunstancias tales que configuren defectos groseros del rito constitutivo del debido proceso o el derecho de defensa; de estimable magnitud, relevancia sustancial o trascendencia, que ciertamente socaven la estructura del trámite judicial y por ende, den al traste con aquellos presupuestos de juzgamiento, en forma tal que se hace intolerable en esas circunstancias admitir la emisión de una sentencia.

5. En dicha dirección, es por ello imperativo también recordar, como ya lo ha venido haciendo de manera constante la jurisprudencia de esta Sala, que la libertad argumentativa que en principio suele asumirse se desprende dada la naturaleza y alcance de la nulidad en

casación, no significa en manera alguna que el libelista no esté sujeto al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales de la demanda; pues debe indicar con precisión el motivo de casación que aduce, especificando en todo caso la actuación irregular a partir de la cual se vició la subsiguiente, por manera que solo invalidándola es posible corregir el yerro; o con cuáles procederes se lesionó seriamente el derecho a la defensa, debiéndose sustentar cómo tal irregularidad finalmente se proyectó desfavorablemente para los intereses del procesado en la sentencia, pues lo contrario sería no solo desconocer la teleología de la impugnación extraordinaria, sino la naturaleza rogativa de esta.

Es que, como profusamente se ha insistido, tratándose de la causal segunda motivada en desconocimiento de la estructura del debido proceso, o en afectación de la garantía debida a cualquiera de las partes con capacidad de invalidar la actuación, es imperioso para el actor indicar el motivo de nulidad que se configura (incompetencia, violación del debido proceso o violación del derecho de defensa); identificar el tipo de irregularidad sustancial alegada –si de estructura o de garantía–; demostrar su configuración; precisar la norma o normas violadas; fijar el ámbito de la invalidación procurada; motivar la procedencia de su declaración con sujeción a los principios de taxatividad, acreditación, convalidación, protección, instrumentalidad de las formas y residualidad; y quizás el más relevante, acreditar la trascendencia del yerro acusado, por ende, explicar por qué tiene la aptitud de afectar la validez del fallo impugnado.

6. El debido proceso en materia judicial está determinado por la materialización de los derechos y la protección constitucional de los mismos dentro de una actuación. Sólo aquellos desafueros con la entidad suficiente para socavarlos, puede con sentido de razón pretender inválido un proceso.

En materia probatoria, la tensión generada entre la pretensión de búsqueda de la verdad y la protección de derechos constitucionales, encuentra en el art. 29 de la Carta Política un regulador superior con alcance procesal y desarrollo legal, bajo la cláusula general de

acuerdo con la cual, en garantía del debido proceso, la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales debe ser excluida, en forma tal que sobre ella recae una nulidad de pleno derecho, cuando quiera que configura el fundamento de una decisión.

7. La confrontación de estos supuestos inherentes a los motivos de nulidad sustentados en aspectos probatorios, con la sustentación que ha servido de justificación a la propuesta del primer cargo aducido en favor de Johnny Davis Martínez Arteaga, permiten poner de relieve la inidoneidad formal y por ende precariedad de los mismos desde la perspectiva de la trascendencia que debió acreditar para ser admitido, en orden a los requisitos exigibles cuando quiera que lo pretendido es la invalidación del trámite cumplido en este asunto.

8. A este respecto, huelga recordar que la sentencia de primer grado, al negar recursos contra la decisión que en desarrollo de la audiencia preparatoria admitió como prueba solicitada por la Fiscalía, el aporte de un CD contentivo de la grabación de la conversación sostenida con el procesado y obtenida por la víctima días después de materializada la conducta punible, así respondió los reparos referidos a tal antecedente procesal:

“Adicionalmente días después de ocurrencia de los hechos, el 11 de mayo, el acusado se dirige al local de la víctima, en donde sostienen una conversación respecto a lo acontecido, la misma que fue grabada por la víctima en su celular y bajada un CD.

En juicio se escucha la conversación grabada en el CD, en la que el sujeto admite que tanto Milmer Elizabeth como Johnny no estaban conscientes cuando sostuvieron relaciones, culpa a su amigo de ponerles algo en el licor, que tanto él como la víctima estaban embriagados y literalmente dice: “los dos estábamos entre dormidos y despiertos cuando lo hicimos”.

Sea esta la oportunidad para pronunciarse respecto a la irregularidad invocada por el defensor sustituto del procesado, quien alega vulneración al debido proceso al impedir la interposición del recurso de apelación en contra de la decisión adoptada en audiencia preparatoria de no aceptar la oposición de la defensa a la admisión de este documento, por

vulnerar el debido proceso, la intimidad y no ser sometido a control de garantías.

Al respecto, esta judicatura advierte que la decisión de admitir este documento se fundamentó en jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisiones de fecha 11 de septiembre de 2013, radicado 41190 M.P. María del Rosario González y Auto de 17 de marzo de 2014, radicado 41741. M.P. Eyder Patiño Cabrera, los cuales reiteran que la víctima puede grabar su propia imagen o voz, sin orden judicial y autorizar que se divulgue su contenido, si capta el momento del delito o para preconstituir prueba del mismo, sin que con ello se vulnere el derecho a la intimidad y con fundamento en los derechos a la verdad, justicia y reparación que le asiste a la víctima.

Adicionalmente, cabe precisar que frente a la decisión que admite pruebas no procede el recurso de apelación, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, si es dable promover dicho recurso, tal y como lo estableció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de 27 de julio de 2016. Rad. 47469. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández”.

9. Ahora bien, en el mismo sentido, el Tribunal se ocupó de este persistente argumento referido a la vulneración de garantías por el aludido motivo, advirtiendo en primer término, que la doble instancia de las decisiones judiciales no es un principio absoluto de nuestro sistema judicial y más precisamente, que el proveído que dispone la práctica de pruebas en el juicio oral configura una de tales excepciones (respecto del rechazo e inadmisión, en la mayoría de los casos con fuente en causas desarrolladas por la jurisprudencia); sin que esto conlleve, observó, que tratándose de la solicitud de exclusión probatoria edificada en quebranto de los derechos fundamentales (prueba ilícita), proceda no solamente un estudio y debate detenidos, sino también, la posibilidad de apelar la decisión que la niega.

Bajo las anteriores premisas, censuró que no se hubiera concedido en su oportunidad el recurso de apelación procurado. Pero en orden a descartar este antecedente con aptitud

invalidatoria del proceso como lo pregonaba el apelante, no solamente hizo énfasis en que la defensa debió entonces incoar queja en orden a obtener la impugnación procurada, lo que no hizo con un argumento inane que supuso la convalidación del entuerto, consistente en afirmar que así procedió para no dilatar el trámite; pero además, destacó con profusión que la prueba censurada carecía absolutamente del reproche de licitud aducido, como quiera que se trató de una grabación de la víctima, dentro de los supuestos que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte ha cobijado como legítimos y aceptables en orden a procurar la pre constitución de una prueba, respaldando así la decisión en primera instancia emitida sobre dicha base, no sin antes hacer notar, en extenso, que la prueba consistente en la multicitada grabación, superaba con creces el juicio de legalidad sin mácula constitucional.

10. Cuando se exige en casación que los reparos postulados contra una sentencia superen el principio de trascendencia inherente a un ataque de estas características, nada distinto se hace que condicionar la propia viabilidad de la demanda, al hecho de que los cargos pretendidos tengan fundamento en forma tal que exista algún margen de alternativa para trastocar el sentido de la decisión falladora, o en dirección a atenuar los términos de la misma. Principio que adquiere mayor preponderancia cuando quiera que lo buscado es la invalidación de un proceso judicial.

La trascendencia, en el campo jurídico, despojada por ende de su concepción teleológica, dice relación entonces con la verdadera significación que la tacha aducida tiene para los resultados del proceso.

En esta dirección, si bien es cierto que contra la negativa de excluir ese documento -CD que, como se verá adelante en relación con el cargo que involucra en su esencia la prueba contenida en el mismo, no admite absolutamente ningún reclamo-, procedía apelación y se pretermitió instar la alzada -aparte de considerarse plausiblemente que la propuesta de rechazo de la prueba en sentido estricto no conllevaba violación de derechos fundamentales-; aceptando que en esta hipótesis era viable el recurso de apelación, este defecto procesal

resulta en forma tal precario y atenuado que carece de una auténtica significancia como irregularidad sustancial invalidante, constatado no solamente que en relación con su objeto la actuación depuró el contenido de la prueba que se procuraba refutar (hubo profusos pronunciamientos tanto en la audiencia preparatoria, como en las sentencias, además de que se mantenía intemporalmente latente la alternativa de su exclusión y por si faltara aún más en ningún momento sirvió de fundamento de la condena), sino que al carecer de razón la censura de inconstitucionalidad del elemento probatorio en que se sustentaba, como lo destacaron a espacio las sentencias en sus dos instancias, este antecedente surge inadecuado para solventar el pedido de nulidad.

11. Lo anterior bajo el claro entendido que aun cuando es cierto que se habría incurrido en un yerro procesal consistente en no concederse apelación contra la decisión que denegó excluir una prueba, la actuación deja en claro la falta de relevancia que finalmente no acredita el reproche, pues en realidad así como no procedía en manera alguna la exclusión solicitada por la defensa, haciendo abstracción de ese elemento de convicción, como fue advertido, la sentencia se mantiene incólume, pues conforme además se verá enseguida, el contenido de lo grabado no cualificó ni sumó a la demostración del hecho punible imputado y tampoco, a hacer sustentable la responsabilidad penal del procesado. En definitiva, por este cargo, es evidente la falta de aptitud sustancial del libelo.

12. Descartar este ataque al fallo está directamente vinculado, *mutatis mutandi*, con las razones que confluyen a la misma conclusión respecto del segundo ataque casacional procurado.

Como quedó sintetizado, acusa error de hecho derivado de falso juicio de legalidad.

Está referido a la grabación obtenida por la víctima pasados unos días de los hechos, en que sostuvo una conversación con el procesado. Hace reparos relacionados con su recaudo, pues tal registro de voz no se hizo al momento de los hechos; además, afirma vulnerado el

derecho que asistía al procesado a “guardar silencio” y cadena de custodia, estimando que se contaminó por terceros, pues no se entregó la grabación original, quedando finalmente la inquietud sobre la razón por la cual Milmer Elizabeth sólo lo aportó 40 días después de obtenerlo, según su relato, con lo cual esa prueba debe considerarse ilegal.

13. La regla de exclusión de la prueba ilícita impone sustentar el derecho fundamental vulnerado con ella.

Desde luego, conforme lo destacaron prolijamente las sentencias, las manifestaciones de inconformidad de la apelante y ahora recurrente en casación, pretermiten la concreción de este esencial aspecto, sin el cual, el falso juicio deviene infundado.

Lo que ha expresado en esa dirección es que el procesado tenía derecho a guardar silencio y que, consecuentemente, entiende la Corte, al grabarse su voz por la víctima el mismo fue quebrantado.

Sobre este particular, es cierto que ante la evidencia de ser iniciada contra una persona una actuación investigativa, en su favor se activa la garantía constitucional de guardar silencio en orden a preservar su inocencia. Pero su protección está referida al órgano de persecución penal –Estado jurisdiccional penal- que no puede, contrariando ese derecho o esa voluntad, obtener de éste una versión sobre los hechos. No así, en relación con terceros y mucho menos respecto de los cuales, de manera voluntaria y espontánea se decide relatar aspectos concernientes a los mismos.

Desde esta perspectiva, nada obsta considerar que la grabación aportada por la víctima del atentado sexual en este caso sobrepasa el examen de legalidad, como lo coligió el fallo impugnado, sustentada en el hecho de que está dentro de lo constitucionalmente admitido que, con fines de prosecución de una prueba, Milmer Elizabeth haya obtenido el relato sobre lo acontecido por parte de quien posteriormente fue objeto de imputación de cargos.

14. Ahora bien, en estas circunstancias, así como el contenido del CD comportaba características de licitud, estando dotado de vocación probatoria válida para ser aducido en juicio oral -como se lee en la sentencia recurrida-, aspectos referidos a la omisión de cotejo de voz, o las alegadas condiciones defectuosas en el procedimiento de cadena de custodia, son todos asuntos relacionados con la capacidad de convencimiento del medio, esto es, referidos a su eficacia y no concernientes por ende con su validez probatoria. En definitiva, ajenos al contenido del cargo propuesto.

De más no está señalar que, en todo caso, como ya fue observado, la declaración de la víctima configura fuente directa de prueba de los hechos denunciados -como en efecto en este caso fue considerada- y, de otra parte, dispuesto como estuvo a brindar su relato, también las sentencias destacaron que la contradictoria y desconcertante versión dada por el procesado obraba en su contra; máxime cuando el hecho investigado y la responsabilidad penal atribuible por el mismo, encontró respaldo en el relato del administrador del Hotel, Esteban Reina Arteaga y en las diversas valoraciones médico legales. Lo anterior para hacer elocuente, como ya fue destacado, que la susodicha grabación no fue, en manera alguna, fundamento de la sentencia y ni siquiera elemento relevante o valioso en la construcción de la misma, con lo cual, conforme se resaltó frente al primer cargo, se vacía de contenido el ataque.

15. El tercer cargo, como fue reseñado, afirma falso juicio de identidad. Hace materia de discrepancia por pretendido falseamiento, el estudio genético que estuvo a cargo del médico legista Germán Andrés Calderón González -Profesional Especializado del Laboratorio de Genética Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, Regional SurOccidente-, bajo el entendido que del mismo no se puede extraer prueba alguna de responsabilidad en los hechos imputados a Johnny Davis Martínez Arteaga y concretamente, la afirmación según la cual, pese a no hallarse en la cavidad vaginal de la víctima espermatozoides pertenecientes al procesado esto no excluía la posibilidad de que haya existido penetración por parte de éste.

Al valorar el estudio genético, la sentencia concluyó que si bien, en efecto, no se hallaron espermatozoides del procesado en la cavidad vaginal de la víctima, esto no excluye la posibilidad de que haya existido penetración por parte de éste, como lo depuso en el juicio el galeno Germán Andrés Calderón González.

Para la libelista, la exposición del médico señala que cuando no se encuentran espermatozoides es posible que haya habido penetración, pero en manera alguna que esta circunstancia pueda confirmar el hecho imputado al procesado, con lo cual se acredita la distorsión de tal prueba.

En ningún momento la sentencia extrajo, de manera insular y prevalente, del estudio genético o de lo depuesto por el médico legista, el convencimiento sobre la responsabilidad penal de Martínez Arteaga.

Esta prueba se sumó racionalmente a la demás agregada en orden a dicha constatación, sin que pueda sostenerse con apego al que denominamos principio de corrección material -que no es otra cosa que la realidad que emerge del fallo impugnado-, que la censura sea fiel a su contenido, pues surge en claro que con fidelidad plena, se tomó en su objetividad manifiesta, para hacerla objeto de valoración, junto con los demás elementos de convicción allegados al juicio.

16. En efecto, la decisión de primer grado señaló, respecto del contenido del estudio genético que:

“Si bien, se demostró que el acusado se excluye como aportante en la mezcla de células encontradas en la fracción espermática de los frotis de saco vaginal e introito vaginal, así como en los fragmentos de interior a nivel de entrepierna, sin que en ninguna de las muestras se excluya un individuo desconocido, los resultados de este informe demuestran que efectivamente la víctima tuvo relaciones con un individuo desconocido, pero no descartan el acceso carnal con el acusado, al encontrarlo como aportante en las células

encontradas en el fragmento del interior parte anterior de la víctima, descrita en la conclusión 3 del mencionado informe.”.

Así reza la conclusión tercera del informe de genética:

“3. MILLER ELIZABETH ORJUELA NAVARRETE, JHONNY DAVIS MARTINEZ ARTEAGA y al menos un individuo desconocido no se excluyen como aportantes de las células encontradas en el fragmento de interior de parte anterior. Es 1.6 billones veces más probable el hallazgo, si la mezcla proviene de MILLER ELIZABETH ORJUELA NAVARRETE, JHONNY DAVIS MARTINEZ ARTEAGA y al menos un individuo desconocido, a que provenga de al menos dos individuos desconocidos tomados al azar en la población de referencia”.

Con apego a su exacta literalidad, la sentencia concluyó:

“Si bien, se demostró que el acusado se excluye como aportante en la mezcla de células encontradas en la fracción espermática de los frotis de saco vaginal e introito vaginal, así como en los fragmentos de interior a nivel de entrepierna, sin que en ninguna de las muestras se excluya un individuo desconocido, los resultados de este informe demuestran que efectivamente la víctima tuvo relaciones con un individuo desconocido, pero no descartan el acceso carnal con el acusado, al encontrarlo como aportante en las células encontradas en el fragmento del interior parte anterior de la víctima, descrita en la conclusión 3 del mencionado informe”.

Como quiera que los términos del estudio podían ser susceptibles de interpretación, fue que –a instancias de la defensa, valga recordar-, se preguntó al Legista sobre su significado, haciendo notar entonces el galeno que dado el resultado del mismo, no se podía descartar que hubiera existido penetración por parte del procesado.

En su exacta dimensión y contenido objetivo pues, la sentencia tomó el informe y la declaración del médico legista.

No, como implícitamente lo sugiere la libelista, dando por hecho que la opinión del perito sustituyera la prueba sobre la responsabilidad del procesado, o que, falseando sus afirmaciones, el fallo hubiera entendido que el médico hizo un señalamiento en ese sentido -lo que le estaba vedado, pues desbordaría el restrictivo espacio de su juicio experto-; cuando quiera que lo único que pretendió clarificar es que el contenido del informe genético, no descartaba esa posibilidad.

El análisis conjunto de la prueba, con sujeción al método de crítica racional de la totalidad de la practicada en el juicio, incluida desde luego la de Medicina Legal, fue determinante en el sentido condenatorio del fallo.

Con destacado detenimiento, así motivó el Tribunal la decisión impugnada:

“Se tiene probado sin discusión en el proceso que Milmer Elizabeth Orjuela el día reportado de los hechos, decidió aceptar la invitación que a partir le hizo quien dijo distinguir como un amigo y dos personas más conocidas de éste, lo que tuvo ocurrencia en la noche de esa calenda en el establecimiento público distinguido como “Bar Chapalá”, donde libaron licor y algunas cervezas, bailaron y participaron de karaoke.

Tampoco ha sido materia de controversia que al menos tres de los contertulios se desplazaron al “Hotel Emperador” donde el hoy acusado tenía su hospedaje temporal; todo indica que además de MARTÍNEZ ARTEAGA un primo de éste y quien ha sido aquí reputada víctima, pasaron juntos gran parte de la noche en una pieza de ese negocio, sin que se sepa con exactitud la hora y el orden en que abandonaron el lugar.

La prueba también demuestra que en dicha oportunidad Milmer Elizabeth fue accedida sexualmente, como que a más del hallazgo físico revelado por el médico forense de Medicina

Legal, doctor Héctor Jhonnatan Vallejo Bolaños, fueron descubiertos espermatozoides tanto en su cavidad vaginal (saco e introito, de donde se sacaron muestras en el respectivo examen), como también en su estructura anal. Y aquí sea oportuna una primera precisión: no obstante que, desde luego, el procesado haya sido tildado de haber tenido acceso carnal con la aludida mujer en la referida ocasión, debe desde ya remarcarse que la prueba científica lo descartó como aportante de células espermáticas en las muestras examinadas; la pericia arrojó que era un desconocido el dueño de esas células.

No obstante lo acabado de decirse, asoman múltiples motivos que hacen creer que también el acusado tuvo relaciones íntimas esa noche con su compañera de festejo. Su extendida manifestación de acercamiento a ella, con declaraciones de descifrado interés por poseer una relación; la oportunidad que en la aludida ocasión se presentó al estímulo de bebidas embriagantes; el desplazamiento al cuarto del hotel con la mujer luego de haber departido en un bar, son sin dudarlos elementos de información cabalmente sabidos que invitan a considerar como altamente posible que en la fecha de marras haya el acusado tenido acople sexual con quien en este asunto ha sido judicialmente reconocida como víctima.

Pero en lo que más se refuerza ese aserto, es en el contenido de dos probanzas allegadas a la actuación y que son: la una, que plasma la conversación sostenida entre ambos algunos días después de la ocurrencia de los hechos, habilitada ya para ser valorada según lo visto en otro momento de esta providencia- en donde con claridad JOHNNY DAVIS admite a su interlocutora haber tenido relaciones sexuales con ella, aclarando eso sí que ello acaeció con su anuencia.

...

El otro dato probatorio que converge a considerar que el encartado haya accedido en esa data a la mujer, se extrae de los rastros genéticos compatibles con su ADN hallados en la parte anterior de la prenda interior de Milmer Elizabeth, que al menos ofrece como

sugerencia de probabilidad científica de que en esos episodios de privacidad el acusado haya invadido esferas íntimas de la dama.

Una mejor comprensión de lo informado por la prueba pericial aquí recaudada, que contribuye a desechar fisuras interpretativas en cuanto a su contenido concierne, invita seguir su derrotero, así:

Una primerísima actividad propia de esta clase de asuntos suele ser la remisión de la presuntamente ofendida al médico forense, como así sucedió en este caso, porque el mismo día en que fueron denunciados los hechos la señora Milmer Elizabeth Orjuela fue atendida por el doctor Héctor Jonathan Vallejo Bolaños, a la sazón médico adscrito a la Unidad de Medicina Legal de Ipiales, quien además de reportar hallazgos clínicos sugestivos de actividad sexual reciente en la examinada, como “fisuras anales” y la presencia de espermatozoides en la vagina, con escobillones recogió muestras de fondo de saco vaginal, como también anal para ser enviados previa verificación de la cadena de custodia, como así se hizo sin que haya sido cuestionado en la actuación, al laboratorio de biología en la ciudad de Cali para un eventual cotejo; de igual modo y con las mismas precauciones se remitió fragmentos de un interior entregado por la evaluada.

Con esto se despeja toda incertidumbre acerca de la actividad sexual de la mujer y que, para decirlo anticipadamente, infundados no fueron los temores que aquella tuvo al día siguiente de la noche de marras, cuando despertó con dolores en su cuerpo y con más intensidad en su ano, presintiendo de haber sido accedida carnalmente, sin mencionar por el momento, porque será materia de específico análisis enseguida, quién o quiénes la copularon y si tal acceso fue o no consentido.

Para despejar esas últimas incertidumbres, forzoso se aviene analizar el último de los peritajes realizados en esa cadena lógica de procedimiento investigativo, que dice relación con el examen adelantado en la Unidad Genética del Instituto de Medicina Legal en Cali, en

concreto por el microbiólogo Germán Andrés Calderón Gonzales, quien establecida la presencia de las células espermáticas en las muestras analizadas atrás y contando con material biológico para cotejo, pudo determinar lo siguiente:

i) “MILMER ELIZABETH ORJUELA NAVARRETE y un individuo masculino desconocido no se excluyen como aportantes a la mezcla de células encontradas en la fracción espermática de los frotis de saco de fondo vaginal e introito vaginal”. Pero advirtió que “JHONNY DAVIS MARTINEZ ARTEAGA se excluye como aportante a la mezcla de células encontradas en esta fracción espermática”.

“un individuo de sexo masculino desconocido, no se excluye como el origen de las células encontradas en la fracción espermática de los fragmentos de interior a nivel de la entrepierna y parte anterior, ni de la fracción celular de fragmento de interior de parte anterior”.

Pero igualmente precisó que “JHONNY DAVIS MARTINEZ ARTEAGA se excluye como aportante a la mezcla de células encontradas en estas fracciones”.

iii) “MILMER ELIZABETH ORJUELA NAVARRETE, JHONNY DAVIS MARTINEZ ARTEAGA y al menos un individuo desconocido, no se excluyen como aportantes de las células encontradas en el fragmento de interior parte anterior”, con una probabilidad de que así sea en 1.5. billones de veces.

Una fácil interpretación de esos resultados deja claro que una persona que el perito descifra como desconocido, porque de él no se envió material genético para cotejo, accedió carnalmente a la señalada mujer, sabiéndose con perfecta convicción, que ese material analizado fue extraído ya de su propio organismo ora de su ropa íntima anexada por ella misma. Pero además, se evidencia con fuerza que también el acusado participó en esas ejecuciones carnales, merced a que dejó impresos sus rastros genéticos nada menos que en la ropa interior de la víctima.

Podría decirse, y en efecto así ha sido sugerido por la defensa, que no existe certidumbre de esa aseveración acabada de hacer, debido a que el estudio genético no lo identifica como aportante de células de su pertenencia. Pero es lo cierto que, en contraste, el estudio científico lo delata como presencial activo de los sucesos delictuosos en cuestión, como se ha reseñado, sin que sea suficiente alegar la ausencia de espermatozoides suyos en las cavidades vaginales o anales, si ello bien puede explicarse en lo aducido por el Médico forense Héctor Vallejo Bolaños quien ante una precisa pregunta del defensor, aseguró que no por ello se descarta la penetración vaginal, existiendo razones tales como la eyaculación por fuera de esa cavidad, el uso de preservativo o por ejemplo, que se haya realizado al varón la vasectomía».

Tampoco desdibuja la consistencia del análisis, que no haya podido el microbiólogo hacer cotejo de la zona anal, porque solamente fue encontrado perfil genético de quien es reputada víctima, que no de un individuo de género masculino. Lo verdadero es que también en ese sitio fueron encontrados espermatozoides, porque así lo afirmó la bióloga de Medicina Legal, y la explicación que frustró una comparación genética la da el doctor Calderón Gonzales al indicar que ello se pudo deber a varias causas, como la calidad del ADN o la cantidad insuficiente de la maestra». No olvidemos que si algo alertó a la víctima al día siguiente de la infortunada reunión, es el fuerte dolor anal que la afligía y los hallazgos clínicos sugestivos de actividad sexual por esa vía cuando fue inicialmente examinada por el médico forense.

Adicional a las razones expuestas arriba, en punto de explicar la ausencia de rastros espermáticos pertenecientes al acusado -pese a que otras evidencias lo delatan como participante en esos sucesos- está el hecho de que cuando JHONNY DAVIS MARTÍNEZ habló telefónicamente con la víctima, en esa conversación que ésta grabó, aquél terminó por admitir que en efecto perpetró el reprobado acceso con la referida mujer, pero que no eyaculó. Aunque parezca muy elemental, dígame que para la configuración de un delito de la especie estudiada no se requiere la eyaculación.

La existencia de elementos probatorios que comprometen activamente al procesado en la perpetración de semejante faena sexual, le ponen al descubierto la debilidad de su excusa presentada, al tratar en vano de ubicarse en un igual estado de inconsciencia, porque él como su amiga también fue sometido sin querer a alguna sustancia que lo puso en condiciones de no tener control de sus actos. Es claro que si al final aceptó a su interlocutora haber tenido relaciones íntimas con ella, es porque, aún en la hipótesis de estar “como dormido y despierto”, era conocedor a voluntad de sus actos». Súmese su sistemática renuencia a suministrar datos personales de quien con él, todo indica, en consuno agredieron la sexualidad de Milmer Elizabeth, queriendo en vano encubrir el compromiso penal que pudiera asistirle a quien se menciona en la actuación como Estiven, al parecer su primo”.

...

Y algo adicional muy importante que debe ser dicho: la víctima lo ha asegurado y el procesado no lo negó, la existencia de vieja data en éste de un interés por lograr una relación amorosa con aquélla, la cual no se dio porque con absoluto énfasis la mujer le hizo saber de su negativa, como así de manera explícita se lo iteró en la conversación grabada de las que hemos hecho varias veces alusión. Siendo así, se cuestiona el Tribunal, cómo es que de repente haya experimentado un cambio brusco de decisión y de qué manera, porque de una rotunda negación haya pasado a permisiones extremas como las de consentir el acople anal, si esa práctica implica, por regla, la precedencia de una confianza que debió labrarse en el tiempo. Mucho menos admisible es, a la luz de lógica elemental, que salvo que no contara con la posibilidad de discernimiento, la víctima haya permitido que un individuo que apenas conoció en esa fecha la accediera también.

Y si para llegar a la conclusión que al respecto se viene arribando se requiriesen de mayores elementos de juicio, fuera de toda intelección queda el hecho de que Milmer Elizabeth, total y entendiblemente indignada, haya tomado la determinación temprana de presentar denuncia penal y someterse a los rigores de una investigación que por más que se quiera evitar

representaría afectación a su dignidad de género, sin mencionar las incomodidades propias de los exámenes que le iban a practicar y aún más, que su situación de mujer vejada iba a ser tratada en los contextos de un tortuoso proceso penal gobernado, entre otros, por el principio de la publicidad.

Tales aserciones perviven aún en el contexto del testimonio rendido por Esteban Albeiro Reina Arteaga, quien con toda convicción dio a saber a la audiencia que a la hora de llegada de esa trilogía de personas, todos pero en particular la dama, denotaban cordura en sus actos, no estaban borrachos, llegaron “un poco tomados”, por sus propios medios”. Si en gracia de discusión el referido deponente dijo la verdad, es lo cierto que resulta altamente afrentoso a la dignidad a la condición de mujer que se derive de una eventual aceptación de la víctima a ingresar al hotel una especie de convalidación a tener relaciones sexuales, como igualmente constituye trasgresión de género que se le juzgue, como lo hizo en uno de sus alegatos el defensor, de haber decidido compartir con varios hombres esa noche”.

Así las cosas, como emerge notable, las falencias del escrito de demanda conspiran contra su propia viabilidad, siendo la medida de tales precariedades su rechazo, con mayor sentido cuando no se observa que con ocasión de la sentencia impugnada o dentro del curso de la actuación procesal se hayan transgredido derechos o garantías del acusado.

Finalmente, contra la determinación que se adopta procede el mecanismo de insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el señalado por la Sala en el auto de diciembre 12 de 2005, ra