

Proceso No 26016

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 025

Bogotá, D. C., veintiuno de febrero del año dos mil siete.

La Corte se pronuncia de fondo en sede de casación sobre la eventual violación de garantías fundamentales del procesado WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS, en punto de la consideración por el juzgador de circunstancias genéricas de mayor punibilidad no imputadas expresamente en la acusación, las cuales incluso podrían dar lugar a la eventual vulneración del principio del non bis in idem en la sentencia de segunda instancia proferida el 7 de marzo de 2006 por parte del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué.

Antecedentes.

1.- La cuestión fáctica, fue reseñada por el juzgador a quo de la manera siguiente:

“La señora Deisi Castañeda Romero, formula querella de fecha 11-01-05, en contra de WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS, por la sustracción al pago de las mesadas alimentarias que fueron fijadas mediante sentencia por el Juzgado 6º de Familia de esta ciudad, por valor de \$250.000.00, la que incrementada anualmente asciende a \$290.000.00, omisión que viene sucediendo desde mediados del mes de agosto de 2004, informando que se

trata de una persona normal, sin ninguna incapacidad física o mental, activo laboralmente ya que administra la Procesadora de Minerales del Tolima (Promitol Ltda.), que las relaciones con su hija son completamente nulas, que es docente temporal, sin ninguna estabilidad laboral, que su querellado tiene en la actualidad un hogar formado con otra persona, concluyendo que se trata de una persona irresponsable, pues sólo en una ocasión logró que asistiera a conciliación y quedó comprometido en cancelar lo adeudado y por tal sustracción existe sentencia condenatoria vigente y ejecutoriada la que cursa en el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de esta capital. Anexó registro civil de nacimiento de la menor en el cual el Notario 2º de esta Capital hace claridad que mediante sentencia de fecha 15-11-02 emanada del Juzgado de Familia se declaró al denunciado como padre de la menor, con pérdida de la patria potestad proferido por éste mismo Despacho de fecha 10-08-04 en contra del mismo”.

2.- Asumido el conocimiento del asunto por la Fiscalía 28 Local de la Unidad Especial de Protección al Menor con sede en Ibagué, decretó la formal apertura de investigación (fl. 11-1), en cuyo desarrollo vinculó mediante diligencia de indagatoria al procesado WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS (fls. 44).

3.- Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo (fls. 61-1), el diez (10) de mayo de dos mil cinco (2005), calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS por el delito de inasistencia alimentaria de que trata el artículo 233 del Código Penal, mediante determinación que cobró ejecutoria en esa instancia al no haber sido objeto de impugnación (fls. 92 y ss. cno. 1).

4.- El trámite del juicio correspondió asumirlo al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Ibagué en donde después de haberse llevado a cabo la diligencia de audiencia pública (fls. 176 y ss.), el veinte de enero de dos mil seis se puso fin a la instancia condenando al procesado WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS a las penas principales

de treinta y cuatro (34) meses de prisión y multa en cuantía de dieciocho (18) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, entre otras decisiones, a consecuencia de hallarlo penalmente responsable del delito de inasistencia alimentaria, a él imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 182 y ss.).

Recurrida esta determinación por la defensa (fls. 205 vto. y 207 cno. 1), el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, a través de fallo de segunda instancia proferido el siete (7) de marzo de dos mil seis (2006) resolvió confirmarla íntegramente, pero concediéndole al procesado el sustituto de la prisión domiciliaria, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta (fls. 21 y ss. cno. 2).

5.- Contra la sentencia de segunda instancia, la defensa oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, el que fue concedido por la vía discrecional por parte del ad quem (fl. 40 cno. 2), y presentó la correspondiente demanda (fls. 53 y ss.-2).

6.- Mediante providencia de trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006), la Sala decidió inadmitir la demanda de casación presentada, pero ordenó correr traslado de la actuación al Ministerio Público para que conceptuara sobre la eventual vulneración de las garantías fundamentales del debido proceso, en lo relativo a la posible infracción del principio de congruencia al haberse deducido en el fallo circunstancias agravantes genéricas no especificadas en la acusación (fls. 5 y ss. cno. Corte).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal manifiesta que la

jurisprudencia de la Corte ha venido sosteniendo que con la puesta en vigencia de la Ley 600 de 2000, la resolución de acusación debe precisar de manera clara e inequívoca la imputación fáctica y jurídica de las circunstancias que agraven o atenúen la pena, sean éstas específicas o genéricas, objetivas o subjetivas, toda vez que tienen importante repercusión en la tasación de la pena.

También la jurisprudencia ha indicado que la congruencia se predica entre la resolución acusatoria o su equivalente y la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, a riesgo de que si alguno de ellos no guarda debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en virtud a que el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación, ni se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena.

En este caso, dice, resulta evidente que la Fiscalía no imputó ninguna circunstancia de mayor punibilidad en la resolución de acusación proferida contra el señor WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS, y por lo tanto la sentencia no podría sorprenderlo con la atribución de la causal genérica de agravación de que trata el artículo 58-7 de la Ley 599 de 2000, no incluida en la acusación, porque al hacerlo vulneraba las garantías fundamentales, como en efecto así ocurrió al ubicarse para individualizar la pena en el primer cuarto medio.

Anota que en la sentencia tampoco podían tenerse en cuenta los antecedentes penales que registra el procesado, porque si bien la carencia de ellos es circunstancia de menor punibilidad, el tenerlos no está previsto como circunstancia de mayor punibilidad en el artículo 58 del Código Penal.

Agrega que se debe tener en cuenta que las circunstancias que se aplican para seleccionar el respectivo cuarto dentro del cual se ha de concretar la pena por parte del sentenciador,

son aquellas de que tratan los artículos 58 y 55 del Código Penal, siempre que las mismas no hayan sido previstas de otra manera, “es decir, que no se hayan consagrado normativamente como específicas o estén incluidas dentro de la estructura del tipo, como sería el caso del ‘quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima’ (art. 58-7) y la inasistencia alimentaria (art. 233) que dada su estructura, necesariamente implica el quebrantamiento de las relaciones sociales y de parentesco que la naturaleza de las cosas, la Constitución (art. 44) y la ley (art. 411 C.C.) imponen al padre respecto de sus descendientes”.

Señala, entonces, que para remediar el equívoco de los falladores, se impone redosificar las penas principales y accesorias impuestas al procesado, ubicándose en la sanción mínima del primer cuarto, por no existir atenuantes ni agravantes. “Es decir que, respetando los criterios de ponderación de los cuales partieron los jueces de instancia, las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, finalmente quedarían en 24 meses”.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar parcial y oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y proceder a redosificar las penas principal y accesoria impuestas al procesado WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS (fls. 24 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA:

Por razones metodológicas la Corte abordará primero el estudio de lo relacionado con la congruencia entre acusación y fallo, y a continuación se ocupará de lo relativo a la individualización judicial de la pena.

1.- Incongruencia entre acusación y fallo.

La congruencia -ha sido dicho por la jurisprudencia de esta Corte- se predica entre la

resolución acusatoria (o su equivalente) y la sentencia en sus aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico (modalidad delictiva), a riesgo de que si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le puede desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena (Cfr. Cas. feb. 11/04. Rad. 14343).

Este es el vicio que concurre en el presente evento. Para denotarlo, necesario resulta hacer las siguientes precisiones:

1.1.1.- En torno a la calificación jurídica de la conducta, en la resolución de acusación se indicó por el funcionario de instrucción:

“El delito por el que se procede lo describe y sanciona el Código Penal en el Libro II, Título VI, Capítulo IV, art. 233 bajo la denominación jurídica de inasistencia alimentaria, en los siguientes términos: ‘El que se sustraiga sin justa causa a la prestación realimentos legalmente debidos a los ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales”.

(...)

“La conducta punible que se le endilga a WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS, denominada ‘Inasistencia alimentaria’ contiene tres elementos que deben estar claramente definidos para predicar la existencia de la misma, ellos son: 1. La existencia de un vínculo entre el sujeto activo y el pasivo, que consiste en ser ascendiente o descendiente, adoptante o adoptivo o cónyuge el uno del otro. 2. Que por parte del sujeto activo haya sustracción a los compromisos alimentarios. 3.- Que esa sustracción sea dada sin justa causa”.

(...)

“Pero no es sólo la sustracción sin justa causa, lo que hace la conducta punible, pues se requiere que el comportamiento lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado, en este caso la Familia, de la cual los hijos forman parte. Esta tutela o protección jurídica tiene fundamento en el art. 44 de la Constitución que impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizarle su desarrollo integral, de tal manera que si no se le proporcionan los alimentos entendidos éstos como lo indispensable para el sustento, habitación, vestuario, recreación, salud y educación o instrucción, está colocando en riesgo ese desarrollo, lo que redundará en perjuicio del bien jurídico.

“Ahora en lo que respecta al aspecto subjetivo del delito, no hay duda que WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS, conoce la posición de garante, es decir la obligación de auxilio protección y ayuda económica que la ley impone a los padres frente a los hijos, sin embargo ha sido negligente con este compromiso legal y moral toda vez que teniendo medios económicos, según la información que reposa en el proceso, como ya se registró, no ha dado a su hija la ayuda que necesita para poder subsistir, prefiriendo dirigir su ayuda para otras personas con quienes no tiene ninguna obligación legal; de tal manera que hay elementos de juicio suficientes para concluir que WILLIAM IVÁN, conociendo y comprendiendo la ilicitud de su conducta y pudiendo comportarse conforme a derecho ha dirigido su voluntad libre a la realización de la conducta punible.

“En consecuencia y por estar demostrados los presupuestos del art. 397 del C.P.P., se proferirá resolución de acusación, tal como lo consignaremos en la parte resolutive de esta providencia” (fls. 92 y ss. y ss. cno. 1).

1.1.2.- En la sentencia de primera instancia, en el acápite que allí se destinó a la “dosificación punitiva”, después de aludir a la aplicabilidad al caso de los artículos 60 y 61

del Código Penal para la determinación de los mínimos y máximos, y de señalar que el cuarto mínimo oscila de veinticuatro a treinta meses de prisión; el primer cuarto medio entre treinta meses y un día hasta treinta y seis meses; el segundo cuarto medio de treinta y seis meses y un día hasta cuarenta y dos meses de prisión y el cuarto máximo de cuarenta y dos meses y un día hasta cuarenta y ocho meses de prisión, consideró el juzgador:

“Es por ello que este despacho partirá de una sanción mínima que oscilará entre treinta (30) a treinta y seis (36) meses de prisión (PRIMER CUARTO MEDIO), por existir únicamente circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58-7 ibídem, pues como podemos observar el aquí condenado ha ‘ejecutado la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima’, ya que no podríamos ubicarlo en el cuarto mínimo, pues como igualmente se observa, éste presenta antecedentes penales ya que en su contra existe sentencia condenatoria proferida por este mismo despacho de fecha 10-08-04, con una sanción de 24 meses de prisión, habiéndosele concedido la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión que fue apelada y confirmada en su integridad por parte del Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta Capital, resultando entonces como pena parcial la de treinta y cuatro (34) meses de prisión, considerando además que estamos frente a una menor de cinco (5) años de edad, próxima a entrar en una etapa de escolaridad, que representa una expectativa trascendental en su vida, que de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales, éstas establecen supremacía respecto de la responsabilidad de los padres para con sus hijos (C. N. Art. 42), de tal manera que se trata de un tratamiento jurídico especial, debiéndose entonces imponer como sanción principal a WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS, la pena de TREINTA y CUATRO (34) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE DIECIOCHO (18) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, y como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal, por encontrársele

responsable a título de AUTOR del reato de INASISTENCIA ALIMENTARIA, siendo ofendida Ivanna María Aranaga Castañeda y querellante su progenitora Deisi Castañeda Romero, hechos ocurridos en circunstancias temporo espaciales descritos en el cuerpo de esta sentencia”, En esa misma decisión, resolvió negar la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia dado que si bien “la pena no excede el límite de los tres (3) años de prisión, su personalidad, naturaleza y modalidades del hecho nos permite inferir que requiere de tratamiento penitenciario, pues no olvidemos que Aranaga Rojas ya fue condenado por este mismo delito, siendo querellante la misma dama y ofendida la menor Ivanna María...” (fls. 191 y ss. cno. 1).

1.1.3.- El Juzgado Penal del Circuito, a su turno, al resolver la impugnación interpuesta por la defensa contra el fallo de primera instancia, decidió confirmarla, salvo en lo relativo al instituto de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, la cual concedió por considerar reunidas las exigencias legales para dicho efecto (fls. 21 y ss. cno. 2).

1.2.- Lo anterior indica, que el juzgador de primera instancia aplicó una circunstancia de mayor punibilidad no sólo no imputada expresamente en la acusación sino que no resultaba procedente aplicar por violar el principio de non bis in idem, y así decidió ubicarse en el ámbito de los cuartos medios de movilidad para establecer los límites mínimos y máximos de la punibilidad correspondiente.

El ad quem, por su parte, al pronunciarse en segunda instancia, no sólo no corrigió el anotado yerro sino que le impartió íntegra confirmación a la decisión recurrida, sin tomar en cuenta que la Fiscalía no había imputado a los acusados ninguna circunstancia de mayor punibilidad.

A este respecto es de advertir que el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, al establecer cuáles son las circunstancias de mayor punibilidad, precisa que pueden ser imputadas “siempre que no hayan sido previstas de otra manera” y entre éstas,

para el caso particular, se observa la consistente en “ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima”, toda vez en que la realización de la tipicidad definida por el artículo 233 del Código Penal exige, necesariamente debe ocurrir el quebrantamiento de los deberes que las relaciones de parentesco imponen a los padres respecto de los hijos.

Como ha sido dicho por la Sala, según de ello se da cuenta en la sentencia de casación proferida el veintinueve de junio de dos mil cinco dentro del radicado 18401, es precedente judicial consolidado que las circunstancias objetivas y las subjetivas de agravación, tanto genéricas como específicas, dada la gran repercusión que tienen en la punibilidad, deben haber sido explícitamente formuladas fáctica y jurídicamente en la acusación para que puedan ser objeto de deducción en la sentencia, toda vez que ante determinada circunstancia, el solo enunciado en la resolución de acusación o su equivalente del supuesto fáctico que la configura, no resulta suficiente para que el juzgador se entienda facultado para imponerla, sino que se requiere de una valorada y expresa atribución, es decir, que no se abrigue duda alguna acerca de su imputación.

Resulta por tanto evidente que en el presente caso, los juzgadores al realizar el proceso de individualización judicial de la pena desbordaron el marco de la imputación jurídica contenido en la resolución acusatoria al incluir una circunstancia de mayor punibilidad no prevista en ella. Esto dio lugar a imponer una pena superior a la que en derecho correspondía, pues para tales efectos se partió de los cuartos medios por concurrir sólo circunstancias de agravación punitiva, cuando lo procedente era ubicarse en el ámbito del cuarto inferior.

De igual modo, para individualizar la pena tampoco podía el juzgador, tomar en

consideración la existencia de una condena anterior impuesta al procesado por haber llevado a cabo similar comportamiento reprochable y punible respecto de la menor ofendida en este asunto, pues si bien, como con acierto es puesto de presente por la Delegada, la carencia de antecedentes se halla prevista en el ordenamiento sustancial como circunstancia de menor punibilidad (art. 55-1), la existencia de sentencia condenatoria previa no ha sido erigida como motivo que permita incrementar la punibilidad. Y si bien la propensión a la criminalidad como inferencia derivada de la existencia de antecedentes penales, puede llegar a tomarse como manifestación de personalidad, dicho aspecto no es parámetro que permita fijar la pena, pues no se encuentra previsto por el artículo 61 del Código Penal, dentro del catálogo de criterios a considerar una vez establecido el cuarto respectivo.

Sí podía, no obstante, como lo hizo, tomar en consideración la existencia de antecedentes penales para evaluar la posibilidad de suspender condicionalmente la ejecución del fallo, o de conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, según se colige de lo establecido por los artículo 68-2 y 38-2 del Código Penal.

2.- Consecuencias jurídicas.

Con el fin de salvaguardar las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa establecidas en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 216 del Estatuto procesal, para corregir oficiosamente los desaciertos que vienen de ser reseñados.

2.1.- En tales condiciones, el ámbito punitivo para el delito de inasistencia alimentaria, definido por el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, cuando es cometido contra un menor, como en este caso, oscila entre dos (2) y cuatro (4) años de prisión y multa en cuantía de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.- Se advierte en este caso que en la resolución de acusación no se imputó de modo específico, claro e indubitable ninguna circunstancia genérica de agravación, o de mayor punibilidad según la terminología adoptada por la Ley 599 de 2000, ni se deduce ninguna de atenuación o de menor punibilidad. Tan sólo se citó el tipo penal correspondiente a la conducta realizada.

Luego, ni la agravante por ejecutar la conducta con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima (art. 58.7 de la Ley 599 de 2000), ni menos aun la circunstancia de contar con una sentencia condenatoria previa por similar conducta, podían tenerse en cuenta por los juzgadores en el fallo.

De lo anterior resulta evidente que la movilidad para determinar la pena se halla enmarcada en el primer cuarto del delito realizado, que para el caso concreto permitiría imponer, respetando los criterios dosimétricos tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia, el mínimo de veinticuatro (24) meses de prisión y multa en cuantía de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el delito de inasistencia alimentaria.

Ha de aclararse, asimismo, que acorde con la normativa sustancial por la que se rige el presente asunto, cuando la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se impone como accesoria a la de prisión, su tiempo de duración debe ser igual a ésta sin que pueda exceder de diez años.

2.3.- Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

La Corte mantendrá la decisión de los juzgadores de conceder al procesado la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, prevista en el artículo 38 del Código Penal, y negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena prevista por el artículo 63 ejusdem, toda vez que si bien se cumple con los presupuestos objetivos señalados en esta

última disposición, es lo cierto que no acontece igual con el aspecto subjetivo, pues, como tinosamente se indicó en el fallo de primera instancia cuyo criterio la Sala prohija, la modalidad y gravedad de la conducta punible realizada “se ha convertido en una situación reiterativa por parte del procesado, que ha puesto en peligro durante toda la existencia de la menor, su estabilidad y subsistencia”, al punto que lo establecido en el proceso aconseja la necesidad de ejecución de la pena a fin de que a través del tratamiento penitenciario pueda lograr su reinserción social, y por tanto, el compromiso de respeto irrestricto a las normas constitucionales y legales que tienen el propósito de brindar protección a los menores frente a la sustracción, sin justa causa, de las obligaciones alimentarias por parte de sus padres.

No puede olvidarse que la conducta llevada a cabo como reveladora de su personalidad, muestra al procesado como una persona especialmente irresponsable en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con una de sus descendientes, pues aparece acreditada la existencia de una condena previa por el mismo tipo de conductas, lo que obliga considerar que la pena se cumpla en privación efectiva de la libertad, así sea en la residencia del acusado, no sólo con el propósito de imprimir un carácter disuasivo general, sino para que dicho tipo de conductas no vuelva a tener realización de parte del procesado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. CASAR PARCIAL y OFICIOSAMENTE la sentencia recurrida. FIJAR, en consecuencia, en veinticuatro (24) meses de prisión y multa en cuantía de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que debe purgar el procesado

WILLIAM IVÁN ARANAGA ROJAS y en veinticuatro (24) meses la pena accesorio de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como autor penalmente responsable del delito de inasistencia alimentaria a él imputado en la resolución de acusación.

SEGUNDO. En lo demás el fallo se mantiene.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria