



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado ponente

SP908-2022

Radicación n.º 53084

(Aprobado acta n.º66)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintidós (2022).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación promovido por el defensor de confianza de **DEIBY JOHANNI OSPINA** contra la sentencia dictada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 25 de abril de 2018, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ansermanuevo (Valle) y condenó al acusado por el delito de inasistencia alimentaria.

HECHOS

El 31 de octubre de 2014 Nellyred Andrea Zapata Vélez denunció a **DEIBY JOHANNI OSPINA** porque, sin justificación alguna, no ha cumplido con su obligación de brindar alimentos a su menor hija G.S.O.Z.¹, pese a que, en virtud de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2014, por el Juzgado Segundo de Familia de Cartago, se ordenó inscribir a la niña como hija de aquél.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. En audiencia preliminar del 14 de mayo de 2015², ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago, la Fiscalía imputó a **DEIBY JOHANNI OSPINA** el delito de inasistencia alimentaria, descrito en el inciso segundo del artículo 233 del Código Penal, cargo que no aceptó³.

2. La acusación, cuyo escrito se radicó el 18 de agosto siguiente⁴, se formuló el 16 de noviembre de 2016, bajo la dirección del Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Ansermanuevo⁵.

3. Ese despacho presidió la audiencia preparatoria, surtida el 7 de junio de 2017⁶ y el juicio oral, que se agotó en sesión del 24 de enero de 2018⁷, al final de la cual se anunció sentido de fallo de carácter condenatorio.

¹ Nació el 13 de junio de 2013.

² Acta en folio 102 del cuaderno principal.

³ Se convocó previamente a audiencia de conciliación, la cual resultó fallida (folios 127 y 128 *Id.*).

⁴ Folios 1 a 6 *Id.*

⁵ Acta en folios 63 y 64 *Id.*

⁶ Acta en folios 79 y 80 *Id.*

⁷ Acta en folios 92 a 95 *Id.*

4. En la sentencia, dictada el 9 de marzo posterior, se condenó a **DEIBY JOHANNI OSPINA** a las penas principales de 32 meses de prisión y multa equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, ambas por tiempo igual a la privativa de la libertad. El Juez negó la «suspensión condicional de la ejecución de la pena»⁸.

5. La decisión, apelada por el defensor, fue confirmada el 25 de abril de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, autoridad que compulsó copias a la «Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle» para investigar la conducta del abogado del inculcado⁹.

6. El mismo sujeto procesal recurrió en casación y la Corporación, por auto del 11 de octubre de 2021, admitió la demanda y dispuso correr los traslados previstos en el Acuerdo de la Sala de Casación Penal número 020 de 2020, en virtud del cual se implementaron mecanismos de trámite extraordinario, transitorio y excepcional para la sustentación de la casación.

⁸ Folios 133 a 136 *Id.* Al finalizar la lectura de fallo, el Juez manifestó que «de ser necesario se ordenará la orden de captura al condenado» (récord 39:20 del registro de video de esa audiencia), sin embargo, el formato respectivo no obra en el expediente.

⁹ Explicó el fallador que a ello había lugar porque la apoderada de la víctima y la Fiscalía, en los escritos de no recurrentes, indicaron que el abogado, con tono amenazante, presionó a la señora Nellyred Andrea Zapata para aceptar \$1.000.000 como indemnización y la amenazó con que iría a la cárcel si al acusado lo privaban de la libertad (folios 167 a 176 del cuaderno principal).

LA DEMANDA

El jurista postula un único cargo al amparo del numeral primero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en el que acusa al Tribunal de violar directamente la ley sustancial, por aplicación indebida del precepto 193 -numeral 6- de la Ley 1098 de 2006 y falta de aplicación del 63 del Código Penal, con lo cual vulneró la garantía de la libertad de su representado, quien carece de antecedentes penales y no requiere tratamiento penitenciario. De igual manera -indicó- se lesionó el interés superior de la menor, pues, con la restricción de libertad, se le impide al padre trabajar y satisfacer las necesidades primarias de aquella.

Asegura que el canon 193 fue concebido para delitos atroces, cometidos contra niños y niñas, y la inasistencia alimentaria no cabe en esa categoría. Se trasgredieron los derechos de G.S.O.Z. a tener alimentos, una familia, calidad de vida y un ambiente sano.

Aduce que el *ad quem* dejó de lado que el procesado quiso enmendar su error y, para abonar las cuotas atrasadas, consignó la suma de \$1.000.000 en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado de conocimiento.

Solicita a la Corte que case el fallo impugnado y dicte otro en su reemplazo, en el que se le conceda al inculcado la «*ejecución condicional de la sentencia*», atendiendo que

cumple con los requisitos previstos en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, y se ordene su libertad.

SUSTENTACIÓN Y REFUTACIONES

1. El *defensor* reprodujo la demanda y aclaró que su pretensión es que se cancele la orden de captura.

2. La *Fiscal Novena Delegada ante la Corte* pidió casar parcialmente el fallo y reconocer al acusado la suspensión de la ejecución de la pena.

Aseguró que el argumento de los juzgadores para negar el subrogado, según el cual, **DEIBY JOHANNI OSPINA** no ha indemnizado, acorde con el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, no se ajusta a los lineamientos jurisprudenciales de la Sala, en tanto: (i) el punible por el que se procedió no es considerado atroz, (ii) se le impide al enjuiciado asegurar otras garantías y derechos del menor y (iii) la indemnización no aparece enlistada dentro de las exigencias del precepto 63 del Código Penal, las cuales se verifican en esta ocasión.

3. El *Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal* es del criterio que se debe casar la sentencia «*aplicando el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al condenado*».

Después de recordar el contenido del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, modificado por el 29 de la Ley 1709 de

2014, así como la providencia de esta Corporación del 16 de junio de 2021, rad. 54377, manifestó que se cumplen los presupuestos de la norma en comento y por ello lo procedente es suscribir la diligencia de compromiso respectiva para así salvaguardar los derechos de la menor

4. El *Representante de la víctima* consideró que el cargo no debe prosperar porque el acusado se ha sustraído a su obligación alimentaria y con ello está violando los derechos que como padre tiene respecto de G.S.O.Z., condición que solo aceptó por virtud de la sentencia del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cartago, la cual ordenó la inscripción de la niña como su hija.

Refirió que el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 es categórico en prohibir la concesión de beneficios cuando las víctimas sean menores de edad y el propósito de la norma es que los procesados cumplan «*con sus derechos y obligaciones a favor de los menores*». De allí que, desconocer ese enunciado, es contrariar la Carta Política.

CONSIDERACIONES

El asunto a resolver

1. La Sala debe determinar si, como lo refiere el demandante -quien no hace reparo frente a la declaratoria de responsabilidad penal de **DEIBY JOHANNI OSPINA**-, el Tribunal, al negar al acusado la suspensión de la ejecución de la pena, violó en forma directa la ley sustancial, por aplicación

indebida del numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, y exclusión evidente del 63 del Código Penal.

La suspensión de la ejecución de la pena frente a la conducta punible de inasistencia alimentaria (reiteración de jurisprudencia)

2. La Corte, a partir del fallo CSJ SP18927-2017, rad. 49712 -del 15 de noviembre de 2017 -, ha sostenido que la prohibición de suspender la ejecución de la pena, prevista en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, solo se predica para delitos atroces e inhumanos, terreno al que no pertenece el punible de inasistencia alimentaria. Por ende, la indemnización de perjuicios no es un requerimiento adicional a los previstos en el precepto 63 de la Ley 599 de 2000.

3. Así lo recapituló en reciente ocasión (CSJ SP381-2022):

3. Por regla general, el juez de conocimiento habrá de suspender la ejecución de la pena establecida en la sentencia, siempre que se reúnan los requisitos de orden objetivo y subjetivo previstos en el artículo 63 del Código Penal, esto es, (i) que la sanción de prisión impuesta no exceda de cuatro (4) años y (ii) que el delito por el que se procedió no esté dentro de los enlistados en el precepto 68A ibidem. Sin embargo, si el procesado tiene antecedentes penales por un punible doloso dentro de los cinco años anteriores, el funcionario judicial tendrá que verificar, además, los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, para así constatar la falta de necesidad de la ejecución de la pena.

4. Ahora bien, cuando el sujeto pasivo de la conducta punible es un menor de edad, el Código de la Infancia y la Adolescencia estableció algunas restricciones y condicionamientos, entre otros, en lo que atañe con el aludido subrogado, que están orientados a reprobado con mayor severidad las acciones delictivas cometidas.

Así, en el numeral 6 del artículo 193, incorporó la prohibición de otorgarlo, a menos que aparezca demostrado que el menor víctima fue indemnizado y en el numeral 4 del precepto 199 determinó que no procede cuando se esté ante conductas punibles «de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro».

5. Aunque una mirada rápida al primero de los aludidos cánones -el 193-, permitiría afirmar la total inviabilidad de conceder la suspensión de la ejecución de la pena si no se verifica la segura indemnización, lo cierto es que, una lectura más sosegada de la norma, de cara a los propósitos del legislador, llevó a la jurisprudencia a arribar a una conclusión diversa.

En efecto, en un principio, la Corte expresó que la indemnización a la víctima constituía un requisito adicional para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Así lo indicó en CSJ AP4387-2015, rad. 46332:

[...]

Sin embargo, en la sentencia CSJ SP18927-2017, rad. 49712, al resolver una demanda en la que se acusó al fallador por yerros en la interpretación y aplicación del numeral 6 del canon 193, concluyó de manera diversa y determinó, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los menores de edad y lograr la efectiva reparación de los perjuicios ocasionados, que, tratándose de delitos de inasistencia alimentaria, la no suspensión de la ejecución de la pena imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria. Dijo en esa ocasión:

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 ineludiblemente, dentro de la categoría aludida no se inscribe el delito de inasistencia alimentaria.***

Luego, en CSJ SP4395-2018, rad. 52960, la Corporación, tras insistir en la última postura, clarificó:

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.

(...)

La interpretación ajustada del precepto en cita numeral [el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006], corresponde a aquella según la cual la reparación del daño como condición para la aplicación del principio de oportunidad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, solo se predica de delitos de extrema gravedad cometidos contra menores de edad. En los demás comportamientos delictivos, la procedencia del subrogado penal se analiza exclusivamente a partir de los requisitos establecidos en el artículo 63 del estatuto represor.

Más recientemente, en CSJ SP, 3 jun. 2020, rad. 52492, puntualizó:

Entiéndase, entonces, que, con independencia de que se acredite el pago de la carga alimentaria, la regla en punto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando el delito afecte menores de edad y no se trate de conductas de extrema gravedad, consiste en que el subrogado no depende del pago de los perjuicios, de manera que su concesión viene dada porque concurren las exigencias previstas en el precepto 63 del Código Penal.

(...)

Agréguese que no se vulneran los derechos de la víctima 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 efectivo de los perjuicios.

En similar sentido, se pronunció en CSJ SP54124-2020, rad. 54124:

En cuanto a la interpretación de ese canon, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que no opera dicho condicionamiento para el punible de inasistencia alimentaria, pues solo se predica de «delitos de extrema gravedad» o «delitos atroces» cometidos contra menores de edad. De manera que el pago de los perjuicios no configura un requisito adicional a las exigencias propias para la procedencia de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena previstas en el artículo 63 del Código Penal¹⁰.

Sin que con tal entendimiento se vulnere el derecho de la víctima de acceder a la reparación efectiva del daño, en razón a que el disfrute del beneficio durante el período de prueba queda condicionado al cumplimiento, entre otras, de esa obligación (art. 65-3 ídem), so pena de ser revocado (art. 475 Ley 904 de 2004)¹¹.

[...]

De allí que la prohibición de suspender la ejecución de la pena prevista en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 solo se predica para delitos atroces e inhumanos, terreno al que no pertenece el punible de inasistencia alimentaria y, por ende, la indemnización de perjuicios no es un requerimiento adicional a los previstos en el precepto 63 de la Ley 599 de 2000.

Ese entendimiento, contrario al pensar de la Delegada de la Procuraduría, no violenta los derechos del menor víctima ni le reprime acceder a la reparación efectiva del daño, en razón a que - se insiste- el disfrute del beneficio durante el período de prueba queda condicionado al cumplimiento, entre otras, de esa obligación, so pena de ser revocado, según las previsiones del artículo 475 de la Ley 906 de 2004.

4. Así las cosas, cuando se ha procedido por el delito de inasistencia alimentaria, el juzgador habrá de examinar la concesión de la ejecución de la pena solo a la luz de los requisitos previstos en el artículo 63 del Código Penal, norma en la que no se hace mención a la indemnización de perjuicios.

El caso concreto

¹⁰ [cita inserta en el texto transcrito] CSJ SP, 3 jun. 2020, rad. 52492 y CSJ SP, 10 oct. 2018, rad. 52960, al analizar precedente que estudió el tema en CSJ SP, 13 jun. 2018, rad. 52059 y CSJ 15 nov. 2017, rad. 49712.

¹¹ [cita inserta en el texto transcrito] **Ejecución de la pena por no reparación de los daños.** Si el beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin justa causa, no reparare los daños dentro del término que le ha fijado el juez, se ordenará inmediatamente el cumplimiento de la pena respectiva y se procederá como si la sentencia no se hubiere suspendido.

5. El Juez de conocimiento negó a **DEIBY JOHANNI OSPINA** el subrogado en comento porque no hay «*prueba que demuestre el pago de los alimentos adeudados*».

El fallador de segunda instancia, por su parte, al resolver la apelación propuesta por la defensa, orientada a su concesión, fue contundente en sostener que no había lugar a ello por expresa prohibición del numeral 6 del artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que no aparece que el implicado hubiese indemnizado a la menor. Destacó que, si bien aquel, al momento del anuncio de sentido de fallo, ofreció una suma de dinero (\$1.000.000), ello, según lo puso de presente la representante de la víctima, no cubre la totalidad de los perjuicios causados.

6. Pues bien, de cara a la jurisprudencia transcrita, ya vigente para la fecha en que se profirieron las sentencias de instancia, es evidente que la judicatura recayó en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del numeral 6 del artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que, dada la naturaleza del punible por el cual se declaró penalmente responsable al enjuiciado, la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena debe verificarse atendiendo los presupuestos del canon 63 del Código Penal, conforme a la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, disposición que claramente se inobservó en el *sub examine*.

Dicha norma, en lo pertinente, dice:

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (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 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.

7. Atendiendo la normativa transcrita, plenamente aplicable al caso, se tiene que en esta ocasión se cumplen los requisitos para conceder el subrogado penal.

En efecto, a **DEIBY JOHANNI OSPINA** se le impuso una pena de 32 meses de prisión, esto es, inferior a cuatro años; no se acreditó que tuviera antecedentes penales y el delito de inasistencia alimentaria no está enlistado en el precepto 68A del Código Penal.

8. Por consiguiente, el cargo prospera y, como consecuencia, la Corte casará parcialmente el fallo impugnado, a fin de conceder el mecanismo sustitutivo de suspensión de la ejecución de la pena.

Entonces, **DEIBY JOHANNI OSPINA** se hace merecedor al subrogado en comento con un período de prueba de 6 meses. Para ese efecto, deberá suscribir un acta en la que se

comprometa a cumplir estrictamente las obligaciones previstas por el artículo 65 del Código Penal -informar todo cambio de residencia, observar buena conducta, reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se pruebe la imposibilidad económica para ello, comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia cuando sea requerido y no salir del país sin previa autorización judicial-. Esas obligaciones se garantizarán mediante la constitución de caución prendaria por valor de un (1) salario mínimo mensual legal vigente, que estará contenida en una póliza o título de depósito judicial.

Habrà de advertírsele al procesado que, si durante ese período de prueba, violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se le revocará el mecanismo sustitutivo de la pena aquí concedido y se hará efectiva la caución prestada¹².

La suscripción de la diligencia de compromiso debe realizarla ante el funcionario de primer grado, allegando la póliza o el título de depósito judicial respectivo, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia. Para el efecto, podrán utilizarse los medios electrónicos.

9. El recurrente pidió a la Sala cancelar la orden de captura, sin embargo, en el expediente no obra el formato respectivo.

¹² Artículo 66 del Código Penal.

De cualquier manera, el *a quo* hará las verificaciones pertinentes y expedirá las comunicaciones a que haya lugar.

Casación oficiosa

10. La Corte, en ejercicio de su facultad oficiosa, advierte que el juez singular -proceder avalado por el Tribunal- lesionó el debido proceso en su componente de legalidad de la pena al momento de imponer la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Lo anterior, porque, al tenor del artículo 51 del Código Penal, esa sanción tiene una duración de 6 meses a 15 años, por lo que su dosificación está regida por el sistema de cuartos (CSJ SP713-2020, rad. 54324).

Pese a ello, el *a quo* impuso esa inhabilitación por un tiempo igual al señalado para la pena aflictiva de la libertad, esto es, 32 meses.

11. En ese orden, la Sala debe restablecer las garantías del procesado y, para corregir el yerro, reajustará la sanción aludida acorde con los parámetros legales expuestos.

Para tal efecto, seguirá los derroteros del juez de conocimiento al momento de determinar la pena de prisión, autoridad que se ubicó en el primer cuarto de movilidad e impuso el extremo inferior. Por ende, esta Corporación dejará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en seis (6) meses.

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 parcialmente, en razón de la prosperidad del cargo propuesto en la demanda, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el sentido de **conceder** a **DEIBY JOHANNI OSPINA** el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena, en los términos y condiciones establecidos en la parte considerativa de esta providencia

Segundo. Casar oficiosa y parcialmente el fallo descrito en precedencia, para fijar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en seis (6) meses.

Tercero. Contra este fallo no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

2021



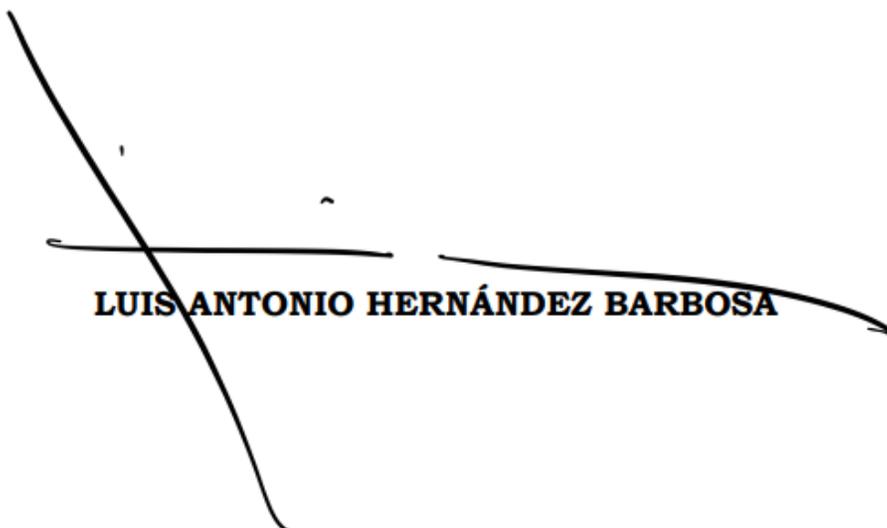
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

CUI 76147600017120140092501

Casación 53084

DEIBY JOHANNI OSPINA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Denal@2022

Sala Casación Penal 2021