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 – 13 de julio de 2018

Proceso:                 Penal

Delito: Inasistencia Alimentaria

Radicación Nro. : 66170 60 00 091 2014 0071 01

Procesado: JORGE ARLÉN DOMÍNGUEZ DORADO

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: INASISTENCIA ALIMENTARIA / PRUEBA DE CAPACIDAD ECONÓMICA / SE ACREDITÓ CON LA CONCILIACIÓN CELEBRADA ANTE COMISARÍA DE FAMILIA / PROCEDE PRISIÓN DOMICILIARIA / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / REVOCA / CONDENA**

Ahora bien, pese a que y como se señaló en la sentencia recurrida, la actividad probatoria desplegada por el ente acusador para acreditar la capacidad económica del procesado no se materializó totalmente en el juicio, en vista de que la delegada del ente acusador renunció a los testigos que podrían arrojar mayores luces sobre la actividad económica del procesado, o como el investigador Maicol Manuel Mendoza y el señor Félix Roberto López Carmona, de quien se dijo había sido empleador de JADD, queda claro que al menos para la fecha en que se realizó la precitada conciliación, el incriminado laboraba en actividades de construcción y seguramente en atención a sus ingresos y al hecho de tener que sostener dos hijas, realizó esa mínima oferta a la señora Luz Danery Bolaños madre del menor afectado, quien fue clara en manifestar en el juicio que pese a haber aceptado ese ofrecimiento, el señor JADD no cumplió con ninguno de esos pagos, siendo más precisa la denunciante al informar en una entrevista del 16 de junio de 2014, referida en el informe de la investigadora Paola Álvarez que fue objeto de estipulación, que el padre de su hijo prestaba sus servicios en la empresa ARP Constructores en la ciudad de Ibagué.

(…)

En consecuencia y como en el presente caso se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta y responsabilidad del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, en lo relativo al período de sustracción al cumplimiento de la prestación alimentaria que se encuentra demarcado por la conciliación efectuada el 5 de agosto de 2009, ante la Comisaria de Familia de Dosquebradas, esta Corporación revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar condenará al señor JADD, como responsable de la conducta punible de inasistencia alimentaria cometida en perjuicio de su hijo BDDB.

(…)

Sobre el tema hay que mencionar que en decisión de esta Colegiatura del 1º de marzo de 2017, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, dentro del proceso adelantado contra el ciudadano L.F.G.O, por el delito de “inasistencia alimentaria”, se dijo lo siguiente: *“(…)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.”*

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, trece (13) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Proyecto aprobado por Acta No. 578

Hora: 9:30 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación** | **66170 60 00 091 2014 0071 01** |
| **Procesado** | **Jorge Arlén Domínguez Dorado** |
| **Delito** | **Inasistencia alimentaria** |
| **Juzgado de conocimiento**  | **Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas** |
| **Asunto**  | **Desatar la apelación interpuesta en contra del fallo absolutorio del 4 de mayo de 2017** |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Entra la Sala a resolver la apelación interpuesta por la FGN y el apoderado de la víctima, en contra de la sentencia dictada por el juzgado segundo penal municipal de Dosquebradas con funciones de conocimiento, mediante la cual se absolvió al señor Jorge Arlén Domínguez Dorado del delito de inasistencia alimentaria.

**2. ANTECEDENTES**

El supuesto fáctico del escrito de acusación es el siguiente:

*“Según denuncia instaurada el 15 de enero de 2014 por la señora LUZ DANERY BOLAÑOS, refiere "JORGE ARLEN ES EL PAPÁ DE MI HIJO B.D. DE 13 AÑOS DE EDAD, NUNCA HE CONVIVIDO CON ÉL, LO DEMANDÉ POR CUOTA ALIMENTARIA CUANDO EL NIÑO TENÍA 8 AÑOS, YA QUE NUNCA LE HA DADO NADA. Y DESPUÉS DE QUE LO DEMANDÉ TAMPOCO LE HA DADO NADA, ES NADA, CUANDO MI HIJO LO LLAMA A PEDIRLE ALGO, LO QUE HACE ES INSULTARLO, ECHARLE MADRES, Y LE CUELGA EL TELÉFONO, CUANDO MI HIJO VA A LA CASA DE ÉL, ÉL LO IGNORA. MI HIJO TIENE PROBLEMA DE DEFICIT DE ATENCIÓN, CON PROBLEMAS COGNITIVO DE APRENDIZAJE Y MOTRIZ, Y UN RETARDO MENTAL LEVE, PROBLEMAS RESPIRATORIOS, Y LO TENGO DESDE HACE 10 AÑOS EN TRATAMIENTO CON VARIOS ESPECIALISTAS, Y REQUIERE DE UNA EDUCACIÓN ESPECIALIZADA Y PERSONALIZADA, QUE NO TENGO CON PAGARLE. HACE 5 AÑOS LE FIJARON UNA CUOTA DE $50.000 PESOS. PERO NO LA HA CUMPLIDO".*

*El 27 de octubre de 2015 entrevistada la denunciante señora LUZ DANERY BOLAÑOS, reitera sus manifestaciones iniciales, manifiesta que en la Comisaría de Familia de esta ciudad se estableció la cuota alimentaria el 5 de agosto de 2009 y desde esa fecha no da nada ni cuota alimentaria ni la cuota extraordinaria en el mes de diciembre de cada año, el señor JORGE ARLÉN DOMÍNGUEZ DORADO, adeuda a la fecha por concepto de cuotas alimentarias la suma de $5.490.433, respecto a la relación afectiva del joven B.D.D.B., quien cuenta en la actualidad con quince años de edad, no se relacionan, dice que B.D. lo intenta buscar pero él es indiferente, no llama a su hijo, no lo busca en ninguna ocasión no importa si es cumpleaños o navidad.”*

2.2 La audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo el 4 de agosto de 2015 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Dosquebradas (fl. 6), acto en el cual la FGN le comunicó cargos al señor Jorge Arlén Domínguez Dorado por el delito de inasistencia alimentaria, los cuales no aceptó.

2.3 El Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas asumió el conocimiento de la investigación. La audiencia de formulación de acusación se practicó el 24 de noviembre de 2015 (fl 15-16). La audiencia preparatoria se llevó a cabo en sesiones del 28 de diciembre de 2015 (fl 17), 14 de enero (fl 24), y 26 de abril de 2016 (fl 33-35). La audiencia de juicio oral se celebró el 19 de octubre de 2016 (fl 61) y el 15 de marzo de 2017 (fl 113). El sentido del fallo fue anunciado el 5 de abril de 2017 (fl 114). La sentencia fue proferida el 4 de mayo de 2017 (fl 116 a 126).

2.4 La FGN y el apoderado de la víctima apelaron el fallo absolutorio proferido en favor del señor Jorge Arlén Domínguez Dorado.

**3. IDENTIDAD DEL IMPUTADO**

Se trata de Jorge Arlén Domínguez Dorado, identificado con la cédula de ciudadanía número 18.517.706 expedida en Dosquebradas, nació el Pereira el 21 de noviembre de 1980, es hijo de Bárbara Libia y José Leonardo Domínguez, reside en la manzana 10 casa 7 Barrio Camilo Mejía Frailes.

**4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO**

* Los testimonios de Luz Danery y María Luz Mila Bolaños que se consideran serios y veraces, no dejan ninguna duda sobre la existencia de la conducta delictiva atribuida a José Arlén Domínguez Dorado.
* La FGN aduce que el acusado siempre se desentendió de sus deberes filiales con el menor BDD y que solamente en el año 2009, al ser demandado ante una Comisaría de Familia aceptó pagar una cuota alimentaria, lo que nunca cumplió, ni siquiera cuando se inició el proceso ante la FGN.
* Hizo referencia a las intervenciones de la representante de la víctima que coadyuvó la pretensión de la FGN y la posición de la defensa del procesado, en especial lo relativo a una solicitud de declaratoria de nulidad del proceso, por violación del principio de congruencia.
* En torno a este punto queda claro que la señora Luz Danery Bolaños expuso lo siguiente: i) indicó que en el mes de diciembre del año 2013 o en enero de 2014 formuló su denuncia y pese a que trató de “acomodar” su respuesta fue clara en manifestar que según su querella, la fecha de comisión de los hechos fue el 1 de diciembre de 2013: ii) la misma testigo dijo que no se habían adelantado otros acuerdos conciliatorios pero hizo referencia a una conciliación que fue realizada en el mes de agosto de 2009, donde al parecer se fijó una cuota alimentaria en cabeza del procesado; iii) según lo declarado en juicio por la señora Luz Danery, para esa fecha no había incumplimiento, porque indicó que la fecha de comisión de los hechos fue el 1 de diciembre de 2013, es decir que para la fecha de suscripción de un acta de conciliación que fue arrimada en juicio del 05 de agosto de 2009 no había incumplimiento de ninguna obligación alimentaria.
* En este caso se afectó el principio de congruencia, entre imputación y acusación ya que se dijo que el acusado adeudaba unas mesadas alimentarias, conforme a los dichos de la señoras Luz Danery y Luz Mila, pero se dijo que la fecha de comisión de los hechos fue el 1 de diciembre de 2013, sin indicar que esa situación se presentó desde la fecha de nacimiento del menor BDD, quien para la fecha del fallo tiene 16 años y para el momento de la denuncia tenía 8 o 9 años de edad, por lo cual no hay claridad sobre los hechos, ni está probado el incumplimiento de los deberes alimentarios por parte del procesado.
* Llama la atención que hubiera sido la FGN y no la representante de la víctima, quien hizo la suma de los valores que presuntamente adeudaba el acusado por concepto de cuotas alimentarias, pese a que no se conoce su monto, como lo considera la defensa, que expone que no se pactó ninguna cuota alimentaria, ni se realizó ninguna conciliación posterior al 1 de diciembre de 2013.
* No hay forma de establecer realmente a qué obligación tenía que comprometerse el procesado. Pese a que se entiende que por el hecho de ser el progenitor del menor BDDB, tenía que cumplir con su prestación alimentaria, se debe tener en cuenta lo decidido en la sentencia C- 237 de 1997, ya que no se demostró que el procesado estuviera en capacidad de asumir el cumplimiento de la prestación alimentaria y no se conoce con precisión si ese incumplimiento se había presentado desde el nacimiento de su hijo en el año 2009 o posteriormente, ya que si se va a tener en cuenta el acta de conciliación donde se fijó una mesada de $50.000, para el 1 de diciembre de 2013, esa suma no alcanza los $6.000.0000, fuera de que en esa acta no se pactaron incrementos con base en el IPC.
* Por lo tanto no hay claridad sobre si el procesado adeudaba cuotas por alimentos, ni sobre el valor de las mismas.
* Lo anterior conlleva a que no haya congruencia entre los supuestos fácticos ni jurídicos, ni se compagina con la suma deducida en la imputación que excede de $5.000.000, ya que la FGN al parecer hizo ese cómputo ajustando unos valores del IPC cuando el acta en mención ni siquiera establecía esos incrementos.
* En lo relativo a la capacidad económica del procesado para atender sus deberes filiales, lo real es que las testigos Luz Danery y Luz Mila no tenían conocimiento sobre si el acusado se encontraba laborando. La señora Luz Danery dijo que el acusado había manifestado que estaba trabajando en oficios de construcción y la testigo Luz Mila manifestó que el acusado nunca había cumplido con sus cuotas alimentarias, pero que tan solo lo había visto hace 16 años y que solamente vivió 3 años con la señora Luz Danery.
* El testimonio de la señora Luz Mila no resulta ser muy consistente ya que frente a la mayoría de las preguntas que se le hicieron manifestó que no sabía y solo le consta que Luz Danery vivió con ellas durante tres años o sea que eso ocurrió entre los 2 y 5 años de vida del menor BDDB, pero según lo que se probó en el juicio, el incumplimiento en el pago de las mesadas se empezó a presentar a partir del 1 de diciembre de 2013 y no antes, es decir, presuntamente cuando ya el niño contaba con 12 o 13 años de edad y no 8 años.
* En el informe ejecutivo que suscribió la investigadora Paola Álvarez se consignó que el procesado no aparecía como titular de bienes sujetos a registro; que un hermano del acusado indico que este se encontraba desempleado y como no existe ninguna prueba que indique lo contrario, no se pudo acreditar que el procesado se estuviera sustrayendo de manera dolosa al cumplimiento de sus deberes filiales con su hijo.
* Además las testigos Luz Danery y Luz Mila manifestaron que el señor Jorge Arlén Domínguez tiene otros dos hijos, y aunque esa situación no fue probada debidamente en el proceso, se entiende que tampoco podría atenderlos, por causa de su incapacidad económica.
* Con una estipulación probatoria se demostró que el acusado no posee recursos económicos para atender la obligación alimentaria, pero tampoco está demostrado si cumplió o no cumplió con ella. Además se afectó su derecho a la defensa ante la imprecisión en los cargos en la imputación y la acusación, máxime si la misma representante víctima ni siquiera pudo precisar la fecha desde la cual venía incumpliendo el pago de esa prestación.
* En la sentencia SP16913 de 2016 se dice que la congruencia se debe reiterar desde la imputación y acusación para confrontarla con lo que se demuestre en el juicio. Esa consonancia no fue clara porque se afirmó: i) que el procesado siempre se había sustraído al pago de alimentos; ii) posteriormente se demostró que los hechos se empezaron a presentar a partir del 1 de diciembre de 2013 y no hubo ningún incumplimiento adicional desde el 2009.
* La FGN no cumplió con la carga probatoria de comprobar la responsabilidad del acusado, por lo cual no existe certeza sobre si el señor Domínguez estaba laborando para 01 de diciembre de 2013, si tenía dos hijos más, sí contribuía económicamente para estos y si esa situación le impedía atender sus compromisos con su hijo BD.
* Si bien la defensa planteó la declaratoria de nulidad a partir de la formulación de imputación en virtud de la falta de congruencia entre la imputación, la formulación de acusación, la teoría del caso y los alegatos de conclusión, dicho pedimento no tiene vocación de prosperidad ya que si bien la sentencia citada SP16913-2016 Radicado N° 376 de noviembre 23 de 2016, reitera y desarrolla los criterios de congruencia entre la imputación y la acusación, en este caso dichos actos tienen plena congruencia, ya que en esos dos momentos procesales la representante del ente acusador realizó una lectura taxativa de la denuncia que formuló la señora Luz Danery Bolaños, estando claro que la delegada de la FGN siempre manifestó que la acción penal se iniciaba desde el mes de agosto de 2009, por el incumplimiento del procesado a lo pactado en el acta de conciliación de la Comisaria de Familia de Dosquebradas del 5 de agosto de 2009.
* Luego de hacer referencia al principio de presunción de inocencia, y la garantía del *In dubio Pro Reo,* la juez de primer grado consideró que pese a estar demostrada la existencia de la conducta atribuida al procesado, la escasa prueba practicada en el juicio oral no permitió obtener el suficiente grado de conocimiento más allá de toda duda, respecto de la responsabilidad criminal del enjuiciado por la violación del artículo 232 del CPP., ya que no se comprobó el elemento normativo de esa conducta, pues la FGN no comprobó que el acusado percibiera ingresos económicos, tuviera algún bien o se desempeñara en oficios de construcción, pues los testigos de cargo manifestaron que no les constaba nada al respecto y la misma delegada del ente acusador renunció al testimonio del investigador Maicol Manuel Mendoza, quien al parecer había cumplido labores como investigador de campo para probar ese hecho e hizo igual declinación sobre el testigo Félix Roberto López Carmona quien le había expedido un certificado laboral del señor Domínguez, al investigador Mendoza, por lo cual resultaba imposible concluir que el incumplimiento del investigado se debía a una omisión voluntaria dirigida a sustraerse de la obligación alimentaria pactada, y ante las evidentes fallas investigativas del ente acusador, se generaban dudas de suficiente entidad, que se debían absolver en favor del acusado, por lo cual se imponía su absolución.

**5. SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS.**

**5.1 Delegada FGN (recurrente)**

* En los delitos de inasistencia alimentaria cometidos contra niños y adolescentes, la carga probatoria sobre la responsabilidad se invierte, en la medida en que opera la presunción legal respecto de la capacidad económica de los obligados a suministrar alimentos a sus descendientes, en el sentido de que perciben por lo menos un SMLMV, presunción que debía ser desvirtuada por la defensa del procesado, como se ha manifestado en la jurisprudencia pertinente de la Corte Constitucional sobre las “presunciones legales” que tienden "*a corregir la desigualdad material que existe entre la partes respecto de acceso a la prueba y proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta. Sentencias C- 015/93, C 109 / 95, C 238 / 97, C 622 /97 y C- 665 /98 (.»)*
* La presunción legal consagrada en la parte final del artículo 155 del Código del Menor *(sic*), persigue que la cuota alimentaria se fije, por lo menos, con relación al salario mínimo legal a efectos de proteger al menor que es la parte más débil de la relación procesal, por lo cual le corresponde al procesado en desarrollo del principio de cumplimiento de sus deberes filiales, demostrar la no concurrencia de la presunción legal respecto de su capacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria, y acreditar la justa causa como factor determinante para sustraerse al cumplimiento de ese deber, razón por la cual no se le debe trasladar a las víctimas o la FGN la obligación de probar la capacidad económica del alimentante, como se dijo erróneamente en el fallo recurrido.
* Con el registro civil de nacimiento del menor BDDB, se comprobó que era hijo del procesado Jorge Arlén Domínguez. Igualmente, con los testimonios de Luz Danery Bolaños madre de la víctima y querellante en este asunto y de Luz Mila Bolaños, tía del menor afectado, se evidencia el conocimiento que el procesado tenía del nacimiento de su hijo.
* Con el acta de conciliación del 5 de agosto de 2009 quedó probado que el acusado tenía conocimiento de un proceso que se adelantaba en su contra por el delito de inasistencia alimentaria, sino que además se denota el desinterés para cumplir con sus compromisos alimentarios a pesar de haber sido requerido para ello, cuando la querellante acudió a la Comisaría de Familia por la carencia de recursos económicos para el sostenimiento de su hijo, en vista de la muerte de la madre de la denunciante, quien fue la persona que le dio la ayuda económica y afectiva al menor, al igual que su tía, hasta su fallecimiento.
* Estando establecida la conducta omisiva del procesado, este quedaba obligado no solo a demostrar su falta de capacidad económica, sino también la justificación de tal hecho, lo cual no hizo.
* Frente al argumento de la juez de conocimiento en el sentido de que a los testigos de cargos no les constaba que el procesado laborara en actividades relacionadas con la industria de la construcción, se debe tener en cuenta que la representante legal del menor si se refirió a ese hecho, fuera de que se debe tener en cuenta que quienes trabajan en estos oficios generalmente pasan de una obra a otra, y con el elemento material de prueba al cual renunció la delegada de la FGN, como el certificado allegado por parte del investigador Maicol Mendoza, donde el gerente de esa empresa Construcciones Dioma S.A., se certificaba que el acusado trabajaba para esa entidad desde 10 se septiembre del año 2015 y devengaba un sueldo de $1.600.000.
* Ese documento no se pudo introducir al juicio porque ese investigador fue trasladado luego de sufrir un accidente deportivo en su institución y en su informe manifestó que al consultar ante la entidad que expidió el certificado, este no tenía sede en la dirección aportada ante la EPS, toda vez que era una S.A.S., adonde se dirigió y le manifestaron que ellos realizaban las afiliaciones como empleadores, pero que no lo eran sino que actuaban como intermediarios para el pago de salud y pensión, y por lo tanto no era posible hacer comparecer al presunto empleador señor Félix Roberto López Carmona para acreditar o introducir ese certificado laboral, por lo cual se desistió de esa prueba.
* Ante el incumplimiento en sus deberes económicos y afectivos por parte del procesado, la sentencia recurrida se erige en una burla a la protección especial que establece la legislación con respecto a los menores de edad, fuera de que de la lectura del artículo 129 del C.I.A, se concluye que el legislador pretende garantizar la fijación de una cuota alimentaria acudiendo a la presunción *iuris tantum* sobre el ingreso de un salario mínimo para fijar la obligación alimentaria a favor del menor.
* Se debió aplicar lo dispuesto en la sentencia T-502 de 1992 de la Corte Constitucional, donde se dijo lo siguiente: *"…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 inconvenientes graves razonables, aceptables en el medio y ajenos al querer del obligado.*

*Es así como en materia penal, en la Inasistencia alimentaria, se debe establecer que incurre en responsabilidad penal quien se sustrae sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos… Frente a esto la Corte ha señalado que al tratarse de una conducta activa que exige dolo o intención. Su inobservancia del deber queda justificada si se produjo como efecto de un acontecimiento que imposibilite su cumplimiento o que lo excusaba temporalmente…”.*

* No se puede aceptar que el acusado hubiera estado desempleado durante 16 años, como para sustraerse todo ese tiempo al cumplimiento de esa prestación alimentaria y sus deberes afectivos con su hijo y no prestarle ninguna ayuda, para lo cual se debe tener en cuenta que el menor afectado fue reconocido por su padre y que 9 años después de su nacimiento, fue buscado por la madre del niño ante su carencia de recursos ante la muerte de su madre y que en una Comisaría de Familia se le fijó una cuota mínima al procesado, por valor de $50.000 mensuales en favor de su hijo, al igual que asumir sus gastos de educación de principio de año (útiles y uniformes), acta que fue firmada por el acusado y que demuestra que no se le estaba pidiendo una suma considerable, sino lo necesario para sufragar los gastos esenciales de su descendiente, pese a lo cual el señor Domínguez hizo caso omiso de ese requerimiento, por lo cual la señora Bolaños debió formular la denuncia que le dio origen al presente juicio, dentro del cual el incriminado tampoco cumplió con sus deberes alimentarios, lo que demuestra su conducta dolosa, dirigida a sustraerse al pago de esa prestación.
* Citó lo decidido por esta Sala sobre el tema, en providencia del 10 de mayo de 2011 en el radicado No 6600160000362009-02337 con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque.
* En consecuencia solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia.

**5.2 Apoderada de víctimas (recurrente)**

* En lo esencial coincide con la argumentación de la delegada de la FGN, a efectos de pedir la revocatoria del fallo impugnado.

5.4 Defensor del procesado (no recurrente)

Pidió la confirmación de la sentencia recurrida, con base en la siguiente argumentación:

* La señora Luz Danery Bolaños indicó que en el mes de diciembre del año 2013 o en enero de 2014 formuló una denuncia por los hechos.
* Acerca de la fecha de comisión de la conducta denunciada y pese a que de alguna manera trató de acomodarse la respuesta (por parte de uno de los sujetos procesales), fue clara en manifestar que los hechos devienen del 01 de diciembre de 2013 según el documento que reconoció.
* Seguidamente dijo que no se habían adelantado otros acuerdos conciliatorios posteriores a esta fecha con el procesado, pero que si existió una actuación de ese tipo que se adelantó en el mes de agosto de 2009, según el acta de conciliación que se trajo al juicio, donde al parecer se fijó una cuota alimentaria a cargo de su representado, con la salvedad que se trató de la determinación de una mesada y no de temas relacionados con la fijación de la custodia y cuidado del menor o de su régimen de visitas, como falazmente lo indicó la testigo en juicio.
* Tampoco resulta ser cierto que en el documento suscrito el 05 de agosto de 2009 se le hubiera impuesto una obligación adicional al señor Domínguez, en el sentido de que su hijo debía pasar un fin de semana con él.
* Si bien es cierto que el acusado tiene la obligación de cumplir con la prestación alimentaria en favor de su descendiente, se debe tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia C- 237 de 1997 M. P. Carlos Gaviria Díaz que se refiere al tema de la capacidad económica del obligado a suministrar alimentos, situación que no fue demostrada en el proceso.
* No se demostró que su representado hubiera estado en capacidad de asumir la prestación alimentaria debida a su hijo. Además de los testimonios entregados por la madre de la víctima y su tía, se desconoce si el incumplimiento ha sido por toda la vida del menor, si fue desde el año 2009, o con posterioridad, ya que según lo manifestado por la progenitora del menor, el no pago de la obligación alimentaria empezó el 1 de diciembre de 2013 y se supone que de ahí en adelante es que el acusado adeuda esa prestación.
* La FGN no probó que el señor Domínguez estuviera laborando durante ese tiempo y además la madre del menor B.D.D.B. dijo que el procesado también tenía otros dos hijos menores, por lo cual es posible que sus escasos ingresos que si se quieren presumir en un salario mínimo legal (según la presunción legal invocada en la argumentación de las recurrentes), debieran ser destinados a esos infantes con los cuales también tenía esa obligación.
* En el juicio no se probó lo concerniente a las sumas que realmente se debían por concepto de cuotas alimentarias, ya que si se hace un cálculo matemático a partir del acta de conciliación del año 2009 que presuntamente fija una cuota de $50.0000, si se va a tener en cuenta esa conciliación, para el 01 de diciembre de 2013 (fecha de los presuntos hechos) en adelante, lo que presuntamente se adeudaba ni siquiera asciende al valor que se indicó en la imputación, la acusación o lo declarado en juicio, porque en esa acta tampoco consta que la cuota se aumentaría anualmente con base en el IPC.
* En consecuencia y de acuerdo con lo manifestado por la madre del menor, al parecer ese cómputo lo hizo la delegada de la FGN, ajustando los valores de IPC, lo que no estaba pactado.
* Frente a la capacidad económica del procesado, ni la madre del menor ni su tía Luz Mila, tenían conocimiento sobre esa situación y la señora Luz Danery solamente dijo haberle escuchado a Jorge Arlén que estaba trabajando en labores de construcción. Por su parte la señora Luz Mila dijo que el acusado nunca había cumplido con el pago de sus cuotas alimentarias, pero su afirmación resulta contradictoria ya que tan solo vio al señor Jorge Arlén hace 16 años y la misma testigo indica que solamente vivió tres años con la madre del menor afectado con el impago de las cuotas alimentarias y no tuvo conocimiento de contactos del acusado con ella. A su vez esta testigo en la mayoría de sus respuestas dijo que no le constaban los hechos; que lo único que sabía es que Luz Danery vivió con ellas tres años de su vida y que esto fue entre los 2 y 5 años de vida del menor, pero según lo que se probó en juicio el incumplimiento se empezó a presentar a partir del mes de diciembre de 2013, cuando el niño contaba con 12 o 13 años de vida y no con 8 que fue lo que se indicó en las audiencias de imputación y acusación.
* Con el informe que se introdujo con la investigadora Paola Álvarez, se comprobó que su representado no poseía bienes que estuvieran sujetos a registro y que para la fecha de ese informe estaba desempleado, lo que la misma funcionaria corroboró con un hermano del procesado. Fuera de lo anterior no existe ninguna prueba adicional que acreditara el cumplimiento de alguna actividad laboral del incriminado, a efectos de desvirtuar que se estuviera sustrayendo de manera dolosa a las obligaciones filiales con su hijo.
* Las testigos Luz Danery y Luz Mila Bolaños dijeron que el procesado tenía otros dos hijos, lo que refuerza la argumentación de la *A quo* sobre su incapacidad económica para atender el pago de la prestación adeudada a su descendiente B.D.D.B. al carecer de un trabajo, lo que se demostró mediante estipulación probatoria, fuera de que en este caso no existió claridad en el contexto fáctico de la imputación y la acusación, ni la denunciante supo indicar realmente desde que fecha se estaba presentando el incumplimiento en el pago de las mesadas.
* En este caso no se deben atender las razones invocadas por la Fiscal recurrente para justificar los motivos por los cuales se renunciaba al testigo de acreditación de certificaciones laborales y otras labores investigativas encaminadas a demostrar la capacidad económica del acusadoo, ni se podía invertir la carga probatoria, para atribuirle responsabilidad al procesado, ya que esa situación tenía que ser demostrada por la FGN, en lo relativo al dolo con que actuó para sustraerse a sus deberes alimentarios y no se puede aplicar en su contra la presunción de que devengaba un SMLMV, máxime si de lo dicho por los testigos de la FGN se deduce que el encartado no tenía bienes, ni estaba laborando para el 1 de diciembre de 2013 y que al tener otros dos hijos, posiblemente esa situación pudo haber influido para que no pudiera suministrar la prestación reclamada en favor de su hijo B.D.D.B.
* Finalmente citó la sentencia C- 327 de 1997 de la Corte Constitucional donde se indica que al no demostrarse el dolo, no debe atribuirse ningún tipo de responsabilidad penal, a efectos de pedir la confirmación de la sentencia recurrida.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES**

**6.1. Competencia**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2. Problema jurídico a resolver**

Se contrae a decidir el grado de acierto de la decisión adoptada por el juez de primera instancia, quien absolvió al procesado Jorge Arlén Domínguez Dorado (en adelante JADD), por el delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de su hijo BDDB, por el cual fue convocado a juicio por la FGN.

6.3 En atención al contexto fáctico del escrito de acusación se tiene que según la denuncia presentada por la señora Luz Danery Bolaños el 15 de enero de 2014: i) el acusado era el padre de su hijo BDDB y nunca había cumplido con las obligaciones alimentarias que debía asumir con este, por lo cual lo demandó inicialmente cuando el menor tenía 8 años, sin obtener ningún resultado; ii) su hijo sufre problemas respiratorios y retardo mental leve por lo cual requiere atención especializada, que no está en capacidad de asumir; ii) el 5 de agosto de 2009 le fijaron una cuota alimentaria al señor JADD (se entiende que de $50.000 mensuales), que nunca canceló, por lo cual adeuda $5.490.433 por ese concepto.

6.4 En atención a la imputación jurídica formulada contra el procesado, y la argumentación de la recurrente frente a la sentencia absolutoria de primer grado, la Sala abordará el estudio del tema de la materialidad de la conducta y de la responsabilidad del acusado.

6.5 En principio hay que hacer referencia a la conducta punible por la cual fue acusado el señor JADD, cuyos supuestos de hecho y de derecho son los siguientes:

*“Art. 233 Modificado Ley 1181 de 2007. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.*

*Parágrafo 1. Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente (únicamente) al hombre y mujer que forman parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.*

*Parágrafo 2. En los eventos tipificados en la presente ley se podrá aplicar el principio de oportunidad.”*

6.6 En el canon 233 del CP se estableció la correspondiente consecuencia jurídica para la persona que realice el supuesto de hecho allí descrito, es decir, que se sustraiga sin justa causa a la prestación alimentaria debida a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero permanente, con lo cual se busca proteger a la familia, garantizando la asistencia para el beneficiario, de manera que al juez de conocimiento le asiste el deber de verificar si existe dicha obligación y si el obligado en efecto la incumplió sin que concurra alguna causal eximente de responsabilidad.

6.7 Tradicionalmente la jurisprudencia pertinente sobre la materia ha definido este tipo penal como de conducta permanente y de tracto sucesivo, en virtud de que el proceso de consumación comienza con el incumplimiento de la prestación debida y se prolonga durante todo el lapso que dure la omisión, de manera que durante el tiempo en el cual el alimentante evade ese deber, el delito se está consumando.

6.8 Como dentro de los elementos estructurales del tipo en mención, el legislador incluyó el ingrediente normativo “sin justa causa”, la jurisprudencia ha precisado los alcances de ese concepto jurídico, así:

*“Es de destacar que la expresión "sin justa causa", es considerada por un sector de la doctrina como un elemento superfluo, producto de una falta de técnica legislativa, que en nada modifica la descripción de la conducta, pues se refiere a la misma exigencia de la antijuridicidad, en tanto que para otros autores, es un elemento normativo del tipo que permite al juez eximir de responsabilidad a quien incurra en la conducta de inasistencia alimentaria, con fundamento en causales legales o extralegales, distintas a las de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, y que impiden al obligado la satisfacción de su compromiso, a pesar de su voluntad.*

*Cualquiera sea la postura dogmática que se asuma, lo cierto es que la carencia de recursos económicos no sólo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino -a fortiori- la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (art. 40-1 Código Penal); en consecuencia, tampoco este último cargo está llamado a prosperar…*

*El verbo "sustraer", que constituye el núcleo de la conducta punible, expresa la idea de separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir ésta. Es una conducta activa, maliciosa, claramente regulada, de modo que deja de incriminarse cuando ocurren descuidos involuntarios o cuando se presentan inconvenientes de los que pueden incluirse dentro de las justas causas.*

*Se entiende por justa causa todo acontecimiento previsto en la ley, o existente fuera de ella, que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente, y cuya realización desintegra el tipo penal.*

*También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compromisos a pesar de que no quiere actuar de esa manera*…”[[1]](#footnote-1)

6.9 Por disposición constitucional, los derechos de los niños, niñas y adolescentes son prevalentes sobre los derechos de los demás. De igual forma, la norma superior consagra como derecho fundamental de los niños, el de tener una alimentación equilibrada[[2]](#footnote-2), cuyo proveimiento corresponde en primer lugar a sus progenitores de forma solidaria.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006-, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, sicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. (Subrayas no originales).

Este mismo canon indica que debe entenderse como alimentos, así: “*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”*

6.10 En este caso la FGN dirigió su actividad probatoria a demostrar la responsabilidad penal del señor JADD, quien presuntamente se sustrajo de la obligación de alimentos que tiene para con su hijo BDDB, incurriendo en la conducta omisiva descrita en el artículo 233 del CP, lo que obliga examinar de forma detallada la prueba testimonial y documental legalmente aducida al proceso.

6.11 Inicialmente hay que manifestar que no existe duda sobre la paternidad del inculpado respecto del menor BDDO, lo que se comprobó con la prueba idónea, como la copia del registro civil de nacimiento del citado menor, que se introdujo con su madre Luz Danery Bolaños[[3]](#footnote-3), hecho que no fue controvertido por el Defensor del procesado. En esos términos, resulta claro el primer presupuesto sobre la obligación legal de alimentos que recae sobre el señor JADD.

6.12 Adicionalmente hay que manifestar que la delegada de la FGN y la defensa estipularon el informe rendido por la investigadora Paola Andrea Alvarez del 1 de julio de 2014, junto con sus documentos anexos[[4]](#footnote-4), que en lo que interesa a esta decisión se relaciona con: i) una entrevista recibida a la señora Luz Danery Bolaños[[5]](#footnote-5); i) el estudio sobre la capacidad económica del procesado; iii) verificaciones sobre sus certificaciones laborales y sobre la constancia de la Oficina de Registro de II y PP de Dosquebradas en el sentido de que el acusado no aparecía como titular de bienes en esa dependencia; y iv) la información recibida del señor Wilson Domínguez, hermano del procesado, en el sentido de que para la fecha del informe el señor Jorge Arlén Domínguez Dorado no estaba trabajando.

6.13 En lo relativo al *non faccere* atribuido al procesado frente a los deberes alimentarios que tenía con su hijo BDDB, la principal prueba de cargos viene a ser el testimonio entregado por la señora Luz Danery Bolaños, del cual se desprende la siguiente información relevante: i) es la madre del menor BDDB, quien para la fecha de su testimonio tenía 16 años de edad y cursaba estudios en un programa especializado para con niños con discapacidad de Cafam en el “Gimnasio Risaralda” de esta ciudad; ii) el padre de su hijo es el señor JADD; iii) para buscar el pago de las cuotas alimentarias adeudadas por el acusado, se inició un primer proceso ante el ICBF que no dio resultado; luego se tramitó otra actuación ante una Comisaría de Familia y después ante la FGN; iv) la señora Bolaños reconoció la denuncia que presentó contra el acusado el 15 de enero de 2014 por el delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de su hijo B.D.D.B, que fue admitido como prueba, donde fijó como fecha de los hechos el 1 de diciembre de 2013[[6]](#footnote-6); v) acreditó el parentesco de su hijo con el acusado con el registro civil de nacimiento, al cual se refirió donde aparece que este es hijo de JADD, igualmente admitido como evidencia para el juicio[[7]](#footnote-7); vi) la última oportunidad en que acudió ante las autoridades fue en el año 2009 ante una Comisaría de Familia, donde el acusado se comprometió a entregar $50.000 mensuales en dos cuotas quincenales de $ 25.000, más la cuota extra de navidad y todo lo referente al estudio de su hijo; vii) hizo referencia a la copia de ese documento que se le exhibió, de fecha 5 de agosto de 2009 que fue admitido como prueba 3 de la FGN*[[8]](#footnote-8)*; viii) el señor JADD no cumplió con el pago de la cuota alimentaria que se acordó en el año 2009 y por ese concepto le adeuda aproximadamente $6.000.000, según lo que le dijo una funcionaria de la FGN; ix) para la fecha en que se hizo ese convenio el padre de su hijo trabajaba en labores de construcción; x) el acusado nunca ha velado por su hijo, por lo cual tuvo que hacerse cargo de su mantenimiento. Tuvo el apoyo de su madre hasta el año 2008 y luego de ese año le correspondió asumir sola esa responsabilidad; xi) denunció al padre de su hijo en la FGN a partir del año 2014 por el delito de inasistencia alimentaria, ya que no estaba en capacidad de asumir la manutención del menor, quien tiene diagnóstico de retardo mental leve, problemas de hiperactividad y de atención lo que genera muchos gastos como un SMLMV por terapias, a las cuales hay que llevarlo 3 o 4 veces, mas erogaciones por educación, ropa y alimentos; xii ) el señor JADD ha incumplido con su prestación alimentaria, prácticamente desde el nacimiento de su hijo, sin que conozca los motivos por los cuales se ha sustraído a esa obligación; xiii) ha recibido apoyo de algunas instituciones del Estado para sufragar esos gastos que demanda la educación especializada de su hijo; xiv) no ha tenido ningún acercamiento con el procesado, quien además no visita a su hijo; xv) para la fecha de su declaración no tiene conocimiento sobre si el señor Domínguez se encuentra trabajando, ni sabe si este presenta alguna limitación física o mental que le impida hacerlo; y xvi) cuando formuló la denuncia tenía conocimiento de que el padre de su hijo estaba trabajando en oficios de construcción, según lo que dijo el señor JADD en esa diligencia.

6.13.1 Esta prueba de incriminación fue complementada parcialmente con lo dicho por la testigo Luz Mila Bolaños, así: i) es tía de la denunciante Luz Danery Bolaños, madre del menor BDDB; ii) al señor JADD, padre del menor lo ha visto dos o tres veces cuando Luz Danery y la mamá vivían en Camilo Torres; iii) conoce al acusado por ser el padre del citado menor, desde que la señora Luz Danery estaba en embarazo, es decir, hace aproximadamente 17 años; iv) ha escuchado que el acusado tiene otros hijos; v) el señor JADD nunca le ha ayudado al menor BDDB y su sobrina Luz Danery es quien ha respondido por la manutención del menor, laborando en oficios varios; vi) el acusado solo tuvo contacto con el menor hasta que este cumplió un año de vida; vii) no tiene conocimiento sobre si el señor Domínguez haya padecido alguna enfermedad que le impida trabajar, pero ha escuchado que este labora en oficios de construcción, lo cual no le consta, ni tampoco sabe porque no le colaboraba a su hijo; viii) no sabe si el acusado ha buscado a la madre del menor para asumir su responsabilidad como padre, la cual nunca ha asumido; ix) la señora Luz Danery y el menor BDDB han convivido con su señora madre y algunas de sus hermanas; x) el menor BDDB cumplió 16 años en el mes de septiembre del año anterior a su declaración; xi) no ha tenido mayor comunicación con JADD, ya que no lo ve hace 17 años; y xii) reiteró que el señor Domínguez tenía unas hijas con quienes compartía el menor BDDB, en la casa de su abuela paterna[[9]](#footnote-9).

6.14 En el caso *sub examen,* la juez de primer grado consideró en lo esencial, que pese a que estaba demostrado que el acusado JADD estaba obligado a suministrar alimentos a su hijo BDDB, la FGN no acreditó que el acusado hubiera percibido ingresos económicos que le hubieran permitido satisfacer esa prestación, para lo cual tuvo en cuenta que: i) de una parte no se probó que este tuviera algún bien o hubiera tenido un trabajo, ya que a los testigos del ente acusador no les constaba nada al respecto; ii) la misma delegada de la FGN afectó su pretensión en el juicio, ya que renunció al testimonio del investigador Maicol Manuel Mendoza, con quien habría podido probar la capacidad económica del procesado, e hizo lo mismo con la declaración que iba a rendir el señor Félix Roberto López Carmona, quien le había expedido un certificado laboral del acusado al mismo investigador Mendoza; y iii) por lo tanto, y en razón de las falencias investigativas del ente acusador, al no haberse demostrado que el acusado hubiera incurrido de manera voluntaria en la conducta omisiva denunciada, se presentaban dudas sobre su responsabilidad que obligaban a proferir una sentencia absolutoria en su favor, aplicando el principio del *In dubio pro reo.*

6.15. Sin embargo, y en atención al principio de necesidad de prueba, esta Sala considera que el caso en estudio, se puede concluir que la FGN acreditó tres situaciones sustanciales así: i) que el menor DBBD era hijo del acusado; ii) el incumplimiento permanente del señor JADD en el pago de las obligaciones alimentarias contraídas con su hijo BDDB; y iii) que para el 5 de agosto de 2009, el procesado desempeñaba una actividad productiva.

Con respecto a esta última conclusión, debe decirse que según el acta levantada en esa fecha ante la Comisaría de Familia de Dosquebradas, el acusado manifestó: *“...yo le colaboraría con la suma de CINCUENTA MIL PESOS MENSUALES ...porque tengo dos hijos más menores de edad, de nombres Lizeth Yesenia y Laura Vanessa, de 5 y 3 años de edad respectivamente, además trabajo en construcción y gano el mínimo y a veces no tengo trabajo y asumirá los gastos de educación de principio de año (uniformes y útiles escolares)”,* pactándose que esas cuotas serían pagadas a partir del 30 de agosto de 2009; que el señor JADD entregaría en especie el equivalente a $50.000 a su hijo el 20 de diciembre de cada año, y que la cuota alimentaria sería incrementada según el incremento anual que tuviera el SMLMV.

6.16 Ahora bien, pese a que y como se señaló en la sentencia recurrida, la actividad probatoria desplegada por el ente acusador para acreditar la capacidad económica del procesado no se materializó totalmente en el juicio, en vista de que la delegada del ente acusador renunció a los testigos que podrían arrojar mayores luces sobre la actividad económica del procesado, o como el investigador Maicol Manuel Mendoza y el señor Félix Roberto López Carmona, de quien se dijo había sido empleador de JADD, queda claro que al menos para la fecha en que se realizó la precitada conciliación, el incriminado laboraba en actividades de construcción y seguramente en atención a sus ingresos y al hecho de tener que sostener dos hijas, realizó esa mínima oferta a la señora Luz Danery Bolaños madre del menor afectado, quien fue clara en manifestar en el juicio que pese a haber aceptado ese ofrecimiento, el señor JADD no cumplió con ninguno de esos pagos, siendo más precisa la denunciante al informar en una entrevista del 16 de junio de 2014, referida en el informe de la investigadora Paola Álvarez que fue objeto de estipulación, que el padre de su hijo prestaba sus servicios en la empresa ARP Constructores en la ciudad de Ibagué.[[10]](#footnote-10)

6.17 En consecuencia la Sala concluye que al menos en ese período específico, y ante la manifestación del procesado en la audiencia de conciliación celebrada el 5 de agosto de 2009, sobre el trabajo que desempeñaba y lo que podía aportar para el sostenimiento de su hijo BDDB, no se podría predicar la existencia de una justa causa que llevara al señor JADD a sustraerse totalmente a la obligación alimentaria asumida con su hijo.

6.18 En ese sentido resulta pertinente recordar lo indicado por la Corte Constitucional sobre el deber de solidaridad en lo atinente a las obligaciones alimentarias, en los siguientes términos:

*“..Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental[[11]](#footnote-11).*

*Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria, cuyo origen ha explicado la Corte en los siguientes términos:*

*"La sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular "la solidaridad comienza por casa", tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)"[[12]](#footnote-12) [[13]](#footnote-13).*

En la misma decisión, el máximo tribunal constitucional dejó sentado que:

*“…El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad 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…”[[14]](#footnote-14)*

6.19 Por lo tanto en este caso concreto encuentra esta Colegiatura que con las pruebas presentadas por el ente acusador, se lograron demostrar los aspectos sobre los que recae la obligación alimentaria, ya que de un lado, no hay duda con respecto a la necesidad del menor beneficiario de recibir el aporte de su padre, en lo que tiene que ver con alimentos, vestido, educación y recreación y del otro se cuenta con prueba de que para la época de la conciliación que fue incumplida totalmente por JADD, este podía atender a la prestación alimentaria en la cuantía pactada con la madre del menor BDDB que para ese entonces tenía 8 años de edad, situación que no fue desvirtuada por la defensa, para ese período específico, sin que para ello resulte relevante que la madre del menor hubiera formulado su denuncia el 15 de enero de 2014, ya que en ese acto la señora Luz Danery hizo una referencia específica a la demanda que presentó cuando el menor BDDB tenía 8 años de edad, que se entiende se originó precisamente en el incumplimiento total de la mencionada conciliación del 5 de agosto de 2009 de la Comisaría de Familia de Dosquebradas

6.20 En consecuencia y como en el presente caso se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta y responsabilidad del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, en lo relativo al período de sustracción al cumplimiento de la prestación alimentaria que se encuentra demarcado por la conciliación efectuada el 5 de agosto de 2009, ante la Comisaria de Familia de Dosquebradas, esta Corporación revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar condenará al señor JADD, como responsable de la conducta punible de inasistencia alimentaria cometida en perjuicio de su hijo BDDB.

**7. DOSIFICACIÓN DE LA PENA**

Para dosificar la pena a imponer al procesado se atenderá lo dispuesto por los artículos 60 y 61 del Código Penal, que señalan los parámetros que se deben tener en cuenta para la determinación de los mínimos y los máximos punitivos y los fundamentos para individualizar la pena.

7.1 En atención a la conducta que se atribuye al señor JADD se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 233 inciso 2º del CP, que establece que la pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor. Frente a este delito el ámbito punitivo de movilidad es de 40 meses, que al dividirlo en cuartos corresponde a 10 meses. En consecuencia, los cuartos de pena de prisión se fijan así:

PRIMER CUARTO: De 32 a 42 meses de prisión

CUARTOS MEDIOS: De 42 meses y 1 día a 62 meses de prisión

CUARTO MÁXIMO: De 62 meses y 1 día a 72 meses de prisión.

Los cuartos de la pena de multa quedan así

PRIMER CUARTO: De 20 a 24,375 SMLMV

CUARTOS MEDIOS: De 24,375 a 33,125 SMLMV

CUATO MÁXIMO: De 33,125 a 37,5 SMLMV

7.2 Al no concurrir ninguna causal de mayor punibilidad, se partirá del límite inferior del primer cuarto de pena es decir de 32 meses de prisión y multa de 20 SMLMV siguiendo los lineamientos del inciso 2º del artículo 61 del CP.

7.3 Igualmente se condenará al procesado a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por lapso igual al de la pena principal.

8. SOBRE SUBROGADOS PENALES:

8.1 En el caso del señor JADD, resulta necesario hacer un análisis especial sobre el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, por las siguientes razones:

8.2 Los artículos 193-6 del C.I.A, al igual que su artículo 199 Ibídem, son normas especiales, que se encuentra dentro del título II, capítulo único de ese estatuto denominado “*Procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos*”, lo que determina el componente teleológico de esas disposiciones.

8.3 Al no existir ninguna norma posterior que hubiera modificado de manera más favorable el artículo 193 -6 de la ley 1098 de 2006, se impondría la aplicación de esa regla al caso *sub examen,* que prohíbe la concesión del subrogado previsto en el artículo 63 del C.P: *“…cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.”.*

8.4 Sobre el tema hay que mencionar que en decisión de esta Colegiatura del 1º de marzo de 2017, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, dentro del proceso adelantado contra el ciudadano Leonardo Fabio Gil Ospina, por el delito de “inasistencia alimentaria”, se dijo 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[[15]](#footnote-15), 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”. [[16]](#footnote-16) –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.* ( Subrayas ex texto)

*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).” [[17]](#footnote-17) –Subrayado del Tribunal*-

8.5 En el caso *sub lite,* resulta evidente que en aplicación del articulo 193-6 del C.I.A., (que no está deferido a la jurisprudencia vigente sobre la materia), el señor JADD no podría ser beneficiado con la condena de ejecución condicional al no estar demostrado que canceló el valor de los perjuicios a la víctima, pero deberá cumplir la pena impuesta bajo la figura de prisión domiciliaria, tal y como se expuso en la decisión de esta Sala que se citó en el apartado anterior, frente a lo cual le queda la posibilidad de hacer ese pago, para acceder al subrogado previsto en el artículo 63 del CP.

8.6 Finalmente cabe advertir que en el caso del señor JADD, no resulta aplicable lo dispuesto en CSJ SP del 15 de noviembre de 2017, radicado 49712, donde se concedió el subrogado previsto en el artículo 63 del C.P. a una persona sentenciada por la violación del artículo 233 del C.P., ya que el contexto fáctico del caso analizado en esa decisión, tenía que ver con la situación de un procesado que pese a haber sido sentenciado por la violación de esa norma de mandato, se encontraba cumpliendo con sus deberes alimentarios, para la fecha de sustentación del recurso de casación, según se infiere de las consideraciones de esa providencia, en cuyos apartes relevantes se dijo lo siguiente:

(...)

*Cargo segundo.*

*Esta censura se relaciona con la interpretación y aplicación del artículo 193-6 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, que es del siguiente tenor:*

*Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los delitos. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:*

*(…)*

*6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.*

*(…)*

*La disposición que antecede contiene un mandato que le impide al juzgador aplicar el principio de oportunidad y el subrogado de la condena de ejecución condicional cuando el beneficiario de esos institutos no haya indemnizado los perjuicios ocasionados a los menores que sean víctimas del delito por el que se procede.*

*Pese al carácter general e imperativo de la norma en cuestión, cabe acotar que en la exposición de motivos de la actual Ley 1098 de 2006 solamente se hizo referencia, en el acápite correspondiente a “Los niños y las niñas víctimas de delitos”, a la deuda que el país tenía “(…) con los niños y las niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces (…)”como razón de ser de la implementación de medidas como la examinada (Gaceta del Congreso n.° 551 del 23 de agosto de 2005, página 31). E, indudablemente, dentro de la categoría aludida no se inscribe el delito de* *inasistencia alimentaria.*

*Pues bien, teniendo en cuenta esa situación, que en el evento en examen el procesado, según lo informó su defensor en la audiencia de sustentación, sin ser objetado por la Fiscalía o la representación judicial de las víctimas, actualmente está satisfaciendo cumplidamente su obligación alimentaria y que debe continuar haciéndolo, pues sus hijos en la actualidad tienen 11 y 10 años de edad, la Sala encuentra razonable permitirle acceder al sustituto previsto por el artículo 63 del Código Penal.*

*Lo anotado, para no terminar tanto el acceso que hoy tiene Leonardo Iván Agudelo Hernández a una fuente de ingresos, imposibilitándole hacia el futuro el cumplimiento de la obligación alimentaria, como el contacto regular que mantiene con sus hijos, regulado conforme a la separación y al régimen de visitas acordado.*

*La determinación que se anuncia tiene en cuenta la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, esto es, el reconocimiento de que son sujetos de derechos, la garantía del cumplimiento de estos y la prevención de la amenaza o vulneración de los mismos (artículo 7° de la Ley 1098 de 2006), así como también la protección de su interés superior, que obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos (artículo 8° ibídem).*

*En ese orden de ideas, se colige que la privación de la libertad del progenitor de los menores G.A.A.C. y T.M.A.C., dadas las repercusiones que tiene y que se señalaron en precedencia, implica* *para éstos la afectación de los siguientes derechos consagrados en la Ley 1098 de 2006:*

*Artículo 17. Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano. (…) La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.*

*Artículo 22.Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. (…).*

*Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. (…).*

*Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. (…).*

**9. CONSIDERACIÓN ADICIONAL SOBRE LA NO CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA ESTA DECISIÓN.**

9.1 En la sentencia CSJ SP del 4 de diciembre de 2017, radicado 47716 M.P. Eyder Patiño Cabrera, se hicieron las siguientes consideraciones:

“(…)

*Al descender al caso concreto, la Sala encuentra que la decisión del Tribunal de dar cabida al recurso extraordinario de casación, en lugar del ordinario de apelación, no contraría el ordenamiento jurídico interno, ni quebranta el derecho a la impugnación de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia.*

*Recuérdese que con ocasión del pronunciamiento de las sentencias de la Corte Constitucional, C.C. C-792-2014, mediante la cual se declaró la inexequibilidad de varios artículos de la Ley 906 de 2004 por déficit normativo y, C.C. SU-215-2016, que delimitó los efectos y alcances de la anterior, esta Sala ha venido sosteniendo (CSJ AP258-2017, 25 en 2017, Rad. 48075) que el único recurso que procede actualmente contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores en segunda instancia, es la casación.*

*Las razones que ha expuesto para sustentar esta postura han sido fundamentalmente dos. Una, que la normatividad procesal penal vigente no prevé contra esta clase de decisiones recurso distinto al de casación. Y dos, que la orden de implementación por vía judicial de una impugnación especial que supla el déficit normativo advertido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792/2014, resulta irrealizable, porque implicaría crear nuevos órganos judiciales, redefinir funciones y redistribuir competencias, labor que por su naturaleza y alcances sólo podría adelantar el Congreso de la República.(*

*Complementariamente ha dicho que las afirmaciones que se hacen en el sentido de que la casación en el sistema colombiano no satisface los estándares exigidos para la garantía del derecho a la impugnación, son infundadas, porque nuestra legislación, contrario a lo que ocurre con otros sistemas procesales, consagra un modelo de casación abierto, ampliamente garantista, que permite recurrir todas las sentencias dictadas por los tribunales en segunda instancia, por conductas constitutivas de delito, y adicionalmente a ello, cuestionar sus fundamentos fácticos, probatorios y normativos. Los primeros, a través de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, y los últimos, a través de la causal consagrada en el numeral primero ejusdem.*

*Además, porque el procedimiento casacional le otorga a la Sala las facultades de, (i) superar los defectos de la demanda cuando advierta necesario estudiar el caso para la realización de los fines del recurso, y (ii) realizar casaciones oficiosas cuando encuentre que se han vulnerado garantías fundamentales, institutos que le permiten intervenir en procura de hacer efectivo el control constitucional y legal de la decisión y por esta vía asegurar la realización de los fines del recurso.*

*(Sostener, por tanto, que la casación en el modelo colombiano no es eficaz para garantizar una impugnación integral, entendida por tal, la que permite el escrutinio amplio de los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos de la decisión, es una afirmación que no consulta los contenidos y alcances del recurso, porque, como se ha dejado visto, todos estos aspectos pueden ser controvertidos por el procesado, y adicionalmente a esto, la Sala cuenta con facultades especiales, no previstas para la apelación, que le permiten intervenir motu proprio con el fin de corregir situaciones no alegadas por el impugnante.*

*Por otra parte (CSJ AP1467-2017, 8 mar. 2017, Rad. 49826), también se ha dicho:*

*1. En la Sentencia C-792 de 2014 [...] la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad “con efectos diferidos” de varios artículos de la Ley 906 de 2004, relacionados con la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias y exhortó al Congreso de la República para que en el lapso de un año, contado desde la notificación por edicto de ese fallo, regulara de manera integral el particular. Así mismo, señaló que vencido ese término, de no hacerlo, debía entenderse que procedía “la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena”.*

*2. El edicto a través del cual se notificó la Sentencia C-792 de 2014 se fijó entre las 8:00 a.m. del 22 de abril de 2015 y las 5:00 p.m. del 24 siguiente, por manera que el término de un año se cumplió el 24 de abril de 2016, sin que el Congreso efectuara las reformas necesarias a la Constitución y a la ley para ajustar la legislación interna a la exigencia de doble conformidad judicial de la sentencia condenatoria penal.*

*3. En el fallo de tutela SU-215 de 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional, con el objeto de determinar el alcance de la Sentencia C-792 de 2014, precisó, entre otros, que: (i) surtía efectos desde el 25 de abril de 2016, (ii) que operaba respecto de las sentencias dictadas a partir de esa fecha o que para entonces estuviesen en proceso de ejecutoria, (iii) que aunque en ella solo se había resuelto el problema de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, debía entenderse que su exhorto llevaba incorporado el llamado al legislador para que regulara en general la impugnación de las condenas irrogadas por primera vez en cualquier estadio del proceso penal y (iv) que la Corte Suprema de Justicia, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atendiendo las circunstancias de cada caso, debía definir la forma de garantizar el derecho a impugnar el fallo condenatorio impuesto por primera vez por su Sala de Casación Penal.*

*4. La Sala Plena de Corte Suprema de Justicia, en sesión de 28 de abril de 2016, aprobó el comunicado 08/2016 en el que señaló que la pretensión de la Corte Constitucional, plasmada en la Sentencia C-792 de 2014, resultaba irrealizable porque ni esta Colegiatura, ni autoridad judicial alguna, cuenta con facultades para introducir reformas o definir reglas que permitiesen poner en práctica esa prerrogativa.*

*Y en ese mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal, en el entendido que un mandato de la naturaleza prevista en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, requiere de una reforma constitucional y legal que solo puede adelantar el Congreso de la República por cuanto implica suplir un déficit normativo que incluiría la redefinición de funciones, la creación de nuevos órganos y la redistribución de competencias, entre otros aspectos (Cfr. CSJ AP 3280-2016)*

*Por consiguiente, en el caso que se estudia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al señalar que contra el fallo de segunda instancia sólo procedía el recurso extraordinario de casación*[*(27)*](http://legal.legis.com.co/document.legis?documento=jurcol&contexto=jurcol_dcca9c6d401140fe9d794911f0b095db&vista=GRP-PC&q=&fnpipelines=DOC_HIGHLIGHTER#bf1274151e64234483a8e82787ef2598030nf9)*, ninguna vulneración de garantías fundamentales cometió, habida cuenta que, aunado al claro contenido de los fines del recurso que la normatividad reconoce, que no solo apuntan a la protección de esta clase de derechos, sino de la salvaguarda de los demás reconocidos en el ordenamiento jurídico, también, en estricto sentido, acogió lo planteado por la Alta Corporación Constitucional..”*

9.2 En atención a la decisión antes citada, debe manifestarse que la posición mayoritaria de esta Sala ha sido la de considerar que contra la primera sentencia condenatoria que se dicta en el proceso solamente procede el recurso de casación, para lo cual se debe tener en cuenta que esta Corporación en su análisis normativo y jurisprudencial, considera que las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción, también constituyen precedente judicial vinculante.

9.3 Para el efecto se cita lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub donde se dijo lo siguiente:

*“(…)*

*Pero el precedente judicial no está limitado a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que se extiende a las Altas Cortes. Al respecto en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose en general a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, reitera el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre y, al respecto, afirma:*

*Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.*

*3.7.9. Luego en  la Sentencia C-816 de 2011,  la Corporación sostuvo:*

*La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.*

*3.7.10. En una reciente decisión la Corte, en Sentencia de Unificación, se refirió con toda claridad a la importancia del precedente de las Altas Cortes, al pronunciarse sobre la causal de nulidad de sentencias vía acción de tutela por desconocimiento del precedente. Al respecto la Corte reiteró:*

*Ahora bien, como se explicó líneas atrás, cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento.*

*En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.*

*3.7.11. Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.* (Subrayas fuera del texto original).

9.4 En atención al pronunciamiento antes citado de la Corte Constitucional, esta Sala toma como punto de partida el precedente CSJ SP del 23 de octubre de 2014, radicado 39538 M.P. Eugenio Fernández Carlier, donde se manifestó lo siguiente:

*“(…)*

 *“...para proteger la dignidad y la majestad de la justicia, para aislarla de toda clase de presiones indebidas se ha reconocido autonomía e independencia en el «ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia» (artículos 5 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 228 de la Constitución Política.).*

(...)

*La autonomía y la independencia desde una perspectiva funcional tiene como fin en las decisiones de las corporaciones judiciales como órganos de cierre la libertad para definir la jurisprudencia que como precedente jurisdiccional debe orientar la administración de justicia en Colombia, en ese campo la Corte Constitucional reconoce en la sentencia C.037 de 1996 que:*

*«…al juez, por mandato de la Carta Política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y, asimismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art. 228 C.P.).*

(...)

*Que las decisiones de los órganos de cierre en la administración de justicia en el ámbito de sus competencias funcionales son intangibles,* es asunto que ya ha definido la Corte Constitucional en la sentencia C.037 de 1996 al señalar:

*«Sentadas las precedentes consideraciones, conviene preguntarse: ¿Respecto de las providencias proferidas por las altas corporaciones que hacen parte de la rama judicial, cuál es la autoridad llamada a definir los casos en que existe un error jurisdiccional? Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción; así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema de Justicia (art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (Art. 237 C.P.) y para la jurisdiccional disciplinaria a la correspondiente sala del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la Carta le confiere a cada una de esas corporaciones, quizás la característica más importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares. En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público…».* (Subrayado fuera del texto original).

9.5 De esa manera se concluye que: i) según la sentencia C-037 de 1996 donde se hizo control abstracto de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, los órganos de cierre de cada jurisdicción tienen la potestad de definir la jurisprudencia que debe orientar la administración de justicia en cada especialidad, en el ámbito de sus competencias; y ii) las decisiones de los órganos de cierre sobre esas materias son intangibles y constituyen el último pronunciamiento de la respectiva jurisdicción, unifican la jurisprudencia y definen criterios jurídicos aplicables a casos similares a efectos de garantizar la seguridad jurídica de los asociados.

9.6 Por las razones antes mencionadas esta Corporación anuncia que conforme a su posición mayoritaria, no dará trámite a ningún recurso de apelación, contra la presente sentencia, ya que esto implicaría modificar la posición mayoritaria expresada en la parte resolutiva del fallo, en el sentido de que contra esta decisión solamente procede el recurso de casación acatando los precedentes de la SP de la CSJ que fueron citados con antelación. Sin embargo, es preciso aclarar que el Magistrado Manuel Yarzagaray Bandera salvará su voto única y exclusivamente en lo que respecta a la improcedencia del recurso de apelación, contra el fallo de segunda instancia.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida el 4 de mayo de 2017 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, y en su lugar CONDENAR al señor Jorge Arlén Domínguez Dorado como responsable del delito de inasistencia alimentaria (Articulo 233 CP).

SEGUNDO: IMPONER al señor Jorge Arlén Domínguez Dorado la pena de treinta y dos (32) de meses de prisión y multa de 20 SMLMV para el año 2009, y como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

TERCERO: NO CONCEDER la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor Domínguez Dorado. En consecuencia se librará la correspondiente orden de captura en su contra. Sin embargo la medida de internación intramural será sustituida por la de prisión domiciliaria, bajo caución juratoria, para lo cual el procesado deberá suscribir la diligencia que ordena el artículo 65 del C.P.

CUARTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

**CÓPIESE, NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**(Con salvamento parcial de voto)**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de Penal, proceso No. 21023 del 19 de enero de 2006. [↑](#footnote-ref-1)
2. Art. 44 Constitución Política de Colombia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 16 C. Pruebas [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 16 a 27 C. Pruebas [↑](#footnote-ref-4)
5. La citada entrevista fue retirada de la estipulación referida. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 10 a12 C. Pruebas [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 13 C. Pruebas [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 8 C. Pruebas En ese sentido, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante decisión del 17 de noviembre de 2016, resolvió:  *“ Confirmar la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal de Conocimiento de Dosquebradas Risaralda el 19 de octubre de 2016, mediante la cual admitió unos documentos como evidencia de la Fiscalía “* Folios 70 a 73 vto. [↑](#footnote-ref-8)
9. La delegada de la FGN renunció a los testimonios de la señora Gloria Inés Garzón Osorio, aduciendo que se encontraba incapacitada por una enfermedad, e hizo lo propio con el investigador Mickel Manuel Mendoza y el Félix Roberto López Cardona, quien había expedido un certificado laboral al citado detective. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 17 C. `Pruebas [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Ver, por ejemplo la sentencia T-036 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, en la cual se admitió la exigibilidad directa del deber de solidaridad. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. Sentencia T-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ibídem. [↑](#footnote-ref-14)
15. TSP SP, 4 nov. 2016, Rad. 666876000086-2013-00056-01 [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ AP, 5 ago. 2015, Rad. 46332. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ SP, 3 feb. 2016, Rad. 46647. [↑](#footnote-ref-17)