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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: INASISTENCIA ALIMENTARIA / SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJE3CUCIÓN DE LA PENA / ESTÁ SUPEDITADO ESTE BENEFICIO, SEGÚN EL ÚLTIMO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, ÚNICAMENTE AL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 63 DEL CÓDIGO PENAL / NO ES NECESARIO, POR LO TANTO, LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LOS MENORES VÍCTIMAS DEL ILÍCITO.**

… 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: (i) que la pena impuesta sea inferior a los cuatro (4) años de prisión; (ii) que no existan antecedentes penales; (iii) que no se trate de uno de los delitos descritos en el inc. 2 art. 68A C.P.; y (iv) 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 que no existe la necesidad de hacer efectiva la pena.

No obstante, el numeral 6° del art. 193 del Código de Infancia y Adolescencia consagra una prohibición expresa en cuanto al otorgamiento de la suspensión condicional cuando las víctimas del injusto son menores de edad y no han sido reparados. (…)

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-, y en ese dispositivo no se incluye la inasistencia alimentaria…

Muy a pesar de lo anterior, la Sala en otra determinación… recogió tal postura…, en tanto de cara al tema se presentó otro pronunciamiento del órgano de cierre en materia penal por medio del 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…

Sucede, que no obstante todos esos anteriores pronunciamientos, a la hora de ahora, y como bien lo trajo a colación la abogada recurrente, la Sala de Casación Penal en sentencia 52960 de octubre 10 de 2018, retomó el tema e indicó que la verificación de las exigencias propias de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se limita a las previsiones objetivas del artículo 63 C.P., sin que tal subrogado dependa del pago de los perjuicios ocasionados…

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

 Pereira, tres (03) de abril de dos mil diecinueve (2019)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 338

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Abril 04 de 2019. 9:04 a.m. |
| Imputado:  | JARO |
| Cédula de ciudadanía: | 4.380.001 expedida en Marsella (Rda.) |
| Delito: | Inasistencia Alimentaria |
| Víctima: | Menores E.R.R. y V.R.R. de 13 y 15 años de edad, respectivamente |
| Procedencia: | Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Marsella (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo de condena de fecha febrero 15 de 2019. SE MODIFICA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Se extrae del escrito acusatorio, que la señora MARY LUZ RUIZ PUIN mediante denuncia formulada en abril 17 de 2017, informa que durante el tiempo que sostuvo unión marital de hecho con el señor JARO, procrearon cuatro hijos, dos de ellos mayores de edad y otras dos E.R.R. y V.R.R. de 13 y 15 años, con quienes este se sustrae de su obligación alimentaria desde el año 2016 cuando consignó la suma de cien mil pesos para unos pasajes, sin que haya vuelto a brindar aporte alguno porque desde septiembre de esa anualidad abandonó el hogar.

1.2.- La Fiscalía 26 Local de Marsella (Rda.) dio traslado del escrito acusatorio al señor JARO y a su apoderado en marzo 1° de 2018, endilgándole el delito de inasistencia alimentaria consagrado en el inciso 2º art. 233 C.P. La actuación le fue asignada al Juzgado Único Promiscuo Municipal de esa misma localidad, donde se llevó a cabo la audiencia concentrada (junio 28 de 2018) y el juicio oral (diciembre 12 de 2018 y febrero 13 de 2019), al cabo del cual se anunció un sentido de fallo condenatorio, para proferir en febrero 15 de 2019 la respectiva sentencia, por medio de la cual: a)- se condenó al acusado JARO por la conducta de inasistencia alimentaria a una pena de 32 meses de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes; b)- igualmente a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la sanción privativa de libertad; y c)- se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sanción, y se dispuso librar orden de captura en su contra.

1.3.- Los fundamentos que tuvo en consideración la a quo para condenar al acusado los hizo consistir en que la Fiscalía acreditó la materialidad de la ilicitud al haberse probado con los registros civiles de nacimiento la relación existente entre el señor JARO y las menores E.R.R. y V.R.R., por lo cual le asiste el deber de suministrarles alimentos. Y en cuanto a la responsabilidad, la misma se corroboró con las pruebas allegadas a juicio, evidenciándose que desde el año 2016 cuando abandonó su hogar, desatendió su obligación no solo desde el punto económico sino igualmente en lo moral, en tanto nunca volvió a compartir tiempo con sus hijas, no las llama, ni las visita, es decir, dejó de cumplir todos los deberes que le asisten como padre.

En punto de la negativa para concederle el subrogado penal, se indicó que si bien se encuentran cumplidas a satisfacción las exigencias objetivas del artículo 63 C.P., con fundamento en decisión de este Tribunal del año 2016 y lo reglado en el canon 193 C.I.A., y al determinarse que el acusado no ha indemnizado los perjuicios a las menores víctimas, le negó tal beneficio liberatorio y dispuso su captura, no obstante haberle sido puesta de presente por la defensa la sentencia 59260 de 2018, ante lo cual determinó seguir el precedente de esta Sala.

1.4.- La defensa se mostró inconforme con la decisión e hizo expresa manifestación de apelar el fallo, recurso que sustentó en forma escrita.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

Pide se modifique la sentencia condenatoria exclusivamente en lo atinente a la negativa del despacho de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y para sustentar su solicitud expuso:

Su defendido cumple a cabalidad con los requisitos establecidos en el artículo 63 C.P., y la a quo no tuvo en consideración la sentencia 52960 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia, de la cual se advierte que la exposición de motivos de la Ley 1098/06 solamente hizo referencia en el acápite correspondiente a “los niños y niñas víctimas de delitos” a la deuda que el país tenía con los mismos, cuando fueran afectados por delitos atroces, por lo cual se implementó dicha medida, pero dentro de esa categoría no aparece la conducta de inasistencia alimentaria.

Estima que el pago de los perjuicios no configura un requisito adicional a los referidos en el canon 63 C.P., y siempre que cumpla con las demás exigencias puede acceder al subrogado, de lo contrario, como acá acontece, se viola de manera directa una norma sustancial por su errada interpretación. Agrega que aunque su prohijado no hizo presencia en el proceso, lo fue al parecer por miedo de quedar privado de su libertad, y en consecuencia si se le otorga tal beneficio se podrá presentar para cumplir su obligación alimentaria, además de suscribir el compromiso con la justicia de no volver a incurrid en tal conducta.

Solicita en consecuencia se revoque parcialmente la sentencia, y en su lugar se le conceda la suspensión de la ejecución condicional de la pena a su defendido.

**2.4.-** Debidamente sustentado el recurso, la funcionaria a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de acuerdo con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la providencia de primer grado, con miras a determinar si la decisión por medio de la cual se le negó al condenado **JARO** la suspensión de la ejecución de pena estuvo conforme a derecho, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación como lo pide el apoderado recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se percibe, ni ha sido tema objeto de contradictorio, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Igualmente se aprecia de entrada, que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente arrimadas en el juicio.

En este caso en concreto no se ataca por parte de la defensa del señor **JARO** lo relativo a la materialidad del punible, ni tampoco su responsabilidad penal, en tanto el tema objeto de disenso está circunscrito única y exclusivamente a la negativa por parte de la sentenciadora de concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Al respecto 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: (i) que la pena impuesta sea inferior a los cuatro (4) años de prisión; (ii) que no existan antecedentes penales; (iii) que no se trate de uno de los delitos descritos en el inc. 2 art. 68A C.P.; y (iv) 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 que no existe la necesidad de hacer efectiva la pena.

No obstante, el numeral 6° del art. 193 del Código de Infancia y Adolescencia consagra una prohibición expresa en cuanto al otorgamiento de la suspensión condicional cuando las víctimas del injusto son menores de edad y no han sido reparados.

En este caso, se evidencia que de conformidad con lo arrimado a la actuación, por parte del señor **JARO** no se han cumplido todas las exigencias legales, en tanto no obra elemento probatorio alguno que predique que el mismo haya indemnizado los perjuicios ocasionados con la ilicitud a sus hijos menores.

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-, y en ese dispositivo no se incluye la inasistencia alimentaria; (ii) de acuerdo 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 en firme de perjuicios en primera instancia para efectos de determinar las consecuencias civiles del delito; y (iii) así debería procederse 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.

Muy a pesar de lo anterior, la Sala en otra determinación[[1]](#footnote-1), con ponencia de quien actualmente ejerce igual función, recogió tal postura -misma que igualmente se plasmó en el fallo aludido por la a quo[[2]](#footnote-2)-, en tanto de cara al tema se presentó otro pronunciamiento del órgano de cierre en materia penal por medio del 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, y en ese precedente 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 por tanto por ningún motivo podía ser omitido[[3]](#footnote-3).

Bajo ese entendido, consideró el Tribunal que no había lugar por tanto a desconocer bajo ningún punto de vista tal prohibición, y por lo mismo se tornaba 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. Empero, por tratarse de una conducta que atenta contra la familia y que la prisión intramural dificultaría aún más el acatamiento del deber alimentario al que está obligado el procesado, se concedió en reemplazo la prisión domiciliaria al ser esta una medida menos restrictiva, como así también había sido objeto de estudio por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[[4]](#footnote-4).

Por tal motivo, la Corporación en aplicación de tal precedente, había venido concediendo en diversos casos la prisión domiciliaria a sentenciados por Inasistencia Alimentaria[[5]](#footnote-5), con la posibilidad que estos soliciten al juzgado encargado de la vigilancia de su pena permiso para laborar, o en su defecto la suspensión condicional tan pronto se acredite el pago de la indemnización a la víctima.

Sucede, que no obstante todos esos anteriores pronunciamientos, a la hora de ahora, y como bien lo trajo a colación la abogada recurrente, la Sala de Casación Penal en sentencia 52960 de octubre 10 de 2018, retomó el tema e indicó que la verificación de las exigencias propias de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se limita a las previsiones objetivas del artículo 63 C.P., sin que tal subrogado dependa del pago de los perjuicios ocasionados. Al respecto se señaló:

“[…] Así las cosas, si el delito cometido contra un menor de edad es el de inasistencia alimentaria, el pago de los perjuicios no configura un requisito adicional a los ya indicados en el artículo 63 del Código Penal para que el ejecutor de dicha conducta, siempre que cumpla las exigencias allí fijadas, pueda acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

[…]

Pese a que el Tribunal reconoce que el estudio del subrogado se realiza a partir de las circunstancias de cada caso concreto, de todas formas, en este asunto, impuso como presupuesto para su procedencia el pago de las mesadas alimentarias debidas y las causadas con posterioridad al desarrollo de este trámite penal, lo que en últimas se traduce en la implementación de lo prescrito en el numeral 6º del artículo 193 de la Ley 1098, pese a la interpretación acogida por la Corte y que no admite confusiones en torno a que para el punible de inasistencia alimentaria, tal imperativo no resulta aplicable.

No tuvo en cuenta que la verificación de las exigencias propias de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se limita a las previsiones del artículo 63 del Código Penal que, con la modificación del artículo 29 de la ley 1709 de 2014, ninguna referencia hace a aspectos subjetivos, puesto que se circunscribe a verificar que la pena impuesta no supere los cuatro años de prisión, no se trate de los delitos enlistados en el artículo 68A de la misma normativa, y solo si el penado registra antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores por delito doloso, es necesario estudiar su conducta personal social y familiar en aras de hacer un pronóstico sobre la necesidad de la sanción.

[…]

Con independencia de que se acredite el pago de la carga alimentaria, la regla en punto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena cuando el delito afecte menores de edad y no se trate de conductas de extrema gravedad, es que el subrogado penal no depende del pago de los perjuicios, de manera que su concesión viene dada porque concurran las exigencias previstas en el artículo 63 del Código Penal.

[…]

Tampoco se vulneran los derechos de las víctimas del delito de acceder a la reparación efectiva del daño, toda vez que la suspensión de la pena de prisión no riñe con la obligación del penalmente responsable de reparar el agravio; por el contrario, **comporta una medida eficaz para dicho propósito, ya que la libertad de locomoción del penado queda condicionada al pago de los perjuicios y en el término que fije el juez**, que en este caso, fue de seis meses”. -negrillas excluidas-

No puede por tanto el Tribunal desconocer ese precedente jurisprudencial -el cual ya ha sido aplicado en otro caso similar[[6]](#footnote-6)-, máxime cuando en este asunto se observa que en cabeza del procesado se reúnen los requisitos del artículo 63 C.P., toda vez que la pena impuesta no supera los cuatro años de prisión, carece de antecedentes penales, y la conducta de inasistencia alimentaria no está enlistada en el canon 68A *ídem*, por lo cual se debe hacer acreedor a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Como consecuencia de lo antes enunciado, se modificará el numeral tercero del fallo emitido por la funcionaria de primera instancia, y en su lugar se concederá al sentenciado el mencionado beneficio por un período de prueba de dos (2) años, previa suscripción de diligencia de caución juratoria, conforme lo señalado en el canon 65 C.P., con el compromiso de cancelar los perjuicios ocasionados a las víctimas en un plazo de seis (6) meses, contados desde la fecha en que quede en firme la providencia por medio de la cual se defina el incidente de reparación integral al cual se le dará curso una vez quede ejecutoriada la presente providencia, so pena de que se le revoque el referido subrogado.

Consecuencia de lo anterior se dispondrá la cancelación de la orden de captura que fue librada en contra del procesado.

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,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA PARCIALMENTE el fallo condenatorio objeto de recurso, en cuanto SE MODIFICA el numeral tercero de la parte resolutiva, en el sentido que se le concederá al sentenciado JARO la suspensión de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años, para lo cual deberá suscribir diligencia de caución juratoria conforme lo señalado en el canon 65 C.P., y con el compromiso expreso de cancelar los perjuicios ocasionados a las víctimas en un plazo de seis (6) meses, contados desde la fecha en que quede en firme el fallo que se adopte en el trámite del incidente de reparación integral al cual se le dará curso una vez quede ejecutoriada esta sentencia, so pena de que se le revoque el citado beneficio. Se dispone la cancelación de la orden de captura que fue librada en su contra.

SEGUNDO: Para el adelantamiento del incidente de reparación de perjuicios se dará aplicación a lo reglado en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, y lo establecido en el artículo 197 C.I.A.

TERCERO: Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. TSP SP, 9 nov. 2016, Rad. radicado 666876000086-2013-00056-01 [↑](#footnote-ref-1)
2. TSP SP, 18 nov. 2016, Rad. radicado 660016000036-2011-02894-01 [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ AP, 5 ago. 2015, Rad. 46332. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ SP, 3 feb. 2016, Rad. 46647. [↑](#footnote-ref-4)
5. Véase, entre otras: TSP SP, 01 mar. 2017, Rad. 60016000036-2011-01599-01 [↑](#footnote-ref-5)
6. Véase, entre otras: TSP SP, 13 mar. 2019, Rad. 666876000086201600146-01 [↑](#footnote-ref-6)