

Proceso n.º 33451

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 73.

Bogotá, D.C., diez de marzo de dos mil diez.

V I S T O S

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada GWENDOLYN AMPARO MOSQUERA DOWNS, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 30 de septiembre de 2009, en la cual revoca la absolución emitida el 25 de marzo de 2008 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, y en su lugar condena a la acusada a la pena principal de 85 meses y 10 días de prisión, como cómplice del delito de acceso carnal violento agravado. Allí mismo se decretó la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la privación de la libertad, y se negaron a la procesada los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria. De igual manera, se dispuso incorporar a la decisión lo resuelto respecto del incidente de reparación integral y se decretó la nulidad parcial de lo actuado, en lo que atiende al delito de lesiones personales por el cual también se formuló acusación.

H E C H O S

En el fallo atacado, se narró lo ocurrido, de la siguiente forma:

“El 20 de abril de 2006, a eso de las cinco de la tarde la joven Daniela María Orellana departía con sus compañeros de universidad: Gwendolyn Amparo Mosquera y Marco Antonio Gómez en una cafetería ubicada cerca del claustro educativo¹, planearon una salida horas después, la que se concretó en un sitio donde habían (sic) aproximadamente ocho personas, entre las que recuerda la víctima (Daniela), una de ellas era Marco Antonio Gómez. La salida se haría hacia Sabaneta y después del intercambio de ideas sobre el desplazamiento y el dinero, Gwendolyn le dio a tomar a Daniela un red bull ésta comenzó a sentirse mal y vienen a su mente sólo algunos episodios en donde se ve ir en un taxi, en la parte trasera, cargada por Marcos Gómez, Nelson Taborda y Jaime Sossa, quienes la manoseaban, mientras le pedía a Gwendolyn que la ayudara, respondiendo ésta que nada podía hacer. Seguidamente se encuentra desnuda en una habitación (se supo que era el apartamento de Jaime Sossa), percibe varias siluetas y la presencia de Marco, golpeándola y teniéndole los brazos y las piernas, mientras ella llamaba a su amiga Gwendolyn, la que sólo respondía con un “shiss” y un “cálmate”.

Su último recuerdo, es ver que Gwendolyn le abrocha el pantalón, después iba en un taxi, arribaron a la casa de ésta, llamó a un amigo quien la auxilió, formulando denuncia y conduciéndola a la clínica.

El dictamen médico legal que se le practica enseña que para ese momento presentaba claros signos de embriaguez aguda, lesiones en su cuerpo y el himen con desgarramiento reciente”.

DECURSO PROCESAL

En un comienzo la investigación se inició conjunta en contra de los cuatro vinculados, razón por la cual, el 20 de septiembre de 2006, se realizó la correspondiente diligencia de

formulación de imputación, adelantada ante el Juez 11 Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías.

A la diligencia no concurrió GWENDOLYN MOSQUERA DOWNS, y allí los otros tres procesados se allanaron a cargos, razón por la cual se rompió la unidad del proceso.

El 30 de noviembre de 2006, ante el Juez primero Penal del Circuito de Medellín, con Funciones de Conocimiento, se realizó la audiencia de formulación de acusación solicitada por la fiscalía en contra de MOSQUERA DOWNS.

Empero, allí se decretó la nulidad de lo actuado desde la formulación de imputación, incluida ésta, dado que se vinculó inadecuadamente a la procesada, impidiéndosele concurrir a esa diligencia.

De nuevo, el 22 de enero de 2006, se desarrolló la audiencia de formulación de imputación, en la cual la fiscalía atribuyó a GWENDOLYN AMPARO MOSQUERA, su participación, a título de coautoría, en los delitos de “acceso carnal violento con incapaz de resistir, acceso carnal violento agravado, lesiones personales”, sin que la imputada se allanara a cargos.

El 25 de abril de 2007, ante la Jueza Tercera Penal del Circuito de Medellín, con funciones de conocimiento, se adelantó la audiencia de formulación de acusación, en la cual se despejaron en contra de la procesada las conductas punibles de acceso carnal violento agravado, acceso carnal violento en persona en incapacidad de resistir y lesiones personales, todas a título de coautoría.

El 24 de septiembre de 2007, se realizó la audiencia preparatoria.

Sin embargo, dado que no quedó registro grabado de la misma, se reiteró la diligencia el 22 de octubre de 2007.

Los días 22, 23 y 24 de enero de 2008, tuvo lugar la audiencia de juicio oral, al final de la cual la titular del despacho cognoscente anunció sentido de fallo absolutorio a favor de la procesada GWENDOLYN AMPARO MOSQUERA DOWNS.

El 25 de marzo de 2008, se dio lectura al fallo absolutorio, que allí mismo fuera impugnado por la fiscalía y la representación de la víctima.

Concedido el recurso vertical, el asunto le fue repartido, para desatar la segunda instancia, a la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO (ponente), RUBÉN DARÍO PINILLA COGOLLO y CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO.

Sin embargo, ningún trámite se adelantó, pues, en auto expedido el 9 de mayo de 2008, los magistrados advierten su “incompatibilidad” para conocer del asunto, dentro de la causal de impedimento rituada en el numeral 6° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

El 9 de junio de 2008, la Sala declaró infundado el impedimento propuesto, disponiendo que se adelantase el trámite correspondiente en la segunda instancia.

Acorde con ello, el 30 de septiembre de 2009, fue proferida la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal revocó lo decidido por la A quo y en su lugar condenó a la procesada como cómplice del delito de acceso carnal violento.

Inconforme con esa decisión, el defensor de la procesada presentó la demanda de casación que ahora se analiza en su debida argumentación y fundamentación legal.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. Cargo Primero (principal)

Lo enfila el casacionista por el camino de la nulidad que surge de la transgresión al debido proceso, producto de la que entiende indebida motivación del fallo de segunda instancia.

Para sustentar su propuesta, el recurrente acude a lo disciplinado por el artículo 162 de la Ley 906 de 2004, respecto del contenido de la sentencia y, particularmente, la debida fundamentación fáctica, jurídica y probatoria que ha de surtir allí.

A renglón seguido, cita pertinente jurisprudencia de la Sala en torno del tema, para de allí extractar que el Tribunal incumplió su obligación de adecuada sustentación, pues, se ocupó a profundidad del tema de la coautoría, pero dejó huérfano de fundamentación el tópico de complicidad, por el que finalmente se condenó a su asistida legal.

Transcribe el impugnante, seguidamente, un corto apartado de lo expuesto en el fallo de segundo grado, en el cual, dice, soporta el Tribunal la tesis de complicidad, advirtiendo que allí apenas se referencia por vía enunciativa ese fenómeno, pero nunca se delimitan sus aspectos fáctico y normativo. Igual ocurre con la cita jurisprudencial que sobre el particular trae a colación el Ad quem.

Agrega el censor que el Tribunal no se ocupó de confrontar su afirmación con los medios probatorios arrimados al expediente, ni referenció los requisitos que jurisprudencia y doctrina han establecido para prefigurar la complicidad.

Seguidamente, el casacionista referencia jurisprudencia de la Corte atinente al instituto de la complicidad, en la cual se detallan los requisitos que la configuran, derivando de allí que el Tribunal hubo de despejar esas exigencias y no lo hizo.

Advierte el recurrente que podría alegarse en su contra el hecho de que el Tribunal analizase los aspectos echados por él de menos, al momento de examinar el fenómeno de la coautoría; pero, responde, lo debatido previamente por el Ad quem, cuando examinó la conducta realizada por la procesada previamente a los hechos, no es suficiente para

definir su querer durante el vejamen padecido por la víctima, o el alcance de los actos que se dice representan colaboración con los ejecutores de la violación, ni mucho menos, la existencia de acuerdo concomitante que determinase doloso el comportamiento.

Añade el impugnante que tampoco en el fallo examinado puede estimarse existir remisión a lo argumentado por la primera instancia, pues, allí se fundamentó una decisión absolutoria “que es la negación de la existencia de complicidad”.

A renglón seguido, el censor ensaya argumentos encaminados a verificar contradictorias algunas conclusiones del Tribunal, o demostrar que no obedecen a lo que la prueba enseña. A ese efecto, toma partido por el análisis que hiciera la A quo.

Y añade: “Indudablemente, Gwendolyn Amparo, antes que victimaria, es una víctima de los hechos que se cometieron contra su compañera Daniela. Gwendolyn Amparo ha sido injustamente procesada y sometida a juicio por el hecho de otro, absuelta en primera instancia y luego, por conducto del fallo que se ataca, convertida en victimaria, en la misma condición de dos personas que vejaron a su compañera Daniela, cómplices de quien la accedió carnalmente, Marco Antonio Gómez, en claro agravio a su persona que no podía ni pudo, ni quiso ni fue su voluntad, dada su condición personal de mujer y la causada por las bebidas embriagantes que en altas dosis consumió, ayudar a que fuera accedida carnalmente en forma violenta lo que se efectuó en contra de quien era amiga y compañera de estudios”

Luego de una amplia disertación acerca del daño que el proceso penal le ha causado a la procesada, el recurrente finaliza pidiendo que se tomen en cuenta las circunstancias particulares en que se desarrolló el hecho.

2. Cargo Segundo (subsidiario)

Por la vía directa de aplicación indebida de la ley, el casacionista acusa al fallo de

segundo grado, en concreto, de aplicar indebidamente el artículo 30 del C.P, que describe las formas de participación en el delito y, particularmente, la complicidad; y de omitir aplicar lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, atinente a la presunción de inocencia y su correlato In Dubio Pro Reo.

Anuncia el recurrente que respetará los hechos despejados por el Tribunal y las pruebas que los soportan.

Pero, agrega, esos mismos hechos y pruebas resultan insuficientes para configurar el dispositivo amplificador del tipo de la complicidad.

Respecto de la figura en comento, cita el impugnante posición doctrinaria de tratadista patrio y reitera la jurisprudencia de la Corte.

En contra de ello, estima el recurrente, la sentencia se limita a establecer la coetaneidad de la intervención de su asistida, con el vejamen que en ese momento se ejecutaba, y la carencia, en ella, de dominio del hecho, pero “respecto del requisito establecido como esencial para que se configure la participación a título de complicidad, “el dolo” no lo establece limitándose a reseñar cuando establece el codominio del hecho, que Gwendolyn tuvo conocimiento de lo que le estaba sucediendo a su amiga (....) lo que de ningún manera se adecua a haber obrado con voluntad y querer el delito de otro. Que es lo que requiere la figura aplicada, en consecuencia, indebidamente, pues no encaja, no estructura la amplificante del tipo utilizada por el H.Tribunal.”

Remite el casacionista, de otro lado, a la forma en que el Tribunal abordó lo ocurrido previamente en el taxi que transportaba a la víctima, la procesada y los ejecutores directos del vejamen (el fallo de segundo grado advierte que allí no se verifica en la acusada algún tipo de inducción para que los tres varones sometieran a tocamientos libidinosos a la afectada), y de allí deduce que “...la figura de la complicidad, conforme a los requisitos exigidos por la jurisprudencia no se aplicó debidamente ya que

el H.Tribunal dedujo claramente el dolo para los tres hombres que tocaron a Daniela mientras que no lo estableció en la conducta asumida por Gwendolyn Amparo. Acá empiezan las falencias protuberantes cuando encaja un comportamiento que el mismo Tribunal margina del dolo pero lo encaja en la amplificante del tipo.”

Insiste el recurrente “Es que en ningún aparte de la narración de los hechos que hace la providencia de segunda instancia y en ninguna parte de los fundamentos fácticos se encuentran argumentaciones que correspondan a los requerimientos de la figura que aplica.”

Después de reiterar que nunca el Tribunal definió en la actuación de su representada legal el aspecto esencial de conocimiento y voluntad prefigurante del dolo, acude el censor a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, para significar que el principio de presunción de inocencia fue desconocido por el fallador “como quiera que el Tribunal avizorara un amplificador del tipo penal en unos hechos que no correspondían a la figura, de la misma forma inaplicó lo que era de rigor sustancial, constitucional y procesal hacerlo”.

Seguidamente, arriesga el impugnante un resumen de lo que, en su sentir, debe aceptarse, acorde con los hechos y fundamentos probatorios tomados en cuenta por el Tribunal, como demostrado dentro del proceso.

De tan particular inferencia, extracta el recurrente que debió hacerse uso del principio In Dubio Pro Reo, como en efecto lo hizo la primera instancia.

Por último, el censor, dentro de un acápite que rotula “CONCLUSIONES Y SOLICITUDES”, solicita, tanto respecto del cargo primero como del segundo, que se case la sentencia de segundo grado y en su lugar se dicte una de reemplazo, precisamente la absolutoria emitida por la jueza A quo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Previo a examinar los cargos presentados por el impugnante en contra de la sentencia objeto de censura, debe relevarse cómo, con el advenimiento de la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado ya de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, cuando quiera que se adviertan violaciones que afectan garantías de las partes, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, así redactado:

“Finalidad. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia”

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004, faculta a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, de la potestad de superar los defectos de que adolezca la demanda, a efectos de que pueda emitirse pronunciamiento de fondo –art. 184, inciso 3°-.

Es necesario, sin embargo, inadmitir la demanda si, como postula el inciso segundo de la norma citada: “el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”.

Atendidos estos criterios, ha señalado la Corte²:

“De allí que bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si

fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

“Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

“1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada;

“2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;

“3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

“De otro lado, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, se tiene dicho que:

“a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

“b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

“En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige clara y precisas pautas demostrativas³.

“Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia⁴.

“c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial -manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia-; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad -práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley-, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción⁵, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad -distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio-, del falso juicio de existencia -declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso- y del falso raciocinio -fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica-.

“La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado.”

Establecidas las premisas básicas de evaluación, abordará la Sala la demanda de casación, de conformidad con los cargos planteados por el casacionista, acorde con la prioridad establecida en el escrito de impugnación.

1. Cargo primero

Desde un comienzo debe significar la Sala cómo el alegato planteado por el recurrente dentro del espectro de la violación al debido proceso se basa en argumentos artificiosos que, lejos de demostrar la omisión trascendente en el tópico argumental, apenas buscan entronizar la que entiende mejor forma de resolver el asunto, desde luego desde el interés que lo asiste para buscar la declaratoria de inocente de su representada legal.

En este sentido, de lo que se duele el casacionista, no es de una presunta omisión o indebida argumentación del Ad quem, sino de que el fallo de segundo grado encontrase responsable a la procesada de un tipo de colaboración asimilable a la complicidad cuando, en su sentir, no existen elementos de juicio que soporten esa afirmación.

En ese cometido, para buscar soportar su tesis dentro de la causal de casación propuesta, el demandante aborda la sentencia de manera descontextualizada, citando dos apartados aislados de la misma, para significar que esas son las únicas referencias efectuadas en torno del elemento doloso que acompaña la demostración de responsabilidad a título de complicidad, exigiendo, por contera, que el Tribunal destine un apartado específico a la definición amplia y profunda, como le parece necesario, del tema en cuestión.

Con una dicha postura argumental desconoce el recurrente que la decisión judicial, desde luego imbuida de una gran importancia y demandante de clara y suficiente motivación, no comporta fórmulas sacramentales, ni establece por vía constitucional o legal determinados clichés que permitan establecer una innecesaria, cuando no absolutamente inconveniente, uniformidad en el discurso, precisamente en atención a

que la independencia judicial y las necesidades propias del caso concreto, muestran el camino de ilación discursiva.

Sobre el particular, esto ha señalado la Corte⁶:

“Ahora bien, aunque la Sala ha identificado cuatro (4) situaciones que implican la falta de motivación de la sentencia, sólo tres de ellas han sido consideradas como errores in procedendo generadores de nulidad y por lo tanto atacables a través de la causal tercera, a saber: a) cuando hay ausencia absoluta de motivación, b) cuando la motivación es incompleta o deficiente, y, c) cuando la motivación es ambivalente o dilógica. La cuarta causa, generada por la llamada motivación falsa, ha sido considerada como un vicio de juicio atacable por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, en el sistema de la ley 600 de 2000.

La primera causa, ha dicho la Sala, se presenta cuando el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos en los cuales sustenta su decisión; la segunda, cuando omite analizar uno de los aspectos señalados o los motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que ella se sustenta; la tercera, cuando las contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar su verdadero sentido o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutive; y, la cuarta cuando la motivación del fallo se aparta abiertamente de la verdad probada⁷.

Frente a la motivación falsa, ha precisado la Sala que debe entenderse como aquella que es inteligible, pero equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona, o desborda los límites de racionalidad en su valoración, y esa es la razón por la cual debe demandarse por la vía de la causal primera, cuerpo segundo⁸.

En materia de fundamentación de un reproche por este motivo, no es válida la

afirmación de una simple inconformidad con la valoración hecha en la sentencia o del descontento con los argumentos que suministra el fallador porque se estimen equivocados o de la aspiración a que ellos sean presentados de una determinada manera, sino que debe encaminarse a demostrar con precisión la carencia absoluta o parcial de contenido o el ambivalente razonamiento que le impide a los sujetos procesales explicarse cómo llegó el juez a la conclusión que finalmente expresa en la parte resolutive de la providencia⁹.

En ese contexto, tratándose de un fallo de segunda instancia, lo que debe examinarse en punto a la motivación es si la providencia dictada por el Ad quem es suficiente por sí sola para explicar la decisión que finalmente toma frente a las argumentaciones del impugnante, sea que confirme, revoque o modifique la decisión revisada, independientemente de las referencias que haga de la sentencia de primera instancia, o que para desarrollar el discurso adopte el mismo método e idéntico orden que el utilizado en aquella, o que se apoye en similar prueba y se valore de igual manera a como se hizo en el grado inferior.

En ese sentido, tiene razón la Delegada cuando advierte que el deber de motivación no puede llegar al extremo de tener que resolver el funcionario cada uno de los argumentos, cada una de las ideas, cada una de las posturas que los recurrentes presenten, sino lo que realmente se impone, es la construcción de la decisión en las cuestiones sustanciales objeto de debate, sin desconocer que los fallos conforman una unidad inescindible en todo aquello que no se contradigan, por lo que puede suceder que el ad quem omita resolver algunos puntos pero al confirmar la decisión del a quo la hace suya y ello resulte suficiente.

Finalmente, no puede dejarse de lado en el análisis de un cargo de nulidad por falta de motivación de la sentencia, la verificación de la trascendencia del yerro, es decir, la causación de un perjuicio y, la posibilidad de éxito de los argumentos omitidos en el

análisis del fallador, con menoscabo de la legalidad del proceso, de tal manera que sólo reestableciendo la actuación es posible repararla.

Teniendo como norte la jurisprudencia en cita, completamente aplicable para lo que aquí se debate en sede de la Ley 906 de 2004, la Sala verifica que los yerros atribuidos a la decisión del Tribunal no se presentan, ora porque el contexto de lo dicho por la primera y la segunda instancias sirve de complemento necesario para lo que echa de menos el recurrente, ya porque el fondo de su crítica busca controvertir los fundamentos del Ad quem para emitir la sentencia de condena, asunto que, huelga resaltar, muy poco tiene que ver con la causal aducida.

En este sentido, ya claramente se tiene establecido que no existen fórmulas exactas para emprender la tarea de fundamentación del fallo y tampoco se exige de mención expresa o desarrollo único en acápite separado, cuando de la lectura del texto integral se advierte sin contratiempos qué es lo decidió y cómo se soporta en los planos fáctico, jurídico y probatorio.

Así, para el caso concreto importa destacar que la dicotomía existente entre el fallo de primera instancia y lo decidido por la segunda, no apunta al aspecto fáctico o probatorio, sino a las consecuencias jurídicas que de lo ejecutado por la procesada, dieron el A quo y su superior funcional.

De esta manera, cuando la jueza A quo advirtió que no existía coautoría dada la imposibilidad de demostrar acuerdo previo entre la acusada y los ejecutores materiales del vejamen, el Ad quem, sin modificar sustancialmente los hechos o la evaluación probatoria, dedujo que efectivamente esa coautoría no podía ser declarada, pero advirtió materializado el fenómeno de la complicidad, señalando claramente cuál hecho específico la conforma y de qué manera, en el plano estrictamente jurídico, se adecua con el dispositivo amplificador del tipo elegido.

Y si bien, no destinó el juez colegiado un acápite específico para referirse al dolo, en cuanto conocimiento y voluntad, la lectura de la providencia determina incontrastable que se referenció querido ese actuar, con una finalidad específica, sin posibilidad de señalar omisión trascendente al respecto o posibilidad de confusión.

El fallo atacado, ha de relevarse, comienza por reseñar los hechos, el decurso procesal, el contenido de la decisión de primera instancia y el fundamento de la apelación intentada por la fiscalía, para después ocuparse de analizar todas y cada una de las circunstancias fácticas incidentes, al punto de discriminar los hechos antecedentes, concomitantes y posteriores al mancillamiento sexual.

Respecto de los antecedentes fácticos el Tribunal, en contravía de lo afirmado por la Fiscalía y lo sostenido en el fallo de primer grado, deduce que esos tocamientos ocurridos en el interior del taxi que transportaba a la víctima y los procesados hacia la residencia de uno de ellos, no constituyen un delito autónomo de actos sexuales abusivos, sino el preludio de lo que se consumaría en la habitación.

Y, en torno de lo realizado por la procesada en ese momento previo, una vez advertido lo que en la silla trasera del automotor realizaban sus compañeros sobre el cuerpo de la afectada, esto anotó:

“Lo único cierto para el momento en que iban en el taxi, es que Gwendolyn tuvo conocimiento de los tocamientos libidinosos que sus compañeros le hacían a su amiga y dijo no poder hacer nada al respecto.”

Acerca de los hechos concomitantes al vejamen, después de analizar la prueba recabada y sus efectos, el Ad quem concluyó:

“Entonces, el hecho claro demostrado en juicio es que Gwendolyn, estuvo en el apartamento donde se perpetró el delito, ubicada en la sala, escuchó que su amiga la llamaba, pero respondió pasivamente a ese clamor, con un gesto silenciador y luego la cambió y salió de allí.”

Y, respecto del actuar subsiguiente, dijo el Tribunal:

“En juicio se probó, que mientras Gwendolyn ayudaba a vestir a la víctima, los hombres salieron del apartamento y seguidamente lo hicieron solas las dos mujeres, con destino a la casa de la acusada, sitio desde el cual la ofendida llamaba por teléfono insistentemente a Diego Fernando, el que no respondió, pues según lo dijo en juicio se había quedado con su novia, lo que hizo que Daniela buscara refugio en un ex novio Carlos David Osorio, quien acudió al llamado y fue Gwendolyn la que le suministró, vía telefónica, su dirección, pero la llegar la lugar nada explicaba y la víctima es sacada del sitio en busca de la ayuda médica.

Daniela asegura que su amiga no hizo nada por ayudarla, ni llamaba por teléfono a sus compañeros, por eso ella misma lo hizo cuando reaccionó y se percató de su celular”

Acorde con los hechos arriba relacionados, concluyó el Tribunal:

“Estos hechos así demostrados, necesariamente ubican a Gwendolyn en la escena criminal, no como determinadota del delito de acceso carnal violento, por que (sic) en verdad que no hay elementos de juicio que permitan señalar que era ella la que dirigía o encausaba la conducta punible. Tampoco como una coautora porque no alcanza a percibirse con seguridad, que tal hecho, lo asumiera para sí, como propio. Lo que se demuestra es que prestó una ayuda a otro, a hecho ajeno, una colaboración adicional en el momento en que le responde a la víctima con ese “shisss, cálmate”, en claro ánimo de aminorar el escándalo que la ofendida podría propiciar en su lucha por resistirse al ataque” (las subrayas no pertenecen al original).

Ya luego, el despacho de segundo grado emprende el análisis del fenómeno de la coautoría, con cita jurisprudencial pertinente.

A renglón seguido sostiene:

“Descendiendo al caso que nos ocupa y graficada la escena donde se desarrolló el acceso carnal, se avizora en la conducta de Gwendolyn un conocimiento de lo que le estaba sucediendo a su amiga, pues según explican Jaime y Nelson se escuchó a Daniela, decir “Marco no” y ya se sabe la escena que había visto Gwendolyn dentro del taxi....” (subrayas ex texto).

Y más adelante agrega:

“Pero en el caso que nos ocupa, si bien hubo un consentimiento tácito y concomitante frente la hecho punible que ejecutaban los otros, por esa actitud silenciosa y tranquilizadora ante los desmanes que sus amigos y conocidos le hacían a su compañera de fiesta, que la ubican dando un aporte al plan criminal, el mismo no puede ser catalogado como esencial, porque se aprecia que la conducta ilícita le pertenecía a otro, tanto que fueron los hombres los que se retiraron del apartamento después de ocurrido el delito, para más tarde llegar a buscar a Gwendolyn, sólo con el fin de que les entregara la tarjeta de crédito o débito para seguir el festín.

Así las cosas, halla la Sala certeza de la participación de la acusada en el hecho punible lesionador de la libertad, integridad y formación sexuales -acceso carnal violento art. 205 del C.P.-pero en calidad de cómplice, razón por la cual la sentencia absolutoria proferida en su favor, será revocada, para en su lugar declararla penalmente responsable de la misma, en los términos indicados. La conducta es agravada porque se cometió en concurso con otras personas -art. 211-1 del C.P.- (lo resaltado no pertenece al original).

Para la Sala surge evidente, de la transcripción puntual arriba realizada, que el Tribunal analizó la conducta de la procesada de manera amplia, reseñando los hechos, las pruebas y la delimitación jurídica que corresponde enrostrarle, incluso con citas pertinentes acerca de la coautoría y su diferencia con la complicidad, para así despejar en concreto cuál es la razón por la que se elige éste último dispositivo amplificador del tipo como el adecuado frente a la participación de la procesada.

Y, si expresamente no se dice que el comportamiento fue ejecutado con dolo, es esa una manifestación que surge tácita e inconcusa de la simple lectura del texto del fallo, cuando sin ambages se sostuvo no sólo que la acusada conocía lo que en el interior de la habitación se ejecutaba sobre su amiga, sino que realizó actos concretos claramente dirigidos a obtener la impunidad de ese acto.

Conciencia y voluntad fueron, entonces, elementos despejados y discriminados adecuadamente por el Tribunal, sin que sea posible encontrar omisión o ambigüedad trascendente que obligue rehacer la providencia, ni mucho menos, como inadecuadamente lo solicita el recurrente pese a haber propuesto una causal de nulidad, revocar el fallo de segundo grado para decretar la absolución de su representada legal.

Ahora, cuando el casacionista aborda el acto que se reprocha a su prohijada legal –colaboración adicional diciéndole a la afectada que guarde silencio con la intención de aminorar el escándalo–, para controvertir la conclusión del Ad quem, porque en su sentir adicionar es agregar y el silencio busca aminorar, no solo recurre a un juego de palabras inane, que incluso le resta seriedad al debate, sino que involucra su alegación en un objeto completamente distinto al que rotuló el cargo, en manifestación aislada que ni siquiera desarrolla adecuadamente para que se entienda postulado un vicio diferente que, a pesar de la evidente carencia de técnica, faculte examinar de fondo el asunto.

De igual manera, emerge cuando menos sofisticado el argumento utilizado por el censor

para descalificar como parte de la integralidad de la decisión lo consignado en el fallo de primer grado, aduciendo que esa posibilidad no existe dado que el A quo emitió sentencia absolutoria “que es la negación de la existencia de la complicidad”.

Olvida el recurrente que si bien, se absolvió a la procesada, ello no ocurrió porque se señalase que los actos a ella atribuidos no existieron, o se dijera que no tenía conciencia y voluntad de realizarlos, sino en atención a que la jueza de primer grado estimó que ese comportamiento no constituía coautoría, ante la falta de acuerdo previo o concomitante con los ejecutores del mancillamiento, ni su aporte fue “objetivo y funcional” para la consumación del delito.

Entonces, evidente que la diferencia entre la primera y segunda instancias operó exclusivamente en el plano jurídico, desde luego que lo referido por la A quo respecto a los hechos, las pruebas y el conocimiento y voluntad atribuibles a la procesada, perfectamente integra la decisión del Tribunal, en tanto, no se opone a ella ni la contradice.

Tampoco resulta acertada la referencia que hace el impugnante a un presunto equívoco argumental del Tribunal, fruto de que respecto de lo ocurrido en el taxi pregonara no existir consentimiento de la procesada, pero después anotara que en la vivienda colaboró con el vejamen, pues, se trata de dos hechos que si bien, como lo hizo el Ad quem, permiten hablar de una unidad jurídica en lo que a la finalidad de acceder carnalmente a la víctima se trata, en nada obstan para que se pregone la complicidad de la acusada, precisamente porque ese elemento amplificador del tipo se circunscribe a una actividad específica adelantada cuando ya la afectada estaba siendo objeto de acceso carnal, una vez llegados a la residencia.

En fin, como se anotó al inicio, el casacionista ha buscado a través del primer cargo entronizar su particular visión de lo ocurrido, criticando no que el Tribunal omitiera señalar aspectos basilares de la responsabilidad pena, sino que no lo hiciera en los

términos que él estima adecuados, aprovechando el cargo, además, para criticar el análisis probatorio y las conclusiones del Ad quem, en completo apartamiento de los mínimos requisitos de lógica y sindéresis que gobiernan la sede casacional.

Por ello, el primer cargo debe ser inadmitido.

2. Cargo segundo.

Bastante especiosa, por decir lo menos, se ofrece la controversia que por la vía de la violación directa de la ley busca plantear el recurrente, pues, aunque dice conocer los rudimentos básicos que reclama la causal en cita, en el entendido que acepta los hechos y las pruebas tal cual fueron tomados en cuenta por el Tribunal, después desvía su camino, al punto de establecer, de su propio magín, un catálogo de hechos que, en su muy interesada postura, supuestamente consultan lo estimado por el Ad quem.

Es cierto que en tratándose de la violación directa de la ley, el discurso emerge eminentemente jurídico, dado que se hace menester, exclusivamente, demostrar que lo evaluado como cierto por el fallador se aparta de la norma escogida para resolver el caso, sea porque se omite, se aplica indebidamente o se interpreta erróneamente.

Sin embargo, el discurso emprendido por el impugnante no tiene como objeto los anotados tópicos, sino reiterar una presunta omisión del Tribunal, porque supuestamente dejó de considerar los distintos elementos que jurisprudencia y doctrina han establecido para prefigurar materializado el amplificador del tipo de la complicidad.

Omisión que busca suplir el casacionista a partir de su particular evaluación de la prueba, luego de lo cual, entonces sí señala que lo ocurrido de ninguna manera se aviene con lo que sobre la complicidad establece la ley.

Desde luego que en ese proceloso camino, el censor desconoce abiertamente esas que dijo limitaciones precisas por él conocidas, pues, cuando el Tribunal dice que el aporte de la procesada fue concomitante a los hechos, con consentimiento tácito de los mismos, el demandante contrapone que no se determinó ejecutado con dolo el ilícito y ello supone la inexistencia de un elemento necesario para definir responsabilidad penal

Ya al examinar el primer cargo, la Sala advirtió que de manera tácita pero suficiente, dentro del contexto general de la providencia, el Tribunal estimó ejecutado con conciencia y voluntad el acto encaminado a cubrir de impunidad la conducta vejatoria realizada por los ejecutores directos, vale decir, que sin ambages relacionó dolosa la conducta.

Y si ello es así, no puede en el segundo cargo reiterar la crítica el casacionista, no sólo porque es ese un asunto, el de la supuesta falta de motivación, ajeno al tipo de controversia subsidiaria abordado aquí, sino porque con ello se aparta ostensiblemente de los rigores mínimos de argumentación en torno de la violación directa, controvirtiendo, cuando no es permitido, los hechos estimados verdad por el fallador colegiado.

Nunca el Tribunal afirmó, ni de su motivación se desprende tal conclusión, que la procesada actuó sin dolo, o careció de conciencia y voluntad su comportamiento, o siquiera que no fue querido lo que se le atribuye.

Todo lo contrario, ya se dijo que el fallador de segundo grado delimitó como encaminado a ayudar en el cometido sexual de sus compañeros, el actuar de la procesada, en apreciación de los elementos objetivo y subjetivo que con mucho se aparta de lo que al respecto lee el casacionista cuando señala que la conducta de sus asistida no corresponde a un “comportamiento intencionadamente dirigido a colaborar con el delito”.

Desde luego que esa ausencia de intención o colaboración efectiva, asumida por el

recurrente, se opone diametralmente a lo que de los hechos extracta el Tribunal cuando afirma, respecto del actuar de la acusada: “Lo que se demuestra es que prestó una ayuda a otro, a hecho ajeno, una colaboración adicional, en el momento en que le responde a la víctima con ese “shisss, cálmate”, en claro ánimo de aminorar el escándalo que la ofendida podría propiciar en su lucha por resistirse al ataque”.

Patente la desarmonía entre lo que sobre los hechos y su finalidad entienden el Ad quem y el impugnante, evidente se aprecia que la discusión no opera estrictamente en el capo jurídico, como demanda la causal a la cual recurre el segundo, sino dentro del espectro probatorio o valorativo, en cuyo caso debió el casacionista recurrir a la vía indirecta, determinando fehacientemente la existencia de un yerro del tenor del falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o inadecuado raciocinio.

Pero, además, el censor recurre fragmentadamente a lo expuesto por el Tribunal, para efectos de que ello se acomode a sus intereses. En éste sentido, cuando señala que el Tribunal sólo se refirió a que Gwendolyn conocía lo que sucedía en la habitación –esto es, que el vejamen se estaba presentando allí-, desde luego que le asiste la razón en cuanto a que ese solo conocimiento no prefigura el dolo; pero pasa convenientemente por alto, que en el fallo expresamente se dijo a la procesada ayudando al delito, dado que al escuchar los pedidos de ayuda de su amigo, le impelió calma y aconsejó guardar silencio, comportamientos que, huelga anotar, entrañan además del conocimiento, una evidente voluntad o querer ayudar a la comisión del delito, en sentir del Tribunal.

Ahora, cuando dentro del mismo cargo el recurrente estima pasado por alto el principio In Dubio Pro Reo, construye para el efecto una argumentación absolutamente artificial, pues, consciente de que la discusión opera eminentemente jurídica, así se ha reiterado aquí, da en referenciar como hechos demostrados o aceptados por el Tribunal, sólo los que desde su muy interesada perspectiva favorecen la tesis defensiva.

Es claro, huelga reseñarlo, que el Tribunal ni expresa ni tácitamente afirmó en el fallo atacado que respecto del comportamiento de la procesada, su querer o finalidad, existieran dudas. Todo lo contrario, se ocupó la sentencia de determinar suficientemente probado que la acusada ejecutó un específico hecho -conocido y querido- encaminado a colaborar en el vejamen desarrollado al interior de la habitación.

Entonces, carece de sentido delimitar inaplicado el artículo 7° de la Ley 906 de 2004, dado que la buena fortuna de la argumentación, radicada en la violación directa de la ley, necesariamente implica demostrar que el Tribunal a pesar de advertir duda, condenó.

Desde luego, para verificar ese tópico indispensable basta con citar el apartado del fallo donde se hace la manifestación atinente a la duda que sin embargo no se declaró.

Pero, como el casacionista no puede hacerlo, porque es claro que el Tribunal jamás hizo una tal afirmación, expresa o tácita, opta él de manera sibilina por introducir de su propia cosecha los que entiende hechos relevantes despejados en el fallo, evidentemente ajenos, por distorsión u omisión trascendente, a los que de verdad supusieron el fundamento de condena.

Apenas para citar algunos ejemplos de la impropiedad consignada en ese abigarrado listado construido por el censor, debe significarse que en ningún apartado del fallo se lee que la acusada se encontrarse bajo los efectos de una embriaguez aguda; tampoco la providencia sostiene que la procesada “mostró su rechazo a los tocamientos” que se le hicieron en el taxi a la víctima.

Así mismo, aunque es cierto que la procesada se hallaba fuera de la habitación cuando se materializaba el vejamen y que después llevó a la afectada a su casa, desde donde llamó para que se le recogiera, también lo es, aunque el recurrente no lo entiende trascendente como para incluirlo en el listado de lo supuestamente sucedido, que desde

el lugar donde se hallaba, la acusada escuchó todo lo que se realizaba en la habitación y, principalmente, el pedido de ayuda de la víctima, al cual respondió solicitándole que guardara silencio, con lo cual, precisamente, configuró la conducta de colaboración que le atribuyó el Tribunal para emitir el fallo dentro del dispositivo amplificador del tipo de la complicidad.

En consecuencia de lo anotado, también el segundo cargo, planteado como subsidiario por el impugnante, debe ser inadmitido.

Finalmente, atendido que la Corte no observa en el trámite del asunto o lo consignado en el fallo atacado, violación de garantías fundamentales que haga necesaria la intervención oficiosa, se inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor del acusado.

Cuestión final.

Habida cuenta de que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el Art. 186 de la Ley 906/04, impera precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación¹⁰ como sigue:

a) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio la Sala decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal -siempre que el recurso de casación no hubiera sido interpuesto por un Procurador Judicial-, el Magistrado

disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que haya salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

c) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

d) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de GWENDOLYN AMPARO MOSQUERA DOWNS, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con el punto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUÍS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
ZAPATA ORTIZ

JAVIER DE JESÚS

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Universidad Autónoma.

2 Auto del 2 de noviembre de 2006, Radicado 26.089

3 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

4 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.530.

5 ib. radicación 24.530

6 Sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25799

7 Sentencia de casación del 12 de diciembre de 2005, radicado No. 24.011.

8 Cfr. Sentencia de casación del 4 de septiembre de 2003, radicado No. 17.257

9 Sentencia de casación del 31 de agosto de 2001, radicado No. 15.745.

10 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.