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 – 16 de mayo de 2018

Proceso: Penal - Niega subrogado y domiciliaria - Confirma

Radicación Nro. : 660016000036201204572-01

Delito(s): INASISTENCIA ALIMENTARIA

Procesado: ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA

Magistrado Ponente:  JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Tema: INASISTENCIA ALIMENTARIA / NO MARGINALIDAD Y NO INIMPUTABILIDAD POR ALCOHOLISMO / NIEGA SUBROGADO Y DOMICILIARIA / CONFIRMA -** No basta en consecuencia la mera enunciación de ser el señor **AERD** alcohólico para pretender el reconocimiento de ese “estado de marginalidad” al que alude el defensor, porque entre otras cosas no se tiene conocimiento si por esa problemática ha acudido a alguna asistencia gubernamental o no gubernamental, para procurar una atención en ese sentido, que sería lo esperado en quien propende por su recuperación.

Del mero hecho de ser consumidor habitual de sustancias embriagantes, no puede inferirse necesariamente la condición de inimputable o el “estado de marginalidad” al que hace alusión el defensor, y ni siquiera incluso la imposibilidad en que se encuentra de tener un empleo, no solo porque una cosa no depende necesariamente de la otra, sino porque es evidente que de existir esa dependencia, el mismo debe propender de todas formas por colaborar con el sostenimiento económico de su hogar.

Corresponde recordar que ni siquiera es suficiente con la demostración de la condición que se esgrime, que repetimos aquí no está demostrada al menos al nivel que se requiere, sino que además hay lugar a establecer una relación directa de causalidad entre una tal condición y el resultado que se sabe delictuoso, bien por acción ora por omisión. Porque lo que está claro, es que no hay lugar a patrocinar comportamientos irresponsables y el dedicarse al consumo de sustancias embriagantes haciendo dejación de sus compromisos familiares, lo es; con mayor razón cuando quien los padece no demuestra haber buscado una ayuda eficaz para superarlos.

Al quedar claro que no existe demostración respecto a un supuesto estado de inimputabilidad, ni su necesaria relación con el resultado antijurídico que aquí se reprocha, y mucho menos un “estado de marginalidad” en los términos invocados por el litigante, lo que corresponde es estimar que en verdad la omisión que se endilga le es adjudicable penalmente como quiera que se sabe que el acusado tiene la posibilidad de un empleo en un taller eléctrico-automotriz -que manejan su padre y hermanos- del cual puede derivar su propio sustento y solventar en algo el de sus hijas. No obstante, sin justa causa, y muy a pesar de haber suscrito una conciliación con la progenitora, de un tiempo para acá no volvió a cumplir el compromiso adquirido, ni siquiera parcialmente.

Superado el tema de la realización de la conducta omisiva y la responsabilidad por el hecho adjudicado, lo que sigue es determinar si al procesado se hace acreedor a subrogados o sustitutos. Y en tal sentido se tiene:

Aunque no fue tema propuesto para estudio por parte del recurrente, hay lugar a penetrar en su análisis habida cuenta que por parte del a quo se le negó al señor **AERD** la suspensión de la ejecución de la pena y ordenó que purgara la pena impuesta en detención domiciliaria, amén de la prohibición contenida en el numeral 6° del artículo 193 C.I.A. cuando los afectados son menores de edad y no han sido reparados. La Sala analizará lo pertinente con ocasión de un reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal a ese respecto.

Si bien las jóvenes L.F.R.H y L.A.R.H.son actualmente mayores de edad -20 y 18 años, respectivamente-, no es menos cierto que para el año 2012 ambas eran menores, e incluso en el momento en que por parte del a quo se profirió sentencia de condena aún la joven L.A.R.H. ostentaba su minoría de edad.

No obra elemento probatorio alguno que predique que el hoy acusado haya indemnizado los perjuicios ocasionados con la ilicitud a sus hijas, situación que da lugar a sostener que en esas condiciones no habría lugar a la concesión de ningún beneficio liberatorio al tenor de lo dispuesto en el artículo del 199 C.I.A.

Si bien en principio esta Corporación había optado por la no aplicación de la referida prohibición, tal postura fue posteriormente recogida por esta Sala, con ponencia de quien actualmente ejerce igual función, ante pronunciamiento del órgano de cierre en materia penal donde se sostuvo 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 podía ser omitido.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

 ACTA DE APROBACIÓN No 417

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Mayo 16 de 2018. 8:06 a.m. |
| Imputado:  | Álvaro Enrique Rozo Deaza |
| Cédula de ciudadanía: | 80.156.067 de Bogotá (C/marca.) |
| Delito: | Inasistencia Alimentaria |
| Víctima: | L.A.R.H. y L.F.R.H. |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo de condena de fecha octubre 27 de 2017. SE CONFIRMA. |

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 YUDI MILENA HERRERA BEDOYA en denuncia presentada en contra del señor ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA, padre de las jóvenes L.F.R.H[[1]](#footnote-1) y L.A.R.H. [[2]](#footnote-2), que ha desatendido su obligación alimentaria, por lo cual es ella la que debe velar por todos los gastos atinentes a su manutención. Según la denunciante, con el procesado se había acordado una cuota alimentaria de $200.000.oo, la cual ha incumplido desde enero 1° de 2012, por lo que le adeuda un valor aproximado de $8’400.000.oo por tal concepto.

1.2.- Realizada la audiencia de formulación de imputación (septiembre 23 de 2015) ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá (C/marca.), se le formularon cargos al señor ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA 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 (octubre 22 de 2015) donde ratificó el mismo cargo en calidad de autor, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con función de conocimiento de esta capital, autoridad que llevó a cabo, luego de diversos aplazamientos, las audiencias de formulación de acusación (septiembre 14 de 2016), preparatoria (mayo 5 de 2017), y juicio oral (septiembre 27 de 2017), fecha esta última en que se profirió sentido de fallo adverso, y en octubre 27 de 2017 se dictó la respectiva sentencia de condena, por medio del cual: (i) se condenó a la pena de 32 meses de prisión y multa de 20 s.m.l.m.v.; (ii) inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena principal; (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se ordenó librar orden de captura en su contra, para que purgue la pena impuesta en prisión domiciliaria, y (iv) no se pronunció sobre el pago de perjuicios, pero dio vía libre a la representante de la víctima menor de edad y al hijo ya adulto para que propongan la apertura del incidente de reparación integral.

1.3.- Los fundamentos que tuvo en consideración el a quo para condenar al acusado los hizo consistir en que se encuentra probado que con los registros civiles de nacimiento se acredita el parentesco, por lo cual le asiste ese deber alimentario como lo dispone el canon 411 C.C.

En cuanto a la responsabilidad que en la ilicitud le asiste al procesado, y luego de hacer alusión a la estructura del tipo penal de inasistencia alimentaria, a su carácter de ejecución permanente y a jurisprudencia relativa al término “sin justa causa”, estima que entre el acusado y la madre de las víctimas se acordó una cuota alimentaria mensual de $200.000.oo, de la cual no volvió a hacer aportes desde el año 2012, ya que una vez se rompió el vínculo con la denunciante se desatendió del pago de esos valores pese a laborar en un taller de mecánica.

El apoderado del acusado enfiló su trabajo defensivo en los alegatos conclusivos en tres puntos centrales, a saber: (i) duda respecto del monto de la cuota alimentaria; (ii) falta de trabajo fijo; y (iii) adicción al alcoholismo.

Al respecto, el juzgado desestimó los mismos al considerar: (i) el valor de lo adeudado no es determinante para establecer su responsabilidad, toda vez que lo que establece el estatuto represor es que se haya sustraído injustificadamente al pago de su obligación y será en el incidente de reparación donde se establezca la suma que el sentenciado debe proceder a cancelar, y pese a que la obligación sea mutua y que la madre tenga un mayor ingreso, no implica que el procesado esté exento de dicho compromiso; (ii) es deber de la defensa no solo plantear que su defendido está sin trabajo, sino que las razones de su desempleo estén enmarcadas en una justa causa, como lo sería por orden médica, de lo contrario se asume que está en condiciones de laborar, y que de conformidad con la presunción legal que regula el canon 129 C.I.A. recibe al menos un salario mínimo; (iii) los trastornos que se derivan del alcoholismo deben ser acreditados en juicio por un perito médico para constatar que no le es posible trabajar para configurar una justa causa. No puede el defensor hacer alusión a presunciones sobre el estado de salud de su cliente e imposibilidad para laborar, toda vez que ello debe estar debidamente soportado; y (iv) no se probó que el acusado estuviera inmerso en alguna causal que lo exonere de responsabilidad o que su incumplimiento obedeciera a un caso fortuito o fuerza mayor, ni que estuviera imposibilitado para laborar.

Luego de hacer alusión al canon 44 C.N., al 24 C.I.A. y 27 de la Convención Universal sobre los derechos de los niños, expresa que quien engendra un hijo adquiere una obligación ineludible de sostenerlo, por lo cual debe realizar acciones positivas para cumplir con dicha tarea, incluso debe dejar de lado sus propios derechos que deben ceder ante el de los menores, sin que pueda servir de justificación la mala situación económica, al conocerse que el procesado está en plena capacidad productiva y sin impedimentos físicos ni mentales.

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 parcialmente la sentencia condenatoria y se reconozca el estado de marginalidad de su patrocinado. Para sustentar su solicitud expone:

- La existencia de la “marginalidad” que pide se encuentra probada con la declaración de la denunciante y su hija, quienes informaron que la causa de los problemas laborales y económico del señor ROZO DEAZA es su ingesta de bebidas alcohólicas de forma permanente, lo cual no reconoció el a quo al aducir que no se tiene fundamento de perito que así lo indique.

- La “marginalidad” es un estado en el que puede estar una persona de forma permanente o no, al verse afectado por circunstancias que le impiden un comportamiento diferente al que se predica de un ciudadano con sanidad cabal, lo que no debe ser descrito en todo momento por un perito; es además una condición socioeconómica de la persona en la que no necesita estar en forma permanente y prolongada ante esa ingesta de alcohol, ya que como lo refiere su excompañera y su hija, ÁLVARO ENRIQUE es irresponsable en su trabajo por tomar licor, siendo expulsado de sus labores y no muestra una actitud normal que le permita ejercer una actividad como un trabajador eficaz.

- Dicha “marginalidad” está probada en el expediente. Asegura que basta escuchar los audios de juicio donde el mismo fiscal aduce que para comprar licor el señor ROZO DEAZA si tiene dinero, pero no para otras situaciones, y que no se puede premiar a un alcohólico.

- La Constitución Nacional en su artículo 13 considera una protección a las personas que por su condición económica, social, etc., se hallen en estado de vulnerabilidad, como es la de su cliente debido al alcoholismo que presenta, por lo cual no tiene acceso a fuentes de empleo estable, situación que no exige la ley que deba ser probado por un perito para poder tenerse en cuenta y negar tal reconocimiento, como acá se hizo.

**2.4.-** 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 en verdad en cabeza del acusado **ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA** se hayan acreditadas las circunstancias de marginalidad que predica la defensa, por lo cual pide se revoque parcialmente el fallo de condena y se proceda a su reconocimiento.

**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 YUDI MARCELA HERRERA BEDOYA en denuncia presentada en contra del señor ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA -padre de sus hijas L.F.R.H. y L.A.R.H.-, en la cual puso de presente que éste incumple con la obligación alimentaria a la que se había comprometido en la suma de $200.000.oo desde enero 1° de 2012, por lo cual le adeuda aproximadamente $8’400.000.oo.

Debe señalarse *ab initio* que al trámite se incorporó como prueba de la Fiscalía el registro civil de nacimiento correspondiente a las descendientes del señor **ROZO DEAZA**, esto es, las jóvenes L.F.R.H.[[3]](#footnote-3) y L.A.R.H.[[4]](#footnote-4), con lo cual se encuentra debidamente probado que quienes figuran en la presente actuación como víctimas son hijas del procesado; en consecuencia, surge diáfana la obligación legal que tiene de suministrar alimentos. Así mismo debe indicarse que si bien en la actualidad ambas jóvenes ya ostentan la mayoría de edad, para la época en que según se afirma por parte de la señora YUDI MILENA HERRERA se dio la inasistencia -año 2012-, ambas eran aún menores de edad.

En atención al principio de limitación[[5]](#footnote-5), esta Corporación procederá al análisis de la situación planteada por el único recurrente en lo atinente a la no concesión en favor del señor **ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA** de la diminuente a que tendría derecho por la “marginalidad” en la que se encuentra, a voces del letrado.

Tal circunstancia conlleva predicar, desde ahora, que por parte de la defensa no se discute la materialidad de la infracción, en cuanto admite que el señor **ROZO DEAZA** en verdad incumplió su deber alimentario; sin embargo, aunque el profesional se refiere únicamente a un supuesto “estado de marginalidad”, entiende la Corporación que su disertación está orientada más bien a controvertir la no demostración judicial del elemento objetivo del tipo “sin justa causa” y/o “una potencial condición de inimputabilidad” de parte de su cliente, ya que asegura que la razón por la cual su representado ha incumplido el compromiso que posee para con sus descendientes L.A.R.H. y L.F.H.R., obedece a que presenta una adicción al licor, como situación que le impide conseguir empleos duraderos.

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 comprometida, 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 del último precedente del órgano de cierre en materia penal, en cuanto al tema de subrogados y/o sustitutos, hay lugar a la concesión de beneficio liberatorio para el sentenciado con miras a satisfacer el intereses superior de los menores, la prevalencia de sus derechos y la necesaria reparación de perjuicios -CSJ SP, 15 nov. 15 de 2017, rad. 49712-.

Luego de esa necesaria introducción procederá la Sala a desatar la alzada impetrada por el defensor del procesado en lo que fue materia disenso, como a continuación se expone:

Sostiene la parte recurrente que fue el alcoholismo del señor **ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA** lo que dio lugar a la comisión de la ilicitud, habida cuenta que como consecuencia de tal adicción lo han expulsado de sus trabajos y no muestra un actitud normal que le permita realizar una tarea como cualquier otro empleado. Situación ésta que -asegura- se encuentra debidamente probada con la manifestación de su excompañera, de su hija -L.F.R.H.-, y del mismo fiscal quien se refirió a dicha situación, lo que lo ubica en un estado de vulnerabilidad al no tener posibilidad de acceder a empleos duraderos, lo cual, en su sentir, no necesariamente debe ser probado por un perito para que esa “condición de marginalidad” deba ser considerada por el juez.

No obstante lo predicado por el profesional del derecho, en criterio de la Corporación tal circunstancia no amerita una determinación judicial favorable, ni de orden excluyente o aminorante de responsabilidad, ni mucho menos eximente de un presupuesto para la culpabilidad, por las razones que a continuación se exponen:

Para comenzar, acerca de la presunta adicción del señor **ÁLVARO ENRIQUE ROZO** al alcohol ninguna prueba se aportó por parte de la defensa para su acreditación, dado que frente a dicho tema lo único que se aprecia en el dossier es lo expresado por la señora YUDI MILENA HERRERA BEDOYA y su hija L.F.R.H., quienes atribuyen la irresponsabilidad del acusado a su ingesta de licor, sin que lo expresado por esta última testigo, quien al ser interrogada sobre la salud de su padre lo tildó de “alcohólico”, sea suficiente para acreditar tal situación, al menos no al punto de impedirle realizar una actividad productiva; máxime cuando a renglón seguido la declarante indicó que muy a pesar de “tomar mucho” lo ha visto “bien de salud”. De suerte que ningún elemento probatorio se arrimó por la defensa para comprobar que en efecto el consumo de licor es lo que le ha impedido al señor **ROZO HERRERA** sus obligaciones alimentarias para con su descendencia.

El togado esgrime que para probar la adicción al alcohol no se requiere dictamen pericial alguno, empero, en criterio de la Colegiatura ello sí es determinante para establecer si una persona sufre una condición de tal magnitud o naturaleza, máxime si tenemos en cuenta que en principio los alcohólicos no reconocen el problema por el que atraviesan y por ende no buscan ayuda para solucionarlo, muy a pesar que la dependencia al alcohol les puede producir consecuencias a nivel físico y psicológico. Sea como fuere, de una tal situación no se tiene claridad respecto a la persona del señor **ROZO DEAZA**, porque sobre el particular nada se allegó.

Mucho menos puede pretenderse que con fundamento en una manifestación tangencial de parte de su excompañera e hija sea suficiente para tener por acreditada esa condición, en cuanto las mismas carecen de los conocimientos profesionales que se requieren para precisar si una persona en efecto sufre esa clase de adicción a un nivel tal que le impida cumplir el rol social que como padre le corresponde.

No basta en consecuencia la mera enunciación de ser el señor **ROZO DEAZA** alcohólico para pretender el reconocimiento de ese “estado de marginalidad” al que alude el defensor, porque entre otras cosas no se tiene conocimiento si por esa problemática ha acudido a alguna asistencia gubernamental o no gubernamental, para procurar una atención en ese sentido, que sería lo esperado en quien propende por su recuperación.

Del mero hecho de ser consumidor habitual de sustancias embriagantes, no puede inferirse necesariamente la condición de inimputable o el “estado de marginalidad” al que hace alusión el defensor, y ni siquiera incluso la imposibilidad en que se encuentra de tener un empleo, no solo porque una cosa no depende necesariamente de la otra, sino porque es evidente que de existir esa dependencia, el mismo debe propender de todas formas por colaborar con el sostenimiento económico de su hogar.

Corresponde recordar que ni siquiera es suficiente con la demostración de la condición que se esgrime, que repetimos aquí no está demostrada al menos al nivel que se requiere, sino que además hay lugar a establecer una relación directa de causalidad entre una tal condición y el resultado que se sabe delictuoso, bien por acción ora por omisión. Porque lo que está claro, es que no hay lugar a patrocinar comportamientos irresponsables y el dedicarse al consumo de sustancias embriagantes haciendo dejación de sus compromisos familiares, lo es; con mayor razón cuando quien los padece no demuestra haber buscado una ayuda eficaz para superarlos.

Al quedar claro que no existe demostración respecto a un supuesto estado de inimputabilidad, ni su necesaria relación con el resultado antijurídico que aquí se reprocha, y mucho menos un “estado de marginalidad” en los términos invocados por el litigante, lo que corresponde es estimar que en verdad la omisión que se endilga le es adjudicable penalmente como quiera que se sabe que el acusado tiene la posibilidad de un empleo en un taller eléctrico-automotriz -que manejan su padre y hermanos- del cual puede derivar su propio sustento y solventar en algo el de sus hijas. No obstante, sin justa causa, y muy a pesar de haber suscrito una conciliación con la progenitora, de un tiempo para acá no volvió a cumplir el compromiso adquirido, ni siquiera parcialmente.

Superado el tema de la realización de la conducta omisiva y la responsabilidad por el hecho adjudicado, lo que sigue es determinar si al procesado se hace acreedor a subrogados o sustitutos. Y en tal sentido se tiene:

Aunque no fue tema propuesto para estudio por parte del recurrente, hay lugar a penetrar en su análisis habida cuenta que por parte del a quo se le negó al señor **ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA** la suspensión de la ejecución de la pena y ordenó que purgara la pena impuesta en detención domiciliaria, amén de la prohibición contenida en el numeral 6° del artículo 193 C.I.A. cuando los afectados son menores de edad y no han sido reparados. La Sala analizará lo pertinente con ocasión de un reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal a ese respecto.

Si bien las jóvenes L.F.R.H y L.A.R.H.son actualmente mayores de edad -20 y 18 años, respectivamente-, no es menos cierto que para el año 2012 ambas eran menores, e incluso en el momento en que por parte del a quo se profirió sentencia de condena aún la joven L.A.R.H. ostentaba su minoría de edad.

No obra elemento probatorio alguno que predique que el hoy acusado haya indemnizado los perjuicios ocasionados con la ilicitud a sus hijas, situación que da lugar a sostener que en esas condiciones no habría lugar a la concesión de ningún beneficio liberatorio al tenor de lo dispuesto en el artículo del 199 C.I.A.

Si bien en principio esta Corporación había optado por la no aplicación de la referida prohibición, tal postura fue posteriormente recogida por esta Sala[[6]](#footnote-6), con ponencia de quien actualmente ejerce igual función, ante pronunciamiento del órgano de cierre en materia penal donde se sostuvo 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 podía 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**”. [[7]](#footnote-7) –negrillas fuera de texto-

Bajo ese criterio, estimó la Sala que no había lugar a desconocer bajo ningún punto de vista esa norma de prohibición, y por lo mismo se tornaba 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.

No obstante y como así lo hizo el a quo, en atención a un nuevo precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema[[8]](#footnote-8), bajo el entendido que: “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”, procedió a estudiar la aplicación de una medida menos restrictiva como lo fue la prisión domiciliaria, la cual le fue concedida al señor **ROZO DEAZA** por observar las exigencias legales para ello, toda vez que tal situación le permitirá por lo menos reparar económicamente el daño que ha generado con su omisión alimentaria, la cual en principio cesó para con sus hijas al cumplir los 18 años de edad -según lo entiende equivocadamente el juez de primer grado-[[9]](#footnote-9).

Así mismo, y como también lo señaló el a quo en su providencia, el señor **ROZO DEAZA** 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 acatamiento de las exigencias que ello conlleva y con la vigilancia de las autoridades encargadas del control de esa medida, conforme lo reglado en el inc. 3 art. 38D C.P. De igual modo y de reparar integralmente los perjuicios ocasionados con la ilicitud, podrá pedir al juez que vigile la pena la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción -art. 63 C.P.-, al superarse con ello la prohibición contenida en el num. 6º del art. 193 de la Ley 1098/06.

Si bien es cierto en reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal[[10]](#footnote-10), al analizar lo relativo a dicha prohibición, concedió la suspensión de la ejecución condicional de la pena a favor de una persona que había sido condenada por similar delito al que acá se tramita, tal jurisprudencia no puede ser aplicada a favor del señor **ROZO DEAZA**, toda vez que las circunstancias fácticas allí planteadas y que motivaron a la Corte a adoptar tal decisión, son diferentes a las que se observan en este asunto.

En la referida decisión, la Alta Magistratura tuvo en cuenta que:

“(i) el procesado satisface cumplidamente con su obligación alimentaria; (ii) sus hijos cuentan con 11 y 10 años de edad; (iii) la suspensión de la pena se concede con el fin de no terminar tanto el acceso que el acusado tiene a una fuente de ingresos, lo que le imposibilitaría hacia el futuro observar su compromiso alimentario, así como el contacto regular que mantiene con sus hijos, teniéndose en cuenta la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, y sus intereses superiores; (iv) la privación de la libertad del padre de los menores, dadas las repercusiones que tiene implica la afectación para los pequeños de derechos consagrados en la Ley 1098/06, a saber: Art. 17 -Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano-; Art. 22 -Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella-; Art. 23 -Custodia y cuidado personal-; Art. 24 -Derecho a los alimentos-, e igualmente la imposibilidad de acatar lo reglado en los artículos 3.2. y 9.3 de la Convención Sobre los derechos del niño; y (v) aunque la imposición de la pena se fundamentó en la finalidad de prevención especial, con miras a que el procesado en el futuro no vuelva a sustraerse de su obligación alimentaria, lo cierto es que con la no suspensión de su ejecución se imposibilita al penado el cumplimiento de esa imposición legal”.

Por ello, igualmente consideró la Sala Penal en la mencionada providencia que la solución de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tiene la virtud de: “satisfacer tanto el interés superior de los menores como la prevalencia de sus derechos y la necesaria reparación de perjuicios ocasionados porque a la vez que no aleja al penado de su fuente de ingresos, posibilitándole continuar con el cumplimiento de la obligación alimentaria, y no se convierte en un obstáculo para que mantenga comunicación con sus menores hijos, prevé dentro de su régimen de estipulación de un plazo **para indemnizar, so pena de revocatoria del subrogado**”.

En el presente asunto lo que se aprecia es que el señor **ÁLVARO ENRIQUE ROZO** no podría ser beneficiado con ese reciente pronunciamiento, por cuanto: (i) desde enero 1° de 2012, dejó de cumplir con su obligacion alimentaria para con sus hijas, ya que con posterioridad a esa fecha solo les envió $200.000.oo -cifra anual- y a la fecha aun persiste tal omisión, ya que pese al acuerdo que llegó de enviar $200.000.oo mensuales, luego de la formulación de acusación solo les envío $600.000.oo pesos, que equivalen a $50.000.oo mensuales; (ii) no tiene contacto alguno con sus descendientes desde que se separó de la madre de estas, y mucho menos ahora que ambas jóvenes adquirieron su mayoría de edad, pues como se observa ni siquiera atiende sus llamadas telefónicas y cuando estas van a Bogotá por vacaciones, no comparte con las mismas, como tampoco lo ha hecho a lo largo de varios años, en especial en fechas de importancia para ellas como lo fueron sus 15 años, momento en que no solo se abstuvo de hacer presencia, sino que tampoco las contactó por medio alguno; (iii) si bien con la privación de su libertad podría indicarse que se le coarta la posibilidad de pagar los perjuicios ocasionados con miras a obtener la suspensión de la ejecución de la pena, el procesado podrá solicitar al juez que vigila la pena permiso para trabajar y poder así cancelar dichos emolumentos, máxime que la actividad que este ha desarrollado ha sido la de electricista automotriz, la cual al parecer ejerce en la vivienda de sus padres donde funciona un taller para tales efectos.

Así las cosas, como quiera que la decisión proferida por el funcionario de primer nivel se encuentra ajustada a derecho en lo que hace al proferimiento del fallo de condena, a la negación del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a la concesión de la prisión domiciliaria, hay lugar a confirmar en su integridad el fallo confutado.

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

ANOTACIÓN ADICIONAL:

Se hace un llamado especial al funcionario de primer nivel, para que en futuras oportunidades dé aplicación a lo reglado en el canon 446 C.P.P., el cual exige que al momento de proferirse el sentido del fallo el juez debe referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales, situación que pasó por alto habida cuenta que en esa oportunidad solo esgrimió que la Fiscalía cumplió con su cometido de demostrar la existencia del ilícito y el protagonismo a título de dolo del actor, lo que explicaría en la sentencia, sin hacer referencia alguna a lo pedido por la defensa en esa oportunidad en relación con la aplicación de la “circunstancia de marginalidad”.

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, en cuanto se condenó al señor **ÁLVARO ENRIQUE ROZO DEAZA** por el delito de inasistencia alimentaria.

**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.

**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. De conformidad con el Registro Civil de Nacimiento con Serial 29430012, la joven L.F.A.R. nació en septiembre 16 de 1997, por lo cual cumplió su mayoría de edad en septiembre 16 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Conforme el Registro Civil de Nacimiento con serial 29762619, la menor L.A.R.H., nació en enero 15 de 2000, es decir, cumplió su mayoría de edad en enero 15 de 2018. [↑](#footnote-ref-2)
3. De conformidad con el Registro Civil de Nacimiento con Serial 29430012, la joven L.F.A.R. nació en septiembre 16 de 1997, por lo cual cumplió su mayoría de edad en septiembre 16 de 2015. [↑](#footnote-ref-3)
4. Conforme el Registro Civil de Nacimiento con serial 29762619, la menor L.A.R.H., nació en enero 15 de 2000, es decir, obtuvo su mayoría de edad en enero 15 de 2018. [↑](#footnote-ref-4)
5. La Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que: “el funcionario judicial de segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrent*e”* -CSJ SP, 12 de ago. 2009, rad. 31854-. [↑](#footnote-ref-5)
6. TSP SP, 4 nov. 2016, Rad. 666876000086-2013-00056-01 [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ AP, 5 ago. 2015, Rad. 46332. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ SP, 3 feb. 2016, Rad. 46647. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ello no es del todo absoluto, toda vez que si sus hijas adelantan estudios y no tienen la posibilidad de tiempo para realizar una actividad laboral de la cual derivar su subsistencia, sus padres tienen la obligación de brindarles los alimentos requeridos, para lo cual las mismas pueden incluso acudir a lo reglado en el canon 397 C.G.P. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ SP, 15 nov. 2017, Rad. 49712. [↑](#footnote-ref-10)