

Importancia Del Valor Probatorio En La Inimputabilidad

NATALY PIÑEROS CEPEDA, JHANIE YISELLA VILLAMOR DUARTE

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
BOGOTÁ D.C.
JULIO 2018

Esta investigación se encuentra encaminada a determinar el alcance del concepto de inimputabilidad en el ordenamiento penal colombiano contemplado en su artículo 33, haciendo un análisis de dicha noción guiada específicamente al calificativo de inmadurez psicológica y trastorno mental, en relación con la comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años, los temas abordados se presentan de manera práctica en la sentencia la cual deja entrever la limitación con la que cuenta el juez al determinar únicamente la condición del sujeto activo en la comisión del delito, dejando de hacer seguimiento hasta el fin último de la medida de seguridad que este mismo ha impuesto; para ello se empleó el método cualitativo que nos permite tener en cuenta la herramienta probatoria más adecuada en el campo penal en el caso mencionado, evidenciando la problemática propuesta frente a nuestro sistema jurídico, enmarcando así la falta del estado al no proporcionar cabalmente una posición garantista para el sujeto activo, puesto que esta, no se despliega al punto de hallar una mejoría mental, si no que remite la responsabilidad a las entidades prestadoras de salud del tratamiento correspondiente, dejando en situación de vulnerabilidad a la víctima y al sujeto activo, ya que al no tener pleno seguimiento de la evolución en su tratamiento, se abre paso a una posible suspensión, sustitución o cesación de la medida, la cual puede generar un inminente riesgo para la sociedad en general al momento de inmiscuirse con un sujeto que no se encuentra en condición para asumir un comportamiento apto.

Palabras Clave: Inimputabilidad, Delito, Medidas de Seguridad, Garantismo, Estado Colombiano.

Abstract

This investigation is aimed at determining the scope of the concept of unenforceability in the Colombian criminal law contemplated in article 33, making an analysis of this notion guided specifically to the qualifier of psychological immaturity and mental disorder, in relation to the commission of the crime of acts With less than fourteen years of age, the issues addressed are presented in a practical manner in the sentence which allows us to see the limitation with which the judge has to determine only the condition of the active subject in the commission of the offense, not following up until the ultimate goal of the security measure that the same has imposed; For this, the qualitative method that allows us to take into account the most appropriate evidence tool in the criminal field in the aforementioned case was used, evidencing the proposed problem in front of our legal system, thus framing the lack of the state by not fully providing a guarantee position for the active subject, since it is not deployed to the point of finding a mental improvement, but it remits the responsibility to the health care entities for the corresponding treatment, leaving the victim and the active subject in a vulnerable situation. that by not having full monitoring of the evolution in their treatment, it opens the way to a possible suspension, substitution or cessation of the measure, which can generate an imminent risk for society in general at the moment of interfering with a subject that is not is in condition to assume a suitable. **Key Words:** Unimputability, Crime, Security Measures, Guarantee, Colombian State.

Tabla de Contenido

iv

Introducción	1
Relación de la Inimputabilidad de un Individuo en la Comisión del Delito.	3
Inimputabilidad en la legislación colombiana.	3
Código Penal de 1936	4
Código Penal de 1980	5
Código penal de 2000	7
La inmadurez psicológica	8
Trastorno mental	9
Medidas de seguridad	10
Inimputabilidad Óptica Jurisprudencial	12
El valor probatorio en el proceso penal	16
El garantismo penal en los casos de inimputabilidad en cuanto al sujeto activo	22
Conclusiones y recomendaciones	37
Lista de referencias	41

Lista de tablas

Tabla 1. Análisis inimputabilidad 3

Introducción

Esta investigación se centra en determinar el alcance que tiene el concepto de inimputabilidad en el ordenamiento penal colombiano contemplado en el artículo 33, tomando los factores de inmadurez psicológica y trastorno mental, como fuente de inimputabilidad en el entendido que son la causa de cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectiva, volitiva o intelectual, o en su conjunto, que lleva a la supresión o a la disminución de la capacidad de comprensión y/o determinación del sujeto que comete el delito, para ser más precisos relacionamos el delito de actos sexuales con menor de catorce años, tema controversial, sensible y que es muestra de diversos acontecimientos diarios en la sociedad Colombiana como expone la sentencia analizada la cual entrelaza los temas mencionados revelando la limitación con la que cuenta el juez al determinar únicamente la condición del sujeto activo en la comisión del delito, y hacerlo acreedor de una medida de seguridad para la obtención de un tratamiento correspondiente, trasladando dicha responsabilidad y seguimiento a centros médicos especializados cuya vinculación depende de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, las cuales deben presentar informes al juez de ejecución de penas sobre el tratamiento, mejoría o situación mental del inimputable durante la ejecución de la medida de seguridad, con lo cual se observa el desprendimiento de las funciones garantistas propias del ius puniendi guiados a la mejoría de cuerpo y mente del sujeto afectado, dejando de hacer seguimiento hasta el fin último de la medida de seguridad que este mismo ha impuesto; cabe resaltar que se hace necesario que la motivación de la

A-quo para tomar la decisión frente a una posible suspensión, sustitución o cesación de la medida debe fundamentarse en una apreciación subjetiva y con elementos objetivos que den cuenta que puede desenvolverse adecuadamente en su entorno social sin que con ello se esté poniendo en riesgo a los menores que hacen parte del mismo, para ello el juez debe contar con conocimiento en el campo científico para así dar la valoración que merece a una prueba derivada de dicha naturaleza, teniendo más actividad dentro del proceso sin que se base únicamente en las reglas de la sana crítica y de la lógica, persiguiendo la imposición de una medida de seguridad que conlleve a la 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, problemática que afecta nuestro sistema jurídico, generando un inminente riesgo para la sociedad en general al momento de inmiscuirse con un sujeto que no se encuentra en condición para asumir un rol aceptado dentro de la misma.

Relación de la Inimputabilidad de un Individuo en la Comisión del Delito de “Actos Sexuales con Menor de Catorce Años” Contemplado en el Artículo 209 de la Ley 599 de 2000.

Inimputabilidad en la legislación Colombiana.

Respecto a los conceptos que se tiene sobre la inimputabilidad se han generado dos posiciones: “la primera corresponde a un sector que sostiene la tesis de que los inimputables no son penalmente responsables, y la segunda, afirma que los inimputables son responsables penalmente” (Sotomayor Acosta, 1996, pág. 214)

Partiendo del ultimo concepto en el cual se afirma que el derecho es monista en cuanto a que las personas que infringen los preceptos penales se les imputa una sanción: la pena, y por el contrario, es dualista cuando se les imputa dos sanciones: penas y medidas de seguridad; que deben aplicarse siempre que dichas penas cumplan una función, que es principalmente la que hace que se legitime y de justificación alguna, a la pena y al derecho penal, como el encargado de regular las actuaciones jurídicas en la materia, dentro del sistema social en general como del sistema jurídico en particular (Grosso,2001). Teniendo en cuenta lo anterior podemos concluir que, nuestro sistema jurídico es un sistema dualista tomando la consecuencia que se deriva a partir de la comisión del delito, aclarando, que, en el ejercicio del poder del Estado en cabeza de los jueces como sancionadores, aplican penas y medidas de seguridad.

A fin de analizar ampliamente es necesario realizar referencia normativa en Colombia, abordando inicialmente el Código Penal de 1936, siendo este dónde se da inicio al concepto de inimputabilidad en nuestra legislación colombiana.

Código Penal de 1936

El proceder de la misma era confuso, ya que el artículo 29, establecía:

Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier sustancia o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro. (Congreso de la republica, 1936, art, 29)

Según este Código y el análisis que algunos autores le dan al artículo 29 entre ellos. Estrada (1986) la disposición siquiátrica, no define la imputabilidad, sino que enuncia su aspecto negativo, es decir, la inimputabilidad, elimina así, toda función jurídico normativa, para reducirla a un estado de anormalidad síquica, además creaba tres situaciones de enfermedad mental, con valores y contenidos propios, que estaban fuera de la ciencia psiquiátrica. Es necesario entender que no se trata de tener la comprensión de la conducta, sino principalmente de un proceso patológico el cual padece el individuo, ya que este le puede permitir en ocasiones tener instantes de lucidez. Para basar la responsabilidad del individuo, se hace necesario, en muchos momentos, que el análisis de términos característicos que sirven para entender la formación de la voluntad, que no alcanzan puntualmente los lineamentos de la naturaleza, entre ellos la presión sanguínea,

la respiración o la digestión, que por el contrario se manejan por la determinación. Es decir, el hecho reposa en la capacidad del sujeto de reconocer y brindar un control a los impulsos que sobre él incurren y que dirigen su disposición según implícitos de sentido, criterios y pautas de una sociedad; Compone principalmente la esencia del ser humano, realizar una conducta, del instintivo de cada ser humano, como Santo Tomás de Aquino (2005) lo afirma: “Pero son diferentes de la libre voluntad, todas las demás cosas que están dotadas de la naturaleza de lo racional y la conservación de la naturaleza”. Por ende, se genera una posible recriminación penal, teniendo en cuenta que en el derecho penal, no debe ser estimado como un acto formal el hecho de asignar una pena, por el contrario debe mantener otros juicios, ya que, involucraría un retroceso del derecho penal llevándolo a ser un derecho con concepto absoluto y arbitrario. Es cierto que el Código de 1936, dejó atrás que el concepto que los inimputables concurrían en responsabilidad debido a que “peligroso” era el juicio primordial para poder generar una imputación, paralelamente la doctrina frecuentemente había planteado que en su momento la imputabilidad no era presupuesta de la culpabilidad, sino por el contrario de la mera pena.

Código Penal de 1980

Establece que frente a la conducta punible de los inimputables se deriva una consecuencia jurídica, la cual reside en la imposición de las medidas de seguridad, que tradicionalmente persiguen fines curativos y de protección, tales como la tutela, la curación y la rehabilitación (Congreso de la República, 1980).

Continuando con los lineamientos, en su momento modernos, en cuanto al dogmatismo jurídico penal, logrando permitir que en dicho Código se incorporara el

concepto tripartito del delito, y una mera noción de culpabilidad. Teniendo en cuenta dicho criterio, se forja que sin imputabilidad no pueda haber culpabilidad, como bien lo indica Reyes Escandía (1983) sin importar la estructura del delito ni el lugar en que se ubican las diferentes categorías. Lo principalmente importante para el concepto es que sin imputabilidad no hay culpabilidad, así la imputabilidad pasa a instituir en el elemento de la culpabilidad, siendo esto un tema de importancia formal y no sustancial.

Conforme a ello, las causales de justificación e inculpabilidad deben ser establecidas a los inimputables, de igual manera las situaciones de atipicidad de la conducta (Agudelo, 2007). En consecuencia, de lo anterior, se ha establecido por parte de la doctrina que las causales de justificación son objetivas en el sentido de: lo justo o injusto de un acto no depende ni de las creencias del autor, ni de sus cualidades; lo justo o injusto depende de las valoraciones objetivas del legislador (Agudelo, 2004). Con esto, la doctrina ultimó en cuanto al concepto de la inimputabilidad que puede establecerse como un fenómeno accesorio, lo que significa que ante un hecho ciertamente perjudicial, cometido por un sujeto con inmadurez psicológica o que ostente un trastorno mental, tiene el deber el juez de verificar si existe o no una acción que cumpla con la tipicidad del acto, conjuntamente de validar si existen causales de justificación o inculpabilidad, si existiere una coacción o un caso fortuito (Agudelo, 2004).

Finalmente, con fundamento en el Código Penal, se estableció en forma extensa el concepto de inimputabilidad, cuyo análisis y discusión debía hacerse con base a un concepto jurídico-psiquiátrico.

Código penal de 2000

El actual Código penal colombiano en su artículo 33 establece la inimputabilidad como:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere pre ordenado su trastorno mental. (Congreso de la Republica, 2000, art, 33)

Lo anterior establece varios criterios a tener en cuenta para su análisis, entre ellos están los siguientes:

Tabla 1. Análisis inimputabilidad

Criterio	Análisis
Temporal	“En el momento de ejecutar”
Normativo	“La conducta típica y antijurídica”
Valorativo	“Capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión”
Circunstancial	“Inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”

Podemos determinar una órbita más cercana a lo que el legislador quiere dar a entender en cuanto al concepto de inimputabilidad, siendo este el incumplimiento de los cuatros criterios, lo que al momento de juzgar nos lleva a la necesidad de una prueba

científica a fin de valorarla mediante el criterio circunstancial que para este caso es el criterio con mayor relevancia.

Por otro lado, la inimputabilidad recae en la persona de quien se despliega la incapacidad de percibir la ilicitud o para estar de acuerdo con la comprensión.

La inmadurez psicológica

La inmadurez psicológica se ha conceptualizado inicialmente como un “estado anormal del ciclo de desarrollo de la personalidad, anormalidad originada por afectación de una o todas las esferas estructurales como la afectiva, cognitiva, emocional, intelectual y volitiva, que determinan en su conjunto la cosmovisión en cada individuo” (Araque, 2010). Es necesario aclarar que en la legislación Colombiana se ha realizado una independencia entre este concepto y el hecho de ser menor de edad al considerar cada causa independiente la una de la otra, siendo esto en la legislación penal diferente ya que por un lado existe el hecho de ser inimputable por inmadurez psicológica y otra es conseguir un tratamiento específico por ser menor de edad. De igual forma la inmadurez psicológica según Velasquez (2009) afirma:

Es el desarrollo incompleto de la personalidad humana que puede ser producto tanto de una indebida maduración de la afectividad del agente atribuible a causas psicológicas, como a circunstancias inherentes al contexto social y cultural en el que se desenvuelve el agente lo que le impide motivarse según los dictados de la norma; comprendiendo en este concepto amplio tanto la inmadurez psicológica como la inmadurez cultural. (pág.32)

El concepto anterior nos brinda un alcance mas amplio en cuanto al concepto de inmadurez psicologica y genera una esfera mas amplia en cuanto a las características de dicho concepto.

Trastorno mental

A fin de analizar el concepto de transtorno mental en la legislación Colombiana es necesario traer a colación la definifiación dada por el autor Reyes Echandia (1964) quien afirma:

Este concepto se ha entendido más de carácter psiquiátrico que jurídico ya que es a dicha ciencia, la psiquiátria, quien determina en cada caso la especie de anomalía mental que padece una persona y si ello ha influido o no en la comisión del delito que se le imputa, al juez le compete estudiar la peritación y de allí concluir si el sindicado es inimputable. (pág.30)

Con la definición anterior podemos decir que en la legislación penal el trastorno mental como fuente de inimputabilidad se puede entender como cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectiva, volitiva o intelectual, o en su conjunto, que lleva a la supresión o a la disminución de la capacidad de comprender y/o determinarse del sujeto que se juzga. (Agudelo Betancur , 1985). Con esta definición podemos intrpretar que no se tiene en cuenta la importancia de la enfermedad mental que padece la persona para efectos de las consideraciones penales, ya que no se menciona y por ende no se cobija la base patológica a la hora del juzgamiento sino a la hora de imponer la medida de seguridad adecuada para la misma.

A fin de aclarar el error enmarcado en la definción anterior es necesario citar el concepto del autor Velasquez (2009) el cual afirma que para efectos jurídicos:

Este concepto ha sido tomado por el legislador del lenguaje vulgar y no del técnico psiquiátrico y que se utiliza para designar toda perturbación del psiquismo humano, patológica o no, que le impide al agente motivarse de conformidad con las exigencias normativas por no poder comprender el carácter ilícito del acto o determinarse de conformidad con dicha comprensión o ambas; dicho estado es permanente cuando tiene duración indeterminada, y transitorio si cesa en un período de tiempo más o menos corto. (pág.855)

A groso modo este concepto nos aterriza a lo que experimenta el juez al tomar la decisión al tener en cuenta o no la patología.

Medidas de seguridad

En el derecho penal está determinado que solo los actos voluntarios son imputables ,haciendo parte de los principios fundamentales , además la conducta al ser voluntaria ,debe ser típica y antijurídica para ser imputable a contrario sensu no interviene la voluntad y ha de ser inimputable, por tanto el autor inimputable del supuesto o antecedente de la pena, o el que al momento de ejecutar el hecho, no posee la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esta comprensión no le será aplicada una pena , sino una medida de seguridad.

Para los sujetos determinados como inimputables el ordenamiento penal colombiano prevé la aplicación de medidas de seguridad enmarcadas dentro del artículo 474 del CCP y artículos 69 a 81 del CP.

Artículo 69 medidas de seguridad

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.
4. La reintegración al medio cultural propio.

Las penas y medidas de seguridad tienen profundas diferencias, desde el hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por lo anterior los fines de las penas y las medidas de seguridad no son iguales. Las penas manejan una finalidad retributiva, de la cual están carentes las medidas de seguridad, ya que sería contrario a los derechos fundamentales castigar desde el punto de vista de la retribución al sujeto que no logra comprender la ilicitud de su conducta.

Por ello, al referirse a las finalidades de estas medidas de seguridad, la Corte Constitucional (1993) señala

No tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios. (p.17).

Por otra parte, la Corte Constitucional (1993) hace énfasis en que

El tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento. Ahora bien, la rehabilitación siquiátrica no tiene topes mínimos de duración, sino que depende en

cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compadece con la preceptiva constitucional, particularmente con el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación. De allí la inconstitucionalidad de los plazos mínimos establecidos en los tres artículos estudiados. (p.19).

Lo anterior enmarca la importancia de un tratamiento con seguimiento por parte del estado a fin de garantizar tanto al sujeto activo y al sujeto pasivo de la conducta que se cumpla con el fin último de la medida de seguridad.

Inimputabilidad Óptica Jurisprudencial

Por otro lado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha venido sosteniendo que la inimputabilidad por trastorno mental se debe a que:

No es el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coeternidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permita vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada lo importante para su declaración judicial. (Corte Suprema de Justicia, 2002, pág, 10)

Lo anterior es trascendente al momento de realizar un análisis judicial ya que se requiere principalmente que la determinación de la inimputabilidad obedezca a la concurrencia de los aspectos “psiquiátricos, psicológicos y jurídicos” (Mojica Araque , 2010, pág. 12)

Con el fin de dar un análisis más profundo la influencia de la inimputabilidad por trastorno mental en el momento de determinar la responsabilidad penal, es necesario tener en cuenta la naturaleza del trastorno mental el cual puede dividirse en dos diferentes aspectos en trastorno temporal y permanente.

Por lo anterior y a fin de argumentar casuísticamente el punto ya tratado es necesario traer a colación una sentencia de fecha seis (06) de marzo de dos mil trece (2013) de la Corte Suprema de Justicia, la cual le corresponde decidir sobre:

El recurso extraordinario de casación allegado por el defensor de Ángela Botero Trujillo contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual confirmó la pena de 80 meses de prisión que le impuso a dicha persona el Juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, después de declararla responsable por el concurso de conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años agravados. (Sala de Casación Penal, 2013)

Es necesario mencionar parte de los hechos de dicha sentencia ya que nos brindara una órbita más cercana de lo sucedido:

Angela Botero Trujillo nació el 8 de abril de 1968, padece de enanismo y tiene dos hijos. Se desempeñaba como docente en el Centro Infantil Psicológico Especializado de Bogotá (CINPE). Sostuvo durante varios meses de 2007 y 2008 un vínculo sentimental con uno de sus alumnos, de diez años de edad. Dicha relación comprendía caricias y besos, incluso en la zona genital del menor.

Cuando la madre comenzó a sospechar acerca de lo que sucedía, el niño le contó todo y ella presentó denuncia ante las autoridades. (Sala de Casación Penal, 2013)

La Fiscalía General de la Nación formuló acusación contra la implicada como autora responsable de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años agravados, en concurso homogéneo, según lo establecido en los artículos 209 y 211, numerales 2 (“cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima”) y 4 (“sobre persona menor de doce años”), de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con la modificación que al tipo básico introdujo el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

El Juzgado Quince Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá presidió la audiencia del juicio oral. Allí la defensa presentó dos testimonios periciales. En uno, el experto afirmó que la acusada “no tenía, ni tiene, la capacidad para comprender la gravedad de los hechos dentro de los cuales se desenvuelve en la vida real”; y, en el otro, que ella “presenta una deficiencia cognitiva que le impide comprender sus acciones [...] y pudieron influenciar su conducta en relación con el delito por el cual se le juzga. (Corte Suprema de Justicia, 2002, pág, 17)

Posteriormente en cuanto a los hechos antes planteados:

El funcionario desestimó el alcance de tales declaraciones y condenó a Ángela Botero Trujillo, como autora responsable de los hechos y cargos materia de imputación, a 80 meses de prisión, así como de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Igualmente, la condenó al pago de perjuicios una

vez agotado lo relativo al incidente de reparación integral y, por último, le negó cualquier mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena privativa de la libertad. (Corte Suprema de Justicia, 2002, pág, 18)

Posteriormente a la decisión apelada por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó en los aspectos objeto de debate, y teniendo en cuenta los hechos la defensa de la antes mencionada, afirma que asumiendo la:

Falta de aplicación del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000. Las dos circunstancias descartaron el fenómeno de la fuerza mayor en la acusada. Ángela Botero Trujillo padecía esquizofrenia crónica y sus condiciones de sanidad mental no le permitían motivarse conforme a los mandatos de la norma penal. Para negar la existencia de fuerza mayor, el Tribunal acudió a conceptos que de aquella había en el siglo XIX. Sin embargo, los avances de la ciencia han demostrado que las enfermedades mentales pueden eliminar en el ser humano la capacidad para comprender el comportamiento o determinarse conforme al mismo. La procesada percibía la realidad de manera diferente e incurrió en los delitos bajo los efectos de su estado mental, una fuerza invisible de la naturaleza que le era irresistible. Por lo tanto, no era responsable de las conductas a ella imputadas. (Corte Suprema de Justicia, 2002, pág, 20)

Si bien es cierto la defensa menciona la enfermedad de la acusada como fuerza mayor sin establecer principalmente como inimputabilidad ya que analizando las pruebas periciales tanto la psicóloga como el psiquiatra manifiestan que dicha persona cuenta con un “Trastorno clínico: esquizofrenia tipo indiferenciado”

(Corte Suprema de Justicia, 2002, pág, 21), ya que padece de dos o más síntomas que hacen parte de dicho trastorno, entre ellas “Ideas delirantes, Alucinaciones y Síntomas negativos.

Pero si bien es cierto y tal como lo afirma el Juez del tribunal, resaltó al respecto que la conducta de Ángela Botero Trujillo frente al menor de edad no era propiamente la de una niña, ni su aducido noviazgo una relación infantil, sino por el contrario exhibía rasgos de notoria connotación sexual, en la cual ella actuaba como una adulta y, además, tenía la conciencia de serlo, así como el temor de ser descubierta por otros ya que adicionalmente la acusada y el menor sostenían conversaciones en las cuales ella evidentemente afirmaba que tenía temor de ir a la cárcel, y adicionalmente era consciente de que su edad era superior a la del menor y su relación era prohibida para la sociedad, ya que no deberían contarle a nadie.

Partiendo de lo anterior y lo mencionado por el tribunal, la Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, resuelve NO CASAR la sentencia, por lo anterior la señora antes mencionada es procesada por los delitos establecidos en según lo establecido en los artículos 209 y 211, numerales 2 y 4 de la Ley 599 de 2000.

El valor probatorio en el proceso penal

La importancia de la prueba como elemento valorativo y determinante para la toma de decisiones del juez:

Es importante precisar la vigencia del sistema penal oral acusatorio ley 906 de 2000 y resaltar que esta apporto un cambio total en cuanto a la renovación de estatutos

legales de sistemas mixtos y con predominio inquisitivo, la cual corresponde a una legislación modernista, evolucionista, habituada a respetar y garantizar los derechos fundamentales de los investigados, los que aportan a su defensa a través de pruebas reales, legales y no de conjeturas, como se tenía en cuenta en las legislaciones anteriores además que los intervinientes dentro del proceso penal se encuentran sujetos a la mayoría de garantías posibles.

La Prueba, es un factor fundamental en cada fase del proceso penal, las pruebas en este, ofrecen garantía jurídica puesto que con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas allegadas, debatidas y controvertidas se obtiene la verdad real de los hechos.

La legislación en su Capítulo III Práctica de la prueba. Parte I Disposiciones generales del CPP Detalla cuáles son los fines de la prueba: la libertad probatoria, la oportunidad de hacerlas valer, su pertinencia, su admisibilidad, su publicad, su contradicción, inmediación, sus criterios de valoración y su conocimiento para condenar o hacerse acreedor a una medida de seguridad, igualmente se establece que para condenar a una persona como autor de un delito, se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, apoyado en las pruebas debatidas en el juicio, la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Esto es Para mejor entendimiento que el operador jurídico en su labor está obligado a establecer la verdad real sin generar duda, por lo cual debe ir más allá de toda duda razonable para fundamentar su juicio, no debe emitir fallos contradictorios a la

prueba, siendo estos acordes, lógicos, firmes y compatibles con la prueba objeto. Puesto que la evidencia que está más allá de la duda razonable es el estándar de evidencia requerido para validar una condena criminal en la mayoría de los sistemas acusatorios.

Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o participe y se hace necesario que la Prueba sea pertinente, pues los hechos deben estar orientados a la demostración de algo inmediato y específico, pero a la vez deben tener relación lógica con lo que es objeto de prueba, deben referirse directa o indirectamente a lo que el proceso requiere saber toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico. (Parra Quijano, 2002, pág. 147)

El ordenamiento jurídico colombiano en materia probatoria, y concretamente en el tema de la valoración probatoria, presenta un vacío relacionado con la problemática al momento en el que el juez debe valorar una prueba catalogada como científica, lo cual está enmarcado en las reglas de la sana crítica y de la lógica, como está consagrado actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano, por ello se hace necesario que el juez tenga más actividad dentro del proceso, y no confié de plano en los dictámenes dados por los peritos sin entrar a evaluar profundamente el resultado aportado, sino que por el contrario se base en unos conocimientos más científicos; para así salvaguardar los principios de celeridad y economía procesal, llegando a la verdad como fin último de la prueba dentro del proceso judicial, materializando así el valor de justicia.

Sin desconocer que En algunos apartados Se sostiene la teoría que el objetivo de la prueba dentro del proceso es “lograr el convencimiento del Juez”, y no “la búsqueda de la verdad”(Beltrán, 2007, págs.30, 31) ésta afirmación tratada por largos años en la mayoría de la doctrina, y avalada por el legislador, se opone otras posturas basadas en la racionalidad y el garantismo, que disponen que el fin de la prueba consiste en la búsqueda de la verdad, y no en lograr únicamente el convencimiento del juez, como tradicionalmente ha sido afirmado.

En diversos casos ciertas pruebas no han sido tenidas en cuenta o no han sido solicitadas aun sabiendo que esta adquiere toda su dimensión cuando un juez la emplea para lograr el objetivo de convencerse totalmente de algún hecho, por la falta de conocimiento especializado, La prueba científica, exige que el juez posea un conocimiento interdisciplinar, que no cree vacíos en su valoración, para abarcar el tema es imprescindible nombrar el concepto de ciencia, determinándolo como:

El conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales, un amplio ejemplo de ello es la química, la física, las matemáticas, la ingeniería, biología, la genética, etcétera. Las ideas y resultados aportados por estas ciencias son relevantes para establecer, valorar e interpretar hechos que deban ser probados en un proceso, pero surgen dificultades con las ciencias denominadas “humanas” o sociales, como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología, la crítica literaria, ya que se evalúa si pueden ser

consideradas realmente como “ciencias dado que carecen de factores de verificabilidad. (Taruffo, 2006., pág. 146-148)

La aplicación de un conjunto de conocimientos estructurados, científicos o especializados y específicos en materia probatoria, han de entenderse como un instrumento que genera certeza del resultado.

Esto se puede evidenciar en el caso de la prueba de ADN, la cual tiene un alto grado de probabilidad, que a pesar que no es absoluto tiene un margen de error muy pequeño, es por ello que se pone en consideración en ciertas modificaciones frente al principio rector del derecho probatorio que establece que el juez no debe acudir al conocimiento privado; Siendo optimo que el juez maneje conocimientos científicos que le permitan valorar adecuadamente una prueba científica, y además tener respaldo de prueba pericial para determinar la existencia, inexistencia, veracidad o probabilidad de un hecho, complementado totalmente el conjunto de elementos de juicio sobre los cuales debe basar su decisión, y así tener mayor grado de probabilidad sobre si lo manifestado por el perito contribuye al fin último de la prueba, que es la búsqueda de la verdad. Para ultimar este apartado cabe resaltar la diferencia que existe entre la prueba pericial y la prueba científica dando como resultado que:

La pericia se desarrolla por medio de profesionales especialistas en el tema de que se trata, manifestando que algunas implican conocimientos más especializados que otras; el perito es un profesional que traduce el registro de un determinado objeto hacia el juez para ampliar su conocimiento. En cambio, la prueba científica

requiere una comprobación experimental o examen particular en cada caso, pero no comprobación o un examen experimental simple y sencillo, sino de alta complejidad, que solo pueden hacer especialistas, o grupos de éstos, con elementos físicos o químicos también de alta complejidad. (Falcón, 2009, pág. 206).

La norma no cita de manera específica los criterios técnicos de valoración de la prueba científica como por ejemplo, una exigencia en conocimientos técnicos por parte del juez; se limitan únicamente a nombrar la sana crítica lo cual se considera un concepto ambiguo, etéreo y abstracto, puesto que este concepto incluye la lógica, las reglas de la experiencia, y el sentido común o como lo afirma Taruffo (2006)

Ninguno de los estatutos consagra criterios técnicos de valoración de dicha prueba, como por dada la complejidad del razonamiento probatorio, un buen juez no solo debe conocer las normas sobre admisibilidad de las pruebas o sobre el procedimiento probatorio, sino también los métodos de conocimiento de otras ciencias, dado que la inferencia probatoria no solo toma como reglas de inferencia máximas de experiencia y presunciones, sino también definiciones y teorías.

(p.130)

El informe técnico puede ser relativamente útil, y también relativamente fiable, en la medida de que el juez se encuentre al mismo o mejor aún en mayor nivel de conocimiento del correspondiente tema, indagando y verificando la corrección y la validez científica de las respuestas del perito. Un juez que desconozca totalmente la

materia científica sobre la cual versa la consulta, tendrá dificultad para sacarle utilidad a la declaración del perito.

El garantismo penal en los casos de inimputabilidad en cuanto al sujeto activo.

La legislación penal en Colombia ha estado guiada desde sus inicios por la teoría garantista, la cual, sirve en la estructuración de la doctrina y explica la esencia del estado social y democrático de derecho.

Colombia es un país en vía de desarrollo el cual busca que el derecho penal sirva como instrumento para contrarrestar la comisión de delitos, el análisis del hecho criminal, hecho por los sujetos procesales conlleva a la incursión de medidas propias de estados absolutos de derecho, en donde los ciudadanos se encuentran condicionados por la dogmática jurídico-penal, estimulando situaciones de tensión entre la operación judicial y la idea de justicia debatida entre víctima y victimario.

Cabe resaltar que el código penal cuenta con un sistema en el que ha optado por la separación entre penas y medidas, diferenciadas por la condición del sujeto que realiza la comisión del delito, el tema en el cual se ondeara en el presente escrito está encaminado hacia el hecho donde el inimputable es quien actúa como victimario de dicho suceso, estudiando la funcionalidad del articulado en los casos de patologías con trastornos mentales, en contraste con la órbita garantista por parte del estado; frente a la medida impuesta por el juez tomada como posible solución que en cierta medida no

resulta serlo, puesto que la competencia es trasladada y guiada con un fin no concordante con el inicial.

Es así como puede observarse el papel que cumple el operador judicial frente a estos casos, como, de cierta manera se limita a determinar únicamente el estado de inimputabilidad y remite la responsabilidad al sistema de seguridad social en salud (art 465 CPP) y es en ese momento donde se observa la transgresión del discurso garante por parte del estado.

Si bien el derecho fue considerado desde su comienzo como una figura que crea orden social, esto reflejado más exactamente en el derecho romano, más adelante la ley adquirió un carácter exegetico con el cual el operador judicial no estaba facultado para proponer una perspectiva distinta a la planteada en el anunciado, la evolución del derecho no quedo simplemente en la creación de normas encaminadas a la organización de la parte política del estado o solamente a un conglomerado de restricciones por parte de este, ya que ocurrieron sucesos sociales que conllevaron a entender que el derecho debe optar por una posición cambiante, mas no estática, por ello se decidió incluir principios y valores los cuales fundamentarían dicha normatividad, igualmente la necesidad de integrar y asignar cargas a diversos agentes del estado más precisamente para la ampliación en la toma de decisiones no encaminada hacia una sola perspectiva rígida.

Las implementaciones de estas nuevas prácticas empiezan a mostrar el derecho como un todo materializado en una norma fundante o mejor llamada constitución con la cual se proponía brindar nuevas formas de protección tanto al individuo como a la

sociedad en general por parte de esta, tal como indica Ferrajoli (2009) "Dentro del estado constitucional hubiese un nexo garantista" (pág. 6). El derecho adquiere una postura como herramienta para custodiar por los intereses vitales y mínimos para la subsistencia de la sociedad, en igual medida establece medidas encaminadas a la reparación de la víctima, rehabilitación y bienestar quedando así subordinado el ejercicio de creación del derecho a los esquemas de validez y legalidad requeridas, es decir, las formulaciones jurídicas actuales o futuras, deberán cumplir con los requisitos constitucionales formales y mínimos para su expedición como bien lo indica Ferrajoli, (2009) "La constitución no es una mera norma positiva, sino una presentación abreviada del mínimo moral que el derecho tiene la función de proteger" (pág. 35). Por eso la expresión garantismo es considerada como una forma técnica de la palabra garantía, y en gran medida va a ser el operador jurídico más precisamente los jueces, quien cuenten con la potestad de ser los garantes de dicho principio, en la medida de la ejecución de su función; con la aplicación e integración de valores que expresan su criterio de valoración, fijando límites para el sujeto dentro del derecho penal dentro de un marco de protección de derechos fundamentales, al momento de la decisión judicial. Es importante recordar que los principios del garantismo se desarrollaron en un principio en la ciencia penal para luego hacer una transición al constitucionalismo.

Para entrar en el marco del sistema penal y más puntualmente en el articulado de la inimputabilidad el cual toma a un individuo particularmente identificado como inimputable, dentro de una argumentación garantista, la cual actuara en una posición protectora mientras este en curso su rehabilitación, en custodia del juez que se pronuncie.

En cuanto a la libertad cabe mencionar que es el derecho más restringido en el campo del derecho penal, en la mayoría de las situaciones previstas como castigo, y es en este punto cuando el garantismo tiene aplicabilidad por lo menos a nivel teórico.

La libertad personal abre paso a todos los derechos del sujeto en espera de ser sentenciado, existiendo un nexo permanente, que la teoría del garantismo puede brindar para el desarrollo de decisiones judiciales que tengan que ver directamente con los efectos después de proferido un fallo, esto es, con la reclusión en centros hospitalarios o en establecimientos penitenciarios en lo que concierne con los inimputables, observados ante la sociedad como sujetos peligrosos, debido a la etiqueta propuesta por el legislador, la cual enmarca a este individuo con incapacidad para adoptar un comportamiento en el entorno social, es por esto que se hace indispensable encontrar un garantismo social el cual contribuya en el desarrollo de políticas públicas de salud y prevención de patologías presentes en las personas con padecimientos de alteraciones mentales, en el contexto de garantismo social se pretende proporcionar el conjunto de garantías, todavía bastante escasas e imperfectas, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, entre otros.

En el caso de los inimputables, el legislador penal creó unas categorías especiales creando una diferenciación de las personas, los que razonan y saben las consecuencias de sus actos y los que aparentemente no tienen dominio de lo que se dice hicieron, es decir el sujeto para la normatividad penal se diferenciará entre imputables e inimputables y se distinguirán a su vez de otras clasificaciones enmarcadas dentro de los propios inimputables. Pero aquí la clasificación es normativa más no social,

El desviado de lo aparentemente normal, primero resulta ser etiquetado por un moralista legislativo quien pretende conservar un orden a lo cotidiano de la vida; creado el supuesto normativo; segundo, los encargados de aplicar las leyes dependerán de lo que la *lex artis* manifieste sobre las patologías estadísticamente aprobadas para finalmente, como una tercera categoría, depender de la decisión de un juez, el cual, si el dictamen clasifica al sujeto como desviado, éste no le resta más que proferir una decisión muchas veces correspondiente a una medida de seguridad sin ir más allá. (Becker, 2012, pág.24)

Entre más individualizada sea el calificativo más identificado estará en la sociedad, en donde esta empleará mecanismos de defensa, en especial como rechazarlo o aislarlo para finalmente terminar determinándolo como un ente sin corresponsabilidad en ningún medio activo de gente racional, por lo tanto, un individuo de tales características sería mejor tenerlo aislado. Cuando se genera una reacción psíquica anormal en el sujeto, no es necesariamente con influencia de patologías dominantes en los procesos conscientes de la mente humana, pero que logran alterar el comportamiento temporalmente sin dejar un rastro identificable como antecedente, pero sí secuelas después del episodio.

Los trastornos mentales son de dos órdenes; temporales y transitorios, vistos desde el argumento judicial cuando a casos concretos se refiere, encontramos importante anotar cómo los delitos más comunes donde el sujeto agresor fue estudiado desde la inimputabilidad fueron los de homicidio, hurto calificado, actos sexuales abusivos, fabricación y tráfico de armas de fuego, secuestro, homicidio agravado, así como la

tentativa de homicidio, Evidenciado en diversos expedientes y donde deja ver que la inimputabilidad no puede ser tomada como algo estático, con lo cual corresponderá a una conclusión jurídica, esto es, aquello que en derecho se determine en el contenido de una providencia judicial sobre una situación particular, aunque tendrá el juez penal como aporte a su evaluación de argumentos el dictamen psiquiátrico, éste deberá observar con apego a otras pruebas si la conducta realizada fue comprendida por el posible inimputable, aunque es preciso resaltar que las valoraciones psiquiátricas deben traerle alguna información al juez, "Siempre que en el curso de la investigación aparezcan datos que permitan fundadamente suponer que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad por trastorno mental" (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 1982, pág. 15), siendo en ésta última fase donde el Estado debe garantizar un tratamiento especial al presunto inimputable con trastornos mentales, ubicándolo en establecimientos hospitalarios para que puedan ser tratados; practicando evaluaciones tanto médico-psiquiátricas como de orden legal.

Existe la posibilidad de que el inimputable pueda recibir su tratamiento de manera ambulatoria, situación que deberá estar avalada por el especialista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, pero será el juez de ejecución quien vigile la medida de seguridad para verificar que el sujeto se encuentra realmente rehabilitado en tratándose de los trastornos mentales transitorios. Ahora bien, la medida de seguridad se puede eventualmente considerarse permanente si se demuestra un grado agudo en su patología, pero en todo caso, ésta no podrá prolongarse indefinidamente.

La inimputabilidad es una situación que requiere ser probada dentro de los lineamientos de la libertad probatoria, la oportunidad de hacerlas valer, su pertinencia, su admisibilidad, su publicidad, su contradicción, inmediatez, sus criterios de valoración y su conocimiento para emitir un juicio y poder acceder a una diferenciación de la persona inimputable en aras de brindarle un trato garantista en todo el proceso.

Aunque el concepto garantista se ve interrumpido en el momento en el que el sujeto determinado como inimputable es acreedor de la medida de seguridad impuesta por el operador jurídico con el sustento de la obtención de un debido tratamiento, el cual no se realiza en los establecimientos carcelarios administrados por el INPEC; si no que la carga de responsabilidad del garantismo penal es trasladada a los centros médicos especializados cuya vinculación depende de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS.

Es allí donde se posiciona como un tema de política pública en cuanto el manejo de las personas inimputables en donde el Ministerio de Salud, en coordinación con la administración municipal y departamental contrate con entidades especializadas en áreas de salud mental en donde se le preste el tratamiento a seguir por el jurista, aunque el encargado deba presentar informes al juez de ejecución de penas sobre el tratamiento, mejoría o situación mental del inimputable mientras dura la medida de seguridad, es evidente mencionar la existencia del desprendimiento de las funciones garantistas propias del ius puniendi con miras a la mejoría del cuerpo y mente del sujeto afectado.

El derecho penal garantista no se extiende hasta la realización de la persona en cuanto a su mejoría mental para dejar de ser un inimputable, sino que apunta a dejar en

manos de las EPS o IPS su tratamiento, desligándose de lo que pueda sucederle dentro de los centros asistenciales creándose nuevas situaciones de vulnerabilidad para este.

Además de poner en cierto grado de vulnerabilidad a la sociedad puesto que al no realizarse un seguimiento adecuado y al cumplirse el termino propuesto dentro de la medida de seguridad no se tiene certeza de la mejoría, rehabilitación, impuesta al sujeto. Con lo cual es imposible establecer si dicha medida debe continuar o cuales deben ser los parámetros a seguir según el concepto de los especialistas puesto que algunos trastornos no cuentan con evolución alguna y con esto persistiría un inminente peligro en el entorno y en general a la sociedad que rodea al individuo (inimputable).

Para hacer más evidente esta falencia que existente dentro de este marco jurídico es importante mencionar y más allá analizar el caso propuesto en el proceso:

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.

Síntesis de los hechos:

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 ingreso 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. Corte Suprema de Justicia, 2017 pág. 2)

Síntesis de la actuación procesal:

al señor JESÚS MARÍA MARTÍNEZ DIOSA se le atribuyeron 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 7° 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 2° del artículo 307 del C.P.P. 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 respectivos recursos de apelación.

(Corte Suprema de Justicia, 2017 pág. 3)

Intervención del representante de víctima:

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. (Corte Suprema de Justicia, 2017 pág. 6)

Intervención de la defensa:

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. (Corte Suprema de Justicia, 2017 pág. 7)

Es importante resaltar, la aclaración queda la defensa en cuanto a que 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 Diossa padece de inmadurez psicológica, afectación para la cual jamás ha recibido tratamiento alguno.

Adicionalmente, el Juez acertó ya que con la imposición de la sanción al señor Martínez Diossa 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, 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 Diossa, 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.

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. (Corte Suprema de Justicia, 2017 pág. 14)

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 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 los principios establecidos en la Ley No. 1.098 de 2006, especialmente los consagrados en los artículos 8° y 9° de esa norma, que señalan tanto el interés superior del menor como la prevalencia de sus derechos por encima de los de los demás miembros de la sociedad.

Bajo esa óptica, considero 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 5° 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.

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 a 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. (Corte Suprema de Justicia, 2017 pág. 16)

Finalmente, acorde con todo lo antes expuesto, el tribunal revocó 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 trabajo impuesta al Procesado Jesús María Martínez Diosa y en consecuencia ordenará que se dé ejecución a la misma.

Conclusiones y Recomendaciones

Inicialmente el termino de inimputabilidad es de trascendental importancia en el dogmatismo penal ya que permite construir una estructura de conceptos desde el horizonte de varias disciplinas, siendo esta la disciplina orientada al estudio de la conducta humana, básicamente a las que se encuentran regladas dentro del Código Penal Colombiano, en donde el inimputable, de acuerdo a su condición, debe ser tratado jurídicamente diferente, frente a la imposición de la sanción.

En cuanto al análisis realizado a la norma y a su paso histórico, se logra entender el concepto de inimputabilidad por la incapacidad de un sujeto de ser responsable, siendo un determinante la falta de conocimiento de la ilicitud de la conducta y la insuficiencia de dirigir su mera voluntad, al momento de la comisión de dicha conducta punible; por la falta de carácter sociocultural o por una afectación de la psiquis sobre su cuerpo, que no le permiten estimar apropiadamente la juridicidad y la antijuridicidad de sus conductas y llegar a la determinación de la conducta.

En el momento que un individuo, se encuentra con una de las causales de inimputabilidad, no podrá estar sometido a la imposición de una pena, por el contrario será de una medida de seguridad.

Se debe prestar atención, a cada una de las causales de inimputabilidad que consagra nuestro código penal en relación, ya que la misma abarca de manera general cada una sin asegurar un trato diferente o un procedimiento distinto para cada una ya que

el sujeto requiere un trato especial según su condición, no basta con interponer la medida de seguridad, si no además con brindar las garantías necesarias para la ejecución de la mismas.

En cuanto al garantismo penal, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho que tiende a inclinarse por la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos, especialmente en los procesos penales el garantismo se ve mayormente vulnerado o por el contrario refleja la importancia que tiene como sujeto , en el concepto de inimputabilidad en aras de efectuar una protección especial tanto para sí como para su entorno, ya que actualmente el discurso de protección de derechos se mueve en un sistema social de garantías para todos los ciudadanos, debe el mismo brindar las herramientas en donde el derecho sea visto como un todo y no sólo una parte especializada para tratar determinados asuntos, porque finalmente el Estado en su calidad de garante, sea cual sea la decisión del juez debe propender por no afectar ni los derechos fundamentales del sujeto activo, ni los derechos de los demás miembros de la sociedad.

Finalmente, se delimita la conducta y se encasilla en el artículo 209 CP, siendo este precisamente quien direcciono la presente investigación, ya que el estudio de caso se realizó con referencia a los temas abordados, muestra de manera práctica el planteamiento del problema ya mencionado y la limitación con la que cuenta el juez al determinar únicamente la condición de inimputabilidad del sujeto activo en la comisión

de dicha conducta ,ya que en la ejecución de la medida seguridad se evidencia que el estado no proporciona una posición garantista para el sujeto activo puesto que la misma no se despliega al punto de concretar una mejoría mental para él individuo, si no que remite la responsabilidad a las EPS o IPS el tratamiento correspondiente dejando en situación de vulnerabilidad tanto al sujeto activo como a la víctima ya que al no tener pleno seguimiento de su evolución se abre paso a una posible suspensión, sustitución o cesación de la medida la cual puede generar inminente riesgo para la sociedad en general al momento de inmiscuirse con un sujeto que no se encuentra con las condiciones aptas para asumir un comportamiento, lo que se convierte en el escenario perfecto para la infracción a los derechos humanos de los demás ciudadanos puesto que es altamente vulnerable tanto para su entorno como para sí mismo.

Dado el cumulo de las anteriores observaciones podríamos concluir de manera general que el alcance del articulo 33 dentro de la legislación penal abarca el concepto de inimputabilidad y delimita igualmente de manera muy amplia el mismo, con lo cual se ve restringido dicho alcance , ya que no enmarca de manera específica cada una de las condiciones patológicas que contribuyen para que el sujeto que las padece sea catalogado como tal, dejando una serie de vacíos para que las mismas puedan ser legalmente tratadas, así mismo se muestra la evidente imitación del juez por falta de experticia frente a la valoración de las pruebas científicas las cuales deben considerarse

con mayor valor probatorio, ya que son realmente las que acercan de manera más detallada y certera a la verdad según la condición generada en el sujeto activo y así determinar la medida de seguridad correspondiente y el seguimiento total según su condición, obteniendo y garantizando el fin último para lo cual fueron creadas las mismas.

Lista de referencias

- Agudelo, N. (1985). *Homicidio en las circunstancias del numeral 5 del artículo 324 del Código Penal*. Revista Nuevo Foro Penal No. 27.
- Agudelo Betancur, Nodier. (2007). *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. Bogotá: Temis S.A. p. 84
- Agudelo Betancur, Nodier. (2004). *La defensa putativa en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 27
- Araque, C. A. (2010). *Derecho penal parte general, fundamentos*. Medellín : Sello editorial Universidad de Medellín.
- Becker, H. (2009). *Outsiders, hacia una sociología de la desviación*. (Jaime Arrambide, Trad): Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.
- Beltrán, J. F. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Código de infancia y adolescencia Ley 1098 de 2006, libro II, Capítulo I, Artículo 139. (s.f.).
- Congreso de la República, *Código Penal Colombiano de 1936*. Ley 95 de 1936. Bogotá: Ortega y Gasset, 1945
- Congreso de la República, *Código Penal Colombiano de 1980*. Decreto Ley 100 de 1980. Bogotá: Temis, 1980
- Congreso de la República, *Código Penal Colombiano de 2000*. Ley 599 de 2000. Bogotá: Legis S.A, 2007
- Corte Constitucional, *Sentencia del 06 de mayo de 1993*, MS. Alejandro Martínez Caballero, Demanda N° D-202.
- Corte Suprema de Justicia, *Sala Penal, Sentencia del 13 de octubre de 1982*, MP. Alfonso Reyes Echandía, Acta número 77.
- Corte suprema de Justicia, *Sala penal, Sentencia del 14 de Febrero de 2002*, MP. Julio Enrique Socha Salamanca, Acta No. 069
- Corte suprema de Justicia, *Sala penal, Sentencia del 24 de abril de 2002*, MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte suprema de Justicia, *Sala penal, Sentencia del 06 de marzo de 2013*, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

- Corte suprema de Justicia, *Sala penal, Sentencia del 28 de abril 2017*, MP. Manuel Yarzaray Bandera, acta número 374.
- Estrada Vélez, Federico. (1986). *Derecho Penal parte general*. Bogotá: Temis. p. 229.
- Falcón, E. M. (2009). *Tratado de la Prueba Civil. Comercial. Laboral. Penal. Administrativa*. (2da ed.). Buenos Aires: Astrea
- Fernández, J. S. (1999). *Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista*. *Nuevo Foro Penal* (págs. 95-124). Colombia: Temis.
- Fernández, J. S. (2003). *Causales de ausencia de responsabilidad penal*. *Revista De Derecho* , 1-18.
- Ferrajoli, L. (2009) *Garantismo*. (Andrea Greppi Trad.) Madrid: Trotta.
- Grosso García, Manuel Salvador. (2003) *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hare, R. (2013) *20 Ragos de psicopata puro*. Madrid: Revista el mundo.
- Hassemer, W. (2011). *Sección de Derecho Penal de la Real Académi de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*. *Revista para el análisis del derecho*.
- Instituto de Investigaciones Biomédicas de Barcelona, (2013). *El cerebro humano, ese pequeño desconocido*. *Semana de la ciencia y la tecnología*.
- León, H. D. (2013). *Ladrones de Inocencia: La Pedofilia*. www.derecho.usmp.edu.pe, 1, recuperado el 01 de Diciembre de 2017.
- Mojica Araque , C. A. (2010). *Derecho Penal-Parte general Fundamentos*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.
- Monge, S. Neuromarca. Obtenido de <http://neuromarca.com/blog/los-lobulos-del-cerebro-y-sus-funciones/>, recuperado el 01 de Diciembre de 2017.
- Parra Quijano, J. (2002). *Manual de derecho probatorio* (13 ediciones). Bogotá: Ediciones Librería del profesional.
- Reyes Echandia , Alfonso. (1964). *Derecho penal Colombiano: parte general*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Reyes Echandia, Alfonso. (1978). *La imputabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Echandia , Alfonso. (1983). *La imputabilidad*. Bogotá: Temis, p. 35.

- Sánchez, B. F. (2011). *Avances en neurociencias y responsabilidad jurídico-penal*. Madrid-españa: Universidad autónoma de madrid.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis, 1996
- Taruffo, M. y. (2006.). *Estudios sobre la prueba* (1ra edición). Mexico: Editorial universidad nacional autónoma de México.
- Tomas de Aquino. *Tratado de la ley. Sobre el poder de la ley humana*. Suma Theológica. Buenos Aires: Quadrata, 2005. p. 72.
- Velasquez, F. V. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Medellin : Libreria Juridica Comlibros .
- Verde, M. Á. (2006). *La Psicología criminal: desarrollo conceptual y ámbitos de aplicación*. Madrid: Pearson Educación.