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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 01 de diciembre de 2017

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 66001000036201200832 01

Procesado: RODRIGO GARCÍA URREA

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: TENTATIVA DE ACTO SEXUAL VIOLENTO AGRAVADO.** [C]onsidera la Colegiatura que en el fallo opugnado no se incurrieron en los yerros de apreciación probatoria denunciados por la apelante, y que por el contrario las pruebas aducidas en al juicio por parte del Ente Acusador si satisfacían los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado RODRIGO GARCÍA URREA, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio. Siendo así las cosas, la Sala procederá a confirmar el fallo opugnado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado por acta # 1320 del 30 de noviembre de 2017. H: 1:20 p.m.

Pereira, primero (1º) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:57 a.m.

Procesado: RODRIGO GARCÍA URREA

Delito: Tentativa de acto sexual violento agravado

Radicación # 66001000036201200832 01

Procede: Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira

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

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del nueve (9) de septiembre del 2014 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **RODRIGO GARCÍA URREA**, por incurrir en la presunta comisión del reato de tentativa de acto sexual violento agravado.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura acaecieron en esta municipalidad a eso de las 08:00 horas del 13 de febrero del 2.012, en el barrio Monserrate, al interior del inmueble identificado con la nomenclatura urbana de la manzana 24 # 72, y están relacionados con una agresión de tipo erótico-sexual a la que fue sometida la menor “M.A.U*.M.”* de once años de edad para ese entonces, por parte del ahora Procesado RODRIGO GARCÍA URREA.

Según se dice en el libelo acusatorio, a la vivienda antes aludida, en la cual se encontraba la menor “M.A.U*.M.*” en compañía de su hermana *“K.U.M”* de nueve años de edad, llegó el Sr. RODRIGO GARCÍA URREA, quien mediante argucias consiguió ingresar a la misma. Después de haber ingresado a dicha residencia, RODRIGO GARCÍA le pidió a la niña *“K.U.M”* que fuera hacia la tienda a comprar una hogaza de pan, y una vez que se encontraba a solas con la joven “M.A.U*.M.*”, intentó manosearla en sus partes pudendas, lo que suscitó entre ambos un forcejeo, en el cual a la menor le desgarraron la blusa con la que estaba vestida debido a que fue zarandeada y arrastrada por parte de GARCÍA URREA, quien pretendía montarla en una cama.

La situación no llegó a mayores extremos, debido a que RODRIGO GARCÍA URREA se vio forzado a abandonar el inmueble ante la presencia de una vecina que al parecer se percató de lo que ahí acontecía.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 6 de mayo del 2.013, ante el Juzgado 5º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado RODRIGO GARCÍA URREA, también se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tentativa de acto sexual violento agravado. En dichas vistas públicas al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 11 de julio del 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 25 de julio de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos a RODRIGO GARCÍA URREA como presunto autor del reato de tentativa de acto sexual violento agravado, tipificado en los artículos 27, 206, 211, # 4º y 5º, del Código Penal.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 22 de octubre del 2.013, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró entre el 23 y el 24 de abril del 2.014, en la cual, una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones se emitió el sentido del fallo el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente el 9 de septiembre del 2.014 se dictó la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 9 de septiembre del 2.014 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado RODRIGO GARCÍA URREA, por incurrir en la presunta comisión del reato de tentativa de acto sexual violento agravado.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado RODRIGO GARCÍA URREA fue condenado a purgar una pena de 64 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo al procesado de marras se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la concesión de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por la Juzgadora de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado RODRIGO GARCÍA URREA, se fundamentaron en establecer que las pruebas habidas en el proceso satisfacían los presupuestos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del acusado, por lo siguiente:

* Se debe conceder absoluta y total credibilidad al testimonio rendido por la víctima “M.A.U*.M.*” respecto a que el Procesado pretendió realizar con ella unos actos sexuales sin su consentimiento, para lo que procedió a agredirla físicamente, pero que no pudo lograr su cometido por circunstancias ajenas a su voluntad.
* Existían elementos de juicio con los cuales se demostraba que las intenciones del Procesado no eran otra diferente que la de pretender satisfacer su libido con la menor “M.A.U*.M.*”, pero que no lo pudo lograr por circunstancias ajenas a su voluntad.
* Lo dicho por la menor “M.A.U*.M.*” es ratificado por los testimonios absueltos por SANDRA PATRICIA RAMÍREZ y la menor KATHERINE CORREA MEJÍA, con los cuales, respectivamente, se demostraba la presencia del acusado en el sitio de los hechos, como logro ingresar al inmueble, el estado emocional en el cual se encontraba la victima después de lo acontecido, y la presencia de huellas de violencia en su cuerpo.
* Con el testimonio rendido por el psicólogo, se acreditó que el relato dado por la victima de lo acontecido, debía ser considerado como lógico y coherente.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada se fundamentó en proponer la tesis consistente en que en el presente asunto con las pruebas aducidas al proceso la Fiscalía no logró demostrar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad criminal endilgada en contra del Procesado RODRIGO GARCÍA URREA, aunado a que en se estaba en presencia de una conducta atípica debido a que el acusado en momento alguno exteriorizó la voluntad de querer agredir sexualmente a la menor agraviada.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, la recurrente adujo lo siguiente:

* No es cierto que el Procesado para lograr acceder a la vivienda de la ofendida haya imitado la voz de su padre, lo cual era algo innecesario debido a que RODRIGO GARCÍA era una persona ampliamente conocida por la agraviada, a lo que se le debe sumar que acorde con lo dicho por una de las menores, lo que tuvo ocurrencia fue una especie de confusión, debido a que Ellas creyeron que la voz del acusado se le parecía a la de su padre.
* Se ha distorsionado el comportamiento del Procesado cuando procedió a enviar a la menor *“K.U.M”* a la tienda para que comprara una hogaza de pan, lo cual fue un acto de buena fe del Procesado que tenía como único propósito el compartir algo con las menores.
* Se tergiversó las declaraciones de la menor ofendida, de cuyo contenido se extracta que el Procesado nunca la manoseo ni o pretendió tocarla o besarla, o le dijo que quería violarla.
* No se tuvo en cuenta pruebas que desvirtuaban lo dicho por la agraviada respecto a que el Procesado le rasgó o arrancó la blusa, lo cual no obtiene eco en lo atestado por SANDRA PATRICIA RAMÍREZ, quien adujo que cuando acudió a la casa de la ofendida, la vio con la blusa puesta.
* No es indicativo de intenciones sexuales del Procesado el simple hecho de que haya sido visto sin camisa, porque en un ambiente de verano es común que los hombres de descamisen cuando llegan a su casa.

Con base en todo lo anterior, la apelante solicitó la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia se absolviera al Procesado RODRIGO GARCÍA URREA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Con las pruebas aducidas al proceso por parte de la Fiscalía, se cumplían con todos los presupuestos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado RODRIGO GARCÍA URREA, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio?

**- Solución:**

La tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada interpuesta en contra del fallo confutado, se fundamenta en denunciar una serie de yerros en los que en su sentir se incurrió en la apreciación del acervo probatorio, los que incidieron para que se considerara que las pruebas aducidas al juicio por parte del Ente Acusador satisfacían los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del encausado, cuando ello no era así. Según la recurrente, los yerros de apreciación probatoria en los que en su sentir se incurrió por parte del Juzgado *A quo* en la apreciación del caudal probatorio serían los siguientes:

* La tergiversación y distorsión del testimonio rendido por la ofendida, de cuyos dichos se desprende que el Procesado en momento alguno la manoseó, toqueteó o intentó abusar sexualmente de ella.
* Del contenido de las pruebas no se demostró las intenciones libidinosas o lujuriosas del Procesado, lo cual tornaba en atípica la conducta endilgada en su contra.
* No es cierto que el Procesado se haya valido de argucias o de triquiñuelas para poder lograr ingresar al inmueble en donde se encontraba la menor ofendida.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por la apelante ya que en momento alguno se incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por la recurrente, si nos atenemos a lo siguiente:

* Es cierto que si nos atenemos al testimonio rendido por la menor *“M.A.U.M.”*, del contenido de su declaración se tiene que en efecto Ella en momento alguno fue manoseada o toqueteada en sus partes pudendas por el Procesado, pero de igual forma del contenido de dicha prueba también se extracta diamantinamente que el Procesado no la manoseó en sus *partes privadas*, debido a que Ella se opuso al accionar del acusado, suscitándose entre Ellos un forcejeo, en el cual, según el decir de la testigo, el Procesado la sacudió y arrastró por el suelo de la habitación.

Es de anotar que los dichos de la joven “M.A.U.M.” en el sentido que fue víctima de una agresión física efectuada por RODRIGO GARCÍA URREA, de una u otra forma obtienen eco en lo declarado por la también testigo SANDRA PATRICIA RAMÍREZ, quien en su calidad de vecina de la menor agraviada, adveró que esa mañana en el inmueble de sus vecinos escuchó un estruendo, como si alguien estuviera peleando y sintió como si amordazaran a una de las niñas. Y como quiera que no obtuvo respuesta cuando preguntaba por lo que pasaba, procedió a tocar a la puerta de la habitación, y en ese instante vio salir corriendo a un sujeto con la camisa al hombro, mientras que en el interior de la vivienda, el cual estaba todo revolcado, se encontraba llorando la niña, la que presentaba unos arañazos y moretones en el cuello.

Por lo tanto, la Sala concluye que en el presente asunto estaba demostrado que si bien es cierto que el Procesado en momento alguno *toqueteó* a la menor “M.A.U.M.”, ello se debió a que Ella no permitió esos lascivos manoseos y como consecuencia de su oposición a los mismos terminó siendo víctima de una agresión en contra de su integridad física.

* Los delitos que amparan el interés jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales consagran en su descripción típica un ingrediente subjetivo, en virtud del cual el sujeto agente debe actuar con la intención o el propósito de querer satisfacer su libido o lujuria. Por lo que es obvio que la conducta seria atípica en aquellos eventos en los cuales no se logre acreditar la existencia de dicho ingrediente subjetivo o cuando el ánimo del sujeto agente sea otro diverso que el de satisfacer su lujuria.

En el presente asunto, contrario a lo aducido por la apelante, si existían suficientes elementos de juicio que demostraban que el Procesado actuó con intenciones lujuriosas cuando agredió físicamente a la menor “M.A.U.M.”, debido a que si nos atenemos al testimonio de la agraviada se tiene que cuando forcejeaba con el acusado, dicho sujeto pretendía encamarla o llevarla hacia la cama, lo que para la Sala es indicativo del propósito libidinoso del Procesado, si partimos de la base que la cama es el escenario idóneo utilizado por muchas personas para sostener relaciones carnales, tanto es así que lo que acontece en ella en tales condiciones es conocido como *encamamiento.*

Es más, si analizamos lo acontecido en su contexto, se puede decir que la intención del Procesado no era la de llevar a la cama a la ofendida para jugar a las cosquillas o darle un ósculo mañanero, ni mucho menos para protagonizar una guerra de almohadas, porque de ser algunas de esas las verdaderas intenciones del Procesado, no existía razón alguna para que se valiera de la agresión física como herramienta para conseguir encamar a la ofendida.

Ahora bien, si analizamos lo dicho por la ofendida en consonancia con lo atestado por la menor “*K.U.M.”*, se tiene que cuando el Procesado ingresó a la vivienda, además de quitarse la camisale dio a la niña “K.U.M.” la suma de mil pesos para que fuera a comprar un pan en una panadería que estaba a varias cuadras de distancia.

Tal situación permite inferir que el Procesado, además de ponerse cómodo al descamisarse, pretendió quedarse a solas con la menor con la intención de poder llevar a cabo sus oscuros propósitos, lo cual es algo propio y característico de los delitos sexuales, los que han sido catalogados por la criminología como delitos de alcoba, en los que el perpetrador, en la gran mayoría de los casos, se aprovecha de la intimidad en la que se desarrollan tales eventos, así como la ausencia de miradas indiscretas, o la vulnerabilidad o la excesiva confianza de las víctimas, para de esa forma saciar su libido con ventaja, sobreseguro y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad.

Incluso, si a todo lo anterior le sumamos lo atestado por la testigo SANDRA PATRICIA RAMÍREZ, quien expuso que cuando se dirigió al inmueble en donde residía la menor ofendida a fin de averiguar que pasaba con Ella, al llegar a la puerta se dio cuenta de cómo un individuo salió de ahí corriendo y sin camisa, tal evento nos hace colegir que si el Procesado no le estaba haciendo nada indebido o impropio a la menor “M.A.U.M.” no existía razón plausible alguna que justificara el por qué salió huyendo de ese lugar.

* Es cierto, como lo reclama la apelante que en el proceso no se logró demostrar que el Procesado haya ingresado al inmueble de la menor ofendida con argucias o triquiñuelas, ya que si nos atenemos a lo dicho por la infante “K.U.M.” se tiene que lo que en verdad aconteció fue que Ella se confundió al creer erróneamente que la voz de quien llamaba a la puerta correspondía a la de su abuelo, razón por la que procedió a abrir la puerta.

Pero es de anotar que tal situación no desvirtúa el acervo probatorio ya que ni le quita ni le pone en nada a lo que en verdad le sucedió en el interior del inmueble a la menor “M.A.U.M.” después que el Procesado estuvo dentro del mismo.

Con base en lo anterior, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

* En el proceso si existían elementos de juicio que de una u otra forma abonaban la credibilidad de lo dicho por la menor “M.A.U.M.” en contra del Procesado RODRIGO GARCÍA URREA, en el sentido de que el acusado pretendió abusar sexualmente de ella, pero que no lo pudo conseguir porque se interpusieron circunstancias ajenas a la voluntad del perpetrador.
* Estaba demostrado que las intenciones lujuriosas y libidinosas del Procesado RODRIGO GARCÍA URREA, pero que no pudo hacer realidad tales deseos ante la oposición presentada por su víctima, lo que suscitó que Ella fuera víctima de una agresión en contra de su integridad física por parte del acusado.
* En momento alguno en la apreciación del acervo probatorio se distorsionó o tergiversó lo declarado por la menor “M.A.U.M.” ya que sus dichos fueron apreciados dentro del contexto de lo que Ella atestó en el juicio.

A modo de corolario, considera la Colegiatura que en el fallo opugnado no se incurrieron en los yerros de apreciación probatoria denunciados por la apelante, y que por el contrario las pruebas aducidas en al juicio por parte del Ente Acusador si satisfacían los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado RODRIGO GARCÍA URREA, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Siendo así las cosas, la Sala procederá a confirmar el fallo opugnado.

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** la sentencia proferida en las calendas del nueve (9) de septiembre del 2014 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **RODRIGO GARCÍA URREA**, por incurrir en la presunta comisión del reato de tentativa de acto sexual violento agravado.

**SEGUNDO:** Declarar que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**