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 – 28 de abril de 2017

Proceso: Penal – Confirma parcialmente sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66001-6000-035-2015-02240-01

Procesado: JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA (A) “PAPA NOEL”

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS.** “[L]e asiste razón a las recurrentes en punto de que se hace necesario, en aras de proteger tanto los derechos del menor J.A.C.A., víctima dentro de este proceso, como de los demás menores y hasta en salvaguarda de la integridad del señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, proceder a revocar la decisión de suspender la medida de seguridad impuesta y ordenar que se dé ejecución a la misma, poniendo al procesado al disposición del INPEC, para que determine el lugar, casa de estudio o trabajo donde él deba ser recluido, a fin que se haga efectiva la ejecución de la aludida medida de seguridad de internación en casa de estudio o trabajo por el lapso máximo de diez años. Aunado a ello, se le ordenará al Juez de Ejecución de Penas, que una vez reciba el proceso para la vigilancia del cumplimiento de la sanción impuesta, acorde con lo establecido en el artículo 77 C.P. proceda a ordenar que el sancionado sea sometido a una nueva evaluación por parte de psicología forense y clínica a fin de determinar si en su caso: a) Los actos sexuales a los que sometió al menor J.A.C.A. fueron algo circunstancial que daría pie para concluir que el reo no está en condiciones de reincidir en comportamientos afines y en consecuencia no se constituye en una amenaza o peligro para la sociedad o para sí mismo, o si por el contrario el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, tiene una marcada preferencia sexual hacia los niños y por ende es patológico su comportamiento desviado y es proclive a repetir actos como los aquí evidenciados; b) El condenado no requiere internación en institución alguna pudiendo ser tratado de manera ambulatoria; c) Es procedente que se mantenga en firme la ejecución de la medida de seguridad impuesta, o sea la de internación en casa de estudio o trabajo por el lapso máximo de diez años; d) En caso que el reo pueda ser objeto de un tratamiento ambulatorio, se deberá determinar durante cuánto tiempo, bajo qué condiciones y de qué forma dicho tratamiento puede ser llevado a cabo. Con base en las respuestas que el perito le dé a los anteriores cuestionamientos, el Juez encargado de la vigilancia de la ejecución de la medida de seguridad, determinará si la misma puede o no ser suspendida como lo ordena el inciso 3º del articulo 72 C.P. En resumidas cuentas, acorde con todo lo antes expuesto, la Colegiatura revocará la decisión de la Jueza de primer nivel de ordenar la suspensión de la medida de seguridad de internación en casa de estudio o de trabajoimpuesta al Procesado JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA y en consecuencia ordenará que se dé ejecución a la misma.”.

**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 No. 374 del 27 de abril de 2017. H: 2:10 p.m.

Pereira, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:44 a.m.

Procesado: Jesús María Martínez Diosa (A) “Papa Noel”

Delito: Actos Sexuales con menor de 14 años

Radicación: 66001-6000-035-2015-02240-01

Procede: Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Representante de Víctimas en contra de la suspensión condicional de la pena.

Decisión: Modifica 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 Fiscalía y el Representante de Víctimas en contra de lo establecido en la sentencia condenatoria proferida el veintitrés (23) de noviembre de 2016 por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, dentro del proceso adelantado en contra del señor **JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA,** quien fuera declarado responsable de incurrir en el delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de 14 Años agravado, pero reconociéndosele la calidad de inimputable.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos tuvieron ocurrencia el día 28 de junio de 2015, siendo aproximadamente las 14:30 horas, cuando el menor J.A.C.A. de 12 años de edad, quien padece de autismo y epilepsia refractaria, se encontraba durmiendo en una habitación del inmueble ubicado en la carrera 9 No. 11-27 Barrio La Paz de la ciudad de Pereira; lugar a donde llegó el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, de 68 años de edad, con la excusa de utilizar el baño, permitiéndosele el ingresó toda vez que era conocido de la familia del menor. Cuando se encontraba dentro de la vivienda y aprovechando que nadie estaba cerca, procedió a succionarle una tetilla al menor y a tocarle con las manos los glúteos y el órgano genital; situación de la cual la madre del menor dio aviso a las autoridades una vez se enteró de ello, dándose la captura inmediata del señalado.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

Las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento se adelantaron ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira el 29 de junio del año 2015, en las cuales al entonces indiciado JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, tipificado en los artículos 209 del C.P., con la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el numeral 7º del artículo 211 de esa misma norma, sin que él aceptara los cargos. Finalmente, en lo que tiene que ver con la medida de aseguramiento el Despacho resolvió imponer medida de aseguramiento de detención preventiva al señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, de acuerdo a lo establecido en el literal A del numeral 2º del artículo 307 del C.P.P.

En las calendas del 29 de julio de 2015, la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra del acriminado JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Penal del Circuito local, donde se celebró la audiencia de formulación de acusación el día 27 de agosto de ese mismo año, donde se le ratificaron los cargos que le fueran imputados.

La audiencia preparatoria se adelantó el 30 de noviembre de 2015, mientras que la audiencia de juicio oral se llevó a cabo, después de varios aplazamientos, en sesiones celebradas el 9 y el 10 de noviembre de 2016, y una vez finalizada la etapa probatoria y de alegaciones, se profirió el sentido del fallo condenatorio donde se le impondría medida de seguridad al señor MARTÍNEZ DIOSA en su condición de inimputable.

El 23 de noviembre de 2016 se dio lectura a la correspondiente sentencia, en contra de la cual por parte de la Fiscalía y el Representante del menor Víctima fueron interpuestos y sustentado oralmente sendos recursos de apelación.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2016 por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, pero se reconoció la condición de inimputable del acusado, a quien en consecuencia le fue impuesta la medida de seguridad de internación en casa de estudio o trabajo por el término de diez (10) años, sin embargo, la ejecución de la misma fue suspendida bajo el compromiso de que el procesado debía asistir a valoración psiquiátrica periódica para determinar si tal medida puede continuar suspendida o si ella debe hacerse efectiva.

Los fundamentos de hecho y derecho invocados en el fallo confutado para tomar tal determinación, se soportaron en que se demostró tanto la materialidad de la conducta como el compromiso penal del acusado con los medios de conocimiento aducidos al juicio, donde se hizo narración de los motivos que generaron la captura del procesado minutos después de que la señora Mariela lo encontrara realizando maniobras erótico sexuales sobre su menor hijo J.A.C.A., quien padece de una discapacidad cognitiva.

Reconoce finalmente el Despacho de primera instancia que en el trámite del proceso, a través de la doctora Carolina Jaramillo Toro, perito de siquiatría forense adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la defensa logró probar que el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA al momento de los hechos no tenía capacidad de comprender la realidad externa en forma adecuada y así autodeterminarse, dado su inmadurez sicológica y el retardo mental leve que padece.

Con base en lo aseverado por la perito y el resto del caudal probatorio, la Jueza A quo declaró al acusado como autor responsable de la conducta de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, reato que cometió en condiciones de inimputabilidad, razón por la cual, atendiendo lo establecido en el artículo 69 del Código Penal decidió imponerle como medida de seguridad la de internación en casa de estudio o trabajo por un término de diez años siguiendo los postulados del artículo 72 del C.P.; sin embargo, de conformidad con el inciso tercero de esa misma norma, y teniendo en cuenta que el señor MARTÍNEZ DIOSA no registra antecedentes penales, demostró un buen comportamiento durante la medida de aseguramiento que soportó en el desarrollo del proceso, además de que antes de los hechos su proceder en sociedad no tiene reparo alguno, lo que avizora que él puede adaptarse al medio social en el que desenvuelve su vida, decidió la juez de primer nivel suspender de manera condicional la medida de seguridad, imponiéndole con ello el deber de asistir a valoración psiquiátrica periódica para determinar si la medida de seguridad debe hacerse efectiva o puede continuar suspendida.

Frente a dicha determinación la Fiscalía y el Representante de Víctimas interpusieron el recurso de apelación.

**LA ALZADA:**

**La Fiscalía** como recurrente después de hacer un recuento de los hechos por los cuales fue llevado a juicio el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA señaló que si bien es cierto él es inimputable y no estaba en la capacidad de comprender ni de autodetermirse al momento de los hechos, por padecer de una evidente inmadurez psicológica y un retardo mental leve, también lo es que la perito en psiquiatría forense fue clara al señalar que no hay tratamiento terapéutico alguno para su condición, lo que considera el Ente Acusador que implica que él podría volver a cometer esos actos libidinosos y abusivos con otros menores; aspecto que se debe considerar para revocar la decisión de suspender la ejecución de la medida de seguridad impuesta, bien sea para que el procesado la cumpla en internamiento en casa de estudio o trabajo, o bien como lo hizo durante el desarrollo del proceso, esto es, detenido en su domicilio, medida que como se señaló en el fallo confutado, él ha venido cumpliendo en debida forma, asegurándose de esa manera una protección a la comunidad, en especial a los menores de edad.

Para finalizar su intervención, señaló que de mantenerse la decisión de la Jueza de primera instancia frente a ese aspecto, se estaría ante un proceso que resulta inane ante la ofensa sexual sufrida por el menor J.A.C.A., además de que no se cumplirían con las funciones de la pena, en especial la de rehabilitación, protección del propio condenado, de la sociedad y de los menores que puedan estar en contacto con el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, toda vez que para su condición psicológica y psiquiátrica no existe tratamiento, lo que implica que en cualquier momento podría volver a abusar de otro menor.

**La Representante de Víctimas**, en calidad de recurrente, pide que se le dé aplicación a lo establecido en el artículo 72 del C.P. ordenándose la internación en una casa de estudio o de trabajo del señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, ya que no se puede dejar de lado que a raíz de los actos realizados por el procesado en contra del menor J.A.C. este ha tenido un cambio comportamental tornándose agresivo frente al contacto con otras personas, tal como lo ha señalado su madre. Por tanto, considera que dejar en libertad a esta persona, sin supervisión ni un tratamiento adecuado para sus problemas mentales, es permitir que siga cometiendo esos actos en contra de otros menores, especialmente porque para él no existe en su actuar una conducta contraria a las normas sociales. Así las cosas, solicita se revoque la suspensión de la medida de seguridad y se ordene su internación.

**LA REPLICA:**

El defensor del señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA una vez escuchados los argumentos de la Fiscalía y de la Defensora de Víctimas, para solicitar la revocatoria de la suspensión de la ejecución de la medida de seguridad impuesta a su prohijado, y en su calidad de no recurrente, señala no estar de acuerdo con lo pedido por las apelantes toda vez que el fallo de primera instancia es acorde al dictamen médico forense que se le realizara y que determinara su inimputabilidad, además de que a lo largo del proceso, se demostró que las condiciones personales, sociales y familiares del señor MARTÍNEZ, al igual que el cumplimiento que en todo momento tuvo de la medida de detención domiciliaria dan cuenta de que es una persona que puede tener un buen comportamiento social, además en ningún momento se desentendió del proceso y asistió a cada una de las audiencias a las que se le citó, a pesar de que para ello debía buscar quien lo acompañara ya que dada su condición psicológica no puede desplazarse solo por la ciudad, lo que sirve para dar cuenta de que su aptitud no es la de cometer hechos como los investigados en el proceso.

Dado lo anterior considera que las decisiones adoptadas por la A-quo son acertadas y por tanto es viable la confirmación de la misma.

**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 del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del numeral 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

**- PROBLEMA JURÍDICO:**

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

¿Cómo consecuencia de la declaratoria de la condición de inimputable del Procesado JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, fue acertada la decisión de la A-quo de concederle la suspensión condicional de la medida de seguridad impuesta por haberlo hallado responsable de la conducta delictual de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado?

**- SOLUCIÓN:**

Para poder solucionar el problema jurídico propuesto por las recurrentes en la alzada, la Sala debe tener como hecho plenamente acreditado en el proceso la condición de inimputable del Procesado JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, acorde con los términos del artículo 33 C.P. cuya fuente es la inmadurez psicológica y el trastorno mental leve que padece, como bien se desprende de lo testificado por la Dra. CAROLINA JARAMILLO TORO, en su calidad de perito siquiatra.

De igual forma con las pruebas aducidas al juicio por parte de la Fiscalía, no existe duda alguna de la responsabilidad criminal del Procesado JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA en lo que atañe con los tocamientos de carácter erótico sexual que ejecutó en contra del menor J.A.C.A., quien recordemos padece de una disminución cognitiva.

Siendo por lo tanto el punto por esclarecer por parte de la Sala, acorde con la tesis de la discrepancia propuesta por las recurrentes en la alzada, el consistente en establecer si en el presente asunto era viable y se llenaban los requisitos necesarios para concederle al procesado la suspensión condicional de la sanción impuesta, como consecuencia de su condición de inimputable.

Respecto de lo anterior, es importante recordar que en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 33 del Código Penal se contemplaron tres fuentes para la declaratoria de inimputabilidad, siendo estas, la inmadurez psicológica, el trastorno mental y la diversidad sociocultural. Ello tiene sentido partiendo de las disposiciones de la Constitución Política de Colombia que proscriben la responsabilidad objetiva (artículos 1, 5 y 29) y que exigen que la persona a la que se sancione con una pena haya actuado con culpabilidad, cosa que no sucede con las personas que son declaradas como inimputables, ya que ellos actúan sin comprender la ilicitud de su actuar o no pueden determinarse de acuerdo a dicha comprensión.

Frente al tema dijo la Máxima Guardiana Constitucional:

*“Es pues claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.*

*(…)*

*El estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (cp art. 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad”[[1]](#footnote-1)*

Siguiendo esa línea de pensamiento, y teniendo en cuenta que no es posible aplicar a una persona que ha sido declarada como inimputable las mismas penas y medidas de aseguramiento que a un imputable, el legislador planteó para ellos una medidas diferenciadas de tratamiento, las cuales estableció en los artículos 69 a 81 del Código Penal y las llamó medidas de seguridad; estas también difieren entre sí y su determinación depende de cuál sea la fuente de inimputabilidad, por cuanto no es lo mismo tratar a una persona que padece un trastorno mental transitorio que de uno permanente, o a una persona que por su diversidad social no comprendía que su actuar en determinado momento era contrario a las normas sociales de nuestra comunidad, que de uno que se encontraba marginado de la sociedad.

De acuerdo a lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente asunto está muy claro que el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA fue declarado inimputable por inmadurez psicológica, no es necesario que esta Colegiatura ahonde en el asunto relacionado con la fuente de la inimputabilidad; sin embargo, si se hace imperativo revisar las medidas de seguridad planteadas para ese tipo de inimputabilidad.

En ese orden de cosas es bueno empezar por decir que inmadurez psicológica en términos generales es la *“falta de maduración global, severa y perfectamente instaurada, que cobija varias de las áreas de la personalidad del individuo”[[2]](#footnote-2)*, y para ser más claros, es bueno traer a colación lo siguiente:

*“Inmadurez Psicológica: Atiende a los conceptos de inmadurez emocional, intelectual, sexual, social y laboral entre otros. La madurez psíquica total supone un adecuado desarrollo en 1) intelectivo-cognoscitivo, 2) afectivo-emocional, y 3) conativo-volitivo. (Mora, 1979 citado en Mesa, 2007). La inmadurez en la Ley está prevista de: La diversidad sociocultural; campesinos de muy apartadas regiones con escaso o nulo contacto con el casco urbano más próximo y mucho menos con ciudades. Con los indígenas, los jueces de ejecución de penas u medidas de seguridad deben en coordinación con la máxima autoridad indígena de la comunidad establecer las medidas aplicables de la inimputabilidad (C. P. P, (2004) Ley 906. Art 470.*

*También se consideran inmaduros psicológicos: Algunos retardados mentales, posiblemente los calificados como moderados, graves y profundos, que posean también retardo en habilidades, normas y reglas de comportamiento social. Los menores entre los 14 y 18 años de edad tienen tratamiento de protección integral diferente a la imputabilidad C. I. A, (2006). Ley, 1098 Art 143 a 150.*

*Algunos sordomudos que nunca accedieron al lenguaje escrito y por lo precario de su comunicación no pudieron tener un proceso normal de maduración psicosocial. Los sordomudos que no se han socializados y son inmaduros psicosociales. Los menores de edad cronológicamente, rango 0-12 años C.I.A (ley 1098) y algunos retardados mentales, principalmente los moderados.”[[3]](#footnote-3)*

Siguiendo esa línea de pensamiento, nos encontramos con que el artículo 69 del C.P., plantea tres tipos de medidas de seguridad para los inimputables, 1) la internación en clínica psiquiátrica o establecimiento adecuado, 2) la internación en casa de estudio o trabajo y 3) la libertad vigilada. Siendo las primeras de ellas las establecidas para los inimputables por trastornos mentales, las segundas para quienes no padecen ese tipo de patologías y que su inimputabilidad obedece a otro tipo de causa, y las últimas es una medida de seguridad accesoria que procede en los eventos en los cuales el inimputable haya cumplido con cualquiera de las dos iniciales antes aludidas medidas de seguridad. De igual forma, según las voces del inciso 2º del articulo 74 C.P. las obligaciones que son propias de la medida de seguridad de la libertad vigilada podrán exigirse a aquellas personas a quienes se les haya suspendido la ejecución de las medidas de seguridad de internación.

En ese orden de cosas, es pertinente decir que la medida de seguridad a imponer en el caso particular, y tal como fue acotado por la Juez de primer nivel, es la contemplada en el artículo 72 del C.P. toda vez que, recordemos, el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA padece de inmadurez psicológica, afectación para la cual jamás ha recibido tratamiento alguno.

*“Artículo 72. La internación en casa de estudio o de trabajo. A los inimputables que no padezcan trastorno mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación, adiestramiento industrial, artesanal, agrícola o similares.*

*Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de asistencia en cada caso concreto.*

*Habrá lugar a la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida.*

*Igualmente procederá la suspensión cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente.*

*En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.”*

Con base en todo lo dicho hasta acá, es claro que acertó la Juez de instancia tanto en la imposición de la sanción al señor MARTÍNEZ DIOSA como el término de la misma; lo que hace que se deba pasar a revisar es, sí fue igual de acertada la determinación de concederle la suspensión de la sanción, partiendo del hecho de que es una persona que a pesar de lo sucedido, siempre ha demostrado ser capaz de adaptarse a la vida en comunidad y hacer parte de ella.

Para resolver lo anterior, empecemos por señalar que en principio no hay nada que impida que se le conceda el beneficio de la suspensión de la sanción al señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, ya que por el contrario las normas hasta ahora citadas prevén tal cosa, sin embargo, para ello se hace necesario que el fallador revise no solo los aspectos relativos a la conducta desplegada por el inimputable sino también aquellos relacionados con su desempeño social, familiar y personal que puedan dar certeza de que la persona puede estar en libertad sin representar un riesgo para el grueso de la comunidad y para sí mismo.

En ese orden de cosas, se tiene que la señora Juez de primera instancia al momento de decidir sobre la suspensión condicional de la medida de seguridad que le impusiera al señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, dijo que lo hacía porque él se encontraba en condiciones de adaptarse al medio social donde desenvuelve su vida porque de *“lo demostrado por él durante el cumplimiento de la medida de aseguramiento que soportó mientras se desarrolló el proceso y por las referencias que existen sobre su buen comportamiento anterior y concomitante con ella.”* (Fl. 67).

Así las cosas, se hace evidente que la motivación de la A-quo para tomar la decisión que aquí se discute se fundamentó en una apreciación subjetiva respecto al comportamiento del procesado, dejando de lado que con los hechos constitutivos de la conducta típica, el señor MARTÍNEZ DIOSA, aunque no tenga conciencia de los mismos, afectó el bien jurídico de un menor de edad, que por demás está decirlo, padece de ciertas patologías que disminuyen su capacidad intelectual y psicológica para comprender la manera como se menoscabaron sus derechos. Esta afirmación se hace teniendo en cuenta que una vez revisado el expediente pudo constatar esta Colegiatura que no existe concepto médico alguno que de fe de que el ahora procesado puede hacer parte de la comunidad sin poner en peligro los derechos sexuales de otros menores que como el niño J.A.C.A., pertenezcan a la misma comunidad que él; ello por cuanto si bien es cierto entre los folios 49 a 53 del cuaderno del proceso se encuentra consignado el concepto de la psiquiatra forense en donde se determinó que el encausado es inimputable, también lo es que ese documento en momento alguno dice que él no necesita internamiento o atención especializada porque no represente un riesgo, y que ha comprendido, a pesar de su inmadurez psicológica y su retardo mental leve, que ejecutar ciertos actos de carácter erótico sexual sobre menores de edad, o en cualquier otro ciudadano en contra de su voluntad, constituye un delito que tiene unas consecuencias jurídicas.

Tener claro lo anterior, resulta relevante en este caso específico porque como bien lo señalaron las apelantes acá la víctima fue un menor de edad y la Judicatura, por más que se tenga claro que el victimario es un inimputable, no puede desconocer los derechos de este niño ni de los demás menores que hacen parte de la comunidad en donde desarrolla su vida cotidiana el señor JESÚS MARÍA, pues hacerlo es ignorar lo principios establecidos en la Ley # 1.098 de 2006, especialmente los consagrados en los artículo 8º y 9º de esa norma, que señalan tanto el intereses superior del menor como la prevalencia de sus derechos por encima de los de los demás miembros de la sociedad.

Bajo esa óptica, considera esta Colegiatura que fue errada la motivación que tuvo en cuenta la Juez Cuarta Penal del Circuito local, para determinar que era viable concederle al señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA el beneficio de la suspensión condicional de la sanción que se le impusiera, puesto que no hay ningún elemento objetivo que dé cuenta de que él puede desenvolverse adecuadamente en su entorno social sin que con ello se esté poniendo en riesgo a los menores que hacen parte de la misma; además tampoco se avizora que haya considerado lo establecido en el artículo 5º del Código Penal respecto a las finalidades perseguidas con la imposición de una medida de seguridad que son las de *“protección, curación, tutela y rehabilitación.”*, entendiendo que la primera de ellas hace referencia a la salvaguarda de los intereses tanto de la sociedad como del mismo procesado.

En ese orden de ideas, le asiste razón a las recurrentes en punto de que se hace necesario, en aras de proteger tanto los derechos del menor J.A.C.A., víctima dentro de este proceso, como de los demás menores y hasta en salvaguarda de la integridad del señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, proceder a revocar la decisión de suspender la medida de seguridad impuesta y ordenar que se dé ejecución a la misma, poniendo al procesado al disposición del INPEC, para que determine el lugar, casa de estudio o trabajo donde él deba ser recluido, a fin que se haga efectiva la ejecución de la aludida medida de seguridad de internación en casa de estudio o trabajo por el lapso máximo de diez años. Aunado a ello, se le ordenará al Juez de Ejecución de Penas, que una vez reciba el proceso para la vigilancia del cumplimiento de la sanción impuesta, acorde con lo establecido en el artículo 77 C.P. proceda a ordenar que el sancionado sea sometido a una nueva evaluación por parte de psicología forense y clínica a fin de determinar si en su caso: a) Los actos sexuales a los que sometió al menor J.A.C.A. fueron algo circunstancial que daría pie para concluir que el reo no está en condiciones de reincidir en comportamientos afines y en consecuencia no se constituye en una amenaza o peligro para la sociedad o para sí mismo, o si por el contrario el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA, tiene una marcada preferencia sexual hacia los niños y por ende es patológico su comportamiento desviado y es proclive a repetir actos como los aquí evidenciados; b) El condenado no requiere internación en institución alguna pudiendo ser tratado de manera ambulatoria; c) Es procedente que se mantenga en firme la ejecución de la medida de seguridad impuesta, o sea la de internación en casa de estudio o trabajo por el lapso máximo de diez años; d) En caso que el reo pueda ser objeto de un tratamiento ambulatorio, se deberá determinar durante cuánto tiempo, bajo qué condiciones y de qué forma dicho tratamiento puede ser llevado a cabo.

Con base en las respuestas que el perito le dé a los anteriores cuestionamientos, el Juez encargado de la vigilancia de la ejecución de la medida de seguridad, determinará si la misma puede o no ser suspendida como lo ordena el inciso 3º del articulo 72 C.P.

En resumidas cuentas, acorde con todo lo antes expuesto, la Colegiatura revocará la decisión de la Jueza de primer nivel de ordenar la suspensión de la medida de seguridad de internación en casa de estudio o de trabajoimpuesta al Procesado JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA y en consecuencia ordenará que se dé ejecución a la misma.

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** parcialmente la sentencia proferida el veintitrés (23) de noviembre de 2016 por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en contra del señor **JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA,** en aquellos aspectos que no fueron objeto de apelación.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia objeto de revisión y en su lugar disponer que de manera inmediata el señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA sea dejado a disposición del INPEC, para que esta entidad determine la institución, casa de estudio o de trabajo, en donde habrá de ser internado a fin de que inicie el cumplimiento de la medida de seguridad que se le impusiera.

**TERCERO: ADICIONAR** el fallo opugnado en el sentido de ordenar al Juzgado de Ejecución de Penas y Medida de Seguridad que le corresponda la vigilancia de la sanción impuesta al señor MARTÍNEZ DIOSA, que en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 77 C.P. realice la remisión del condenado para que sea evaluado por psicología forense y clínica para los fines descritos en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO: 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 Constitucional, sentencia C-370 de 2002, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. [↑](#footnote-ref-1)
2. MORA IZQUIERDO, RICARDO: “Psiquiatría forense y nuevo Código Penal”, en Revista Colombiana de Psiquiatría, Bogotá, marzo de 1982, vol. xi, p. 33. [↑](#footnote-ref-2)
3. CELEDON RIVERO, JOSÉ CARLOS: “La inimputabilidad una mirada desde lo psicopatológico”, artículo publicado en la página de la Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense, abril del 2011. [↑](#footnote-ref-3)