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 – 30 de julio de 2018

Proceso:                 Penal

Delito: Inasistencia Alimentaria

Radicación Nro. : 66088 60 00 062 2015 00072 01

Procesado: DIEGO ALEXÁNDER SALAZAR HENAO

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: INASISTENCIA ALIMENTARIA / PRUEBA DE CAPACIDAD ECONÓMICA / SE ACREDITÓ / CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL / PAGO DE CUOTAS ALIMENTARIAS ATRASADAS / PROCEDE SUBROGADO / CONFIRMA PARCIALMENTE**

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 que tenía la menor beneficiaria 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 por DASH y en el período en que transcurrió el proceso en su contra, el acusado podía atender a la prestación alimentaria en la cuantía ordenada por la Comisaria de Familia de Belén de Umbría el 29 de enero de 2015, situación que no fue desvirtuada por su defensor que como se expuso anteriormente formuló varias solicitudes de aplazamiento del juicio que fueron atendidas por el juez de conocimiento a efectos de que su defendido se pusiera al día con las cuotas alimentarias adeudadas a su hija, lo cual no cumplió, pese a la tolerancia que tuvo el juez de conocimiento para que el señor DASH hiciera efectivo el pago de esa prestación.

(…)

Sin embargo, al obrar la constancia del 24 de mayo de 2018, de la FGN en el sentido de que el procesado para esa fecha ya había cancelado las cuotas alimentarias adeudadas a la menor ASSV en cuantía de $1.200.000 según lo manifestado por su progenitora Sandra Elena Vásquez Cano y conforme al escrito presentado por la apoderada de víctimas donde expone que por tal causa no solicitará la apertura del incidente de reparación integral , la Sala considera necesario reexaminar lo relativo a la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, ya que en esas condiciones se cumpliría el requisito previsto en el artículo 193-6 del C.I.A. lo que conduce a reconocer ese beneficio al procesado.

7.7 Al respecto se considera que en el caso del señor DASH 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 que había sido condenada 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:

*“(...)*

*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).”*

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 612 del veinticinco (25) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, treinta (30) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 2:07 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación** | **66088 60 00 062 2015 00072 01** |
| **Procesado** | **Diego Alexánder Salazar Henao** |
| **Delito** | **Inasistencia Alimentaria** |
| **Juzgado de conocimiento** | **Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Belén de Umbría** |
| **Asunto** | **Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 23 de mayo de 2018** |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 23 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, mediante la cual fue condenado el señor Diego Alexánder por el delito de inasistencia alimentaria a la pena de 32 meses de prisión.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con lo plasmado en el escrito de acusación, el supuesto fáctico es el siguiente:

*La señora SANDRA ELENA VASQUEZ CANO, formuló denuncia penal el día 12 de marzo de 2015, en contra del Señor DIEGO ALEXÁNDER SALAZAR HENAO por e! delito de inasistencia alimentaría, donde informa a la Fiscalía que el padre de su hija, la menor ANA SOFIA SALAZAR VASQUEZ (A.S.S.V. 5 AÑOS) se viene sustrayendo de su obligación de alimentos que le debe legal y moralmente a sus hijos, de acuerdo a !a denuncia formulada por la Señora SANDRA MILENA VASQUEZ CANO, esto viene sucediendo desde el mes de ENERO de 2015.*

*La Fiscalía Tres Local, en cumplimiento de lo establecido el artículo segundo de la ley 1542 de 2012 no citó a conciliación dado que a partir de 5 de julio de 2012 este delito dejo de ser querellable por tal motivo se obvia lo estatuido en el Artículo 522 del C.PP.*

*Dado lo anterior la fiscalía trazo programa metodológico con !a policía judicial expidiendo las respectivas ordenes al investigador asignado al despacho con el fin que este adelantara las pesquisas necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados, el cual presentó informe de investigador de campo donde relacionó todas las actuaciones desplegadas que se desarrollaron en cumplimiento a las órdenes a policía judicial, con las cuales se demuestra que en efecto el Señor DIEGO ALEXÁNDER SALAZAR HENAO, no cumple cabalmente con su responsabilidad como padre de su hija, descuidando a la misma, no solo en la parte económica sino además en la parte afectiva, y no se halló eximente de responsabilidad penal ni ninguna justa causa que lo exonerar de dicha obligación...” .*

*Luego de hacer un recuento normativo y de jurisprudencia sobre el delito de inasistencia alimentaria se expuso lo siguiente en el mismo documento:*

*Dado todo lo anterior y al encontrar elementos materiales probatorios suficientes que demuestran el incumplimiento de un padre hacia su hijo, la Fiscalía procedió a solicitar a ia judicatura, audiencia preliminar con el fin formularle imputación al Señor DIEGO ALEXÁNDER SALAZAR HENAO.*

*La Fiscalía General de la Nación a través de la Fiscalía Tres Local y ante eí Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Con Funciones de Control De Garantías se le IMPUTÓ cargos ai Señor DIEGO ALEXÁNDER SALAZAR HENAO identificado con la C.C. 1.061.369.499 como AUTOR y a título de DOLO de la conducta punible de INASISTENCIA ALIMENTARIA, contenido en el libro segundo título VI DELITOS CONTRA LA FAMILIA, CAPITULO IV. DE LOS DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA ARTICULO 233. INASISTENCIA ALIMENTARIA. Ei que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión...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”.*

2.2 La formulación de imputación se llevó a cabo el 5 de diciembre de 2016 (fl. 7), acto en el cual la FGN le comunicó cargos al señor Diego Alexánder Salazar Henao por el delito de inasistencia alimentaria.

2.3 El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Belén de Umbría asumió el conocimiento de la presente causa (fl. 14). La audiencia de formulación de acusación se celebró el 24 de abril de 2017 (fl. 21 a 22). La audiencia preparatoria tuvo lugar el 22 de mayo de 2017 (fl. 26). El juicio oral se celebró en sesiones del 24 de octubre de 2017 (fl. 42), 12 de diciembre de 2017 (fl 49), 20 de febrero de 2018 (fl. 61), 6 de marzo de 2018 (fl. 62), 9 de abril de 2018 (fl. 63), 8 de mayo de 2018 (fl. 66). La sentencia condenatoria fue emitida el 23 de mayo del año en curso (fl. 68 a 73).

2.4 El abogado que representa los intereses del procesado apeló el fallo de primer nivel (fl. 76 a 85).

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de Diego Alexánder Salazar Henao, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.061.369.499 de Viterbo, nacido el 22 de octubre de 1988 en Pacora, s hijo de José y María Edna, de ocupación oficios varios.

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

(Sinopsis)

* El juez de primer grado hizo referencia a la normatividad aplicable al caso.
* Con la prueba practicada en el juicio oral se logró demostrar la existencia del deber alimentario contraído por el procesado Diego Alexánder Salazar Henao con su hija menor ASSV, y su reiterada e injustificada sustracción al cumplimiento de esta prestación, ya que la madre de la menor le había reclamado insistentemente el pago de las mesadas atrasadas, siendo constante la desatención del acusado frente a ese deber legal, pese a que el presente juicio se suspendió en seis oportunidades, para atender sus falsas promesas de ponerse al día con sus obligaciones alimentarias, para lo cual adujo diversos pretextos.
* Hizo referencia a los componentes de la conducta investigada.
* Se demostró que la menor ASSV, tenía cinco años para la fecha en que su padre empezó a incurrir en la conducta omisiva investigada, y que debido a la escasa o casi que nula ayuda de su progenitor, ha dependido en todo de su señora madre para su subsistencia.
* El procesado nunca negó que careciera de recursos para cumplir con su cuota alimentaria establecida, pues siempre ha alegado que ha tenido algunos apuros económicos y que tiene otras obligaciones, pero no que esté incapacitado para trabajar o que carezca absolutamente de medios económicos para cumplir con esa prestación, ya que goza de buena salud, trabaja como conductor de vehículos automotores, y se supo a través de un documento aportado al juicio que en la última conciliación del día 29 de enero 2015 que resultó fallida, la cuota alimentaria fue fijada en la suma de $200.000.00.
* No se acreditó ninguna circunstancia que justificara la conducta omisiva denunciada y pese a lo aducido por su defensor, lo que se demostró fue que el acusado ha dado muestras de querer persistir en su incumplimiento, haciendo ofertas para luego desatenderlas, o cumpliendo parcialmente con el pago de algunas mesadas en favor de su hija y entregándole su vestimenta de manera ocasional, lo de que demuestra su ánimo de sustraerse a sus deberes paternos, lo que indica la existencia de un ánimo de retaliación contra su excompañera, con lo cual causó perjuicio a su hija .
* Aunque la FGN no fue muy prolija en su investigación, se demostró que el procesado estaba en capacidad de cumplir con sus deberes alimentarios, pues las veces que asistió a las audiencias dijo que laboraba como conductor de automotores, e incluso habló de préstamos de la empresa en donde laboraba, o que le iba a hacer una entidad bancaria, a efectos de solicitar el aplazamiento de las audiencias e incluso de que tenía una nueva pareja que estaba obligado a sostener, lo que en la práctica relevó a la FGN de demostrar su capacidad económica, pese a que el señor Salazar hubiera optado por no revelar los datos de la empresa donde prestaba sus servicios, situaciones que no fueron controvertidas por la defensa y solamente existió una referencia tangencial del procesado sobre algunas presuntas afugias económicas que pudo haber sufrido el señor Salazar por causa de problemas de salud.
* En este caso se debe dar aplicación a las disposiciones del CIA, en especial su artículo 192 que establece los derechos especiales de los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de delitos, en atención al principio del interés superior del menor, consagrados en la normativa nacional e internacional y en el artículo 44 de la CP.
* El procesado aceptó que disponía de los medios para cumplir con su prestación alimentaria, cuando asistió a la conciliación ante la Comisaría de Familia, expresando cual era la capacidad que tenía para cumplir con ese deber filial, que nunca manifestó haber perdido, ya que simplemente se dedicó a pedir plazos, o a hacer abonos incumpliendo con sus compromisos, lo que hacía inferir que podía cumplir con su pago, máxime si en su caso debe operar la presunción que establece el artículo 129 del C.I.A., que opera en materias civiles y penales.
* Pese a que la defensa alega que el procesado ha hecho algunas pagos parciales de sus cuotas alimentarias para plantear que no ha actuado de manera dolosa, lo real es que se demostró que su incumplimiento ha sido voluntario, al no mediar alguna situación constitutiva de fuerza mayor que le hubiera impedido atender a la manutención de su hija y estar demostrado por el contrario que su conducta recurrente era la de hacer un pago y luego sustraerse durante meses a sus deberes filiales, con lo cual vulneró el bien jurídico que es objeto de tutela legal, ya que a la fecha del fallo adeuda $3.500.000 por concepto de mesadas alimentarias en favor de su hija, lo que demuestra la reiteración de la conducta omisiva que se le atribuye.
* Al estar demostrada la tríada que conforma la conducta punible, resulta procedente dictar una sentencia condenatoria contra el señor Salazar Henao, por la violación del artículo 233-2 del CP.
* Al hacer el ejercicio de dosificación punitiva, con base en el artículo 61 del CP, se le impuso al procesado una pena de 32 meses de prisión y multa equivalente a 20 SMLMV para la fecha del fallo, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal.
* En lo que atañe a la concesión de subrogados penales el *A quo* tuvo en cuenta dos factores: i) una reciente condena que ese mismo despacho le había impuesto por la conducta de lesiones personales causadas a la madre de su hija; y ii) la naturaleza del delito por el cual fue condenado. En consecuencia consideró que en el caso del señor Salazar era necesaria la ejecución de la pena, por cual ordenó su reclusión intramural para el cumplimiento de la sanción impuesta, en atención a lo dispuesto en los incisos 1º y 2º del artículo 68-A del Código Penal, esto es por haber sido condenado dentro de los cinco (5) años anteriores por un delito doloso, y por ser sentenciado ahora por el delito de inasistencia alimentaria, que es la otra prohibición consagrada en este artículo.
* La sentencia de primera instancia fue apelada por el defensor del procesado.

**5 SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

**5.1 Defensor Del Procesado (Recurrente)**

(Sinopsis)

* No se demostró plenamente lo relativo a la capacidad económica del señor Salazar para atender al cumplimiento de sus obligaciones alimentarias lo que constituía un deber de la FGN, ya que el imputado no está obligado a probar su inocencia, de donde deviene en su favor el derecho fundamental a la presunción de inocencia y la aplicación del principio del *In Dubio Pro Reo,* como se dijo en la sentencia C- 774 de 2001 de la Corte Constitucional.
* Igualmente debe operar la garantía de no autoincriminación de la persona vinculada a una investigación penal, para lo cual hizo alusión a la sentencia C-782 de 2005 de la misma Corporación.
* Hizo referencia al principio de inmediación que establece el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 y al principio de culpabilidad que establece el artículo 12 del CP.
* En este caso la FGN no logró demostrar los elementos que estructuran la conducta punible de inasistencia alimentaria porque no se estableció que la conducta atribuida al procesado hubiera sido realizada sin justa causa, que viene a ser el ingrediente normativo de este tipo penal, o lo que es lo mismo, que se hubiera presentado un incumplimiento injustificado de las obligaciones contraídas con su hija.
* El *A quo* se equivocó al exponer en su fallo que el señor Diego Alexánder Salazar Henao participó en las audiencias que se adelantaron en el proceso, por lo cual no puede deducirse su responsabilidad a partir de su presunta intervención en esos actos procesales, o para plantear que en los mismos hizo diversas ofertas que finalmente no cumplió, por lo cual no podía edificarse un fallo condenatorio a partir del conocimiento privado del juez de conocimiento.
* El juez de primer grado incurrió en otro error al hacer mención sobre una sentencia que se había dictado contra el señor Salazar por la conducta e lesiones personales, cuando lo real es que el delegado de la FGN hizo referencia a esa decisión en la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, pero no aportó ninguna prueba sobre la existencia de ese antecedente, que fue mencionado en el fallo de primer grado como una de las situaciones que determinaba la no concesión al procesado del subrogado de la condena de ejecución condicional.
* En algunas ocasiones se hicieron acuerdos de pago con la representante legal de la víctima y su apoderada, más no todos fueron cumplidos por el acusado, lo que generó la inconformidad de la quejosa por esos incumplimientos parciales, al no entregarse en su integridad las sumas convenidas, lo que demuestra que no hubo una sustracción total del acusado frente a sus deberes filiales, para lo cual se debe tener en cuenta que incluso en una oportunidad el señor Salazar vino desde Buenaventura a entregarle una motocicleta a la madre de su hija, como parte de pago de las sumas que adeudaba y le consignó otros dineros, lo cual quedó establecido con el testimonio de la denunciante.
* No se demostró que la conducta omisiva que se le atribuyó al señor Salazar hubiera sido injustificada, ni que se hubiera sustraído totalmente al cumplimiento de sus deberes alimentarios, ya que con la escasa prueba que presentó la FGN, no se acreditó que el acusado hubiera tenido un trabajo estable que le hubiera permitido atender de manera permanente a la manutención de su hija, y por razón de su oficio como conductor había períodos en los que no percibía ingresos, lo cual podía explicar la mora en el suministro de esa prestación.
* Para la fecha de sustentación del presente recurso se tiene conocimiento de que el acusado se ha puesto al día con el pago de las obligaciones alimentarias contraídas con su hija,
* En el caso *sub lite* el juez de conocimiento invirtió los principios de prueba en materia penal, al considerar que el acusado era quien estaba obligado a probar su inocencia, cuando la carga de la prueba de la responsabilidad del procesado le corresponde a la FGN, según el artículo 7º del CPP, y como ese extremo del artículo 381 del CPP no fue demostrado, se debió dictar una sentencia absolutoria en favor del incriminado.

**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 condenó al señor Diego Alexánder Salazar Henao (en lo sucesivo DASH), por el delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de su hija ASSV, por el cual fue convocado a juicio por la FGN y le negó la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

6.3 En atención al contexto fáctico del escrito de acusación se tiene que según la denuncia presentada por la señora Sandra Milena Vásquez Cano el 12 de marzo de 2015: i) el acusado era el padre de su hija AASV; ii) desde que la citada menor tenía 5 años de edad el señor Salazar se venía sustrayendo al pago de las obligaciones alimentarias que debía asumir con su hija; iii) esa situación fue acreditada debidamente con el programa metodológico que adelantó la FGN; y iv) no existía ninguna causa que justificara la conducta omisiva atribuida al incriminado.

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 y lo relativo a la negación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en su caso.

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

*“Art. 233 CP 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 incumple 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 pertinente 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 DASH, quien presuntamente se había sustraído de la obligación de prestación de alimentos que tiene para con su hija ASSV, 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 de la menor ASSV, lo que se comprobó con la prueba idónea, como la copia del registro civil de nacimiento de la citada menor que se introdujo con su madre Sandra Elena Vásquez Cano[[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 DASH.

6.13 En lo relativo al *non faccere* atribuido al procesado frente a los deberes alimentarios que tenía con su hija, la principal prueba de cargos viene a ser el testimonio entregado por la señora Sandra Elena Vasquez Cano, madre de la citada menor, cuyos apartes relevantes son los siguientes: i) se separó del procesado por haber recibido agresiones de este; ii) desde ese momento (14 de noviembre de 2015), el señor DASH se desatendió totalmente de su hija, que tiene diversos problemas de salud; iii) hubo una actuación inicial en una Comisaría de Familia, donde DASH le dijo que le ofrecía la suma de $90.000, pero no hubo ningún acuerdo; iv) en algunas audiencias que se hicieron el acusado llevaba el dinero para comprarle a la niña sus cuadernos y sus zapatos; v) el acusado le adeudaba la cuota del mes de diciembre por valor de $1.220.000; le sumó $208.000 que costaron los zapatos y los cuadernos $160.000; la cuota de enero serian $108.000 mil pesos, y lo que resta de febrero, marzo y $1.000.000 que debe darle en diciembre; vi) la cuota fijada en la Comisaria de Familia fue de $200.000 mil mensuales; vii) teniendo en cuenta los acuerdos a los que han llegado y los $2.000.000 de marzo, el acusado le debía por ese concepto $3.555.000 y a partir de ahí debe seguir pagando $220.000 mil pesos mensuales; viii) el señor DASH labora como conductor de camiones; ix) reconoció la denuncia que presentó el 12 de marzo de 2015 por esa conducta omisiva; x) el incumplimiento de los deberes alimentarios del procesado con su hija se venía presentando desde antes de su separación, ya que inicialmente le daba $150.000 mil pesos para mercar, hasta un día que le dio solamente $20.000, y solo le pasaba cuotas muy cerradas para atender los gastos básicos, pese a que su hija ASSV presenta varios problemas de salud; xi) reconoció un documento correspondiente a una audiencia de conciliación celebrada con el procesado, el 29 de enero de 2015 donde el padre de su hija la llamó para que definieran el tema de las mesadas, actuación en la cual la Comisaria de Familia le dijo al acusado que debía pagar $200.000 a lo cual se negó el padre de su hija; xii) el señor DASH sufrió un accidente que le generó una incapacidad de mes y medio antes de la fijación de la cuota; xii) los acuerdos a los que se ha referido, son los llevados a cabo en la Comisaría de Familia; y xiii) finalmente precisó que para la fecha de su declaración el acusado le adeudaba la suma de $1.308.000 mil pesos, por concepto de $1.000.000 de diciembre que fue parte del primer acuerdo, (se entiende que se refiere al año anterior); $ 108.000 de la cuota de enero y $220.000 de febrero y el resto o sea $2.000.000 que eran para el 1 de marzo.

6.14 Por su parte el señor César Augusto Escobar Toro suministró la siguiente información: i) conocía a la pareja que formaron el procesado y la denunciante ya que había sido su padrino de bodas y cumplió igual función con la hija que procrearon; ii) luego de que se fueron a vivir a Belén de Umbría, el señor DASH se volvió muy irresponsable, se mantenía borracho y no cumplía con sus obligaciones familiares, por lo cual le ayudaba a la madre de la niña para su sustento y luego de que esta se separara del acusado le ofreció trabajo; iii) el incriminado ocasionalmente le ha suministrado a la menor sus útiles de colegio y zapatos; iv) el señor DASH obtiene buenos ingresos por su trabajo como camionero con un hermano suyo, donde puede percibir entre $700.000 y $800.000 semanales, pero no responde por su hija, por causa de su constante consumo de licor; v) tiene conocimiento de que el incumplimiento en el pago de la prestación alimentaria se daba incluso antes de que se rompiera el vínculo entre los padres de la niña; y vi) por causa del impago de las cuotas alimentarias en que ha incurrido el procesado, le ha correspondido encargarse del sostenimiento de la menor, por ser su padrino.

6.15 En el caso *sub examen,* el juez de primer grado consideró que estaban demostrados los requisitos para imponer una sentencia de condena al señor DASH por la violación del artículo 233 del CP, al considerar que en su caso se reunían los requisitos del artículo 381 del CPP, ya que estaba comprobado que el acusado se había sustraído de manera voluntaria al cumplimiento de sus deberes alimentarios para con su hija ASSV, pese a que contaba con capacidad económica para atender al cumplimiento de esta prestación, por lo cual no existía ninguna situación que justificara su comportamiento omisivo, lo que ha sido controvertido por el impugnante quien alega que la FGN no comprobó plenamente que el acusado tuviera un ingreso permanente que le permitiera satisfacer sus deberes filiales, por lo cual se debía revocar el fallo de primer grado y dictar una sentencia absolutoria en favor del acusado, con base en la aplicación de la garantía de presunción de inocencia y el principio del *In dubio pro reo.*

6.16 En ese sentido se debe decir, que pese a la inconformidad del recurrente, lo real es que con la prueba testimonial y documental aducida al juicio, la FGN logró demostrar tres situaciones sustanciales así: i) que la menor ASSV era hija del acusado; ii) el incumplimiento permanente del señor DASH en el suministro de las prestaciones alimentarias que debía entregar a su descendiente; y iii) que no existía justa causa para que el procesado se sustrajera a esa obligación filial.

Con respecto a esta última conclusión, debe manifestarse que según el acta de la audiencia preparatoria que se adelantó el 12 de julio de 2017, el defensor del procesado (que es el mismo letrado que funge como recurrente en este caso), no solicitó ninguna prueba para controvertir las evidencias que solicitó el delegado de la FGN**[[4]](#footnote-4)**, entre las cuales se encontraba la denuncia presentada por la señora Sandra Elena Vásquez Cano el 12 de marzo de 2015, donde hizo referencia al incumplimiento en el suministro de las prestaciones alimentarias que debía entregar el acusado a su hija ASSV **[[5]](#footnote-5)**, pese a que en una diligencia que se adelantó en la Comisaría de Familia de Dosquebradas el 29 de enero de 2015 y ante la negativa del procesado a conciliar se le había fijado por parte de esa funcionaria una cuota alimentaria en cuantía de $200.000 mensuales, cuyo pago eludió el señor DASH, quien dijo en esa diligencia que no tenía un sueldo fijo pero se desempeñaba como conductor al servicio de James Noreña**[[6]](#footnote-6)**.

6.17 Debe tenerse en cuenta que el defensor del procesado, mediante escrito recibido el 14 de agosto de 2017 le solicitó al juez de primer grado que se aplazara la iniciación del juicio oral por un término de 60 días, ya que su representado había estado sin empleo y llevaba dos semanas trabajando como transportador, a efectos de que este pudiera reunir el dinero necesario para cumplir con sus obligaciones alimentarias.**[[7]](#footnote-7)**

6.17.1 Pese a que se accedió a esa solicitud, aunque no por todo el término pedido por la defensa**[[8]](#footnote-8)**, para la fecha del 24 de octubre de 2017 al instalarse la vista pública, nuevamente el defensor solicitó que se aplazara el juicio en vista de que la denunciante ya había recibido $800.000 de parte del acusado, quien además le entregaría un televisor el día siguiente y se obligaría pagar $1.000.000 el 20 de diciembre de 2017, $2.000.000 el 28 de febrero de 2018 y seguiría cancelando una cuota alimentaria de $200.000 mensualmente**[[9]](#footnote-9)** petición que fue coadyuvada por la apoderada de la víctima, como se hizo constar en ese escrito, pese a lo cual la misma profesional le informó al despacho el 3 de noviembre de 2017 que el señor DASH había incumplido los términos de ese acuerdo y pidió que se reanudara el juicio**[[10]](#footnote-10)**.

6.17.2 Igual petición fue formulada por la defensa al instalarse la sesión de enjuiciamiento el 12 de diciembre de 2017, aduciendo un cumplimiento parcial del citado acuerdo, lo que originó una nueva suspensión de esa actuación**[[11]](#footnote-11)**.

6.17.3 Fuera de lo anterior luego de haberse terminado la práctica de las pruebas de la FGN, el mismo vocero del acusado pidió una nueva interrupción del juicio, aduciendo que se había presentado un acuerdo con la madre de la menor, quien recibiría una motocicleta como pago parcial de las mesadas adeudadas; que el acusado consignaría el valor de la cuota alimentaria y haría abonos mensuales por la suma de $100.000.**[[12]](#footnote-12)**

6.17.4 Sin embargo, al reanudarse el juicio el 9 de abril de 2018, la señora Vásquez, manifestó que la moto que recibió presentaba fallas mecánicas y que su reparación valía $800.000, fuera de que el procesado había incumplido con el pago de las cuotas alimentarias, pese a haberse obligado de la forma antes dicha.**[[13]](#footnote-13)**

6.18 Si se hace este recuento de todas las incidencias previas y coetáneas al juicio, es para indicar que las sucesivas ofertas hechas por el señor DASH a la denunciante a través de su abogado, demuestran que si contaba con los medios para atender la prestación alimentaria causada en favor de su hija, situación que fue acreditada en el juicio con el testimonio del señor César Augusto Escobar Toro, padrino de la menor ASSV, quien dijo que el acusado trabajaba como camionero con un hermano de la denunciante; que en ese oficio podía obtener entre $700.000 y $800.000 semanales, y que el origen de su incumplimiento era su constante consumo de licor, por lo cual la Sala concluye que en el caso de DASH no se podría predicar la existencia de una justa causa que llevara al procesado a sustraerse totalmente a la obligación alimentaria asumida con su hija ASSV.

6.19 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[[14]](#footnote-14).*

*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)"[[15]](#footnote-15) [[16]](#footnote-16).*

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…”[[17]](#footnote-17)*

6.20 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 que tenía la menor beneficiaria 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 por DASH y en el período en que transcurrió el proceso en su contra, el acusado podía atender a la prestación alimentaria en la cuantía ordenada por la Comisaria de Familia de Belén de Umbría el 29 de enero de 2015, situación que no fue desvirtuada por su defensor que como se expuso anteriormente formuló varias solicitudes de aplazamiento del juicio que fueron atendidas por el juez de conocimiento a efectos de que su defendido se pusiera al día con las cuotas alimentarias adeudadas a su hija, lo cual no cumplió, pese a la tolerancia que tuvo el juez de conocimiento para que el señor DASH hiciera efectivo el pago de esa prestación.

Lo anteriormente expuesto demuestra que en el caso en estudio se cumplían los requisitos exigidos por el artículo 381 del CPP, 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 a la sustracción de sus deberes alimentarios con su hija ASSV por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

7. CONSIDERACIÓN ADICIONAL SOBRE LA NEGATIVA DE LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL AL PROCESADO..

7.1 En el caso en estudio el juez de conocimiento adujo dos razones básicas para negar al procesado el subrogado previsto en el artículo 63 del CP, a saber: i) que se había acreditado que en contra del señor DASH obraba una sentencia condenatoria por la conducta de lesiones personales en perjuicio de la denunciante Sandra Elena Vásquez Cano; y ii) en razón de la naturaleza del delito investigado**[[18]](#footnote-18)**

7.2 Sobre el tema hay que manifestar que al escuchar el registro de la audiencia del 8 de mayo de 2017, donde se practicó la diligencia ordenada en el artículo 447 del CPP se advierten las siguientes situaciones: i) el juez anunció el sentido del fallo condenatorio contra el procesado; ii ) el delegado de la FGN expuso que el señor DASH presentaba una sentencia condenatoria por la conducta de violencia intrafamiliar, dictada por el mismo despacho de la cual fue víctima la señora Sandra Elena Vásquez, pero no aportó ninguna prueba al respecto; iii) consideró que en virtud de ese antecedente en este caso no se debería partir del mínimo de la pena para el delito de inasistencia alimentaria; y iv) dijo que no haría ninguna referencia sobre el tema de la concesión de subrogados penales al procesado.

Por su parte el defensor del sentenciado se opuso a la pretensión del fiscal en lo relativo a la tasación de la pena que se debía imponer al señor DASH, y solicitó que se le reconociera a su defendido el subrogado de la condena de ejecución condicional, citando una decisión de la SP de la CSJ.

7.3 En ese sentido hay que indicar que pese a que en el fallo de primer grado el juez de conocimiento hizo mención de la existencia de una sentencia que su despacho había proferido por un delito de lesiones personales contra el señor DASH donde presuntamente resultó afectada la señora Sandra Elena Vásquez Cano, madre de la menor ASSV, lo real es que el delegado de la FGN no aportó ninguna prueba al respecto, como lo expuso el recurrente.

Por lo tanto en este caso no sería aplicable lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 63 del CP, en los siguientes términos: “*Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco ( 5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”.*

7.4 A su vez la Sala considera que el tema de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en el delito de inasistencia alimentaria, debió ser abordado por el juez de conocimiento desde la perspectiva de la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ sobre la aplicación del artículo 193 -6 de la ley 1098 de 2006, norma 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.”.* (Sentencia del 3 de febrero de 2016, radicado 46647).

7.5 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[[19]](#footnote-19), 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”. [[20]](#footnote-20) –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).” [[21]](#footnote-21) –Subrayado del Tribunal*-

7.6 Sin embargo, al obrar la constancia del 24 de mayo de 2018, de la FGN en el sentido de que el procesado para esa fecha ya había cancelado las cuotas alimentarias adeudadas a la menor ASSV en cuantía de $1.200.000 según lo manifestado por su progenitora Sandra Elena Vásquez Cano y conforme al escrito presentado por la apoderada de víctimas donde expone que por tal causa no solicitará la apertura del incidente de reparación integral**[[22]](#footnote-22)**, la Sala considera necesario reexaminar lo relativo a la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, ya que en esas condiciones se cumpliría el requisito previsto en el artículo 193-6 del C.I.A. lo que conduce a reconocer ese beneficio al procesado.

7.7 Al respecto se considera que en el caso del señor DASH 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 que había sido condenada 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. (…).* ( Subrayas ex texto) .

8. CONSIDERACIÓN ADICIONAL NÚMERO DOS: En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, la Sala no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta al procesado, ya que el recurrente no impugnó ese acápite del fallo de primer grado.

En consecuencia, la Sala Penal del TS de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 23 de mayo de 2018 del Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, donde se condenó al señor Diego Alexánder Salazar Henao, como responsable del delito de inasistencia alimentaria (Articulo 233 CP).

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 3º del fallo en mención y en su lugar conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor Salazar Henao bajo caución juratoria, quien deberá suscribir la diligencia ordenada en el artículo 65 del C.P.

En consecuencia se dejará sin efecto la orden de captura que se dictó en su contra, para hacer efectiva la decisión de primera instancia.

En lo demás queda vigente la sentencia de primera instancia.

TERCERO: 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**

**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 26 [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver Folios 32 a 33 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 56 a 57 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 58 a 59 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 34 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 35v [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 42 fte y vto . [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 44 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 49 fte y vto. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 62 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 63 fye y vto [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. Cfr. Sentencia T-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ibídem. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sobre el tema ver argumentación Folios 72 v 73.

    t o y 83 y 783 y s ´n Folis pon ubn [↑](#footnote-ref-18)
19. TSP SP, 4 nov. 2016, Rad. 666876000086-2013-00056-01 [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ AP, 5 ago. 2015, Rad. 46332. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ SP, 3 feb. 2016, Rad. 46647. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ver folios 87 y 88 [↑](#footnote-ref-22)