

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, tres (3) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Radicado: 050016000206201061914
Procesado: Fabio Enrique Montoya Usuga
Delito: Acceso carnal abusivo con menor
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 049 - Aprobada por acta No. 156 de la fecha.
Decisión: Confirma sentencia condenatoria
Lectura: 18 de agosto de 2016

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO

Decide la Sala en esta ocasión el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor **Fabio Enrique Montoya Úsuga** en contra de la sentencia del 10 de junio de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, que lo condenó por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo.



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

2. CUESTIÓN FÁCTICA Y DESARROLLO PROCESAL

El día veinte (20) de noviembre del año 2010, la señora Marlene Foronda Gutiérrez, en calidad de madre y representante legal de la niña LFGT, formuló denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, dando a conocer que, en un lapso comprendido desde el año 2008 y el año 2010, el señor **Fabio Enrique Montoya Usuga** fue novio de su hija Maira Alejandra Gutiérrez Foronda, actualmente con 17 años de edad, quien terminó esa relación al percatarse que su novio tenía mujer y un hijo. Enojado por la ruptura de la relación amorosa, el mencionado ciudadano amenazó a su exnovia con arruinar su buen nombre y hacerla sufrir, enamorando a su hermanita LFGF, quien en esa época había cumplido 12 años de edad, y en efecto, durante los años 2010 y 2012, hizo efectivas las amenazas, porque luego de cortejar a la menor con regalos o dadas en dinero, logró que aceptara ser su novia, y en esa forma, la accedió carnalmente en dos oportunidades.

El 27 de febrero de 2013, ante el Juzgado 32 Penal Municipal de Control de Garantías de esta ciudad, la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación a **Fabio Enrique Montoya Usuga** por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo, cargo que no aceptó; se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El día 15 de abril de 2013, la Fiscalía General de la Nación, por medio de su Delegado, presentó escrito de acusación en contra del señor **Fabio Enrique Montoya Usuga**, como presunto responsable del delito objeto



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

de imputación, correspondiéndole al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad. La audiencia de formulación de acusación se realizó el 30 de mayo del mismo año.

El 12 de julio de 2013 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y el juicio oral se inició el día 27 de septiembre del mismo año, culminando el 3 de marzo de 2014 con la emisión de sentido de fallo condenatorio.

El 10 de junio de 2014 se profirió la respectiva sentencia en contra del acusado por el delito de acceso carnal abusivo con menor, en concurso, decisión frente a la cual la defensa, dentro del término oportuno, interpuso y sustentó recurso de apelación, del cual hoy se ocupa esa Sala.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Manifiesta inicialmente la primera instancia, que se encuentra acreditado que la menor LFGF nació el 27 de junio de 1997, lo cual supone que para el año 2010 tenía 13 años de edad.

Destaca que aunque la menor inicialmente intentó en juicio negar la verdad sobre lo ocurrido, luego, cuando la Fiscalía le impugnó credibilidad, la niña reconoció que sí tuvo relaciones sexuales con el procesado, en dos oportunidades, aseveración que ratificó al contestar las preguntas complementarias realizadas por el juzgado, explicando que la verdad la había dicho ante la investigadora.



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

Para el *a quo*, resulta convincente la entrevista rendida por la menor víctima ante la investigadora Lucelly Vélez Muñoz, porque además de ser coherente y claramente circunstanciada, no se aprecia que esté inspirada en motivos de animadversión, sino en el sano propósito de revelar ante las autoridades la verdad de lo ocurrido.

Frente al argumento esgrimido por la defensa en el sentido de que el acusado no sabía la verdadera edad de la víctima para el momento de los hechos, el fallador considera que el comportamiento de **Montoya Usuga** no estuvo influenciado por el error, sino por su afán intransigente y desenfrenado por involucrar a la menor en este tipo de tratos sexuales, pues así lo advirtieron la madre como la hermana de la víctima, quienes además dijeron que el acusado conoció a la menor desde que mantuvo una relación amorosa con María Alejandra Gutiérrez, hermana de la víctima.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

4.1 Defensor

Afirma que en justo derecho lo que se debió aplicar en este caso fue el principio de *in dubio pro reo*, ya que los hechos acusados están llenos de fisuras que transitan en el plano imaginario.



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

Asegura que le parece “*novelesco*” que se diga que su prohijado enamoró a la niña cuando la hermana mayor de esta lo abandonó, pues le suena ilógico que su protegido se propusiera enamorar a la víctima por venganza.

Destaca que en el juicio quedó evidenciado que la joven LFGF se proveyó de una contraseña, documento que generalmente expide la Registraduría a fin de utilizarse mientras se elabora la cédula. Dice que este documento era utilizado por la menor a fin de poder ingresar a sitios donde está prohibido el ingreso de menores.

Advierte que el testigo Alejandro Herrera manifestó que en una ocasión entró con la afectada a un establecimiento en la calle 33, aunado a que nunca escuchó que alguien dijera que LFGF era menor de edad.

Mencionó el testimonio de Milton Andrés Gutiérrez, hermano de la presunta víctima, quien dijo que nunca le manifestó al acusado la edad de LFGF, pues ni siquiera él sabía la verdadera edad de la joven.

Por lo anterior, asegura que no entiende porque se afirma en el fallo que su prohijado debía saber la edad de LFGF, teniendo en cuenta que **Fabio Enrique** trabajaba como transportador, y era poco lo que veía a la afectada, y cuando lo hacía era posible que la viera vestida como adulta.

Frente a la demostración del acceso carnal abusivo, destaca que en este caso se requería de otros elementos de juicio como un peritazgo médico legal, omisión que no puede ser suplida en una entrevista investigativa



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

ni por unas versiones que no se encuentran respaldadas en pruebas legales.

Solicita revocar la sentencia impugnada y en su lugar absolver a su prohijado.

5. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES:

Descorrido el trámite de rigor, no fueron presentados alegatos de los sujetos no recurrentes.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

6.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por el defensor del procesado en contra de la sentencia emanada del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Del caso en concreto

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

ellos, determinando si le asiste la razón a los censores o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada

Se debe decir inicialmente que a pesar de las discusiones doctrinarias que haya al respecto¹, se considera actualmente, y sobre todo para el caso colombiano, que el *in dubio pro reo*, a pesar de no tener asiento constitucional, es una arista esencial de la presunción de inocencia, al punto que el legislador lo elevó a canon de principio rector del proceso penal, fundiendo estos dos principios en una sola norma, para indicar y reforzar ese vínculo inescindible.

Hay que destacar que en casos de delitos de connotación sexual, desde luego el testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

Así mismo, cuando la víctima es una menor de edad, lo dicho por ella resulta valioso para determinar importantes elementos facticos del hecho investigado, como quiera que ya han sido superadas, por su carácter acientífico, esas posturas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad mental para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente o superar una cierta tendencia fantasiosa.

¹ Al respecto consultar Guerrero Peralta, Óscar Julián. Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2009

Ahora bien, es claro para la Sala que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiversar, sea por intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental; no obstante lo anterior, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad, pues el niño no es un incapacitado mental, por tanto el análisis de su testimonio debe someterse a las reglas de valoración de este tipo de prueba.

En cuanto al testigo único, se ha de decir que desde hace mucho lo que se exige no es que necesariamente la prueba sea plural, aunque eso sería lo ideal, sino que sea consistente desde un punto de vista de la valoración interna como de la externa. Así, Lo primero tiene que ver con que el juez para el análisis de la veracidad del testigo tenga en cuenta, de conformidad con el artículo 404 procesal, *“los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”* y, agrega esta Sala, la verosimilitud de la versión. Lo segundo se refiere a que el testimonio sea coherente y armónico con el resto del acervo probatorio valorado positivamente por el juzgador (art. 380 procesal)

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos dos filtros de valoración puede, sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia condenatoria, tal como en infinidad de veces la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al conocimiento de lo acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiriera si confrontado con esos criterios el juzgador llegase a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de

valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.²

Adentrándose la Sala en la cuestión de fondo, del análisis del contenido de la sentencia y de los argumentos planteados por la defensa técnica, es claro que los problemas jurídicos a resolver pueden resumirse en los siguientes cuestionamientos. i) ¿Con las pruebas practicadas en el juicio, pudo demostrar la Fiscalía que el señor **Fabio Enrique Montoya Usuga**, accedió carnalmente a la menor LFGT?; ii) ¿Sabía el señor Montoya Usuga la edad de la mencionada niña para el momento del presunto acoplamiento sexual, o por el contrario, estamos ante un error de tipo?

En cuanto al primer interrogante, la defensa consideró en su escrito de apelación, que el testimonio de la menor debió estar apoyado en un dictamen médico legal que “respaldara” el acceso carnal, elemento suasorio que la Fiscalía no aportó a la actuación.

Frente a lo anterior, lo primero que cabe recordar, aunque ya se entiende suficientemente sabido, es que en nuestro sistema probatorio penal, desde hace bastante tiempo, impera el principio de libertad

² C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

probatoria, por contraposición al ya desueto de tarifa legal, en razón de lo cual al conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios, se puede llegar por cualquier vía probatoria legal.

En otros términos, sólo con carácter excepcional, desde luego expresamente consagrado en la ley, es posible exigir que un hecho o circunstancia pertinentes sea demostrado con uno o unos exclusivos medios suasorios.

Al afecto, y sobre el tema preciso de la demostración del acceso carnal, ha dicho la Corte³:

“.. Respecto de la demostración de un hecho puntual interesante a la tipicidad del delito de acceso carnal abusivo, como lo es la penetración, para el caso, por vía anal, de un miembro viril u otro objeto, la ley no ha establecido ningún tipo de tarifa legal, esto es, que la verificación fáctica puede operar por cualesquiera de los medios suasorios instituidos en la ley o uno similar que no viole los derechos humanos.

Desde luego, en ocasiones es factible advertir que posee una mayor virtualidad suasoria determinado elemento de juicio, en razón a sus características y posibilidades demostrativas.

Pero ello no implica que ese más preciso medio repudie otros que lo suplan o, incluso, obligue aplicar una especie de *capitis diminutio* a los demás, al extremo de privilegiarse frente a ellos.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 35080 de 2011.



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

Respecto de los delitos de connotación sexual y su forma de demostración, es necesario precisar que incluso la exigencia de prueba única o privilegiada, remitida al dictamen pericial fruto de la observación clínica y consecuentes exámenes de laboratorio, choca con el hecho evidente que en muchos casos las arremetidas salaces no dejan huella perceptible, o el paso del tiempo, cuando la denuncia tarda, las borra..

...No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal.

Así pues, traídos los anteriores conceptos al caso en concreto, debe destacar la Sala lo dicho por la menor L.F.G.T. en cuanto a la relación sentimental que tuvo con el señor **Fabio Enrique Montoya Úsuga**:

“Fiscalía: ¿Qué tipo de relación tuviste con él? L.F.G.T: una relación amorosa. Fiscalía: ¿desde cuándo? L.F.G.T: desde el 2010. Fiscalía: ¿Dónde se veían ustedes? L.F.G.T: nos veíamos a la vuelta de mi casa. Fiscalía: ¿hubo contacto sexual entre el señor Fabio y tú? L.F.G.T: no, Pues lo que... pues prácticamente no...”

Aunque la menor inicialmente quiso tratar de favorecer al acusado con su testimonio, desestimando un posible contacto sexual con aquel, posteriormente, ante la impugnación de credibilidad que hiciera la



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

Fiscalía a través de la entrevista rendida por la niña por fuera del juicio oral, esta manifestó:

“Juez: ¿en esta declaración que estas rindiendo has dicho que no tuviste contacto sexual con el señor Fabio Enrique Montoya Usuga, correcto? L.F.G.T: sí. Juez ¿has dicho también que tú en aquella entrevista que rendiste ante la investigadora del CAIVAS, dijiste que habían tenido relaciones con Fabio Enrique? L.F.G.T: sí. Juez: ¿en cuál de las dos versiones dijiste la verdad? L.F.G.T: con la investigadora. Juez: ¿ósea que es verdad que tuviste relaciones con Fabio Enrique? L.F.G.T: sí. Juez: ¿Por qué razón a principios de esta audiencia manifestaste que no habías tenido relaciones sexuales con él? L.F.G.T: porque me da miedo perjudicarlo más a él. Juez: **¿o sea la verdad la has dicho en el transcurso de esta audiencia? L.F.G.T: sí...**”

Sobre los acoplamientos carnales, la menor leyó en juicio la entrevista rendida por ella ante la investigadora de la Fiscalía, relato donde describió claramente estos encuentros sexuales:

“Fiscalía: ¿puedes leernos en voz alta la entrevista rendida con la investigadora? L.F.G.T: “Luisa Fernanda es acompañada a la entrevista por su madre la señora Marleny Foronda Gutiérrez, identificada con la cedula de ciudadanía N° 42978783 de Medellín... ¿sostuviste relaciones sexuales con Fabio Enrique? Si, la primera vez que yo estuve con él fue en septiembre del año pasado, recuerdo que solo una vez utilizo condón ¿en qué lugares se presentaron estas situaciones que relatas? La primera vez fue en un carro de él, en la parte de atrás, estábamos como por Miramar, eso es por allá, más bien solo, la segunda vez fue en el carro también y la tercera no, solo fueron esas dos veces ¿anteriormente habías tenido relaciones sexuales con otra persona? No,

jamás antes había tenido relaciones sexuales con una persona ¿las relaciones sexuales que tuviste con Fabio fueron voluntarias o él te obligo? Fueron porque yo quise.”

Estima la Sala que el testimonio vertido por la menor L.F.G.T. debe valorarse positivamente, pues el mismo se contrasta con lo dicho por su madre Marlene Foronda Gutiérrez y su hermana Maira Alejandra Gutiérrez, para concluir que efectivamente se dio una relación sentimental entre la menor y el procesado, la cual incluyó accesos carnales, pues la versión fue vertida inicialmente por la víctima ante la psicóloga del CAIVAS, donde narró los episodios sexuales sostenidos con **Fabio Enrique**, situación que la adolescente confirmó en juicio, donde manifestó que lo dicho en esa entrevista era la verdad.

Como se puede observar a simple vista, el relato de la menor es contundente en señalar al señor **Fabio Enrique Montoya Usuga** como la persona con la cual sostuvo prácticas sexuales, describiendo la existencia de penetración en por lo menos dos ocasiones, versión que resulta plenamente creíble para esta Sala como quiera que las palabras de L.F.G.T. se muestran espontáneas y coherentes en el sentido de que su versión se percibe como un relato lógico y detallado de una vivencia.

Cabe destacar que aunque la niña inicialmente quiso retractarse de lo informado por ella fuera del juicio oral, posteriormente reflexionó, aceptando que todo lo dicho en la entrevista era la verdad, lo cual acredita aún más que lo narrado por ella en cuanto a las circunstancias



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

en que se dio el abuso corresponde a la realidad, pues la declarante venció sus posibles miedos y prefirió ser sincera ante la judicatura.

Así, no es necesario, como lo exige la defensa, el aporte de un dictamen médico legal que respalde lo dicho por la víctima en juicio, pues su solo testimonio es suficiente para acreditar los acoplamientos, los cuales se dieron dentro de una relación sentimental entre el acusado y aquella, noviazgo que duró varios meses y que fue conocido y narrado tanto por la menor como por sus familiares más cercanos.

En cuanto al segundo problema jurídico destacado por la defensa, esto es, el error de tipo en el que pudo haber incurrido el señor **Fabio Enrique Montoya Usuga** en la comisión de la conducta punible, debe decir la Sala inicialmente que para la aplicación de esta figura, el desconocimiento o error debe versar sobre uno de los elementos descriptivos o normativos –aspectos objetivos del tipo de injusto– por parte de quien realiza la conducta prohibida, excluyendo con ello el dolo en el agente. No obstante, si ese error, atendido el entorno y las condiciones de orden personal en las que se desenvuelve, fuere de naturaleza vencible, transmuta el tipo objetivo de injusto en delito imprudente, si así lo ha previsto el legislador.

Durante todo el proceso la defensa alegó que el acusado no tenía consciencia de la antijuridicidad de la acción, pues, según su tesis, mientras duró la relación, este nunca se enteró de que la niña L.F.G.T. era menor de 14 años, ya que la niña pregonaba que tenía 15, y aunado a ello portaba una contraseña con la cual entraba a sitios para mayores de

edad.

Bajo estas premisas, la pregunta que debe hacerse la Sala en este momento es si el señor **Montoya Usuga** tenía el conocimiento concreto o efectivo acerca de la verdadera edad de la menor L.F.G.T., por cuanto sostuvo con ella una relación sentimental de varios meses, respuesta que a la luz de los medios probatorios practicados en juicio, no puede ser otra que un contundente sí.

El contexto de esta historia inicia con la relación que el señor **Fabio Enrique** entabló con la joven Maira Alejandra Gutiérrez Foronda, desde el año 2008, momento desde el cual el acusado comenzó a frecuentar la residencia de su familia, conociendo allí a la niña que se convertiría en víctima en este proceso, quien para ese entonces contaba con 11 años de edad.

Esa relación entre el procesado y Mairla Alejandra, culminó a principios del año 2010, lo cual generó que **Fabio Enrique**, según manifestó aquella en juicio, le asegurara a esta a esta joven que *“se iba a desquitar con la hermanita”*.

En su testimonio, la joven Maira Alejandra Gutiérrez fue clara en afirmar que desde que comenzó su relación con el procesado, este conoció a su hermana menor, pues la veía en la casa. Y sobre la relación de L.F.G.T. con el enjuiciado, esto dijo:

“...Fiscalía: ¿luego de que terminaron ustedes esa relación, que paso con Fabio? Maira Alejandra: ya él se alejó y pensé que estaba con la mujer, cuando ya me voy enterando de que estaba era con mi hermanita. Fiscalía: ¿Cómo así? Maira Alejandra: pues que él se alejó y cuando me di de cuenta era que estaba saliendo con mi hermanita, entonces por eso demás que fue que se alejó, porque estaba era con mi hermanita. Fiscalía: ¿Cuántos años tenía en ese entonces tu hermanita? Maira Alejandra: 13 o 12. Fiscalía: ¿Cómo se comportaba Luisa en tu casa, antes de comenzar esa relación sentimental con Fabio? Maira Alejandra: era bien, muy juiciosa, siempre con las amiguitas y para arriba y para abajo con mi mama y ya cuando empezó con él empezó con una rebeldía y ahí fue que nos dimos cuenta que era que estaba saliendo con él. Fiscalía: ¿en qué consistió esa rebeldía. Maira Alejandra: lo miraba a uno feo, decía mentiras, ya no quería ir a estudiar, ya me cogió un odio impresionate. Fiscalía: ¿sabes cuándo o como se veía Luisa con Fabio? Maira Alejandra: ella se volaba, ella se iba de la casa, como él tenía carro la recogía en cualquier parte. Fiscalía: ¿Cuándo dices que se volaba, era que se perdía un día de la casa, varios días o que sabes? Maira Alejandra: a veces se iba un día o a veces se iba varios. Fiscalía: ¿la buscaban o ella regresaba a la casa? Maira Alejandra: ella volvía siempre a la casa, pero era porque mi mama la veía...”

De lo anterior se infiere, que el romance entre el acusado y la niña L.F.G.T. se tornó en una relación constante en el tiempo, con encuentros que duraban hasta varios días en los cuales la menor se ausentaba de su residencia, con lo cual se descarta un romance casual o fortuito entre estos dos personajes.

Respecto al conocimiento que tenía Fabio Enrique de la edad de la menor, esto dijo Maira Alejandra:

“...Fiscalía: ¿usted directamente le reclamo a él, informándole que su hermana era menor de 14 años? Mayra Alejandra: sí, claro, es que el sabía. Fiscalía: ¿pero usted se lo dijo a el directamente? Mayra Alejandra: sí. Fiscalía: ¿Quién más cercano a él se lo advirtió? Mayra Alejandra: no nadie más y un primo que la otra vez estábamos en el carro de él y mi primo le dijo algo así que 5x7 que 5 años de placer por 7 de cárcel y Fabio no me acuerdo que respondió, pero mi novio si le dijo que eso tenía consecuencias carcelables, pero Fabio nunca hizo caso...”

.....

Juez: ¿Cuánto tiempo después de haber terminado su relación con Fabio se percató usted de que Fabio había estado saliendo con su hermana Luisa? Mayra Alejandra: creo que fue ya a mitades o finales de ese año, al verla como se comportaban. Juez: ¿durante el tiempo que usted tuvo esa relación de noviazgo con Fabio, alguna vez le hablo a él de que su hermana Luisa era menor de 14 años? Mayra Alejandra: sí. Juez: ¿él le hizo algún comentario al respecto? Mayra Alejandra: no, el solo decía que era una niña muy linda. Juez: ¿le dijo usted varias veces que su hermana Luisa era menor de 14 años? Mayra Alejandra: sí. Juez: ¿su madre Marleny que le conste a usted le preguntó, que de pronto haya escuchado, que ella le haya manifestado en frente de usted, de que su hermanita Luisa era menor de 14 años? Mayra Alejandra: sí. Juez: ¿eso le manifestó a Fabio? Mayra Alejandra: si

Con la anterior declaración se evidencian dos situaciones muy claras: la primera, el contexto en el cual se desarrolló toda esta historia, pues se

acreditó que el procesado conoció a la víctima desde el año 2008 cuando visitaba la residencia de su novia Maira Alejandra, con lo cual se establece que entre la menor y el acusado existía, por lo menos, un contacto visual permanente y cercano desde que la infante contaba con tan solo 11 años; edad cronológica que se muestra evidente en el cuerpo de la infante, por apenas empezar a desarrollarse sus caracteres sexuales secundarios.

Lo segundo; se tiene que Maira Alejandra fue lo suficientemente clara y concreta al afirmar que advirtió al procesado sobre la edad de su hermana, esto es, que era menor de 14 años, tema que también fue tratado en múltiples ocasiones por su madre con Fabio Enrique, comentarios a los que este último hacía caso omiso y continuaba con su ilegal proceder.

Resulta igualmente relevante, el hecho de que la menor L.F.G.T. fue encontrada en varias ocasiones por la policía en compañía del procesado, siendo devuelta a su hogar por su minoría de edad, hechos que son relatados por la señora Marlene Foronda en su testimonio, quien se veía avocada a solicitar la ayuda de los gendarmes para encontrar a su hija, quien se ausentaba de su casa por espacios de hasta ocho días. Esto dijo la señora Foronda sobre uno de esos eventos:

“...Fiscalía: ¿en alguna otra oportunidad, usted solicito apoyo para encontrar a Luisa? Marleny Foronda: si, yo fui al CAI porque se había **vuelto a desaparecer**, y me lo encontré a él y le conté que mi niña estaba

desaparecida y él me dijo que a ella no la había visto, que de Luisa no sabía nada, entonces fuimos a la casa de él con la patrulla y allá los encontramos. Fiscalía: ¿Qué personas se encontraba allá en esa casa? Marleny Foronda: pues un policía se asomó por una hendidura y vio que él le decía a la niña que se tirara por la parte de atrás, pero como el policía vio que ella se tiró, ahí mismo entró y le dijo que viera que ella se tiró por allá, usted le dijo que se tirara, ella ya se había tirado por una parte de atrás...”

Es evidente que el señor **Fabio Enrique Montoya** sabía que estaba cometiendo un acto ilícito al cohabitar con la menor víctima de estos hechos, pues nótese que ante la presencia policial en su vivienda optó por decirle a la niña que escapara del lugar para evitar ser encontrada con él, con lo cual se infiere que conocía que este acto le podría acarrear sanciones legales.

Así mismo, la señora Marlene Foronda fue clara en manifestar en su testimonio, que le advirtió al procesado sobre la edad de la menor, pero que este no le creyó hasta que le mostró la tarjeta de identidad de la niña, momento desde el cual *“se fueron alejando”*.

Con lo anterior, es indudable que ningún error se presentó en este caso, pues fueron múltiples los requerimientos que se le hicieron al señor **Fabio Enrique Montoya Usuga** en cuanto a la actividad delictual que venía ejerciendo sobre la menor L.F.G.T., pues fue advertido de esta situación por la joven Maira Alejandra Gutiérrez, su madre Marlene Foronda e implícitamente a través de los múltiples requerimientos de la



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

Policía Nacional cuando era solicitada su ayuda para recuperar a la niña, quienes insistentemente lo alertaron de la situación irregular en que se encontraba, pero el acusado hizo caso omiso de estas amonestaciones y continuó con su actuar ilícito.

Así pues, no son suficientes las argumentaciones de la defensa cuando intenta hacer descansar un supuesto error de tipo, en las manifestaciones de la menor L.F.G.B. al mentir sobre su edad, o en el hecho de que la infante portara una contraseña falsa, pues esa ignorancia quedó desvirtuada cuando Maira Alejandra y su madre Marlene Foronda, manifestaron en juicio oral que efectivamente le dijeron al señor **Fabio Enrique Montoya Usuga** que la víctima era menor de 14 años, y aunado a ello, con la intervención de los policiales, quienes ante las quejas de la denunciante, debían realizar operativos para recuperar a la niña de manos del enjuiciado.

Precisamente frente al tema de la contraseña, el cual al parecer portaba la menor, debe decir la Sala que la real existencia de este espurio documento no está acreditada, pues aunado a que no fue introducido a la actuación para establecer de manera efectiva de qué se trataba y cuál era su contenido, existen contradicciones en lo dicho por la menor con los relatos de los demás testigos, ya que, por una parte, Maira Alejandra, su hermana, ni siquiera tuvo conocimiento de este, y por otra, aunque Alejandro Herrera Gil dijo haber visto a la víctima enseñarlo en un establecimiento, esto fue desmentido por la propia L.F.G.B., al decir en su testimonio que nunca accedió a ningún lugar con

dicho elemento, pues ella no era de las que *“farreaba o entraba a discotecas”*.

Con todo lo anterior, se infiere que el señor **Montoya Usuga** sabía y conocía que venía ejecutando accesos carnales con una niña menor de 14 años, pues así se lo advirtieron los familiares de la víctima, y sabía y conocía que esta conducta era ilícita, ya que ante la presencia policial en su residencia, optó por tratar de encubrir su delito ordenándole a la infante que escapara del lugar, con lo cual se establece que ningún error se presenta en este caso, y lo que tenemos es un dolo directo de parte del acusado de cometer una conducta tipificada en la ley como delito.

Es evidente que ninguna de las previsiones antes mencionadas detuvo el instinto sexual del señor **Fabio Enrique Montoya Usuga**, quien a sabiendas de su actuar ilegal, pues fue advertido de ello, continuó con sus acercamientos erótico sexuales hacia la niña *L.F.G.T.*, permitiendo que esta pernoctara en su vivienda, recogéndola en su propio carro, sustrayéndola de su hogar a altas horas de la noche y encubriendo su paradero, situación que, tal y como demostró con la prueba testimonial, develó en la menor una personalidad rebelde y altanera, pues no atendía las ordenes de su progenitora y prefería escaparse de su casa para permanecer en la residencia del agresor, creando con ello un clima de zozobra en la madre de la niña, quien decidió acercarse a la Fiscalía para poner en conocimiento del ente investigador la situación irregular que se estaba presentando.



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

Así, para la Colegiatura la prueba de cargo que trajo la Fiscalía a juicio es suficiente tanto en calidad como en cantidad para comprobar con toda certeza que ciertamente el señor **Fabio Enrique Montoya Usuga** accedió carnalmente a la menor L.F.G.T. en varias oportunidades, quien para ese momento contaba con menos de 14 años de edad, motivo por el cual habrá de confirmarse la sentencia condenatoria emitida en su contra.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de junio de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, por medio de la cual se condenó al señor **Fabio Enrique Montoya Usuga**, por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

SEGUNDO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.



RADICADO NRO. 050016000206201061914
SEGUNDA INSTANCIA

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado

R/