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.**

En el caso en estudio el juez de conocimiento concedió el subrogado previsto en el artículo 63 del CP, al considerar: i) que en aplicación del precedente jurisprudencial de la sentencia CSJ SP18927-2017 del 15 de noviembre de 2017, para el tipo penal de inasistencia alimentaria no es aplicable la prohibición de exclusión de beneficios prevista en la ley 1098 de 2006, en razón de la necesidad que seguirán teniendo los menores de cubrir sus necesidades con ocasión de la privación de la libertad del progenitor; ii) que no obstante el subrogado se obtiene con la reparación, consideró que se cumplían los requisitos legales para conceder el beneficio en favor del señor JFFC; iii) le otorgó al condenado la posibilidad de restituir los derechos del hijo menor bajo el compromiso de reparar los daños ocasionados dentro del término de un (1) año. (…)

“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”. (…)

En aplicación de la anterior determinación y toda vez que en el caso concreto el señor JFFC cumple con los requisitos previstos en el artículo 63 del CP para que en su favor se conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la Sala acompaña la decisión del a quo, no obstante considera necesario otorgar un plazo con el fin de que se cumpla el requisito previsto en el artículo 193-6 del C.I.A. lo que conduce a que el reconocimiento antedicho se condicione al cumplimiento de la obligación de reparar a la víctima.

**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. 307 del veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:04 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66400 60 00 064 2016 00672 01 |
| Procesado | JFFC |
| Delito | Inasistencia Alimentaria  |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 3 de diciembre de 2018 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público contra la sentencia del 3 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia, Risaralda, mediante la cual fue condenado el señor JFFC por el delito de inasistencia alimentaria a la pena de 26 meses y 20 días de prisión y se le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de 36 meses bajo caución juratoria en la que se compromete a reparar los daños ocasionados con el delito en el término de 1 año.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con lo plasmado en el escrito de acusación[[1]](#footnote-1), el supuesto fáctico es el siguiente:

*“En atención a la denuncia formulada por parte de la señora KATERIN JULIANA MEDINA, quien relata que el padre de su hijo no le suministra alimentos desde que nació, que el niño sufre de asma y son muchos los gastos para el menor. Nunca le ha aportado cifra dinerada para el mantenimiento del menor.*

*La fiscalía en el día de hoy se citaron a conciliación pero el señor JFFC aduce que no tiene empleo y que no puede pagar lo que debe, que según la señora le estableció una cuota mensual de $100.000 pesos la cual debe desde hace 4 años* *y seis meses, para un total $5.400.000 mil pesos, de lo que aduce el señor JFFC no tener dinero para pagar. SE DECLARA FRACASADA LA CONCILIACIÓN.*

*La Fiscalía ACUSA al señor JFFC con la c.c. 1.087.556.952 de la Virginia, en calidad de AUTOR, a título de DOLO, de conformidad con los hechos jurídicamente relevantes, por la conducta punible de INASISTENCIA ALIMENTARIA prevista en el Título Vil, capítulo cuarto, artículo 233 inc 2 La pena a la que se vería enfrentado oscila entre 32 - 72 meses de prisión”.*

2.2 El traslado del escrito de acusación se llevó a cabo el 22 de febrero de 2018 (fls. 2 al 5), acto en el cual la FGN acusó al señor JFFC por el delito de inasistencia alimentaria previsto en el artículo 233 inciso 2º del CP.

2.3 El Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia, Risaralda, asumió el conocimiento de la presente causa (fl. 6). La audiencia concentrada de que trata el artículo 542 del CPP adicionado por el artículo 19 de la Ley 1826 de 2017 se celebró el 20 de junio de 2018 (fl. 52). En la audiencia de juicio oral en la cual el acusado se allanó a los cargos por lo cual se procedió al trámite del artículo 447 del CPP (fl. 67). La sentencia condenatoria fue emitida el 3 de diciembre de 2018 (fls. 69 a 72).

2.4 La representante del Ministerio Público apeló el fallo de primer nivel (fls. 75 y 76)

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de JFFC, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.087.556.952 de La Virginia – Risaralda, nació el 24 de marzo de 1994 en la misma municipalidad, hijo de María Lucelly, estado civil soltero, ocupación oficios varios.

**4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia “tantum devolutum quantum apellatum”, se menciona solamente la parte específica de la sentencia que fue objeto de impugnación, que tiene que ver con la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así:

*8. SUSTITUTOS PENALES.*

*Se conoció en el desarrollo de la audiencia prevista por el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal que el señor, JFFC no cuenta con sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso, dentro de los cinco años anteriores a la diligencia; así mismo, se impondrá una pena que no excede los cuatro (4) años de prisión y el delito de inasistencia alimentaria no está excluido, de beneficios penales, conforme al artículo 68A del Código de Penas, siendo evidente el cumplimiento de los presupuestos contemplados en el artículo 63 del ibídem para acceder al beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.*

*De igual manera, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SP18927-2017, acta de aprobación 377, proferida el quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Magistrado ponente José Luis Barceló Camacho, expresó:*

*"Pese al carácter general e imperativo de la norma en cuestión, cabe acotar que en la exposición de motivos de la actual Ley 1098 de 2006 solamente se hizo referencia, en el acápite correspondiente a "Los niños y las niñas víctimas de delitos", si la deuda que el país tenía "(...) con los niños y las niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces (...)" como razón de ser de la implementación de medidas como la examinada (Gaceta del Congreso n.° 551 del 23 de agosto de 2005, página 31). E, indudablemente, dentro de la categoría aludida no se inscribe el delito de inasistencia alimentaria"*

*En este sentido, quiso decantar el organismo de cierre en materia penal que aunque la Ley 1098 de 2006 prevé una serie de castigos contundentes para quienes cometan delitos atroces en disfavor de los menores, dada la prohibición de acceder a beneficios propios de la Ley Penal, resulta incoherente que el delito que aquí nos ocupa igualmente sea excluido de beneficios, en atención a la necesidad que seguirán teniendo los menores de cubrir sus necesidades, con ocasión a la privación de la libertad del progenitor. Igualmente, en la misma providencia consideró el Honorable Ponente:*

*“La solución anunciada tiene la virtud de satisfacer tanto el interés superior de los menores como la prevalencia de sus derechos y la necesaria reparación de los perjuicios ocasionados porque a la vez que no aleja al penado de su fuente de ingresos, posibilitándole continuar con el cumplimiento de la obligación alimentaria, y no se convierte en un obstáculo para que mantenga comunicación con sus menores hijos, prevé dentro de su régimen la estipulación de un plazo para indemnizar, so pena de revocatoria del subrogado"*

*Indicó el Dr. Barceló Camacho en la citada sentencia un elemento importante para conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es la necesidad de no privar de otros derechos a los menores víctimas, también instituidos en la Ley 1098 de 2006, tales como el derecho a tener una familia y no ser separado, derecho de alimentos, derecho a la custodia y cuidado personal de sus padres y el derecho a la vida, a la calidad de vida y a un ambiente sano, toda vez que se aleja al penado del trabajó, como su fuente de ingresos y se alejan a los menores. No obstante, se determinó allí que el subrogado se obtiene con la reparación, sin que exista exclusión entre ellos, armonizando el artículo 65 del Código Penal y el artículo 474 del Código de Procedimiento Penal.*

*Bajo las anteriores condiciones, es evidente el cumplimiento de los presupuestos legales del señor JFFC, para hacerse acreedor del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sosteniendo este sentenciador que como se han afectado notablemente los derechos del menor J.F.M., es indudable la necesidad de que esos derechos sean reparados, otorgándole al sentenciado la posibilidad de restituir los derechos de su menor hijo con el fruto de su trabajo e igualmente con su acompañamiento y afecto. Obtendrá entonces el señor JFFC el subrogado de la suspensión condicional dé la ejecución de la pena, el cual será otorgado por un periodo de treinta y seis (36) meses, para lo cual deberá diligenciar acta compromisoria, conforme al artículo 65 de la misma obra jurídica, bajo caución juratoria, en la que se comprometerá igualmente a reparar los daños ocasionados con el delito dentro del término de un (1) año, advirtiéndose que el incumplimiento de alguna de las obligaciones adquiridas le podrá acarrear la revocatoria del mecanismo sustitutivo.”*

En consecuencia en el ordinal tercero de la parte resolutiva concedió al penado el: “*subrogado de la suspensión condicional de la pena, por un periodo de treinta y seis (36) meses, para lo cual deberá suscribir el acta compromisoria de que trata el artículo 65 del Código Penal, bajo caución juratoria, en la que se comprometerá igualmente a reparar los daños ocasionados con el delito dentro del término de un (1) año, advirtiéndose que el incumplimiento de alguna de las obligaciones adquiridas le podrá acarrear la revocatoria del mecanismo sustitutivo.”*

**5 SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

**5.1 Representante del Ministerio Público (Recurrente)**

(Sinopsis)

* El *a quo* reconoció al penado el subrogado contenido en el artículo 68A (Sic) del CP, el cual no es viable bajo ninguna circunstancia porque beneficia injustificadamente al condenado.
* Citó la sentencia SP 18927-2017 con Acta de aprobación 377 proferida el 15 de noviembre de 2017, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, para resaltar que en el plenario obra prueba de que el señor JFFC se ha sustraído sin justificación alguna de la obligación alimentaria con su hijo JFM desde el nacimiento del mismo.
* En este orden de ideas, se tendrá que manifestar por la suscrita que si bien es cierto se puede tener cierta apreciación o interpretación de la jurisprudencia, también es cierto que la Ley 1098 de 2006 establece normas para la infancia y la adolescencia que son de orden público y de estricto cumplimiento, por lo tanto no se puede omitir la aplicación de las mismas como lo es el caso muy particular de la prohibición expresa que contiene el artículo 193 numeral 6º, en donde prohíbe conceder subrogados sin previa reparación integral de los daños causados.
* Solicitó revocar la decisión objeto de recurso.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES**

**6.1. Competencia**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2. Problema jurídico a resolver**

Se contrae a decidir el grado de acierto de la decisión adoptada por el juez de primera instancia, quien condenó al señor JFFC…, por el delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de su hijo JFM, por el cual fue convocado a juicio por la FGN y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

6.3 En atención al contexto fáctico del acta de traslado de la acusación se tiene que según la denuncia presentada por la señora Katerin Juliana Medina Velásquez el 18 de enero de 2017: i) el padre del menor JFM no le suministra alimentos desde que nació; ii) el menor JMF sufre de asma y son muchos los gastos para su sostenimiento, para los cuales el padre nunca ha reportado cifra dineraria; iii) el 22 de febrero de 2018 se citó a conciliación al procesado quien adujo no tener empleo y no poder pagar lo que debía; iv) la denunciante dijo que se había establecido una cuota mensual de $100.000 pesos la cual le adeuda el procesado hace cuatro años y seis meses para un total de $5.400.000 pesos; v) el señor JFFC adujo no tener dinero para pagar.

6.4 En atención a la imputación jurídica formulada contra el procesado, y la argumentación de la recurrente frente a la sentencia condenatoria de primer grado, la Sala abordará el estudio del tema del subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena. No se hará pronunciamiento alguno respecto de la materialidad de la conducta ni la responsabilidad toda vez que no fue objeto del recurso y el señor JFFC se allanó a los cargos.

6.4.1 En principio hay que hacer referencia a la conducta punible por la cual fue acusado el señor JFFC, cuyos supuestos de hecho y de derecho son los siguientes:

*“Art. 233 CP Modificado Ley 1181 de 2007. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.*

*Parágrafo 1. Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente (únicamente) al hombre y mujer que forman parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.*

*Parágrafo 2. En los eventos tipificados en la presente ley se podrá aplicar el principio de oportunidad.”*

6.5 En el caso en estudio el juez de conocimiento concedió el subrogado previsto en el artículo 63 del CP, al considerar: i) que en aplicación del precedente jurisprudencial de la sentencia CSJ SP18927-2017 del 15 de noviembre de 2017, para el tipo penal de inasistencia alimentaria no es aplicable la prohibición de exclusión de beneficios prevista en la ley 1098 de 2006, en razón de la necesidad que seguirán teniendo los menores de cubrir sus necesidades con ocasión de la privación de la libertad del progenitor; ii) que no obstante el subrogado se obtiene con la reparación, consideró que se cumplían los requisitos legales para conceder el beneficio en favor del señor JFFC; iii) le otorgó al condenado la posibilidad de restituir los derechos del hijo menor bajo el compromiso de reparar los daños ocasionados dentro del término de un (1) año**[[2]](#footnote-2)**.

6.6 Sobre el tema hay que manifestar que al escuchar el registro de la audiencia del 20 de noviembre de 2018, donde se practicó la diligencia ordenada en el artículo 447 del CPP se advierten las siguientes situaciones: i) el señor JFFC se allanó a los cargos; ii ) el delegado de la FGN expuso las condiciones civiles y personales del señor JFFC, indicó que el mismo ejercía oficios varios en forma independiente, cuenta con arraigo familiar y social, no registra antecedentes, solicitó que la medida no sea intramural y se concedan en su favor los subrogados penales; iii) el defensor solicitó al juez que se parta del mínimo de la pena a imponer, resaltó que intentó conciliar para lo cual ofreció $2.000.000 de pesos y el incremento de la cuota mensual de $150.000 a $180.000 pesos, además, coadyuvó la solicitud en el entendido que se concediera el subrogado de ejecución condicional de la pena.

6.7 La recurrente argumentó en contra de la anterior determinación y expresó que si bien se soportó en la jurisprudencia en cita, lo cierto es que en el caso concreto el condenado JFFC se ha sustraído sin justificación alguna de la obligación alimentaria desde el nacimiento del hijo JFM, por lo cual se debe tener en consideración la prohibición de que trata el artículo 193 numeral 6º de la Ley 1098 de 2006 en el entendido que es una norma de orden público de estricto cumplimiento, en consecuencia, no es posible conceder subrogados sin previa reparación integral de los daños causados.

6.8 Al respecto la Sala considera que el tema de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en el delito de inasistencia alimentaria, también ha debido ser abordado por el juez de conocimiento desde la perspectiva de la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ sobre la aplicación del artículo 193 -6 de la ley 1098 de 2006, norma 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.”.* (Sentencia del 3 de febrero de 2016, radicado 46647).

6.9 Sobre el tema hay que mencionar que en decisión de esta Colegiatura del 13 de marzo de 2019, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, aprobado por acta No.265, dentro del proceso adelantado contra el ciudadano Fabio Hernán Mosquera Mosquera, por el delito de “inasistencia alimentaria”, se dijo lo siguiente:

*“En este caso en concreto no se ataca por parte de la defensa del señor MOSQUERA MOSQUERA 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 MOSQUERA MOSQUERA**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[[3]](#footnote-3), 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[[4]](#footnote-4).*

*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[[5]](#footnote-5).*

*Por tal motivo este Tribunal, en aplicación de tal precedente, ha venido concediendo en diversos casos la prisión domiciliaria a sentenciados por Inasistencia Alimentaria[[6]](#footnote-6), 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.”* (Subrayas ex texto).

6.10 En aplicación de la anterior determinación y toda vez que en el caso concreto el señor JFFC cumple con los requisitos previstos en el artículo 63 del CP para que en su favor se conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la Sala acompaña la decisión del *a quo,* no obstante considera necesario otorgar un plazo con el fin de que se cumpla el requisito previsto en el artículo 193-6 del C.I.A. lo que conduce a que el reconocimiento antedicho se condicione al cumplimiento de la obligación de reparar a la víctima.

Sin embargo, se considera necesario determinar el término concedido al condenado para cumplir con la obligación de reparar los perjuicios ocasionados al menor, toda vez que ni en la sentencia ni en el acta compromisoria suscrita el 7 de diciembre de 2018 se estableció en debida forma el momento a partir del cual iniciaría el cómputo del término que dispuso el fallador.

De ese modo, y siguiendo la línea antedicha, se considera por la Sala que la obligación será exigible a partir de la ejecutoria del auto que resuelve el incidente de reparación integral y que el término que se debe otorgar para su cumplimiento es de seis (6) meses, por lo cual se modificará la decisión en ese sentido.

6.11 Así, se considera que en el caso del señor JFFC no resulta aplicable lo dispuesto en CSJ SP del 15 de noviembre de 2017, radicado 49712, donde se concedió el subrogado previsto en el artículo 63 del C.P. a una persona que había sido condenada por la violación del artículo 233 del C.P., ya que el contexto fáctico del caso analizado en esa decisión, tenía que ver con la situación de un procesado que pese a haber sido sentenciado por la violación de esa norma de mandato, se encontraba cumpliendo con sus deberes alimentarios para la fecha de sustentación del recurso de casación, según se infiere de las consideraciones de esa providencia, en cuyos apartes relevantes se dijo lo siguiente:

“*Cargo segundo.*

*Esta censura se relaciona con la interpretación y aplicación del artículo 193-6 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, que es del siguiente tenor:*

*Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los delitos. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:*

*(…)*

*6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.*

*(…)*

*La disposición que antecede contiene un mandato que le impide al juzgador aplicar el principio de oportunidad y el subrogado de la condena de ejecución condicional cuando el beneficiario de esos institutos no haya indemnizado los perjuicios ocasionados a los menores que sean víctimas del delito por el que se procede.*

*Pese al carácter general e imperativo de la norma en cuestión, cabe acotar que en la exposición de motivos de la actual Ley 1098 de 2006 solamente se hizo referencia, en el acápite correspondiente a “Los niños y las niñas víctimas de delitos”, a la deuda que el país tenía “(…) con los niños y las niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces (…)”como razón de ser de la implementación de medidas como la examinada (Gaceta del Congreso n.° 551 del 23 de agosto de 2005, página 31). E, indudablemente, dentro de la categoría aludida no se inscribe el delito de* *inasistencia alimentaria.*

*Pues bien, teniendo en cuenta esa situación, que en el evento en examen el procesado, según lo informó su defensor en la audiencia de sustentación, sin ser objetado por la Fiscalía o la representación judicial de las víctimas, actualmente está satisfaciendo cumplidamente su obligación alimentaria y que debe continuar haciéndolo, pues sus hijos en la actualidad tienen 11 y 10 años de edad, la Sala encuentra razonable permitirle acceder al sustituto previsto por el artículo 63 del Código Penal.*

*Lo anotado, para no terminar tanto el acceso que hoy tiene Leonardo Iván Agudelo Hernández a una fuente de ingresos, imposibilitándole hacia el futuro el cumplimiento de la obligación alimentaria, como el contacto regular que mantiene con sus hijos, regulado conforme a la separación y al régimen de visitas acordado.*

*La determinación que se anuncia tiene en cuenta la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, esto es, el reconocimiento de que son sujetos de derechos, la garantía del cumplimiento de estos y la prevención de la amenaza o vulneración de los mismos (artículo 7° de la Ley 1098 de 2006), así como también la protección de su interés superior, que obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos (artículo 8° ibídem).*

*En ese orden de ideas, se colige que la privación de la libertad del progenitor de los menores G.A.A.C. y T.M.A.C., dadas las repercusiones que tiene y que se señalaron en precedencia, implica* *para éstos la afectación de los siguientes derechos consagrados en la Ley 1098 de 2006:*

*Artículo 17. Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano. (…) La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.*

*Artículo 22.Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. (…).*

*Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. (…).*

*Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. (…).* (Subrayas ex texto).

**7. CONSIDERACIÓN ADICIONAL**: En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, la Sala no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta al procesado, ya que la recurrente no impugnó ese acápite del fallo de primer grado.

En consecuencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** **PARCIALMENTE** la sentencia del 3 de diciembre de 2018 del Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia - Risaralda, donde se condenó al señor JFFC, como responsable del delito de inasistencia alimentaria (Articulo 233 del CP).

**SEGUNDO**: **MODIFICAR** el ordinal 3º del fallo en mención para adicionarlo en el sentido de que el procesado deberá reparar los daños ocasionados con el delito al menor JFM, para lo cual se fija un plazo de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo que se adopte en el trámite del incidente de reparación integral, so pena de que se le revoque el citado subrogado.

En lo demás queda vigente la sentencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 2 al 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 71 vuelto y 72 frente. [↑](#footnote-ref-2)
3. TSP SP, 9 nov. 2016, Rad. radicado 666876000086-2013-00056-01 [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ AP, 5 ago. 2015, Rad. 46332. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ SP, 3 feb. 2016, Rad. 46647. [↑](#footnote-ref-5)
6. Véase, entre otras: TSP SP, 01 mar. 2017, Rad. 60016000036-2011-01599-01 [↑](#footnote-ref-6)