

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 05001 60 00207 2010 00577

Procesado: Orlando de Jesús Monsalve

Delito: concurso homogéneo de actos sexuales con menor de 14 años

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Maritza del Socorro Ortiz Castro

Aprobado, según Acta No. 32

Medellín, uno (1) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Siguiendo los lineamientos de la Ley 1395 de 2010, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la Defensa, contra la sentencia condenatoria proferida a Orlando de Jesús Monsalve por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello.

HECHOS

Para el año 2010, la menor IMO de nueve años de edad, vivía con sus padres y hermana en la calle 32B No.50-126 segundo piso del barrio La Gran Avenida de Medellín y, acostumbraba visitar a su tía, quien residía en el primer nivel de esa misma edificación, circunstancia que aprovechó el señor Orlando de Jesús Monsalve Monsalve compañero sentimental de ésta, para ejecutar actos sexuales como tocamientos en sus partes íntimas, en los momentos en que se hallaba a solas con la pequeña y previo a ganarse su confianza por los regalos que le daba o prometía.

Precisamente para la celebración del día de amor y amistad, le dio unos pantis perfumados que le dijo le modelaría, mientras él usaría condón y, en la noche en que se hacía el festejo, la menor decidió contarle espontáneamente a su madre la molestia que le generaba el adulto por los actos que le hacía cuando jugaban a escondidas o estaban solos, relatándole lo sucedido.

ACTUACIÓN PROCESAL

Materializada la orden de captura solicitada por la Fiscalía¹ contra Orlando de Jesús Monsalve Monsalve, se concretan las audiencias preliminares de rigor ante el Juez de garantías el 22 de abril de 2015, formulándosele imputación como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado y en concurso– Arts. 209, 211 numeral 5, y 31 del C.P-, no hubo allanamiento a cargos. Se le impuso medida de aseguramiento en su lugar de domicilio².

Se presentó escrito de acusación por los mismos cargos, correspondiéndole la actuación por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, donde se surtió la etapa del juicio bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, no sin antes asumirse por la nueva titular del despacho, los correctivos frente a las maniobras dilatorias que se ejecutaron a lo largo de la actuación.

Concluida la práctica de pruebas y los alegatos finales, la Juez anunció sentido de fallo condenatorio, procediendo luego con la lectura de la sentencia³.

LA DECISIÓN OBJETO DE APELACION

Previa presentación de los hechos, la actuación relevante, las alegaciones finales, y lo estipulado, procede la juez a relacionar y detallar el contenido de la prueba de cargo practicada en juicio para destacar que después de haber sido sometida a la debida contradicción y confrontación, no logró ser impugnada, ofreciendo los testimonios coherencia y veracidad, ajenos a intención dañina contra el acusado. Se acreditó en el debate que existió la oportunidad de tiempo y espacio para ejecutar el comportamiento ilegal.

Así, pasa a concluir que el procesado dio rienda suelta a su lúvido ejecutando actos sexuales contra la menor, incluso fingiendo juegos de escondidas para besarla y tocarle sus partes íntimas. El testimonio de la menor en juicio resulta contundente tanto por su coherencia interna como externa, analizando cada una de las pruebas con las que soporta esa conclusión.

¹ Se expide la misma a solicitud de la Fiscalía el 17 de abril de 2015

² Folio 4

³ Folio 273, 288, 150

Igualmente ofrece una minuciosa respuesta a los alegatos defensivos que denuncian la malquerencia de la familia de la menor hacia el acusado y la imposibilidad de que ejecutara los actos sexuales porque no había estado a solas con la menor y, en esa tarea, destaca el contenido del testimonio de la propia tía de la niña, quien a pesar de buscar favorecer al acusado no pudo dejar de admitir que éste jugaba con la menor y era muy cariñoso con ella, a más de que le daba dinero para que le comprara cosas a la niña, incluso el regalo de la ropa interior y que antes de saberse el suceso no había enemistad entre la familia y él.

También analiza el testimonio del propio acusado quien renunció al derecho a guardar silencio, para mostrar los apartes de inverosimilitud de su relato en tema de la enemistad con la familia de la menor, tanto que en el afán de exculparse aseguró que en la misma fiscalía le dijeron que “esas señoras le tenían mucha bronca”. Se destacan los apartes que terminan confirmando el relato de la niña, sobre todo en tema de los regalos que le hacía como el de la ropa íntima y que si compartía con ella.

La falladora concluye que esos testimonios de descargo corroboran directa o indirectamente la existencia de los hechos que reveló la víctima: hubo juegos, momentos solos y regalos de por medio.

Destaca que el testimonio de la menor no fue parcializado, ni se advirtió interés en perjudicar al procesado. Es coherente y consistente a través de todas las entrevistas y la revelación de mayores detalles en juicio, es producto precisamente del tiempo transcurrido, máxime cuando el perito forense dejó claro que no encontró ningún elemento que pudiera sugerir que el relato fue manipulado. La menor mantuvo su narración firme, describió con certeza los escenarios del delito precisando los lugares donde sucedieron las agresiones sexuales y la forma cómo acaecieron las acciones delictuosas, identificando con seguridad a su autor, mientras el acusado fue contradictorio y hasta llegó a anticiparle a su compañera que tuviera cuidado con la niña porque era mentirosa y podría inventar algo que los perjudicara, develando el temor de su posible descubrimiento, porque antes la había descrito como una niña callada.

Halló también acreditada la causal de agravación prevista en el numeral 5 del art. 211 del CP., pues valiéndose de la confianza que la niña le tenía por ser el

compañero sentimental de su tía, padre de su prima y el benefactor de quien recibía regalos, aprovechó los momentos de soledad, para cometer el delito.

Por lo anterior, concluye que se tiene conocimiento más allá de toda duda sobre la ocurrencia del delito y la responsabilidad del señor Orlando de Jesús Monsalve Monsalve en su ejecución; por ende, lo declara penalmente responsable de la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo, imponiéndole una pena de 14 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso; le negó los sustitutos de la prisión intramuros por expresa prohibición legal ⁴.

En tema de la sustitución de la pena en razón a la enfermedad del acusado y peticionada por la defensa, destacó que obra dictamen de médico oficial que indica que no se encuentra en un estado grave de salud y, la prisión domiciliaria por la edad del acusado, ante la modalidad y gravedad de la conducta se hace improcedente, pues las garantías que pretende el legislador para las personas seniles que ejecuten conductas punibles, no se compaginan con los fines constitucionales y legales de la pena frente al interés superior del menor.

En consecuencia, se ordenó formalizar la libertad intramuros con oficio obrante as folio 293.

MOTIVOS DE DISENSO

La defensa interpuso recurso de apelación y su nuevo abogado lo sustenta dentro del término de ley, en los siguientes términos:

1.- Considera que la declaración de la menor rendida en juicio presenta algunas incoherencias, que no permiten en forma razonada concluir su credibilidad en contra del acusado. La revelación de los hechos ocurrió en el año 2010, concretamente el día del amor y la amistad y según la menor los actos sexuales de besarle la boca y partes íntimas por parte del sentenciado, venían ocurriendo de tiempo atrás y para esa época contaba con 9 años de edad, lo que genera dudas, ya que habitada con sus padres, tía y hermana y además la cuidaba la señora Gloria Machado y dada la comunicación del inmueble del primer al

⁴ Folios 294 y ss

segundo piso, no se entiende porqué la menor no contó lo sucedido, si define al acusado como persona cordial y amable, por ende, no tenía presión física o psicológica para comentarlo y solo vino a hacerlo en la fecha referenciada.

2.- Los testimonios de los padres y hermana de la menor, no son prueba directa, son de referencia y no coherentes con la acusación, por no existir una inferencia lógica de la actuación fáctica. Y, agrega: “Igualmente ocurre, con algunas pruebas técnicas presentadas y corroboradas por varios profesionales en el decurso del proceso y específicamente en el juicio oral, por las contradicciones que presentan”

3.- Existen muchas dudas en la manifestación de la ocurrencia de los actos sexuales ocurridos del año 2010 a 2018, por la duración de la investigación y la menor no afirma que el hecho fuera violento o que la amenazara o hablara en contra de sus padres o familiares.

4.- En cambio resalta el testimonio del acusado, quien manifiesta ser inocente y que existe una animadversión de la familia de la menor contra él, por la relación que mantuvo con su compañera sentimental por más de 20 años, con quien procreó una hija y con quien tuvo dificultades de asistencia alimentaria.

Dice que no se dan los requisitos para proferir fallo condenatorio por falta de conocimiento y porque no puede fundamentarse solo en prueba de referencia. Debe otorgarse el beneficio de la duda a favor del acusado, por configurarse. Por tanto, pide se revoque el fallo de condena para que se le absuelva, por la incoherencia de la menor y ser los demás testigos de referencia.

Subsidiariamente, solicita modificar la sentencia sustituyendo la prisión intramural por domiciliaria, a pesar de la prohibición legal existente, porque en las audiencias preliminares se le sustituyó la detención carcelaria por la del domicilio y venía cumpliendo con las obligaciones por más de tres años, presentándose a las audiencias. Además, el acusado tiene 66 años de edad, su estado de salud es precario y para que se tenga en cuenta anexa fotocopias de la historia clínica que referencia las enfermedades que padece. Es persona de la tercera edad y el Estado debe velar por sus garantías y protección. Sumado al hacinamiento carcelario.

- No hubo pronunciamiento de los no recurrentes.

CONSIDERACIONES

Es competente la Colegiatura para conocer del asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el Art. 34 numeral 1° de la ley 906 de 2004; sin que pueda agravarse la situación del acusado por ser la defensa la única apelante.

Salvo al control de validez, rige la justicia rogada, por ende, el tema de apelación impone el límite del pronunciamiento que realizará la Sala, conformando con la sentencia de primera instancia una unidad inescindible, en lo que no se contrapone.

Y, como quiera que la sustentación del recurso luce altamente deficiente, solo podrán atenderse los aspectos que de alguna manera buscan controvertir el fallo, pues ya se sabe que las expresiones genéricas tendientes a señalar que la prueba es contradictoria o que existe duda sin desarrollar los argumentos que soporten la conclusión, no constituyen una verdadera sustentación.

El único punto que medianamente desarrolla el censor es la crítica hacia el testimonio de la menor y como éste en últimas es el soporte de la decisión desfavorable, se habilita el estudio de fondo del asunto frente a tales reparos:

Dice el recurrente que el testimonio de la menor resulta incoherente porque revela unos hechos del año 2010, cuando a la par habla de actos sexuales antecedentes, cuestionándose el por qué no contó lo sucedido si vivía con su familia y el agresor no la estaba intimidando y antes se apreciaba como una persona amable.

Con esa censura pretende el defensor cuestionar la credibilidad del testimonio de la niña, pero en verdad que el reproche no se compadece con la seriedad argumentativa que acompañó el análisis de la prueba por parte del Juez de instancia.

En efecto, el discurso del recurrente no ofrece una controversia lógica ni avanza en la crítica del testimonio de cargo, pues no se entiende si quiere cuestionar lo que considera tardía revelación de los hechos, para restar credibilidad al testimonio de la niña, o que ella hubiera dado cuenta de actos sexuales abusivos

antecedentes al momento de esa revelación o porque no hubo violencia en contra de la menor.

Pero en la sentencia se explican con amplio detalle las razones por las cuales se ofrece credibilidad al testimonio de la víctima, fundada en la coherencia interna y externa del relato. Lo primero, porque refiere en juicio la forma como fue abordada por el esposo de su tía y padre de su prima, un hombre amable que le daba dinero, loncheras y le prometió un perrito mientras le decía "un montón de cosas" y la llevaba a la habitación, le bajaba los pantalones, la tocaba y besaba en la vagina, senos y boca. Para hacerlo se aprovechaba de los momentos en que la tía se iba para la tienda. Relata el momento de la revelación de esos hechos a su madre, explicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello se dio, las que terminan siendo plenamente corroboradas por sus padres y hermana en sus testimonios en juicio, esto es, se constata ese segundo aspecto de coherencia externa.

Entonces, censurar el momento de esa revelación, sin explicar la razón por la cual esa situación quita crédito al testimonio de la menor, no tiene ningún sentido lógico, ni puede la Sala avanzar en análisis alguno al respecto porque no se expone el fundamento de la crítica, más cuando los niños por su misma condición, desconocen que están siendo abusados sexualmente, como se percibe ocurrió en este caso, donde la menor no comprendía lo que venía sucediendo con su agresor pero sí sentía incomodidad y, por eso, de manera espontánea expresó su rechazo para transportarse con él, actitud percibida por la progenitora quien la cuestionó sobre el particular, respondiendo la pequeña que después les contaría, lo que en efecto hizo para decir la molestia que le venía causando la conducta del acusado.

Ese momento de revelación, lo único que muestra es la espontaneidad de la menor para evocar lo sucedido y que allí refiriera lo que venía aconteciendo de tiempo atrás, no desdice de su coherencia en el relato porque de eso se trataba, de exteriorizar lo que estaba sucediendo con el esposo de su tía. No hay en ello elemento de sospecha alguna que permita restar mérito a esa exposición.

Y, que no existiera violencia o actos intimidatorios del agresor hacia la víctima, no es sinónimo de deber de denunciar inmediatamente, como parece reclamarlo el censor, pues en este tema confluyen amplios factores para que los ofendidos no expongan con la inmediatez deseada los hechos, máxime si se trata de menores

de edad, que por su vulnerabilidad están expuestos a los engaños y abusos de este tipo de agresores, que gozan hasta de la confianza de la propia familia.

También parece cuestionar el recurrente la posibilidad de ocurrencia del delito porque le parece extraño que si la menor vivía con su familia y además era cuidada por una tercera persona y había comunicabilidad de los inmuebles entre el primer y segundo piso, nada se supiera, pero vuelve el censor a quedar corto en el crítica porque no debate el análisis que sobre el particular hizo la juez de instancia, quien halló acreditado a través del estudio de los testimonio de la tía de la menor y del propio acusado, la oportunidad que tuvo éste para delinquir, porque se dieron los espacios en que la menor quedaba sola con el agresor, quien so pretexto de jugar con ella ejecutaba actos libidinosos en su perjuicio, es decir hubo momentos solos, juegos y regalos, confirmándose así el relato de la niña.

Como el recurrente no avanza en esa crítica, ni explica el sustento de su extrañeza frente a esos episodios, se releva la Sala de avanzar en dicho análisis, pues el tema fue ampliamente analizado en la sentencia, sin que se ofrezca controversia sobre ello, permaneciendo incólume dicha conclusión.

Y en esa misma dirección se enmarcan las siguientes críticas del apelante, pues pasa a señalar que los testimonios de los padres y hermana de la menor, no son prueba directa, son de referencia y no coherentes con la acusación, por no existir una inferencia lógica de la actuación fáctica, agregando: *“Igualmente ocurre, con algunas pruebas técnicas presentadas y corroboradas por varios profesionales en el decurso del proceso y específicamente en el juicio oral, por las contradicciones que presentan”*

El tema así expuesto solo es un enunciado, que no tuvo ningún desarrollo argumentativo. Es claro que los testimonios de los padres y hermana de la menor se convierten en referenciales frente a los actos ejecutivos constitutivos del punible, pero no fueron utilizados por la Juez para probar esos hechos, sino para analizar la coherencia externa del relato de la menor, al dar cuenta de manera directa de la forma como ésta asumió la revelación de la conducta delictiva y todo lo que surgió alrededor de esa situación, sin que se aprecie yerro alguno en la valoración de la prueba, el que tampoco devela el recurrente.

Ahora, decir que las pruebas técnicas presentadas por los profesionales ofrecen contradicción, sin mencionar cuáles, no es argumento atendible para debatir debidamente el tema, más cuando la juez dedica amplio análisis al tema.

De otra parte, habla el censor de dudas por el tiempo que duró la investigación, pero no expone a qué dudas se refiere, ni fundamenta el reparo, es solo una expresión fuera de contexto.

Por último, reclama que se de crédito al dicho del acusado, quien manifestó ser inocente y víctima de animadversión por parte de la familia de la menor, pero la Juez explicó claramente las razones por las cuales sus manifestaciones no resultan creíbles y sí contradictorias. Además, enseñó la prueba que demuestra las buenas relaciones que mantenía el acusado con el resto del grupo familiar antes de conocerse los hechos y lo irrazonable que se asomaba la tesis defensiva al pretender exponer a una niña a todo un proceso penal para perjudicar a quien hacía parte de la familia por mantener el vínculo sentimental con la tía y con quien se llevaban bien.

Ninguno de estos aspectos controvierte el recurrente, permaneciendo inmodificable la decisión de la Juez, pues a la Sala no le es dable oficiosamente llenar los vacíos argumentativos del apelante.

De contera, luce evidente que las argumentaciones del censor no alcanzan a derruir el fallo de instancia, por tanto, se impone su confirmación.

Pero subsidiariamente abogó el recurrente por la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria para el sentenciado, en lo que se aprecia más una petición de parte que una crítica a la sentencia. Veamos:

La Juez explicó con suficiencia las razones por las cuales no era procedente el sustituto referido: i) prohibición legal ii) examen de médico oficial que certifica que el acusado no padece grave enfermedad y, iii) la gravedad y modalidad de la conducta punible no hacen aconsejable la medida, a pesar de la edad del agresor.

Ninguno de esos argumentos fue controvertido por el apelante, quien prefiere elevar ante esta instancia una petición, anexando unos documentos para que sean tenidos en cuenta, desconociendo por completo la técnica que rige la segunda

instancia, que no está facultada para decretar pruebas y tratándose de un recurso, debe indicar, dónde estuvo el yerro de la decisión. Es decir, el impugnante debe remover la fuerza de los argumentos del juez de primer grado y ello generalmente demanda ubicar la falencia que comete, ofreciendo razones que contradigan lo que se ha expuesto o que las superen, ya sea en su connotación fáctica o jurídica, según el caso, tarea que no acometió el recurrente frente al tema del sustituto de la prisión domiciliaria

En esos términos, la censura no prospera y se impone la confirmación de la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia objeto de alzada.

Esta providencia queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, el que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta 30 días.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO