El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: ACTO SEXUAL VIOLENTO / TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA / PAUTAS PARA SU CREDIBILIDAD / CALIFICACIÓN JURÍDICA / VARIACIÓN / REQUISITOS.**

… los criterios jurisprudenciales trazados por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que deben ser tenidos en cuenta por el fallador de instancia al momento de apreciar los testimonios rendidos por las víctimas de un delito sexual…

“... tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son:

a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido…

b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones…”.

Acorde con lo anterior, observa la Sala que no existen razones para poner en tela de juicio la credibilidad de los dichos de la víctima, por cuanto el agraviado ofreció un relato completamente contextualizado, claro e hilvanado, en el que diáfanamente narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos, los cuales no presentan visos de irracionalidad ni de inverosimilitud…”

Al estar demostrado que la Fiscalía incurrió en un yerro en la calificación jurídica dada a los hechos, es factible que la Judicatura pueda variar la calificación jurídica y proferir una sentencia acorde con esa nueva realidad sin que ello implique una vulneración del principio de la congruencia ni del debido proceso…

Para que lo anterior pueda suceder, acorde con lo dicho por la Corte, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“El juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes…”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobada mediante acta # 024

Pereira, veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2.022)

Hora: 11:45 a.m.

Procesado: JAAP

Delito: Acto sexual violento

Rad. # 66001-6000-035-2015-04177-01

Procedencia: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira con funciones de conocimiento

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por Defensa en contra de sentencia condenatoria

Temas: Yerros en la valoración del acervo probatorio

Decisión: Se confirma y se modifica el fallo confutado.

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el treinta (30) de agosto de 2.019 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento, dentro del devenir del proceso que se adelantó en contra del ciudadano JAAP, quien fue acusado por parte de la Fiscalía General de la Nación (F.G.N.), de incurrir en la presunta comisión del delito de acto sexual violento.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado por la Fiscalía en el libelo acusatorio, se dice que los hechos ocurrieron a eso de las 24:10 horas del 29 de noviembre de 2.015 en el interior de un inmueble ubicado en la manzana A # 3 del barrio 5 de Octubre de esta municipalidad, y están relacionados con una agresión, de tipo erótico-sexual, perpetrada en contra del joven “D.F.R.R.”[[1]](#footnote-1), quien para la época de los hechos tenía 14 años de edad, de la cual fue señalado como presunto responsable el ahora procesado JAAP, quien para ese entonces tenía 51 años de edad.

Según se extrae de lo consignado en el escrito de acusación, para esas calendas el joven “D.F.R.R.” se encontraba en la casa de su abuela en donde se celebraba una reunión familiar en el tercer piso de un inmueble que era habitado por varios de sus consanguíneos, y que dicho joven decidió salir un momento hacia un andén ubicado a las afueras de ese predio para dialogar con unos amigos. Al regresar, pasó por el segundo piso, cuando de repente fue sorprendido por JAAP, quien lo jaló de uno de sus brazos para introducirlo en una habitación en donde le manoseó las partes pudendas, para luego sacar a relucir su asta viril y masturbarse en presencia del adolescente, a quien constriñó para que se arrodillara con el propósito de obligarlo a que le practicara una felación, lo que no pudo lograr como consecuencia de la providencial intervención de la Sra. NRG, quien prácticamente sorprendió al sátiro «*con las manos en la masa».*

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se celebraron el 29 de agosto de 2.017 ante el Juzgado 1º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las cuales la Fiscalía le enrostró cargos al entonces indiciado JAAP por incurrir en la presunta comisión del delito de acto sexual violento.
2. El escrito de acusación data del 12 septiembre de 2.017, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento, en donde el 08 de febrero de 2.018 se celebró la audiencia de formulación de la acusación, y posteriormente el 27 de abril de 2.018 tuvo lugar la audiencia preparatoria.
3. El juicio oral se efectuó en vistas públicas realizadas los días 27 de marzo y 08 de julio de 2.019, sesión esta última en la que se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio, y en atención a que el procesado se encontraba en libertad, se procedió a librar en su contra la correspondiente orden de captura.
4. La sentencia condenatoria se profirió el 30 de agosto de 2.019, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**LA SENTENCIA CONFUTADA:**

Se trata de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2.019 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado JAAP por incurrir en la comisión del delito de acto sexual violento.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado al procesado JAAP, dicho ciudadano fue condenado a purgar una pena de 100 meses de prisión, y como consecuencia del monto de la pena de prisión que le fue impuesta, no se le concedió el disfrute de ningún tipo de subrogados ni de sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos objetivos.

Los argumentos esgrimidos por parte del Juzgado de primer nivel para poder declarar la responsabilidad criminal del procesado JAAP, se fundamentaron en aducir que pese a que no eran copiosas las pruebas debatidas en el juicio, existían suficientes medios de conocimiento que cumplían con los presupuestos necesarios para poder proferir en contra del acusado una sentencia condenatoria, ya que no existía duda alguna de que el procesado incurrió en un comportamiento abusivo y violento sobre el entonces menor “D.F.R.R.”, y porque lo acontecido entre víctima y victimario no se trató de un encuentro amistoso, amoroso o consensuado entre ambas partes.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juzgado de primer nivel procedió a otorgarle credibilidad al testimonio del ofendido “D.F.R.R.” porque ofreció un relato coherente y consistente sobre la agresión de la que fue víctima, en virtud de la cual el procesado, valiéndose de la fuerza física, lo asió de uno de sus brazos para introducirlo en una habitación, en donde, haciendo uso de la violencia moral consiguió doblegar la voluntad del agraviado a fin de que no ofreciera resistencia o alertara a las demás personas que estaban en el interior del inmueble.

Asimismo, en el fallo confutado se adujo que lo declarado por la víctima de una u otra forma resultó ser corroborado por el testimonio absuelto por la Sra. NRG, quien al abrir la puerta de la habitación encontró al ahora procesado subiéndose y abrochándose los pantalones, mientras que el adolescente se encontraba agachado.

De igual forma, al analizar lo atestado por las testigos NRG y MDSRG, el Juzgado *A quo* expuso que aquellas en muchos de sus dichos lo único que pretendían era desconocer, olvidar o desvirtuar los hechos al asumir que realmente no sucedió algo irregular o anómalo que tenían su génesis en pretéritos comportamientos en lo que de manera afín el procesado había incurrido con otros menores de edad, a lo que acosaba sexualmente, y de sus relaciones homosexuales con otros hombres, sobre lo cual hubo cierta tolerancia.

**LA ALZADA:**

La inconformidad expresada por la Defensa en la alzada, está relacionada con denunciar una serie de errores en los que en sentir de la recurrente incurrió el Juzgado *A quo* al momento de apreciar el acervo probatorio, por cuanto de las pruebas debatidas en el proceso no existía certeza sobre la ocurrencia de los hechos ni de la responsabilidad del proceso, en atención que de las mismas solamente manaban dudas que debieron haber sido capitalizadas en favor del procesado acorde con los postulados del principio del *in dubio pro reo*.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, la recurrente esgrimió los siguientes argumentos:

* La víctima era una persona que cuando ocurrieron los hechos era mayor de 14 años de edad, por lo que detentaba el derecho de la autodeterminación sexual, lo cual implicaba que era una obligación de la Fiscalía el demostrar que efectivamente el menor fue sometido a unos actos de violencia, lo cual no se acreditó ni se evidenció cuando el agraviado fue examinado por parte de los peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF).
* No existían razones plausibles para otorgarle credibilidad a lo atestado por el joven “D.F.R.R.” porque: a) Los hechos ocurrieron al interior de una residencia familiar en donde se celebraba un cumpleaños con la asistencia de numerosas personas, las cuales necesariamente tenían que transitar por el teatro de los acontecimientos; b) Es inverosímil el relato dado por la víctima, porque no es posible que una persona al mismo tiempo amedrente a alguien, se masturbe y obligue a otro para que se arrodille y forzarlo a que le practique una felación; c) Era factible que la víctima por su contextura física se opusiera a las pretensiones de quien intentaba someterlo sexualmente, pero no lo hizo ya que ni forcejeó ni gritó para alertar a los demás sobre lo que le sucedía.
* No se apreció en debida forma el testimonio de la Sra. NRG, quien no vio al procesado con el pene expuesto, ni cometiendo actos lúbricos en contra del menor ofendido, ya que solamente se percató del momento en el que el acusado se amarraba la correa del pantalón, lo cual no es suficiente para poder inferir un acto deshonroso que constituya un atentado en contra del interés jurídicamente protegido.

Acorde con lo anterior, la recurrente deprecó por la revocatoria del fallo opugnado, para que en su lugar se absuelva al procesado JAAP de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problemas Jurídicos:**

De lo dicho por la recurrente en la alzada, le corresponde a la Sala resolver como problema jurídico el siguiente:

¿Incurrió el Juzgado de primer nivel en yerros al momento de la apreciación del acervo probatorio, que le impidieron darse cuenta que las pruebas allegadas al proceso no cumplian a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del procesado JAAP, quien debió ser absuelto de los cargos por los que fue llamado a juicio acorde con los postulados que orientan el principio del *in dubio pro reo*?

**- Solución:**

Al efectuar un análisis de los reproches formulados por la Defensa en contra del fallo opugnado, observa la Sala que el eje central de la controversia gira en torno a determinar el grado de credibilidad que ameritaría el testimonio absuelto por el agraviado *“D.F.R.R.”*, y sí con base en lo dicho por el ofendido se lograba o no satisfacer los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que fuera posible proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado JAAP por incurrir en la presunta comisión del delito de acto sexual violento.

Para poder determinar sí en efecto el Juzgado de primer nivel incurrió o no en los yerros de valoración probatoria denunciados por la Defensa en la alzada, en un principio la Sala tendrá como hechos ciertos, por estar plenamente acreditados en el proceso, aunado a que los mismos han sido admitidos como validos por las partes, los siguientes:

* Para la época en la que ocurrieron los hechos, tanto el ofendido como el procesado se encontraban en el interior de un inmueble ubicado en la manzana A # 3 del barrio 5 de octubre de la ciudadela de Cuba, en una reunión familiar en la que celebraban el cumpleaños de un pariente.
* Para ese entonces el procesado, quien era menor de edad, tenía vínculos de afinidad con el ofendido, porque era el cónyuge de una tía de la víctima.
* El procesado y el ofendido fueron sorprendidos en el interior de una habitación ubicada en el 2º piso del inmueble, cuando el primero se encontraba ajustándose el pantalón y su correa, mientras que el segundo estaba agachado.
* El INMLCF, luego de examinar a la víctima, concluyó que a la misma no le encontraron huellas causadas por un trauma reciente que ameritara que se le dictaminara una incapacidad médico-legal.

Estando en claro cuáles son los hechos que no generan ningún tipo de discusión, el tópico que nos correspondería por esclarecer es determinar sí en el proceso existían o no suficientes elementos de juicio que lograban demostrar, de manera indubitable, que el procesado, valiéndose de la violencia, logro atentar en contra de la libertad e integridad sexual del entonces menor de edad *“D.F.R.R.”*.

Como respuesta al anterior interrogante, la Sala procederá a efectuar un análisis del testimonio absuelto en el juicio por la víctima *“D.F.R.R.”*, quien cuando compareció al juicio adveró lo siguiente:

* El día de los hechos se encontraba en el festejo del cumpleaños de una prima, al que asistieron como más de quince personas, pero que en horas de la madruga salió hacia un anden para hablar con unos amigos.
* Cuando iba de regreso a la fiesta, al pasar por el 2º piso del inmueble, se encontró con el entonces marido de su tía NRG, o sea el ahora procesado JAAP, quien lo sujetó violentamente del brazo y lo condujo hacia el interior de una habitación.
* Estando en el interior de la habitación, el Sr. JAAP lo obligó para que se arrodillara, ahí se sacó el asta viril y empezó a masturbarse en su presencia, mientras que le sujetaba la cabeza con el propósito de introducirle el pene en la boca.
* Todo duró como entre dos o tres minutos, hasta cuando en la habitación irrumpió su tía NRG, quien los estrujó, y luego se puso a llorar.
* No pudo gritar porque tenía miedo, ya que el procesado lo intimidó con darle un puñetazo, sumado a que había mucha bulla por la música de la fiesta.

Ahora, al efectuar un análisis de lo atestado por el ofendido “*D.F.R.R.”*, a fin de determinar cuál sería el grado de credibilidad que ameritarían sus dichos, la Sala tendrá en cuenta los criterios jurisprudenciales trazados por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que deben ser tenidos en cuenta por el fallador de instancia al momento de apreciar los testimonios rendidos por las víctimas de un delito sexual.

Así tenemos que la Corte ha expuesto lo siguiente:

“De esa manera... tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son:

a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones…”[[2]](#footnote-2).

Acorde con lo anterior, observa la Sala que no existen razones para poner en tela de juicio la credibilidad de los dichos de la víctima, por cuanto el agraviado ofreció un relato completamente contextualizado, claro e hilvanado, en el que diáfanamente narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos, los cuales no presentan visos de irracionalidad ni de inverosimilitud. Sumado a que el relato de la víctima en momento alguno puede ser catalogado como de ambiguo, incoherente, inexacto y contradictorio; e igualmente no se avizoran razones o motivos por las cuales el agraviado pretenda sindicar falazmente al procesado de hechos de semejante gravedad que nunca ocurrieron.

De igual manera, la Sala no puede pasar por alto que en el proceso existen pruebas que de una u otra forma corroboran lo atestado por el ofendido “D.F.R.R.”, entre las cuales descolla el testimonio rendido por la Sra. NRG, quien a regañadientes le tocó admitir que en efecto cuando bajó al 2º piso del inmueble en busca de un lápiz labial para retocarse, vio que una de las habitaciones tenía la luz encendida y que la puerta estaba ajustada, y al abrir la puerta encontró a su exesposo JAAP como terminándose de subirse el pantalón y ajustándose la correa, mientras que su sobrino “D.F.R.R.” se encontraba frente de él, agachado y arrecostado a la pared.

La Sala asevera que la testigo NRG reconoció a *regañadientes* lo que en ultimas Ella terminó declarando en el juicio, porque en un principio pretendió dar una declaración diversa, mediante la cual dio a entender que nunca los vio haciendo nada, y que todo fue producto de un malentendido, pero cuando la Fiscalía acudió a una entrevista previa que Ella había rendido con el fin de que refrescara memoria, ahí, casi de mala gana, le tocó admitir que en efecto sorprendió al procesado en el momento en el que se acomodaba sus prendas de vestir, mientras que su sobrino se encontraba agachado en frente de él.

Por otra parte, pese a que es cierto que los peritos del INMLCF concluyeron que luego de examinar a la víctima no le encontraron huellas de un trauma reciente que ameritara que se le dictaminara una incapacidad médico-legal, ello no quiere decir, como lo reclama la apelante, que en el proceso no se demostró el elemento violencia, el cual se constituye en uno de los requisitos indispensables para la adecuación típica del delito de acto sexual violento.

Lo anterior lo decimos por lo siguiente:

* Según el testimonio de la médico forense ADRIANA JANETH MENDOZA, al explicar el por qué al ofendido no se le encontraron en su cuerpo huellas recientes de violencia física, adveró que ello posiblemente se debió a que cuando el agraviado fue sujetado por el brazo, la persona que desplegó esa acción no la hizo con la suficiente fuerza y presión que conllevara a causar unas equimosis en la dermis que surgiría como consecuencia del rompimiento de los capilares.
* Del testimonio de la víctima se extrae que el procesado se valió de una combinación de violencia física y moral para poder desplegar sus apetitos concupiscentes sobre el agraviado, ya que la primera se presentó cuando fue jalonado del brazo, y la segunda a partir del momento en el que el procesado lo intimidó con propinarle un puñetazo para que guardara silencio.

En suma, para la Sala no existe duda alguna que el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciadas por la apelante, por cuanto el Juzgado *A quo* valoró de manera correcta las pruebas debatidas en el juicio, las cuales cumplían a cabalidad con todos los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que en contra del procesado JAAP pudiera ser posible el poder proferir una sentencia condenatoria.

Como consecuencia de lo anterior, la Colegiatura confirmara la sentencia opugnada en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por la apelante, pero de igual manera modificará el contenido de dicha decisión en lo que tiene que ver con el delito por el cual se declaró la responsabilidad penal del procesado JAAP, la que no correspondería al reato por el cual el susodicho fue acusado por la Fiscalía, o sea el injusto de acto sexual violento, sino por el punible de tentativa de acceso carnal violento.

Decimos lo anterior porque la Sala considera que en el presente asunto la Fiscalía incurrió en una errónea calificación jurídica dada a los hechos jurídicamente relevantes, los cuales no se adecuarían en el delito de acto sexual violento, sino en el de tentativa de acceso carnal violento, porque acorde con el escenario de lo acontecido y de lo demostrado en el juicio, en especial del testimonio de la víctima, claramente se tiene que la intención final del procesado no era la de manosear, mediante el empleo de la violencia, las partes pudendas del ofendido, sino la de accederlo carnalmente en contra de su voluntad al obligarlo a que le practicara una felación[[3]](#footnote-3), pero no pudo lograr su propósito, por circunstancias ajenas a su voluntad que incidieron para que no pudiera satisfacer su apetitos lujuriosos, lo que se debió a que esa faena lubrica resultó interrumpida como consecuencia de la intervención de la Sra. NRG, quien prácticamente sorprendió al procesado con *las manos en la masa*.

Para poder llegar a la anterior conclusión, es necesario que lo acontecido sea visto dentro de un contexto de unidad de acción, según el cual los actos lujuriosos previos perpetrados por el procesado se encuentran inescindiblemente ligados a los fines que el perpetrador perseguía obtener, constituyéndose entre ellos una especie de acción única.

Cuestión distinta sería que acorde con el contexto fáctico de lo aconteció fuera posible escindir los actos previos de los finales, generando de esa forma un coctel de diferentes acciones, lo cual, como se sabe, nunca ocurrió en el presente asunto, porque todo aconteció dentro de un mismo y único contexto cronológico de acción, en virtud del cual los supuestos manoseos lujuriosos que el procesado le efectuó a la víctima y el fin o propósito lascivo que se pretendía obtener con ellos hacían parte de una misma conducta, como consecuencia de la inescindible relación de medio a fin habida entre ambos.

Al estar demostrado que la Fiscalía incurrió en un yerro en la calificación jurídica dada a los hechos, es factible que la Judicatura pueda variar la calificación jurídica y proferir una sentencia acorde con esa nueva realidad sin que ello implique una vulneración del principio de la congruencia ni del debido proceso porque la calificación jurídica que en la acusación se le da a los hechos no es pétrea ni absoluta, sino que por el contrario es de naturaleza provisional y maleable, lo que implica que pueda ser variada por la Judicatura en la sentencia, sin que ello, como se dijo, pueda conllevar una vulneración del principio de la congruencia.

Para que lo anterior pueda suceder, acorde con lo dicho por la Corte, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“El juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes…”[[4]](#footnote-4).

Por lo tanto, una vez que estén satisfechos dichos requisitos, la Colegiatura puede válidamente proferir una sentencia en la cual es factible declarar la responsabilidad criminal de un Procesado por incurrir en la comisión de un delito diferente de aquel por el cual fue acusado por la Fiscalía, como bien lo destacó la Corte en los siguientes términos:

“Según lo ha definido la Sala, es procedente variar la calificación jurídica para condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, a condición de que la nueva conducta corresponda al mismo género, la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, siendo la inmutabilidad de los hechos presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa….”[[5]](#footnote-5).

Al aplicar lo anterior al caso *subexamine*, para la Sala no existe duda alguna que se cumplen a cabalidad con todos los requisitos para que en el fallo opugnado se pudiera variar la calificación jurídica que en la acusación se le dieron a los hechos, sin que implique una vulneración del principio de la congruencia, porque: a) No se afectaría el núcleo fáctico de la acusación, el cual en su esencia siguió siendo el mismo; b) Los delitos corresponden al mismo bien jurídico protegido; c) El delito de tentativa de acceso carnal violento es un reato de menor entidad punitiva que el reato de acto sexual violento, porque mientras que el primero es sancionado con una pena que oscila entre seis y los quince años de prisión, el segundo es reprimido con una pena de ocho a dieciséis años de prisión; e) No se avizora desmedro alguno para los derechos de las partes e intervinientes.

Siendo así las cosas, la Sala modificara el fallo opugnado, en el sentido de establecer que el juicio de responsabilidad penal pregonado en contra del procesado JAAP no lo es por el delito de acto sexual violento, sino por el punible de tentativa de acceso carnal violento.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala redosificará las penas impuestas al procesado JAAP, y siguiendo los derroteros trazados por el Juzgado de primer nivel: a) Acudiría al primer cuarto de punibilidad, el que oscilaría entre 06 hasta 8.25 años de prisión; b) Al individualizar la pena no partirá de la pena mínima, o sea la de 72 meses de prisión, sino que, al igual que hizo el Juzgado *A quo,* a dicha pena se le adicionara cuatro meses más, para de esa forma arrojar una pena efectiva a imponer de 76 meses de prisión.

Igual situación acontecerá con la redosificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la que acorde con lo consignado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. se tiene que esa pena debe corresponder a un tiempo igual al de la pena de prisión sin exceder el tope de los 20 años, y como quiera que en el presente asunto la pena de prisión impuesta al Procesado fue de 76 meses de prisión, ello nos quiere decir que la pena accesoria de marras deberá ser por ese mismo periodo.

Por otra parte en lo que concierne con el reconocimiento de subrogados y sustitutos penales, vemos que como consecuencia del monto de la pena de prisión impuesta al acriminado no se cumplen con los requisitos objetivos exigidos para la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Igualmente observa la Sala que el delito por el cual se declaró el compromiso penal del acriminado se encuentra dentro del listado de reatos consagrado en el artículo 68A C.P. para los cuales está prohibida la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, a lo que se le debe sumar que la víctima de los hechos era menor de edad, por lo que operarían los prohibiciones consagradas en el artículo 199 de la Ley # 1.098 de 2.006 o código de la infancia y de la adolescencia.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la celebración de la audiencia para enterar a las partes e intervinientes de lo resuelto y decidido mediante el presente proveído, la Sala se abstendrá de hacerlo como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo # 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, por lo que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo # 806 de 2.020[[6]](#footnote-6).

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR**, en todo aquello que fue objeto del recurso de apelación interpuesto por la Defensa, la sentencia condenatoria proferida en contra del procesado JAAP en las calendas del 30 de agosto de 2.019 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento.

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sentencia proferida el 30 de agosto de 2.019 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, con funciones de conocimiento, en lo que tiene que ver con el delito por el que se declaró la responsabilidad penal del procesado JAAP, el cual correspondera al reato de tentativa de acceso carnal violento.

**TERCERO:**  **REDOSIDIFCAR** las penas que el procesado JAAP debe purgar como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal, las cuales corresponderian a la pena principal de 76 meses de prisión[[7]](#footnote-7), y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un termino similar.

**CUARTO: DISPONER** como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo # 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, que la notificación de la presente providencian se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo # 806 de 2.020.

**QUINTO: DECLARAR** que en contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casacion, el cual debera ser interpuesto y sustentado por los legitimados a recurrir dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. La Sala, teniendo en cuenta el contexto de lo acontecido, el cual, según lo dicho por la Fiscalía, está circunscrito a un escenario de violencia sexual, pese a que en la actualidad el ofendido es mayor de edad, considera pertinente anonimizar el nombre y la identidad de la víctima, acorde con lo regulado en el # 1º del artículo 13 de la Ley # 1719 de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 17de febrero de 2021. SP401-2021. Rad. # 55833. [↑](#footnote-ref-2)
3. Lo que se debe entender como acceso carnal, acorde con lo establecido en el artículo 212 C.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 15 de agosto de 2.018. SP3379-2018. Rad. # 50890. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de agosto de 2.018. SP3580-2018. Rad. # 46227. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-5)
6. En tal sentido se puede consultar la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2.020 por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.), dentro del Rad. # 58318. AP3042-2020, así como lo resuelto por la C.S.J. Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas #1, en la Sentencia del 24 de agosto 2021. STP10780-2021. Rad. # 118709, en las cuales se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto # 806 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-6)
7. Que equivaldrá a 06 años y 04 meses de prisión. [↑](#footnote-ref-7)