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 EJECUCIÓN DE LA PENA / ESTÁ CONDICIONADO ESTE BENEFICIO, SEGÚN EL ÚLTIMO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, ÚNICAMENTE AL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO PENAL / NO ES NECESARIO, POR LO TANTO, LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LOS MENORES VÍCTIMAS DEL ILÍCITO.**

… 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. (…)

… 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. (…)

No puede por tanto el Tribunal desconocer ese precedente jurisprudencial, 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.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 265

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Marzo 15 de 2019. 9:02 a.m. |
| Imputado:  | FHMM |
| Cédula de ciudadanía: | 18.533.188 de Apía (Rda.) |
| Delito: | Inasistencia Alimentaria |
| Víctima: | Menores Y.D.M.U., L.V.M.U. y H.F.M.U. de 9, 7 y 6 años de edad, respectivamente |
| Procedencia: | Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Santuario (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo de condena de fecha enero 29 29 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.- Informa la señora DISELINA ÚSUGA BEDOYA en denuncia presentada en agosto 24 de 2016, que el señor FHMM, padre de los menores Y.D.M.U., L.V.M.U. y H.F.M.U. de 9, 7 y 6 años de edad, respectivamente, con el cual convivió por espacio de cinco años, no responde por la obligación alimentaria desde hace unos seis años, y aunque se acercó a la Comisaría de Familia a poner en conocimiento tal incumplimiento no se le ha fijado una cuota por alimentos, ante la no asistencia de este a las citaciones realizadas, por lo cual desconoce el monto de lo adeudado. Agrega que no sabe cuánto devenga el padre de los niños, y que el mismo labora en la construcción en la ciudad de Medellín.

1.2.- No obstante los requerimientos efectuados al señor FHMM, el mismo no compareció ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Pueblo Rico (Rda.), por lo cual en audiencia celebrada en mayo 30 de 2017 fue declarado en contumacia y en esa oportunidad se le formuló imputación por el delito de inasistencia alimentaria consagrado en el inciso 2º art. 233 C.P. La Fiscalía presentó formal escrito de acusación (agosto 28 de 2017) por medio del cual ratificó igual cargo en calidad de autor y a título de dolo, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario (Rda.), autoridad que luego de múltiples aplazamientos llevó a cabo las audiencias de formulación de acusación (mayo 08 de 2018), preparatoria (junio 20 de 2018), y juicio oral (diciembre 12 de 2018) al cabo del cual se anunció un sentido de fallo condenatorio, para proferir en enero 29 de 2019 la respectiva sentencia, por medio de la cual: a)- se condenó al acusado FHMM 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 FHMM y los menores Y.D.M.U., L.V.M.U. y H.F.M.U., lo que permite colegir la obligación que le asistía con estos. Situación que implica su responsabilidad en la ilicitud en tanto dejó de pagar las mesadas alimentarias desde junio de 2011, como se acreditó en juicio, evidenciándose una ausencia absoluta de aporte del mismo para sus descendientes, sin que existiera justificación alguna para sustraerse de tal obligación, por lo cual su comportamiento es típico, antijurídico y culpable.

En punto de la negativa para concederle el subrogado penal, se indicó que si bien se encuentran cumplidas a satisfacción las exigencias de los artículos 63 y 68A C.P., al ser las víctimas menores de edad el pago de la indemnización de perjuicios se convierte en un condicionante para otorgarle el mismo a la luz de lo reglado en el numeral 6º del artículo 193 de la Ley 1098/06, y ante dicha norma restrictiva no es procedente conceder el beneficio liberatorio.

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:

Como lo indicó la a quo en su sentencia, para el punible de inasistencia alimentaria no existe prohibición legal para la concesión del subrogado, máxime que se hallan reunidos los requisitos para proceder en tal sentido, en tanto la pena impuesta no supera los cuatro años de prisión y hay ausencia de antecedentes penales. De igual modo, deben considerarse las condiciones personales del señor FHMM, porque se trata de una persona iletrada, sin profesión ni empleo estable, a consecuencia de lo cual enviarlo a una cárcel sería más gravoso, ya que de conservar su libertad existe la posibilidad de que mejore su condición económica y pueda cumplir las obligaciones alimentarias, todo lo cual soporta en la sentencia de la CSJ bajo el radicado 52960 de 2018.

**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 **FHMM** 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 **FHMM** 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 **FHMM** 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, 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[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3).

Por tal motivo este Tribunal, en aplicación de tal precedente, ha venido concediendo en diversos casos la prisión domiciliaria a sentenciados por Inasistencia Alimentaria[[4]](#footnote-4), 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, 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 quinto 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 al parecer 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 el fallo condenatorio objeto de recurso, pero SE MODIFICA el numeral quinto de la parte resolutiva, y en su defecto se le concederá al sentenciado FHMM 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 al parecer 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,

OLGA LUCÍA FLÓREZ RENDÓN

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