

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

SP918- 2016

Radicación N° 46.647

(Aprobado Acta N° 25)

Bogotá D.C., tres (03) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Ejecutoriada la decisión del 9 de septiembre de 2015, por cuyo medio se inadmitió la demanda de casación presentada en nombre de RRV, contra la sentencia del 12 de mayo de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la Corte se pronuncia oficiosamente en relación con la vulneración de garantías

fundamentales, conforme a lo anunciado en el referido auto inadmisorio.

I. HECHOS

Entre el 1° de enero de 2005 y el 12 de julio de 2012, RRV se abstuvo de proporcionar alimentos de manera suficiente a su hijo AFRC¹. La forma y cuantía de los respectivos pagos fueron reguladas mediante conciliación ante la Comisaría Décima de Familia de Bogotá; sin embargo, pese a que el acusado contaba con capacidad económica para cumplir con lo acordado, únicamente suministró alimentos esporádicamente y en cuantía irrisoria.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

En audiencia del 12 de septiembre de 2012, ante el Juzgado 9° Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, la Fiscalía acusó a RRV como autor del delito de inasistencia alimentaria (art. 233 inc. 2° CP).

Concluido el debate, mediante sentencia del 25 de junio de 2014 el juez absolvió al acusado por el cargo formulado en su contra. En síntesis, concluyó que la conducta imputada deviene en atípica, en tanto la Fiscalía no acreditó la capacidad económica de aquél para cumplir con la obligación alimentaria en los términos acordados.

Habiendo interpuesto el apoderado de la víctima el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del

¹ Quien actualmente tiene seis años de edad y cuyo nombre completo se omite para preservar su derecho a la intimidad (arts. 15 y 44 de la Const. y art. 33 del Código de Infancia y Adolescencia).

Tribunal Superior de Bogotá lo revocó mediante sentencia del 12 de mayo de 2015. En su lugar, condenó al acusado a las penas de 40 meses de prisión y 23.5 salarios mínimos mensuales de multa, como autor responsable del delito de inasistencia alimentaria. Ello, por cuanto luego de establecer que el *a quo* incurrió en interpretación errónea del art. 8° lit. d) de la Ley 906 de 2004 (CPP) y equivocada comprensión y valoración de las pruebas, determinó que el acusado sí contaba con ingresos laborales suficientes para suministrar alimentos adecuadamente a su hijo, pero apenas lo hizo en pocos períodos y en ínfima cuantía.

El defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue inadmitida el 9 de septiembre de 2015. Empero, advirtiendo la Corte la posible conculcación de garantías fundamentales, dispuso la necesidad de revisar oficiosamente la legalidad de la pena impuesta, a lo que a continuación se procede.

III. CONSIDERACIONES

3.1 De la casación oficiosa

El recurso extraordinario de casación, según el art. 180 de la Ley 906 de 2004 (CPP), pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías fundamentales de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia.

Acorde con el art. 183 ídem, la admisión de dicho mecanismo extraordinario de impugnación supone, además de la

oportuna interposición del recurso, la debida presentación de la demanda. El censor está obligado a consignar de manera precisa y concisa las causales invocadas y sus fundamentos. Por ello, a voces del art. 184 inc. 2° ídem, no será admitido el libelo cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. Tampoco, si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

En ausencia de alguno de dichos elementos, la Corte, *en línea de principio*, se abstendrá de seleccionar la demanda. Sin embargo, de acuerdo con el art. 184 inc. 3° ídem, en consonancia con la máxima constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la Constitución), atendiendo a criterios como los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, la Corte deberá superar los defectos del libelo para decidir de fondo.

Esto, en atención a la mayor amplitud que en el esquema procesal de la Ley 906 de 2004 se le dio al recurso extraordinario de casación, *como medio protector de garantías fundamentales, a través del control de constitucionalidad y legalidad* de las sentencias proferidas en segunda instancia (C-590 de 2005).

En ese contexto, acorde con lo anunciado en el auto inadmisorio de la demanda de casación, la Sala procederá a enmendar la vulneración de garantías fundamentales detectada en la fase de imposición de la pena. Para tal efecto, en primer lugar, se abordarán los criterios constitucionales y

legales en que se funda la legitimidad de la punición; luego se pondrán de manifiesto los yerros cometidos por el Tribunal al individualizar la sanción penal y finalmente se redosificará la pena de prisión.

3.2 Parámetros de legitimidad para la imposición de penas

A la luz del art. 28 de la Constitución, toda persona es libre. Por consiguiente, nadie puede ser sometido a prisión, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las *formalidades legales* y por *motivo previamente definido en la ley*.

La legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental a la libertad personal por la vía de la imposición de penas depende, entonces, del respeto al *debido proceso sancionatorio*. El concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone su desarrollo legal, esto es, la *configuración normativa* de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el art. 29 inc. 2° de la Constitución preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a *leyes* preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las *formas propias de cada juicio*. Este precepto se reproduce en el criterio rector de *legalidad*, contenido en el art. 6° inc. 1° del CP.

El respeto del debido proceso sancionatorio comprende la consideración de aspectos formales y principialísticos. La concreción del *ius puniendi* en la efectiva imposición judicial de la sanción penal no sólo ha de ceñirse a criterios de

legalidad *stricto sensu*, expresados en reglas para la individualización de la pena; también comporta la materialización del principio constitucional de proporcionalidad (prohibición de exceso).

En un Estado constitucional² no sólo se predica la protección de bienes jurídicos, entendida como la principal finalidad del derecho penal y el propósito a partir del cual han de comprenderse los fines de la pena. También se instituyen barreras de contención a la actividad punitiva estatal, a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana, proscribiendo los excesos en la punición. Ello, por cuanto si bien el moderno Estado social de derecho garantiza la libertad de sus miembros mediante la utilización del poder punitivo en contra de quien delinque, también es verdad que, en contrapartida, reconoce derechos de defensa frente al propio Estado, el cual, con la pena, aplica la medida de intervención más fuerte e intensa de que dispone frente al ámbito de libertad de los ciudadanos³.

Entre dichos límites ha de destacarse el principio de proporcionalidad⁴, cuya aplicación resulta imprescindible tanto en la fase legislativa como *en el momento de aplicación judicial de la coerción estatal*⁵. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁶, sólo la utilización *medida, justa y ponderada* del *ius puniendi*, destinada a proteger los

² En la sentencia C-820/06, la Corte Constitucional advirtió que la cláusula *Estado constitucional* se explica en virtud de la transición del imperio de la ley, principio propio del Estado de derecho, a la máxima de primacía de la Constitución.

³ BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información*. **En:** HEFENDEHL, Roland, VON KIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 151.

⁴ C. Const., sent. C-565/93.

⁵ C. Const., sent. C-647/01. Así mismo, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires B de f, 2ª ed., 2003, pp. 125-148.

⁶ C. Const., sent. C-070/96. En el mismo sentido, sents. C-118/96 y C-148/98.

derechos y las libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento jurídico. De ahí que el respeto al principio de *proporcionalidad de la pena*, derivado de la máxima de prohibición de exceso, asume junto al de la legalidad de aquélla la connotación de garantía fundamental⁷.

En tal virtud, el procedimiento de individualización de la sanción ha de orientarse por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, como lo dicta el art. 3° del CP. Así mismo, ha de atender a la realización de las finalidades de la pena, consistentes, a voces del art. 4° del CP, en la prevención (general y especial), la retribución *justa*, la reinserción social y la protección del condenado.

Éste ha de ser el trasfondo de los parámetros y fundamentos para la individualización de la pena (arts. 60 y 61 ídem), los cuales no se autojustifican, sino que constituyen una orientación para materializar, a través de la fijación de la sanción, las finalidades punitivas. Si bien el procedimiento de dosificación transita por derroteros reglados, en esencia no es más que un ejercicio de ponderación.

Bien se ve, entonces, que la punición arbitraria está proscrita en un Estado constitucional. Una pena deviene en ilegítima si es impuesta con inobservancia de los parámetros legales establecidos para su fijación o si se muestra desproporcionada.

⁷ Sobre la connotación de garantía fundamental del principio de legalidad de la pena, cfr. C.S.J. – Sala de Casación Penal, sents. 27/06/12, rad. 38.607; 06/06/12, rad. 36.846; 10/10/12, rad. 36.860 y 06/06/12, rad. 25.76; 27/02/13, rad. 33254, entre otras.

3.2.1 Individualización de la sanción penal y el deber de motivación

Ahora, a fin de *legitimar* la punición, el juez está en el deber de motivar el proceso de individualización de la pena. En la decisión respectiva ha de quedar claro al penado, así como a la comunidad en general, que la imposición de una sanción específica a un individuo no es producto del capricho o la arbitrariedad del juzgador, sino el resultado de un serio ejercicio de ponderación de finalidades punitivas, respetuoso de los lineamientos legales pertinentes. Por ello, al tenor del art. 59 del CP, la sentencia deberá contener una fundamentación *explícita* sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción.

Un tal deber de motivación es expresión directa de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa, al recurso efectivo y al acceso a la administración de justicia. Pues, solo ante una motivación explícita y suficiente es dable ejercer control sobre la corrección de la decisión y, de esa manera, ejercer la prerrogativa de impugnación, al paso que se legitima la decisión y con ello la autoridad del Estado.

Sobre el particular, en la sentencia C-145 de 1998, expuso la Corte Constitucional:

El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de todos los ciudadanos para acceder a la administración de justicia. Este derecho implica no sólo que las personas

pueden solicitar a los organismos que administran justicia que conozcan y decidan de fondo sobre sus conflictos - salvo que la ley contemple causas legítimas de inadmisión-, sino también que esas decisiones sean fundamentadas.

La obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez. En el Estado de derecho la sentencia responde a la visión del juez acerca de cuáles son los hechos probados dentro del proceso y cuál es la respuesta que se le brinda al caso concreto por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, es claro que tanto los hechos como las normas pueden ser interpretados de manera distinta. **Por esta razón, se exige que, en su sentencia, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta.** Precisamente la motivación de las sentencias es la que permite establecer un control -- judicial, académico o social-- sobre la corrección de las decisiones judiciales.

[...]

Dentro de las garantías propias del debido proceso y de la tutela judicial efectiva se encuentran también las de ejercer el derecho de defensa y las de recurrir las sentencias judiciales. Ahora bien, para poder presentar recursos contra los fallos judiciales es necesario conocer cuáles fueron las razones que condujeron al juez a dictar la sentencia que se controvierte, razones que deben referirse a los hechos (las pruebas) y a los fundamentos jurídicos en los que se apoya la decisión. Si esas razones no son públicas el recurrente no podrá esgrimir contra la sentencia más que argumentos generales, que repetirían lo

que él ya habría señalado en el transcurso del proceso. Precisamente entre los fines del deber de motivar las sentencias se encuentra el de facilitarle al afectado la comprensión de la resolución emitida y la formulación de su impugnación.

En la misma dirección, esta Colegiatura ha puesto de presente que la motivación de las decisiones hace parte de la garantía al debido proceso, la cual se concreta en el derecho que tienen los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógicos sobre los cuales el juez construye su decisión. Sólo así puede permitírseles ejercer un control sobre el proceso e identificar los puntos que son motivo de discordia.⁸

En ese sentido, como también lo ha clarificado esta Corte⁹, el imperativo de motivar las determinaciones judiciales no se cumple, sin más, con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial. Es preciso que manifieste en forma clara, expresa, indudable, honesta y no anfibológica su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto. No de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales ni se hace efectivo el principio de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico.

Bien se ve, entonces, que la motivación, cuya razón de ser es evitar el ejercicio arbitrario del poder, es justamente la que permite el control de la decisión, no solamente por las partes del proceso, sino también por el público en general. En consecuencia, una deficitaria motivación, por ser violatoria de

⁸ CSJ SP 12/12/05, rad. 24.011.

⁹ CSJ SP 05/12/07, rad. 28.432.

los derechos de defensa y debido proceso en aspectos sustanciales, como arriba se indicó, conlleva a la ilegitimidad de la decisión.

Los defectos de motivación, acorde con la jurisprudencia de esta Corte¹⁰, se contraen a: i) ausencia absoluta de motivación, ii) motivación incompleta o deficiente, iii) motivación ambivalente o dilógica y iv) motivación falsa. Si alguno de estos vicios recae en la fase de individualización de la pena, se vulnera el debido proceso sancionatorio.

En síntesis, la articulación de las anteriores consideraciones lleva a la Corte a concluir que el debido proceso sancionatorio está integrado por el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena, el seguimiento de los lineamientos legales para la individualización de la sanción y el acatamiento del deber de motivar suficientemente el procedimiento de dosificación e imposición de la pena. Si se desconoce alguno de estos componentes, la fijación de la consecuencia punitiva se torna arbitraria.

Bajo tales premisas, a continuación se examinará si el proceso de individualización aplicado por el Tribunal vulneró el debido proceso sancionatorio.

3.3 Individualización de la pena en el *sub examine*

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró la responsabilidad penal del acusado como autor del delito de

¹⁰ Cfr. CSJ SP 12/12/05, rad. 24.011.

inasistencia alimentaria. Consecuentemente, re dosificó la sanción penal en los siguientes términos:

1. Estableció los límites punitivos entre 32 y 72 meses de prisión para la prisión, mientras que, en relación con la multa, los fijó entre 20 y 37.5 salarios mínimos legales mensuales. Ello, al tenor del art. 233 del CP, modificado por el art. 1° de la Ley 1181 de 2007.

2. Los márgenes de movilidad los fijó en 40 meses y 17.5 salarios mínimos. Así, para la pena de prisión, delimitó el cuarto mínimo entre 32 y 42 meses. El primer cuarto de movilidad, para la multa, lo estableció entre 20 y 24.375 salarios.

3. Advirtió que la pena se habría de individualizar en el cuarto mínimo, dadas la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad y la carencia de antecedentes penales.

4. Seguidamente procedió a “ponderar” los criterios previstos en el art. 61 inc. 3° del CP, “especialmente, la gravedad de la conducta, la intensidad del dolo, el daño ocasionado y la manera como se conculcaron los intereses de un sujeto de especial protección, al que el interesado ni siquiera visita desde el 2008”. En consecuencia, invocando los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las penas, mencionados en el art. 3° del CP, impuso al acusado las penas de 40 meses de prisión y 23.5 salarios mínimos legales mensuales. El término de privación de libertad y el monto de la multa, se destaca en la sentencia, “se estiman adecuados para el cumplimiento de los fines

consagrados en el artículo 4° del estatuto penal sustancial (sic)".

5. Por otra parte, poniendo de manifiesto que el sentenciado no ha indemnizado los perjuicios causados a la víctima, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Ello, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 193-6 de la Ley 1098 de 2006.

De igual manera negó la prisión domiciliaria. A propósito de los criterios previstos en el originario art. 38 del CP, destacó que si bien la pena mínima de prisión, prevista para el delito de inasistencia alimentaria, es inferior a cinco años, no es dable afirmar que el sentenciado no pondrá en peligro a la comunidad ni evadirá la reclusión.

Sobre este último particular, adujo que "no es un adecuado desempeño en esos ámbitos la sustracción injustificada al cumplimiento de una obligación de raigambre constitucional en beneficio de un menor digno de especial protección, a pesar de todas las oportunidades y capacidad de solucionar la situación conforme a derecho, indicativa aquélla del muy poco respeto por el ordenamiento jurídico, así como de sus deberes sociales, y, por ende, de la inexistente posibilidad de que la pena se redima así".

Tampoco, agregó, es dable sustituir la ejecución de la prisión por reclusión domiciliaria, de conformidad con los parámetros incorporados al CP por los arts. 22 y 23 de la Ley 1709 de 2014. Pues, si bien el acusado no registra antecedentes penales y el término mínimo de prisión es inferior a ocho

años, no se puede estimar probado su arraigo familiar y social, dado que lo evidenciado en aquél es el absoluto desconocimiento de un “deber esencial para con la propia estirpe con graves efectos”.

3.4 Yerros advertidos en el proceso de individualización de la pena en el *sub exámine*

3.4.1 Determinación inmotivada de la pena

En reciente decisión (CSJ SP 24.06.2015, rad. 40.382), la Sala rechazó enérgicamente la práctica judicial consistente individualizar inmotivadamente las sanciones penales. En dicha oportunidad clarificó que los jueces carecen de discrecionalidad para estimar a su arbitrio el monto de pena a imponer. Ello, por cuanto existen parámetros legales para individualizar las sanciones (arts. 59 y 61 inc. 3° CP), los cuales han de aplicarse *motivadamente* de cara al asunto particular, con la debida concreción de los fines de la pena establecidos en el art. 4° del CP. La simple *enunciación* o la mera *alusión* a dichos criterios, sin la debida articulación y análisis con el caso en concreto, en nada satisfacen el deber de motivar la individualización de la sanción penal. Por el contrario, implican un reprochable proceder que pretende encubrir el arbitrio del funcionario bajo la apariencia de una supuesta motivación que, en verdad, es inexistente.

En el *sub exámine*, el procedimiento empleado por el Tribunal de Bogotá muestra una total incomprensión de lo que, dentro de un Estado social de derecho, significa individualizar la

sanción penal. Alejado de los derroteros fijados por la jurisprudencia, denota el desconocimiento del debido proceso sancionatorio y, en últimas, vulnera el principio constitucional de prohibición de exceso.

Como lo ha venido precisando la Sala, la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento toral para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de *montos mínimos* de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso.

Dentro de tal margen de apreciación *reglado*, al sentenciador no le es dable escoger a su discreción un monto que bien le parezca para sancionar. No. Partiendo del respectivo *tope mínimo* a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de *argumentar por qué se aparta de la mínima sanción* prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena. Si existe un deber de motivación en caso de aplicación de rebajas punitivas (CSJ AP 24.07.2013, rad. 41.041), *a fortiori*, el juez está obligado a motivar los aumentos. En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera *ius fundamental* del condenado. Así como un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento en el ámbito legislativo deviene en inconstitucional (CSJ SP

27.02.2013, rad. 33.254), esta misma consecuencia es predicable de la imposición concreta de una pena, que inmotivadamente se aparta de los límites mínimos.

La motivación del proceso de individualización de la pena -en lo cuantitativo y lo cualitativo- no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el art. 59 del CP ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el art. 61 incisos 3° y 4° ídem. La simple transcripción de éstos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto *sub júdice* es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular.

Pues bien, en el presente caso, a la hora de “ponderar” los factores de individualización, el Tribunal de Bogotá incurrió en una motivación absolutamente deficitaria para fijar la pena.

Como se reseñó en precedencia (cfr. consideración 3.3, num 4), sin *sopesar* de ninguna manera los parámetros previstos en el art. 61 inc. 3° del CP ni mucho menos *concretar su significado*, de cara a la hipótesis delictiva, los jueces de segunda instancia simplemente transcribieron algunos de los criterios legales para individualizar la sanción. Sin mediar disertación alguna, seguidamente efectuaron un considerable aumento del límite mínimo dentro del primer cuarto de movilidad.

Se hizo referencia a la gravedad de la conducta, a la intensidad del dolo y al daño causado. Tales parámetros quisieron llenarse de contenido afirmando que “se conculcaron los intereses de un sujeto de especial protección, al que el interesado ni siquiera visita desde el 2008”, mas semejante “argumentación” se ofrece del todo carente de aptitud para incrementar la pena.

En punto de la gravedad, no se explica por qué la conducta atribuida a RRV contiene un grado de reproche *adicional* al haber recaído la conducta sobre un menor de edad. La mayor gravedad de la inasistencia alimentaria, cuando la víctima es un infante o adolescente, fue expresada legislativamente con una pena más alta que la del tipo básico de inasistencia alimentaria (art. 233 inc. 3º CP, modificado por el art. 1º de la Ley 1181 de 2007). Tal condición de la víctima es un aspecto que el legislador tuvo en cuenta al concretar el grado de injusto desde la óptica de la compensación, al determinar las penas aplicables. Entonces, si por el referente de gravedad se quería incrementar la sanción, separándola de los límites mínimos, los sentenciadores estaban obligados a justificar por qué razón la *específica conducta* reprochada al acusado, caracterizada por sus particulares *circunstancias* de configuración, requería un mayor grado de reproche en términos retributivos.

En cuanto a la intensidad del dolo, no hay un solo razonamiento que lo gradúe en consideración a las circunstancias de comisión del delito, por lo que mal podría admitirse su *mera mención* como referente para agravar las penas a imponer.

Por otra parte, en lo concerniente al daño causado, el Tribunal saca a relucir una situación del todo inatinente para estimarlo, a saber, que el acusado no visitaba a su hijo, circunstancia que, si bien es reprochable desde la perspectiva de los deberes de familia, en nada tiene que ver con la obligación de suministrar alimentos, cuya infracción es la que ostenta relevancia penal.

Finalmente, sin ningún análisis de la situación del sentenciado ni de los hechos a él atribuidos, se afirma llanamente que las penas impuestas se estiman “adecuadas” para el cumplimiento de los fines previstos en el art. 4° del CP.

Bien se ve, entonces, que la motivación del proceso de individualización de la pena fue indebida. No sólo por ofrecerse incompleta o deficiente en relación con los criterios de gravedad de la conducta, magnitud del daño causado e intensidad del dolo; también, por tornarse etérea en la concreta materialización de las finalidades punitivas.

Ello configura la vulneración del debido proceso sancionatorio y devela que el Tribunal se entendió facultado para individualizar la pena discrecionalmente o a su arbitrio, bajo el pretexto de mencionar de cualquier manera los criterios previstos en el art. 61 inc. 3° del CP. De tal suerte que, por una indebida motivación, el aumento en el término de prisión y monto de multa deviene en ilegítimo.

3.4.2 Motivación deficitaria para negar la prisión domiciliaria

Según el art. 38 B del C.P., norma de aplicabilidad en el *sub* exámine en virtud de la máxima de favorabilidad contenida en el art. 6° inc. 2° ídem, *entre otros*, son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos; ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el art. 68 A inc. 2° del CP y iii) que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En el presente caso, habiendo constatado el Tribunal que la pena de prisión impuesta no supera los ocho años y que no se condenó por ninguno de los delitos mencionados en el art. 68 A inc. 2° del CP, se negó la sustitución de la prisión carcelaria por domiciliaria, bajo el entendido que no se acreditó el arraigo familiar ni social del condenado.

Para fundamentar tal aserto, en la sentencia de segunda instancia se adujo que no es dable predicar que el señor RV se halla establecido con permanencia en un lugar, con ocasión de sus vínculos personales y materiales, pues desconoció “un deber esencial para con la propia estirpe, con graves efectos”.

Semejante raciocinio comporta una falsa motivación, como quiera que implica una falacia de inatinencia, también conocida como *ignoratio elenchi*, la cual tiene lugar cuando un argumento que permite establecer una conclusión en particular se dirige a probar una conclusión diferente¹¹. Esta

¹¹ COPI M., Irving y COHEN, Carl. *Introducción a la lógica*, 8ª edición, México, Limusa, 1997, P. 141.

situación, como toda falacia, invalida el argumento y, por consiguiente, deja a la decisión desprovista de motivación.

Es que, comprendiéndose el arraigo como el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes, el incumplimiento de deberes en nada permite valorar esa condición social.

De otro lado, al “motivo” aducido por el Tribunal para negar la prisión domiciliaria en el presente caso subyace una regla del todo inadmisibles, que de ninguna manera ha sido establecida legislativamente, a saber, que la mera comisión del delito de inasistencia alimentaria excluye la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria. Pues, si el incumplimiento de un deber de familia despojara a la persona de su arraigo, la incursión en el delito de inasistencia alimentaria siempre dejaría desprovisto al autor de tal condición social, dado que el tipo objetivo consiste en la infracción del deber contenido en el art. 411-2 del C.C. Mas eso no es lo dispuesto en la ley, donde no se advierte que la inasistencia alimentaria esté en el catálogo de conductas punibles con respecto a las cuales deviene en improcedente la prisión domiciliaria (68 A inc. 2° del CP).

Y más reprochable resulta tal infracción argumentativa si se tiene en cuenta que el Tribunal quebrantó otro de los principios rectores de la argumentación, a saber, el de honestidad. Pues tal colegiatura para nada se muestra convencida de su disertación, como quiera que, *para efectos de condenar* al acusado, sí tuvo en cuenta su arraigo laboral,

del cual dedujo su capacidad económica para proporcionar alimentos a su hijo. Además, en el expediente hay elementos de juicio que, *prima facie*, permiten entender que el procesado no está desarraigado, pues éste no ha variado su dirección de notificaciones y compareció al juicio.

Por consiguiente, careciendo la negativa de la prisión domiciliaria de la debida motivación, surge nítida la vulneración del debido proceso sancionatorio.

3.4.3 Conclusión

La concurrencia de los yerros descritos en precedencia: defectuosa motivación en el proceso de individualización de la sanción y en el análisis sobre la procedencia de la prisión domiciliaria implican la vulneración del debido proceso sancionatorio. En consecuencia, la Corte procederá a redosificar la sanción con respeto de los parámetros constitucionales y legales correspondientes, a fin de garantizar la efectividad del derecho material y preservar las prerrogativas fundamentales en cabeza del sentenciado.

Así, teniendo en cuenta que la sanción ha de fijarse en el primer cuarto de movilidad y que el Tribunal aumentó inmotivadamente las penas en su mínimo, la Corte ha de corregir el yerro suprimiendo los susodichos incrementos punitivos. Por consiguiente, el señor RRV será condenado a las penas de prisión en 32 meses y de multa en cuantía de 20 salarios mínimos legales mensuales. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será igual al término de la prisión.

En lo atinente a la sustitución del encarcelamiento, es claro que, además de la revocatoria de la sentencia absolutoria en segunda instancia, el Tribunal, actuando como *juez de conocimiento* de segunda instancia¹², negó de oficio tal sustitutivo. Además, lo hizo violando el debido proceso sancionatorio, lo que obliga a la Corte a remediar tal vulneración de garantías fundamentales, pronunciándose sobre la procedencia de la prisión domiciliaria en el caso *sub examine*. Tanto más cuanto, en el presente caso, la negativa del sustituto muestra un actuar desproporcionado del Tribunal, quien bajo el prurito del interés superior del menor propende por un uso excesivo del encarcelamiento, en contravía de las finalidades perseguidas por la Ley 1709 de 2004 y de los propios intereses de la víctima. Esto último, en la medida en que la reparación de los perjuicios y el cumplimiento de la obligación alimentaria a futuro serán más difíciles de realizar si el sentenciado es enviado a prisión. Si de lo que se trata es de armonizar adecuadamente el cumplimiento de las finalidades de la pena con la restauración de los daños ocasionados al menor ofendido, la legislación le ofrece al funcionario judicial los instrumentos apropiados para equilibrar la sanción con las prerrogativas restaurativas en cabeza de la víctima.

Pues bien, acorde con el art. 38 B del CP, son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima *prevista en*

¹² La jurisprudencia de la Sala ha clarificado que tanto el juez de conocimiento como el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad son competentes para decidir sobre la sustitución de la reclusión carcelaria por prisión domiciliaria (cfr., entre otros, CSJ AP 02.03.2005, rad. 23.347, SP 19.10.2006, rad. 25.724 y AP. 27.06.2007, rad. 26.931). Así se desprende, igualmente, del art. 38 del CP, modificado por el art. 22 de la Ley 1709 de 2014.

la ley sea de ocho años de prisión o menos; ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el art. 68 A ídem; iii) que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; iv) que se garantice mediante caución el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Así, entonces, correspondiendo la pena mínima para el delito de inasistencia alimentaria a 32 meses de prisión (art. 233 inc. 2° CP), es claro el cumplimiento del requisito objetivo del numeral i) atrás referido. Igualmente, se satisfacen las exigencias del numeral ii), dado que el sentenciado carece de antecedentes penales y la conducta por la cual se le condenó no hace parte de los delitos enlistados en el art. 68 A ídem.

En lo que atañe al arraigo familiar y social del sentenciado, la teleología de la norma es clara: asegurar la *efectiva* privación de la libertad en el domicilio. Por ello, el juez está llamado a valorar los diferentes nexos que el condenado tiene con un lugar determinado, para así contar con un referente objetivo que le permita suponer fundadamente que aquél no evadirá el cumplimiento de la pena.

Bajo tal comprensión, lo que se extracta de la actuación es que el sentenciado de ninguna manera es un desarraigado, como erróneamente lo afirmó el Tribunal. Si el arraigo se determina por la existencia de vínculos de una persona con un lugar determinado con ánimo de permanencia, entre otros, lazos sociales, económicos, laborales o afectivos, como a continuación se expondrá, innegablemente el señor RRV cuenta con arraigo.

La misma Fiscalía puso de presente, soportada en evidencia documental (cfr. fls. 100-117 C.1), que desde el 2005 el acusado ha venido ejerciendo con regularidad la profesión de enfermero en la ciudad de Bogotá. Aquél ha trabajado para la Cooperativa de Trabajo Asociado Cuidados Profesionales, Nueva EPS, Clínica de Cafesalud MPVIP, Multimédicos y EPS Alianza Vivir CTA. De igual manera, en la sentencia de segunda instancia (fl. 32 C.2) se pone de presente que el acusado trabajó hasta el 2012 en la firma Green Invest S.A.S. y ha dictado cátedra en diversas instituciones, mientras el defensor informó que, a octubre de 2015, RRV se hallaba vinculado a la Clínica VIP de Colpatria (fl. 59 C.3).

En cuanto al arraigo familiar, cabe destacar que el señor RV responde por otra familia, integrada por su compañera permanente DT y su otro hijo menor de edad, DSR¹³.

De otro lado, es claro que el sentenciado ha mantenido su domicilio en Bogotá, pues además de que en las diversas actas de audiencia a las que ha comparecido se advierte que reside en esta ciudad -donde también ha laborado- fue aquí donde se produjo su captura el 25 de octubre de 2015, mientras ejercía su derecho al voto en la calle (...), barrio Pontevedra (cfr. fls. 261-262 C. 1). De tal manera que está debidamente acreditado el arraigo familiar y social del condenado.

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

¹³ Cfr. el interrogatorio practicado al acusado en el juicio, en sesión del 30 de abril de 2014.

se acopla con la máxima de garantizar el interés superior del menor (art. 44 inc. 3° 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. 8° 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. 9° inc. 2° 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.

Tales argumentos adquieren mayor solidez si se tiene en cuenta que el sentenciado también es padre de otro menor de edad, quien igualmente se vería perjudicado con la reclusión carcelaria de aquél.

En cambio, una adecuada ponderación de los fines de la pena, abierta a utilizar los diversos mecanismos sancionatorios previstos por el legislador, permite compatibilizar la necesidad de infligir al penado un perjuicio como respuesta retributiva a su comportamiento delictivo con la protección de los derechos de los menores y la reparación de los perjuicios.

En ese entendido, la prisión domiciliaria se ofrece como un mecanismo más idóneo: con la emisión de la sentencia condenatoria se satisface automáticamente el fin de prevención general positiva, estabilizándose así la infracción de la norma y transmitiéndose la censura institucional a la conducta del condenado. Así mismo, innegablemente opera la retribución justa, por cuanto la *ejecución* de la pena en el domicilio constituye una efectiva restricción de la libertad personal del sentenciado, cuya menor intensidad se justifica en la relativa gravedad menor del delito y en las anteriores consideraciones de cara a la situación de los menores de edad.

De otro lado, la prevención especial se encuentra igualmente realizada. En su aspecto negativo, por cuanto el penado habrá de permanecer privado de su libertad en el domicilio *a condición* de cumplir a cabalidad las condiciones impuestas judicialmente, so pena de verse revocada la sustitución de la ejecución de la pena y reactivarse la reclusión carcelaria ante un incumplimiento. Expresado metafóricamente, sobre el sentenciado pesa una especie de espada de Damocles, que lo conmina a cumplir efectivamente las condiciones para la sustitución, evitando la reincidencia delictiva para así evitar el cumplimiento de la pena en prisión. Igualmente, se satisface la prevención especial positiva, en tanto la evitación de la reclusión carcelaria es más compatible con la resocialización.

Sobre este último particular, importa destacar que, en el transcurso del cumplimiento de la pena en el domicilio, el penado podría solicitar al juez de ejecución de penas y

medidas de seguridad un permiso de trabajo, y de esa manera poder reparar los perjuicios y cumplir con sus obligaciones alimentarias (art. 38 D inc. 3° del CP).

De tal suerte que, por cumplirse los requisitos establecidos en los numerales 1 al 3 del art. 38 B del CP, es clara la procedencia de la prisión domiciliaria, la cual será concedida por la Sala a condición de que el sentenciado garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) No cambiar de residencia, sin autorización previa del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.
- b) Reparar dentro del término de seis meses los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización habrá de asegurarse mediante caución en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. El condenado habrá de allegar la póliza correspondiente o el título de depósito judicial, cuya cuantía se fija tomando en cuenta las actividades que aquél particularmente realiza como enfermero, de las cuales deriva sus ingresos.

La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por RRV ante la Secretaría de la Sala, allegando la póliza o el título de depósito judicial respectivos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación que se le haga de la presente sentencia.

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

La ejecución de la medida de prisión domiciliaria se cumplirá en el lugar de residencia del sentenciado, acompañada de un mecanismo de vigilancia electrónica.

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 parcial y oficiosamente la sentencia impugnada, para condenar a **RRV** a las penas principales de 32 meses de prisión y 20 salarios mínimos legales mensuales de multa. La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será igual al término de la pena de prisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia confutada. En su lugar, **CONCEDER** a **RRV** la prisión domiciliaria, en los términos y condiciones establecidos en la parte considerativa de esta sentencia.

Las demás determinaciones del fallo permanecen inmodificables.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

