



Proceso n.º 32180

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JAVIER ZAPATA ORTIZ
Aprobado Acta No. 152

Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010).

D E C I S I Ó N

Resuelve la Sala el recurso¹ de **casación**, interpuesto por el representante de la víctima contra el fallo proferido por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*², que **revocó** la decisión de condena de **64 meses de prisión**³ impuesta a **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO** por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad* y en su lugar

¹ En la audiencia de sustentación oral, la *Procuradora Tercera Delegada ante la Corte*, se abstuvo de sustentar el libelo presentado por el Procurador Judicial Panal II número 85 de San Andrés.

² Las decisiones de primera y segunda instancia se profirieron el 12 de febrero y el 13 de marzo de 2009, respectivamente.

³ Entre otras penas principales y accesorias.



lo **absolvió**, por el punible de **acceso carnal abusivo con incapaz de resistir**.

H E C H O S

En la madrugada del 25 de enero de 2008, arribaron a la Isla Archipiélago de San Andrés, las siguientes parejas: **(i) Gloria Esperanza Marín Martínez** y Carlos Andrés Carvajal Porras, **(ii) Jhon Álvarez** y Alejandra Álvarez y **(iii) Diana María Delgado Saavedra** y Carlos Eduardo Leguizamón Velásquez, con el fin de disfrutar de sus vacaciones, motivo por el cual, se hospedaron en el Hotel “*On Vacation Beach*”, donde les asignaron las habitaciones 507,505, 504, respectivamente. En el aludido hospedaje, laboraba como auditor nocturno, el inculpado **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO**.

La noche de arribo al sitio de destino señalado, los viajeros iniciaron –al amanecer– el disfrute de sus fiestas ingiriendo licor, después en la playa, luego en un velero en un escenario de baile y alcohol hasta las 7 de la noche, momento en el cual regresaron al Hotel para alimentarse y, una vez más, continuar con la juerga, junto con el barman del referido Hotel, **Tomás Emilio Pérez Núñez**, persona que los acompañó desde las



11:30 p.m. hasta las 2 de la mañana del siguiente día (26), en un bar cercano: en el intermedio regresaron al Hotel por más licor.

Gloria Esperanza Marín Martínez y su compañero sentimental retornaron al hospedaje a la hora de la madrugada indicada y en la habitación, su cónyuge decidió bajar a la recepción por más licor, pero no llevó la llave de la puerta porque no se iba a demorar, al rato se devolvió, llamó a su mujer con el fin de que le abriera la puerta, pero ella no lo escuchó, pues se encontraba profundamente dormida por el cansancio, el trasnocho y la ingesta de licor.

Esos momentos fueron aprovechados por el procesado **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO**, -para trasladar a la habitación 510, del mismo piso, a **Carlos Andrés Carvajal Porras**, persona que se hallaba en una silla al lado del cuarto 507, dormido- y enseguida entrar subrepticamente al lugar donde pernoctaba **Gloría Esperanza**, para accederla carnalmente.

Gloría Esperanza Marín Martínez, se dio cuenta de los actos eróticos antijurídicos que se estaban consumando en su humanidad -según lo declaró- porque se despertó por el sonido del timbre del teléfono y se percató - enseguida- que un hombre extraño a su compañero la estaba copulando, sujeto que resultó ser el empleado del hotel



mencionado, **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO**, quien descolgó el auricular y salió de la habitación, sin decir palabra alguna.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 21 de mayo de 2008, ante el *Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de San Andrés, Isla*, la *Fiscalía 50 Seccional* le **imputó** a **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO** el delito de **acceso carnal abusivo con incapaz de resistir**, en calidad de **autor material** y solicitó medida de aseguramiento; diligencia concentrada en la que el inculpado no aceptó los cargos formulados y tampoco se le concedió algún beneficio administrativo.

2. El 20 de junio siguiente, el *Fiscal 50* referido, presentó el respectivo **escrito de acusación**, que fue repartido al *Juzgado Primero Penal del Circuito de ese Departamento*; el 2 de julio, realizó la correspondiente audiencia de formulación de **acusación** y fijó nueva fecha para la **preparatoria** celebrada el 15 de septiembre del mismo año, al finalizar está, convocó el 20 de octubre siguiente, para el respectivo **juicio oral** y una vez feneció, anunció que el sentido del fallo sería **condenatorio**.



3. Por tal razón, en la **audiencia de individualización de pena** declaró responsable al inculpado **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO**, en calidad de **autor material** del delito de **acceso carnal abusivo con incapaz de resistir** y, lo conminó, con base en ello, a la pena principal de **sesenta y cuatro (64) meses de prisión** y a la accesoria de interdicción⁴ de derechos y funciones públicas por el mismo lapso; sin reconocerle ningún beneficio administrativo. Además, no lo condenó por daños y perjuicios materiales y tampoco al tercero civilmente responsable sociedad T.V.G., S.A., por el mismo concepto.

4. El 13 de marzo de 2009, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*, desató el recurso de apelación interpuesto tanto por el defensor como por el apoderado de la víctima, en donde resolvió **revocar** la sentencia condenatoria para en su lugar **absolver** al inculpado **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO**, por el delito que fue acusado.

5. El *Procurador Judicial Penal II, número 85* y el representante legal de la víctima, inconformes con la citada decisión, la impugnaron en casación; libelos admitidos por la Sala,

⁴ El vocablo referido fue derogado por el actual Código Penal por el de inhabilitación, según lo ordena el artículo 52 de la Ley 599 de 2000, inciso 3°; aclaración que se hará en la parte resolutive de este proveído.



-por cuanto declaró superados los múltiples y complejos defectos lógico argumentativos que presentaban-, y una vez concluido el trámite de rigor, se procede a fallar.

DEMANDAS

1. La presentada por el *Procurador Judicial Penal II, 85 de San Andrés y Providencia*, no fue sustentada por la *Procuraduría General de la Nación*, motivo suficiente que releva a la Sala de su estudio y, de contera, como en efecto se hará, en la parte respectiva de esta decisión, se declarará desierto el recurso de casación propuesto por el funcionario adscrito a la Procuraduría de San Andrés y Providencia, pues el Organismo al que le correspondía asumir la carga legal de sustentación del libelo, no acató el mandato previsto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, último inciso, el cual fue incumplido en todo su contexto.

2. La exhibida por el representante legal de la víctima Gloria Esperanza Marín Martínez.

El actor en el título "*FALLOS A REVIZAR (sic)*", afirmó que "*es de imperiosa necesidad para este apelante, recalcar que el fallo de*



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

primera instancia en razón al tercero civilmente responsable fue totalmente desacertado toda vez que no apreció el material probatorio de manera adecuada”.

Así mismo, la sentencia del Tribunal *“se baso (sic) en apreciaciones meramente subjetivas, pues fueron más fuertes las apreciaciones del procesado en la respectiva audiencia de alzada que la realidad vivida por la víctima quien se encontraba en circunstancias de doble indefensión, por un lado la incapacidad física de reaccionar y defenderse producto del cansancio, el licor ingerido, los días de trasnocho y rumba que la llevaron a un estado de sueño profundo”.*

Luego el libelista transcribe varios párrafos del fallo del Juez Colegiado.

a) Cargo primero: causal cuarta.

Lo elevó por falta de aplicación del artículo 107 de la Ley 906 de 2004, sobre la responsabilidad civil, al superar *“los límites de la cuantía establecida”.*

Indicó que el Juez de primera instancia, no obstante, haber condenado al aquí procesado –más allá de toda duda razonable- y quien era empleado del Hotel On Vacation Beach, en calidad de recepcionista *“y como tal utilizo (sic) el cargo encomendado sobre la víctima (sic) para ultrajarla sexualmente, no LO CONDENO (sic) NI AL ÉL NI A LA SOCIEDAD ANONIMA (sic) al pago de los daños físicos y morales en razón de los perjuicios por el daño causado que se ostentaban por perjuicios materiales daño emergente hasta ese momento procesal en TREINTA Y*



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 36.234.200) y por daños morales y psicológicos la cantidad de MIL (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

No les “importó” y olvidaron las instancias, que toda la acción ilícita recaída contra la víctima, hoy su mandante, debía tener como contraprestación la reparación integral a favor de la misma, pues el inculpado no tiene capacidad económica y por su condición de empleado de la firma aludida, ellos (el Hotel On Vacation Beach), tienen que salir a responder solidariamente, con fundamento en la Sentencia de la Corte Constitucional C-423/06, por responsabilidad de hecho ajeno de carácter excepcional, en consonancia con el artículo 2347 del Código Civil.

También ignoraron los funcionarios el artículo 533 del Código de Comercio, en lo atinente al arrendamiento, usufructo y anticresis de establecimiento comercial, los cuales pueden ser objeto de diversos contratos como los arriba señalados. En la sentencia condenatoria se desconoció la ley sustancial al no debatir la responsabilidad civil de la inquilina TVG S.A., quien debe responder por los hechos ilícitos aquí juzgados, “y no solo por la CLAUSULA DECIMA (sic) SEXTA del Contrato de arrendamiento celebrado por la Sociedad TVG y que en virtud del mismo asumió todos los riesgos comerciales, jurídico legales y de todo orden en razón de la EXPLOTACION (sic) ECONOMICA (sic) que realiza en condición de ARRENDATARIO”.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

No vieron, igualmente, el certificado de existencia y representación de la Sociedad Anónima TVG expedido por la Cámara de Comercio, el que jamás muestra como inquilino al Hotel On Vacation Beach, sino la calidad de propietario; desconociéndose la responsabilidad por culpa del arrendatario (artículo 1999 del Código Civil).

Por tanto, las instancias, en concepto del libelista, no *“tuvieron en cuenta las apreciaciones arriba cuestionadas ni las pruebas aportadas al proceso, y como lo manifesté antes, el Honorable Tribunal... de San Andrés Isla no se pronunció sobre el tercero Civilmente Responsable a la hora del fallo, pues no tuvieron en cuenta la condición de víctima, no se percataron a mirar las pruebas ofrecidas durante todo el proceso pues de lo contrario hubiesen condenado al pago de los daños y perjuicios a favor de la víctima en las cifras ya citadas por los respectivos daños materiales y morales”*.

b) Cargo segundo: falso juicio de legalidad.

En la audiencia llevada a cabo ante el Tribunal, el defensor hizo caso omiso de la actuación realizada por el acusado, *“para ‘autodecretarse’ (sic) a su favor un sin numero (sic) de elementos probatorios y evidencia física, testimonios y además que nunca fueron descubiertos en ninguna de las audiencias anteriores, llámense estas preparatoria ni de sustentación de la misma”*.

El hoy sentenciado y su abogado presentaron en la citada diligencia, las siguientes pruebas: **1)** la declaración del



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

mismo inculpado, 2) otra extrajuicio de un testigo que no hizo parte del proceso, 3) un manajo de llaves correspondientes a las habitaciones del hotel, en especial la 507, donde se hospedaba la ofendida y 4) el teléfono del cuarto el cual fue descubierto por el defensor con la aquiescencia de los Magistrados del Tribunal de San Andrés, anunciando que el referido aparato no sonaba tan duro como para que **Gloria Esperanza** se despertara.

Con base en lo precedente, los funcionarios de segundo grado fundaron la sentencia absolutoria, sobre las pruebas traídas en la sustentación de la apelación del fallo condenatorio de primera instancia, transgrediendo la normatividad vigente, artículos 374 y 377 de la Ley 906 de 2004, por violación al debido proceso.

Por este motivo, solicitó:

“absoluta nulidad... incurriendo sin duda alguna en un serio error de derecho por falso juicio legal por todo lo expuesto... Sin la ocurrencia de esto seguramente el fallo habría sido el de confirmar totalmente la sentencia impugnada... y hubiese llevado al procesado a la pena de 64 meses de prisión cumpliendo así con dos de los tres elementos y objetivos de la ley penal, como son la justicia y la verdad, e igualmente hubiese condenado al pago de daños y perjuicios al Tercero Civilmente Responsable debidamente vinculado al proceso”. (Subrayado por la Sala).



c) Cargo tres: falso juicio de existencia.

Anunció que el Juez Colegiado no valoró “una serie de pruebas decretadas dentro del proceso del respectivo juicio oral”. Mírese – agregó el libelista- el estado de desamparo de la víctima, el que el Tribunal rechazó teniendo en cuenta que ella no se encontraba en un sueño profundo ni embriagada y, por supuesto, si ello es así, la indefensión tampoco marcó la pauta, cimentado en el informe del médico **Ronald Valencia**, quien dictaminó la ausencia de hallazgos que determinaran tal estado de ebriedad, la cual fue constatada por los diversos testigos que hicieron presencia en el juicio oral a fin de declarar el verdadero grado de alicoramiento de la víctima.

El Tribunal basó su decisión en el relato del procesado, olvidando los testimonios de los empleados del Hotel **Villa y Pérez**, quienes aseguraron todo lo contrario, vulnerando de contera el artículo 373 del actual Código de Procedimiento Penal.

Tampoco recapitaron sobre el tiempo transcurrido desde la ingesta del licor hasta la hora de realización del examen, amén de todo lo vivido por ella.



Y, en atención al médico, debe recordarse su afirmación cuando expresó su poca experiencia en esta clase de situaciones, *“que seguramente hicieron que el examen no se practicara en debida forma”*.

S U S T E N T A C I Ó N

En aquellas actuaciones en las que la Sala haya admitido demandas que reúnan un mínimo de presupuestos o los hubiese superado, como en el actual evento, deberá continuarse el proceso en sede extraordinaria, con base en lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, en donde es absolutamente indispensable -para perfeccionar la acometida contra el fallo de segundo nivel- la concurrencia de las partes impugnantes y facultativa la presencia de los que no lo atacan, en el debate a la legalidad del proceso, a fin de exponer sus criterios y puntos de vista jurídicos, dentro de los límites, como es obvio, del libelo; siendo ello así, las siguientes fueron las intervenciones que se realizaron en la audiencia de argumentación oral del recurso de casación seleccionado:

1. Recurrentes:



a) Escrito exhibido por el Procurador Judicial Penal II Número 85 de San Andrés.

La Corte advierte que, en atención a la demanda elevada por el *Procurador Judicial Penal II Número 85*, adscrito al Ministerio Público del lugar donde se consumaron los actos ilícitos, se excluirán todas aquellas manifestaciones relacionadas con este libelo plasmadas por los no recurrentes, por cuanto la señora *Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal*, indicó que **(i)** el demandante solicitó para la sustentación de la misma otro Procurador Judicial, **(ii)** en su concepto, estudiadas las censuras, deben ser desestimadas, lo cual choca contra la “*unidad de criterio institucional*”, motivo suficiente para relevarse del asunto y sólo inmiscuirse como interviniente no recurrente respecto a la segunda postulación y **(iii)** aludió, para motivar lo precedente, a la sentencia de la Corte Constitucional 1260 de 2005, en relación con el artículo 275 de la Constitución Política en armonía con la resolución número 214 de 10 de agosto de 2006, emanada por la Procuraduría General de la Nación.

Con todo, indicó a renglón seguido, que como en el presente caso, los dos libelos comparten dobles censuras iguales o coinciden en sus aspectos esenciales, se pronunciará sobre todos los reproches a la sentencia admitidos por la Sala, los que ameritan –en su criterio– un pronunciamiento en conjunto.



b) Libelo sustentado por el representante legal de la víctima señora Gloria Esperanza Marín Martínez.

El apoderado citó nuevamente las normas que en su concepto fueron vulneradas en los tres ataques formulados contra el fallo de segundo grado.

Después, insistió en el derecho a la reparación integral con ocasión del delito consumado contra su mandante; así mismo, aludió a la calidad de empleado del Hotel del procesado y al vínculo de éste con la Sociedad Anónima TVG, añadiendo que en la decisión de primera instancia se obtuvo verdad y justicia pero con ausencia absoluta de la reparación.

Lo precedente, por cuanto el Tribunal Superior de San Andrés y Providencia, **con base en nuevas pruebas** -practicadas en la sustentación oral de la apelación elevada contra el fallo condenatorio emanado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad- las cuales permitió introducirlas con total desconocimiento de los contenidos consagrados en el sistema acusatorio previstos en la Ley 906 de 2004 y, por ello, "vulneró el debido proceso", como lo especificó en la demanda, atrás resumida. (Subrayado por la Sala).



Insistió, por último, que se **case** el fallo impugnado, declarando penalmente responsable al inculpado **Esteban Gutiérrez Martiliano** del punible por el que se le acusó y, como resultado de ello, por ser él, empleado del Hotel On Vacation Beach, se condene también a la Firma TVG, por daños y perjuicios morales y materiales como lo requirió ante el funcionario de conocimiento.

2. No recurrentes:

a) Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Mediante Resolución Número 0-0296 expedida el 15 de febrero de 2010, el señor **Fiscal General de la Nación (e)** designó⁵ “especialmente” al *Fiscal Tercero Delegado*, para intervenir aquí, como sujeto procesal no recurrente.

Informó el ente instructor que una vez superados por la Sala, los innumerables defectos lógicos argumentativos, lo único real que subsiste, son los ostensibles yerros conculcados a la ley sustancial, por parte del *Tribunal de San Andrés y Providencia*, con la expedición del fallo de segunda instancia que **absolvió** al procesado **Esteban Gutiérrez Martiliano**.

⁵ Ver folio 21, c. o.



i) Falso juicio de legalidad.

Frente a este primer ataque, indicó que *“es rigurosamente cierto que el Tribunal apreció como pruebas una serie de medios de convicción que no fueron materia de válida introducción en el juicio oral y que terminaron por influenciar, decisivamente, al Tribunal para que procediera a revocar la sentencia de condena”*.

Ello aconteció, en primer lugar, cuando el Juez Colegiado le concedió la palabra al procesado, quien aprovechó su intervención para *“ofrecerse como testigo y así proclamó, arrepentido por su infidelidad conyugal, que era inocente de la imputación atribuida”*, todo ello fue aceptado por el Tribunal sin inmutarse siquiera al saber, que él no convino en declarar en juicio; por ello, anunciaron los funcionarios de segundo grado, que los planteamientos expuestos por el procesado eran más razonables que los de la víctima, a quien cuestionó con gran asombro, por su no reacción ante la *“invasión de su cuerpo”*, alegando un sueño profundo causado por el consumo excesivo de alcohol.

En segundo lugar, se refiere a la exhibición de *“un teléfono”* –en la sustentación de la apelación del fallo– que jamás fue tomado como evidencia en el juicio oral, y del que se informa el despertar de la ofendida cuando sonó en el preciso instante de ser agredida sexualmente.



Un nuevo elemento fue tenido en cuenta por la instancia superior, el atinente a un “*manejo de llaves*”, con el fin de demostrar a los Magistrados del Tribunal que él no tenía ningún dominio sobre las mismas para doblegar la puerta donde se encontraba la víctima.

Aunado a lo precedente, se ubica una insólita declaración extraprocésal de **Cristian Álvarez**, que no fue ofrecida, ni recibida en el juicio.

Luego, concluye en relación con este cargo: “*Entonces, sin que sea menester abundar, es palpable que el Tribunal sí incurrió en evidente falso juicio de legalidad al abrir un inadmisibles espacio probatorio, apropiárselo, admitirlo y valorarlo, para luego apalancarlo a la sentencia de segundo grado*”.

ii) Falso juicio de existencia por omisión.

También está llamado a prosperar, por cuanto el Juez Colegiado, limitó toda crítica sobre el estado de alicoramiento de la víctima, al informe pericial; olvidándose, por tanto, de los testimonios de **Omar Lugo Villa** y **Tomás Pérez Núñez**, empleados del Hotel, quienes confirmaron lo expresado constantemente por la ofendida: que ella se encontraba bajo los efectos del licor.



Le era imperioso al Tribunal cuestionado también valorar de manera conjunta las referidas declaraciones, bajo la *“perspectiva del principio de libertad probatoria, de la ebriedad de la víctima y por esa vía de la apreciación crítica producir el análisis que correspondiera”*, pero no le era posible desconocer tales testimonios.

Adujo, en igual forma, que la regla 56, citando a **Chiesa**, indica que la pericia se puede criticar por cualquiera de los factores de apreciación probatoria en igualdad de condiciones y no sólo por el hecho de ser un medio de referencia.

iii) Vía directa: falta de aplicación del artículo 107 de la Ley 906 de 2004, frente a la responsabilidad civil.

Este cargo, también alegado por el representante de la ofendida, no tiene vocación de éxito, *“pues en verdad la liberación en condena en perjuicios al hotel donde se presentaron los hechos, no sobreviene por la declaratoria de inocencia en segunda instancia del acusado, sino porque ciertamente no se probó, no se demostró, no se acreditó la vinculación laboral”*.

Por ello, afirmó el Fiscal no recurrente, *“debe recobrar vigencia la sentencia de primera instancia, en los precisos términos en que fue producida”*.



iv) Petición subsidiaria: nulidad.

La cual debe impartirse desde la audiencia de sustentación de la apelación en el Tribunal de San Andrés, por desconocimiento de la **estructura del proceso**. Se presentó en la actuación que se estudia *“un grosero, por no decirlo de manera más fuerte, desquiciamiento del debido proceso, en tanto se pervirtió la dialéctica propia a ese tipo de actos procesales para dar cabida, en cambio y a ciencia y paciencia del Tribunal, a la intromisión de toda suerte de impropiedades y desatinos que incuestionablemente vinieron a surtir indebido efecto sustantivo en el pronunciamiento de la colegiatura de segunda instancia”*.

El punto para destacar tiene que ver con la actuación del defensor, quien para nada sustentó el recurso de apelación que interpusiera contra la sentencia de primera instancia de condena, pues en los cuarenta minutos que se tomó, expuso una serie de cuestionamientos apartados de un verdadero ataque contra tal proveído, por ello, *“le correspondía al Tribunal declarar desierto el recurso por la potísima razón de ausencia de sustentación del recurso”*; tampoco se percibió una argumentación de oposición, sólo presentó *“etéreos*



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

cánticos, de la decisión que se tiene que confrontar, que se tiene que refutar, que se tiene que contradecir”.

Son, en consecuencia, seis violaciones frontales contra el debido proceso:

(i) El defensor en la sustentación del recurso de apelación del fallo de primera instancia, presentó una hipótesis en donde la pareja, incluida la víctima, urdieron un plan para que ella fuera agredida sexualmente, para por esa vía obtener, en forma posterior, una indemnización. Sin embargo, *“más allá de lo inadmisibles y del repudio que se hace a la lógica y al sentido común, lo relevante o trascendente en punto al resquebrajamiento al debido proceso es que el Tribunal le otorgó licencia para que hiciera un alegato de apertura que, por principio e incluso regla, está reservado al inicio del juicio oral”.*

(ii) También le permitió el Juez Colegiado, discurrir sobre el manojito de llaves, las que supuestamente tenía la camarera, para demostrar que le era imposible entrar a la habitación donde pernoctaba la ofendida. *“Así, con total menosprecio por temas como la cadena de custodia y principios como el de mismidad, el Tribunal no se inmutó ante semejante despropósito pues que ni siquiera le llamó a inquietud que no fue evidencia introducida al juicio y que, en esa medida, se ofrecía un elemento espurio en cuanto desprovisto de testigo de acreditación”.*

(iii) Con el beneplácito del Juez Plural, el defensor, descubrió *“declaraciones extraproceso”*, sin que se hiciera nada



para evitar esta clase de actuaciones, desconociendo todo lo relativo a la introducción de la prueba en el juicio oral; *“de manera ostensiblemente desquiciadora del debido proceso se ofrendó reverencia a unos documentos que en sí mismos nada dicen y nada acreditan y que, ya concluido juicio oral, hicieron presencia en estado posterior, el incidente de reparación integral”*.

(iv) Fue ajena al juicio la supuesta adicción de fármacos del compañero de la víctima, como también la utilización de estudios de Medicina Legal en temas de drogadicción, *“cuando lo cierto es que no fue... materia de discusión o controversia alguna, no fue elemento que allí ingresara”*.

(v) *“Eso, señores magistrados, no es todo. Una vez más pisoteando cadena de custodia y mismidad, mágicamente el abogado saca del sombrero un teléfono, impresionando al Tribunal porque ese teléfono, y no otro, no tenía un timbre como para despertar a la huésped. Otra vez: al juicio no se introdujo como evidencia, ningún teléfono. Ninguna pericia o constatación se hizo sobre la intensidad de su timbre. Pero, con todo, lo que causa mayor perplejidad y afrenta al debido proceso, es que se dio por sentado que ese era, justamente, el aparato que estaba instalado en la habitación utilizada por la víctima y se dio como supuesto acreditado, un dislate más del fallo del segundo grado”*.

(vi) Por último, el Tribunal escuchó al inculpado como un auténtico testigo (acusado), el que jamás fue ofrecido en instancia, *“pero no a la manera de la intervención de una parte recurrente, o recorriendo un traslado en sede de defensa material... luego, por esa capital razón, no resulta admisible y sí altamente censurable que la magistrada lo recibiera en esa particular condición, al punto, extremo e insospechado, de otorgarle*



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

credibilidad por encima de la versión de la víctima, quien de acuerdo con el fuera de lugar y tardío testimonio del acusado consintió una relación sexual”.

Principios como el de preclusividad de los actos y ritos procesales fueron vulnerados por los Magistrados del Tribunal de San Andrés, pues en desconocimiento frontal de las reglas al debido proceso y su estructura, se terminó por revocar una decisión condenatoria *“con base y sustento en lo que no ocurrió en el desarrollo del caso”.*

Por lo expresado solicitó que de no acogerse la petición principal, se acuda a la subsidiaria a fin de declarar desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado y la misma recobre plena vigencia o, por otro lado, se anule lo actuado en el debate oral aludido, con el objeto de ser el propio Tribunal de origen, el que remedie tantos desatinos.

b) Procuradora Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Aclaró que exclusivamente se referiría a los cargos propuestos por el representante de la víctima.

i) Falso juicio de legalidad:



Adujo que este reproche fue presentado por el actor en la modalidad de error de derecho, por vía indirecta, porque en su criterio, se fundó la decisión controvertida, en pruebas ilegales, sobre todo, cuando se refirió al teléfono, al manajo de llaves, a una declaración extraproceso vertida por **Cristian Álvarez**, a una nueva teoría del caso y al uso de la palabra otorgada al inculpado por el Tribunal.

Recordó, en igual forma, lo expuesto por el referido profesional del derecho, cuando asumió que entre la pareja conformada por **Gloria Esperanza Marín Martínez** y **Carlos Andrés Carvajal Porras**, se realizó un “*ardid*” o complot para obtener un provecho económico a favor de ellos.

Aseveró, igualmente, que el defensor “*en apoyo a esta teoría del caso exhibió el teléfono y las llaves*”, para demostrar el escaso ruido del auricular y el hecho de no haber accedido a la habitación, sin los elementos referidos.

Afirmó, la representante del Ministerio Público, que los medios de convicción tenidos en cuenta por el Juez Colegiado, al desestimar la credibilidad a la víctima en su relato, son ciertos; por cuanto, es más fuerte la invasión de su cuerpo a la que estaba siendo sometida que el sonido de un



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

aparato y el no haberse despertado tras los “insistentes” toques en la puerta de su habitación realizados por su “ex-esposo” **Carlos Andrés Carvajal**, -atendiendo lo sostenido por esa magistratura-va contra las reglas de la experiencia y la lógica de las cosas, como lo expresó en el fallo absolutorio.

También se refirió a lo aludido por el Tribunal, sobre el contenido de la declaración del galeno **Ronald Eduardo Valencia**, quien afirmó al explicar el dictamen practicado a la ofendida a las 8 a.m., que ella no se encontraba con signos de embriaguez sino con “congestión conjuntival y aliento alcohólico”, a partir de lo cual infirieron los funcionarios que los hechos se produjeron entre las 2 y 6:20 de la mañana; luego, si hubiese estado totalmente consumida por el alcohol, los hallazgos de medicina legal tendrían que haber sido más contundentes para demostrar su alto estado de alicoramiento.

Concluyó la Procuradora, en este punto, que el tono del timbre del teléfono, no fue motivo de elucubraciones por la instancia superior, ni tampoco las vibraciones del mismo, simplemente descansó su análisis en lo narrado por la víctima.

En cuanto a las manifestaciones realizadas por el procesado en la audiencia de sustentación oral, en donde éste admitió de “manera general y parca... que sí había accedido a la víctima



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

pero que se trató de una relación consentida”, en las cuales se apoyó el Juez Plural para aceptar lo expresado por él y descartar las de la ofendida; opinó la representante de la sociedad, que erró el Tribunal no solo al tenerlas en cuenta sino al haber permitido que el inculpado las suministrara en esas *“condiciones”*, es decir, admitiendo la materialidad de la relación sexual, aunque *“consentida”*; sin embargo, recordó que todo inculpado puede declarar con base en lo consagrado en el artículo 394 del nuevo estatuto instrumental, por cuanto si aquel ofreciere testificar en su propio juicio, siempre deberá comparecer como *“testigo y bajo la gravedad del juramento”* siendo interrogado, en atención a las reglas previstas en la misma obra.

Así mismo, afirmó que los funcionarios deben hacer las prevenciones sobre la renuncia de los derechos, tal como lo disponen las normas sobre el particular y como lo entendió la Corte Constitucional; por ello, el acusado debe estar rodeado de todas las garantías en esta clase de juicios; no obstante, lo expuesto no pasó aquí, pues el Tribunal afectó el derecho a la defensa, por cuanto en la primera instancia, no se había aceptado la relación sexual entre él y la víctima.

Todo esto, en sentir de la Procuradora, es una desafortunada forma de proceder del Tribunal, quien acababa de iniciarse en el sistema acusatorio, lo cual no lo justifica, pero ello



acarrea, un manejo preciso y adecuado en las audiencias que no se tuvo; más tal actuación no es trascendente, por cuanto la sentencia discutida jamás se fundamentó para declarar la absolución del procesado, en tales elementos traídos en la diligencia de sustentación oral del recurso de apelación contra la decisión de primera instancia.

En relación con las llaves, la declaración extraprocesal de **Cristian Álvarez**, -utilizada en el incidente de reparación integral para cuestionar la condición moral de los viajeros- y la nueva “teoría del caso” expuesta por el defensor en la alzada, sobre un ardid montado por la ofendida y su pareja para sacar algún beneficio económico a la empresa, comentó la representante del Ministerio Público, que todos estos elementos no fueron tenidos en cuenta para sustentar el fallo de segundo grado, al ser “irregularidades inanes” que no tienen el carácter de pruebas, por cuanto no fueron enunciados, descubiertos, aducidos, presentados, incorporados y controvertidos, como lo disponen los artículos 371 a 441 de la Ley 906 de 2004, en las respectivas etapas procesales. Lo cual pone de patente el absurdo de pretender fincar un falso juicio de legalidad sobre unos medios que al final no lo son.

ii) Falso juicio de existencia:



Después de recordar que el cargo fue elevado por omisión probatoria, sobre los testimonios de **Omar Lugo Villa** y **Tomas Pérez Núñez**, compañeros de oficio del aquí procesado, a fin de corroborar el estado de embriaguez de la ofendida, adujo que ellos tampoco tienen efecto relevante por cuanto el Tribunal no rechazó tal argumento sino que le dedujo importancia al grado de alicoramiento.

iii) Vía directa: causal cuarta de casación.

Respecto al último cargo, sostuvo, que este tendría viabilidad de variar el sentido de la decisión impugnada. Por tanto, se adentró en el concepto del tercero civilmente responsable, para luego, informar que la sociedad TVG S.A., dueña de la razón social "*On Vacation Beach*", arrendó el inmueble donde funcionaba el Hotel. A su turno, el acusado estaba vinculado con la Cooperativa de Trabajo de nombre Funcionar Oc y, en ese orden, las dos empresas aludidas, tenían un acuerdo de aceptación de oferta mercantil, en donde, la segunda, proveía de personal, a la primera, para realizar sus metas laborales.

Además, el incidente de reparación no se elevó contra el procesado sino en desfavor de la empresa dueña del hotel, la cual no fue sentenciada, como tampoco se demostró la



relación de subordinación entre ésta y la Firma Funcionar y menos se vinculó por parte del interesado.

Si bien el demandante adujo que el suministro del personal era ilegal por no estar permitido por el Decreto 4588 de 2006 -prohibición de practicas de intermediación laboral por parte de las Cooperativas-, con lo cual, supuso el libelista la existencia de una relación de subordinación entre TVG y el inculpado, la empresa dueña del Hotel debía entrar a cancelar todos los perjuicios ocasionados por el reato.

En criterio de la Delegada, ello no es del todo cierto, por cuanto, lo verdaderamente relevante para establecer la legitimación laboral entre las partes, era la relación de dependencia en la que el procesado se encontraba respecto de la Sociedad Anónima, motivo por el cual, la Firma estaba obligada, para efectos de la responsabilidad civil, a la vigilancia, cuidado y control del acusado, entonces, ha debido constatar el libelista la imputación, el daño causado y el monto del mismo; por tanto, como el vínculo de dependencia no se demostró, su pretensión debería desestimarse.

c) Defensor de Esteban Gutiérrez Martiliano y apoderado de la Sociedad Anónima TVG, S.A., vinculada al proceso en calidad de Tercero civilmente responsable.



El 23 de febrero de 2010, el anterior abogado sustituyó el poder a otro profesional del derecho, quien actuó en sede extraordinaria a favor del procesado y de la Firma demandada.

En atención, al **primer cargo**, elevado por el representante de la víctima, estimó que no se nombró un perito para determinar el valor requerido por la causal cuarta de casación. Por otra parte, el Juez de conocimiento, al analizar las pruebas, concluyó que la Sociedad cuestionada no tenía la posición de garante⁶, ni reunía las calidades para ser vinculada como tercero civilmente responsable, menos aún le asistía interés y razón al libelista, por cuanto, dejó de vincular al inculpado, en el incidente de reparación integral.

Respecto al **segundo ataque**, la actuación del defensor no constituye ninguna irregularidad, pues tal proceder es el que recomiendan en los diplomados sobre técnicas de expresión (oral-corporal) y, como es obvio, la sustentación de un recurso debe contener el ejercicio pleno que lo integra, al que jamás deberá imponerse límites.

⁶ Citó el togado una jurisprudencia de esta Sala de 27 de julio de 2006, (25.536), con el fin de apoyar su tesis, en el sentido que el demandante no demostró la posición de garante.



La decisión del Tribunal de San Andrés, se fundó en las reglas de la experiencia y la sana crítica, por ser el relato –en palabras del no recurrente– inverosímil, si se tiene presente el testimonio idóneo del médico rendido en el juicio y el cual no fue objetado, por cuanto, no existía plena prueba del estado de inconsciencia de la víctima.

Sostuvo, además, que como la demanda fue superada, la Sala no debe concentrarse en resolver las irregularidades propuestas, sino en verificar si el procesado cometió el acto punible sin el consentimiento de la víctima o si ella se encontraba en estado de abstracción al momento de los hechos, lo cual, no se demostró; en esas condiciones, no se puede condenar a una persona por un acto permitido y menos, a una empresa.

Sobre la **tercera censura**, para el defensor y apoderado de la Firma, el ataque esta destinado al fracaso por yerros de técnica, en el sentido que la casación no es una tercera instancia, al no haber demostrado el demandante cómo el Tribunal vulneró las leyes de la lógica, de la ciencia o las reglas de la experiencia y cómo se desconocieron los postulados de la sana crítica⁷.

⁷ La ausencia de técnica en casación, motivo de inconformidad del apoderado de la Sociedad y al mismo tiempo defensor, la basó en decisiones –según afirmó– de esta Sala de 25 de junio y 5 de diciembre de 2002; 3 de mayo de 2001 y 24 de junio de 1997; sin explicitar los radicados que las identifican, como era su deber.



Por lo expresado, solicitó a la Corte desestimar los cargos propuestos en el libelo y, en consecuencia, no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Glosas previas:

a) La Corte advierte que al haber sido admitidas las demandas de casación en lo atinente a los cargos elevados, se superaron los múltiples, misceláneos, complejos y significativos defectos lógico argumentativos exhibidos en ellas, con el exclusivo propósito de analizar a fondo las **posibles** falencias a las garantías fundamentales constitucionales materializadas en las instancias, sin que lo precedente (casar el fallo por ejemplo), irremediablemente desencadene en su declaratoria, máxime si se constata todo lo contrario; es decir, que no se presentó ninguna afrenta o vulneración de entidad trascendente establecida por la ley y desarrollada por la jurisprudencia.

Del mismo modo, resulta nítido, que al superar la Corte los defectos lógico-argumentativos detectados en una o varias censuras, se habilita a las partes para que confronten



y examinen el fondo del asunto planteado en las demandas con la ley, la Constitución y de ser posible, con el bloque de constitucionalidad. Insistir en traer a colación temas referidos a la debida motivación para proponer al final desestimar los ataques, implica -de manera abrupta- desconocer los avances de la jurisprudencia y la garantía a los derechos de los demás intervinientes; pudiéndose generar -en algunos casos- la ausencia de sustentación requerida, a la que están por ley obligadas las partes, como cuando después de franqueados los defectos, el recurrente se dedica a suplirlos en la respectiva audiencia, olvidando la esencia del asunto.

b) Por otro lado, es importante explicar, que la Sala **declarará desierto el recurso de casación** elevado por el Procurador Judicial Penal II No. 85 de San Andrés, por cuanto no fue sustentado por ningún funcionario vinculado con el Ministerio Público. En efecto, la Procuradora Delegada ante la Corte, en principio, indicó que no era de su resorte sustentar la demanda por cuanto el recurrente solicitó en su reemplazo a otro titular de ese organismo y además -y esto es de mayor importancia-, en su discernimiento las censuras no tienen vocación de prosperidad, con lo cual, de llegar a respaldar ella el libelo, no se preservaría la unidad de criterio institucional; por tal razón, citó la aludida



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

funcionaria⁸ la sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional y la resolución del ente de control señalada.

Ahora bien: se debe aclarar que el referido fallo de constitucionalidad traído por la Delegada, nada tiene que ver con el concepto pregonado por ella misma de unidad de criterio institucional, pues allí se declararon exequibles algunas expresiones contenidas en la Ley 906 de 2004, artículos 8, 1^o; 142,1; 288,2; 348,2; 350,2 y 449,2; no relacionadas con el tema puesto a estudio.

En cuanto a la Resolución emanada por el *Procurador General de la Nación*, en la parte resolutive, se plasmó:

“1. En los procesos de competencia de la Sala Penal del la Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con el procedimiento consagrado en la Ley 906 de 2004, la intervención se efectuará a través de las Procuradurías Delegadas para la Casación Penal y las Procuradurías Delegadas para la investigación y Juzgamiento Penal.

2. Cuando el recurso extraordinario de casación, el ordinario de apelación o la demanda de acción de revisión, sean interpuestos por el Ministerio Público, el

⁸ En el minuto 07:15, de la audiencia de sustentación oral realizada ante la Sala.

⁹ Así por ejemplo, el primer punto resuelto por la Corte Constitucional se refirió a la exequibilidad de *“la expresión ‘Renunciar a los derechos contemplados en los literales k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente y voluntaria y debidamente informada’... contenida en el numeral 1) del artículo 8 de la Ley 906 de 2004”*. Por otro lado, se mantuvo en lo resuelto con base en la sentencia C-673 de 2005, en cuanto a la dicción *“De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos en la audiencia ante el juez de control de garantías”* (221,2) y se inhibió respecto a los vocablos *“incluso particulares”* y *“el particular”* (242, 1 y 2).



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

Procurador Delegado a quien corresponda, decidirá si la sustentación oral del recurso o el trámite de la acción de revisión debe realizarla el procurador judicial recurrente o demandante.

3. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación”.

Siendo ello así, la representante del Ministerio Público a su arbitrio podía sustentar o no la demanda confeccionada por el Procurador de San Andrés, con base en esa decisión administrativa y desistir de tal deber institucional, por oposición de criterios entre funcionarios vinculados a la misma entidad; sin embargo, cuando se le concedió la palabra en atención a la intervención de las partes no recurrentes, sostuvo que, como en el presente caso, por lo menos dos de las censuras, de cada uno de los libelos seleccionados, participan de iguales argumentos o coinciden en sus aspectos esenciales, se pronunciaría sobre todos los reproches a la sentencia admitidos por la Sala, los que ameritan –en su criterio- un pronunciamiento en “conjunto”.

Tal aseveración resulta confusa para la Sala, pues por un lado, la Delegada desiste de avalar el libelo de su par corporativo por cuestiones de diversidad de juicios y, por el otro, pretende –a pesar de haberse relevado del asunto- asumir la carga, pero desde el ala de los no recurrentes, razonamiento que pugna contra el postulado de no contradicción al no poder determinarse, con exactitud, en cuál extremo procesal planea hacer valer sus



consideraciones jurídicas; con el ingrediente sustancial, de ser disímiles, en este sentido, sus argumentos carecerían de sentido, si es que -de verdad- en el fondo, está en discrepancia con lo esbozado por el libelista.

El asunto no es de poca monta, como podría entenderse, por cuanto, en un mismo plano hermenéutico, se intenta hacer converger actuaciones excluyentes, exclusivas y antagónicas; entre otras cosas, se estarían convalidando unos ataques con los que no se está de acuerdo, tanto así, que la solicitud final esgrimida por la señora Delegada -en ejercicio del derecho de contradicción- fue la de que se desestimaran todos los cargos.

Lo anterior, aunado a las fallas institucionales del Ministerio Público, demuestra que se incumplió con el deber legal requerido por el artículo 184, inciso final, de la Ley 906 de 2004. Motivos más que suficientes -se repite- para declarar desierto el recurso de casación impetrado por el Procurador recurrente, tal como se hará, en la parte respectiva del presente proveído.

c) Hasta este momento, cuenta la Sala con los elementos de discernimiento condensados en la demanda presentada por el representante de la víctima, la sustentación de la misma en sede extraordinaria y los argumentos expuestos en



calidad de no recurrentes por el Fiscal Delegado, la Procuradora Tercera, el defensor de **Esteban Gutiérrez Martiliano** y, a la vez, apoderado del tercero civilmente responsable, **Sociedad Anónima TVG, S.A.**

Por otro lado, para la Sala es imperioso constatar el desarrollo tanto de la audiencia preparatoria como del inicio, transcurso y finalización del juicio oral, para luego, examinar las motivaciones expuestas en los fallos (condenatorio del Juez y absolutorio del Tribunal), con el inmediato objeto de adquirir un panorama jurídico integral y exhaustivo sobre lo acontecido en instancias y, por ese camino epistemológico, confrontar la legalidad del proceso demandada, con base en lo expuesto por los diversos intervinientes en casación.

2. Actuación en instancias:

i) Fiscalía:

Cuando el instructor presenta escrito de acusación, debe acompañarlo de aquellos elementos materiales probatorios en los que apoya su pretensión condenatoria, junto con la evidencia física -si la hay- o la información que en forma legal se hubiese conseguido; a fin de matricularse al debate oral, con pautas de juicio serias y con nítida probabilidad de verdad,



respecto a la real ocurrencia de los actos antijurídicos y, como es obvio, de la indudable responsabilidad penal del inculpado, ubicando a los posibles infractores de las normas penales, en alguno de los grados de participación, determinados en la ley.

a) Siendo ello así, el **escrito de acusación** fue entregado por el *Fiscal 50 Seccional de San Andrés*, el 20 de junio de 2008, anexando al mismo una relación de testigos, algunos elementos materiales probatorios e información, también allegó, la identificación del acusado, el informe técnico médico legal, sexológico practicado a **Gloria Esperanza Marín Martínez**, un acta de inspección al lugar, el interrogatorio del indiciado, el diagnóstico clínico de embriaguez y un álbum fotográfico. Del mismo modo, trasladó un certificado de ausencia de antecedentes penales expedido por el DAS, a favor del procesado.

ii) Juez de Conocimiento:

b) Con base en ello, el 2 de julio de 2008, se llevó a término la **formulación de acusación**, elevada por el Fiscal aludido ante el *Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad*.

c) La **audiencia preparatoria**, por motivos de inasistencia y excusa de algunos de los intervinientes, se adelantó en cuatro sesiones.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

El 16 de julio de 2008, culminó la primera parte, a la que no asistió el procesado, en donde la **Fiscalía** solicitó para sustentar su pretensión, la práctica de las siguientes pruebas y testimonios: **1)** Jhon Fredy Álvarez López, **2)** Alejandra María Álvarez Pérez, **3)** Diana María Delgado Saavedra, **4)** Carlos Gerardo Leguizamon Velásquez (compañeros de viaje de la ofendida); **5)** Omar Lugo Villa, **6)** Cristian de Jesús Álvarez Insignares, **7)** Samir Isabel William Vislan (empleados del hotel On Vacation); **8)** César Yesid Tibaquirá García, **9)** Dalmiro de Jesús Ladeuth Ospino, **10)** Juan Carlos Araque (funcionarios de Policía Judicial); **11)** Ronald Eduardo Valencia (Médico rural, quien realizó el examen sexológico y el diagnóstico clínico de embriaguez a la víctima), **12)** Carlos Andrés Carvajal Porras (compañero permanente de la ofendida) y, **13)** a Gloria Esperanza Marín Martínez .

El **Defensor** solicitó los siguientes testimonios: **1)** Tomas Emilio Peña Pérez, **2)** José Antonio Rodríguez Robles (quien laboró en Medicina Legal), **3)** Dolana Navas Nival (actual médico legista) y, **4)** el de la víctima.

El Juez de conocimiento aceptó todos los medios peticionados por el Fiscal y negó dos de los solicitados por el profesional del derecho en representación del imputado, ante lo



cual se produjo la interposición del **recurso de apelación** por negación de pruebas, el que fue resuelto por el Tribunal de San Andrés.

En efecto, el presente caso fue conocido en segunda instancia, por la misma Magistrada Ponente -del fallo absolutorio- quien -en ésta previa oportunidad- resolvió la alzada sobre la exclusión de dos testimonios de médicos con experiencia en temas legistas, solicitados en la audiencia preparatoria por el letrado; y que, en su momento, fueron descartados por el funcionario judicial, por considerarlos impertinentes.

Siendo ello así, el Juez Plural, -una vez escuchó a las partes- anunció que el perito debe ser solicitado como experto en determinada materia, más no es viable pedir su declaración como testigo; por esa circunstancia le negó las pruebas exigidas, por haber sido requeridas en el segundo evento que jamás ostentan, por cuanto no tuvieron conocimiento directo de los hechos. Con base en ello, afirmaron los funcionarios, la desigualdad de armas entre los intervinientes, pregonada por el recurrente, en estas condiciones, no se acopla a la realidad procesal, pues la defensa puede valerse del perito (médico rural) admitido por el Juez para conainterrogarlo, por ser quien practicó los exámenes referidos.



d) El **juicio oral**, se inició el 20 de octubre de 2008, a las 9:40 de la mañana, una vez decidida la divergencia probatoria por parte de la segunda instancia.

El Fiscal, en uso de la palabra, indicó que su **teoría del caso**, estaba orientada a demostrar al señor Juez, la responsabilidad penal del inculpado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, más allá de toda duda razonable, por cuanto consumó el delito de acceso carnal abusivo con la señora **Gloria Esperanza Marín Martínez**, quien se encontraba en incapacidad de resistir. Por su parte, el defensor afirmó que el punible endilgado a su representado, no se realizó como lo sostuvo el instructor, pues la víctima nunca estuvo *“en un sueño profundo”*.

Allí se controvirtieron los testimonios requeridos por la Fiscalía: **1)** Omar Lugo Villa, **2)** Samirna Isabel Williams Vislan, **3)** César Yesid Tibaquirá, **4)** Dalmiro de Jesús Ladeuth Ospino, **5)** Juan Carlos Araque Herrera, **6)** Ronald Eduardo Valencia Jiménez. Al defensor le admitieron el de **Tomas Emilio Pérez Núñez** y el de la víctima, coincidiendo en ese último, con el primero de los nombrados.

En los **alegatos finales**, tanto el ente acusador, como el representante de la víctima y el Procurador Judicial,



peticionaron fallo de carácter condenatorio por cumplirse a cabalidad el contenido del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

El primero, aclaró que no se estaba debatiendo ningún estado de alicoramiento sino el sueño profundo en el que se encontraba **Gloria Esperanza**, causado por alguna ingesta de bebidas embriagantes; por ello, se tenía que responsabilizar al procesado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, del delito consagrado en el artículo 210 del Código Penal, a título de autor, atendiendo la valoración realizada por el citado funcionario de los diversos testimonios practicados en el juicio oral.

El abogado de la agraviada, indicó, entre otras cosas, que el imputado ideó todo un plan criminal para sacar del camino a **Carlos Andrés Carvajal Porras**, su cónyuge y, por esa vía, lograr accederla carnalmente. Finalmente, el Procurador sostuvo que, se le debía otorgar total credibilidad al testimonio de la ofendida **Gloria Esperanza**, por cuanto convergían los indicios de capacidad y oportunidad para delinquir contra el enjuiciado.

Destacó, además, que el médico “legista” más bien rural, Doctor **Ronald Eduardo Valencia Jiménez**, era una persona “inexperta” en la práctica de dictámenes legales, al haber cometido “errores elementales”, en las dos pericias, que ameritaban ser



examinados a fondo, para no perpetrar errores de mayor relevancia jurídica.

El defensor, a su turno, indicó que las diversas pruebas no eran contundentes, por cuanto los testigos, no fueron “presenciales” de los hechos ilícitos, e incluso, el acceso fue consciente y sin *“intención de hacer daño, sino voluntad propia de las partes”*.

Después de un receso de dos horas, el Juez de conocimiento anunció que el sentido del fallo sería de carácter **condenatorio**, para luego continuar con la respectiva audiencia de **individualización de la pena**, a la que le adicionó, lo resuelto también por él, respecto al incidente de reparación integral.

3. Resumen de la sentencia proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de San Andrés y Providencia.

Al referirse a los elementos que estructuran el injusto, indicó que la **tipicidad** estaba dada por la conducta desplegada por el inculpado, la cual se acoplaba a lo descrito en el artículo 210 de la Ley 599 de 2000.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

En punto de la **antijuridicidad**, observó que los actos consumados por **Esteban Gutiérrez Mariliano**, vulneraron el bien jurídico de la libertad, intimidad y formación sexuales, sin que lo amparara alguna causal de ausencia de responsabilidad de las previstas en el artículo 32 de la obra sustancial citada.

Al referirse a la **imputabilidad**, sostuvo que en el transcurso procesal, nunca se alegó o existe prueba sobre alguna deficiencia física o psíquica presente en **Esteban Gutiérrez Mariliano**, persona mayor de 21 años.

En cuanto a la **culpabilidad**, hizo alusión a los presupuestos necesarios para dictar fallo condenatorio, en donde se requiere del convencimiento más allá de toda duda acerca del punible imputado y del compromiso penal del acusado; fundados, como es obvio, en las pruebas admitidas y controvertidas en el juicio.

Por tanto, se practicaron en la audiencia de juzgamiento, los testimonios de **Omar Lugo Villa**, **Samirna Williams**, **Damiro Ladeos Espino**, **Gloria Esperanza Marín Martínez** y **Tomás Pérez Núñez**; y se incorporó como evidencia física por parte de **César Tibaquirá** el acta de inspección al sitio de los hechos, por **Juan Carlos Araque Herrera** el álbum fotográfico y el galeno **Eduardo Valencia**, concentró en el juicio, el examen



sexológico, reconocimiento médico legal y diagnóstico clínico de embriaguez realizados a la ofendida **Gloria Esperanza Marín Martínez**.

Una vez extractó los aspectos cardinales de los testimonios y de la evidencia física recaudada, indicó que los citados medios lo llevaron al convencimiento –más allá de toda duda- sobre la responsabilidad penal del acusado, con base en los siguientes presupuestos:

El declarante **Omar Lugo Villa**, resaltó que *“vio a la señora Gloria Esperanza que estaba llorando, agobiada, desesperada, [que] en ningún momento... observó a la señora Gloria... hablar con el señor Esteban... Expresa de igual forma, que el día 26 de enero de 2008, estaba laborando el señor en el horario de 11 p.m a 7 a.m., de auditor nocturno de la parte contable y dentro de las funciones del señor Esteban tenía acceso y disponibilidad a las llaves de las habitaciones, es más, recibía las llaves de los huéspedes del Hotel”*.

Samirna Williams, por su parte, manifestó que el día de los acontecimientos estaba laborando en el Hotel y al terminar sus labores le recibió el turno a **Cristian Insignares** a las 11 de la noche, por cuanto **Esteban** –quien le correspondía estar pendiente- llegó 15 minutos tarde; por ello, le entregó las llaves de las camareras de los pisos, de las cajillas de seguridad, de la administración, de la cocina y de mantenimiento, entre otros elementos. La declarante salió de su trabajo después de hacer la



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

transferencia de sus funciones al mentado empleado, por ello, no sabe qué pasó esa madrugada.

Así mismo, indicó que **Esteban** tenía que desempeñar los trabajos de auditoria nocturna, aclarando que él *“si tiene acceso a las llaves de las habitaciones; ese acceso consiste en que cuando un huésped dice que se le quedaron las llaves de la habitación, llegan a la habitación y le abran para que recupere sus llaves, pero no se le puede entregar el manojito de llaves a la camarera directamente o al huésped, porque hay unas llaves de otras habitaciones que también les causarían problemas, es la única forma que tiene acceso a las llaves”*.

Dalmiro Ospina, manifestó que como actos urgentes le hizo una entrevista al procesado quien *“le dijo que había cometido el abuso”* pero con el consentimiento de **Gloria**, pues el esposo bajó y al regresar se quedó dormido y **Esteban** le ofreció la habitación 510, porque las llaves se las había llevado la aseo.

Tomás Emilio Pérez Núñez, comunicó que el día 26 trabajó de 3 de la tarde a 11 de la noche, después fue con los viajeros a un bar a buscar más licor y observó a la señora **Gloria** conversar con **Esteban** *“por espacio de cuatro minutos pero no alcanzó a escuchar lo que hablaban... relata que cuando estuvo con la señora Gloria... no estaba en estado de embriaguez tan alto pero si estaba tomada”*.

Luego, el Juez detalló la evidencia física aportada en el juicio, como el acta de inspección al lugar, el álbum



fotográfico, el examen sexológico (en donde el médico no anotó conclusiones sino equis), el diagnóstico clínico de embriaguez (en el cual halló disartria discreta, rubicundez y congestión conjuntival, como algunos de los síntomas que presenta la persona embriagada); sin que le hubiese realizado examen sanguíneo para establecer el grado exacto de alicoramamiento. Con base en lo precedente, *“estableció el diagnóstico de embriaguez en forma negativa, porque no se encontraba en el momento, ningún otro signo que indicara que al momento de hacerse el examen estaba embriagada”*.

A su turno, le imprimió credibilidad a la narración de los hechos realizada por la víctima, dando por sentado la ingesta continua de licor, el trasnocho, la hora en la que decidió acostarse, la decisión de su esposo de bajar a seguir tomando bebidas embriagantes, el estar sola en su habitación presa de *“un sueño profundo”*, el haber escuchado el ruido del timbre del teléfono y despertarse al momento que **Esteban Gutiérrez Martiliano**, se encontraba abusando de ella. Al sonar el aparato el procesado lo descolgó y salió inmediatamente, sin poder determinar cómo ingresó y cuánto tiempo se quedó en el cuarto.

Para el juzgador, si bien es claro, no existió ningún testigo presencial de los actos ilícitos y teniendo en cuenta que el acusado jamás acudió al juicio oral para brindar su versión



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

sobre los acontecimientos y permitir –por esa vía- que fuese cuestionado al respecto; ello no es impedimento para *“tildar lo dicho por la señora Esperanza como fantasioso ya que si observamos y analizamos las declaraciones de los señores Omar Lugo y Tomás Pérez Núñez, vemos, que de una forma clara y coherente relatan que la señora Gloria Esperanza Marín había ingerido licor fuerte en todo el día, estaba un poco tomada (Pérez)... y embriagada, somnolienta (Lugo); lo que demuestra que la señora Gloria Esperanza si estaba bajo los efectos del alcohol y, como ella misma lo relató, cuando ingiere bebidas alcohólicas le produce sueño profundo hasta el punto de no saber nada a su alrededor”*.

También adujo que **Samirna William y Omar Lugo**, atestiguaron que el auditor nocturno tiene *“acceso a las llaves de todas las habitaciones y vemos que esta situación es aprovechada por el señor Esteban Gutiérrez para ingresar a la habitación 507, donde estaba la señora Gloria Esperanza y efectuar los actos que se le indagan por medio de la Fiscalía, y es que la señora Gloria Esperanza en su relato hace un señalamiento directo, claro, preciso del señor Esteban como la persona que utiliza una camisa azul en recepción y es la misma que estaba encima de ella el día 26 de enero de 2008, en su habitación 507, por lo tanto el señor Esteban no es ajeno a los hechos ocurridos. Por el contrario tuvo una participación activa en ella y siendo auditor del hotel y recepcionista abandonó el lugar de trabajo para acudir a la habitación 507”*.

De acuerdo con la evidencia etiquetada con los números 1 y 2, concluyó el fallador que no hubo violencia sobre la puerta de acceso al cuarto donde se hallaba la víctima, *“lo cual le indica al Despacho que el señor Esteban Gutiérrez Martiliano, ingresó a la habitación 507 con las llaves que estaban bajo su cuidado y responsabilidad; esas llaves estaban en la recepción del Hotel On Vacation: evidencias éstas, que guardan relación con lo dicho por los señores Omar Lugo Y Samirna Williams, en el sentido de que el señor Esteban tiene acceso, dominio sobre la llaves de las habitaciones”*.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

Respecto al examen **sexológico** allegado al juicio por el médico **Valencia**, el cual en su testimonio dijo que no había sacado ninguna conclusión, por cuanto los resultados de la *“frotis vaginal no habían sido entregado (sic), porque llegaron posteriormente al rendimiento del primer reconocimiento médico legal... no obstante el médico afirma que se encontró semen o espermatozoide en la vagina o partes íntimas de la señora Gloria Esperanza Marín Martínez, por ser esta prueba incompleta no puede tenerse en cuenta por parte de este fallador judicial”*.

Acerca del dictamen de **embriaguez**, adujo el funcionario:

“si bien es cierto en ese diagnóstico... se consignó que era negativo, no es menos cierto que no se hizo un examen profundo o muestra de laboratorio para determinar con exactitud el grado de alicoramamiento que presentaba la señora Gloria Marín; el diagnóstico refleja que hay una (sic) síntoma de embriaguez... pero esa prueba debe mirarse muy detenidamente y no en forma aislada, debe mirarse con las declaraciones como se dijo anteriormente de Omar Lugo y Tomás Pérez, quienes en forma clara expresaron que como a las 2 y 3:30 de la mañana cuando la señora Gloria... estaba en el Hotel y, en la recepción, ella se encontraba o estaba embriagada, somnolienta, por lo tanto, aunque el diagnóstico refleja negativo, las... probanzas reflejan que la señora Gloria... si había ingerido bebidas etílicas y según ella misma en su dicho en un grado que no estaba acostumbrada y esto la colocó en un estado profundo, situación esta que fue aprovechada por... Esteban... [Por tanto] las probanzas allegadas y enunciadas fulminan al procesado y lo hacen responsable de la comisión de la conducta de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir... además de lo anterior, vemos que el testigo de la defensa no logró



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

desvirtuar lo dicho en los artículo 7 y 381, por el contrario, con su relato se logró establecer el estado de embriaguez en que se encontraba la señora Gloria... el togado no probó su dicho de que el señor Esteban accedió a la señora Gloria... en forma voluntaria y consentida”.

En cuanto a la **punibilidad**, el Juez aplicó el artículo 210 de la Ley 599 de 2000, identificado como acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, al cual le aumentó la tercera parte respecto del mínimo, con base en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004; estableciendo el ámbito de punibilidad en 20 meses, por ello, ubicó el primer cuarto entre los guarismos 64 a 84, el que seleccionó teniendo en cuenta que el inculpado no tenía antecedentes penales. Con todo, le impuso como pena de prisión el mínimo allí previsto: **64 meses** y sin derecho a ningún subrogado, los cuales anunció hacer efectivos, una vez estuviera ejecutoriado el fallo.

Por otra parte, como en el incidente de reparación integral no se vinculó al procesado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, *“por lo tanto, este fallador judicial no lo condenará a daños y perjuicios”.*

Tampoco condenó a la sociedad anónima TVG ni al Hotel On Vacation Beach, vinculadas en el incidente de reparación integral en calidad de terceros civilmente responsables,



por cuanto fueron absueltas de los posibles daños materiales o morales: decisión que incorporó a la sentencia, objeto de estudio.

4. Incidente de reparación:

El 4 de noviembre de 2008, el apoderado de la víctima presentó escrito de apertura de incidente de reparación integral, donde solicitó la cancelación por parte del tercero civilmente responsable de los perjuicios ocasionados con el injusto, motivo por el cual, se debía llamar a la Firma TVG., S.A., conforme al trámite dispuesto en los artículos 102 a 108 de la Ley 906 de 2004.

Sustentó su petición por **daños materiales** en la suma de \$ **32'507.000** de pesos, discriminados en tiquetes aéreos, hospedaje, alimentación y hoteles en la Isla, así como en un contrato que signó con su psicóloga y otro con su abogado de confianza.

Estimó, en igual forma, por **daños morales**, el equivalente a moneda nacional de **mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes**, sustentados en las graves secuelas



subjetivas que viene padeciendo la ofendida como consecuencia de los actos ilícitos realizados en su cuerpo y salud, que lesionaron su autoestima, capacidad lúdica y vida en relación, entendiendo que la *“mujer violada sufre una invasión total de su integridad física y psíquica, un desgarramiento de su intimidad y su dignidad... siente vergüenza y culpa, pero también la inseguridad, los miedos y las fobias la afectan y condicionan todos los aspectos de su vida”*.

El 18 de diciembre de 2008, el funcionario de conocimiento realizó la respectiva audiencia de reparación integral: allí consta que los intervinientes no realizaron acuerdo conciliatorio alguno. En la misma diligencia, el Juez negó las medidas cautelares, el llamamiento en garantía de la Compañía de Seguros Mapfre Colombia solicitado por el defensor y la concesión del recurso de apelación; por otro lado, practicó las pruebas solicitadas por las partes y escuchó los alegatos expuestos por las mismas.

El 11 de febrero de 2009, el Juez **resolvió: 1) absolver a la Sociedad TVG, S.A.**, como civilmente responsable de las pretensiones incoadas por el apoderado de la víctima, **2) incorporar esta decisión al fallo condenatorio** y **3) no decretó el embargo y secuestro de bienes.**



5. Comprobación de las falencias demandadas:

La Sala continuará estudiando si los desatinos aducidos tuvieron ocurrencia en el desarrollo de la alzada, para después, una vez acoplados a la sustentación del libelo y sopesados en relación con los alegatos de los no recurrentes, entrar a decidir lo que en derecho corresponda, constatando, como es obvio, la ineludible trascendencia de los yerros motivados, en ilación con la declaración de absolución proferida por los funcionarios de segundo nivel.

5.1. Apelación del fallo condenatorio: audiencia de sustentación oral realizada ante el Tribunal de San Andrés.

Se llevó a cabo el 3 de marzo de 2009, allí intervinieron como **recurrentes** el defensor y el representante de la víctima; las partes restantes -Fiscal y Procurador Judicial- no hicieron uso de ese derecho. Se aclara que al inculpado **Esteban Gutiérrez Martilliano**, la magistrada le concedió el uso de la palabra, al final de la diligencia.

a) Exposición del abogado defensor.



Previo a resumir sus cuestionamientos contra el fallo de primera instancia, debe aclararse que sólo se extractarán aquellos aspectos de mayor relevancia jurídica relacionados con el recurso de casación; no sin antes aclarar que, la Magistrada Ponente, le concedió el uso de la palabra, desde el record **5:34**, registrado en el CD-R número 14 y por más de 40 minutos.

i) La pareja conformada por **Gloria Esperanza** y **Carlos Andrés**, no estaban casados y desde la ocurrencia de los hechos, no convivían en unión libre, como se controvertió en el incidente de reparación integral.

ii) Contrario a lo expuesto por el Fiscal, ninguna persona fue testigo presencial de los hechos ilícitos.

iii) Al procesado se le violó el derecho de defensa, afirmando que los anteriores abogados no presentaron ninguna teoría del caso.

iv) Por este motivo, el recurrente pidió permiso a los Magistrados para exponer una nueva teoría del caso, visible en el minuto 18:20 de su exposición. Así lo soportó el letrado: “(...) y yo con todo respeto le pido a la Sala, a los Honorables Magistrados,



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

a quien preside esta audiencia, que así sea tardíamente, pero yo traigo una teoría del caso, consistente...”.

v) Cuestionó, igualmente el defensor, al perito, por cuanto en instancia, fue descalificado porque no tenía ninguna experiencia en esta clase de dictámenes.

vi) Desde el minuto **26:49** segundos hasta el **27:16**, el defensor exhibió un manajo de llaves, el cual pasó de su mano derecha a la izquierda y levantó para mostrarlo tanto a los funcionarios como al público en general e indicó: “se profirió el fallo condenatorio como si fuera cierto que el condenado hubiera tenido el dominio de la llave de la habitación de la presuntamente abusada señora Gloria Esperanza Marín Martínez, y entre los actos urgentes que se adelantaron, entre la acuciosidad con que se procedió por parte de la policía, nunca se acudió a las llaves. Yo me imagino una persona buscando para violar a alguien quien con un manajo de llaves en medio de la noche haciendo ruido y molestando. Así se mantienen las llaves que manejan la camareras, porque la llave que había de la habitación, ellos la habían dejado dentro de la habitación, la esposa, la cónyuge -que no lo eran-, le dijo, lleve la llave y él dijo no, es que me voy a tomar trago, eso es lo que dicen, eso no es cierto”. (Record 26:30 a 27:20).

vii) En el minuto 36:19, aseveró el defensor recurrente:

“(…) y cuando llegaron los agentes que hicieron las actuaciones urgentes, hicieron entre otras, el levantamiento de ese álbum fotográfico, que en la toma



cuatro nos muestra como -la mesa de la que la señora habla y en la cual presuntamente estaría el teléfono-, estaba a una distancia, puede ser de 60, 80 centímetros de la cama; qué representa esto, que una persona que estuviera en la cama, teniendo una relación sexual para quitar el teléfono, para descolgarlo, no procedería como la señora dice que lo descolgó y lo dejó descolgado y después se bajo de ella, sino que tendría que haberse bajado para pasar allá, salvo que tenga un brazo de dos metros, que no existe... Pero lo más notable de la prueba... de la fiscalía es que aquí se muestra, su señoría, como el teléfono no estaba encima de la mesita, estaba en el entrepaño inferior; perdónenme [se levanta el expositor por varios segundos (37:03 a 37:44) para señalarle a los magistrados una fotografía] y además no estaba descolgado estaba colgado. Pero si esto no nos basta, sucede que la policía al adelantar los actos urgentes -con base en la versión de la señora- de que el abusador había tomado el teléfono... toma unas muestras... de huellas del teléfono, pero nunca se hizo el cotejo, porque ese iba a mostrar que este señor nunca lo tocó, es que no lo podía tocar, tal como les he señalado, le quedaba físicamente imposible, en las condiciones que la señora relata su versión, que tocara el teléfono, que lo tomara, que lo tirara y que no apareciera colgado”.

viii) A partir del minuto 38:52 segundos hasta el 39:37, el abogado descubrió un aparato telefónico, el cual llevó de mano en mano (izquierda y derecha, viceversa) varias veces, levantó y descolgó el auricular y dentro de tal lapso expuso:

Inicio: 35:42 minutos: “Pero además se habló del fuerte sonido del teléfono y nadie, nadie, hizo una prueba del sonido del teléfono. Aquí está el teléfono, yo la hice, claro la hice solo, me hice el ejercicio de hacer la prueba del teléfono, no tiene manera de aumentarle volumen. Este es el teléfono y esta así negro porque es parte del trabajo que hizo la Sijin, el laboratorio móvil, para tomar



las huellas del señor que nunca cotejó, para demostrar que efectivamente no tocó el teléfono y el sonido que arroja este aparato, es un sonido, corriente, moderado, bajo; total de que la afirmación de la señora tampoco es cierta y no está constatado ni que él lo hubiera cogido, ni se puede inferir razonablemente, a partir de las circunstancias y de la misma prueba que muestra el expediente, que él hubiera podido coger ese teléfono para descolgarlo y después bajarse". (Final: 39:45).

ix) Luego, se refirió a las sábanas:

38:49: *"Pero además la policía en los actos urgentes, desplegó toda la acuciosidad y toda la diligencia para verificar si en las sábanas había muestra de líquido seminal y no encontró nada y la sábana es blanca -y en las condiciones en que la señora relata que ocurrieron los hechos- hubiera tenido necesariamente que al bajarse para descolgar el teléfono, untar las sábanas, no porque quisiera sino porque eso sería lo que resultaría de una actuación... no es cierto pues, todo lo que manifestara la presunta víctima en esta actuación, logró engañar a muchos, logró engañar a la gente".*

x) Nuevamente, el defensor exhibió el **manejo de llaves, desde el minuto **43:03 al 43:58**: las levantó con la mano derecha, las pasó a la izquierda, las bajó, alzó, exaltó y en el entretanto, expuso lo siguiente:**

"(...) las llaves que manejan las camareras no le fueron entregadas esa noche al señor Gutiérrez Martilliano, porque quien recibió el turno fue el señor Cristian Álvarez, este no sabía [señaló al procesado] además esta es una actividad más de botones, que de auditor que era la que él tenía; pero además, si como afirman él tomó estas llaves y fue y abrió la puerta para violentar la



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

intimidad de una mujer, sagrada por cierto, por qué razón se eximieron de tomar la llave y hacerle el mismo procedimiento que le hicieron al teléfono”.

b) Aspectos relevantes de la exposición realizada por el apoderado de la víctima.

En el minuto 58:47, se registró: *“Para la ilustración anterior, me permito indicarle al Honorable Tribunal, que también me fundamenté en decisiones tomadas por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Penal, que ha decretado nulidades, en su momento, sobre asuntos de su conocimiento, razones de sus deberes. [59:05] No se si será pertinente, aquí tengo una copias de una sentencia en Buga, pasárselas a Ustedes [59:10] Señor apoderado Usted sabe que no es el momento. Bueno señora”.*

Al final de la audiencia, en el record 3:02:39, la misma parte, tomó la palabra y manifestó: *“Señora Magistrada puedo entregar el resumen de mi intervención como lo prometí. No gracias, usted sabe que está prohibido que se presenten escritos dentro de este nuevo sistema. No, por repele (sic) a la oralidad, implementado por la última reforma”.*

c) Argumentos expuestos por el procesado Esteban Gutiérrez Martiliano:



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

Entre otros, indicó que: **1)** no sabía de leyes, **2)** con él se está cometiendo una injusticia, **3)** nunca accedió carnalmente a nadie, **4)** eso “*es mentira*”, **5)** su único error fue ir contra su esposa y los mandamientos de Dios y **6)** lo asistieron profesionales del derecho “*pero no tuve quien me defendiera*”.

Cuando avanzaba la hora 2: 57:49, afirmó:
“(...) Yo rendí mi declaración y siempre estuve en la fiscalía y todos lo saben, siempre estuve en todas mis citaciones... de pie y firme en mi decisión y hasta ahora vuelvo y la digo, no he ultrajado a esa mujer, tuve una relación sentimental corta con ella, pero nunca la... accedí carnal, de que por ejemplo ella estuviese, o sea, carnal, sí la accedí por que tuvimos una relación, amorosa tuvimos una relación, pero no la accedí como ella dice que ella estaba en indefensión, que estaba borracha o algo por el estilo, no señor. Yo entré a la habitación porque ella me abrió, no entré con ningunas llaves, toqué la puerta me abrió y salí como... si nada... yo salí y lógico desconcertado, pero yo salí de la habitación sin que nadie me estuviese, por ejemplo, persiguiendo o algo por el estilo, no; bajo a la habitación. No entiendo el por qué los amigos bajan, suben, buscan a este señor... me bajan la llave, porque ellos me bajaron la llave y suben y al rato... salen diciendo de que habían violado a la muchacha”. (Todos los subrayados fuera de texto).

6. Resumen del fallo expedido por el Tribunal de San Andrés y Providencia.



La segunda instancia, al variar la decisión de condena impartida contra el procesado, en sus exiguos argumentos, transcribió el artículo 381 (conocimiento para condenar) de la citada Ley 906 de 2004, aclarando que no puede existir duda sobre la consumación del delito y la responsabilidad del acusado, por cuanto de concurrir indecisión en uno de los dos presupuestos referidos, tendría que aplicar el postulado de *in dubio pro reo*.

Luego, destacó “dos elementos especiales para que se incurra en la conducta descrita en ella, a saber, una que se acceda carnalmente a una persona y el otro que dicha persona esté en ese momento o en un estado de inconciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir; una, se recava, de estas tres condiciones debe ostentar el sujeto pasivo de esa conducta al momento de la comisión del acto”.

Citó, a continuación, el Juez Colegiado, el radicado número 24.096 (6-04-06), de esta Sala, a fin de precisar que debe verificarse en el proceso “no solamente el acceso carnal sino también que la señora Gloria Esperanza, estaba en una de las tres condiciones señaladas por la norma, más exactamente en incapacidad de resistir”, como se alegó en el juicio.

Para los aludidos funcionarios no existió duda alguna en atención a la materialidad de los hechos, pues así lo manifestó la víctima **Gloria Esperanza** y lo **corroboró** el procesado



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

Esteban Gutiérrez Martiliano, en la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación, elevado contra la sentencia condenatoria de primera instancia.

Sobre el estado de **incapacidad** para resistir, alegado por la ofendida, transcribió un aparte de su declaración vertida en el disco número 5 (2:11:44 al 2:13:44), la cual, para los fines en sede extraordinaria se recordará, como sigue:

“Que el 26 de enero de 2008, amaneciendo 27, estuvieron en el velero, que da vuelta en el mar, tomando y bailando en el velero y llegaron a las 6 a 7 de la noche, llegaron al hotel, comieron y salieron a la playa a seguir tomando y regresaron a las 2 de la mañana, al llegar al hotel se acostaron todos, sus compañeros con que nadaban (sic) y su ex-esposo, estaban en las habitaciones 504, 505 y ella estaba en la 507 con su ex-esposo CARLOS ANDRÉS CARVAJAL, y su ex-esposo decidió que quería bajar por más licor y ella entró al baño, se cepilló y se acostó, quedando profundamente dormida, se recalca esto, y le dijo a él que llevara las llaves, porque se iba a acostar y él dijo que no se demoraba, que ya subía y ella se acostó y quedó dormida, de dio cuenta cuando se despertó porque sonó el teléfono de la habitación, y fue cuando se dio cuenta cuando estaba el señor Esteban abusando de ella, estaba encima de ella, que descolgó el teléfono y salió de la habitación”.

A renglón seguido, el Tribunal en el fallo absolutorio, afirmó:



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

“Las reglas de la experiencia y de la sana crítica nos enseñan que cuando mayor es la afectación en el ser humano de su entorno o de él mismo es mejor y más rápido y decisivo la reacción frente a dicha afectación, de tal manera que a mayor proximidad es más rápida la respuesta, de tal forma que en el relato que hace la víctima de los hechos ocurridos es contrario a la lógica que ella se hubiera despertado por el estímulo o mejor por causa del estímulo más lejos de su intimidad, su cuerpo y de su entorno, vale decir, cuando escuchó el timbre en el teléfono de su habitación”.

Fue enfático el Juez Plural en explicar que la víctima no se despertó “cuando un extraño penetró a la habitación donde ella se hallaba durmiendo, como tampoco se despertó, cuando ese mismo extraño llegó hasta su cama, descubrió su cuerpo pues su fin era accederla carnalmente, pero es que tampoco se despertó cuando ese extraño se puso encima de ella en posición de accederla... pero es que tampoco se percató de la existencia de ese extraño cuando él mismo empezó a hacer todos los actos propicios para lograr el cometido de accederla carnalmente, lo que es más difícil de aceptar por este Tribunal por cuanto para llevar un cometido implica un acto máximo de violencia del victimario sobre su víctima”.

Nuevamente se dijo en la sentencia discutida, que la ofendida por el cansancio, el trajín y el trasnocho, “se quedó profundamente dormida”. Estableció, además, los insistentes golpes a la puerta de la habitación que le hiciera su compañero permanente, quien tuvo que quedarse dormido en el pasillo, “por lo cual, empleados del hotel le facilitaron un lugar donde pudiera dormir”.



Por ello, indicó el Tribunal:

“Es que, cómo aceptar la afirmación de que la señora GLORIA ESPERANZA, no se despertó a pesar de que su compañero en una primera oportunidad la llamó insistentemente para que le abriera la puerta y en la otra, cuando se percató de que no estaban las llaves en la recepción, golpeó la puerta insistentemente para que le abriera, pero ésta sí se despertó debido a un estímulo muchísimo más leve, subraya la Sala, cual fue el sonido del teléfono de su habitación”.

Desde este orden de ideas, resulta más razonable aceptar por este Tribunal, las manifestaciones del señor Esteban Gutiérrez, en torno a la manera como sucedieron los hechos, quien desde el comienzo ha estado dispuesto a colaborar para que los mismos se esclarezcan y no ha evadido en ningún momento la actuación de la justicia, asumiendo entonces el comportamiento de una persona que no tiene deudas con la justicia”. (Subrayado fuera de texto).

Sobre el estado de **indefensión de la víctima**,
adujo el Juez Plural:

Primero, valoró la declaración del médico rural (estudiante), **Ronald Eduardo Valencia Jiménez** (disco, número 5, registro del 1:46:40 al 2:04:08), cuando sostuvo que el examen practicado a **Gloria Esperanza**, “*trae signos positivos de los cuales no se puede concluir que estuviera en estado de embriaguez, que a pesar de que*



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

presenta congestión conjuntival, y el aliento es positivo por haber tomado alcohol, no puede determinarse a través de estos signos que esté bajo estado de embriaguez, además pone de presente que no encontró ningún otro signo al momento del examen de que estaba embriagada”.

Segundo, afirmó que en el lapso de las 2 de la mañana a las 6 y 20 horas (en la que pasaron los hechos ilícitos), en relación con el examen realizado por el médico, a las 8:00 a.m., “hemos, entonces, de concluir que donde fuera cierto que la señora Gloria Esperanza, hubiera estado afectada a tal magnitud por haber ingerido bebidas alcohólicas el médico legista hubiera notado otros signos de estado de embriaguez como por ejemplo, la falta de coordinación psicomotora, motriz o la afectación en la dicción”.

Concluyó, por lo precedente el Tribunal, que “la señora Gloria Esperanza, no fue víctima del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, por lo cual el señor Esteban Gutiérrez Martiliano, ha de ser absuelto de todos los cargos y condenas hechas en la sentencia de primer grado”. (Subrayados por la Sala).

7. Reflexiones jurídicas:

a) Nulidades.

La Corte sopesará las propuestas elevadas sobre este tópico, por el demandante y el no recurrente Fiscal Delegado, con base en el principio de prioridad, a fin de constatar



si ellas tienen la trascendencia debida para ordenar retrotraer lo actuado por las instancias; sin embargo, una de las tantas falencias superadas tiene que ver con la mezcla construida por el libelista entre aquella y el falso juicio de legalidad. Motivo por el cual, se contestará, en principio, lo relativo a la vulneración al debido proceso, para luego, si hay lugar a ello, pasar a estudiar el defecto de derecho pretendido.

Se indicó que toda la intervención del defensor en la audiencia de sustentación del recurso de apelación del fallo de primer grado, es nula por traer pruebas que en esencia no lo eran y el Tribunal permitir una actuación de ese talante.

En primer lugar, el representante de la víctima, englobó su petición –sustentada por yerros de legalidad y existencia- con base en una nulidad, sin especificar concretamente dónde, de qué manera, cómo y por qué se presentaba tal falencia; supuso, por ende, que la pretermisión del Juez Colegiado dejando al togado exponer una serie de consideraciones e hipótesis por fuera de la realidad procesal, tenía tal entidad, pues la única solución posible sería observando su declaratoria.

Por otro lado, se recuerda que el Fiscal Delegado, presentó petición subsidiaria, en dos sentidos: primero, se declare desierto el recurso de apelación contra el fallo de



primera instancia, *“por la potísima razón de ausencia de sustentación”*, para que la sentencia condenatoria *“recobre plena vigencia”*, o –segundo- se anule lo actuado en la instancia superior *“para que sea el propio Tribunal de San Andrés el que remedie el entuerto”*; con base en seis puntos para él vitales, con los cuales se cae todo lo actuado:

1) El Juez Plural permitió que el defensor planeara un nuevo *“alegato de apertura”* y no lo llamó al orden, como era su deber, **2)** el mismo letrado, trajo algunos elementos como un manajo de llaves, *“el Tribunal no se inmutó ante semejante despropósito puesto que ni siquiera le llamó a inquietud que no fue evidencia introducida en el juicio”*, **3)** con el *“beneplácito del Tribunal”* el apelante del fallo condenatorio, *“echa mano de lo que llamó ‘declaraciones extraproceso’... [sin] ninguna idoneidad... por cuanto no fueron introducidas al juicio”*, **4)** Utilizó también el letrado, dos estudios sobre drogadicción y poli-consumidores, *“cuando lo cierto es que no fue un tema abordado en juicio oral”*, **5)** Nuevamente *“pisoteando cadena de custodia y mismidad, mágicamente el abogado saca del sombrero un teléfono, impresionando al Tribunal... Otra vez, al juicio oral no se introdujo, como evidencia”* y **6)** el Juez Colegiado escuchó al procesado, *“pero no a la manera de la intervención de una parte recurrente... sino al modo de un auténtico acusado-testigo, cuyo testimonio jamás se ofreció en el juicio oral”*.

Es deber de la Sala explicar desde ya, que los aludidos elementos ilegales (llaves, teléfono, declaración extraproceso y testimonio del acusado) enseñados –los tres primeros- por el defensor en la audiencia de sustentación oral contra el fallo de primera instancia, no son y nunca serán pruebas,



justamente, por las mismas razones aducidas por los intervinientes: jamás fueron introducidas al juicio, en la audiencia preparatoria; motivo suficiente para no tenerlas como tal.

En esa misma línea, ese proceder no afectó el proceso debido en ninguna de sus fuentes cognoscentes, simplemente porque no concurren en el mundo judicial y si se predica su ausencia de validez en la vida jurídica, desde luego, en el caso en estudio, mal puede otorgárseles tal carácter, con efectos negativos en su trámite, que -como es obvio- no fue alterado por esa razón.

En otros términos: lo que allí sucedió, fue una desbordada actividad defensiva -la que no ha debido permitir el Tribunal-; sin embargo, los elementos exhibidos por el togado, jamás tendrán el estatus jurídico de pruebas como lo consagra la Ley 906 de 2004, pues tal condición, en forma exclusiva, se ofrece en la etapa del juicio, en el desarrollo de la de juzgamiento, con su concentrado e indiscutible ejercicio de contradicción probatoria: lo cual, desde luego, nunca ocurrió en la audiencia de sustentación oral ejercida contra el fallo condenatorio de primer grado; con base en ello, las nulidades pedidas tampoco se identifican con el postulado de trascendencia, desde ningún sentido epistemológico, por cuanto el procedimiento constitucional no se conculcó, en



punto de su estructura, como para ordenar retrotraer lo actuado con el objeto que el Tribunal repita la mentada diligencia.

Excepcionalmente puede ocurrir que medios ilícitos o, en algunas ocasiones, ilegales generen la ineficacia de los actos, al traspasar barreras procesales infranqueables y de innegable magnitud, de tal forma que no exista remedio distinto sino la declaratoria de nulidad; pero en el caso en estudio, no existe prueba para generar una eventualidad de ese talante, como para siquiera reflexionar sobre el particular.

En este sentido, no prospera la propuesta.

b) Sobre el falso juicio de legalidad.

La Sala viene insistiendo que cuando se argumenta un ataque en este sentido, él debe cuestionar –en esencia- la **validez o existencia jurídica** de la prueba, en dos sentidos:

(i) Se habla de un aspecto **positivo**, cuando el juzgador, al sopesar un determinado medio, le otorga validez normativa porque considera que cumple exigencias formales de



oportunidad, pertinencia, admisibilidad, publicidad y contradicción o, expresado de manera genérica, piensa que están satisfechas las condiciones para su eficacia jurídica.

(ii) el aspecto **negativo**, se concibe cuando se le niega a la prueba su capacidad demostrativa, por entender que no reúne los presupuestos exigidos por la ley¹⁰, pero en verdad sí los cumple.

El yerro de derecho aludido tiene que ver con los actos jurídicos de formación de la prueba, determinados por las pautas que disciplinan su producción, incorporación y concentración en el juicio, en donde siempre se deberán observar las ritualidades advertidas por el legislador; siendo ello así, el dislate se materializa cuando el funcionario judicial aprecia un medio que ignora alguno de esos presupuestos, o cuando califica de ilegal una que sí los integra y, en esa medida, es inconstitucional.

Es imprescindible aclarar, en consecuencia, que el vicio de legalidad alegado, tiene que ver concretamente con el **aspecto positivo**, el cual no fue esgrimido en esas precisas condiciones por el libelista; sin embargo, tal defecto –igualmente-

¹⁰ En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, radicados: **15.042** (4-9-02) y **23.613** (28-9-06).



lo salvó la Sala, con el fin inmediato de estudiar a fondo las falencias advertidas.

Siendo ello así, se recuerda, que el yerro en estudio, según el representante de la víctima, obedeció a las continuas irregularidades presentadas en la sustentación de la apelación del fallo de primera instancia, realizadas por el defensor de confianza del inculcado, quien introdujo nuevos elementos, sin que los mismos, hubiesen sido materia de aducción y descubrimiento en la respectiva audiencia preparatoria ni presentados, incorporados y controvertidos en el juicio.

Con base en lo precedente, el actor se refirió a la divulgación por el aludido abogado de una nueva teoría del caso, una declaración extraprocesal rendida por **Cristian Álvarez**, un manajo de llaves, un aparato telefónico y el uso de la palabra del inculcado a manera de acusado-testigo.

Por su parte, el Fiscal Delegado ante esta Sala, es del criterio que los errores deben prosperar por el “atropello” a la legalidad del proceso, realizada por los miembros del Tribunal de San Andrés, por cuanto le permitieron al abogado esbozar nuevos elementos materiales probatorios, arrojados bajo otra teoría del



caso. Por tanto, solicitó casar la sentencia por los falsos juicios motivados¹¹, dictando el fallo de reemplazo.

Para la señora Procuradora Tercera Delegada, nada de lo expuesto por el censor, ni lo hilvanado por el Fiscal referido, tiene razón de ser y, menos, cuando una vez estudiado el caso en forma minuciosa y detallada **no** encontró que esas irregularidades, las cuales catalogó de “*inanes*” tuvieran alguna trascendencia en el fallo absolutorio proferido por el Juez Colegiado. Si bien el haberle permitido al procesado exponer sus argumentos podría generar una falencia al derecho de defensa, por cuanto hasta ese momento no se había establecido la ocurrencia real del acceso, ello deja de ser importante a la luz del artículo 394 de la Ley 906 de 2004, pues él podía comparecer como testigo.

Ahora bien: examinados los argumentos expuestos por las partes, se tiene que los Magistrados del Tribunal de San Andrés y Providencia, quienes resolvieron el caso objeto de estudio, ignoraron de manera evidente y flagrante –como acertadamente lo motivó el actor y lo expuso el Fiscal Delegado– los contenidos normativos consagrados en el actual procedimiento acusatorio, en atención a la admisión, descubrimiento, aducción, producción, incorporación, confrontación y contradicción de los

¹¹ De legalidad y de existencia.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

diversos medios probatorios; vilipendiando la esencia de la estructura acusatoria, pues olvidaron elementales postulados, como el de *“oportunidad de pruebas”*, que a la letra prescribe el artículo:

“Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357¹², y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”. (Subrayado fuera de texto).

Por otra parte, también ignoraron los magistrados que el contenido normativo del canon 179 de la misma obra instrumental citada, no establece ninguna oportunidad procesal para la exhibición de elementos materiales probatorios o evidencia física no incorporada en el juicio o el consentimiento para la práctica de pruebas en la sustentación de la apelación de la sentencia, como se demuestra con la simple transcripción de la disposición:

“El recurso se interpondrá y concederá en la misma audiencia en la que la parte recurrente solicitará los apartes pertinentes de los registros, en los términos del artículo 9° de este código, correspondientes a las audiencias que en su criterio guarden relación con la impugnación. De igual manera procederán los no apelantes.

¹² Enseña la referida norma: *“Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará la practica”*. La Corte Constitucional en Sentencia C-454 (7-6-06), declaró exequible el mentado precepto, en donde incluyó a los representantes de las víctimas con el objeto de que puedan pedir pruebas, en igualdad de condiciones que la fiscalía y defensa, en la audiencia preparatoria. Y, esta Sala, en el proceso 24.468 (30-03-06), indicó que el artículo 277, numeral, 7°, de la Constitución, faculta al Ministerio Público, para *“intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”*, en atención a las funciones asignadas al Procurador General de la Nación, Delegados y agentes.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

Recibido el fallo, la secretaría de la Sala Penal del tribunal superior correspondiente deberá acreditar la entrega de los registros a que se refiere el inciso anterior. Satisfecho este requisito, el magistrado ponente convocará a audiencia de debate oral que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes.

Sustentado el recurso por el apelante, y oídas las partes e intervinientes no recurrentes que se hallaren presentes, la sala de decisión convocará para audiencia de lectura de fallo dentro los diez (10) días siguientes”.

Adviértase –con todo- el dislate de la Procuradora Tercera Delegada, funcionaria que al intervenir en calidad de no recurrente, afirmó que los ataques propuestos por el representante de la víctima, no tenían ninguna vocación de prosperidad; en especial, las irregularidades consentidas y admitidas por los tres magistrados de San Andrés, en la sustentación del recurso de apelación contra el fallo condenatorio, las que fueron –en su criterio institucional- de poca estirpe, pues ninguna tuvo trascendencia en el fallo de absolución proferido por el Tribunal a favor del inculpado **Esteban Gutiérrez Martiliano**.

La Corte debe expresar que desde la presentación del caso realizada por el defensor, en la audiencia de sustentación oral y permitida por el Juez Plural, las reglas de juego cambiaron ilegalmente para las demás partes, vulnerándose –con tal actuar- el **postulado de igualdad de armas**, en el entendido que se privilegió íntegramente a uno de los intervinientes sobre los demás, dejando que en principio el referido profesional del derecho proveyera **una nueva “teoría del caso”** (hipótesis del



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

ardid), sobre la cual, presentó elementos¹³ jamás descubiertos, admitidos y controvertidos en el juicio.

Se observa que el abogado recurrente se abrió un nuevo camino jurídico con la aquiescencia de los funcionarios de segundo nivel, para exponer argumentos diferentes a los propuestos en instancias: “yo con todo respeto le pido a la Sala, a los Honorables Magistrados, a quien preside la audiencia, que así sea tardíamente, pero yo traigo una teoría del caso, consistente...” y ellos jamás le llamaron la atención, objetaron tal proceder o rechazaron la propuesta por ser violatoria de un verdadero equilibrio entre las partes, todo lo contrario, con su explícito beneplácito y silencio total, permitieron su ilegal actuar.

Y, bajo el amparo de esa novísima teoría, el defensor fue introduciendo -en la tantas veces mentada sustentación de la alzada- componentes materiales y evidencia física, otorgándoles, además, poder de persuasión probatoria, sin poseerlo. Véase como estratégicamente sacó el manajo de llaves, lo exhibió múltiples veces a los magistrados, a las partes y al público, pasándolo de su mano derecha a la izquierda y elevándolo; pero lo más sorprendente es que no lo hizo en un momento sino en dos, pues al final de su intervención, volvió hacer gala de su tesis para demeritar lo narrado por la ofendida.

¹³ Artículo 275, Ley 906 de 2004.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

Con el aparato telefónico sucedió de manera igual, también lo exhibió a todos los asistentes, lo trasladó de mano en mano, lo alzó, bajó, descolgó y enseñó sin ruborizarse a los presentes en la diligencia. Elemento que tampoco fue descubierto legalmente en la audiencia preparatoria ni menos controvertido en el juicio por los intervinientes. Pero ¿para qué se tomó tantas molestias el defensor?, ¿cuál era su objetivo?, la respuesta no da espera: convencer a los permisivos funcionarios que el timbre del aludido auricular no sonaba tan duro como lo declaró la víctima. Obsérvese qué afirmó:

“Pero además se habló del fuerte sonido del teléfono y nadie, nadie, hizo una prueba del sonido del teléfono. Aquí está el teléfono, yo la hice, claro la hice solo, me hice el ejercicio de hacer la prueba del teléfono, no tiene manera de aumentarle volumen... y el sonido que arroja este aparato, es un sonido, corriente, moderado, bajo; total de que la afirmación de la señora tampoco es cierta”. (Minutos: 35:42 a 39:45).

Con todo, de manera sagaz utilizó evidencia – esa sí- legalmente introducida en el juicio –como las fotografías-, para adicionarla a los medios ilegales y por esa vía conformar un vínculo de apariencia de legitimidad donde no existía, para luego sujetar todos los medios, bajo la mirada estupefacta de las demás partes y la complacencia de los funcionarios, quienes fueron más que elocuentes en su sepulcral silencio.



Después, para acabar de rematar con la cadena de eventos inauditos, los altos funcionarios, le otorgaron el uso de la palabra al condenado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, quien expuso -como si fuera testigo- con lujo de detalles todos los pormenores de los acontecimientos, refiriéndose a su nulo conocimiento de la ley, a la comisión de una injusticia con él, siendo su único error haber actuado contra su esposa y los mandamientos de Dios. Luego se quejó de la ausencia de defensa técnica, no obstante, tener profesionales del derecho con ese fin y, se opuso a los sucesos narrados por la víctima, agregando, que jamás la ultrajó o se aprovechó de ella, pues si bien la accedió, todo lo hicieron de común acuerdo; aclaró, entre otras cosas, que él no entró a la habitación con ningunas llaves, por cuanto **Gloria Esperanza** le abrió la puerta.

El artículo 394 de la Ley 906 de 2004, permite que el acusado rinda su declaración en calidad de testigo, si él ofreciere declarar en su propio juicio para lo cual deberá ser interrogado bajo la gravedad del juramento. Aquí no se hizo ni lo uno ni lo otro, por cuanto, como es obvio, le era imposible al Tribunal actuar de esa manera; pero se le tuvo su versión como si de verdad la hubiese presentado en la audiencia ante el Juez de conocimiento, pues su aporte no fue para sustentar el traslado como no recurrente en el Tribunal, sino para presentar su propia versión de los hechos, como acusado-testigo, sin ningún



interrogatorio; cuando ya había optado por guardar silencio, como se determinó en instancia, al no haber hecho presencia ante el juez en la audiencia de juzgamiento para tal efecto, en armonía con el artículo 367 de la Ley 906 de 2004.

Aquí también es marcado el equívoco de la Procuradora Tercera Delegada, pues si bien él podía testificar en el proceso, sólo gozaba de esa posibilidad, en el juicio -una vez fuera ofrecido- y bajo los términos consagrados en la ley; es decir, que la práctica de ese testimonio era categóricamente improcedente en la audiencia de sustentación oral, pues no es viable confundir dos fases procesales sustancialmente distintas como son el juicio oral y la sustentación de la alzada.

Por ende, destaca la Sala, que los Magistrados sí tenían pleno conocimiento de la diferencia procesal aludida, máxime cuando ellos advirtieron que los testimonios de los médicos solicitados por la defensa no debían practicarse porque no eran presenciales de los hechos ilícitos, al no haberlos pedido como expertos en esa determinada materia, como se constató en el plenario; luego es sorprendente que hubiesen aceptado el testimonio del acusado en sede de sustentación oral del recurso de apelación. Por consiguiente, aquí también está demostrada su destreza e idoneidad en el manejo y conocimiento del sistema acusatorio; o como lo manifestó el Fiscal Delegado: *“no resulta*



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

admisibile y sí altamente censurable que la magistratura lo recibiera en esa particular condición, al punto, extremo e insospechado, de otorgarle credibilidad por encima de la versión de la víctima”.

En efecto, no pueden alterarse las normas a conveniencia de uno de los intervinientes, como parecería entenderlo el Ministerio Público, quien después de explicar el anacronismo del Tribunal, solo indica que es una desafortunada manera de proceder, con falencias en la dirección de la audiencia, por cuanto el fundamento de la sentencia absolutoria fue la escasa o ninguna credibilidad que le mereció al juez colegiado lo narrado por la víctima.

Descartada la posibilidad de permitir la práctica de una “prueba” en sede de apelación, tampoco resulta acertado ni válido el argumento de la Procuraduría según el cual, ante la manifestación del procesado sobre la existencia y conformidad de la relación sexual, se habría violado su derecho de defensa, por tratarse de un medio de convicción allegado al proceso de manera ilegal.

En ilación, si en gracia de discusión se entendiera que la versión suministrada por **Esteban Gutiérrez Martiliano**, comportara una eventual manifestación de responsabilidad por virtud de la supuesta aceptación del hecho



punible -que no fue así, porque exclusivamente admitió la relación sexual pero de manera consentida-, es claro que el derecho de defensa evocado no sufrió mengua alguna, por cuanto, antes que una confesión o auto-incriminación, lo narrado por el inculcado se dirigió a buscar su inmediata redención y exoneración de cualquier compromiso penal derivado de éstos actos ilícitos.

No es, por tanto, una pequeña ausencia de guía en la audiencia, como se pretende hacer ver; todo lo contrario, es un carrusel de pretermisiones de los funcionarios encargados de administrar justicia, de las cuales, el defensor supo hacer buen uso, al proponer una nueva teoría del caso y, a partir de ella, introducir supuestos elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que en esencia jamás pueden ser tenidos como pruebas, por ser irregularmente introducidos en el proceso, pero ellos -contrario a lo manifestado por la Delegada Tercera en Casación-, tuvieron una **trascendencia** monumental, extrema e inmensa, -con lo cual se entiende que fueron valorados como verdaderas pruebas, se repite, sin serlo- como la Sala lo demostrará a continuación:

7.1. Credibilidad de la víctima:



El Juez Colegiado de San Andrés, **revocó** la decisión de condena por absolución, por cuanto consideró que la ofendida alteró su relato; no obstante, para fundar su criterio se valió –entre otros presupuestos- de lo narrado por el acusado **Esteban Gutiérrez Martiliano** en sede de apelación. Ahora bien, así la Procuradora en casación sea del criterio que es insignificante su aporte o efecto en el fallo cuestionado, lo cierto del caso es que el Tribunal, valoró como “*pruebas*”, sin serlo, tanto el testimonio del procesado como los restantes elementos que exhibió el togado en el desarrollo de la apelación de la sentencia. Con tal actuar, los magistrados de San Andrés, le otorgaron **validez jurídica** a esos elementos no probatorios, porque fueron génesis de su inspiración absolutoria, vertida en sus consideraciones: he aquí como se corrobora el falso juicio de legalidad en sentido positivo: verifíquese, objetivamente, lo aseverado por el ad quem:

a) La versión del procesado.

“Desde este orden de ideas, resulta más razonable aceptar por este Tribunal, las manifestaciones del señor Esteban Gutiérrez, en torno a la manera como sucedieron los hechos, quien desde el comienzo ha estado dispuesto a colaborar para que los mismos se esclarezcan y no ha evadido en ningún momento la actuación de la justicia, asumiendo entonces el comportamiento de una persona que no tiene deudas con la justicia”. (Resalta la Sala).



Como se puede apreciar, en la transliteración de uno de los párrafos del fallo del Juez Colegiado, se acredita, avala y acepta lo expresado por el condenado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, -persona que jamás había sido oída por la judicatura- en contra de lo manifestado por la víctima. Este yerro es objetivo e interfiere en toda la decisión por cuanto es uno de sus fundamentos centrales: pero si el inculpado no ofreció su testimonio para ser practicado en el juicio ¿cómo es posible que se tenga como si lo hubiese realizado allí?, la respuesta es obvia y simple: lo tomó de lo expresado por **Esteban Gutiérrez** en la audiencia de sustentación oral contra la sentencia condenatoria: proceder que le estaba vedado por la normatividad vertida en la Ley 906 de 2004, cuya comprensión más elemental del sistema acusatorio, lo prohíbe; por ende, los contenidos instrumentales, fueron vilipendiados en todo su contexto; amén de apreciar el “*testimonio*” del agresor, como el único creíble, por su aparente “*colaboración*” para dilucidar los acontecimientos, los cuales fueron declarados lícitos, sólo por esa circunstancia: lo cual es inadmisibile.

Entre otros argumentos, la intervención en la audiencia de segundo nivel por parte del acusado como recurrente o no, está limitada al exclusivo objeto de la apelación, lo que es disímil, diferente y diverso a la práctica del testimonio autorizado



por el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, que debe ser ofrecido previamente, desarrollado en el juicio bajo la gravedad del juramento y sometido al **contrainterrogatorio** por las demás partes.

b) Sobre las llaves y el teléfono:

Anunció la Procuraduría Delegada que estos elementos, por así expresarlo, no fueron tenidos en cuenta en el fallo, pues su alcance para demostrar el yerro, es nulo. Nuevamente, el dislate del Ministerio Público es mayúsculo, recuérdese lo afirmado, en otro aparte, de la sentencia absolutoria por el Tribunal:

“Es que, cómo aceptar la afirmación de que la señora Gloria Esperanza, no se despertó a pesar de que su compañero en una primera oportunidad la llamó insistentemente para que le abriera la puerta y en la otra, cuando se percató de que no estaban las llaves en la recepción, golpeó la puerta insistentemente para que le abriera, pero ésta sí se despertó debido a un estímulo muchísimo más leve, subraya la Sala, cual fue el **sonido del teléfono de su habitación”. (Resaltado fuera de texto).**

El Juez de conocimiento, en atención a las **llaves**, afirmó lo siguiente:



“los testigos Omar Lugo, Samirna Williams, relatan como las personas que tienen el cargo de auditor nocturno, tienen acceso a las llaves de todas las habitaciones y vemos que esta situación es aprovechada por el señor Esteban Gutiérrez para ingresar a la habitación 507, donde estaba la señora Gloria Esperanza y efectuar los actos que se le indagan por medio de la Fiscalía”:

El defensor, sacó como por arte de magia y del sortilegio, un manajo de llaves –el cual no fue descubierto por alguno de los intervinientes en la audiencia preparatoria-, ni nadie, hasta ese momento se había referido a él en esos precisos términos-; no sólo con el fin de exhibirlas en la diligencia, sino también para demostrar con tal elemento, no probatorio –lo que es un contrasentido, desde luego-, hacer valer sus argumentos, tal y como lo logró al desacreditar la credibilidad de la víctima, pues ese fue su objetivo último y, he aquí la trascendencia que en ningún momento dilucidó la Procuradora Tercera Delegada. Lo antecedente es una escandalosa intromisión a la legalidad de las pruebas, motivo suficiente para excluirlas de cualquier valoración judicial.

Ahora bien: Mientras el letrado tenía arriba el manajo de llaves, memórese lo que expuso:



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

“Yo me imagino una persona buscando para violar a alguien quien con un manojo de llaves en medio de la noche haciendo ruido y molestando. Así se mantienen las llaves que manejan la camareras, porque la llave que había de la habitación, ellos la habían dejado dentro de la habitación, la esposa, la cónyuge -que no lo eran-, le dijo, lleve la llave y él dijo no, es que me voy a tomar trago, eso es lo que dicen, eso no es cierto”. (Subrayado fuera de texto).

Introdujo, de la misma forma, testimonios jamás pedidos o controvertidos en juicio, el de las mujeres que arreglan las habitaciones: las camareras¹⁴ y a partir de su afirmación, sostuvo que ellas exclusivamente manejan el “*manejo de llaves*”, por eso el Tribunal sostuvo: “cuando se percató de que no estaban las llaves en la recepción”, al entender que un juego lo tenían los huéspedes en la habitación y el otro -como lo adujo el abogado- una de las camareras, concediéndole la razón al abogado del inculpado.

Piénsese en lo sostenido por el letrado al final de la sustentación de la apelación, cuando una vez más exhibió el manojo de llaves:

“las llaves que manejan las camareras no le fueron entregadas esa noche al señor Gutiérrez Martiliano... pero además, si como afirman él tomó estas llaves y fue y abrió la puerta para violentar la intimidad de

¹⁴ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, Vigésima segunda edición: “m. y f. Persona que sirve en los hoteles, bares, cafeterías u otros establecimientos análogos, y también en los barcos de pasajeros.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

una mujer, sagrada por cierto, por qué razón se eximieron de tomar la llave y hacerle el mismo procedimiento que le hicieron al teléfono".
(Subrayado por la Sala).

En contra de lo aseverado por los declarantes, **Samirna Isabel Williams y Omar Lugo**, quienes informaron que el cargo de auditor nocturno tiene "acceso a las llaves de todas las habitaciones", lo cual pasó por alto el Tribunal en el fallo.

En cuanto al teléfono exhibido por el abogado, indicó la Delegada que tampoco este aparato fue valorado por el Juez Plural. Nada más alejado de la realidad procesal, si se tiene en cuenta la lectura objetiva del fallo absolutorio, en donde al referirse a lo narrado por la víctima, consideró el Tribunal:

"(...) pero ésta sí se despertó debido a un estímulo muchísimo más leve, subraya la Sala, cual fue el **sonido del teléfono** de su habitación".

Recuérdese qué manifestó el togado sobre el particular:

"Pero además se habló del fuerte sonido del teléfono y nadie, nadie, hizo una prueba del sonido del teléfono. Aquí está el teléfono, yo la hice, claro la hice solo, me hice el ejercicio de hacer la prueba del teléfono, no tiene manera de aumentarle volumen... y el sonido que arroja este aparato, es un sonido, corriente, moderado, bajo; total de



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

que la afirmación de la señora tampoco es cierta". (Subrayado por la Sala).

El defensor, con el asentimiento de los magistrados del Tribunal, fue desvaneciendo la credibilidad de lo narrado por la ofendida, con violación de todas las pautas procesales y probatorias y sin que los funcionarios de segundo nivel, le hicieran la más mínima crítica, oposición, traba, impedimento o barrera, pues ellos eran quienes tenían el deber legítimo y normativo de hacerlo, dejando "*descubrir*" una gran variedad de prueba ilegal, como por ejemplo, el teléfono, amén que con tal actuar el letrado interfirió honda y creativamente en la psique de los presentes, tanto así, que el fallo cuestionado cambió de dirección, justamente, por esa pretermisión prohibida; para luego anunciar el nombrado defensor de instancia que, *él solito* le había hecho la prueba del timbre y estimó que el volumen era ínfimo, bajo, mínimo, claro está, sin ninguna manipulación de su parte; por tanto, ello demostraba, en su exclusivo criterio, una vez más, las constantes mentiras de la víctima: llevándose al traste, además, cualquier concepto sobre el tema de cadena de custodia, como lo observó el Fiscal.

En atención a las sábanas y a la distancia por él marcada de la cama a la mesa de noche donde se hallaba el auricular, el profesional del derecho siguió desbordando su diatriba para desacreditar lo declarado por la víctima:



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

“Pero además la policía en los actos urgentes, desplegó toda la acuciosidad y toda la diligencia para verificar si en las sábanas había muestra de líquido seminal y no encontró nada y la sábana es blanca –y en las condiciones en que la señora relata que ocurrieron los hechos– hubiera tenido necesariamente que al bajarse para descolgar el teléfono, untar las sábanas, no porque quisiera sino porque eso sería lo que resultaría de una actuación... no es cierto pues, todo lo que manifestara la presunta víctima en esta actuación, logró engañar a muchos, logró engañar a la gente”.”

Sábanas que jamás estipularon las partes o fueron acreditadas legalmente en el juicio en punto de su color: blancas o manchadas de algún líquido corporal, como para darlo por sentado y a partir de ahí, seguir esgrimiendo supuestos o afirmaciones por fuera de los verdaderos medios admitidos y controvertidos, para desmentir a la víctima.

También debe tenerse presente la declaración extraprocesal de **Cristian Álvarez**, misma que fue utilizada por el defensor de instancia en la sustentación de la audiencia de segundo grado, para demostrar la escasa solidez moral tanto de la ofendida como de su, por ese entonces, compañero sentimental, en conexión de la nueva teoría del caso por él presentada (ardid), sobre el acuerdo de ellos para obtener dinero ilícito de la Firma dueña del Hotel, con el único propósito de desacreditar la credibilidad de la víctima; por tanto, también se ordenará la exclusión de tan aberrante *medio* de convicción, que jamás fue ofrecido ni practicado en el juicio.



Como el Tribunal de San Andrés y Providencia, ignoró todos los postulados procesales para asumir una evidencia como prueba, al brindarles en su valoración efectos demostrativos -cuando no los podían tener-, llevándose de paso los axiomas de oportunidad, pertinencia, admisibilidad, publicidad, contradicción e inmediación de la misma, en actos que son de exclusiva disposición del juez de conocimiento: acomodó su actuar a las prohibiciones contenidas en el error de derecho, demandado por el representante de la víctima.

Lo anotado, es desde luego, un vicio exclusivo a la legalidad de las pruebas, en su manifestación positiva, que sólo se endereza con la exclusión de las mismas de la apreciación realizada en el fallo absolutorio; se requiere, entonces, entender que jamás nacieron a la luz jurídica, como en efecto, nunca sucedió o debió ocurrir, por ello se ordenará la eliminación y supresión total e inmediata de aquellas vertidas en la sustentación oral de la audiencia de apelación del fallo de primera instancia, por cuanto sin tener validez jurídica, el Tribunal les imprimió tal calidad.

La Procuradora Tercera, asumió que no se presentaba ningún falso juicio de legalidad por cuanto no eran pruebas las exhibidas por el defensor; en principio le asiste la razón: -no lo son-; sin embargo, la propuesta en casación tuvo algunos reparos, en punto de su lógica argumentación, pero en la



enunciación del mismo sí le atinó el recurrente, más no, respecto al sentido de la ilegalidad de los medios –positivo o negativo-. Aquí, no es dable pensar, por ejemplo, que es un falso juicio de existencia el que podría aplicar al caso en examen, porque el vicio aludido se hace latente cuando los juzgadores suponen una **prueba** inexistente en la actuación u omiten su correspondiente valoración cuando de verdad milita en el proceso; justamente, porque en tal evento, el error de hecho las considera como pruebas y en el caso en reflexión, jamás tendrán ese estatus jurídico, reitera la Sala.

Si a unos elementos materiales, “*no probatorios*”, el Juez Plural los muda en verdaderas pruebas demostrativas, al proveerlas de validez y eficacia jurídica en sus consideraciones normativas, ello indica que, tales funcionarios las erigieron sin el lleno de los requisitos legales, como si en verdad los tuvieran, tanto así, que dichos medios ilegales determinaron una nueva decisión judicial al ser ponderados: la absolución del acusado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, sin referirse a ninguna otra motivación; tampoco la magistratura apoyó su decisión en lo actuado por el Juez de conocimiento.

Por estas razones, en ese punto, no son de recibo las observaciones de la señora Procuradora.



c) Otros elementos que pretendió acreditar el defensor en la audiencia de sustentación oral.

No contento el letrado con lo anotado hasta aquí, también trajo a colación dos estudios: uno del Instituto de Medicina Legal y el último del Fondo de Seguridad Vial de Bogotá, con el fin de introducirlos como *pruebas* sobre drogadicción y la reacción posterior de los poli-consumidores, para demostrar que una vez absorbida por un ser humano la sustancia prohibida, *“borra toda huella de borrachera, sueño y hambre... y deja a la persona alerta”*, para continuar motivando su *“teoría del caso”*; pero en esta ocasión se refirió al hoy ex-esposo de la víctima, para con base en tales análisis, sostener que todo era una *“patraña de ir a dormir en el suelo”*, un *“montaje que llevaban preparando”*, pues *“él no tenía sueño”* – precisamente por los psicotrópicos ingeridos-.

Todo lo precedente lo hizo con el fin de minar la credibilidad de lo expuesto por la denunciante, según lo advirtió, en forma igual, el Fiscal Delegado al sostener: *“cuando lo cierto es que no fue tema abordado en el juicio oral, no fue materia de discusión o controversia alguna, no fue elemento que allí ingresara y, menos aún, no se estructuró con pretensión de demostrar algo que fue ajeno al juicio, la adicción o no a las drogas del compañero de la víctima”*. Aquí, quiso el defensor suplir en la sustentación de la alzada, los medios que le fueron negados en la audiencia preparatoria y rechazados por el mismo Tribunal que absolvió a su prohijado.



En este orden de ideas, las pruebas ilegales fueron: **(i)** el manajo de llaves, **(ii)** el teléfono, **(iii)** el estudio presentado de Medicina Legal **(iv)** el análisis del Fondo de Seguridad Vial de Bogotá, **(v)** la declaración extraproceso de **Cristian Álvarez**, **(vi)** las explicaciones en calidad de acusado-testigo proporcionadas por el inculpado, utilizadas también para desacreditar lo expuesto por la ofendida en el juicio, cuya exclusión se ordena en forma inmediata junto con todas las afirmaciones, suposiciones, conjeturas e hipótesis armadas por el defensor –como la aseveración de ser las sábanas blancas y no estar manchadas con algún líquido seminal- con base en tales elementos no probatorios ni evidencia física, pero a los que el Tribunal –se insiste- les dio tal connotación; excluyéndose también, todo lo relacionado con la nueva teoría del caso, que sólo el letrado ideó, trabajó y desarrolló sorprendiendo a las partes con inéditas propuestas, alejadas de una verdadera contienda probatoria, como ordena la ley, ante el juez de conocimiento.

En forma igual, la Sala debe hacer especial mención a la argucia utilizada por el defensor con el objeto de hacer valer como verdaderos testimonios -sin serlos- los referidos a las camareras –quienes según él, exclusivamente manejaban el “manajo de llaves” -, para restarle veracidad al dicho de la ofendida, en el sentido de afirmar que “el procesado no tenía el dominio de la llave de la habitación”, tratando de tenerlos como si en efecto se hubiesen



practicado en el juicio: este es otro de los excesos permitidos por los magistrados; pues les cambiaron las reglas de juego a los intervinientes, bajo la mirada complaciente de la administración de justicia; circunstancia que se adiciona a las misceláneas irregularidades vertidas en la alzada.

Baste recordar una decisión proferida por esta Sala de Casación¹⁵, que también se relaciona con la temática propuesta:

“Con base en el sistema de enjuiciamiento implementado por la Ley 906 de 2004 sólo se consideran pruebas las que han sido presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, según el principio de inmediación contemplado en el artículo 379: ‘El Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que haya sido practicadas y controvertidas en su presencia’ y lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado ordenamiento: ‘En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”.

Tampoco le asiste razón a la Procuradora Tercera, al tratar de disculpar las falencias del Tribunal de San Andrés, cuando sostuvo que el sistema acusatorio acababa de iniciarse en ese territorio nacional, dando a entender que debería tenerse alguna consideración por tal programación legal, habida

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, radicado 31.127 de 20 de mayo de 2009.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

cuenta de su poca experiencia en el manejo del nuevo procedimiento, máxime cuando se advierte que comenzó a regir en ese lugar desde el 2008 y, por el contrario, las actuaciones de los referidos funcionarios, frente a otros aspectos que antes de ofrecer problemas mayúsculos o de categoría insular, se muestran muy idóneas.

En verdad no es viable minimizar –como lo hace la Procuradora Tercera- las irregularidades aducidas en relación con la imposibilidad de incorporar nuevas pruebas al debate en sede de segunda instancia, pues se observa que el Tribunal era consciente de esas limitaciones legales en la aludida audiencia de sustentación, lo cual es evidente cuando se advierte que la magistrada ponente, le llamó la atención al representante de la víctima, en dos ocasiones, por sus impertinencias, como se recuerda:

“Para la ilustración anterior, me permito indicarle al Honorable Tribunal, que también me fundamenté en decisiones tomadas por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Penal, que ha decretado nulidades, en su momento, sobre asuntos de su conocimiento, razones de sus deberes. No se si será pertinente, aquí tengo unas copias de una sentencia en Buga, pasárselas a Ustedes. Señor apoderado Usted sabe que no es el momento. Bueno señora”.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

Al final de la audiencia, expresó el mismo interviniente:

“Señora Magistrada puedo entregar el resumen de mi intervención como lo prometí. No gracias, usted sabe que está prohibido que se presenten escritos dentro de este nuevo sistema. No, por repele (sic) a la oralidad, implementado por la última reforma”. (Subrayado por la Sala).

Con esta actuación el Juez Colegiado mostró una inequitativa aplicación de la ley penal, pues mientras que con la defensa fue cabalmente permisivo, con la contraparte -como era debido- en todo caso fue estricto y riguroso al impedirle la introducción de cualquier elemento de prueba distinto a los aducidos en el juicio oral, como atrás quedó evidenciado. En efecto, el comportamiento del Ad quem muestra una inclinación sustancial a favor de uno de los intervinientes, lo cual transgrede con total suficiencia el postulado de **igualdad de armas**.

Luego, no es total la inexperiencia de los funcionarios, ni su quizás ausencia de idoneidad en el manejo del novísimo procedimiento, simplemente, no se tuvo el debido cuidado que le era obligado asumir a la magistratura, pues jamás se puede dejar el desarrollo de la alzada -audiencia de sustentación oral-, al vaivén o querer de las partes, como si tales actuaciones fuesen presentadas en una plaza pública, donde los concurrentes a la misma, pudiesen intervenir a su arbitrio -



desconociendo las más mínimas y elementales nociones de aducción probatoria y reglas de procedimiento-, con manifiesta contrariedad a las normas que rigen esta materia.

Y si lo precedente resulta exiguo, razónese sobre la decisión que tomaron los funcionarios cuando desataron el también recurso de apelación contra la exclusión probatoria decretada por el juez de conocimiento, en la audiencia preparatoria, cuando le negó al defensor dos testimonios de galenos versados en medicina forense, por cuanto fueron mal solicitados por el jurista, pues los acreditó como si fuesen testigos de los hechos y no expertos en una determinada materia; lo cual desde luego, era inadmisibile.

En síntesis: el Tribunal de San Andrés, basó la decisión de absolución a favor del procesado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, en un juicio de absoluta incredulidad respecto a lo narrado por la víctima y, a través de él, hizo suyas las apreciaciones del defensor, permitiéndole toda clase de desafueros, las cuales enfocó sobre la crítica de los diversos medios ilegales atrás aducidos.

Por manera que con la anuencia y consentimiento de la citada magistratura, se le imprimió absoluta trascendencia a las “pruebas” que, no obstante ser ilegales, fueron



transmutadas –con la injustificada apreciación de las mismas- en medios válidos, en punto de restarle, paso a paso, credibilidad a la ofendida, introduciéndolas en la motivación de la sentencia dictada a favor del procesado, con ese exclusivo propósito: minar la credibilidad de la víctima, se repite.

7.2. Sobre la intervención del defensor en casación:

El nuevo representante jurídico de **Esteban Gutiérrez Martiliano**, avaló lo expresado por la Procuradora Delegada que actuó en casación, motivo por el cual, toda la argumentación anterior hace parte de la respuesta a su particular interés jurídico.

Por otro lado, superados los yerros –como se indicó atrás, en varias ocasiones- la Sala no sólo estudia lo concerniente a la responsabilidad penal o no del inculgado, como lo concibe el abogado, sino que atendiendo los fines de este recurso extraordinario, le corresponde verificar todos los aspectos vinculados con el sistema de derecho penal, garantías, derechos, nulidades, entre otros supuestos normativos, pues al desconocerlos, sería mayor la injusticia que el agravio que se pretende redimir.



En lo tocante a las debidas técnicas orales y corporales, las cuales para el defensor no recurrente son de libre aceptación en todos los foros y diplomados del país; es importante aclararle que si con ellas, no se vulnera la ley sustancial –como sucedió en este caso- ni se traducen en un eventual espectáculo de arena, plaza o circo, éstas son de recibo en los estrados judiciales, cuya intervención además estará precedida de absoluta medida, decoro y respeto con relación a todos los asistentes al debate legal.

En cuanto a la declaratoria de las nulidades solicitadas en la demanda y avaladas por el Fiscal Delegado, el defensor se opuso, porque en su criterio, se habían convalidado. Tal afirmación se aleja de la realidad, por lo explicitado en páginas precedentes al tratar el tema referido.

Pero lo cierto es que, sobre la base de la ausencia de credibilidad que se le brindó al testimonio vertido por la víctima, la sentencia se fundamentó en gran parte de lo hablado por el defensor de instancia, quien burló los más mínimos presupuestos del sistema, sabiendo, como lo expuso, que lo hacía bajo la permisividad de los magistrados de ese Tribunal, quienes precisamente, entre sus funciones, tienen la de velar, porque todo lo actuado se realice con exclusivo apego a la ley, en especial, a la procesal; de no ser ello así, perdería razón de ser la judicatura, al consentir que en todo momento y en cualquier lugar, se varíen las



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

pautas generales difundidas en la Constitución y las leyes que la desarrollan.

Realizó, por último, el defensor una sustentación sofisticada al decir que su homólogo de instancia, sólo presentó una “teoría jurídica” más no una “teoría del caso” y que las pruebas exclusivamente fueron enseñadas, más no introducidas.

En primer lugar, el idioma universal en cualquier estrado judicial, indiscutiblemente, es el jurídico, no otro lenguaje se habla ante los Tribunales; por tanto, intentar escindir tales aserciones, es negar de plano la naturaleza misma del sentido legal de la sustentación del fallo de primer grado, que pretende validar el letrado en sede extraordinaria, vulnerando con tales manifestaciones el postulado de la lógica de no contradicción: la teoría del caso, por ende, está unida inescindiblemente y hace parte integral de las consideraciones normativas que se presenten; el afirmar que el togado sólo realizó una presentación jurídica más no del caso, es suponer en el fondo que existen otras alternativas diversas a las legales para resolver los injustos: cuestión, desde luego, inadmisibile.

En segundo término, querer hacer ver como una simple *exhibición* de museo los elementos *probatorios* y *evidencia física* traída por su antecesor, usando como lo hizo,



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

identidad de aparatos (teléfono) o unidades (manejo de llaves) halladas en la escena del insuceso, para declarar con dicha acción que no se estaban introduciendo nuevas evidencias; en parte le asiste razón al defensor, por cuanto jamás serán pruebas, pero inexorablemente, se atentó contra su legalidad al imprimirle el Tribunal validez jurídica a las mismas en el fallo de segundo nivel.

El punto tercero, se relaciona en esencia, con lo manifestado objetivamente por el defensor de instancia en la diligencia de alzada, quien les solicitó autorización a los magistrados a fin de presentar una nueva *“teoría del caso”*, cuando expresó: *“y yo con todo respeto le pido a la Sala, a los Honorables Magistrados, a quien preside esta audiencia, que así sea tardíamente, pero yo traigo una teoría del caso, consistente...”*.

Desconoció, por ende, el profesional del derecho en sede extraordinaria, tales aserciones y quiso persuadir a la Sala de un hecho no consolidado sino en su mente, pues de lo inmediatamente transliterado, jamás se puede inferir la presentación de una teoría jurídica apartada de la del caso: su antecesor lo desmiente y, con ese actuar, pretende beneficiarse de una conjetura, cercenando -de paso- el axioma de unidad de defensa.



Con fundamento en lo puntualizado, el falso juicio de legalidad, prospera, en los términos expuestos.

7.3. Falso juicio de existencia:

Formulado por omisión probatoria respecto de los testimonios de **Omar Lugo Villa** y **Tomas Emilio Pérez Núñez**, quienes percibieron, la noche de los hechos, el estado de alicoramiento de **Gloria Esperanza**; mismos que el Tribunal dejó de valorar y, según el demandante, eran de innegable trascendencia, precisamente, porque con ellos se demostraba que en verdad la víctima había ingerido licor, bajo cuyo efecto, ella quedó en indefensión por el sueño profundo que le produjo.

El Fiscal avaló la propuesta esgrimida por el actor. Contrario a ello, la Procuradora Tercera, coincidió con lo expuesto por el Juez Colegiado, en la medida que las declaraciones demandadas nunca tendrían la virtualidad de variar la decisión de absolución, porque en el fallo se aceptó el estado de embriaguez de la ofendida, más no para excluirla del “*mundo exterior y no poder reaccionar frente a un estímulo como el de un acceso carnal*”, como se plasmó en la sentencia atacada. Y, por su parte, el defensor adujo que por defectos de técnica no podía prosperar la



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

censura; amén de ser el peritazgo médico el medio más expedito para establecer el estado de embriaguez de una persona.

Con el fin de sopesar los diversos criterios enfrentados, es menester traer a colación, el contenido material de las declaraciones difundidas en el juicio por los dos empleados del Hotel:

a) **Omar Lugo Villa**, informó que era casado, residente en San Andrés Isla, de ocupación Barman¹⁶ -con 18 años de experiencia-, de 41 años de edad y, para el día de la diligencia, se encontraba trabajando en el restaurante bar italiano Mojito Pasión.

También sostuvo que los días 26, 27 y 28 de enero de 2008, laboró en el Hotel On Vacation Beach. Se enteró de la noticia de un caso de violación que se presentó allí, por parte de un compañero de nombre **Esteban** -no se acuerda del apellido- quien tenía la función de auditor nocturno; igualmente, identificó en la audiencia a **Gloria Esperanza Marín Martínez**. Esa madrugada -dijo- llegó como a las 3:30 o 4:00 de la mañana, acompañado de una mujer que se alojaba en ese lugar y ya había sucedido la violación. Indicó, además, que vio a la ofendida 1/4 de

¹⁶ Según el diccionario Usual de la Real Academia de la Lengua Española, barman significa: "Encargado de servir o preparar bebidas alcohólicas en la barra de un bar".



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

hora después de los hechos: ella *“estaba agobiada, desesperada, estaba llorando”*.

Explicó que el procesado laboraba de 11 de la noche a 7 de la mañana, su trabajo tenía que ver con la parte contable, que la noche de los acontecimientos se hallaba el inculpado en las instalaciones, él *“manipulaba las llaves de las habitaciones”*, tenía trato directo con los viajeros y la denunciante llegó con su esposo al hotel; además comentó: *“la noche del suceso ella estaba tomada, estaba embriagada... yo la vi ese día, la vi en estado de embriaguez... somnolienta, ebria, persona ebria”*.

b) Tomás Emilio Pérez Núñez, dijo tener 40 años, de profesión u oficio Barman, residente en San Andrés Isla.

Expuso que salió a las 11:30 de la noche - después de cumplir su turno- con dos parejas, una de ellas conformada por los esposos del caso ocurrido, a un bar llamado *“El Acuario”*. Tiempo después regresaron al Hotel a buscar una botella de licor, con las mismas personas. Se dio cuenta que **Gloria** habló con **Esteban** por espacio de 4 minutos, no sabe cuál tema abordaron; luego salieron de nuevo para el *“barcito”*; una vez se despidieron, **Gloria** se devolvió al hospedaje con su esposo y otra amiga, a las 2 de la mañana. El declarante se dirigió al Hotel de la



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

misma cadena de nombre Galaxia, para acompañar a otros pasajeros, por tanto, dice no ser testigo de los hechos.

Cuando se le preguntó por el estado de alicoramiento de **Gloria Esperanza**, afirmó: *“Bueno la señorita no estaba en estado de embriaguez tan alto, pero si estaba tomada, porque ocurre que en el bar en donde siempre he trabajado se inclina uno por darle unos tragos con más alcohol que por decir un tablazo que es un coctel que inmediatamente embriaga a las personas, con uno o dos que se tome la persona ya se siente en un estado de embriaguez, que tomar un trago diferente; no estaba que se caía ni nada, pero si estaba tomada”*. Por último, sostuvo que conoce al procesado desde hace dos años y su relación con él es de compañeros de trabajo y amigos.

Con base en el error de hecho invocado y al cotejarlo objetivamente con la decisión objeto de impugnación en sede extraordinaria, la Sala constata que el Tribunal de San Andrés y Providencia, **omitió** contemplar los testimonios referidos. Siendo ello así, es innegable concluir que la Delegada, aquí también equivocó sus reflexiones; en primer lugar, era de suma importancia desplazar las aludidas atestaciones a las consideraciones del fallo acusado con el fin de sopesarlas con lo narrado por la víctima; no era pues, en segundo término, una labor exclusiva para determinar si **Gloria Esperanza Marín Martínez** se encontraba o no embriagada; un tercer aspecto, tiene que ver con la credibilidad de la ofendida, en punto a establecer, si



confrontados con los demás medios probatorios, su versión se ubicaba más cerca o lejos de lo realmente ocurrido; y, un cuarto motivo, se relaciona con la verificación de la ingesta de bebidas embriagantes efectuada por la agredida.

En esas condiciones, el alcance jurídico de la omisión probatoria, se encuentra marcado, por las precisas apreciaciones reseñadas, las cuales la Sala trasladará al apartado siguiente, donde las sopesará con el restante plexo probatorio, así como también resolverá allí, el último ataque invocado, sobre la responsabilidad del tercero civilmente responsable.

Por tanto, la censura expuesta por error de hecho en sentido de falso juicio de existencia, prospera.

7.4. Trascendencia de los defectos.

1. Las pruebas que se vienen conjugando, una vez finiquitados los yerros advertidos por el representante de la parte civil y los detectados por esta Sala, muestran -como lo obliga la normatividad procesal vigente- que los únicos medios objeto de valoración judicial siempre serán los debatidos en el juicio, cuya introducción -sin excusa- debe generarse en la audiencia



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

preparatoria, para de esa forma, ser legalizados por el Juez de Conocimiento.

En el mismo sentido, todo lo concerniente a la novísima “teoría del caso”, (conjetura sobre el ardid de **Gloria Esperanza** y su esposo, para defraudar a la Corporación hotelera), también fue excluida: sobre estos cimientos fáctico-jurídicos, se continuará el estudio del presente asunto.

Cuenta, entonces, el proceso con los testimonios de: **1)** Omar Lugo Villa, **2)** Samirna Isabel Williams Vislan, **3)** César Yesid Tibaquirá, **4)** Dalmiro de Jesús Ladeuth Ospino, **5)** Juan Carlos Araque Herrera, **6)** Ronald Eduardo Valencia Jiménez, **7)** Tomas Emilio Pérez Núñez y **8)** el de Gloria Esperanza Marín Martínez.

En los **alegatos finales** el Fiscal aclaró que no se estaba debatiendo ningún estado de alicoramiento sino el sueño profundo en el que se encontraba **Gloria Esperanza**, causado por alguna ingesta de bebidas embriagantes; por ello, se tenía que responsabilizar al procesado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, del delito consagrado en el artículo 210 del Código Penal, a título de autor, atendiendo la estimación realizada por el citado funcionario de los diversos testimonios practicados en el juicio oral.



El representante de la víctima, indicó, entre otras cosas, que el imputado ideó todo un plan para sacar del camino al esposo de **Gloria Esperanza** y, por esa vía, poder accederla carnalmente.

El Procurador sostuvo que, se le debía otorgar total credibilidad al testimonio de la víctima señora **Gloria Esperanza Marín Martínez**, por cuanto convergían los indicios de capacidad y oportunidad para delinquir contra el acusado. Destacó, además, que el médico “legista” más bien rural, Doctor **Ronald Eduardo Valencia Jiménez**, era una persona “inexperta” en la práctica de dictámenes legales, al haber cometido “errores elementales”, en las dos pericias, que ameritaban ser examinados a fondo, para no perpetrar errores de mayor relevancia jurídica.

El defensor, a su turno, reveló que las diversas pruebas no eran contundentes, por cuanto los testigos, no fueron “presenciales” de los hechos ilícitos, e incluso, el acceso fue consciente y sin “intención de hacer daño, sino voluntad propia de las partes”.

2. Siendo ello así, aquí ya no se trata de reproducir los argumentos expuestos por el Juez o el Tribunal sino de aceptar o refutar sus tesis, mediante un ecuaníme ejercicio suasorio de cara a lo probado en el juicio –el que debe ser coincidente con uno de ellos- y, por ese camino



epistemológico, arribar a la sentencia que –excluidos los vicios de hecho y derecho revelados- se ajuste a un recto, objetivo e imparcial devenir normativo.

En este orden, se demostró en el plenario, que la víctima **Gloria Esperanza Marín Martínez**, efectivamente viajó desde la ciudad de Tuluá a San Andrés Isla en compañía -por ese entonces- de su compañero sentimental, **Carlos Andrés Carvajal Porras**, junto con otras parejas de amigos -**Jhon Álvarez, Alejandra Álvarez, Diana María Delgado Saavedra y Carlos Eduardo Leguizamón Velásquez**- a pasar sus vacaciones, desde el 25 de enero de 2008, para lo cual se hospedaron en el Hotel On Vacation Beach, lugar donde trabajaba el inculpado **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO**, en el cargo de auditor nocturno, con diversas funciones, entre las cuales destacaron los testigos, la compilación del movimiento diario del Hotel, relacionada con la parte contable y la *“manipulación de las llaves”*, según **Omar Lugo Villa**.

Por su parte **Samirna Williams**, de 32 años de edad, soltera y recepcionista del Hotel, expuso que el procesado llegó al Hotel, quince minutos tarde, por esto, tuvo que entregarle el turno de auditor nocturno a **Cristian Álvarez** y no directamente a él. Esa función trae consigo la *“entrega de todas las novedades: casos sucedidos, peticiones de los huéspedes y la entrega de los libros del DAS, llaves, las lámparas”*.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

El día de los acontecimientos **Esteban Gutiérrez Martiliano**, tenía como función la de auditoria, por tal asignación laboral, recibe los siguientes elementos: *“llaves de casillas de seguridad, llaves de las camareras de los pisos, llaves de la administración, de la cocina, de mantenimiento”*. Record: 40:40.

Además, -agregó- sobre el acceso y manejo de las llaves: *“Eso es solamente en caso de que algún huésped diga que se le quedaron las llaves dentro de la habitación y necesita que nosotros le abramos la habitación, no le podemos entregar el manejo de las llaves de camarera directamente al huésped, porque hay llaves de otras habitaciones que también nos causarían problemas”*.

Declaró también **Juan Carlos Araque Herrera**, de 29 años de edad, casado, con 2 hijos, subintendente de policía judicial y con experiencia en investigación por más de 5; informó, que la puerta del cuarto 507 -donde sucedieron los hechos- se encontraba cerrada y en perfectas condiciones.

Como se puede apreciar, el enjuiciado tenía dentro de sus funciones un manejo general y especial de todas las llaves de las habitaciones, él las recibía al final de cada turno de sus compañeros, en el evento de presentarse problemas de olvido de las mismas por los huéspedes. Las camareras, como se infiere del testimonio de **Samirna Williams**, no se las llevaban para sus casas, luego siempre quedaban a disposición de **Esteban**



Gutiérrez Martiliano o quien en el Hotel hiciera -laboralmente- sus veces.

Por tanto, la tesis del Juez de primera instancia, no es descabellada, ni cavilada por fuera de esos precisos lineamientos: el inculpado aprovechó la oportunidad para ingresar a la habitación 507 donde sabía pernoctaba la esposa de quien minutos antes fuera ubicado en otro cuarto, con el fin de lograr sus protervos intereses carnales.

3) Véase como el cónyuge de la víctima, **Carlos Andrés Carvajal Porras**, cuando se enteró de lo sucedido, bajó *agresivo* y se agarró con el primero que vio, en una actitud desesperada, por vengar el ultraje realizado contra su mujer.

Así lo relató el Policía e investigador judicial **Dalmiro de Jesús Ladeuth Ospino**, cuando hizo presencia en el lugar de los hechos e inició las labores de "*actos urgentes*", en donde entrevistó a **Omar Lugo Villa**, al compañero de la víctima **Carlos Andrés Carvajal Porras** y a **Cristian Álvarez**.

Entonces, **Omar Lugo Villa** le comunicó:

"El señor me manifestó personalmente que al llegar al hotel en horas de la madrugada, el señor compañero de la víctima, lo recibió con un golpe,



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

entonces él, pues, trata de preguntar a que se debe... y es donde él se entera de todo lo que había pasado esa noche". (01:13).

Los intervinientes con base en el ejercicio de explicaciones de los temas debatidos en el conainterrogatorio, (redirecto) obtuvieron otras respuestas sobre lo manifestado por el investigador de la policía, de las cuales se hace indispensable destacar los siguientes aspectos:

"Señor Juez, el señor esposo de la hoy víctima al enterarse de lo que había ocurrido con su compañera, el señor bajó del quinto piso o del piso donde se encontraba, bajó en un estado de alteración por lo que había pasado, en las descripciones que le había dado la señora Gloria, le manifiesta que la persona que había abusado de ella había sido un señor de piel oscura y que trabajaba en ese Hotel, por tal motivo el señor bajó desconcertado, aturdido y al primero, a la primera persona que vio, fue al señor Lugo que acababa de llegar, fue que le propinó un golpe en el rostro... la señora Gloria le manifestó personalmente lo ocurrido esa noche porque al igual la señora Gloria no encontraba... a su compañero, porque ese día se había quedado dormido en otra habitación que le había ofrecido el hoy victimario... y al despertarlo los otros compañeros... esta le manifestó lo que le había ocurrido esa noche... fue por eso que el señor bajó de esa manera, aturdido o bajo de una manera agresiva y le propinó el golpe al señor Lugo". (Subrayado por la Sala).

Agregó, que en la entrevista realizada al hoy excompañero de la ofendida, determinó que esa noche en compañía de otros amigos de Cali: *"estaban consumiendo alcohol"*, por ello cuando llegaron a la habitación decide volver a bajar para



“seguir consumiendo alguna bebida”. Aseveró, inclusive, que **Carlos Andrés Carvajal Porras**, estaba ebrio y que no presencié los hechos, pues todo lo obtuvo por medio de las labores investigativas mediante la técnica de entrevistas por él realizadas al momento de los hechos ilícitos.

No otra explicación tiene el puñetazo que le propinó **Carvajal Porras** a **Omar**, producto de una reacción de ese talante, ante la infamia perpetrada, arropado en la tranquilidad de la noche y la ingesta continua de bebidas embriagantes, de las que dieron fe los testigos **Tomás Emilio Pérez Núñez** y **Omar Lugo Villa**, quienes informaron que la víctima, de verdad, ingirió licor, que estaba tomada, no tanto como para caerse, pero se le notaba la embriaguez; a su turno la misma declaró que sufre de un sueño profundo cuando consume alcohol de manera continua, como lo hizo en San Andrés, por espacio de dos días, con el consiguiente cansancio producto del baile y trasnocho.

Todo lo expuesto, también fue corroborado por el testigo traído por la defensa en el juicio -**Tomás Pérez Núñez**-, persona que manifestó que acompañó a la pareja después de las 11:30 de la noche aciaga, hasta las 2 de la madrugada, donde interrelacionó con ellos, tomando alcohol en un barcito -como él lo denominó- donde hasta bailaron; fue constante el consumo, que se



devolvieron al Hotel para conseguir otra botella y seguir el jolgorio afuera de esas instalaciones.

Como se puede observar, segundo a segundo se va confirmando el relato de la ofendida, al sopesar las pruebas legalmente aportadas a la actuación, con su versión, varias veces aquí plasmada.

4. Véase como el declarante **Omar Lugo Villa**, destacó que *“vio a la señora Gloria Esperanza que estaba llorando, agobiada, desesperada”*, minutos después de los hechos, describiendo, con esas palabras, el estado emocional de la víctima. Ninguna de las partes controvertió éstas circunstancias en el juicio, como para descartarlas o no tenerlas presentes; por cuanto, se constata, que no hubo ningún consentimiento para consumir la relación sexual, como lo expuso el defensor de instancia en la presentación de su teoría del caso y en los alegatos finales; pues lo que se infiere, es un dolor profundo, por la impotencia de no haber podido evitar los acontecimientos antijurídicos, aquí reseñados.

5. Otro punto de incuestionable valor probatorio, es la identificación que ella realiza del procesado en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento, como la persona que la accedió sin su aquiescencia, señalando a **Esteban Gutiérrez Martiliano**, persona que se encontraba con el público: *“el señor de*



buzo negro y blanco". A su turno, no se esgrimieron razones en el juicio como para descartar la sindicación; todo lo contrario, ninguno de los intervinientes se opuso o enfrentó argumentos inversos para desacreditar lo afirmado por la ofendida, desde luego, este es un motivo más -claro y suficiente- para imprimirle total credibilidad al relato de **Gloria Esperanza**, como lo solicitaron en instancia tanto el Fiscal, Procurador y Representante de la Víctima.

6. El declarante **Tomás Emilio Pérez Núñez** comentó que vio a **Gloria Esperanza** hablar con **Esteban Gutiérrez** por espacio de 4 minutos en la recepción, previo a salir del Hotel rumbo a un bar; ante esta afirmación, la víctima indicó:

"El único contacto que tuve yo con el señor fue temprano, fue ese el único momento que hablé con él, y lo que le dije fue, que si me hacía el favor y me cambiaba la manilla... que me identificaba como huésped del Hotel. Él me la cambió, ahí estaba Alejandra y estaba mi compañero, mi esposo. Él me cambió la manilla y yo le dije gracias. No fue más... esa fue la única conversación que yo tuve con el señor en todo el tiempo" (Record: 02:23).

Explicación que tampoco fue refutada por las partes y, a la postre, es coincidente con la de **Pérez Núñez**, en relación con el tiempo que duró el intercambio de palabras y la inmediata salida de ella con su amiga **Alejandra** y su pareja, a un bar en cercanías del Hotel, para continuar tomando licor.



7. Ahora bien: el Tribunal desechó lo manifestado por la denunciante en cuanto al tema relacionado con el sonido del timbre del teléfono y el acceso carnal perpetrado contra la humanidad de **Gloria Esperanza**, con base en la siguiente afirmación:

“Las reglas de la experiencia y de la sana crítica nos enseñan que cuando mayor es la afectación en el ser humano de su entorno o de él mismo es mejor y más rápido y decisivo la reacción frente a dicha afectación, de tal manera que a mayor proximidad es más rápida la respuesta, de tal forma que en el relato que hace la víctima de los hechos ocurridos es contrario a la lógica que ella se hubiera despertado por el estímulo o mejor por causa del estímulo mas lejos de su intimidad, su cuerpo y su entorno, vale decir, cuando escuchó el timbre en el teléfono de su habitación.

Es que, la señora GLORIA ESPERANZA, no se despertó, subraya esta Sala, cuando un extraño penetró a la habitación donde ella se hallaba durmiendo, como tampoco se despertó, cuando ese mismo extraño llegó hasta su cama descubrió su cuerpo pues su fin era accederla sexualmente, pero es que tampoco se despertó cuando ese extraño se puso encima de ella en posición de accederla carnalmente, pero es que tampoco se percató de la existencia de ese extraño cuando el mismo empezó a hacer todos los actos propicios para lograr el cometido de accederla carnalmente, lo que es más difícil de aceptar por este Tribunal por cuanto para llevar su cometido implica un acto máximo de violencia del victimario sobre la víctima”. (Resaltado por la Sala).



El Juez Plural con el fin de demostrar que la ofendida le mintió a la justicia –en este punto también-, dedujo que ella se despertó, no por el timbre del teléfono, sino por el acto máximo de “*violencia*” ejercida contra su humanidad, porque se trata de una falacia más de **Gloria Esperanza**, pues la reacción – ante un hecho tan grave- debe ser inmediata a la agresión de su cuerpo y, secundaria, en el evento del sonido del aparato telefónico.

7.1. El primer punto en reflexión tiene que ver con el concepto de **violencia**, traído por el Juez Colegiado, para sustentar su tesis de incredulidad frente a lo narrado por **Gloria Esperanza**. De verdad es latente la confusión de la magistratura por cuanto mezcló el “*acceso carnal violento*¹⁷” con “*acceso carnal abusivo con incapaz de resistir*¹⁸”, pues ambos injustos hacen parte del título de infracciones contra la libertad, integridad y formación sexuales, pero se distinguen entre sí, justamente, por la “*violencia*” ejercida hacia la víctima; la diferencia es tan marcada, que las dos transgresiones, hoy por hoy, se encuentran en capítulos separados.

Desde luego, los elementos descriptivos, entre uno y otro tipo penal, son diversos; en cuanto a la conducta, a la calidad de sujeto pasivo y a los medios, éstos “han de ser violentos,

¹⁷ Ley 599 de 2000: artículo 205. “El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá”.

¹⁸ “El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir”.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

tanto desde el aspecto material como desde el punto de vista psicológico, a fin de reducir la voluntad de la víctima y hacer que esta haga lo que no quiere¹⁹”.

El mismo tratadista, desarrolla la noción de violencia, en los siguientes términos:

“LA ‘VIS ABSOLUTA’ EMPLEADA POR EL VIOLADOR.- Violencia física es aplicación de la fuerza material sobre el cuerpo de la persona ofendida, en grado tal que domine su resistencia. Esta ha de ser seria y constante, hasta donde sea posible, dadas las modalidades de la acción y las condiciones de la víctima. No siempre la defensa es adecuada. En ocasiones una oposición, por tenaz y desesperada que sea, finaliza por el cansancio y el agotamiento, el horror o cualquiera otra inhibición para impedir o malograr el atropello... Comúnmente la resistencia deja huellas y lesiones sobre el cuerpo, desgarramiento de ropas, desórdenes locativos, gritos de protesta o de auxilio, reacciones homicidas o suicidas, trastornos mentales por dolor, indignación o vergüenza... El delito se realiza, pues, cuando la fatiga muscular hace ceder a la víctima que ha ofrecido resistencia”²⁰.

Como puede sopesarse, en el caso en estudio, no se presentó violencia sobre la humanidad de la víctima, tal como lo constató el médico, quien no halló lesiones por esa agresión en su cuerpo, pues el victimario jamás la utilizó para reducirla, ni ella ejecutó maniobras defensivas para evitarlo; la ofendida -el Tribunal, en el fondo, lo admite- se encontraba dominada por un “sueño profundo” causado por los efectos del alcohol ingerido, el trasnocho y el cansancio; sin embargo, también lo niega al cuestionar el motivo externo (timbre) por medio del cual se despertó y no con la invasión realizada contra su libertad sexual.

¹⁹ PÉREZ, Luis Carlos, “Derecho Penal, partes General y Especial”, Tomo V, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1991., pág. 28.

²⁰ Obra cit., págs. 28-30.



Qué manifestó **Gloria Esperanza**, sobre el particular:

“Mi esposo –eso fue el día, pues, de los hechos- mi esposo decidió que quería, pues, bajar por más licor; yo entré al baño, me cepillé y me acosté, sólo me acuerdo que me acosté y me quedé profundamente dormida, que fue donde le dije a él, pues que, se llevará las llaves porque yo me voy a acostar, él me dijo, no me demoro, ya subo, la verdad me acosté, me quedé dormida... solo me dí cuenta hasta que me desperté porque sonaba el teléfono de la habitación, que allí fue donde me dí cuenta de que estaba pues abusando de mi... pues que estaba el señor Esteban, estaba encima de mi, sí, el fue el que descolgó el teléfono, desde el momento que timbró y salió de la habitación”.
(Subrayado por la Sala).

7.2. Ahora bien: es el mismo Juez Plural, quien sin proponérselo –aceptó la circunstancia del **sueño profundo-** en sus consideraciones, a partir de las cuales, le imprimió una valoración diversa, cuando expresó:

“Se establece que el día en que sucedieron los hechos a ésta última **insistentemente** se le estuvo **tocando** en la puerta de la alcoba de su habitación para que dejará entrar a su compañero permanente **CARLOS ANDRÉS CARVAJAL**, incluso, fue tanta la **insistencia** que este tuvo que quedarse dormido en el pasillo de dicha habitación, por lo cual empleados del hotel le facilitaron un lugar donde pudiera dormir. (Resaltado por la Sala).



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

“Es que, como aceptar la afirmación de que la señora GLORIA ESPERANZA, no se despertó a pesar de que su compañero en una primera oportunidad la llamó **insistentemente** para que le abriera la puerta y en la recepción, **golpeó** la puerta **insistentemente** para que abriera, pero ésta sí se despertó debido a un estímulo muchísimo más leve, subraya esta Sala, cual fue, el sonido del teléfono de su habitación”.

Si se acepta lo aseverado por el Tribunal – que, desde luego, no es cierto, como adelante se demostrará- los *toques “insistentes”* en la puerta de la habitación 507, donde se alojaba la pareja; tal acción, en si misma considerada, verifica que efectivamente, ella se encontraba en un estado de sueño profundo, no existe en el plenario prueba o fundamento para pensar diverso, máxime si se trataba de su consorte, el que hizo el llamado para acceder al cuarto.

Esta Sala en el radicado **24.955**, de 27 de julio de 2006, admitió la tesis –entre otras- del sueño profundo como una condición del ser humano que marca el estado de indefensión y la consecuente ausencia de rechazo de la agresión por parte de la víctima, justamente, por hallarse, en esas precisas circunstancias; así lo expresó:

“Sin embargo, el modelo descriptivo de la conducta abusadora de acceso carnal - superando las limitaciones que para semejante proceder preveía el Código Penal de 1.936 en su artículo 319 como estupro, en tanto supeditaba la condición del sujeto



pasivo a que se tratara de persona alienada mental o que se hallare bajo estado de inconciencia-, actualmente exige un elemento de contenido extrajurídico a manera de cláusula general que cobija dentro de los supuestos típicos que también la actualizan el hecho de encontrarse el ofendido igualmente en incapacidad de resistir.

“Esta circunstancia evidentemente es distinta de aquéllas que recogen los supuestos que a manera de ingredientes de contenido jurídico de trastorno mental o estado de inconciencia prevé el tipo penal, pero que, en todo caso, debe inhibir a la víctima de la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador, entre cuyos ejemplos se suelen mencionar la debilidad extrema o la anemia exhaustiva, la hipnosis, la narcosis, el sueño profundo y en general todas aquellas hipótesis que le impidan oponerse a las pretensiones sexuales del agente, sin que dentro de esta lista eminentemente enunciativa pueda excluirse alguna, pues la condición idónea para que el punible tenga realización está dada porque el sujeto pasivo no pueda enfrentar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo”.

7.3. Se hace imperioso aquí reflexionar sobre el supuesto acuerdo entre **Gloria Esperanza** y **Esteban** con el objeto de tener un encuentro sexual consentido. Tal hipótesis se sale de la realidad, comparada, desde luego, con las pruebas aportadas en el juicio –operación que aún no termina- de la mano del principio de la lógica denominado de razón suficiente, por cuanto es insólito que una persona estando en vacaciones con su esposo o compañero sentimental, se atreva, en esos precisos días, a traicionarlo en las condiciones anotadas en el expediente, con un desconocido, en el mismo lugar donde se hospedaban, en su propio lecho conyugal, alrededor de amigos ubicados en el mismo piso, con un cónyuge que también venía ingiriendo alcohol desde el arribo a la Isla y a quien aún le quedaba fuerzas para seguir



bebiendo, por eso anunció que ya subía y no se llevó las llaves. Además ningún testigo afirmó que la vio flirteando con él como para iniciar una labor de seguimiento ante este planteamiento.

El axioma en estudio se entiende porque todo acto humano tiene un fundamento, origen o razón de ser; por consiguiente, deberá existir una razón suficiente para que una premisa o juicio sea considerado como verdadero, si el tema, materia u objeto al cual se dirige la explicación, posee una identidad propia, sin –como es obvio- expresiones contradictorias o discordantes, motivo por el cual, es considerado válido.

Por ello, lo anotado, es contrario al principio señalado, no es pues, fuente de acción un posible comportamiento examinado desde esas precisas circunstancias, toda vez que desquicia la lógica, por cuanto en esencia sus premisas son contrarias a la razón –esto es, pensar que **Gloria Esperanza Marín Martínez**, consintió el encuentro sexual, en contra de lo registrado atrás-, lo cual indica que el relato de la señora **Gloria Esperanza Marín Martínez**, es creíble y consistente con el plexo probatorio recopilado legalmente por la instancia de primer nivel.

7.4. Obsérvese, cómo el Juez de segunda instancia, comprendió mal o no tuvo en cuenta para su análisis, lo manifestado por el testigo **Dalmiro de Jesús Ladeuth Ospino**, investigador de la Policía, sobre los “toques” en la puerta de la



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

habitación realizados por el novio de la ofendida; por cuanto el declarante jamás identificó esos supuestos *golpes* de la forma como lo hizo el Tribunal: “insistentemente se le estuvo tocando en la puerta de la alcoba de su habitación” o “incluso, fue tanta la insistencia que este tuvo que quedarse dormido en el pasillo de dicha habitación”; entre otras aserciones, él nunca utilizó esas palabras o se refirió a tales circunstancias de la forma como lo plasmó el Juez Colegiado.

Como bien lo confirmó la Sala, con el testimonio recibido al citado **Dalmiro de Jesús Ladeuth Ospino**, el cónyuge de la víctima lo único que hace es llamarla desde la puerta, nunca dice que fue *golpeada* y en forma *“insistente”*; al respecto recuérdese lo que dijo:

*“(...) como habían tenido una noche muy agitada y por cuestión o por culpa de las bebidas que consumieron se había quedado tan dormida... no sintió cuando... el compañero la **estaba llamando** para que le abriera la puerta, por tal motivo el señor bajo de nuevo a preguntar por las llaves, o una copia de las llaves de la habitación, donde él se encontraba, pero no encontró las llaves, pues en esos momentos se la negaron, le manifestaron que no se encontraba, que no estaba allí, que se la había llevado la aseo, en fin, por tal motivo el señor volvió a subir... de nuevo para intentar que la señora le abriera, pero como no le abrió ya que la señora se encontraba dormida... entonces el señor se queda dormido en las afueras de la puerta, en el pasillo y el señor Cristian o el señor hoy victimario le ofrece una habitación de al lado porque por política del Hotel no se puede dormir en el pasillo”. (Resaltado por la Sala).*



En este mismo punto, llama la atención lo indicado por la ofendida:

“Lo primero que yo hice fue subir a buscar a los compañeros... para que me ayudaran a buscar a mi esposo porque no estaba en el cuarto y pues debido a lo que había pasado me daba susto, miedo bajar sola a la recepción a preguntar por él, pues él había bajado a pedir licor, pero era obvio que supieran que se había hecho o dónde estaba: entonces le toque la puerta a mis compañeros para que fueran a buscarlo... ellos arrimaron a la recepción, preguntan por él, le dicen que él había subido a tocarme la puerta, que ellos no lo habían escuchado y que había quedado dormido afuera y que ellos lo habían entrado a otro cuarto, lo habían acostado en otro cuarto del mismo piso”. (Resaltado por la Sala).

Como la magistratura no identificó la fuente de la prueba por medio de la cual sopesó sus argumentos, sino que realizó una operación analítica general sobre ideas encontradas por los declarantes –sin individualizarlas, como era su deber- para determinar si se acoplaban o no con el restante cúmulo probatorio; esa labor, ignorada allá, se viene haciendo aquí.

El texto transliterado en la página precedente, confrontado con lo expresado por el Tribunal, denota también grandes ambigüedades, en el entendido que los compañeros de la ofendida le dijeron en la recepción que su cónyuge “subió a tocarle la puerta”; sin embargo, esto no deja de ser una expresión más de una



posible acción, porque los empleados que manifestaron esto, no les consta nada, pues a renglón seguido, **Gloria Esperanza**, afirmó que “ellos no habían escuchado”.

Si en gracia de discusión se acepta que el esposo embriagado se sujetó a la puerta de la habitación 507 donde yacía su mujer –después de subir de la recepción o primer piso- para luego golpear y, a la vez, llamarla para que le abriera; ninguna prueba establece, como lo hizo el Juez Plural, que “insistentemente” estuvo tocando la mentada puerta. Aquí acusó la magistratura de San Andrés, un error de hecho por falso juicio de identidad, por tergiversación, por cuanto deformó la expresión objetiva del medio, poniéndolo a decir lo que en realidad jamás informa, pues lo distorsionó al agregarle características que él no contiene, la calificó, le dio mayor relevancia de lo que expresa su sentido literal y a partir de esa errada percepción, concluyó que la ofendida estaba mintiendo.

7.5. En esa misma línea de razonamientos, el Tribunal tampoco explicó –y por eso entregó una argumentación confusa –en ilación con el conglomerado probatorio-, pues refirió que “empleados del hotel” trasladaron al cónyuge de **Gloria Esperanza**, a otra habitación, mientras que unos declarantes sostienen que fue el propio procesado **Esteban Gutiérrez Martiliano o Cristian Álvarez**, o los dos; quienes lo acomodaron



en un nuevo cuarto; por tanto, ante tan opuestas afirmaciones, se debe atender a aquella que coincida con las restantes pruebas; por un lado, se determinó que el inculpado tenía pleno dominio de las llaves de las habitaciones, él era el único auditor nocturno, trabajó toda esa noche, fue identificado por la ofendida como el hombre que subrepticamente ingresó a su habitación y la copuló, sin su consentimiento ni voluntad; por otra parte, ella se encontraba en un trance de sueño profundo originado por la ingesta de licor, trasnocho y cansancio, su cónyuge la dejó sola para seguir libando, **Gloria Esperanza**, cerró la puerta y se acostó hasta cuando se percató por el sonido del timbre del teléfono que estaba siendo objeto de abuso sexual.

En esas condiciones, no olvida la Sala el contenido de las declaraciones, aquí valoradas, donde se corroboran todos aquellos aspectos que rodearon los acontecimientos ilícitos, por manera que, como no se denunció una supuesta complicidad de otras personas, se infiere que el inculpado trasladó a **Carlos Andrés Carvajal** a la habitación 510; esta conclusión resulta coherente con la prueba sopesada en conjunto y por lo que de ella emana; todo, desde luego, para evitar dejar testigos, en el camino, de su ilegal proceder.



7.6. Ahora bien: en relación con la ingesta de bebidas alcohólicas y sus efectos colaterales, el artículo elaborado por el equipo técnico Aplitec T&T²¹, enseña:

“El alcohol es una droga psicodpresora de carácter sedante-hipnótico cuyo origen es la fermentación anaeróbica de los hidratos de carbono. La tecnología de la fermentación destruye sus propiedades dietéticas y en su elaboración están permitidos más de 70 aditivos, por lo que se puede considerar como una sustancia no alimenticia adulterada. En la actualidad se sabe que el etanol interactúa con determinadas proteínas situadas en la membrana neuronal y que son responsables de la transmisión de señales. No todas las proteínas de la membrana neuronal son sensibles al etanol, pero algunas cascadas de traducción de señales son altamente sensibles. Entre los puntos en los que el etanol actúa se encuentran canales iónicos, transportadores, receptores, proteínas G y protein-kinasas. La interacción del alcohol con sus proteínas da lugar a cambios de actividad de numerosas enzimas reguladoras de la expresión génica.

Todo ello origina que el alcohol pueda considerarse como una droga psicotropa fundamentalmente depresora del Sistema Nervioso Central, con acción reforzante positiva, con capacidad de crear dependencia psicofísica, tolerancia y adicción. Ingerido de forma aguda, produce una activación del circuito de recompensa cerebral, induciendo sensación subjetiva agradable de euforia, desinhibición, sedación e

²¹ Tomado de la página Testvial.com/alcohol.html; artículos_1184754115 A Alcoholemia [1].pdf]. “ANÁLISIS DEL FACTOR CONDUCTOR: ESPECIAL REFERENCIA AL GRADO DE ALCOHOLEMIA Y A LOS EFECTOS DEL SUEÑO SOBRE LA CONDUCCIÓN Elaborado por el equipo técnico Aplitec T&T”. Disponible en la página Web en www.aplitectt.com/noticias/descargaphp?id=ariculos/pdf.



inducción al sueño, que son efectos reforzadores positivos relacionados con el aumento de la transmisión dopaminérgica”.

El estudio estaba dirigido a los conductores que realizan tal actividad bajo el efecto de esa sustancia; sin embargo, las secuelas en el sueño, por la injerencia del alcohol, los plantea el escrito citado, de la siguiente forma:

“Dormir es una necesidad primaria de carácter supervivencial de las más importantes que tienen los seres humanos. Es por ello, que cuando no se duerme nada o no se duerme lo suficiente, el organismo reacciona con toda una serie de desajustes, muchos de los cuales son altamente peligrosos para la salud en general.

El ciclo sueño vigilia esta gobernado por factores tanto homeostáticos como circadianos. Los factores homeostáticos están relacionados con la necesidad neurobiológica de dormir; cuanto mayor es el periodo de vigilia, más presión sentimos por dormir y más difícil es resistirse al sueño. El factor circadiano es la alternancia luz-oscuridad cada 24 horas, pero también pueden intervenir otros sincronizadores como: variaciones de temperatura, ruido, olores, humedad, etc. -Así pues (sic) aunque los ritmos biológicos están generados biológicamente, su regulación depende de los sincronizadores.

El ciclo sueño-vigilia es intrínseco e inevitable, no es un patrón que la persona voluntariamente asuma o pueda decidir ignorar. Si a ello unimos el estado de alcoholemia... nos encontramos con un factor mediato de indiscutible importancia... A pesar de la tendencia de la sociedad actual de otorgar al sueño menos prioridad que a otras



actividades, la somnolencia y el deterioro en la ejecución son respuestas neurobiológicas del cerebro humano ante la privación del sueño”²².-

Entonces, las reglas de la experiencia y de la sana crítica traídas en el fallo absolutorio -las cuales jamás demostró el Tribunal- se fundamentaron en conjeturas por no ser planteamientos de aceptación general o estar verificados de manera constante e inmutable por la sociedad, pues toda acción tiene una reacción, ese es el principio básico, pero ello no significa que toda reacción tiene que ser inmediata como lo dedujo el juzgador de segundo grado, para quien es absolutamente imposible creer que ante una intromisión en el cuerpo de ese nivel, siempre el ser humano se dé cuenta o sienta. Sin embargo, ese principio es revaluado por muchos factores que dejó de analizar la instancia superior, como por ejemplo, la inconsciencia, el letargo, desmayo, desvanecimiento -o como en el caso en estudio-, el sueño profundo, causado por la ingesta de sustancias no prohibidas.

Desde luego, al proceso en estudio, le faltó alguna actividad probatoria con el fin de abordar temas de relación, concordancia y constatación, pero en el nuevo sistema es insustancial hablar de ausencia probatoria, como parece haberlo

²² Pág. Web citada.



entendido el defensor al afirmar en los alegatos finales que no existía prueba para condenar; por cuanto, en principio, es un asunto de partes, siendo ellas las determinadas por ley para sustentar la acusación y ejercer la defensa en todas sus manifestaciones cognoscentes.

Estas reflexiones conducirían a preguntarse ¿cuánto tiempo duró **Esteban** accediendo a **Gloria Esperanza**?, ¿hubo total penetración?, ¿duró segundos o minutos?, ¿se le arrojó encima o se las arregló para que el peso de su cuerpo no fuera evidente?, ¿al momento de timbrar el teléfono, exactamente, qué tan pegado estaba el agresor al cuerpo de su víctima?

En este punto, es necesario recordar lo sostenido por el Tribunal:

“Es que, como aceptar la afirmación de que la señora GLORIA ESPERANZA, no se despertó a pesar de que su compañero en una primera oportunidad la llamó **insistentemente** para que le abriera la puerta y en la recepción, **golpeó** la puerta **insistentemente** para que abriera, pero ésta sí se despertó debido a un estímulo muchísimo más leve, subraya esta Sala, cual fue, el sonido del teléfono de su habitación”.

La Sala no tiene ninguna duda respecto a los hechos objeto del presente pronunciamiento, puesto que el acceso



carnal se perpetró en persona incapaz de resistir, causado por un estado de sueño profundo e, inclusive, de la mano de los dictámenes periciales sexológico y clínico de embriaguez a ella practicados, de los cuales únicamente se acreditan para su valoración los hallazgos detectados por el médico Rural **Ronald Eduardo Valencia Jiménez**, -e introducidos por él-; más se resta poder suasorio a sus consideraciones y conclusiones, por cuanto, como lo demostró el señor Procurador Judicial asignado al caso, en el desarrollo del juicio; el galeno referido no tenía idea de las pericias forenses que estaba realizando, ni poseía experiencia o idoneidad en esta clase de actuaciones, llegando al absurdo de ubicar en las *"conclusiones"*, del primer dictamen, dos líneas de equis, es decir, nada, tal y como consta a folio 104 del cuaderno original.

No era para menos, pues en la acreditación de su labor, le informó a los intervinientes que su experiencia como médico legista, se circunscribía a la universidad, que la doctora **Navas** había transcrito una de las pericias, por cuanto el *"no tenía conocimiento si tenía que llenarlo completo... no pensó que hubiera que escribirlos"*, tanto así que se le olvidó plasmar en el mismo, los resultados de la frotis vaginal, en donde halló presencia de espermatozoides, como así lo declaró en el interrogatorio complementario que le realizó el Procurador citado.



Por manera que, sus hallazgos fueron, para el examen sexológico: *“no existen huellas externas de lesión”* tampoco observó *“lesiones en genitales externos... forma anal normal... no hay signos de embarazo... no hay signos clínicos de contaminación venérea al momento del examen”*.

En cuanto a la embriaguez, indicó que el estado de consciencia de **Gloria Esperanza** era de **alerta**, su coordinación motora **leve**, nistagmus negativo, aliento **positivo**, disartria **discreta**, convergencia ocular normal, aumento de polígono negativo, rubicundez **si**, pupilas normales y congestión conjuntival **si**.

Debe destacarse, que tampoco consideró el médico rural, el hecho cierto, de haber realizado los referidos exámenes, varias horas después; obviando además, la respectiva muestra sanguínea de alcoholemia y, en esas circunstancias inconcebibles, diagnosticó negativo de embriaguez, sin profundizar en ningún aspecto, a los que estaba obligado, por la labor desempeñada.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mediante la Resolución 414²³ de 27 de agosto de

²³ Extractado del libro *“Medicina forense y criminalística, sistema acusatorio”*, de ANGULO GONZÁLEZ, Rubén Darío, Tercera Edición. Pág.173, Ediciones Doctrina y Ley. Año 2010.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

2002, por la cual fijó “los parámetros científicos y técnicos relacionados con el examen de embriaguez y alcoholemia”, dispuso, entre otros aspectos:

“Artículo segundo.- La interpretación de los resultados de alcoholemia, independientemente del método empleado para su determinación, requiere la correlación con el estado de embriaguez alcohólica de una persona, así: 1.- Resultados menores a 40 mg de etanol/100ml de sangre total, se interpretaran como estado de embriaguez negativo. 2.- Resultados entre a 40 y 99mg de etanol/100ml de sangre total, corresponden al primer grado de embriaguez. 3.- Resultados entre a 100 y 149mg de etanol/100ml de sangre total, corresponden al segundo grado de embriaguez. 4.- Resultados mayores o iguales a 150mg de etanol/100ml de sangre total, corresponden al tercer grado de embriaguez”.

Por su parte el autor citado, indica que el alcohol en sangre (mg/100ml), produce efectos en el “*tomador moderado de tolerancia normal*”, así:

“20mg%: se siente bien... 40mg%: socialmente se siente a topo... 60mg %: el juicio queda disminuido... [y es] incapaz de adoptar decisiones importantes... 80mg%: pérdida definitiva de la coordinación... 100mg%: tendencia a perder el control sexual si no está demasiado adormilado... 150mg%: totalmente



embriagado... (puede ser agresivo y perder la memoria). 300mg%: pérdida control esfínteres. 500mg%: puede morir... [sin] atención médica.

Por tanto, los hallazgos del médico rural (estado de conciencia **alerta**, coordinación motora **leve**, aliento **positivo**, disartria **discreta**, rubicundez **si** y congestión conjuntival **positiva**), identifican, junto con las declaraciones vertidas en el juicio por **Omar Lugo Villa** y **Tomas Emilio Pérez Núñez** – mismas que fueron excluidas de la valoración probatoria realizada por el Tribunal-, que efectivamente **Gloria Esperanza**, sí consumió bebidas embriagantes, lo cual aunado al trasnocho, playa, baile y demás actividades turísticas ejecutadas por los viajeros en los dos días previos a los hechos, le produjeron a la víctima un **sueño profundo**.

Con base en lo expuesto en el presente proveído, la Sala cotejó y comprobó que las pruebas practicadas en el juicio, conducen a un convencimiento más allá de toda duda razonable respecto de los actos antijurídicos debatidos en la audiencia de juzgamiento, como de la responsabilidad penal del acusado, por ende, **casará** el fallo objeto de impugnación.



8. Causal cuarta.

8.1. Se recuerda que lo elevó por vía directa en sentido de falta de aplicación del artículo 107 de la Ley 906 de 2004, por cuanto el juez de primera instancia, no obstante, haber condenado al procesado, dejó de sentenciarlo –junto con la sociedad anónima TVG-, por perjuicios materiales en la suma de \$ 36.234.200 de pesos y, morales, en cantidad de mil (1.000) smlmv.

Las instancias –agregó- olvidaron que toda la acción ilícita recaída contra su representada **Gloria Esperanza**, tiene como contraprestación la reparación integral y como el inculpado no tenía ninguna capacidad económica por su condición de empleado, deben salir –en caso de condena- a responder solidariamente las firmas cuestionadas.

En la sentencia de primer grado, se ignoró la ley sustancial, al dejar de debatir el compromiso civil de la empresa TVG S.A., quien debe responder por los hechos aquí juzgados; además, se desconoció la responsabilidad por culpa del arrendatario, porque el certificado de existencia y representación de la Sociedad Anónima TVG, jamás muestra como inquilino al Hotel On Vacation Beach, sino su calidad de propietario.



Finalmente, sostuvo:

Las instancias, no “tuvieron en cuenta las apreciaciones arriba cuestionadas ni las pruebas aportadas al proceso... [El Tribunal]... no se pronunció sobre el tercero Civilmente Responsable a la hora del fallo, pues no tuvieron en cuenta la condición de víctima, no se percataron a mirar las pruebas ofrecidas durante todo el proceso pues de lo contrario hubiesen condenado al pago de los daños y perjuicios a favor de la víctima”.

8.2. La Fiscalía, como no recurrente, es del criterio que este ataque –contrario a los anteriores- no debe prosperar “*porque ciertamente no se probó, no se demostró, no se acreditó la vinculación laboral*”, motivo por el cual, “*debe recobrar vigencia la sentencia de primera instancia, en los precisos términos en que fue producida*”.

8.3 La señora Procuradora Tercera manifestó que la sociedad TVG S.A., dueña de la razón social On Vacation Beach, arrendó el inmueble donde funcionaba el Hotel. A su turno, el acusado estaba vinculado con la Cooperativa de Trabajo de nombre Funcionar Oc y, en ese orden, las dos empresas aludidas, tenían un acuerdo de aceptación de oferta mercantil, en donde, la segunda, proveía de personal a la primera, para realizar sus metas laborales.

Además, el incidente de reparación no se elevó contra el procesado sino en disfavor de la empresa dueña



del hotel, la cual no fue sentenciada, como tampoco se demostró la relación de subordinación entre éstas y la Firma Funcionar y menos se vinculó por parte del interesado.

Si bien el demandante adujo que el suministro del personal era ilegal por no estar permitido por el Decreto 4588 de 2006 -prohibición de practicas de intermediación laboral por parte de las Cooperativas-, con lo cual, supuso el libelista la existencia de una relación de subordinación entre TVG y el inculpado; en esas condiciones, debía la empresa dueña del Hotel entrar a cancelar todos los perjuicios ocasionados por el reato.

En criterio de la Delegada, ello no es del todo cierto, por cuanto, lo verdaderamente relevante para establecer la legitimación laboral entre las partes, era la relación de dependencia en la que el procesado se encontraba respecto de la Sociedad Anónima, motivo por el cual, la Firma estaba obligada, para efectos de la responsabilidad civil, a la vigilancia, cuidado y control del acusado, entonces, ha debido constatar el libelista la imputación, el daño causado y el monto del mismo; por tanto, como el vínculo de dependencia no se demostró, su pretensión debería desestimarse.

8.4. El defensor y representante legal de la sociedad cuestionada, expuso que el Juez de conocimiento, al



momento de valorar las pruebas, concluyó que la Firma no tenía la posición de garante²⁴, ni reunía las calidades para ser vinculada como tercero civilmente responsable y que tampoco le asistía interés ni razón al libelista, por cuanto, no vinculó al inculpado, en el incidente de reparación integral.

8.5. El Juez resolvió absolver a la Sociedad TVG S.A., en calidad de tercero civilmente responsable de las pretensiones formalizadas por el apoderado de **Gloria Esperanza Martín Martínez** (víctima) y, a su turno, anunció incorporar esta decisión al fallo principal de condena; por último, no decretó el embargo de bienes solicitado.

Sea lo primero advertir que el funcionario de primer nivel no podía condenar al inculpado **Esteban Gutiérrez Martiliano**, por perjuicios materiales ni morales, por cuanto él no fue objeto de seguimiento reparativo por parte del representante de la ofendida, en ilación con el artículo 137 de la Ley 906 de 2004, numeral 7, que a la letra informa:

“Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado”.

²⁴ Citó el togado una jurisprudencia de esta Sala de 27 de julio de 2006, (25.536), con el fin de apoyar su tesis, en el sentido que el demandante no demostró la posición de garante.



Corte Suprema de Justicia

Ley 906 de 2004
Casación No. 32.180
Esteban Gutiérrez Martiliano

Significa lo anterior, que la conjugación del verbo infinitivo “*poder*”, en el modo indicativo de futuro, se especifica el vocablo “*podrá*”, (él, ella, usted); el cual encarna un ejercicio facultativo de las víctimas para decidir si presentan o no, el incidente de reparación integral: aquí no se realizó, entonces, mal podría el juez de conocimiento haberlo condenado por perjuicios civiles, cuando no se tuvo tal pretensión, ni se quiso elevarla, teniendo en cuenta que él era un empleado, sin ninguna capacidad económica para afrontar la reparación integral por los daños antijurídicos causados con sus actos.

Por otro lado, en cuanto al tercero civilmente responsable, la razón jurídica la tienen los no recurrentes, quienes afirmaron que el representante de la víctima no demostró en el trámite –como lo declaró el Juez- la relación laboral entre el acusado **Esteban Gutiérrez Martiliano** y la Sociedad Anónima TVG S.A., en el entendido que nunca se celebró contratación directa entre ellos, sino de él con la Cooperativa Funcionar Oc; ni mucho menos, el apoderado comprobó, si la Firma aludida era propietaria del Hotel On Vacation Beach, toda vez que, los documentos allegados no tenían la idoneidad suficiente para ello, pues el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio no suple el de Instrumentos Públicos y Privados.



En estos términos, no le asiste razón al apoderado de la víctima, en ninguna de su dos pretensiones, elevadas con fundamento en la causal cuarta de casación, motivo por el cual, se desestiman.

7.5. Glosas finales:

a) Como se salvaron los múltiples yerros contenidos en la demanda, en el fondo y en esencia, le asiste razón jurídica al actor, quien actuó como representante legal de la víctima, por los falsos juicios de legalidad demandados y, subsidiariamente, por el falso juicio de existencia en sentido de omisión probatoria, también avalados por el señor Fiscal Delegado, a los que se le adicionaron otros vicios detectados por la Sala, los cuales fueron tratados ampliamente en el contexto de la presente decisión.

b) Todos los elementos relacionados en páginas precedentes -las cuales se valoraron como si fuesen “pruebas” en el fallo absolutorio, con la finalidad de abatir la credibilidad de lo narrado por la víctima, sin que hubiesen nacido a la luz jurídica como lo dispone la Ley 906 de 2004-; así como



también las afirmaciones, hipótesis y creencias generadas a través de éstos con el consentimiento explícito del Juez Plural, resultan suficientes y reales para, del mismo modo, ordenar su exclusión en forma inmediata del haz probatorio.

c) Como prosperaron los cargos elevados por vía indirecta de violación de la ley sustancial, en sentidos de errores de hecho y derecho, la Sala se ocupó de sopesar todos los medios legalmente acreditados en la audiencia preparatoria y su consiguiente desarrollo en el juzgamiento, con el objeto de corroborar si le asistía razón al Tribunal en su absolución o al Juez en la sentencia condenatoria proferida contra **Esteban Gutiérrez Martiniano**, producto de la trascendencia del fallo impugnado.

Por lo expresado en páginas anteriores, se **casará** el fallo motivo de impugnación y, en consecuencia, dejará como fallo de reemplazo el proferido por el Juez de conocimiento.

Con fundamento en lo expuesto, *la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



R E S U E L V E

Primero: Declarar desierto el recurso de casación impetrado por el Procurador Judicial Penal II, número 85 de San Andrés, conforme se explicó en la parte motiva.

Segundo: Casar la sentencia impugnada por el representante legal de la víctima, de fecha 13 de marzo de 2009, por medio de la cual el Tribunal de San Andrés y Providencia, absolvió a **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO**, de anotaciones personales, civiles y sociales conocidas en el plenario, del punible de **acceso carnal abusivo con incapaz de resistir** y, en su lugar, confirmar la sentencia proferida por el *Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad*, tal y como se indicó en la parte motiva del presente proveído.

Tercero: En consecuencia, reitérese la orden de captura y encarcelamiento contra **ESTEBAN GUTIÉRREZ MARTILIANO**, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 1'123.622.006 de San Andrés Islas.

Cuarto: Se **aclara** que la pena accesoria es de **inhabilitación** de derechos y funciones públicas.



Quinto: Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Sexto: Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria