



Relatoría

PRISIÓN DOMICILIARIA/SUBROGADO PENAL- Prohibición de concederlo en los eventos que la conducta punible se encuentre enlistada dentro del Art. 68 A del CP.

En el *subjudice*, no existe controversia alguna acerca de que el señor JUAN CARLOS MORENO SOLANO fue sentenciado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, como cómplice de la conducta punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, ilícito que hace parte de los delitos que atentan contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, título IV del C.P., conducta punible que, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 68 A del C.P., se encuentra excluida de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros.

Así las cosas, a pesar de que el defensor demostró el arraigo social y familiar del señor MORENO SOLANO, además que éste reparó a la Víctima, lo cierto es que el implicado carece del requisito objetivo previsto en el numeral 2° del artículo 38 B del C.P., pues, como se señaló en precedencia, la conducta punible por la cual se le condena se encuentra enlistada dentro del Art. 68 A del CP modificado por el Art. 32 de la Ley 1709 de 2014, norma que se encontraba plenamente vigente al momento de acaecidos los hechos, pues fue expedida y promulgada el 20 de enero de 2014, en el Diario Oficial 49.039 de esa fecha, y en su artículo 107 se dispuso que entrara a regir desde el momento de su promulgación.

En tal sentido, lo que se observa en este asunto, es la existencia de una prohibición de carácter legal, que imposibilita al Juez llevar a cabo análisis alguno sobre los aspectos subjetivos, pues independientemente de que estos últimos se hallen satisfechos, la Ley impide su concesión. Es por ello, que la decisión del Juez de Primera instancia resulta ajustada a derecho, sin que exista argumento alguno que habilite el estudio del mentado subrogado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

**“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007**

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO:	CAUSA PENAL
RADICACIÓN:	15238-31-04-002-2017-00084-01
ACUSADO (S):	JUAN CARLOS MORENO SOLANO
DELITO:	ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR
PROCEDENCIA:	JUZG. 2° PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
MOTIVO:	APELACIÓN SENTENCIA
DECISIÓN:	CONFIRMA
APROBACIÓN:	ACTA DE DECISIÓN Nº 45

MAGISTRADO PONENTE: EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Hora: 11:43 a.m.

ASUNTO POR DECIDIR:

El recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado JUAN CARLOS MORENO SOLANO, en contra de la sentencia del doce de marzo de dos mil dieciocho proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama dentro del proceso de la referencia.

HECHOS:

Los hechos que dieron lugar a la presente actuación fueron narrados en el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

“De conformidad con lo expuesto por la Fiscalía en el acta de preacuerdo, los hechos se contraen a que el día 27 de julio de 2014 a la 5:40 p.m., en el barrio San José Alto de Duitama, en la carrera 16 A N° 20 A – 85, el acusado abordó a la señora Delfina Mendivelso Cristancho, quien cuenta con un retraso mental moderado según la calificación internacional de enfermedades (SIE-10), patología que limita la comprensión y toma de decisiones en diferentes ámbitos de la vida, incluyendo el sexual. El procesado le ofreció una gaseosa y la cantidad de \$2000, la ingresa a la vivienda y la despoja de sus prendas de vestir y la acaricia en diferentes partes de su cuerpo incluyendo sus senos y vagina, siendo percibido por una vecina del sector el momento en que entran a la vivienda y de manera inmediata se lo hacen saber a María Chiquinquirá Cristancho madre de Delfina, quien se desplaza al lugar y golpea en repetidas ocasiones en la puerta, saliendo a atender el señor Juan Carlos, preguntando por su hija a Juan Carlos quien niega que Delfina se encuentre dentro de la vivienda y sin dejarla ingresar cierra la puerta, razón por la que ésta se dirige para su casa siendo aprovechado el momento por el acusado para sacar a Delfina envuelta en una sábana, la sube en un camioncito color verde provocando la reacción de los vecinos quienes impiden que se marche con ella, la bajan del rodante y Moreno Solano se marcha.”

ANTECEDENTES PROCESALES.

1.- Por los anteriores hechos, en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad de Duitama, el día 14 de marzo de 2017, la Fiscalía 12 Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, imputó cargos al señor JUAN CARLOS MORENO SOLANO como autor del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, previsto en el Art. 210 del C.P., conducta punible que no fue aceptada por el imputado.

2.- El día 15 de marzo de 2017 la Fiscalía radicó escrito de acusación¹. El conocimiento del asunto correspondió, por reparto, al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Duitama, despacho que adelantó la respectiva audiencia de acusación el 16 de mayo de 2017².

3.- Luego de diversos aplazamientos, el 21 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia preparatoria, diligencia al interior de la cual efectuó el descubrimiento probatorio y se decretaron las pruebas a practicar en juicio, de conformidad con las solicitudes de las partes.

4.- El 16 de enero de 2018 se instaló la audiencia de juicio oral, audiencia que, por solicitud del ente acusador, varió su objeto, debido a que el acusado suscribió acta de preacuerdo con la Fiscalía 12 Seccional de Duitama, motivos por los cuales, en ésta fecha se realizó audiencia de verificación de preacuerdo, diligencia en la que se corroboró que el allanamiento acordado del señor JUAN CARLOS MORENO SOLANO fue libre, consciente y voluntario y, por ende, se procedió a su aprobación.

A continuación se procedió a la individualización de la pena conforme al Art. 447 del CPP, con las siguientes intervenciones:

LA FISCALÍA

Precisó que los límites punitivos quedaron plasmados en el Acta de preacuerdo, y se opuso a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por cuanto, la misma supera el límite objetivo establecido por la Ley, circunstancia que por sí sola, releva de la postura de hacer manifestaciones respecto de las circunstancias subjetivas. En relación con la concesión de la prisión domiciliaria, la Fiscalía no encontraría objeción

¹ Visto a folio 12.

² Visto a folio 7.

si los EMP que se presenten se deduce que se puede cumplir la sanción en esa condición.

REPRESENTANTE DE VICTIMAS

Con relación a la concesión o no de un subrogado, solicita que esté ceñido al cumplimiento de la reparación integral de la Víctima, la cual debe cumplirse en el Despacho del Delegado de la Fiscalía, el día 9 de febrero de 2018 a las nueve de la mañana.

DEFENSA

A su turno, la Defensa solicita se conceda el beneficio de la prisión domiciliaria en atención a lo previsto en el Art. 38 del C.P., esto teniendo en cuenta que su defendido no presenta antecedentes penales, tiene arraigo en la ciudad de Duitama, se ha presentado a todas las diligencias, y es su deseo acogerse a la justicia, conforme al preacuerdo al que llegó con la Fiscalía; aunado a ello, debe tenerse en cuenta que indemnizó a la Víctima en la suma de \$2.000.000.00 de pesos, los que serán cancelados el 1° de febrero de 2018.

Precisó que, con base en el Art. 38 B del C.P., se debe tener en cuenta que la condena a imponer es menor de 8 años y a pesar de que hay prohibición por mandato del Art. 68 *A ibídem*, debe tenerse de presente que los hechos ocurrieron en el 2014, fecha para la cual, su petición no presentaba ninguna limitación normativa.

DECISIÓN IMPUGNADA:

Mediante sentencia de fecha 12 de marzo de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama profirió sentencia en contra de JUAN CARLOS MORENO SOLANO y, a través de ella, lo condenó a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión en calidad de cómplice de la conducta punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir (Art. 210 inciso 2 del CP), conforme al allanamiento que hiciera frente a tales cargos en el preacuerdo, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Igualmente, le negó los sustitutos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En lo que es objeto de impugnación, esto es, la negativa a conceder los subrogados penales, los mismos eran improcedentes por prohibición expresa del artículo 68A del

C.P., toda vez que se trata de un delito que atenta contra la libertad, integridad y formación sexual y que, según lo señalado en el mentado artículo, se encuentra excluido de la concesión de cualquier beneficio.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la sentencia proferida, el defensor del señor MORENO SOLANO interpuso recurso de apelación con la pretensión de que se conceda a su prohijado el beneficio de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, en síntesis, por las siguientes razones:

1.- El Juzgado de primera instancia negó a su defendido el beneficio de prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, aduciendo una prohibición legal que no fue argumentada en debida forma.

2.- Si bien es cierto que los Arts. 38 B y 68 A del CP prohíben la concesión del beneficio de prisión domiciliaria, así como que la Fiscalía aceptó realizar un preacuerdo degradando la calidad de autor a cómplice, lo cual está permitido por la Ley, también lo es que, en eventos como el presente, es viable otorgarle dicho beneficio, para humanizar la pena, ya que su prohijado reparó a la víctima. Aunado a lo anterior, tal prohibición no se encuentra contemplada en el artículo 199 del CIA.

3.- El *A-quo* no analizó las circunstancias personales, laborales ni sociales del aquí enjuiciado para flexibilizar los requisitos del citado beneficio, pues la conducta de su defendido ha sido la de estar pendiente al llamado de la justicia, allanándose a los cargos en forma libre, consciente y voluntaria; además, su comportamiento es bueno y no presenta peligro para la comunidad ni para la víctima, tiene arraigo y no tiene antecedentes de ningún tipo.

4.- En virtud de lo anterior, solicita que se revoque el numeral tercero de la sentencia apelada y, en su lugar, se conceda a su prohijado el beneficio de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión

LA SALA CONSIDERA:

Vista la sentencia de primera instancia y la sustentación del recurso de apelación, es tema a estudiar en este asunto el relativo a la procedencia del subrogado del beneficio

de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros, cuando se procede por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

De los subrogados penales

Sabido es que, tanto la prisión domiciliaria como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, constituyen mecanismos sustitutivos de la detención intramuros, a través de los cuales se prevé la posibilidad de que el sentenciado cumpla la pena privativa de restricción efectiva y real de la libertad en su lugar de residencia o se suspenda su cumplimiento.

Y con el fin de desarrollar tales subrogados, el legislador estableció en los artículos 38 B³ y 63⁴ del C.P., los requisitos que deben cumplirse a efectos de la concesión de tales beneficios, requisitos que van desde la concurrencia de elementos de carácter objetivo, como que la pena impuesta no sea superior a cuatro años de prisión o que el mínimo de la pena por la que se condena no sea superior ocho años, hasta la exigencia de que las circunstancias personales sociales y familiares del implicado lleven a determinar que no es necesaria la ejecución de la sanción en centro carcelario, presupuesto este último, de carácter subjetivo.

³ **ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA.** <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

⁴ **ARTÍCULO 63. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.** <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.

Importante resulta resaltar que los artículos antes referidos se encuentran modificados por la Ley 1709 del 20 de enero 2014, norma a través de la cual el legislador, entre otros aspectos, aumentó los mínimos punitivos para el otorgamiento de los beneficios buscando con ello que más personas puedan acceder a los mismos y evitar el hacinamiento carcelario; no obstante, como quiera que existen delitos y circunstancias que pueden ser considerados más o menos reprochables, atendiendo el daño que se causa a la sociedad, la mentada Ley modificó el art. 68 A del C.P., e impuso algunas prohibiciones para acceder al beneficio, entre ellas, cuando se trate de delitos contra la libertad y formación sexual, así:

ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES:

No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

*Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; **delitos contra la libertad, integridad y formación sexual**; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; (...)*

Se trata, entonces, de una prohibición expresa que obliga a los funcionarios judiciales a negar los subrogados penales, cuando quiera que se encuentre en alguna de las circunstancias o se procesa por alguno de los delitos previstos en la mentada norma.

En el *subjudice*, no existe controversia alguna acerca de que el señor JUAN CARLOS MORENO SOLANO fue sentenciado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, como cómplice de la conducta punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, ilícito que hace parte de los delitos que atentan contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, título IV del C.P., conducta punible que, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 68 A del C.P., se encuentra excluida de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros.

Así las cosas, a pesar de que el defensor demostró el arraigo social y familiar del señor MORENO SOLANO, además que éste reparó a la Víctima, lo cierto es que el implicado carece del requisito objetivo previsto en el numeral 2° del artículo 38 B del

C.P., pues, como se señaló en precedencia, la conducta punible por la cual se le condena se encuentra enlistada dentro del Art. 68 A del CP modificado por el Art. 32 de la Ley 1709 de 2014, norma que se encontraba plenamente vigente al momento de acaecidos los hechos, pues fue expedida y promulgada el 20 de enero de 2014, en el Diario Oficial 49.039 de esa fecha, y en su artículo 107 se dispuso que entrara a regir desde el momento de su promulgación.

En tal sentido, lo que se observa en este asunto, es la existencia de una prohibición de carácter legal, que imposibilita al Juez llevar a cabo análisis alguno sobre los aspectos subjetivos, pues independientemente de que estos últimos se hallen satisfechos, la Ley impide su concesión. Es por ello, que la decisión del Juez de Primera instancia resulta ajustada a derecho, sin que exista argumento alguno que habilite el estudio del mentado subrogado.

Ahora bien, respecto de lo esbozado por el defensor, si bien los numerales 7 y 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, nos remite a los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004, también lo es que la primera solo es aplicable para la defensa y garantía de los niños, niñas y adolescentes víctimas de ciertos delitos, situación que no se presenta en este asunto, ya que en el caso que nos ocupa la víctima supera ese límite de edad, pues se trata de una persona mayor con incapacidad para auto determinarse en su dimensión sexual, por ende, tal prohibición no merece pronunciamiento alguno por parte del Juzgado.

Corolario de lo expuesto, para esta Sala refulge evidente que el recurso interpuesto no tiene vocación de prosperidad, pues si bien el procesado ha prestado colaboración y ha estado atento al llamado de la justicia, la misma Ley hace impide la concesión del subrogado pretendido, por ende, la sentencia proferida deberá ser confirmada.

DECISIÓN:

En mérito a lo expuesto, La Sala Cuarta de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia impugnada.

Contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, el cual puede ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación (art. 183 Ley 906 de 2004 Modificado artículo 98 Ley 1395 de 2010).

Las partes quedan notificadas en estrados.

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado