

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP2163-2018

Radicación n.º 52059

Acta 189

Bogotá, D. C., trece (13) de junio de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el Auto CSJ AP1975-2018 y teniendo en cuenta que el término concedido para promover insistencia venció en silencio, la Corte examina oficiosamente la sentencia proferida el 6 de octubre de 2017, en virtud de la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó la emitida por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Piedecuesta (Santander) y condenó a Alberto Mantilla Pérez por el delito de inasistencia alimentaria.

HECHOS

Así los narró la Corte en ocasión anterior:

Rosa María Gelvez Figueredo puso en conocimiento que Alberto Mantilla Pérez, padre de su hijo JSMG, nacido el 22 de febrero de 2001, se sustrajo sin justa causa, desde enero de 2006, de cumplir con el pago de la cuota alimentaria pactada en el acta de conciliación 217

del 17 de marzo de 2004, suscrita ante la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, en donde se estipuló que aquél contribuiría en favor del menor con \$250.000 mensuales, monto que se incrementaría cada año conforme al porcentaje del salario mínimo legal, cuatro mudas de ropa y el 50% de lo que se cancelara por salud y educación.¹

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE²

1. El 7 de octubre de 2014 el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Piedecuesta impartió legalidad a la imputación que contra Alberto Mantilla Pérez hizo la Fiscalía por el delito de inasistencia alimentaria³.
2. El 16 de diciembre siguiente se radicó escrito de acusación⁴, que se verbalizó el 3 de octubre de 2016, bajo la dirección del Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de esa localidad⁵.
3. El juicio oral inició el 25 de abril de 2017⁶ y finalizó el 14 de agosto de esa anualidad, con anuncio de sentido de fallo condenatorio⁷.
4. La sentencia con esa orientación la dictó el mismo Juzgado el 18 de agosto posterior. Impuso a Mantilla Pérez la pena de prisión de 32 meses, multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual a la primera; le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria⁸.
5. La providencia, apelada por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 6 de octubre de 2017, cuando, además de negar la nulidad solicitada, compulsó copias para que se investigue al acusado por la omisión en la prestación alimentaria de enero de 2015 a enero o febrero de 2017⁹.

6. El apoderado del acusado recurrió en casación y la demanda correspondiente fue inadmitida por esta Sala el 16 de mayo pasado (CSJ AP1975-2018)¹⁰. No obstante, en dicho auto se dispuso que, vencido el término de insistencia, regresara el asunto al despacho del Magistrado ponente para examinar oficiosamente, de fondo, lo atinente al subrogado de la condena de ejecución condicional.

CONSIDERACIONES

Al no presentarse insistencia, la Corte se centrará en el tema enunciado en precedencia.

1. Los falladores de instancia, como consecuencia de la condena impuesta, negaron a Mantilla Pérez la suspensión condicional de la ejecución de la pena con base en las siguientes razones:

El a quo determinó que, si bien el procesado cumple con los presupuestos señalados en el artículo 63 del Código Penal, en cuanto la sanción no supera el límite legal y cuenta con arraigo social, familiar e individual¹¹, lo cierto es que existe una prohibición legal, la contenida en el numeral 6° del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

El Tribunal, al resolver la alzada, que, a diferencia de lo ocurrido con la demanda de casación, sí planteó ese tema como controversial, ratificó la postura del inferior.

Adicionalmente, citó a esta Corporación en el auto CSJ AP4387-2015 y explicó que no es cierto, como lo sugirió el apelante, que la proscripción legal se reduzca únicamente a los delitos enumerados en el numeral 4° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, toda vez que, conforme al numeral 6° del precepto 193 del mismo cuerpo normativo, existen otros reatos en los que para acceder al mecanismo sustituto de ejecución de la pena se requiere que medie la indemnización de perjuicios¹².

2. Frente a lo expuesto, debe hallarse la razón al ad quem en cuanto que en el Auto del 5 de

agosto de 2015, CSJ AP4387-2015, radicado 46332, esta Sala, al inadmitir una demanda de casación formulada por un condenado por el delito de inasistencia alimentaria, expresó que la indemnización a la víctima constituía un requisito para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Así lo indicó:

...la Sala ha verificado que el ad quem no incurrió en la aplicación indebida de las normas que regulan la suspensión condicional de la pena cuando la víctima es menor de edad, como acontece en el presente caso, habida cuenta que la indemnización a la víctima comporta un requisito adicional a los previstos en el Código Penal para acceder a ese subrogado penal, el cual se justifica en la protección prevalente y reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

No obstante, con posterioridad, el 15 de noviembre de 2017, la Corte, esta vez en la sentencia CSJ SP18927-2017, radicado 49712, al resolver el cargo propuesto por la defensa de un sentenciado por el delito de inasistencia alimentaria en detrimento de sus dos hijos menores, en el que acusó al fallador por yerros en la interpretación y aplicación del numeral 6° del canon 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, examinó detenidamente el tema y concluyó de manera diversa.

En dicha providencia la Corporación determinó, de cara a dar prevalencia a los derechos de los menores de edad y lograr la efectiva reparación de los perjuicios ocasionados, que en esos eventos la no suspensión de la ejecución de la pena imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria. En tal orden, estableció que como para ese momento el acusado estaba satisfaciendo en forma puntual la aludida imposición legal y debía continuar haciéndolo, era razonable permitirle acceder a la suspensión de la ejecución de la pena para no cancelar su fuente de ingresos. Estos fueron los fundamentos de la decisión:

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.º 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 [...] 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 7º 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. (...).

Asimismo, se vislumbra la imposibilidad de cumplimiento de lo estatuido por los artículos

3.2 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³.

En síntesis, si bien la imposición de la pena se fundamentó en su finalidad de prevención especial, con miras a que el procesado en el futuro no vuelva a sustraerse a su obligación alimentaria, lo cierto es que con la no suspensión de su ejecución se imposibilita al penado el cumplimiento de esa imposición legal.

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,

Es que muchas veces de manera inconsciente se instala en la mente de los jueces un dilema inexistente: reparación o subrogado, cuando no hay exclusión entre ellos, como claramente surge del artículo 65 del Código Penal¹⁴ y del artículo 474 de la Ley 906 de 2004¹⁵.

Precisamente, uno de los compromisos que se adquieren para gozar del subrogado es el de indemnizar, dentro de un término cierto, los perjuicios ocasionados con la conducta punible. A más de garantizarse mediante caución, su inobservancia puede dar lugar a la revocatoria del sustituto y a la ejecución de la prisión por parte de la autoridad judicial competente, que debe ser celosa en la vigilancia de esa disposición del fallo. (Negrillas del texto original).

3. Por consiguiente, a la luz de la jurisprudencia vigente¹⁶, que sin duda resulta más benéfica al enjuiciado Mantilla Pérez, en procesos seguidos por el delito de inasistencia alimentaria en donde las víctimas sean menores de edad, la regla para conceder la condena de ejecución condicional no se reduce a verificar simplemente si el procesado indemnizó, pues, de no haberlo hecho, se habrá de examinar si aquél decidió, en el curso del proceso

satisfacer cumplidamente con su obligación alimentaria, toda vez que, de ser así, será imperioso analizar la razonabilidad de otorgar ese subrogado para no suprimirle la fuente de ingresos.

4. En este caso, luego de revisar las pruebas válidamente practicadas en el juicio, surge que durante la actuación penal el acusado ha ofrecido pagar lo adeudado a su hijo y, además, que desde marzo de 2017 empezó a consignar la cuota alimentaria a la que se comprometió. Así lo manifestó Rosa María Gelvez Figueredo¹⁷, madre de JSMG, y lo ratificó Carmen Bernarda Álvarez Molina¹⁸.

Bajo ese contexto, con el propósito de asegurar la fuente de ingresos que le ha permitido al inculcado cumplir en la actualidad -entiéndase para la fecha del juicio, dado que en casación no hay etapa probatoria- con la obligación alimentaria en favor de su hijo, la Corte casará parcial y oficiosamente el fallo de segundo grado para, en su lugar, conceder a Alberto Mantilla Pérez la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de tres (3) años, durante el cual quedará sometido a cumplir las obligaciones contenidas en el artículo 65 del Código Penal, entre las cuales se encuentra la de reparar los daños ocasionados con el delito, lo que deberá realizar en el término de un (1) año. Dicho compromiso habrá de ser garantizado mediante caución prendaria por valor equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que estará contenida en un título de depósito judicial.

Con todo, el incumplimiento de las obligaciones referidas podrá dar lugar, en los términos del canon 66 ibidem, a la revocatoria del mecanismo sustitutivo, a la ejecución de la pena privativa de la libertad y a hacer efectiva la caución; pero, la observancia estricta de los compromisos, acarreará, según el precepto 67 idem, la extinción de la condena y la liberación definitiva.

En lo demás, la providencia se mantiene.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el sentido de conceder a Alberto Mantilla Pérez la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de tres (3) años, en los términos previstos en la parte considerativa de esta providencia.

En lo demás, la decisión queda incólume.

Segunda. Contra esta determinación no cabe recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cfr. Página 2 del auto que antecede, folio 8 del cuaderno de la Corte.
- 2 Según el escrito de acusación, la actuación inició con la Ley 600 de 2000 y culminó con decisión de condena, pero como el procesado instauró acción de tutela por indebida notificación en la declaratoria de persona ausente, el juez constitucional amparó los derechos y ordenó la nulidad desde la investigación previa. Con posterioridad, se determinó ajustar a la Ley 906 de 2004 (cfr. folio 70 vuelto de la carpeta).
- 3 Cfr. Acta en folio 59 de la carpeta.
- 4 Cfr. Folios 69 y 70 Id.
- 5 Cfr. Acta en folio 133 Id.
- 6 Cfr. Acta en folio 184 Id.
- 7 Cfr. Acta en folios 217 y 218 Id.
- 8 Cfr. Folios 222 a 240 Id.
- 9 Cfr. Folios 278 a 291 Id.
- 10 Cfr. Folios 7 a 22 del cuaderno de la Corte.
- 11 Cfr. Página 16 del fallo de primera instancia.
- 12 Cfr. Páginas 25 a 27 del fallo de segunda instancia.

13 [cita inserta en el texto transcrito] Artículo 3. (...) 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. (...).

Artículo 9. (...) 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (...).

14 [cita inserta en el texto transcrito] Art. 65.Obligaciones. El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones por el beneficiario. (...) 3. Reparar los daños ocasionados con el delito (...). Estas obligaciones se garantizarán mediante caución. (Se subraya).

15 [cita inserta en el texto transcrito] Art. 474. Procedencia. Para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal y se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con el delito (...). Se subraya.

16 Fue la ratio decidendi del fallo.

17 Cfr. Disco compacto contentivo de la sesión del 14 de agosto de 2017, tercer registro, minuto 10:04.

18 Cfr. Disco compacto contentivo de la sesión del 30 de junio de 2017, minuto 45:10.

