

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA – Requisitos.
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA – REQUISITO SUBJETIVO: Valoración.
GRAVEDAD Y MODALIDAD DE LA CONDUCTA PUNIBLE – NON BIS IN IDEM: Una circunstancia particular de la conducta punible que ya se encuentra integrada al tipo penal, entre sus ingredientes normativos, no puede ser usada para la configuración de causales de agravación.
PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES - El análisis de estas conductas debe realizarse a la luz de los Instrumentos Internacionales suscritos por el Estado Colombiano y que hacen parte del *Bloque de Constitucionalidad*.
PENA – En la nueva visión del fin reeducador de la pena, se reconoce el valor especial que tienen los fines de resocialización y prevención especial y el carácter secundario del fin retributivo.

Conforme lo señalado en el original art 63 del Código Penal y una vez analizados los elementos que integran el requisito subjetivo y conforme la nueva visión del fin reeducador de la pena, se considera que hay lugar a la concesión del subrogado penal, siendo que no se comparte la motivación efectuada en primera instancia respecto a la gravedad de la conducta y su vínculo con la afectación con los bienes jurídicos respectivos, suerte que también corren las consideraciones idénticas a las causales 2 y 6 del artículo 211 Sustancial, que buscan hacer ver más lesiva la conducta, toda vez que se encuentran enmarcadas en los agravantes especiales aplicados en la sentencia proferida, de lo contrario constituiría una afrenta al Principio Non bis in ídem.

Y siendo que en aplicación y respeto de los instrumentos internacionales y conforme el papel que le asiste al Estado en la tutela efectiva de acceso a la justicia a quienes se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, en este caso el sujeto pasivo del injusto, con independencia de su género, sea hombre o mujer, se considera que el actuar estatal ha cumplido, al punto que se cuenta con una sentencia condenatoria y un trámite incidental de indemnización de perjuicios, lo que permite concluir que la víctima ha materializado sus derechos.

Además, respecto del análisis sobre la gravedad de la conducta para no otorgar el subrogado penal al tomar en cuenta la omisión en el pago de las cuotas alimentarias, se determina que no puede ser de recibo, dado que pueden perseguirse con las diligencias administrativas y judiciales correspondientes y siendo que la concesión de la libertad puede contribuir a garantizar el pago de tales obligaciones en pro de los derechos de los sujetos de especial protección./

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	: Franco Solarte Portilla
Asunto	: Apelación fallo condenatorio
Delito	: Acceso carnal abusivo con persona Incapaz de resistir
Procesado	: FNCR
Radicación	: 52001-6000485-2010-05299-01 NI 15411
Aprobación	: Acta N° 2018 – 183 (Noviembre 22 de 2018)

San Juan de Pasto, noviembre veintisiete de dos mil dieciocho

Vistos

Derrotado en Sala de Decisión el proyecto presentado por quien fungía como Magistrada Ponente, doctora Ana Julieta Arguelles Daraviña, pasa para su proyección a la segunda firma que conforma tal Juez plural, esto es al homólogo funcionario Franco Solarte Portilla.

En esta oportunidad el Tribunal debe decidir lo que corresponda del recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa que obra en procura de los intereses del señor FNCR, en contra de la sentencia calendada a 13 de abril de 2018, dictada por el titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño), quien condenó al precitado a la pena de 36 meses de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal; ello por cuanto medió un preacuerdo de aceptación de cargos por el punible de acceso carnal abusivo con persona en incapacidad de resistir agravado, cuya víctima fue la joven MFDL.

Los hechos jurídicamente relevantes

Transcurriendo el mes de mayo de 2010, MFD de 24 años de edad acusaba diversos malestares físicos, razón por la que en compañía de su madre fue a una revisión médica donde se dictaminó que se encontraba en estado de gravidez; al ser inquirida acerca de aquella situación, la víctima dio a conocer que el amigo de su padre, el señor CR, en diversas ocasiones y mediante engaños la llevó a un hotel donde la accedía carnalmente, conducta desplegada a sabiendas de que ella padecía de un retardo mental de leve a moderado y por ello, carecía de la capacidad de auto determinarse y comprender los actos sexuales que sobre su integridad el agresor ejercía.

Todas estas escenas sucedían cuando con anuencia de su progenitor, la referida joven cuidaba una carga de productos en el mercado El Potrerillo, labor por la que recibía un pago de 5.000 pesos.

Resumen de la actuación surtida

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Pasto cumpliendo funciones constitucionales de control de garantías, el 17 de mayo de 2016 celebró las audiencias concentradas preliminares; en la diligencia de formulación de imputación el delegado de la Fiscalía endilgó al hoy sentenciado la comisión, bajo la modalidad dolosa y como autor, del delito de acceso carnal abusivo con persona incapaz de resistir tipificado en el artículo 210 del Código Penal, agravado por las causales 2 y 6 del artículo 211, derivadas de la confianza depositada en el agente y el embarazo, respectivamente, espacio procesal en el que no hubo aceptación de cargos; al instalarse la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, el ente acusador retiró la solicitud en principio sobre este aspecto por él impetrada.

Previa presentación de un acta de preacuerdo, la audiencia que tuvo la finalidad de verificar el mismo, individualizar pena y dar lectura a la sentencia discurrió el 13 de abril de 2016. Vale recordar que los términos estipulados por las partes se sintetizan en la aceptación de responsabilidad por el acusado, conforme a los tópicos puntualizados en el acto de comunicación, obteniendo como beneficio la circunstancia de menor punibilidad contenida en el artículo 56 del Código Penal, por lo que se reconoció el beneficio de las situaciones de *ignorancia, marginalidad y pobreza extrema*; dentro del legal marco punitivo operante para el caso, se pactó la pena principal restrictiva de la libertad en 36 meses y la accesoria general del artículo 44 del Código Penal por idéntico tiempo.

La sentencia apelada

En su labor de conocimiento, el titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N), profirió fallo condenatorio en contra de CR bajo los lineamientos acordados, restando una vez escuchadas las proposiciones en torno a la individualización de la pena, pronunciarse respecto a subrogados penales, punto de disenso éste que, se anticipa, es el que ocupa ahora la atención de esta Corporación.

La primera instancia precisó que para la fecha de los sucesos no se había incluido por parte del legislador, ninguna prohibición respecto a los punibles que protegen los bienes jurídicos de la integridad y la formación sexual, por lo que fijó sin ambages que la normatividad aplicable es la contenida en el artículo 63 del Código Penal, el cual en su genuina presentación prescribía que se puede conceder el subrogado penal, cuando la sanción irrogada sea inferior o igual a 36 meses, coligiendo con facilidad que se cumple en el *sub lite* con el requisito objetivo.

La valoración subjetiva por su parte, se afincó en dos aspectos: la gravedad de los sucesos y el daño causado a la víctima.

Recreó su motivación con ayuda de la Convención *Belen Do Para*, instrumento internacional que establece que se debe garantizar la tutela efectiva de acceso a la justicia a quienes se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, recordando el papel del Estado como garante respecto a las condiciones de discriminación y violencia física, psicológica o sexual en contra de las mujeres; de cara a este tópico, el Fallador dijo que el sentenciado se aprovechó de una condición de discapacidad de la joven y

que pese a reconocer a la hija fruto de la agresión, en lo que va corrido del año 2018 no ha cumplido con sus obligaciones alimentarias, generando con ello mayor daño y trauma a la vida de la víctima y a la de su entorno familiar.

Finalmente y bajo idéntica dirección analítica, dijo que pese a tratarse el señor CR de una persona marginal, no se puede desatender su intención de paliar los daños que genera el incumplimiento de las obligaciones filiales, las que de alguna manera disminuyen los nocivos daños causados con el injusto.

Negado el subrogado penal por considerar que no se acredita el aspecto subjetivo exigido por la norma, dictó la parte resolutive de la sentencia con la condena respectiva y giró las boletas de encarcelamiento y de captura con miras a que el condenado cumpla la sanción en el establecimiento intramuros de la ciudad de Pasto, sin tener información procesal de que las mismas se hayan materializado.

Habilitada la procedencia del recurso de apelación, la alzada fue interpuesta en exclusivo por la parte defensiva.

La sustentación del recurso

El profesional del derecho inició destacando la carente argumentación del Juez de Instancia en cuanto al factor subjetivo del que habla el texto a aplicar del artículo 63 del Código Penal, resaltando que se cumple, sin más, el requisito objetivo.

A juicio del defensor, las razones que conducen a la concesión del subrogado para su prohijado son variadas. El primero de sus argumentos fue dirigido a establecer que C carece de historial penal; en segundo lugar, respecto al

daño causado a la víctima, aludió que si bien se probó su condición de persona incapaz de resistir debido a un retraso mental leve que sufre, se trata de una mujer que para la fecha de los sucesos ya contaba con 24 años de edad.

Aunado a ello, arguyó que la infante producto de los desafueros sexuales, fue debidamente reconocida por su progenitor del cual se han generado las legítimas obligaciones alimentarias, las que no han podido ser canceladas a tiempo toda vez que su prohijado debe cubrir unas erogaciones que adeuda con la entidad financiera “Contactar”, monto dinerario que tuvo como destino la reparación integral voluntariamente adelantada por cuenta de este asunto.

Expuso además las condiciones personales de su defendido, explicando que se trata de un adulto mayor que cuenta con 69 años de edad (*sic*), quien proviene y se mantiene en una extracción rural precaria, despeñándose en sus actividades cotidianas como jornalero.

Indicó que el subrogado penal deviene en un aspecto benéfico para el condenado y también para su menor hija, por cuanto solamente estando en libertad estará aquél posibilitado para satisfacer las mínimas garantías de su sostenimiento, posición que advirtió, ha clarificado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del año 2017 y que se identifica con Radicado No. 49712; memoró que en dicha decisión la máxima Corporación de lo penal accedió a decretar un subrogado, bajo el argumento de que es una vía que permite generar bienestar a los niños, entendidos como sujetos de especial protección.

En el final de la sustentación del recurso, el profesional solicitó que se modifique la sentencia en su aparte pertinente.

Consideraciones de la Sala

De entrada se establece que este Tribunal es competente para conocer del fondo del presente asunto, atendiendo el contenido del artículo 34 numeral 2º de la Ley 906 de 2004.

Comoquiera que la primera instancia y los alegatos del recurrente han centrado un único punto de discordia, dejando de lado otras particularidades sobre las que de acuerdo al diseño penal ya no deben ser atendidas, se fija como único problema jurídico a zanjar¹ si *para la concesión del subrogado penal invocado a favor del condenado FNCR se cumple con el requisito subjetivo que predica la original prescripción del artículo 63 del Código Penal, caso afirmativo en el que prosperarían los alegatos defensivos o, si por el contrario, acertada resulta la decisión adoptada por a quo que impide la concesión de la suspensión condicional de la pena, debido a que en su valoración solo florece a favor del prenombrado el requisito objetivo.*

Se aclara eso sí, que para cumplir con el objetivo propuesto, es menester hacer uso del contexto y circunstancias que encaminen al reflexivo examen de las premisas jurídicas a las que el segundo inciso de la norma *ejusdem* alude.

Sea importante recordar que en ejercicio de la potestad de configuración y de diseño de la política criminal, el legislador cuenta con la facultad de determinar en qué casos se muestra indispensable privar de la libertad a una persona responsable de haber cometido un hecho delictivo. Para ello, puede definir cuáles conductas son socialmente reprochables y cuáles han dejado

¹ Se recuerda que la apelación, según la teoría general, está gobernada por el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, que implica que el juez de segunda instancia únicamente puede pronunciarse sobre los temas que el apelante le ponga de presente, y por fuerza, también en torno a los temas que respecto al objeto de alzada tengan inseparable relación.

de serlo; puede determinar cuándo procede la privación de la libertad y cuándo es necesario imponer sanciones menos gravosas².

Así también, puede contemplar reglas generales para acceder a los denominados subrogados o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad: la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo. 63 Código Penal), la libertad condicional (artículo. 64 *ibídem*) y la prisión domiciliaria (artículo 38 B y 38 G *ibídem*). En virtud de los dos primeros, la privación de la libertad se sustituye por un período de prueba, al cabo del cual, si se cumplen todas las obligaciones impuestas, se declara la extinción de la sanción o se ejecuta la misma en lo que fue motivo de suspensión; la prisión domiciliaria por su parte, comporta el cambio del lugar de reclusión, manteniendo la restricción del aclamado derecho.

Particularmente y para el tema que nos ocupa, los subrogados penales son de aplicación cuando a pesar de tratarse de conductas socialmente reprochables que en principio dan lugar a la pérdida temporal de la libertad personal, existen circunstancias condensadas normativamente en requisitos, indicativas de que es innecesaria la reclusión en un establecimiento carcelario³.

Debido a la fecha de la ocurrencia de los sucesos, la ubicación correcta de la norma aplicable donde se consagran los requisitos a examinarse en esta causa, ha sido bien identificada por la Judicatura de primer nivel, como la primigenia descripción del artículo 63 Sustantivo Penal, a saber:

“Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena: *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 concurran los siguientes requisitos:*

² Sentencia C 802 de 2002.

³ Sentencia C 0006 de 2006.

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
 2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.
- (...).”

Habida cuenta que como se anticipó se cumple con el requisito objetivo referido a que para la procedencia de la figura en estudio es que la pena impuesta sea inferior o igual a 36 meses y es exactamente ese el término por el cual se ha dictado la condena en contra del aquí procesado, sea el momento para dar paso a considerar lo que engloba el requisito subjetivo, instituto que comprende *los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible*.

Para referirse a antecedentes personales, es pertinente memorar que el condenado no tiene historial criminal que lo presente como un ciudadano del cual la comunidad deba tener precauciones; también hay carencia de elementos de prueba que movilicen a pensar que social y laboralmente ha obrado en contra de los cánones tácitos acuñados por la convivencia que permiten el desarrollo normal ciudadano. Por el contrario y de lo debatido en el escenario de la diligencia de individualización de pena, se ha establecido que se trata de un adulto de avanzada edad que cruza por difíciles condiciones de subsistencia, fácticos que medianamente el Juez de Primer Nivel compartió al manifestar que en efecto se está frente a un individuo marginal.

Puntos los expuestos que llevan hasta el momento una decisión que aplaude los intereses del recurrente.

Pasando al análisis de las otras exigencias de la norma, aquellas que dicen relación a la gravedad y modalidad de la conducta, se debe recordar que uno

de los argumentos de la negativa de la concesión del subrogado versa en que el acusado con su actuar vulneró el bien jurídico de la libertad e integridad sexual de la víctima, pues la agresión se perpetró aprovechándose de una condición de discapacidad padecida por ésta, bienes jurídicos de calada importancia que, dijo el togado, incluso han sido objeto de miramientos internacionales. Esta aseveración cuenta con dos vertientes a ponerse de relieve para la profundización en estudio: la primera de ellas va dirigida a la valoración de la conducta punible enrostrada y por la cual se condenó, reflexión que se hará bajo la irradiación del axioma superior del *non bis in ídem* y; la segunda, el análisis que del injusto jurídico aplicado debe realizarse a la luz de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado colombiano y que hacen parte del llamado *bloque de constitucionalidad*.

Para el primero de los tópicos, se debe hacer partícipe a la Corte Constitucional en cuanto lo que ha dicho de la premisa rectora del *non bis in ídem* conocida también como la prohibición de doble incriminación, la cual en su forma más usual predica que nadie puede ser investigado y juzgado dos veces por los mismos hechos, advirtiendo de unos componentes a verificarse en su aplicación que no lleven a su fracaso teleológico⁴. Adicionalmente, conocido es que una arista fundamental de este precepto superior radica en no agravar la situación del procesado o condenado a causa de la doble valoración de hechos o circunstancias que ya han sido contemplados por el legislador en el proceso de criminalización primario; tal aspecto de derecho ha sido planteado por la Corte Constitucional con las siguientes palabras:

“En virtud de este principio, no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad. El principio non bis in ídem actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 45072. M.P. Patricia Salazar Cuellar, Sentencia del 23 de marzo del 2017.

parcial. Así, al prohibir que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo penal y en causa de agravación del mismo, el principio non bis in ídem persigue evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito.”⁵

Lo dicho por la jurisprudencia permite establecer sin ambages que una circunstancia particular de la conducta punible que ya se encuentra integrada al tipo penal, entre sus ingredientes normativos, no puede ser usada para la configuración de causales de agravación. Adicionalmente, se puede extraer del fin de la prerrogativa superior, *non bis in ídem*, que se materializa al impedir que fácticos de la conducta que se enmarcan en determinado tipo penal y los agravantes genéricos y especiales, no puedan ser desplegados en adelante para agravar la pena, ello dentro del proceso punitivo que debe realizar el juzgador y, por esa misma órbita, a este funcionario en el estudio de los posibles beneficios punitivos respecto a la purga de la sanción, le está dada la superlativización de los hechos para sustentar la negativa, ejercicio de argumentación que, debe decirse, exigen un adecuado proceso dialéctico, prohibiéndose agravar la conducta con tópicos que ya fueron tenidos en cuenta en la configuración legislativa aplicable.

Descendiendo a la conducta punible que fue aceptada en virtud de preacuerdo por el procesado de este asunto y que se mantuvo fáctica y jurídicamente sin variaciones hasta la sentencia condenatoria, versa aquella sobre los hechos que típicamente se encuadran en el punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado, por la particular condición de confianza depositada por el padre de la víctima en el agresor, y el embarazo resultante; ante tal consideración debe decirse aunque de obviedad sea, que haciendo acopio de sus facultades de reserva legal, el Congreso insertó en la parte especial del código sustantivo esa exacta conducta con las causales que la hacen más lesiva y, que bajo tal encargo, también por ley se ha fijado

⁵ C 521 de 2009

el castigo para esa descripción típica; de tal suerte que se entiende que después del respectivo debate que dota a la labor del legislador de un talante democrático de cara a los delitos y sus penas, ha cumplido su papel de reprimir de manera razonada y proporcional los punibles, entre los que se encuentra el achacado en este caso al condenado.⁶

Es decir, la condición de inferioridad a la que se hace alusión para decir que la conducta es muy grave, se compaginan a plenitud con los hechos que se ajustan al taxativo contenido en el artículo 210 del Código Penal, con sus respectivos agravantes del artículo 211 numerales 2 y 6, vale decir, el abuso de la confianza depositada por el padre de la víctima en el sujeto activo que desplegó el injusto y el embarazo que se produjo a raíz de los accesos carnales.

Se reitera entonces que el reproche a la gravedad ya está dado por el primer facultado para hacer ponderación abstracta de los punibles y sus consecuencias y que después, el aplicador concreto, Juez de Conocimiento, ya sentenció verificando que la pena se encuentre dentro de los rangos legales permitidos, calificación que se entiende legítima tras el aval que otorgó el mismo funcionario en la audiencia de verificación de preacuerdo, pena estipulada que lejos debe estar de entorpecer una discusión en torno a si era o no la indicada para los sucesos y sus particularidades.

Razón la expuesta que le permite a esta Corporación desechar la motivación en derredor a la gravedad de la conducta y su vínculo con la afectación con los bienes jurídicos respectivos, suerte que también corren las consideraciones idénticas a las causales 2 y 6 del artículo 211 Sustancial, que buscan hacer ver más lesiva la conducta, toda vez que como se dijo, ya se

⁶ Sentencia C 996 del 2000.

encuentran enmarcadas en los agravantes especiales aplicados en la sentencia irrogada.

Una adicional y consecuente reflexión que es necesario suscitar en este punto, se encamina a que ahondando en las minucias de los acaecimientos, podría llevar equívocamente a pensar que la modalidad de la conducta se agiganta ya que el señor C le expresaba a su víctima frases apacibles que le permitirían manejar las faenas delictivas con mayor éxito; sin embargo, tal consideración cae por su propio peso, pues de la contrastación del punible a ciencia cierta se sabe que el sujeto pasivo cuenta con una especial condición de incapacidad y de incomprensión de sus actos, que se trata en suma de una persona sin la potencialidad de dominar su voluntad para otorgar el consentimiento como resultado de unas expresiones afectuosas o incluso engañosas; en otras palabras, la protección al incapaz deviene de una circunstancia patológica, como en el caso examinado, o de cualquier otro estado de inconciencia generado, lo que permite ubicar los hechos en este preciso tipo penal. A esta motivación hay que agregar que la doctrina ha dicho que para determinar la incapacidad del agraviado no hay necesidad de profundizarse en cuál tipo de grado de retraso mental se ubica, ello con el propósito de evitar la desprotección a la alteración mental leve⁷.

Clausurado ese primer renglón del análisis, subsiguientemente se evaluará lo dicho por la instancia en referencia a que este tipo de punibles que tienen como víctima a una mujer que fue afectada en su integridad sexual, son direccionados internacionalmente para buscar de manera reforzada la actuación del Estado.

⁷ Nicolás Oxman, La incapacidad para oponerse en los delitos de violación o delitos sexuales. Revista Política Criminal, Volumen 10 No. 19, Santiago de Chile, Julio de 2015. "Para evitar la desprotección de personas que sufren alternaciones mentales que no alcanzan a constituir una enajenación o trastorno grave, en el Derecho comparado se ha extendido expresamente la posibilidad de abarcar todo tipo de enfermedades o trastornos psicológicos, incluso sin limitaciones relativas a la intensidad de estos o a la edad del sujeto pasivo, con la única exigencia que conforme a las circunstancias concretas tal situación implique una disminución significativa de la capacidad de respuesta psicológica y una susceptibilidad de instrumentalización en el ejercicio de la sexualidad, de la cual se prevale el autor". Consultado en línea el 18 de noviembre de 2018 en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992015000100004.

En virtud de tal consideración es indispensable iniciar diciendo que somos respetuosos de tales preceptos en la magnitud de su gran importancia y no debería de ser de otra manera, por cuanto en correspondencia del artículo 93 superior hacen parte del texto de la Constitución y fijan además sus alcances interpretativos; no obstante y en ejercicio de la dignificante labor de Juez plural, debe anticiparse que para este caso, el actuar estatal ha cumplido, al punto que se cuenta con una sentencia condenatoria y un trámite incidental de indemnización de perjuicios ya agotado, lo que permite concluir que la víctima ha materializado su derecho de acceso a la justicia y ha recibido de ella la protección que se encumbra en el desarrollo del proceso penal y decisión de castigo en contra del agresor.

Como lo otea el Juez de primer nivel, bajo ningún punto de vista puede nublarse el conocimiento para desconocer aquellos instrumentos internacionales que cumplen la labor de faros en la guía de la práctica jurídica de los derechos y así, con la investigación, el proceso y enjuiciamiento se protege al sujeto pasivo del injusto, de quien vale resaltar, con independencia de su género, sea hombre o mujer, ha reclamado la operatividad del Estado por medio en esta oportunidad de sus funcionarios judiciales. En tratándose de una persona con especiales condiciones de inferioridad, el *deber ser* se encamina acertadamente a la protección superior en procura de cuidar de los más débiles y vulnerables.

Al concluir, esta Sala de Decisión, con el respeto más absoluto a los lineamientos dados por las convenciones y ratificaciones internacionales que la protección estatal ha respondido, no puede tomarse como argumento para señalar que la conducta del señor FCR se tiñe de gravedad perpetua, al punto que debe inclinar la balanza hacia la negativa de su libertad. Con lo dicho hasta este momento considerativo, quedan extintos los pobres asertos de los

que se valió el Fallador de instancia para negar el subrogado penal, por lo que enseguida se tocará otra consideración de la que se sirvió para encumbrar el fallo adverso al sentenciado.

El *a quo* hizo saber que el penado ha cumplido las obligaciones alimentarias para su pequeña hija en la anualidad del 2017, pero que se sustrajo del pago de las cuotas generadas para el año 2018, circunstancia que a sus ojos genera mayor daño y trauma en la vida de la víctima, motivación sobre la cual el Tribunal debe recordar que la omisión en cuanto a esas obligaciones, se enmarca en un fenómeno *post delictual* que no puede, en la realidad de las cosas, causar más daño a los bienes jurídicos mancillados, que fueron el objeto y base de la condena.

Por otra parte, la omisión en el pago de las cuotas alimentarias podrá perseguirse con las diligencias propias administrativas y judiciales destinadas a lograr dichos cobros, sin que se tenga a la jurisdicción punitiva, que en el asunto está en fase de apelación de la sentencia, como el instrumento primario ideal de persecución de las obligaciones, sino que su esencia, desde los idearios en que se funda, es tratarse de un derecho penal de *ultima ratio*.

De recibo es para esta Colegiatura el señalamiento defensivo apoyado en jurisprudencia, conforme al cual la Corte Suprema de Justicia en su especialidad de lo penal, reflexiona que se cautela los derechos de los sujetos de especial protección, cuando como solución para proveer las obligaciones alimentarias, siempre que la ley lo habilite, es la concesión de la libertad, pues no habría otra manera de que el penado satisfaga los compromisos que se desglosan de la responsabilidad paternal y que una de sus muestras más evidentes se visibiliza en el pago de las cuotas alimentarias.⁸

⁸ Paráfrasis. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. M.P. José Luis Barceló Camacho. Radicado No. 49712 del 15 de noviembre de 2017.

Si bien en el derrotado proyecto de la ponencia previa, no se acogió dicha sustentación de la defensa, aduciendo que la providencia citada tiene disímiles fácticos, ya que en el precedente los sucesos delictivos son en torno al delito de inasistencia alimentaria, es necesario decir que el planteamiento jurisprudencial superior contiene un proceso de confección argumentativo y resolutorio de la sentencia que se circunscribe a una especial temática, que para este evento es apoyar la concesión de un subrogado penal en direccionamiento a los beneficios que recibiría un menor, cuando aquel se refuta como víctima directa o indirecta de la conducta por la cual en el caso se le sanciona.

Con ello fenecen los sustentos con los que se motivó la providencia recurrida, por lo que se da paso a unas breves consideraciones adicionales que acabaran por encumbrar la decisión a favor del derecho a la libertad.

Un planteamiento expuesto en la argumentación de la apelación por parte de la defensa y que fue despachado sin que tenga eco, recae en que el sentenciado mantiene vigente un crédito por un valor que asciende a un millón de pesos, cifra dineraria que surtido el trámite de indemnización de reparación integral de perjuicios se pagó a la víctima; de tal particular hecho, es fácil extraer algunas consideraciones. En primer lugar, se ratifica las precarias condiciones económicas del filiado, al punto que para cumplir con la obligación derivada de la aplicación de la justicia restaurativa, tuvo que recurrir al financiamiento de una entidad bancaria.

Bajo el mismo marco de análisis, para lograr un preacuerdo conforme a las directrices a seguirse de conformidad con la fecha de los hechos, no era indispensable, como en otros eventos se consagra, llevar a feliz término una reparación integral, por lo que, de tal proceder se puede ver en el condenado

un ánimo destinado a mitigar, así sea mínimamente, las consecuencias de su proceder, hecho que sin dubitaciones juega a su favor.

Por otra parte y como se dijo en párrafos previos, respetuosos de los lineamientos dados a nivel internacional que se imbrican y guían el texto constitucional, se debe memorar que en el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, no solamente adquiere una nueva visión del fin reeducador de la pena en la clave del Estado Social de Derecho, sino que reconoce el valor especial que tienen los fines de resocialización y prevención especial, y el carácter secundario que tiene el fin retributivo de la pena⁹.

Así, de manera expresa el artículo 10 numeral 3º del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968 y que se acoge en variada normatividad nacional, consagra que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados, siendo incompatibles con los derechos aquellas penas, institutos o incluso negativas a los beneficios punitivos que no propendan a la resocialización, lo que además impone una gran carga argumentativa cuando de limitación de la libertad se trate, la que de suyo no puede ser liviana y menos, arbitraria.

Por todo lo expuesto, dentro de los criterios de valoración de la personalidad del condenado, la inexistencia de antecedentes negativos que acusen una personalidad peligrosa y las precarias condiciones de su existencia, resultan favorables en el sentido general de aceptación social, pudiendo tener el derecho a que se le conceda el beneficio indicado en la ley; igual suerte que la de la valoración sobre su personalidad, corrió aquello que versa sobre la gravedad de la conducta punible y el daño causado, lo que en suma conduce a esta Corporación a dar respuesta al problema jurídico, eliminándose la

⁹ Sentencia C 757 de 2014.

rigidez de la medida restrictiva de la libertad y en su lugar otorgando la oportunidad para que CR pueda continuar su proceso de reinserción en la vida social.

Para materializar la decisión que se anuncia adoptar se fija un período de prueba de 2 años, sin garantía de caución prendaria, solamente juratoria, dadas las probadas condiciones económicas del condenado, pero eso sí previo al cumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 65 de la Codificación Penal Sustancial, consignadas en acta que suscribirá el beneficiario, que son:

- “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.”*

En guía de lo expuesto se concluye que errados y menguados fueron los argumentos que utilizó el Juez de primera instancia para negar el sucedáneo en estudio, por lo que procederá la Sala a revocar el numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar conceder el sustituto de la suspensión de la ejecución de la pena a favor del señor FNCR, en los términos señalados en el presente proveído.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Revocar el numeral **segundo** de la providencia impugnada y en su lugar **CONCEDER** a favor del señor **FNCR** el **subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena**, por un término de prueba de dos (2) años, sin lugar a prestar caución prendaria, solamente juratoria, y la suscripción del acta de obligaciones contemplada en el artículo 65 del Código Penal.

Segundo. En consecuencia, se dispone cancelar la orden de captura que según la historia procesal fue girada en contra del aludido ciudadano, en el evento que se haya dado cumplimiento sobre el punto a lo ordenado por el Juez de instancia.

Tercero. Manténgase en lo demás la decisión.

Cuarto.- Se notifica en estrados y se hace saber que en contra lo aquí decidido procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase.

Franco Solarte Portilla
Magistrado

Blanca Arellano Moreno

Magistrada

Ana Julieta Arguelles Daraviña

Magistrada

Con salvamento de voto

Miguel Ángel Sánchez Acosta

Secretario