

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Santiago Apráez Villota
Aprobado acta No. 61.

Medellín, mayo siete (7) de dos mil dieciocho (2018).

Sería del caso que la Sala se pronunciara sobre la apelación interpuesta por la fiscalía contra la sentencia absolutoria emitida a favor de Ferley González Bermúdez, sino fuera porque se ha presentado una irregularidad generadora de nulidad.

ANTECEDENTES

1. A decir de la fiscalía, cuando la menor M.F.C.M., tenía entre 11 años y 13 años de edad, en los años 2009 a 2013, residía con su madre y su padre en el municipio de Envigado en el barrio Zúñiga, a pocas cuadras de un primo de su progenitor de nombre Ferley González Bermúdez, cuya vivienda solía visitar para ayudarle a la hija de este último a hacer tareas y ver películas junto a ella, concretamente los fines de semana. En esas visitas, Gonzales Bermúdez aprovechaba para tocar las partes íntimas de M.F.C.M. e introducirle los dedos en su vagina. Tales actuaciones libidinosas ocurrieron alrededor de 30 veces.

2. La Fiscal 248 Seccional formuló imputación a Ferley González Bermúdez como autor de un concurso de delitos de acceso carnal abusivo agravado en audiencia celebrada el 6 de marzo de 2012 por el Juez 1º Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías de Envigado, cargo al cual no se allanó el imputado.

3. El escrito de acusación se presentó el 10 de abril siguiente, correspondiéndole al Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí conocer de la actuación, cuyo titular, luego de llevar a cabo las audiencias de

acusación, preparatoria y de juicio oral, el 24 de julio de 2015 emitió sentido de fallo de carácter absolutorio, fijando como fecha para su lectura el 13 de noviembre siguiente; no obstante, dado que la sentencia no estaba lista, se reprogramó varias veces su lectura, llevándose a cabo finalmente el 8 de agosto de 2017, fecha para la cual había asumido la dirección del despacho una nueva funcionaria, quien profirió la decisión respetando los términos anunciados por su antecesor.

4. La juez en su decisión empezó advirtiendo que difería del sentido de fallo anunciado; pero, en aplicación de los postulados de inmediación y concentración, y a los principios orientadores de la nulidad, no era posible invalidar el acto mediante el cual su antecesor anunció que la decisión era absolutoria, por lo que se aplicó a proferir sentencia en esos mismos términos.

Luego de ello pasó a resumir las pruebas recaudadas y las alegaciones de las partes, para luego reconocer que resumiría los argumentos que tuvo en cuenta el juez anterior, dado que él había emitido el sentido de fallo.

En consecuencia, expresó:

-La menor en su testimonio afirmó que gritaba cuando era abusada; no obstante, no era escuchada por su tía Maritza ni demás familiares, quienes eran vecinos de la casa del acusado;

-El padre de la víctima refirió que el acusado le daba regalos a su hija y que escuchó que también abusaba de la hija de él, por lo que esta última fue entregada a una tía por mediación del ICBF;

-Si bien el investigador Roger Antonio Correa Madrid afirmó que la vivienda del procesado era propicia para que se cometieran los abusos, no explicó la razón de esa afirmación;

-La Doctora Yaneth Monterrosa, Psicóloga adscrita a medicina legal, conceptuó que la menor presentaba problemas cognitivos con anterioridad al abuso;

-La menor víctima afirmó que contó a dos de sus amigas que venía siendo vejada;

-Jessica Tatiana Montoya, hermana de la menor, refirió que cuando ella tenía entre 9 y 10 años, el acusado también intentó abusar de ella

-Maria Eugenia Vanegas Arredondo, profesora de la víctima, refirió que esta última le comentó que estaba siendo manoseada por un familiar d, y que durante la revelación mostro angustia;

-La investigadora del CTI, Silvia Vásquez Agudelo ,dentro de sus actos investigativos entrevistó a las compañeras de colegio de la víctima, una de estas, Salome Montoya, refirió que M.F. *“le contó del abuso por parte del procesado”*.

-La madre del acusado dio cuenta que su hijo salía a trabajar de lunes a sábado a la finca Milán desde las 6:00 am hasta las 6:00 p.m.

-María Magdalena Colorado Bermúdez informa que veía a M.F. en una finca vecina, donde iban taxistas a consumir licor, y que aquella y su hermana amanecían en ese lugar;

-Sebastián Mesa Colorado, primo de la menor, aseguró que esta pudo ser abusada sexualmente por un sujeto de nombre Ramiro, a quien le solicitaba dinero;

-Los hermanos Tamayo Jaramillo informaron que conocían al acusado dado que trabajó para ellos y no advirtieron una conducta extraña. Además, por ser padrinos de la hija del procesado contrataron una psicóloga para que la tratara, a quien esta menor le hizo saber que no había presenciado los actos impúdicos de su padre con M.F. y que tampoco había sido abusada;

-Carlos Alberto Castañeda Bermúdez afirmó que el esposo de la hermana de la víctima era un comerciante de estupefacientes que consumía de esta sustancia en la vivienda de la menor M.F.

-Marta Cecilia Castañeda también dio cuenta en juicio del posible riesgo que representaba ese hombre llamado Ramiro para M.F., hecho que fue evidenciado por María del Carmen Castañeda Londoño y Maria Luz Martínez Castañeda;

-Bernardo Gutiérrez declaró que el acusado iba a arreglar sus jardines el día domingo en las mañanas, como también que sentía mucha confianza hacia aquel;

-María Isabel Yepes dio cuenta que realizó una terapia con la hija del acusado para ayudarle a enfrentar la privación de la libertad de su padre;

-El presunto abuso del acusado a la hermana de la menor nunca fue denunciado;

Luego de enumerar esas consideraciones, remató la funcionaria así:

“De las pruebas practicadas en juicio el Juez, que conoció del juicio y que profirió el sentido de fallo absolutorio, concluyó que:

- 1. En el caso concreto se tiene una acusación entre familiares, en la que se dijo que durante tres (3) años, el acusado hacía víctima a la menor M.F.C.M. de atropellos sexuales unas veces en la casa de la –sic- esta y otras en la del enjuiciado, pero en el juicio no pudo demostrarse la existencia de los presuntos testigos, la casa del acusado queda en un lugar densificado, su vecia María Isabel o sus hijos hubieran tenido que escuchar y ello no ocurrió.*
- 2. La defensa trajo a juicio declaraciones que dan cuenta que la menor estuvo expuesta a peligro por cuenta de terceras personas, en la finca vecina que frecuentaba con sus hermanas, en las que hacían fiestas con consumo de licor y alucinógenos, y de que la menor tenía problemas cognitivos, vivía en ambiente de conflicto, en el que se decía que ella era hija de Ferley y ello dio lugar a animadversión entre ellos, pero aun así cuando pedía permiso para ir a la casa de Ferley se lo daban y también quedó visto que la menor estuvo expuesta a otras circunstancias de peligro de abuso sexual, como las visitas a la finca de una vecina, a las que concurrían hombres mayores y había consumo de drogas y alcohol.*
- 3. Cuando el barrio se enteró de la citación, nadie creyó la acusación, lo que paso es que entre ese ambiente enarecido –sic-, la menor fue inducida a señalar al procesado como su presunto agresor sexual”.*

6. Contra la anterior determinación interpuso el recurso de apelación la Fiscal 229 Seccional, quien a lo largo de su recurso la apelante se dio a la tarea de replicar cada uno de los argumentos de la sentencia, pues –asegura-, el juez que emitió el sentido de fallo, no valoró las pruebas, sino que tomó como cierta la forma en que fueron narrados por el abogado defensor.

Así, afirma que el juez de instancia tergiversó el contenido del testimonio de la menor, pues esta no indicó que los hechos hayan ocurrido en su casa y en la del acusado, solo en esta última. Asimismo, recalca que M.F. expresó que en una ocasión la hija del procesado observó lo que estaba sucediendo y este le pidió que se marchara, como también su madre Luciola Hernández, quien, pese a que la víctima le recriminó por no ayudarlo, no hizo nada.

Asimismo, replicó que la menor nunca informó que gritara cuando era tocada, situación que hubiera podido corroborar el juez de darse a la tarea de escuchar el testimonio de la víctima.

En cuanto en la sentencia se advierte que la vivienda no era propicia para llevar a cabo los abusos, expresó que si bien se trata de una vivienda sin puertas, lo único que debía mediar para que se presentaran los abusos era la oportunidad, la cual facilitaba el procesado cuando llamaba a la menor por teléfono para pedirle que fuera hasta la residencia de él.

Toda vez que en la sentencia se advirtió que la menor tenía problemas cognitivos, respondió la fiscal que el juez no valoró el testimonio de la rectora del colegio, María Eugenia Vanegas, quien se alertó debido a la notable baja académica que presentó M.F., como también al notarla triste y asilada, pese a que era una niña alegre. Asimismo, replicó la recurrente que el funcionario no advirtió que María Eugenia Vanegas aseveró que en una exposición sobre sexualidad, la menor salió corriendo del aula de clases, contándole luego a sus amigas lo que venía ocurriendo con el acusado.

Asegura la fiscal que no es cierto, como se afirma en la providencia, que en la casa de la menor hubiera un constante conflicto, pese a que su núcleo familiar tuviera diferencias con los parientes de su padre con los que convivían, por cuanto los problemas de entidad se han dado con posterioridad a que los padres de la menor denunciaron a Ferley González. Frente al punto también destacó que las relaciones entre los padres de la menor y el acusado eran buenas, al punto que este les ayudaba económicamente.

Destacó que pese a que los padres de la menor tenían sus reservas con el acusado porque se habían ventilado otros posibles abusos de él hacia una prima de nombre Verónica y la hermana de esta, aquellos dejaban ir a M.F. a casa del procesado porque allí habría de estar la madre de este último, Luciola Hernández; por tanto, confiaban en que

esta no permitiría que su hijo realizara esos actos impúdicos con una menor de edad.

En sentir de la fiscal, el juez dio por cierto la valoración de la defensa en el sentido que la menor estuvo expuesta a otras situaciones de tipo sexual. Lo anterior al darle credibilidad a todos los testigos de descargo que arribaron a juicio a desprestigiar a M.F., sin tener en cuenta las declaraciones de esta, sus padres y su hermana, quienes señalaron que dos de las tías de la víctima se habían dedicado a hacer comentarios inapropiados de M.F., al punto de señalar que se había involucrado sentimentalmente con el cónyuge de estas.

De otra parte, aseguró la recurrente que no hubo una valoración probatoria acorde a los artículos 380 y 404 del código de procedimiento penal de los testimonios presentados en juicio, especialmente el de la menor M.F.

En desarrollo de ello expresó que el juez no tuvo en cuenta los siguientes aspectos: primero, que la menor ante los psicólogos de la fiscalía y de medicina legal, el médico legista, sus padres, amigas y profesoras ha sido consistente en indiciar que Ferley González abusaba de ella; segundo, el padre y la hermana de la menor refirieron que en una oportunidad el acusado ingresó arbitrariamente hasta el camarote de M.F., quien hizo una expresión de rechazo hacia él; tercero, para la fecha en que se revelaron los hechos, las visitas y llamadas de Ferley hacia M.F. se habían vuelto repetitivas; cuarto, el médico legista señaló que a la menor se le halló un himen con un desgarramiento antiguo, lo que quiere decir que había sido desflorado; quinto, el psicólogo de medicina legal conceptuó que la menor presenta un cuadro traumático resultado de la agresión sexual; y, sexto, los psicólogos que evaluaron a la menor refirieron que esta enseña un relato creíble y ajeno a toda influencia, como también que no exhibe una tendencia a mentir.

En cuanto la juez señaló que la defensa trajo a juicio a personas que daban cuenta de cualidades del señor Ferley, replicó la fiscalía que se obvió que opera un derecho penal de acto, conforme al cual no es suficiente enseñar las cualidades de alguien para descartar su responsabilidad penal. En relación a ello, también aseguro que varios de los testigos de la defensa se enfrascaron en hacerle una “*campaña de desprestigio a la menor*” ya que el acusado gozaba de mayor aprecio entre ellos que M.F. y sus familiares.

Con base en esos argumentos, solicita la fiscal que se revoque la sentencia y, en su lugar, se condene a Ferley González Bermúdez de los cargos acusados.

7. Como no recurrente se pronunció el defensor, quien empezó advirtiendo que dos jueces, esto es el que anunció el sentido de fallo y la funcionaria que profirió sentencia, tuvieron igual criterio frente a la prueba, pese a que esta última expresó que difería de la valoración probatoria que hizo su antecesor, pues –asegura– si no expresó las razones de ello, debe entenderse que no eran de fondo, ya que de serlo, habría decretado la nulidad del sentido de fallo absolutorio, como dispone la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –sin precisar ninguna providencia–.

Luego replicó a la fiscal que la madre de la menor expresó que esta gritaba, en tanto que M.F. manifestó que era abusada “*todos los días que iba*” a la casa del acusado, por lo que debe concluirse que fue objeto de esos tocamientos por lo menos en 300 ocasiones, situación que, en sentir de la defensa, es inverosímil.

Los otros puntos de los que se ocupó el no recurrente fueron los siguientes: *i)* la madre del procesado negó haber observado los actos impúdicos de su hijo; *ii)* la psicóloga que trató a la hija del acusado conceptuó que esta no había presenciado actos de la naturaleza que se investigan; *iii)* en las fotografías que aportó la defensa se nota que la vivienda del procesado no era apropiada para llevar a cabo tales actos puesto que cualquiera que cruzara por el frente o estuviera adentro podía observar lo que allí pasaba; *iv)* pese a que la menor afirmó que Ferley la amenazaba con una navaja con la que golpeaba a las paredes, no se halló rastro de ello; *v)* es normal que M.F., como cualquier niño, pasara de estadios de alegría a otros de tristeza; *vi)* el entorno familiar de la menor era problemático; y, *vii)* la menor si asistía a una finca acompañada de taxistas que consumían licor, siendo verosímil que en esos episodios se hubieran presentados atentados contra su integridad sexual, lo cual resulta acorde al dictamen médico legal que da cuenta que presenta un desgarró antiguo.

Hechas esas consideraciones y otras generales sobre la valoración de la prueba, los fines del Estado de Derecho y la valoración racional de la prueba, el defensor solicita a este Tribunal que se confirme la decisión de instancia.

SE CONSIDERA

Como se anticipó, la Sala ha advertido una irregularidad derivada del actuar de la funcionaria al emitir la sentencia absolutoria, por lo que procederá a invalidar parte de la actuación.

El hecho que cuestiona la Sala es que la juez, pese a que estaba convencida de que la valoración probatoria conllevaba a una declaratoria de responsabilidad, pasó por alto ello para proferir una sentencia absolutoria, no con argumentos propios, sino con los que tuvo en cuenta el anterior juez que emitió el sentido de fallo.

En efecto, expresó la funcionaria en el proemio de su decisión lo siguiente:

“Si bien la suscrita juez difiere en la apreciación y valoración de las pruebas que realizó el homólogo; en aplicación de los principios de inmediación y concentración que presiden el procedimiento penal, establecido en la Ley 906 de 2004, se dispone esta Agencia Judicial, a proferir sentencia en tal sentido...” (página 1 de la sentencia).

Y, más adelante, tras enunciar que su antecesor emitió sentido de fallo absolutorio el 25 de julio de 2015, no tuvo problema en reconocer que ella se dedicaría a *“resumir, en esta sentencia el análisis de las pruebas que realizó el doctor Jaramillo Londoño”* (página 24), pasando luego a enunciar varias ideas deshilvanadas, para citar nuevamente las conclusiones a las que arribó su homólogo.

Al leer tales consideraciones se pregunta la Sala: ¿era necesariamente vinculante el sentido de fallo anunciado por el juez que presidió el juicio para la funcionaria que dictó la providencia?, ¿esa unidad inescindible entre el sentido de fallo y la providencia que pone fin a la instancia prima sobre los principios y garantías que rigen el proceso penal?

Son esas las tareas a la que se aplica la Sala, como quiera que al resolver esos cuestionamientos surgen los argumentos que fundamentan la decisión de decretar la nulidad del sentido de fallo, en la medida que evidencian una indebida motivación y la afectación del debido proceso.

En cuanto al primer argumento, es menester partir de considerar que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (entre otras, sentencia de septiembre 23 de 2015, radicado No. 40694, M.P. Patricia Salazar Cuellar) ha establecido que el sentido de fallo constituye una unidad inescindible junto a la sentencia, por manera que en principio habría acertado la juez al emitir sentencia en los mismos términos que los advertidos por su homologa, sino fuera porque el Máximo Tribunal no ha negado la posibilidad de modificar el sentido de fallo en aquellos eventos en que se ha presentado un cambio de juez.

En palabras del órgano de cierre:

“En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha indicado que el mismo juez que anunció el sentido de fallo no puede mutarlo a la hora de dictar la sentencia, con el pretexto de haber cambiado de opinión gracias a un mejor estudio de las pruebas; se mantiene la posibilidad de que proceda la nulidad en los eventos de cambio de juez, esto es, cuando el que ha de elaborar la sentencia no es el mismo que anunció su sentido y presidió la práctica probatoria.

En este sentido, frente a la proscripción para mutar el sentido del fallo anunciado, esta Corporación ha dicho (CSJ, SP, sentencia del 27 de julio de 2016, rad. 41429) que: “quedó a salvo, eso sí, la posibilidad de la anulación del sentido del fallo en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez entre el anuncio del sentido del fallo y su elaboración”¹.

Como se observa, existía una solución para resolver la discrepancia de criterios entre la funcionaria que dictó la providencia y su antecesor respecto a la valoración probatoria y la consecuente sentencia que de ella dimanó.

Si ello es así, la respuesta al primer interrogante que se propuso la Sala es que la titular del despacho no estaba obligada a dictar una providencia que no compartía, pues la jurisprudencia le permitía decretar la nulidad del sentido de fallo.

Esa solución tiene razón de ser – y esto va referido al segundo ítem propuesto por la Sala–, en la medida que el papel del juez en el estado constitucional no se reduce a una aplicación mecánica del derecho, en

¹ Decisión del 26 de abril de 2017. José Luis Barceló Camacho. Radicación 40964.

la medida que le asiste la posibilidad válida de interpretar y aplicar el derecho de forma propia bajo los postulados de independencia y autonomía que la Constitución le ha otorgado, los cuales no solo la facultaban, sino que también le obligaban a no dictar una sentencia que en su sentir implicaba una injusticia material.

Esa posibilidad de decretar el sentido de fallo, además, está auspiciada por aquella regla de interpretación constitucional que ordena la prevalencia del derecho sustancial ante las formas, la cual pasó por alto la funcionaria.

Es que, el convencimiento que se requiere para condenar se predica no solamente desde el punto de vista funcional, sino personal, pues finalmente son aquellos que encarnan la figura de juez, los que están dictando la sentencia; de ahí la gran importancia que este sistema ofrece a los principios de inmediación y concentración.

En ese sentido, si la funcionaria estaba convencida de que las pruebas eran suficientes para condenar, así debió pronunciarse, máxime cuando empezó su argumentación afirmando que de la certeza respecto a la responsabilidad del procesado daba lugar a una sentencia condenatoria.

A decir verdad, la argumentación de la juez es curiosa, como que afirma que se dará a la tarea de “*resumir el análisis de las pruebas que realizó el anterior juez*”; pero, aquello que hizo fue enumerar ideas o episodios que quedaron probados, sin hilar unos y otros, y sin mayores consideraciones sobre ellos (páginas 24 a 27 de la sentencia), por manera que ese “*análisis de las pruebas*” no es tal.

De hecho, algunos de los apartes que reprodujo la juzgadora parecen fundar más una sentencia de condena que una absolutoria, en tanto que otros ninguna trascendencia tienen; verbigracia, en los numerales 6, 7 y 8 del listado de sus argumentos valorativos, la juez manifestó que la menor refirió detalles de los eventos abusivos; que la hermana de esta aseguró que cuando tenía entre 9 y 10 años de edad, el acusado también intentó abusar de ella, y que la Docente María Eugenia Vanegas Arredondo informó que M.F. le reveló a ella y varias compañeras de clase que estaba siendo manoseada por el procesado.

Y, tan ambivalente motivación es producto de la falta de convencimiento de la juez frente a la decisión que estaba profiriendo, lo cual propició que tuviera problemas para sustentarla, precisamente porque esas razones no eran producto de una labor analítica hecha por

ella, sino por el funcionario que le precedió, quien no hizo mayores consideraciones para el sentido de fallo porque este acto procesal no lo requería, distinto a los parámetros que deben observarse para proferir una sentencia.

En efecto, si la funcionaria de conocimiento se hubiera dedicado a analizar el material probatorio, habría podido ofrecer una argumentación lógica, que no una serie de proposiciones sin relación alguna; pero, como no lo hizo, dio al traste con el debido proceso, pues una de las concreciones de este es la motivación judicial que permite a los sujetos interesados en el proceso tener conocimiento de las premisas fácticas y los juicios lógicos y jurídicos que construyen la declaración de justicia contenida en la decisión.

Es que, hilando más delgado, quien materialmente dictó la providencia fue el anterior funcionario, pues fue su criterio el que fundamentó la decisión, no el de la titular del despacho, quien abiertamente reconoció que no estaba de acuerdo con la decisión absolutoria, como ya se explicó. En otras palabras: la funcionaria que dictó la sentencia ninguna valoración probatoria hizo, por lo que tampoco se satisfizo ese principio lógico antecedente-consecuente.

En ese orden de ideas, para la Sala, además de una inadecuada motivación debido a la ambivalencia de los razonamientos, se ha desconocido la estructura propia del proceso penal, pues al margen del sentido de la decisión, esta debe ser resultado, -más aun tratándose del área penal en la que están en juego principios tan altos como la libertad y los derechos de las víctimas-, de un análisis probatorio racional, responsable y acorde a los parámetros de la sana crítica por parte del juez que profiere la sentencia, el cual no obra en este caso.

Ante ese panorama, la única solución que encuentra la Sala es decretar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de sentido de fallo realizada el 24 de julio de 2015, inclusive, para que la actual Juez 2ª Penal del Circuito de Itagüí anuncie el sentido de fallo que conforme a su criterio corresponda e imparta el trámite de rigor subsiguiente.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Decretar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de sentido de fallo realizada el 24 de julio de 2015, para que la actual Juez 2ª Penal del Circuito de Itagüí anuncie el sentido de fallo que considere e imparta el trámite de rigor subsiguiente.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Por el Magistrado Sustanciador se citará a audiencia de lectura de este auto, en el que se notificará a las partes su contenido.

A su ejecutoria, regrese la actuación al juzgado de origen.

CÚMPLASE.

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado