



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, jueves, ocho de septiembre de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0112 del cinco de septiembre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el señor defensor, conoce en segunda instancia esta Corporación el fallo proferido el 12 de julio de 2022 por el Juez Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Itagüí, mediante el cual condenó al acusado SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión y multa equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarlo responsable de la autoría del delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"Dio origen a la presente investigación, la denuncia que formulara la señora DIANA MARIA ZAPATA RINCON, ante la sala de denuncias, unidad de reacción inmediata de Itagüí el 14 de julio de 2016 en contra de SEBASTIAN ACEVEDO GARCIA, quien en calidad de padre no cumple con los alimentos de su menor hija desde el 14 de julio de 2016.

En su queja indica que le adeuda alimentos desde hace once años, durante este tiempo le ha entregado quinientos mil pesos, indique que labora en su actual compañera y o sabe las razones del incumplimiento de su obligación (sic). Agrega que fue condenado por alimentos y no cumplió la sanción que constaba, entre otras, el pago de la deuda por valor de dos millones de pesos.

En ampliación de denuncia, indica que se ratifica en los hechos denunciado y agrega que ellos fueron novios por espacio de un mes y de dicha relación nació Susana que en la actualidad cuenta con 16 años de edad. Que cuando nació la menor tuvo un paro cardíaco y su padre la reconoció legalmente, como no le cumplía con la obligación alimentaria puso en conocimiento de bienestar familiar el 27 de febrero de 2003 llegando a un acuerdo que no cumplió y lo embargaron y se salió de la empresa. El proceso penal llegó hasta condena ordenando el pago de la adeudado en dos millones de pesos, los cuales nunca cumplió. Indica que no sabe la razón del incumplimiento porque tiene labor que le permite cumplir con las obligaciones.

El periodo de omisión que se investiga es desde el 7 de junio de 2011 a la fecha y el valor de lo adeudado \$17.264.242."

El 09 de diciembre de 2019, la Fiscal 176 Local zona sur le dio traslado al señor SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA del escrito de acusación, bajo los parámetros de la Ley 1826 de 2017, en el que se le endilgó la comisión de la conducta punible de INASISTENCIA ALIMENTARIA (incisos 1 y 2 del artículo 233 del código penal), cargo que no fue aceptado por el implicado.

La audiencia concentrada se celebró el 10 de mayo de 2021 en el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Itagüí, y el juicio oral se desarrolló, luego de varios aplazamientos, los días 18 de mayo y 23 de junio de 2022, diligencia última en la cual se emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio y se llevó a cabo el pronunciamiento de las partes sobre la individualización de la pena. Finalmente, el 12 de julio último se corrió el traslado de la sentencia que es motivo de apelación.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Frente a los mecanismos sustitutivos de la pena, el fallador sostiene que en el asunto se satisfacen algunos de los requisitos fijados en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, pues la sanción impuesta no supera los cuatro años y el delito de inasistencia alimentaria no se encuentra enlistado dentro de las prohibiciones consagradas en el canon 68A ibídem, pero que, sin embargo, en atención a los antecedentes penales que registra el señor ACEVEDO GARCÍA por hechos cometidos dentro de los cinco años anteriores a los aquí juzgados –sentencia del 07 de junio de 2011 proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones

de conocimiento de Itagüí-, se hace necesario realizar un estudio adicional sobre la procedencia del subrogado.

Destaca que, en efecto, mediante la Ley 1142 de 2007 el legislador dispuso una mayor respuesta punitiva para quienes a pesar de haber gozado de un sustituto penal, no interiorizaron la norma y continuaron con la ejecución de conductas punibles, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 2008 y que también ha sido analizada por la Corte Suprema de Justicia en los radicados 52754 y 53651 de 2019 concluyendo que no basta la constatación objetiva del antecedente penal en los términos del artículo 248 de la constitución política para negar los subrogados, sino que se requiere de un análisis más pormenorizado del fallador a la hora de resolver este tópico.

Pasa a indicar el a quo que, en ese sentido, la norma estableció que si el procesado tiene antecedentes penales, el juez podrá conceder la medida cuando el historial personal, social y familiar de aquel sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena, y sostiene que en el sub judice se trata de un progenitor que prácticamente durante toda la existencia de su descendiente se ha sustraído de su obligación, ya que a pesar de la oportunidad que se le otorgó en el año 2011, continuó ignorando por completo las necesidades vitales de su hija como son la alimentación, salud, vivienda, educación y recreación, así como los requerimientos afectivos y morales, indispensables en la formación del individuo.

Expuso que la oportunidad que da el ordenamiento jurídico no puede representar una burla para la víctima que goza de especial protección y cuyos derechos prevalecen sobre los demás, mucho menos cuando al condenado por el delito de inasistencia alimentaria se le reprocha en tanto se probó que tuvo capacidad económica para asistir su prole y, aun así, de manera tozuda y egoísta, los abandona a su suerte demostrando la intensidad del dolo.

Finalizó el Juez de primera instancia afirmando que, adicionalmente, no es viable otorgar al justiciable la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria en virtud de lo regulado en el numeral 6° del artículo 193 del código de infancia y adolescencia, pues quedó probado que el procesado no solo no reparó a la víctima respecto de la primera sanción, sino que continuó con la sustracción de su obligación.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El defensor manifiesta su inconformidad aduciendo que si bien SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria dentro del proceso con radicado 05266 60 00203 2010 02446, no es menos cierto que dicho fallo se encuentra archivado desde el 27 de marzo de 2014, circunstancia por la cual no puede ser catalogado como antecedente penal, sobre todo porque al ser revisada la base de datos de la Policía Nacional se obtiene como respuesta que el señor "ACEVEDO GARCIA NO TIENE ASUNTOS PENDIENTES CON LAS AUTORIDADES JUDICIALES", afirmación que acompañó con un pantallazo de las

páginas web de las entidades públicas en las que se hizo las consultas.

Y sobre el argumento expuesto por la judicatura de primera instancia sobre la imposibilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena con base en el numeral 6° del artículo 193 del código de infancia y adolescencia, aduciendo que el procesado no solo no reparó a la víctima respecto de la primera sanción, sino que además continuó con la sustracción de su obligación, aduce el recurrente que no es cierto que su prohijado se sustraiga por completo de su obligación como ascendiente toda vez que ha estado en diferentes etapas de la vida de su hija como lo demuestran las fotografías que anexa y dos soportes que dan cuenta que ha girado recursos económicos para ésta.

Razona que, de acuerdo con lo anterior, su pretensión es que se imponga una medida menos restrictiva que la privación de la libertad en establecimiento penitenciario, como lo es la prisión domiciliaria, para que bajo ese panorama el condenado pueda solicitar permiso para trabajar y así lograr cancelar la indemnización y continuar cumpliendo con su obligación alimentaria, ello bajo los pronunciamientos que en ese sentido ha emitido la Corte Suprema de Justicia y que llevan a concluir que el encarcelamiento del padre infractor lejos está de facilitar la adquisición de medios económicos para reparar los perjuicios causados con su conducta y cumplir a futuro con la cuota para alimentos.

Adicionalmente, el censor realiza una cita textual de una decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira en la que, asevera, se concedió la prisión domiciliaria en un evento similar al aquí analizado, y concluyó apuntando que la reclusión intramuros del señor ACEVEDO GARCÍA en nada ayuda a su hija ya que lo que se requiere es que aquel cumpla con su obligación como tal y que cubra el valor de la indemnización o reparación integral, cosa que no podría hacer si se encuentra privado de su libertad en centro carcelario.

De conformidad con lo expuesto, depreca el defensor que se revoque el numeral tercero de la sentencia apelada y en consecuencia se conceda la prisión domiciliaria al señor SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA, pasando a informar la dirección en la cual su prohijado cumpliría con el sustituto penal.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, el fallo proferido por el Juez Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Itagüí. En razón de la limitación temática de la segunda instancia, sólo examinaremos el único punto del disenso y es el relacionado con la negativa del a quo de conceder la prisión domiciliaria al condenado.

El tema central de la controversia apunta a definir si el juzgador de primera instancia erró en su análisis cuando

determinó como necesario que el señor SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA cumpliera la ejecución de la pena impuesta en un centro penitenciario, conclusión a la que arribó luego de destacar el antecedente judicial con el que cuenta el procesado dentro de los cinco años anteriores a la fecha en que se ejecutaron los hechos aquí investigados y su historial personal, social y familiar.

Recordemos que la regulación sobre la concesión de subrogados penales tiene unas limitantes que fueron incorporadas con la Ley 1142 de 2007 y a partir de la cual se estableció que:

"ARTÍCULO 32. *<Ver modificaciones directamente en la Ley 599 de 2000> La Ley 599 de 2000, Código Penal, tendrá un artículo 68A el cual quedará así: Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores."* (Subraya fuera del texto original).

En este evento, quedó demostrado que el señor SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA fue condenado por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Itagüí el 07 de junio de 2011, dentro del proceso con radicado 05266 60 00203 2010 02446, como responsable del delito de inasistencia alimentaria por hechos semejantes a los aquí investigados y frente a la misma descendiente.

Al respecto, tenemos que los antecedentes penales se configuran cuando se profiere una sentencia condenatoria, la cual se encuentra en firme, por parte de autoridad competente al haberse demostrado la responsabilidad penal del acusado en la comisión de una conducta delictiva, providencia judicial que puede ser valorada como un antecedente efectivo cuando los hechos objeto de ese proceso previo hayan tenido ocurrencia antes de los que se investigan actualmente.

Específicamente sobre este tema la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado indicando que:

"De lo contrario, es decir, de admitirse que la exclusión de beneficios en comento es aplicable también cuando los hechos que dieron lugar a la primera providencia son posteriores a los que soportan el segundo fallo de condena, se estarían produciendo efectos perjudiciales para el reo con fundamento en una situación fáctica inexistente al momento de la perpetración del ilícito.

En esa comprensión, la prohibición prevista en el primer inciso del artículo precitado será aplicable siempre que i) la persona haya sido condenada dentro de los cinco años anteriores; ii) por delito doloso y; iii) por hechos cometidos con anterioridad a la fecha de la conducta punible por la cual se profiere sentencia en la segunda actuación.

...

Si para el momento en que el individuo incurre en conducta punible no había cometido una anteriormente, sino que ejecuta una segunda infracción después, y respecto de ésta, por circunstancias varias, se profiere sentencia con mayor rapidez, sería contrario a la

finalidad de tal disposición que al ser condenado por el primero de los delitos se le restringiera la posibilidad de ser favorecido con los beneficios legales, pues para el momento de su perpetración no tenía la condición de reincidente”¹

Así las cosas, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que el fallo emitido en contra de su prohijado en el año 2011 no puede ser valorado como un antecedente penal porque la pena allí impuesta ya se encuentra extinguida en razón a su cumplimiento, pues de acuerdo con lo expuesto en precedencia la única condición que se requiere para que una sentencia condenatoria tenga esa calidad es que se haya proferido dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta punible ahora reprochada.

Recuérdese que, de conformidad con el escrito de acusación, al señor ACEVEDO GARCÍA se le endilgaron cargos en este evento por el comportamiento delictivo desarrollado entre el 07 de junio de 2011 y el 09 de diciembre de 2019 (cuando se corrió el traslado del mismo) y la sentencia condenatoria anterior data del mismo mes de junio de 2011, lo que quiere decir que estando vigente ese término de 05 años a partir de la emisión del primer reproche penal, el procesado incurrió nuevamente en la ejecución de otra conducta punible.

Sin embargo, y atendiendo los criterios establecidos en la sentencia con radicado N° 46647 del 03 de febrero de 2016, referentes a la real y efectiva garantía del interés superior del menor

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SP11234-2015, radicado N° 45927 del 26 de agosto de 2015.

víctima del delito de inasistencia alimentaria, esta Colegiatura revisará la posibilidad de concederle al señor SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

Recuérdese que en dicha decisión la Corte Suprema de Justicia fijó el siguiente razonamiento:

"Aunado a lo anterior, desde una perspectiva constitucional, el cumplimiento de la prisión en el domicilio en el presente caso es la modalidad de ejecución de la pena que de mejor manera se acopla con la máxima de garantizar el interés superior del menor (art. 44 inc. 3º de la Const. Pol.).

El interés superior del menor corresponde al imperativo que obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de los derechos humanos de los niños y adolescentes (art. 8º de la Ley 1098 de 2006), mientras la prevalencia de los derechos de los menores, entre otras cosas, implica que ha de aplicarse la hermenéutica más favorable al interés superior de aquéllos (art. 9º inc. 2º ídem).

En esos términos, una comprensión meramente retributiva de la sanción penal, sesgada por la absoluta preponderancia de la prisión, conlleva a limitar las posibilidades fácticas de garantizar los derechos del menor víctima a recibir alimentos. El encarcelamiento del padre infractor lejos está de facilitar la adquisición de los medios económicos para reparar los perjuicios causados con su conducta y cumplir a futuro con la obligación alimentaria." (Subrayas fuera del texto original).

Bajo dicho criterio, tenemos que la finalidad de la Corte Suprema de Justicia al desarrollar la jurisprudencia

anteriormente transcrita va dirigida a que el condenado tenga la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados y cumplir con la obligación alimentaria a futuro, ello en favor exclusivamente de los intereses superiores del menor afectado.

Entonces, una vez estudiadas las particularidades propias de esta actuación, se observa que acertadamente el a quo decidió como necesaria la ejecución de la pena bajo el régimen penitenciario por cuanto el señor SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA, habiendo sido condenado en el año 2011 como resultado de la sustracción de su obligación alimentaria hacia su hija menor de edad, y que estando disfrutando del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que le fue concedida en esa oportunidad, incumplió ese compromiso con la administración de justicia y volvió a delinquir ejecutando idénticos comportamientos punibles.

Por lo tanto, se puede deducir un pronóstico de reiteración en atención a la rebeldía del señor ACEVEDO GARCÍA para suministrar la cuota alimentaria a la que tiene derecho su descendiente, pues nótese que esta es la segunda sentencia condenatoria que se le imparte por el incumplimiento al deber legal que tiene frente a su hija S.A.Z., lo que quiere decir que la concesión del subrogado penal previo no llevó a la materialización del propósito fijado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de asegurar las garantías constitucionales de la menor.

Con facilidad se observa que en el presente caso no se logra alcanzar el cumplimiento de los fines de la sanción penal si

el cumplimiento de la misma se da por fuera del establecimiento penitenciario, pues ya la administración de justicia le había brindado al procesado la oportunidad de disfrutar de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que se le impuso al haber sido declarado responsable de la comisión del delito de inasistencia alimentaria y en contraprestación el referido ciudadano se dispuso volver a atender en contra del bien jurídico de la familia, lo que significa que la prevención especial no tuvo ningún efecto en el sentenciado pues dejándolo en libertad no se consiguió que adecuara su comportamiento y se abstuviera de incurrir en nuevas conductas con las cuales pudiera vulnerar el ordenamiento jurídico.

Y aunque el recurrente adujo que no es cierto que el procesado sea un padre ausente, fundamentando su afirmación en cuatro fotografías y dos recibos que dan cuenta una transferencia económica por un valor total de \$380.000 en el mes de diciembre de 2021, también deviene importante destacar que la iniciación del juicio oral se suspendió porque el señor SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA se había comprometido voluntariamente a hacer un pago por valor de seis millones de pesos precisamente para ese mismo mes y año, además de cumplir con las cuotas alimentarias de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de la pasada anualidad², sin que dicho compromiso se hubiese satisfecho.

En conclusión, de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de este proveído, y aunado a lo argumentado por el juzgador de primera instancia, el análisis sobre el cumplimiento de la obligación alimentaria y el resarcimiento de perjuicios por parte del

² Información que reposa en el acta de audiencia de "JUICIO ORAL – APLAZADO" que tuvo lugar el 17 de septiembre de 2021 en el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí.

condenado no resulta satisfactorio como para aplicar el precepto preferente de los intereses y garantías de los menores víctimas de este tipo de delitos sobre la ejecución efectiva de la pena, por lo que la concesión de la prisión domiciliaria deprecada no es razonable ya que el señor ACEVEDO GARCÍA continuó su trasegar delictuoso y por ello resulta necesario el tratamiento penitenciario dado que estamos en presencia de una persona que se dispuso omitir deliberadamente la obligación legal que tiene hacia su descendiente.

Se reitera, si después de una condena, el acusado continuó con la injustificable sustracción del aporte para los costos de la manutención básica de su hija, no existe una inferencia razonable que lleve a concluir que debe inobservarse la restricción legal de conceder subrogados penales que se encuentra regulada en el primer inciso del artículo 68A del código penal.

Lo argumentado en precedencia surge suficiente para concluir que los planteamientos expuestos por el disenso no son suficientes para que sea viable remover la decisión del Juez Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Itagüí en punto de la negativa de la concesión de la prisión domiciliaria al señor SEBASTIÁN ACEVEDO GARCÍA, por lo que se ratificará la sentencia impugnada.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado