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

**ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS / NIEGA DETENCIÓN DOMICILIARIA / DIFERENCIAS CON EL SUBROGADO PENAL DE PRISIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA / CONFIRMA /**

“…sea lo primero decir que entre la pena de prisión domiciliaria y la medida de aseguramiento de detención domiciliaria existen unas diametrales diferencias que las tornan incompatibles y que por ende impiden que la detención domiciliaria se puede mutar en prisión domiciliaria, por lo siguiente:

La detención domiciliaria opera es en la fase de la definición de situación jurídica y por ser una medida de aseguramiento se rige por los principios de justificación y necesidad; mientras que la prisión domiciliaria se da es en la etapa de la sentencia y por detentar la condición de pena se orienta por los principios de protección, prevención general, prevención especial y retribución justa.

Por ser la prisión domiciliaria una pena y la detención domiciliaria una medida de aseguramiento, acorde con lo establecido en el artículo 38 C.P. y el artículo 314 C.P.P. son completamente diferentes los requisitos requeridos para la procedencia de cada una de ellas.”

(…)

A lo anterior se hace necesario aunar que los delitos por los que se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ, los cuales se refieren a una serie de atentados de tipo erótico-sexual perpetrados en contra de unos menores de edad, se tiene que por la punibilidad con la que es sancionado el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y por la condición de minoría de edad de las víctimas, acorde con lo consignado en el artículo 199 de la ley 1.098 de 2.006 y el artículo 68A C.P. dicho reato, por expresa prohibición legal, no sería susceptible de la pena de la prisión domiciliaria.

(…)

Aspecto que no puede pasar por alto la Colegiatura es que del contenido de los reproches formulados por el recurrente se avizora que en esencia lo que en verdad pretende es que como consecuencia de las aflicciones psiquiátricas y psicológicas que lo aquejan, por las que al parecer está siendo sometido a un tratamiento médico, se le reconozca en su favor el subrogado penal de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave consagrado en el artículo 68 C.P. Pero la Sala, compartiendo lo expresado por la A quo, es de la opinión que al momento de proferir el fallo de 1ª instancia, no se cumplían con los requisitos requeridos para la procedencia de ese subrogado penal, los cuales serían los siguientes:

La demostración de que al condenado o procesado lo aqueja una enfermedad grave que se torne incompatible con la vida en reclusión.

Que la prueba con la cual se demuestre la existencia de la aludida enfermedad grave, provenga de un dictamen proferido por un médico legista especializado.

Como conclusión, se tiene la consistente en que no le asiste la razón a los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, no quedándole a la Sala otra opción diferente que la de confirmar lo decidido por la A quo en la sentencia opugnada.

**Citación jurisprudencial:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 31 de marzo de 2008. Rad. # 29082. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

---------------------------------------------------------------

**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 mediante acta # 996 del 31 de octubre de 2016. H: 8:50 a.m.

Pereira, treintaiuno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 10:00 a.m.

Procesado: JOHNATAN ANDRÉS FLÓREZ RODRÍGUEZ

Delitos: Actos sexuales con menor de 14 años

Rad. # 660016000036201203649-01

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 resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procesado **JOHNATAN ANDRÉS FLÓREZ RODRÍGUEZ** en contra de la sentencia proferida en las calendas del tres (3) de octubre hogaño por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta localidad, con Funciones de Conocimiento, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal del aludido encausado por incurrir en la comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se tiene que los hechos que concitan nuestra atención, ocurrieron en esta municipalidad, en la calle 42 del barrio *“Los Constructores”,* durante el periodo comprendido entre los años 2.011 y 2.012, en el cual el ahora Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ, para ese entonces de 20 años de edad, en diversas ocasiones llevó a cabo con varios niños de esa vecindad de aproximadamente entre 10 a 11 años de edad, una serie de actos de tipo erótico-sexual, tales como exhibirles el asta viril, masturbarse delante de ellos, indicarles cómo debían masturbarse, practicarles felaciones, manosearlos en sus partes pudendas, etc….

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado 4º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira el día 29 de mayo de 2013, en las cuales se le imprimió legalidad a la orden de captura librada en contra de JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ, a quien se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo. Posteriormente al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria con mecanismo de vigilancia electrónica.
2. Una vez presentado el escrito de acusación, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Pereira, el cual adelantó la audiencia de Formulación de Acusación el 10 de septiembre de 2.013 y la audiencia preparatoria el 21 de noviembre de esa anualidad.
3. El juicio oral, después de una serie de aplazamientos efectuados por la Defensa, se llevó a cabo el 27 de junio de los corrientes, vista en la cual el acusado se allanó a los cargos que se le endilgaron en su contra en la acusación, lo cual fue avalado por la Jueza de la Causa. Posteriormente, después de haberse efectuado la audiencia de individualización de penas y sentencia, el día 3 de octubre de los corrientes se profirió el correspondiente fallo condenatorio en cuya contra se alzó de manera oportuna el Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida en las calendas del tres (3) de octubre hogaño por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, con Funciones de Conocimiento, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ por incurrir en la comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo, quien fue condenado a purgar una pena de 144 meses de prisión.

De igual forma, en dicho fallo al aludido encausado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ no se le reconoció sustitutos ni subrogados penales, razón por la que se ordenó su inmediata reclusión en un establecimiento carcelario.

Los argumentos expuestos por la Jueza *A quo* para poder proferir la correspondiente sentencia condenatoria se fundamentaron en la decisión del Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ de allanarse a los cargos que le fueron endilgados en la acusación, aunado a los demás elementos probatorios aducidos por el Ente Acusador, los cuales demostraban tanto la ocurrencia de los hechos como la responsabilidad criminal del acusado.

**LA ALZADA:**

En contra del fallo condenatorio se alzó de manera oportuna el Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ, quien como tesis de su discrepancia propuso no estar de acuerdo con la revocatoria de la medida de detención domiciliaria que le había sido impuesta, por lo que en su sentir tal medida se debe conservar para así asegurar el éxito de los tratamientos psicológicos y psiquiátricos a los cuales está siendo sometido como consecuencia de las diversas aflicciones de ese tipo que lo aquejan, lo que implicaba que como consecuencia de las condiciones en las que se encontraba, no podía purgar una pena tan alta recluido en un establecimiento penitenciario.

**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 y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida de primera instancia por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual manera no se avizora la ocurrencia de cualquier tipo de irregularidad que de una u otra forma haya viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del apelante, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Procedió de manera atinada la Jueza de primer nivel, cuando, a pesar de que el Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ se encontraba en detención domiciliaria, decidió revocar dicho estatus para poder hacer efectiva la pena de prisión intramural que le fue impuesta como consecuencia de lo resuelto y decidido en el fallo opugnado?

**- SOLUCIÓN:**

Para poder solucionar el problema jurídico propuesto por el recurrente en la alzada, el cual tiene que ver con la prórroga, en la fase de ejecución de la sentencia, de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria que le fue impuesta al Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ cuando se le definió la situación jurídica, para de esa forma darle un tratamiento de prisión domiciliaria a la aludida medida de aseguramiento, sea lo primero decir que entre la pena de prisión domiciliaria y la medida de aseguramiento de detención domiciliaria existen unas diametrales diferencias que las tornan incompatibles y que por ende impiden que la detención domiciliaria se puede mutar en prisión domiciliaria, por lo siguiente:

* La detención domiciliaria opera es en la fase de la definición de situación jurídica y por ser una medida de aseguramiento se rige por los principios de justificación y necesidad; mientras que la prisión domiciliaria se da es en la etapa de la sentencia y por detentar la condición de pena se orienta por los principios de protección, prevención general, prevención especial y retribución justa.
* Por ser la prisión domiciliaria una pena y la detención domiciliaria una medida de aseguramiento, acorde con lo establecido en el artículo 38 C.P. y el artículo 314 C.P.P. son completamente diferentes los requisitos requeridos para la procedencia de cada una de ellas.

Sobre las diferencias habidas entre los antes aludidos institutos y al tratamiento que se le debe dar a una persona que se encuentre en detención domiciliaria al momento de proferir sentencia, la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Se colige que en el momento de dosificar la pena, el Juez no pude conceder la prisión domiciliaria, cuando la sentencia se dicte por alguna conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea mayor de cinco (5) años de prisión *(artículo 38 del Código Penal, Ley 599 de 2000)*.

Lo anterior porque frente a las delincuencias juzgadas con el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, en materia de *prisión domiciliaria*, también se debe tener en cuenta el artículo 38 del Código Penal, precepto que no fue derogado como ha entendido algún sector de la doctrina, por una supuesta interpretación favorable de los artículos 314 *(sustitución de la detención preventiva)* y 461 *(sustitución de la ejecución de la pena)* del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004”. (Subraya la Sala).

Así las cosas, en el momento de adoptar sentencia el juez se ocupa de la concesión de la *prisión domiciliaria*, no de la *detención domiciliaria,* y para efectos de determinar si aquélla es viable, debe analizar si se reúnen los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 38 del Código Penal. Si no se cumplen los primeros, es innecesario detenerse en los segundos.

De manera que la aplicación del artículo 38 del Código Penal, y concretamente del requisito objetivo por parte del Tribunal, no fue equívoca sino acertada. En el asunto *sub examine* la prisión domiciliaria no resulta procedente porque no se satisface el requisito objetivo allí previsto, dado que el delito por el cual fue condenado Gómez Pinzón fue el de homicidio, reprimido con pena de prisión mínima de 208 meses…….”[[1]](#footnote-1).

A lo anterior se hace necesario aunar que los delitos por los que se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ, los cuales se refieren a una serie de atentados de tipo erótico-sexual perpetrados en contra de unos menores de edad, se tiene que por la punibilidad con la que es sancionado el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y por la condición de minoría de edad de las víctimas, acorde con lo consignado en el artículo 199 de la ley 1.098 de 2.006 y el artículo 68A C.P. dicho reato, por expresa prohibición legal, no sería susceptible de la pena de la prisión domiciliaria.

Siendo así las cosas, concluye la Sala que la Jueza de primer nivel estuvo atinada en el fallo opugnado cuando en el mismo decidió no mutar por prisión domiciliaria la medida de aseguramiento de detención domiciliaria que en pretérita ocasión le había sido impuesta al Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ, siendo la prisión intramural la única pena a imponer al procesado de marras como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal.

Aspecto que no puede pasar por alto la Colegiatura es que del contenido de los reproches formulados por el recurrente se avizora que en esencia lo que en verdad pretende es que como consecuencia de las aflicciones psiquiátricas y psicológicas que lo aquejan, por las que al parecer está siendo sometido a un tratamiento médico, se le reconozca en su favor el subrogado penal de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave consagrado en el artículo 68 C.P. Pero la Sala, compartiendo lo expresado por la *A quo*, es de la opinión que al momento de proferir el fallo de 1ª instancia, no se cumplían con los requisitos requeridos para la procedencia de ese subrogado penal, los cuales serían los siguientes:

* La demostración de que al condenado o procesado lo aqueja una enfermedad grave que se torne incompatible con la vida en reclusión.
* Que la prueba con la cual se demuestre la existencia de la aludida enfermedad grave, provenga de un dictamen proferido por un médico legista especializado.

Como conclusión, se tiene la consistente en que no le asiste la razón a los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, no quedándole a la Sala otra opción diferente que la de confirmar lo decidido por la A quo en la sentencia opugnada.

En mérito de todo lo antes 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 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, con Funciones de Conocimiento, en las calendas del tres (3) de octubre hogaño en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad criminal del Procesado JOHNATAN ANDRES FLÓREZ RODRÍGUEZ por incurrir en la comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo.

**SEGUNDO:** Declarar que en contra del fallo de segunda instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 31 de marzo de 2008. Rad. # 29082. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.**  [↑](#footnote-ref-1)