El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia – 01 de marzo de 2017

Proceso: Penal – Modifica y confirma parcialmente sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 60016000036201101599-01

Procesado: LEONARDO FABIO GIL OSPINA

Magistrado Sustanciador: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: INASISTENCIA ALIMENTARIA / PRISIÓN DOMICILIARIA.** “[C]onsidera la Sala que el sentenciado cumple a cabalidad las exigencias contempladas en la referida normativa para ser acreedor a la prisión domiciliaria, máxime que ésta, en sentir de la Corporación, se convierte en la medida más adecuada e idónea en aras de salvaguardar los intereses de las menores víctimas, pues resulta más conveniente otorgarle ese beneficio en tanto el mismo luego de acreditar los requisitos para ello podrá solicitar al juez que vigile la pena permiso para trabajar, y tal situación le permitirá por lo menos reparar económicamente el daño que ha generado con su omisión hasta el día de hoy, y cumplir cabalmente con la cuota alimentaria para con su descendiente hacia el futuro. (…) Ahora bien, se deja expresa constancia que en el evento en que no se logre llegar a un acuerdo entre el sentenciado y las víctimas en relación con el monto de los perjuicios a indemnizar, tendrá la posibilidad de pedir al juez que de manera provisional tase los perjuicios que debe cancelar con miras a ser merecedor a la referida suspensión de la pena impuesta. Así mismo, si el señor GIL OSPINA repara integralmente los perjuicios ocasionados a su menor hijo S.G.L., podrá solicitar al Juez de ejecución de penas la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción -art. 63 C.P.-, en tanto con ello se superaría la prohibición contenida en el num. 6 art. 193 Ley 1098/06. De todas formas y dadas las características propias del punible materia de juzgamiento, el sentenciado podrá solicitar al Juez de Ejecución de Penas el derecho a trabajar dentro y/o fuera de su residencia, previa demostración de la actividad que realizará, con el cumplimiento de las condiciones que ello conlleva, y con la vigilancia de las autoridades encargadas del control de esa medida, conforme lo reglado en el inc. 3 art. 38 D C.P.”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, primero (01) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

ACTA DE APROBACIÓN N° 180

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Marzo 02 de 2017, 10:35 a.m. |
| Imputado: | Leonardo Fabio Gil Ospina |
| Cédula de ciudadanía: | 18.515.202 de Dosquebradas (Rda.) |
| Delito: | Inasistencia Alimentaria |
| Víctima: | Menor S.G.L. |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo de condena de fecha febrero 7 de 2017. SE CONFIRMA PARCIALMENTE |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Informa la señora CAROLINA LÓPEZ SALAZAR en denuncia presentada en contra del señor LEONARDO FABIO GIL OSPINA, padre del menor S.G.L., que éste incumple con la obligación alimentaria a la que se había comprometido desde abril 21 de 2003 ante Bienestar Familiar, donde se regularon las visitas y la cuota alimentaria, pero tal acuerdo solo lo acató por dos meses; agrega que solo en junio y julio de 2009 volvió a saber del padre del menor, quien cumplió con otras dos cuotas, pero a partir de esa fecha no se supo más del mismo.

1.2.- Realizada la audiencia de formulación de imputación (marzo 17 de 2014) ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), se le formularon cargos al señor LEONARDO FABIO GIL OSPINA por el delito de inasistencia alimentaria consagrado en el inciso 2º art. 233 C.P., los cuales NO ACEPTÓ, por lo que la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (junio 13 de 2014) donde ratificó el mismo cargo en calidad de autor, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de esta capital, autoridad que llevó a cabo, luego de diversos aplazamientos, las audiencias de formulación de acusación (enero 26 de 2015), preparatoria (diciembre 2 de 2015), y juicio oral (diciembre 13 de 2016, enero 27 y 7 de febrero de 2017), fecha esta última en la cual se profirió sentido de fallo adverso y en esa misma oportunidad se dictó la respectiva sentencia de condena, por medio de la cual: (i) se condenó a la pena de 32 meses de prisión y multa de 20 s.m.l.m.v.; (ii) a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena principal; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se ordenó librar orden de captura en su contra.

1.3.- Los fundamentos que tuvo en consideración la a quo para condenar al acusado los hizo consistir en que se encuentra probado que el menor víctima es hijo del señor LEONARDO FABIO GIL OSPINA y que éste ha incumplido la obligación alimentaria que tiene con el pequeño, máxime si se tiene en cuenta que de la información aportada por la denunciante se observa que éste estudió torno en el SENA, trabaja con su padre en motores, labora para una tía en un mini mercado en Dosquebradas donde fue hallado por el investigador, no obstante que pretendió ocultársele cuando fue buscado.

De lo manifestado por la madre del menor S.G.L., se deduce que el acusado no responde económicamente por su hijo y mucho menos comparte tiempo con éste, siendo la madre la responsable de cubrir todas sus necesidades alimentarias, dado que ejerce como educadora por contratos que no son permanentes, por lo que debe recurrir a la ayuda de su familia cuando no labora.

Si bien no se lograron demostrar los ingresos que percibía el acusado, existe una presunción legal en el sentido que el obligado a suministrar alimentos devenga por lo menos un salario mínimo, como así lo dispone el canon 129 C.I.A. Y en este asunto se tiene que ha sido la madre quien ha velado afectiva y económicamente por su hijo, quien no ve a su padre desde que tenía 4 años de edad, y no quiere cumplir con su compromiso, al extremo de esconderse cuando es buscado en su lugar de trabajo, la cual es una actitud reprochable e inmadura con miras a evadir su responsabilidad.

No es de recibo la argumentación defensiva en el sentido que al no probarse sus ingresos o si en efecto laboraba en ese supermercado, no se puede proferir condena, en tanto se corroboró que su comportamiento es el de evadir su compromiso escondiéndose en su sitio de trabajo, y de tener por sentado la tesis de la defensa, implicaría que todas las personas que afrontan la justicia por este delito no laborarían, se esconderían y con ello evitarían su compromiso. Como si fuera poco, está claro que el acusado estaba enterado de la investigación y no obstante ello hizo caso omiso de las notificaciones, y ni siquiera se contactó con su abogado para aportar pruebas con miras a demostrar que carecía de recursos para cumplir con las cuotas asignadas.

Añade finalmente que el incumplimiento alimentario no se ciñe a lo económico, ya que también trasciende a lo moral, pues nunca compartió con su hijo, no lo visita ni lo llama, es decir, ha dejado de lado todos sus deberes como padre, referentes al cuidado y atención que su descendiente reclama.

1.4.- La defensa se mostró inconforme con la decisión e hizo expresa manifestación de apelar el fallo, recurso que sustentó en forma escrita.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

Pide se revoque la sentencia condenatoria y se profiera un fallo absolutorio, y para sustentar su solicitud expone:

- Finca su recurso en que no se probó que la conducta se realizó sin justa causa, y aunque en juicio dijo la juzgadora que la obligación era compartida entre ambos padres, allí se probó que la madre del menor devenga más de 8 salarios mínimos mensuales, por lo cual no puede pretender hacer creer que le faltan $80.000.oo que su representado no pagó. Y mientras el acusado al parecer realizó un curso en el SENA de tornos, la madre del pequeño es profesional, vinculada por contrato, a consecuencia de lo cual tiene una situación económica suficiente para mantener a su hijo.

- No se puede demostrar por parte de la Fiscalía un contrato de trabajo con el mero dicho de la denunciante, en cuanto no se arrimó al juicio la existencia legal de la tienda propiedad de la tía de su prohijado en donde él supuestamente trabaja, o documento alguno que acredite que está afiliado a salud, pensión o ARL, porque lo dicho es que es beneficiario de salud de su compañera. De ese modo, es únicamente la madre del menor la que expresó que al parecer el acusado trabajaba en una miscelánea de la tía, porque incluso tampoco se probó que efectuó un curso en el SENA, o que laboraba con automotores o en ese supermercado.

- Considera que el fallo debe revocarse por cuanto en juicio se tenía que probar que: (i) el acusado se sustrajo sin justa causa al pago de unas cuotas; (ii) que laboraba y devengaba un salario que le permitiera cumplir tal obligación; (iii) que en efecto realizó un curso en el SENA; (iv) que trabajaba en un minimercado; y (v) y que era propietario de una motocicleta. Pero nada de eso se hizo por el ente acusador.

- Es exagerado para la defensa que se ordene la captura de su cliente por un delito que no se ha probado, y que se funde un fallo de condena por la falta de colaboración del acusado.

Luego de hacer relación a tratadistas de derecho, estima que para la defensa es esencial conocer si para probar la justa causa es o no suficiente con las afirmaciones de la denunciante, y si acaso entonces no existe obligación para la Fiscalía de cumplir con los lineamientos del art. 381 C.P.P. Así mismo refiere que no está clara la existencia del dolo en cabeza de su representado.

**2.2.-** Debidamente sustentado el recurso, la funcionaria a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal establecer si la decisión de condena declarada en contra del acusado **LEONARDO FABIO GIL OSPINA** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo al proferimiento de una sentencia absolutoria, como lo pide el recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

Como se indicó en un comienzo, los hechos génesis de esta actuación fueron dados a conocer por la señora CAROLINA LÓPEZ SALAZAR en denuncia presentada en contra del señor LEONARDO FABIO GIL OSPINA -padre del menor S.G.L.- que éste incumple con la obligación alimentaria a la que se había comprometido desde abril 21 de 2003 ante Bienestar Familiar, donde se regularon las visitas y la cuota alimentaria, pero tal acuerdo solo lo acató por dos meses; agrega que solo en junio y julio de 2009 volvió a saber del padre del menor, quien cumplió con otras dos cuotas, pero a partir de esa fecha no se supo más del mismo.

Previo al correspondiente análisis de la providencia adoptada por la primera instancia en los términos ya anunciados, la Sala hará algunas precisiones preliminares frente al delito por el que se procede:

1.- La inasistencia alimentaria, como ha quedado decantado por doctrina y jurisprudencia, es un tipo penal de peligro, que no requiere la causación de un daño efectivo al bien jurídico protegido; de ejecución continuada o de tracto sucesivo, dado que la violación a la norma persiste hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación; con un sujeto activo calificado, en cuanto no puede ser otro diferente a la persona civilmente obligada, y con un elemento adicional, contenido en la expresión "sin justa causa". Es delito esencialmente doloso, lo que exige conocimiento más voluntad de realización en perjuicio del bien jurídico representado en la familia.

2.- Ese deber hacia los beneficiarios de la atención esencial e integral, es compartido en igualdad de condiciones por ambos padres, según se desprende del artículo 42 de la Carta Política.

3.- La exigencia de que esa sustracción al deber como alimentante sea “sin justa causa”, no es solo atemperante de la antijuridicidad, sino ante todo un ingrediente normativo, con lo cual, su ausencia hace atípica la conducta.

4.- Se debe probar la necesidad de alimentos por parte del beneficiario y la capacidad del deudor quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia (Sentencia C-237/97).

5.- La finalidad principal de esta acción judicial, es la de obtener la solidaridad entre los miembros de una familia para procurar la subsistencia de sus integrantes (CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. 21023).

6.-No hay lugar a pregonar la “justa causa” dentro del contexto de la *inasistencia alimentaria*, cuando se está frente a una conducta maliciosa, sin presencia de descuidos involuntarios o inconveniencias graves, razonables, explicables, aceptables en el medio y ajenos al querer del obligado (sentencia T-502/92), y

7.- Al tenor de los últimos precedentes del órgano de cierre en materia penal, en cuanto al tema de subrogados y/o sustitutos, no hay lugar a la concesión de beneficio liberatorio alguno para el sentenciado cuando no indemniza los perjuicios causados con su omisión alimentaria a la persona del menor; no obstante, sí es procedente la prisión domiciliaria con permiso para trabajar por parte del juez que vigila la ejecución de la pena.

Luego de esa necesaria introducción, lo que del caso concreto se observa es lo que a continuación se expone:

En primer lugar debe señalarse que al proceso se incorporó como prueba de la Fiscalía el registro civil de nacimiento correspondiente al menor S.G.L., con lo cual se encuentra debidamente probado[[1]](#footnote-1) que quien figura en la presente actuación como víctima es hijo del señor **GIL OSPINA**; en consecuencia, surge diáfana la obligación legal que éste tiene de suministrar alimentos.

Para la Sala y luego del estudio del caso, se tiene clara la responsabilidad del incriminado en cuanto a la omisión alimentaria para con su hijo, lo cual se deduce del análisis en conjunto de los elementos probatorios que se arrimaron a la audiencia del juicio oral. Y es así por lo siguiente:

La madre del infante aseguró[[2]](#footnote-2): (i) fruto de una corta relación sostenida con el hoy acusado nació su hijo S.G.L.; (ii) el padre siempre se ha mostrado evasivo e irresponsable en el cumplimiento de sus deberes alimentarios para con su hijo porque se esconde, y no lo ve desde hace varios años; (iii) el procesado bachiller, posee estudios en el SENA, y ha tenido empleos, concretamente con el padre en automotores, y con una tía en el Minimercado WM, pero aun así no ha sido constante en el cumplimiento de su obligación; (iv) que en abril 21 de 2003 ante Bienestar Familiar se regularon las visitas y la cuota alimentaria por un valor de $80.000.oo, pero tal acuerdo solo lo acató por dos meses. Apenas en junio y julio de 2009 volvió a saber del padre del menor, quien cumplió con otras dos cuotas, pero a partir de esa fecha no se supo más del mismo; (v) los gastos de su hijo ascienden a la suma de $900.000.oo; y (vi) es a ella a quien le ha correspondido velar por la manutención de su hijo, a cuyo efecto cuenta con ingresos derivados de contratos temporales como docente, y cuando ha estado sin trabajo es la familia de ella quien la apoya.

Esos datos ofrecidos por la madre del menor fueron acreditados dentro del plenario, en cuanto: (i) el menor sí es hijo del procesado como se extrae de la prueba documental aportada al dossier; (ii) está claro que el acusado ha sido evasivo e irresponsable en el cumplimiento de sus deberes alimentarios para con su hijo S.G.L., como quiera que no obstante haberse comprometido ante el I.C.B.F. a sufragar una baja cuota periódica -$40.000.oo quincenales, o sea $80.000.oo mesuales-, solo en dos oportunidades cumplió y eso que con un intervalo de tiempo muy considerable; además, se le oculta no solo a la madre del menor sino a las mismas autoridades las veces que ha sido requerido en su lugar de trabajo (Minimercano W.M.) para que comparezca a ponerle frente a esta situación, tal cual se dio a conocer por el investigador de la Fiscalía; (iii) ese incumplimiento no solo ha sido en lo material, sino también en lo afectivo[[3]](#footnote-3), como quiera que desde hace varios años el menor no ha tenido contacto con su padre; en otras palabras, el desentendimiento de los deberes ha sido general en todos los aspectos en los cuales el infante necesita asistencia[[4]](#footnote-4); (iv) la madre efectivamente labora, pero no en forma permanente como quiera que lo hace por contratos temporales, a consecuencia de lo cual en los tiempos en los cuales no ha tenido empleo son los familiares de ella quienes le prestan apoyo para la manutención de su hijo, o se rebusca el sustento por otros medios.

Esa actitud evasiva es uno de los factores que manda la jurisprudencia tener presente para efectos de determinar la intencionalidad en el punible de inasistencia alimentaria. Así se hace alusión precisamente en la sentencia T-502/92, en el sentido que no hay lugar a pregonar la “justa causa” dentro del contexto de la inasistencia alimentaria, cuando se está frente a una conducta maliciosa, sin presencia de descuidos involuntarios o inconveniencias graves, razonables, explicables, aceptables en el medio y ajenos al querer del obligado. En tal sentido, esa actitud negativa asumida por el implicado deja mucho que desear en cuanto a su verdadero deseo de lograr algo positivo para su descendiente, y antes por el contrario se convierte en un obstáculo insalvable con miras a contribuir de algún modo con su manutención.

De igual forma se ha hecho énfasis a nivel jurisprudencial, en el sentido que para que prospere el reproche penal no se requiere que la dejación del compromiso sea total o absoluta, basta un incumplimiento meramente parcial. Textualmente se ha dicho:

“[…] La Corte ha definido (Cas. 21161/06 y 23428/08, entre otras), que el aporte parcial de los alimentos debidos configura incumplimiento de la obligación y tipifica el delito de inasistencia alimentaria cuando quiera que el sustraerse al pago total de la misma lo es “sin justa causa” […]”[[5]](#footnote-5).

Y si a lo anterior se añade que ya existía una cuota alimentaria debidamente fijada por el I.C.B.F. y la Comisaría de Familia a cuyas autoridades acudieron los padres, la cual solo se atinó en cumplir en dos ocasiones, entonces no podría concluirse nada diferente a que el señor GIL OSPINA fue indiferente a la suerte que corría su hijo menor, incluso a la suya propia, porque como también se ha sostenido, la carga de alimentar a la descendencia no puede conllevar al perjuicio de la propia existencia; luego entonces, si la justificación para ese incumplimiento fuera la insolvencia y la necesidad de cubrir sus gastos propios, lo que se esperaría de su parte era el adelantamiento de un trámite judicial de reducción de cuota alimentaria[[6]](#footnote-6) si es que en verdad consideraba que el monto de los $80.000.oo mensuales que le habían sido fijados por el I.C.B.F. constituía en una carga excesiva o imposible de cumplir de su parte en consideración a sus precarios ingresos o a la ausencia de los mismos.

Muy a pesar de todo lo expuesto que es lo que subyace en la realidad procesal, el defensor pretende la absolución básicamente con fundamento en dos argumentos centrales, a saber: (i) que la madre del menor “devenga más de 8 salarios mínimos mensuales”, por lo cual no puede pretender hacer creer que le faltan los $80.000.oo que su representado no pagó; y mientras el acusado al parecer realizó un curso en el SENA de tornos, la madre del pequeño es profesional, vinculada por contrato, a consecuencia de lo cual tiene una situación económica suficiente para mantener a su hijo; y (ii) que no se puede demostrar por parte de la Fiscalía un contrato de trabajo con el mero dicho de la denunciante, en cuanto no se arrimó al juicio la existencia legal de la tienda propiedad de la tía de su prohijado en donde él supuesta trabaja, o documento alguno que acredite que está afiliado a salud, pensión o ARL, porque lo dicho es que es beneficiario de salud de su actual compañera.

La Sala dirá que es cierto que con los testimonios arrimados a juicio no se lograron probar los ingresos que obtiene el señor LEONARDO GIL; sin embargo, existe una presunción legal en el sentido que el obligado a suministrar alimentos devenga por lo menos un salario mínimo, como así lo establece el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia, cuya exequibilidad fue declarada en la sentencia C-055/10, en la cual se indicó que tal presunción opera: “siempre y cuando se tengan elementos de conocimiento que permitan demostrar que el alimentante posee un trabajo o desarrolla una labor que le produzca recursos económicos”, requisito sine qua non para su configuración.

Dicho en otras palabras, cuando el ente acusador cumple la carga de probar que el acusado efectivamente cuenta con una actividad productiva que le genere emolumentos, tal comprobación da lugar automáticamente a la presunción legal de que esa persona devenga al menos un salario mínimo, misma que tiene aplicabilidad en los casos en donde no se logra determinar a cuánto asciende el referido ingreso, o éste es variable y no hay forma de establecerlo con precisión. Se trata entonces de una presunción legal que admite prueba en contrario y la carga de probar se traslada al obligado quien está en el deber de desvirtuar que no obstante tener entradas económicas, ellas no alcanzan el mínimo y en verdad se trata de un monto inferior.

Todo lo cual ha sido aplicado por esta Colegiatura en múltiples casos en los cuales la prueba documental, testimonial o indiciaria acreditan que el acusado ejerce una actividad productiva, se dedica a una profesión, o tiene bienes que generen renta o percibe algún ingreso, a efectos de suplir la no certeza acerca de cuál es el valor de esas retribuciones.

Lo que se sabe de acuerdo con lo aportado es que la persona aquí comprometida sí ha contado con empleos a lo largo de todos esos años de incumplimiento, y que posee la capacidad física y mental para ejercer una actividad productiva. Eso se extrae por supuesto de lo dicho por la madre del menor, sin que sea válido afirmar como lo hace la parte recurrente que ese testimonio no sirva para probar tales circunstancias, como quiera que tiene una estimación importante en cuanto quién más que la representante legal del directo afectado para conocer los hechos que lo perjudican. Pero adicionalmente, en el caso concreto, esas aseveraciones de la progenitora se encuentran corroboradas tanto con el testimonio de su tío CARLOS ARTURO LÓPEZ –quien vivió en casa de su sobrina y el menor pro varios años-, como por lo vertido en juicio por el investigador de la Fiscalía JUAN CARLOS PIEDRAHITA MARÍN, funcionario que realizó el seguimiento respectivo y logró establecer que el obligado sí tiene su sitio de trabajo en el referido Minimercado W.M., e incluso se ocultó detrás de uno de los mostradores al momento de hacer presencia la autoridad, con la consiguiente negativa a comparecer y a dar una explicación razonable acerca de ese particular proceder.

Lo dicho, independientemente de si se probó quién era el propietario de ese establecimiento de comercio, o si el procesado se encuentra afiliado y su patrono le paga seguridad social, porque no se requiere la demostración de un trabajo formalizado sino el ejercicio de una actividad productiva así sea informal.

Ahora, el predicar que el menor S.G.L. no tiene necesidades alimentarias que porque la madre es una profesional que labora y percibe supuestamente altas asignaciones, a consecuencia de lo cual debería ser ella y no su representado quien asuma esos compromisos, no es un argumento atendible jurídicamente por lo siguiente:

Lo primero, porque es una aseveración que no coincide con la realidad, toda vez que olvida que la labor que desempeña la madre es ocasional cada vez que le resulta un contrato como docente; y además, pasa por alto la afirmación según la cual la progenitora ha tenido que acudir a sus parientes cercanos en los períodos en que no ha contado con empleo, y se ha visto obligada a rebuscarse otros medios para solventar de algún modo las necesidades de su hijo.[[7]](#footnote-7)

Y lo segundo, es que además de ser una afirmación inverídica, es abiertamente injusta, como quiera que los grados de consanguinidad y de responsabilidad alimentaria permiten asegurar, sin lugar a dudas, que los primeros llamados en responder por los hijos son sus padres y a falta de alguno de ellos podría recaer la obligación en los parientes cercanos. Pero lo que acá se probó es que dada la omisión en aportar alimentos por parte del señor **LEONARDO FABIO,** ha sido la señora CAROLINA LÓPEZ en su condición de madre quien ha tenido que procurar en solitario lo indispensable para el hijo que tienen en común, y a veces con la participación de la familia, cuando se sabe que es una obligación directa de ambos padres según lo ha insistido la jurisprudencia. En sentencia C-727 de 2015 se estableció:

“[…] El vínculo paterno filial es constitucionalmente tan significativo, que las vicisitudes de la relación entre los cónyuges no puede afectar la **obligación igual de los padres** de concurrir al amparo y protección de los hijos. En otras palabras, los infortunios de la relación, al principio o al final de la misma, no pueden contrariar la decisión constituyente de imponer a los padres **un deber igual**”.

De ese modo, para pretender exonerar al padre de su deber alimentario, tendría que acreditarse en juicio que el menor afectado posee la capacidad económica suficiente para valerse por sí mismo, sin la ayuda de sus padres, situación que por supuesto aquí no se demostró. Así las cosas, es claro frente a la ley que la posición económica de la madre y de su familia cercana no puede suplir el deber personal que al padre le corresponde.

Se concluye por tanto, de conformidad con el análisis efectuado en precedencia, que no existe hesitación alguna con respecto a la real ocurrencia del hecho criminoso y el compromiso que le asiste al judicializado, al no existir justificación alguna para negarse a suministrar alimentos congruos a su hijo, razón que lleva a esta Colegiatura a confirmar la decisión de condena proferida en primera instancia.

*Subrogados y sustitutos*

No obstante no haber sido tema objeto de imputación la negativa de la a quo de conceder al señor **LEONARDO FABIO GIL** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al respecto dirá la Sala lo siguiente:

Debe indicarse que el artículo 63 C.P. -modificado por el artículo 29 de la Ley 1709/04- señala los presupuestos necesarios para la concesión de tal beneficio, entre ellos: que la pena impuesta sea inferior a los cuatro (4) años de prisión, carencia de antecedentes, que no se trate de uno de los delitos descritos en el inc. 2 art. 68A C.P. y de haber sido condenado por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, se establezca que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de hacer efectiva la pena. No obstante el numeral 6° del art. 193 del Código de Infancia y Adolescencia consagra una prohibición en cuanto al otorgamiento de la suspensión condicional cuando son víctimas menores de edad y no han sido reparados.

En este caso, se evidencia de conformidad con lo arrimado a la actuación, que por parte del señor **GIL OSPINA** no se ha cumplido con tal exigencia legal, en tanto no obra elemento probatorio alguno que predique que el mismo haya indemnizado los perjuicios ocasionados con la ilicitud a su menor hijo.

Frente a la referida prohibición normativa, por parte de esta Corporación se había optado por su no aplicación, al considerar que: (i) se trata de una norma general, y respecto al tema existe en el mismo Código de Infancia y Adolescencia una disposición que regula de manera específica la prohibición de beneficios y mecanismos sustitutivos -art. 199-, donde no se incluye la inasistencia alimentaria; (ii) de conformidad con lo reglado en el art. 102 C.P.P., modificado por el art. 86 de la Ley 1395 de 2010, el incidente de reparación integral se adelanta una vez se encuentre en firme la sentencia condenatoria, circunstancia que no hace posible proferir condena de perjuicios en primera instancia para efectos de determinar las consecuencias civiles del delito; y (iii) en procura del interés del menor, ya que la privación efectiva de la libertad de su ascendiente dificultaría aún más la posibilidad que éste cumpliera con sus exigencias alimentarias.

No obstante lo anterior, la Sala en pretérita decisión[[8]](#footnote-8), con ponencia de quien actualmente ejerce igual función, recogió tal postura, en tanto de cara al tema ya existe pronunciamiento del órgano de cierre en materia penal en el cual se analizó concretamente la negativa de un funcionario judicial de conceder la suspensión condicional de la ejecución de pena conforme la prohibición contenida en la Ley 1098/06, habiéndose alegado la aplicación favorable de la Ley 1709/14 que no contempla dicha restricción. Allí la Alta Corporación tuvo ocasión de sostener que la indemnización a la víctima comporta un requisito adicional a los previstos en el Código Penal para acceder a ese subrogado penal, y que por ningún motivo puede ser omitido. Al respecto expresamente se señaló:

“[…] la Ley de infancia y adolescencia […] fija una serie de prohibiciones y condicionamientos frente a figuras como la prisión domiciliaria, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el principio de oportunidad, las rebajas de pena, todas ellas encaminadas a reprochar con mayor severidad las acciones delictivas que atentan contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

[…]

Resulta claro para la Sala que el cargo propuesto por el demandante no corresponde a la sucesión de normas, ni a la vigencia de la ley en el tiempo, puesto que los preceptos que refiere regulan problemas jurídicos diferentes, tienen objetos distintos que no se excluyen entre sí, además que se trata de disposiciones vigentes, las cuales pueden aplicarse al mismo asunto **siempre que se trate de delitos cometidos contra un menor de edad** **en donde no se hubiere indemnizado el daño, con la consecuencia de que no se suspenderá condicionalmente la ejecución de la pena de prisión, es decir, aun concurriendo las exigencias previstas en el artículo 63 del Código Penal**, modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, **la concesión de dicho subrogado penal debe estudiarse de la mano de las normas que propenden por la protección de los derechos del menor que ha sido víctima de una conducta punible y siempre estará supeditado a la indemnización del menor**.

[…] la Sala ha verificado que el ad quem no incurrió en la aplicación indebida de la normas que regulan la suspensión condicional de la pena cuando la víctima es menor de edad, como acontece en el presente caso, habida cuenta que **la indemnización a la víctima comporta un requisito adicional a los previstos en el Código Penal para acceder a ese subrogado penal, el cual se justifica en la protección prevalente y reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes**”. [[9]](#footnote-9) –negrillas fuera de texto-

Bajo ese entendido, considera la Sala que no hay lugar por tanto a desconocer bajo ningún punto de vista esa norma de prohibición, y por lo mismo se torna imperioso dar cabal aplicación al precepto que supedita la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional a la indemnización integral de la víctima menor de edad.

Así las cosas, estima el Tribunal que en efecto no es procedente el otorgamiento del referido subrogado si no se cumple ese requisito sine qua non en cada caso concreto, y en tal sentido fue atinada la determinación adoptada por la funcionaria a quo.

No obstante y como quiera que por encontrarnos frente a una conducta que atenta contra la familia y que en efecto -como así lo indicó el recurrente-, una medida de prisión intramural dificultaría aún más el acatamiento del deber alimentario al que está obligado el señor **LEONARDO FABIO GIL OSPINA** con su pequeño hijo, se hace necesario estudiar la aplicación de una medida menos restrictiva como lo sería el caso de la prisión domiciliaria.

Al respecto, el canon 38B C.P. establece como requisitos para la concesión de la internación en el domicilio los siguientes: (i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho años de prisión o menos; (ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el artículo 68 A C.P.; (iii) que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado, y (iv) que se garantice mediante caución el cumplimiento de determinadas obligaciones.

En el presente asunto se tiene que: (i) el señor **LEONARDO FABIO GIL OSPINA** ha sido sentenciado a la pena de 32 meses de prisión, por lo cual funge claro que el requisito objetivo se encuentra plenamente demostrado; (ii) no obra en su contra sentencia condenatoria alguna; (iii) el punible de inasistencia alimentaria por el cual se sanciona no es de aquellas que aparecen relacionadas en el canon 68A C.P. , e igualmente (iv) se aprecia que el mismo tiene arraigo, ya que vive en el municipio de Dosquebradas (Rda.) donde labora en un Minimercado.

En ese sentido considera la Sala que el sentenciado cumple a cabalidad las exigencias contempladas en la referida normativa para ser acreedor a la prisión domiciliaria, máxime que ésta, en sentir de la Corporación, se convierte en la medida más adecuada e idónea en aras de salvaguardar los intereses de las menores víctimas, pues resulta más conveniente otorgarle ese beneficio en tanto el mismo luego de acreditar los requisitos para ello podrá solicitar al juez que vigile la pena permiso para trabajar, y tal situación le permitirá por lo menos reparar económicamente el daño que ha generado con su omisión hasta el día de hoy, y cumplir cabalmente con la cuota alimentaria para con su descendiente hacia el futuro.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en torno a la concesión de la prisión domiciliaria a un ciudadano condenado por igual conducta a la que ahora es objeto de estudio, indicó:

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

[…]

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**.

[…]

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. 3º del CP).” [[10]](#footnote-10) -negrillas del Tribunal-

Como quiera que en sentir de la Sala el señor **LEONARDO FABIO GIL OSPINA** cumple los requisitos exigidos en los numerales 1 al 3 del art. 38 B C.P., es procedente la concesión de la prisión domiciliaria, por lo cual deberá garantizar mediante caución juratoria el acatamiento 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 cual debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o por acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia

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 observar las condiciones de seguridad contenidas en los reglamentos del INPEC para el acatamiento 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.

La suscripción de la diligencia de compromiso será realizada personalmente por el señor **LEONARDO FABIO GIL OSPINA** ante el juzgado de primer nivel, dentro de los cinco días siguientes a la notificación que se le haga de esta sentencia.

Ahora bien, se deja expresa constancia que en el evento en que no se logre llegar a un acuerdo entre el sentenciado y las víctimas en relación con el monto de los perjuicios a indemnizar, tendrá la posibilidad de pedir al juez que de manera provisional tase los perjuicios que debe cancelar con miras a ser merecedor a la referida suspensión de la pena impuesta.

Así mismo, si el señor **GIL OSPINA** repara integralmente los perjuicios ocasionados a su menor hijo S.G.L., podrá solicitar al Juez de ejecución de penas la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción -art. 63 C.P.-, en tanto con ello se superaría la prohibición contenida en el num. 6 art. 193 Ley 1098/06.

De todas formas y dadas las características propias del punible materia de juzgamiento, el sentenciado podrá solicitar al Juez de Ejecución de Penas el derecho a trabajar dentro y/o fuera de su residencia, previa demostración de la actividad que realizará, con el cumplimiento de las condiciones que ello conlleva, y con la vigilancia de las autoridades encargadas del control de esa medida, conforme lo reglado en el inc. 3 art. 38 D C.P.

Ejecutoriada la presente providencia, se dará curso al trámite del incidente de reparación integral.

ANOTACIÓN FINAL

Se hace un llamado de atención al despacho de conocimiento, para que se tenga cuidado al momento de hacer las notas remisorias ante esta instancia en la carátula del expediente, dado que allí se mencionó que el asunto subía en apelación de la sentencia absolutoria, cuando se sabe que el fallo lo fue de carácter condenatorio.

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

FALLA

**PRIMERO: SE CONFIRMA** el fallo condenatorio objeto de recurso, pero **SE MODIFICA** el numeral segundo en el sentido de conceder al señor **LEONARDO FABIO GIL OSPINA** la prisión domiciliaria, en los términos y condiciones establecidos en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** Para el adelantamiento del incidente de reparación de perjuicios se dará aplicación a lo normado en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010 y lo reglado en el artículo 197 C.I.A.

**TERCERO:** Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, que de interponerse habrá de hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. Ingresó y obra en la carpeta a fl. 33 el registro civil de nacimiento de S.G.L., quien nació el en enero 17 de 2003, hijo de LEONARDO FABIO GIL OSPINA y CAROLINA LÓPEZ SALAZAR. [↑](#footnote-ref-1)
2. Desde su denuncia instaurada en marzo 30 de 20011, la que debe ser complementada y concatenada en factor temporal con lo dicho varios años después en audiencia de juicio oral (2016-2017) [↑](#footnote-ref-2)
3. El Código de Infancia  Adolescencia dispone en su artículo 24 que los alimentos incluyen todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor de edad- [↑](#footnote-ref-3)
4. Se informó que el menor ya no quiere ver al padre porque no se siente a gusto con él, porque le promete cosas y no le cumple. El testimonio del tío de la progenitora, CARLOS ARTURO LÓPEZ, corrobora esa situación. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ AP, 14 abr. 2010, rad. 33673. [↑](#footnote-ref-5)
6. Los trámites que se realizaron fueron ante autoridades administrativas en donde el obligado dijo estar dispuesto a pagar pero apenas la mitad de la cuota fijada, situación que impidió que se llegara a un acuerdo a ese respecto dado que la madre se negó por considerar injusta la propuesta en atención al incumplimiento del padre por tanto tiempo. [↑](#footnote-ref-6)
7. No es verdad que la madre gane los cinco millones de pesos mensuales que refiere el recurso. Lo que ella explicó es que apenas en el último contrato logró recibir esa suma, pero no por un mes sino por dos meses que era precisamente la duración de ese contrato. [↑](#footnote-ref-7)
8. TSP SP, 4 nov. 2016, Rad. 666876000086-2013-00056-01 [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ AP, 5 ago. 2015, Rad. 46332. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ SP, 3 feb. 2016, Rad. 46647. [↑](#footnote-ref-10)