



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Magistrado Ponente

SP287-2023

Radicación N° 56541

(Aprobado Acta N° 139)

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintitrés (2023).

I. VISTOS

Se pronuncia la Corte oficiosamente respecto de la legalidad de la sentencia proferida el 11 de junio de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en punto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena denegada a NELSON JAVIER CASTRO ACHURY, condenado como autor de inasistencia alimentaria.

II. ANTECEDENTES

2.1. Fácticos

Desde julio de 2010¹ NELSON JAVIER CASTRO ACHURY se abstuvo injustificadamente de proporcionar alimentos a su menor hijo J.J.C.O. pese a que, en conciliación llevada a cabo con la progenitora del niño en el Centro Zonal del ICBF de Zipaquirá, se obligó a pagar \$160.000 mensuales de cuota alimentaria, reajutable en proporción al salario mínimo.

2.2. Procesales

Por los anteriores hechos, en audiencia celebrada el 14 de junio de 2016 ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Zipaquirá, la Fiscalía formuló imputación contra NELSON JAVIER CASTRO ACHURY como posible autor de *inasistencia alimentaria* (art. 233 inc. 2° C.P.), a la cual éste no se allanó.

Surtida la fase de investigación formal, el ente acusador presentó escrito de cargos el 14 de septiembre de 2016 y formuló la acusación oral en audiencia adelantada el 6 de diciembre del mismo año ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Chía, para cuyo efecto mantuvo la descripción

¹ Folio 17 de la sentencia del Tribunal.

fáctica y calificación jurídica comunicadas en la diligencia de imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 14 de febrero de 2017. El juicio tuvo lugar en sesiones adelantadas el 3 de septiembre de 2018, 26 de abril de 2019 y 17 de mayo *ídem*.

Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, la juez dictó la respectiva sentencia en la última de las fechas mencionadas. Por estimar acreditada la responsabilidad del acusado, lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 32 meses y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además, denegó tanto la suspensión de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por la defensa, el 11 de junio de 2019 la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó el fallo de primer grado.

Inconforme NELSON JAVIER CASTRO ACHURY con la anterior decisión, a través de defensor promovió el recurso de casación.

La Corte mediante auto del 23 de marzo de 2022 inadmitió la demanda por no cumplir las condiciones mínimas de orden formal y sustancial requeridas para su selección a trámite, y dispuso retomar oficiosamente el

estudio del fallo impugnado para analizar su legalidad en relación con la suspensión de la ejecución de la pena.

Notificada la providencia precitada y no habiéndose promovido el mecanismo de insistencia, según informe secretarial de 12 de agosto de 2022, la Sala procede a lo allí dispuesto.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

3.1. La Sala es competente para pronunciarse de fondo oficiosamente en sede de casación, de conformidad con lo establecido en las Leyes 270 de 1996 (artículos 11 -parágrafo 1- y 16 -inciso 2-) y 906 de 2004 (artículos 32.1, 184 -inciso 3- y 185).

3.2. El artículo 193.6 de la Ley 1098 de 2006 señala que, con el fin de hacer efectivos los principios instituidos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes -relacionados en el artículo 192² ídem- y garantizar el restablecimiento de sus derechos en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas, la autoridad judicial: *“se abstendrá de aplicar (...) la condena de ejecución condicional (...) a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados”*.

² “En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley”.

Sin embargo, la Corte tiene sentado que el precitado texto normativo no cobija los casos de inasistencia alimentaria. A esta conclusión arribó a partir de interpretaciones *subjetiva y objetiva finalista*, las cuales se sintetizan, en su orden, en que esa generalizada prohibición (i) fue concebida por el legislador para delitos atroces, entre los cuales, por supuesto, no se encuentra la *inasistencia alimentaria* y, en estos casos, (ii) su imposición, contrario al fin de la norma, imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria, es decir, obstaculiza realizar la prevalencia a los derechos de los menores y lograr la efectiva reparación de los perjuicios ocasionados. (Ver CSJ SP18927-2017 15 nov. 2017, rad. 49712; SP908-2022 23 mar. 2022, rad. 53084; SP381-2022, 16 feb. 2022, rad. 52440 y SP022-2023 8 feb. 2023, rad. 58110).

De otra parte, el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, señala que la ejecución de la pena privativa de la libertad “se suspenderá por un periodo de 2 a 5 años, de oficio o a petición del interesado” siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base **solamente** en el **requisito objetivo** señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De lo indicado en el numeral 2 del artículo precitado, no cabe duda de que si el condenado (i) carece de antecedentes penales y (ii) no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, el juez de conocimiento debe conceder la suspensión de la ejecución de la pena “*solamente con el requisito objetivo*”, esto es, sin ninguna exigencia o reflexión de índole subjetivo relacionada con su personalidad o arraigo y, menos aún, respecto de su intención o efectiva ocurrencia de la indemnización de perjuicios. (Ver CSJ SP022-2023, 8 feb. 2023, rad. 58110 entre otras).

3.3. En la sentencia de primer grado confirmada por el Tribunal -la cual constituye unidad jurídica inescindible con esta en los componentes confirmados- la juzgadora consideró que el acusado cumplió los requisitos de naturaleza objetiva contenidos en el artículo 63 del Código Penal para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, por cuanto (i) la pena impuesta fue de “*32 meses de prisión*”, es decir, no excedió de 4 años; (ii) “*la conducta de inasistencia alimentaria no está dentro del listado de las prohibiciones del artículo 68A del C.P.*” y (iii) “*NELSON JAVIER CASTRO ACHURY no registra antecedentes penales*”.

Sin embargo, denegó el subrogado con la excusa, según la cual, en la sentencia SP18927-2017 15 nov. 2017, rad. 49712 la Corte señaló que “*en los casos en que el procesado esté satisfaciendo cumplidamente su obligación alimentaria y que debe continuar haciéndolo (...) encuentra razonable permitirle acceder al sustituto previsto por el artículo 63 del Código Penal*” y, en el presente

asunto, *“el acusado no ha mostrado interés en cumplir con la obligación alimentaria y menos en indemnizar a la víctima”*.

Pasó por alto la juez que, para los eventos de inasistencia alimentaria, la jurisprudencia no subordinó la inaplicación del numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 al *criterio* por ella acogido. Este fue simplemente un argumento de refuerzo en aquella sentencia para demostrar cómo, en el caso que para entonces la Corte estaba avocada a resolver, era patente que resultaba razonable conceder la suspensión de la ejecución de la pena por observar que el procesado *venía cumpliendo con la cuota alimentaria*; realidad esta que terminaría frustrada con la denegación del subrogado, en detrimento, precisamente, de los derechos de los menores víctimas.

Realmente, como se adelantó en el numeral anterior, la Corte en la providencia atrás referida precisó que el numeral 6 del artículo 193 del *Código de la infancia y la adolescencia* no es aplicable a los responsables de inasistencia alimentaria a partir de interpretaciones *subjetiva y objetivo finalista* expresadas, en su orden, de la siguiente manera:

(i) *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.*

(ii) *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 Penal³ y del artículo 474 de la Ley 906 de 2004⁴.

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. (Subrayado fuera de texto).

Las dos rutas interpretativas acogidas por la Corte apuntaron a la misma conclusión: que para los casos de inasistencia alimentaria no es aplicable la prohibición contenida en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

³ 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).

⁴ 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.

Así se verifica que, en la sentencia impartida contra NELSON JAVIER CASTRO ACHURY, la juzgadora -por incomprensión de la jurisprudencia- aplicó indebidamente la prohibición contenida en el numeral 6 de artículo 193 de la Ley 1098 de 2003.

Motivo por el cual, dejó de aplicar la consecuencia jurídica dispuesta en el numeral 2 del artículo 63 del Código Penal, en el sentido de que, si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, *“el juez de conocimiento concederá la medida con base **solamente** en el **requisito objetivo** señalado en el numeral 1 de este artículo”*.

De esta manera, la sentencia quebrantó el derecho fundamental al debido proceso de CASTRO ACHURY en punto del principio de legalidad de la condena y menoscabó la posibilidad de reparación de los derechos del menor titular del derecho alimentario.

Demostrada la violación directa puesta de presente, la Sala casará parcialmente la sentencia.

3.4. Por tanto, pasa la Corte a ajustar la decisión al Ordenamiento:

Teniendo en cuenta que, como viene de verse, el *a quo* declaró satisfechas las exigencias objetivas indicadas en los numerales 1 y 2 del artículo 63 del Código Penal, la decisión que se impone es la de conceder la suspensión de la ejecución de la pena, por ser precisamente esta, se insiste, la consecuencia establecida en el último de los numerales mencionados.

En este orden de ideas, el subrogado será por un periodo de prueba de 2 años, para cuyo efecto NELSON JAVIER CASTRO ACHURY deberá suscribir el acta de compromiso con las obligaciones indicadas en el artículo 65⁵ del Código Penal, cuyo cumplimiento se garantizará mediante caución o poliza equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La suscripción de la diligencia de compromiso debe realizarla ante la juez de primer grado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia.

3.5. Finalmente, atendiendo que las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuestas a NELSON JAVIER CASTRO ACHURY fueron tasadas en *32 meses*; pero por error la juzgadora en la parte resolutive indicó *36 meses*, se dispondrá su corrección para ajustarla a lo indicado en la parte motiva,

⁵“Obligaciones. El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones para el beneficiario: 1. Informar todo cambio de residencia. 2. Observar buena conducta. 3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo. 4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello. 5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena. Estas obligaciones se garantizarán mediante caución”.

donde se esgrimieron los fundamentos de su real y correcta cuantificación.

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 proferida el 11 de junio de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, para **conceder** a NELSON JAVIER CASTRO ACHURY el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena, en los términos descritos en la parte motiva.

Segundo. - CORREGIR el primer párrafo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en el sentido de que el lapso de las penas de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas, impuestas a NELSON JAVIER CASTRO ACHURY, no es de 36, sino de 32 meses.

Tercero - ADVERTIR que las demás determinaciones de la sentencia permanecen sin modificación.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

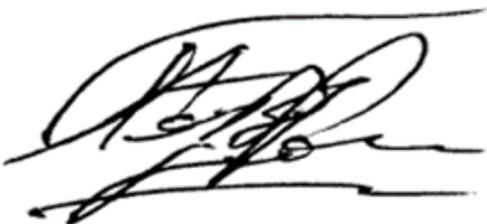


HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



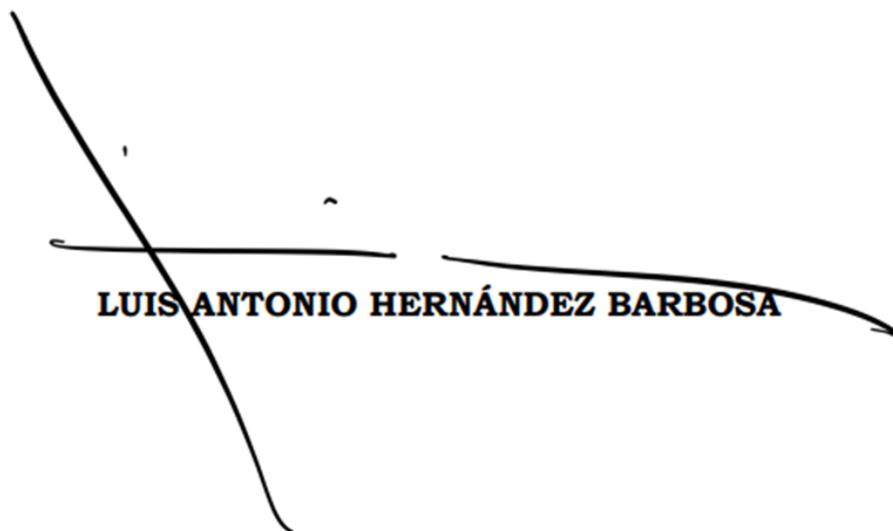
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO

Permiso

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

CUI 25175600064820128015101

Casación N° 56541

Nelson Javier Castro Achury



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal @ 2023