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 – 18 de mayo de 2017

Proceso: Penal – Confirma parcialmente sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66001 60 00 036 2009 03672 01

Acusado: LUIS HERNANDO MONTOYA MEDINA

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: INASISTENCIA ALIMENTARIA / REVOCA SUBROGADO DE LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL.** [E]l señor Montoya Medina cumple con los requisitos exigidos en los numerales 1º al 3º del art. 38 B del C.P., y por ello se le sustituirá la prisión intramural por la domicilaria, debiendo garantizar mediante caución juratoria el acatamiento de las siguientes condiciones: a) No cambiar de residencia sin autorización previa del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. b) Reparar dentro del término de seis meses los daños ocasionados con el delito, de manera prevista en el literal b) del artículo, salvo que demuestre insolvencia 38B del CP, salvo que se demuestre su 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 encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá observar las condiciones de seguridad contenidas en los reglamentos del INPEC para el acatamiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. La ejecución de la medida de prisión domiciliaria se cumplirá en el lugar de residencia del sentenciado, acompañada de un mecanismo de vigilancia electrónica. La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por el procesado ante el juzgado de conocimiento dentro de los cinco días siguientes a la notificación que se le haga de esta sentencia. Finalmente debe decirse que en caso de que el señor Montoya Medina no convenga con su hija BRILLI DAYANA MONTOYA MORALES el monto de los perjuicios a indemnizar le queda la posibilidad de pedir al juez que los tase de manera provisional, para hacerse acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 434 del diecisiete (17) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:45 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 036 2009 03672 01 |
| Procesado | Luis Hernando Montoya Medina |
| Delito | Inasistencia alimentaria |
| Juzgado de conocimiento | Segundo Penal Municipal de Pereira |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el delegado de la FGN, y la representante de la víctima, contra el fallo de primera instancia del 15 de marzo de 2007 del juzgado 2º penal municipal con funciones de conocimiento de esta ciudad, en la cual se dictó sentencia condenatoria en contra del señor Luis Hernando Montoya Medina como responsable del delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de sus hijas J.F.M.M. y B.D.M.M., proceso en el cual el incriminado aceptó cargos al inicio de la audiencia de juicio oral.

1. ANTECEDENTES

2.1 Según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

El 10 de enero de 2013 la señora Ana Francisca Morales instauró denuncia por el delito de inasistencia alimentaria en contra del señor Luis Hernando Montoya Medina, quien desde el 30 de abril de1997 se comprometió a pagar una cuota alimentaria por valor de $60.000 a favor de sus hijas J.F.M.M. y B.D.M.M.. Sin embargo, desde el mes de diciembre de 2011, el señor Montoya Medina se sustrajo injustificadamente de dicha obligación.

2.2 ANTECEDENTES PROCESALES

2.2.1 Conforme a la anterior situación fáctica; la FGN, los días 22 de agosto del año 2014[[2]](#footnote-2) y 13 de enero del año 2015[[3]](#footnote-3), le imputó al señor LUIS HERNANDO MONTOYA MEDINA el delito de inasistencia alimentaria descrito en el Título VI, Capítulo IV, artículo 233, inciso 2o porque las víctimas eran menores de edad.

2.2 El juez de conocimiento aclaró manifestó que su Despacho, venía conociendo de dos procesos seguidos en contra del inculpado LUIS HERNANDO MONTOYA MEDINA, por el punible de inasistencia alimentaria bajo los radicados 660016000036201300096 y 660016000036200903672, dentro de los cuales por cumplirse con los presupuestos del artículo 51 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, en audiencia del 10 de febrero del año 2016, se decretó la figura procesal de la conexidad quedando la investigación identificada con el radicado 660016000036200903672[[4]](#footnote-4).

2.3 Al instalarse la audiencia de juicio oral y con base en lo dispuesto en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, el acusado informó al juzgado que era su deseo admitir su responsabilidad frente al delito de inasistencia alimentaria por el cual fue acusado, de tal manera que el juzgado verificó la voluntad del implicado frente a ese sometimiento a la judicatura, y corroborada la misma, que se suscitó con la debida asesoría de la defensa, fue aprobada esa aceptación de cargos y por ende se anunció un fallo de condena.[[5]](#footnote-5)

1. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

LUIS HERNANDO MONTOYA MEDINA, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.120.784; expedida en Pereira, Risaralda; nacido en Pereira, Risaralda, el día 2 de septiembre de 1965, hijo de Israel de Jesús y María, de ocupación conductor. Residente en la Manzana 1 Casa 11 Barrio Vela 2 del sector Frayles del municipio de Dosquebradas.

1. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.

En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia y como en este caso los recursos propuestos se centran exclusivamente en la concesión del subrogado de la condena condicional al procesado, se hace referencia a la parte pertinente del fallo recurrido así:

4.1 Se partió de una pena de 32 meses de prisión y multa equivalente a 20 SMLMV.

4.2 En virtud de la aceptación de cargos que hizo el procesado al inicio del juicio oral, la pena fue reducida a veintiséis (26) meses y veinte (20) días de prisión, y multa de 16.66 (sic) SMLMV para el año 2009.

4.3 En lo relativo al subrogado de la condena de ejecución condicional el *A quo* hizo las siguientes consideraciones:

* Como el delito por el cual es sentenciado el señor Montoya Medina fue cometido con anterioridad al año 2014, se debe dar aplicación al texto original del artículo 63 del C.P. ya que en ese período, no estaba vigente la ley 1709 de 2014.
* Sin embargo resulta indiferente la aplicación de cualquiera de esas normas, ya que el sentenciado satisface los requisitos de índole objetivo y subjetivo del artículo 63 del C.P, en la medida en que no se supera el límite objetivo de pen, para acceder al beneficio.
* La conducta sancionada no reviste gravedad distinta a la que le es consustancial al tipo legal.
* El procesado no presenta antecedentes.
* Al ponderar lo dispuesto en los artículos 193 y 199 de la Ley 1098 de 2006, se debe aplicar la norma posterior, esto es el artículo 199 del C.I.A. que enuncia los delitos por los cuales se prohíbe conceder el subrogado en mención que vienen a *ser* homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa*,* delitos contra la libertad*,* integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, es decir que no incluyen el contra jus de Inasistencia Alimentaria.
* El canon 193 del C.I.A. prohíbe en su numeral 4º (sic), la concesión del subrogado previsto en el artículo 63 del C.P. cuando las víctimas sean niños, niñas o adolescentes. Sin embargo el legislador no efectuó una relación concreta de los delitos para los cuales se prohíbe otorgar sustitutos, por lo cual se debe aplicar la norma posterior que es más favorable.
* El juez de primer grado hizo referencia al precedente CSJ SP del 5 de agosto de 2015, radicado 46332 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, donde se expuso que se debía dar aplicación al numeral 6º del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 por lo cual cuando un adulto era sancionado por un delito doloso del cual fuera víctima un niño, niña o adolescente, se debía negar el subrogado previsto en el artículo 63 del Código Penal si no se habían indemnizado los perjuicios causados, pronunciamiento que se produjo precisamente dentro de un proceso por inasistencia alimentaria, en la cual se hizo énfasis en que esa prohibición se encontraba regulada por una norma especial contenida en el C.I.A..
* Sin embargo la SP de la CSJ no hizo ninguna mención sobre la aplicación de una “norma posterior”, como el numeral 4º (sic) del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 que resulta ser una regla más favorable, por lo cual se debe acudir a lo dispuesto en la ley 153 de 1887, en el sentido de que la norma posterior prevalece sobre la anterior.
* Por lo tanto, si se niega el subrogado penal “sería peor el remedio que la enfermedad” ya que si se priva de su libertad al obligado a suministrar alimentos a su descendencia pese a no registrar antecedentes penales, igualmente se privaría a sus descendientes de recibir esa prestación, además del pago de los perjuicios causados.
* En consecuencia, al considerar que se debía aplicar el numeral 4º del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 y que no obraba ninguna prohibición al respecto, ya que el delito atribuido al procesado no estaba relacionado en esa norma, el *A quo* decidió conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, al señor Montoya Medina, bajo diligencia de compromiso por un período de tres años contados desde la ejecutoria del fallo.
* Finalmente expuso con base en CSJ SP del 16 de marzo de 2011, radicado 32685 y CSJ SP del 4 de marzo de 2015, radicado 45491, que el período en que se presentó la conducta omisiva denunciada, estaba fijado entre el año 1999 y el 10 de febrero de 2016, cuando se realizó la audiencia de formulación de acusación.
* La sentencia fue apelada por el delegado de la FGN y la apoderada de las víctimas.

5. SOBRE LOS RECURSOS INTERPUESTOS.

5.1 Delegado de la FGN (recurrente)**[[6]](#footnote-6)**

* Centró su inconformidad en la concesión del subrogado de la condena condicional en favor del procesado, ya que en su criterio se debió aplicar el numeral 4º (sic) del artículo 193 de la ley 1098 de 2006, que prohíbe reconocer ese beneficio en casos como el presente donde las menores BDMM y JFMM (sic) no habían sido indemnizadas por el procesado.
* No resultaba procedente afirmar que el artículo 199 del C.I.A era una “norma posterior”, ya que se debe entender que se trata de una regla especial que se relaciona con unos delitos diversos en atención a su particular gravedad, por lo cual el artículo 193-4 (sic) de la ley 1098 de 2006, no tenía ese carácter.

5.2 Apoderada de la víctima JFMM.(recurrente)

Repitió la misma argumentación del Fiscal para solicitar que se negara el subrogado en mención.

5.3 Apoderada de la víctima BDMM (recurrente)

* La apelación se circunscribe a la concesión del subrogado penal en mención, en favor del señor Montoya Medina.
* Su argumentación resulta similar a la de los otros recurrentes en cuanto invoca el numeral 6º del artículo 193 de la ley 1098 de 2006 en lo relativo a la obligación de cancelar los perjuicios causados para tener derecho a ese beneficio, lo que resulta compatible con el principio de prevalencia de los derechos de los menores que establece el artículo 44 de la CP, ya que el procesado no ha efectuado ese pago, máxime si para la fecha de entrada en vigencia de la ley 1098 de 2014 ya estaba vigente esa prohibición.
* Esa posición fue asumida en el precedente CSJ SP del 5 de agosto de 2015, radicado No. 46332, y fue acogida por esta Sala en decisiones del 10 y 15 de noviembre de 2016.
* Pide que se revoque la decisión de primera instancia en ese acápite puntual. Agregó que en su oportunidad el juez de EPMS podría reconocer el subrogado en favor del procesado, de cumplirse el requisito exigido por el numeral 6º del art. 193 de la Ley 1098.

5.4 Defensor (No recurrente)

* Los hechos fueron denunciados en el año 2009.
* Pese al criterio de prevalencia de los derechos de los menores igualmente se deben respetar las garantías de su representado, ya que en el presente caso se debe aplicar el principio de favorabilidad de la ley penal tal como lo establece el artículo 29 de la Constitución y como lo consideró el juez de primer grado. Solicita que se confirme el fallo recurrido.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

6.1 Con base en el principio de limitación de la segunda instancia el problema jurídico planteado se centra en resolver el grado de acierto de la decisión de primera instancia, en la cual se le concedió al señor Montoya Medina el subrogado de la condena de ejecución condicional, luego de ser sentenciado por la conducta de inasistencia alimentaria.

6.2 En ese sentido hay que manifestar que en la decisión de primera instancia se consideró lo siguiente sobre ese aspecto del fallo:

* El procesado tenía derecho al subrogado en mención con base en la redacción original del artículo 63 del C.P. y con la reforma que le introdujo a esa disposición la ley 1709 de 2014
* El artículo 199 del C.I.A. es una “norma posterior” al artículo 193-6 de ese estatuto y prohíbe la concesión de subrogados en el caso de delitos específicos como homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes.
* El canon 193 del C.I.A. prohíbe en su numeral 6º, la concesión del subrogado previsto en el artículo 63 del C.P. cuando las víctimas sean niños, niñas o adolescentes no han sido indemnizados. Sin embargo el legislador no efectuó una relación concreta de los delitos para los cuales se prohíbe otorgar sustitutos, por lo cual se debe aplicar la norma posterior que es más favorable.
* En el precedente CSJ SP del 5 de agosto de 2015, radicado 46332 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, se expuso que se debía dar aplicación al numeral 6º del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, por lo cual cuando un adulto era sancionado por un delito doloso del cual fuera víctima un niño, niña o adolescente, se debía negar el subrogado previsto en el artículo 63 del Código Penal, si no se habían indemnizado los perjuicios causados, pronunciamiento que se produjo precisamente dentro de un proceso por inasistencia alimentaria, en la cual se hizo énfasis en que esa prohibición se encontraba regulada por una norma especial contenida en la ley 1098 de 2006.
* Sin embargo la SP de la CSJ no hizo ninguna mención sobre la aplicación de una “norma posterior”, como el numeral 4º del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 que resulta ser una regla más favorable, por lo cual se debe tener en cuenta lo dispuesto en la ley 153 de 1887, en el sentido de que la norma posterior prevalece sobre la anterior.
* Si en el caso del señor Montoya Medina se niega el subrogado penal “sería peor el remedio que la enfermedad”, ya que si se priva de su libertad al obligado a suministrar alimentos a su descendencia pese a no registrar antecedentes penales, se afecta la posibilidad de que sus descendientes reciban esta prestación y el pago de los perjuicios causados.
* En consecuencia, el *A quo* estimó que con base en el principio de favorabilidad se debía aplicar el numeral 4º del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, que era una norma posterior que no comprendía el delito de inasistencia alimentaria. En consecuencia resolvió conceder al incriminado la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, que viene a ser el acápite de su decisión que es protestado por los censores, quienes piden que se revoque ese apartado del fallo a efectos de que se niegue ese subrogado, con base en lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 193 del C.I.A. y la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ que ha sido invocada.

6.3 Para efectos de adoptar la decisión que corresponde la Sala considera inicialmente que no resulta consistente la manifestación efectuada por el juez de conocimiento, en el sentido de que el artículo 199 del C.I.A. constituye una “norma posterior más favorable”, que el numeral 6º del artículo 193 del mismo código, ya que esa situación no se determina por la ubicación de determinada regla dentro de un mismo estatuto.

6.4 Sobre el tema se cita CSJ SP del 3 de septiembre de 2001, radicado 16.837 donde se dijo lo siguiente:

“(…)

*En primer lugar, la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas. Es decir, como no es un problema de producción legislativa (legislador) sino de aplicación de la ley (funcionario judicial), debe atenderse al máximo al caso concreto o a la práctica y un poco menos al acervo teórico, con más veras si el propósito legislativo ha sido el de que no se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida (“sin excepción”, dice el precepto).*

*En razón de la amplitud que perfila el legislador en la aplicación de la ley permisiva, ha de entenderse por “ley” la norma o precepto que por regular jurídicamente un comportamiento, materia, problema o institución determinada, logra su propia individualización y tiene su particular ámbito de aplicación, sin importar en el concepto el grado de relación entre ellas, porque éste se encuentra supeditado a la ontología de aquéllas…”*

6.5 Por lo anterior queda claro que en el caso en estudio no se presentaba ningún evento de sucesión de normas que implicara la escogencia de una disposición que regulara de manera más flexible el instituto de la condena de ejecución condicional, ya que el artículo 193-6 del C.I.A, al igual que su artículo 199 Ibídem, es una norma especial, que se encuentra dentro del título II, capítulo único de ese estatuto denominado “*Procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos*”, lo que determina el componente teleológico de esas disposiciones.

6.6 En ese entendido queda claro que al no existir ninguna norma posterior que hubiera modificado de manera más favorable el artículo 193 -6 de la ley 1098 de 2006, se imponía la aplicación de esa regla al caso *sub examen,* que prohíbe la concesión del subrogado previsto en el artículo 63 del C.P.: *“…cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.”.*

6.7 Siendo así las cosas queda claro que el caso *sub lite* se debe resolver siguiendo los derroteros fijados por esta Colegiatura en decisión del 1 de marzo de 2017, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, dentro del proceso adelantado contra el ciudadano Leonardo Fabio Gil Ospina, por el delito de “inasistencia alimentaria”, en la cual se dijo lo siguiente:

“(…)

*Debe indicarse que el artículo 63 C.P. -modificado por el artículo 29 de la Ley 1709/04-* señala los presupuestos necesarios para la *concesión de tal beneficio, entre ellos: que la pena impuesta sea inferior a los cuatro (4) años de prisión, carencia de antecedentes, que no se trate de uno de los delitos descritos en el inc. 2 art. 68A C.P. y de haber sido condenado por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, se establezca que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de hacer efectiva la pena. No obstante el numeral 6° del art. 193 del Código de Infancia y Adolescencia consagra una prohibición en cuanto al otorgamiento de la suspensión condicional cuando son víctimas menores de edad y no han sido reparados.*

*En este caso, se evidencia de conformidad con lo arrimado a la actuación, que por parte del señor GIL OSPINA no se ha cumplido con tal exigencia legal, en tanto no obra elemento probatorio alguno que predique que el mismo haya indemnizado los perjuicios ocasionados con la ilicitud a su menor hijo.*

*Frente a la referida prohibición normativa, por parte de esta Corporación se había optado por su no aplicación, al considerar que: (i) se trata de una norma general, y respecto al tema existe en el mismo Código de Infancia y Adolescencia una disposición que regula de manera específica la prohibición de beneficios y mecanismos sustitutivos -art. 199-, donde no se incluye la inasistencia alimentaria; (ii) de conformidad con lo reglado en el art. 102 C.P.P., modificado por el art. 86 de la Ley 1395 de 2010, el incidente de reparación integral se adelanta una vez se encuentre en firme la sentencia condenatoria, circunstancia que no hace posible proferir condena de perjuicios en primera instancia para efectos de determinar las consecuencias civiles del delito; y (iii) en procura del interés del menor, ya que la privación efectiva de la libertad de su ascendiente dificultaría aún más la posibilidad que éste cumpliera con sus exigencias alimentarias.*

*No obstante lo anterior, la Sala en pretérita decisión[[7]](#footnote-7), con ponencia de quien actualmente ejerce igual función, recogió tal postura, en tanto de cara al tema ya existe pronunciamiento del órgano de cierre en materia penal en el cual se analizó concretamente la negativa de un funcionario judicial de conceder la suspensión condicional de la ejecución de pena conforme la prohibición contenida en la Ley 1098/06, habiéndose alegado la aplicación favorable de la Ley 1709/14 que no contempla dicha restricción. Allí la Alta Corporación tuvo ocasión de sostener que la indemnización a la víctima comporta un requisito adicional a los previstos en el Código Penal para acceder a ese subrogado penal, y que por ningún motivo puede ser omitido. Al respecto expresamente se señaló:*

*“[…] la Ley de infancia y adolescencia […] fija una serie de prohibiciones y condicionamientos frente a figuras como la prisión domiciliaria, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el principio de oportunidad, las rebajas de pena, todas ellas encaminadas a reprochar con mayor severidad las acciones delictivas que atentan contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes.*

*[…]*

*Resulta claro para la Sala que el cargo propuesto por el demandante no corresponde a la sucesión de normas, ni a la vigencia de la ley en el tiempo, puesto que los preceptos que refiere regulan problemas jurídicos diferentes, tienen objetos distintos que no se excluyen entre sí, además que se trata de disposiciones vigentes, las cuales pueden aplicarse al mismo asunto siempre que se trate de delitos cometidos contra un menor de edad en donde no se hubiere indemnizado el daño, con la consecuencia de que no se suspenderá condicionalmente la ejecución de la pena de prisión, es decir, aun concurriendo las exigencias previstas en el artículo 63 del Código Penal, modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, la concesión de dicho subrogado penal debe estudiarse de la mano de las normas que propenden por la protección de los derechos del menor que ha sido víctima de una conducta punible y siempre estará supeditado a la indemnización del menor.*

*[…] la Sala ha verificado que el ad quem no incurrió en la aplicación indebida de la normas que regulan la suspensión condicional de la pena cuando la víctima es menor de edad, como acontece en el presente caso, habida cuenta que la indemnización a la víctima comporta un requisito adicional a los previstos en el Código Penal para acceder a ese subrogado penal, el cual se justifica en la protección prevalente y reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. [[8]](#footnote-8) –negrillas fuera de texto-*

*Bajo ese entendido, considera la Sala que no hay lugar por tanto a desconocer bajo ningún punto de vista esa norma de prohibición, y por lo mismo se torna imperioso dar cabal aplicación al precepto que supedita la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional a la indemnización integral de la víctima menor de edad.*

*Así las cosas, estima el Tribunal que en efecto no es procedente el otorgamiento del referido subrogado si no se cumple ese requisito sine qua non en cada caso concreto, y en tal sentido fue atinada la determinación adoptada por la funcionaria a quo.*

*No obstante y como quiera que por encontrarnos frente a una conducta que atenta contra la familia y que en efecto -como así lo indicó el recurrente-, una medida de prisión intramural dificultaría aún más el acatamiento del deber alimentario al que está obligado el señor LEONARDO FABIO GIL OSPINA con su pequeño hijo, se hace necesario estudiar la aplicación de una medida menos restrictiva como lo sería el caso de la prisión domiciliaria.*

Al respecto, el canon 38B C.P. establece como *requisitos para la concesión de la internación en el domicilio los siguientes: (i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho años de prisión o menos; (ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el artículo 68 A C.P.; (iii) que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado, y (iv) que se garantice mediante caución el cumplimiento de determinadas obligaciones.*

*En el presente asunto se tiene que: (i) el señor LEONARDO FABIO GIL OSPINA ha sido sentenciado a la pena de 32 meses de prisión, por lo cual funge claro que el requisito objetivo se encuentra plenamente demostrado; (ii) no obra en su contra sentencia condenatoria alguna; (iii) el punible de inasistencia alimentaria por el cual se sanciona no es de aquellas que aparecen relacionadas en el canon 68A C.P. , e igualmente (iv) se aprecia que el mismo tiene arraigo, ya que vive en el municipio de Dosquebradas (Rda.) donde labora en un Minimercado.*

*En ese sentido considera la Sala que el sentenciado cumple a cabalidad las exigencias contempladas en la referida normativa para ser acreedor a la prisión domiciliaria, máxime que ésta, en sentir de la Corporación, se convierte en la medida más adecuada e idónea en aras de salvaguardar los intereses de las menores víctimas, pues resulta más conveniente otorgarle ese beneficio en tanto el mismo luego de acreditar los requisitos para ello podrá solicitar al juez que vigile la pena permiso para trabajar, y tal situación le permitirá por lo menos reparar económicamente el daño que ha generado con su omisión hasta el día de hoy, y cumplir cabalmente con la cuota alimentaria para con su descendiente hacia el futuro.*

*Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en torno a la concesión de la prisión domiciliaria a un ciudadano condenado por igual conducta a la que ahora es objeto de estudio, indicó:*

*“[…] desde una perspectiva constitucional, el cumplimiento de la prisión en el domicilio en el presente caso es la modalidad de ejecución de la pena que de mejor manera se acopla con la máxima de garantizar el interés superior del menor (art. 44 inc. 3º de la Const. Pol.).*

*[…]*

*En esos términos, una comprensión meramente retributiva de la sanción penal, sesgada por la absoluta preponderancia de la prisión, conlleva a limitar las posibilidades fácticas de garantizar los derechos del menor víctima a recibir alimentos. El encarcelamiento del padre infractor lejos está de facilitar la adquisición de los medios económicos para reparar los perjuicios causados con su conducta y cumplir a futuro con la obligación alimentaria.*

*[…]*

*En ese entendido, la prisión domiciliaria se ofrece como un mecanismo más idóneo: con la emisión de la sentencia condenatoria se satisface automáticamente el fin de prevención general positiva, estabilizándose así la infracción de la norma y transmitiéndose la censura institucional a la conducta del condenado. Así mismo, innegablemente opera la retribución justa, por cuanto la ejecución de la pena en el domicilio constituye una efectiva restricción de la libertad personal del sentenciado, cuya menor intensidad se justifica en la relativa gravedad menor del delito y en las anteriores consideraciones de cara a la situación de los menores de edad.*

*De otro lado, la prevención especial se encuentra igualmente realizada. En su aspecto negativo, por cuanto el penado habrá de permanecer privado de su libertad en el domicilio a condición de cumplir a cabalidad las condiciones impuestas judicialmente, so pena de verse revocada la sustitución de la ejecución de la pena y reactivarse la reclusión carcelaria ante un incumplimiento. Expresado metafóricamente, sobre el sentenciado pesa una especie de espada de Damocles, que lo conmina a cumplir efectivamente las condiciones para la sustitución, evitando la reincidencia delictiva para así evitar el cumplimiento de la pena en prisión. Igualmente, se satisface la prevención especial positiva, en tanto la evitación de la reclusión carcelaria es más* compatible con la resocialización.

*Sobre este último particular, importa destacar que, en el transcurso del cumplimiento de la pena en el domicilio, el penado podría solicitar al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad un permiso de trabajo, y de esa manera poder reparar los perjuicios y cumplir con sus obligaciones alimentarias (art. 38 D inc. 3º del CP).” [[9]](#footnote-9) –Subrayado del Tribunal*-

6.8 Con base en lo expuesto en precedencia se atenderán las razones invocadas por los recurrentes y en tal virtud será revocado el numeral 3º de la sentencia del 15 de marzo de 2017 del Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, donde se concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional al señor Luis Hernando Montoya Medina.

Por lo tanto se ordenará su captura para que entre a descontar la pena impuesta, ya que no aparece ninguna constancia que indique que el citado ciudadano ha pagado los perjuicios causados con su conducta.

6.8.1 Sin embargo, es necesario hacer las siguientes precisiones sobre los alcances de la reparación exigida por el artículo 193-6 del C.I.A. para otorgar el subrogado en mención en atención a lo siguiente:

* Según el registro civil anexado, J.F.M.M. nació el 3 de diciembre de 1992[[10]](#footnote-10), lo que indica que para la fecha en que el procesado empezó a incurrir en la conducta omisiva denunciada que según el escrito de acusación fue en el mes de diciembre de 2011, esta joven ya contaba con 19 años de edad.
* En el caso de B.D.M.M., su registro de nacimiento indica que nació el 16 de mayo de 1996[[11]](#footnote-11), por lo cual para el mes de diciembre de 2011 contaba con 15 años de edad, y en tal virtud se entiende que en su caso la obligación alimentaria del procesado se extendió hasta el 16 de mayo de 2014, cuando cumplió18 años.
* En ese orden de ideas se entiende que los perjuicios que debe pagar el acusado por incumplimiento de sus deberes alimentarios, corresponden al período que va del mes de diciembre de 2011 hasta el 16 de mayo de 2014 y se contraen exclusivamente a la prestación causada en favor de su hija B.D.M.M., según el contexto fáctico del escrito de acusación.

6.9 Ahora bien, pese a la revocatoria del subrogado condicional de la ejecución de la pena, se considera que el señor Montoya Medina cumple con los requisitos exigidos en los numerales 1º al 3º del art. 38 B del C.P., y por ello se le sustituirá la prisión intramural por la domicilaria, debiendo garantizar mediante caución juratoria el acatamiento de las siguientes condiciones:

a) No cambiar de residencia sin autorización previa del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

b) Reparar dentro del término de seis meses los daños ocasionados con el delito, de manera prevista en el literal b) del artículo, salvo que demuestre insolvencia 38B del CP, salvo que se demuestre su 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 encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá observar las condiciones de seguridad contenidas en los reglamentos del INPEC para el acatamiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

La ejecución de la medida de prisión domiciliaria se cumplirá en el lugar de residencia del sentenciado, acompañada de un mecanismo de vigilancia electrónica.

La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por el procesado ante el juzgado de conocimiento dentro de los cinco días siguientes a la notificación que se le haga de esta sentencia.

6.10 Finalmente debe decirse que en caso de que el señor Montoya Medina no convenga con su hija BRILLI DAYANA MONTOYA MORALES el monto de los perjuicios a indemnizar le queda la posibilidad de pedir al juez que los tase de manera provisional, para hacerse acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Así mismo, si el señor Montoya Medina repara integralmente los perjuicios ocasionados a su hija B.D.M.M. de la forma antes dicha, podrá solicitar al Juez de E.P.M.S. que le conceda el mismo beneficio ya que en ese evento se acreditaría el cumplimiento del requisito previsto en el numeral 6º del artículo 193 de la ley 1098 de 2006

6.11 Igualmente el sentenciado podrá solicitar al Juez de E.P.M.S, que le reconozca el derecho a trabajar dentro y/o fuera de su residencia, previa demostración de la actividad que realizará con el cumplimiento de las condiciones que ello conlleva, y con la vigilancia de las autoridades encargadas del control de esa medida, conforme lo reglado en el inc. 3º del art. 38 D C.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 15 de marzo de 2017 del juzgado 2º penal municipal con funciones de conocimiento de esta ciudad mediante la cual se condenó al señor Luis Hernando Montoya Medina por el delito de inasistencia alimentaria.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 3º del proveído recurrido donde se le concedió al procesado Luis Hernando Montoya Medina el subrogado de la condena de ejecución condicional.

TERCERO: En consecuencia se dispone librar orden de captura en su contra para que entre a descontar la pena impuesta que deberá cumplir en prisión domiciliaria, en los términos y condiciones indicados en el *ítem* 6.9 de esta providencia.

CUARTO: Para efectos de otorgar al procesado el subrogado previsto en el artículo 63 del C.P. se deberá tener en cuenta lo manifestado en el apartado 6.10 de esta decisión.

QUINTO: En lo relativo al otorgamiento de permisos para trabajar en prisión domiciliaria al señor Montoya Medina, se considerará lo expuesto en el numeral 6.11 de esta providencia.

SEXTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

1. Folio 1 a 3 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 4 y 5 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 22 y 23 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 30 a 32 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 37 y 38 [↑](#footnote-ref-5)
6. Según registro de audiencia del 15 de marzo de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. TSP SP, 4 nov. 2016, Rad. 666876000086-2013-00056-01 [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ AP, 5 ago. 2015, Rad. 46332. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ SP, 3 feb. 2016, Rad. 46647. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 48 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 49 [↑](#footnote-ref-11)