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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: INASISTENCIA ALIMENTARIA / CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL / CONDUCTA PERMANENTE Y DE TRACTO SUCESIVO / IMPORTANCIA DEL INGREDIENTE NORMATIVO “SIN JUSTA CAUSA” / SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA / LA CONCESIÓN DE ESTE SUBROGADO DEPENDE DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 63 DEL CÓDIGO PENAL / NO ES NECESARIO, POR LO TANTO, LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LOS MENORES QUE EXIGE EL ARTÍCULO 193-6 DEL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA.**

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:

“(…) 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)…”. (…)

…la Sala revocará el acápite de la decisión de primer grado, en la cual se le negó al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional, dejando en suspenso la expedición de la orden de captura respectiva, como asunto que correspondía a los jueces de EPMS (lo que presupone la ejecutoria de la decisión de primer grado)…

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.”. (…)

Pese a lo anterior, al momento de adoptar esta decisión se tiene conocimiento del precedente CSJ SP del 10 de octubre de 2018, radicado 52960, donde se dijo lo siguiente:

“(…) La interpretación ajustada del precepto en cita, corresponde a aquella según la cual la reparación del daño como condición para la aplicación del principio de oportunidad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, solo se predica de delitos de extrema gravedad cometidos contra menores de edad. En los demás comportamientos delictivos, la procedencia del subrogado penal se analiza exclusivamente a partir de los requisitos establecidos en el artículo 63 del estatuto represor.” (…)

Con base en lo expuesto anteriormente y al observarse que en el caso del señor RAR, se reúnen los requisitos del artículo 63 del C.P. se le concederá el subrogado de la condena de ejecución condicional, para lo cual deberá suscribir diligencia de caución juratoria en los términos del artículo 65 del C.P., con el compromiso de cancelar los perjuicios a la víctima en un plazo de seis (6) meses, contados desde la fecha en que quede en firme la decisión que se adopte en el trámite del incidente de reparación integral, so pena de que se le revoque el citado beneficio.

**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. 384 del veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 10:19 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66170 60 00 091 2012 01882 01 |
| Procesado | RAR |
| Delito | Inasistencia Alimentaria |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 20 de marzo de 2018 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 20 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, la cual fue recibida en este despacho el 30 de abril de 2018, mediante la cual fue condenado el señor RAR por el delito de inasistencia alimentaria.

**2. ANTECEDENTES**

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

*“Según denuncia instaurada el 13 de Noviembre de 2012, por la señora JENY PAOLA ORTIZ QUINTERO, refiere "...YO CONVIVÍ CON EL DENUNCIADO CUATRO AÑOS, Y NOS SEPARAMOS CUANDO LA BEBE TENIA 2 AÑOS Y LO DEMANDÉ ANTE LA FISCALÍA DE BELÉN DE UMBRÍA POR ALIMENTOS Y EL QUEDO QUE ME DABA $10.000 CADA OCHO DÍAS Y SOLO CUMPLIÓ EL PRIMER MES DESDE ENTONCES YO ME VINE PARA DOSQUEBRADAS Y ÉL NUNCA MAS VOLVIÓ A ENTERARSE DE LA BEBE, YO HACIA LA FORMA DE BUSCARLO Y EL SE DESAPARECIÓ UN TIEMPO Y SE FUE PARA BOGOTÁ. HACE DOS AÑOS LO DEMANDE ANTE LA COMISARIA DE FAMILIA LO DENUNCIE CUANDO SUPE QUE ESTABA EN BELÉN DE UMBRÍA Y LAS CITACIONES SE LAS HACIA LLEGAR CON MI HERMANA Y SE LAS ROMPÍA Y NUNCA ASISTIÓ POR LO TANTO, ME CERRARON EL CASO EN LA COMISARIA. Y EL AÑO PASADO NO SE COMO CONSIGUIÓ MI NUMERO Y NOS LLAMO Y HABLABA CON LA NIÑA Y COMO PARA DICIEMBRE EL LE REGALO UNA BICICLETA Y EL ESTREN PARA DICIEMBRE Y PARA EL CUMPLEAÑOS Y ME DIO $60.000 PARA LOS UNIFORMES. UN DÍA YO LE DIJE QUE SI ME IBA A SEGUIR AYUDANDO Y ME DIJO QUE CUANDO PUDIERA ME DABA PERO QUE NO ERA SEGURO Y HASTA EL MOMENTO NO SE VOLVIÓ A REPORTAR, CAMBIO EL NUMERO DEL TELÉFONO Y SE QUE ESTA EN BELÉN DE UMBRÍA PORQUE ALLÁ VIVE MI FAMILIA Y LO HAN VISTO. NO SE EN QUE TRABAJA PUES ÉL ANTERIORMENTE ERA CHOFER DE UN JEEP Y VIAJABA HACIA LAS VEREDAS, SE QUE ÉL VIVE EN UNA VEREDA DE BELÉN DE UMBRÍA. ESO ES TODO..."*

*El 16 de Agosto de 2014 entrevistada la denunciante señora JENY PAOLA ORTIZ QUINTERO, reitera sus manifestaciones iniciales, frente al incumplimiento de ayuda la menor hija, ya que no se pudo acordar una cuota fija ante la comisaria de familia, ya que no asistió las veces que lo demando, a la misma para que se le fijara. Después lo demanda ante la Fiscalía de Belén de Umbría y se comprometió a dar $10.000 cada ocho días y desde que se separó de él no volvió a ayudarle con nada hasta diciembre del 2011 que le envió $200.000, él trabaja independiente manejando un jeep, en las veredas llevando gente.*

*En audiencia de Formulación de Imputación, ante el Juzgado Primero Penal Municipal, quedó consignado que el imputado no ha colaborada con ningún dinero desde el mes de enero de 2012 cuotas que ascienden a la suma de ocho millones veintiséis mil pesos.*

*Acorde con el discurrir fáctico grosso modo reseñado y la imputación en otrora efectuada, el actuar que se le endilga al señor RAR, mismo que deberá serlo en calidad de AUTOR, a título de DOLO, ha de enmarcarse en la conducta típica de INASISTENCIA ALIMENTARIA al tenor de lo consagrado en el art. 233 inciso 2 del Código Penal.*

*ART. 233. INASISTENCIA ALIMENTARIA. "El 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 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".*

*Art 31 CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES: El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias veces la misma disposición quedara sometido a la que ala que establezca la pena más grave, según su naturaleza aumentada hasta en otro tanto sin que fuera superior a la suma aritmética de la que corresponde.*

*El día 13 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia preliminar ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, en función de control de garantías para: Formulación de Imputación - sin allanamiento a cargos (…)”*

2.2 La audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo el 13 de mayo de 2016 (fl. 6), acto en el cual la FGN presentó el cargo contra el señor RAR por el delito de inasistencia alimentaria.

2.3 El Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas asumió el conocimiento de la presente causa (fl. 6 vuelto). La audiencia de formulación de acusación se celebró en sesión del 26 de octubre de 2016 (fl. 11). La audiencia preparatoria de llevó a cabo el 15 de diciembre de 2017 (fl 37). El juicio oral se desarrolló el 14 de febrero de 2018. La sentencia condenatoria fue proferida el 20 de marzo de 2018 (fls. 53-52).

2.4 La defensa apeló el fallo de primer nivel y lo sustentó por escrito (fls. 64-74). La FGN como no recurrente descorrió el traslado mediante memorial del 10 de abril de 2018 (fls. 75-85).

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de RAR, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 9.762.963 de Belén de Umbría, nacido el 12 de septiembre de 1970 en Jamundí - Valle, es hijo de María y Rogelio (fallecidos), de ocupación conductor.

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

(Sinopsis)

* Se estableció la fuente de la obligación alimentaria mediante la aceptación del registro civil de nacimiento como prueba del parentesco que es base de la obligación alimentaria. Partiendo de lo estipulado por la ley, todo menor tiene derecho a un padre y, por tanto, tiene derecho a la prestación de alimentos por parte del mismo. En caso que la madre no realice ninguna acción para conseguirlo, un defensor de menores que esté al tanto del caso puede interponer la demanda respectiva.
* La señora Jenny Paola Ortiz madre de la menor afectada dijo que la misma había sido concebida durante su relación con el señor RAR. Con su testimonio se introdujo el registro civil de nacimiento de la menor, con lo cual la existencia de la obligación alimentaria queda fuera de discusión.
* La denunciante aseguró, bajo juramento, que convivió con el acusado por 4 años, se separaron cuando la niña tenía 2 años y lo demandó ante la Fiscalía de Belén de Umbría por alimentos y él se comprometió a darle 10.000 pesos cada semana pero solo cumplió el primer mes. El 13 de noviembre de 2012 acudió ante la Fiscalía de Dosquebradas a denunciar el incumplimiento de la obligación que tiene el procesado con su hija desde el año 2003, fecha en la que se separaron. A la fecha adeuda por alimentos la suma de $2.500.000 pesos.
* La testigo dijo que el investigado trabaja en la alcaldía de Belén de Umbría, y que siempre ha laborado como conductor de jeep para veredas, sin que conociera el monto de sus ingresos. Agregó que el señor RAR no visitaba a su hija, ni cumplía con sus deberes filiales y que se ha sustraído al pago de las prestaciones alimentarias pese a que tiene forma de cubrirlas, ya que maneja una buseta del municipio de Belén de Umbría desde hace dos años.
* La experiencia indica que en la mayoría de los casos de inasistencia alimentaria de los progenitores que tienen a cargo a los menores estos son víctimas por largos períodos, de una especie de juego creado por el infractor, quien aprende que el compromiso ficticio lo aleja de sus obligaciones como ocurre en este caso, donde existe una burla, no solamente frente a la víctima de esta conducta sino al Estado representado en los diferentes estamentos que pueden perseguir este tipo de omisiones y castigarlas en sus diferentes ámbitos.
* Se estableció que ha existido una sustracción permanente del acusado en lo relativo a los deberes alimentarios para con la menor D.A.O, sin que vislumbre la existencia de una justa causa para esa conducta omisiva, pues no existe prueba de alguna incapacidad permanente que afecte al procesado quien ha evadido de manera voluntaria la asistencia debida a su hija, que ha sido prestada por el compañero sentimental de su madre, como lo dijo la denunciante en el juicio.
* El reprsesentante del acusado expuso que había ausencia de interés del procesado en su defensa. Por lo tanto, teniendo en cuenta que debía probar que existía una causa que justificada el hecho de que no le hiciera ningun aporte a su hija (carga dinámica), se podía concluir que el acusado de manera consciente y voluntaria ha faltado a sus deberes alimentarios, incurriendo con ello en la conducta por la cual se le llamó a juicio en el presente caso.
* Se pudo constatar que era cierto lo manifestado por la señora Jenny Paola Ortiz Quintero, en el sentido de que el señor RAR laboraba como conductor de una buseta de propiedad del Municipio de Belén de Umbría, lo cual pudo verificar el despacho al exhortar al juzgado promiscuo de Belén de Umbría para que le notificara al acusado a efectos de que asistiera a las diferentes audiencias programadas, y se recibió respuesta por parte de la notificadora en informe de citaduría de fecha 6 de febrero de 2018, donde dijo que no fue posible notificarlo personalmente toda vez que el señor RAR informó vía telefónica que por razones de su trabajo como conductor de la Alcaldía de Belén de Umbría no permanecía en esa localidad, lo que indica que pese a estar enterado del proceso que se tramita en su contra, no ha realizado ninguna acción positiva en ningún sentido.
* Hizo referencia al concepto de “sin justa causa”, mencionado en la sentencia C- 237 del 20 de mayo de 1997, de la Corte Constitucional.
* Quien se sustrae al cumplimiento de sus obligaciones alimentarias por incapacidad económica, debe demostrar que carece de recursos para cumplir con esa prestación afectos de desvirtuar la presunción en contrario que opera en ese sentido.
* En el caso en estudio se comprobó con prueba testimonial de acuerdo a lo narrado por la madre de la víctima, que había acordado con el acusado la entrega de una cuota alimentaria semanal para su descendiente por valor de $10.000 pesos, la cual solo cumplió una sola vez el señor RAR, hechos que datan del año 2003, y que a la fecha el infractor solo ha hecho aportes ocasionales vulnerando los derechos fundamentales de una menor, que se encuentran establecidos en el artículo 44 de la CP. y comprenden las prestaciones establecidas en el artículo 24 del CIA, que se deben entregar para la subsistencia digna de su hija, con lo cual incurrió en la conducta omisiva que se le atribuye.
* No resulta de recibo el argumento del defensor quien solicita la absolución de su representado, al considerar que la denunciante faltó a la verdad al manifestar en el juicio que el acusado nunca le ha suministrado alimentos para su hija, ya que en una entrevista rendida ante un investigador la madre de la menor dijo que en el mes de diciembre de 2011 el procesado le dio $200.000 y al mes siguiente $20.000 pesos.
* Al requerir a la denunciante sobre ese punto, manifestó que era cierto y fue clara al manifestar que omitió decirlo en la audiencia por considerar que la entrega de esas sumas no era motivo suficiente como para determinar que el acusado cumplía con la obligación alimentaria que tenía para con su hija, en lo cual le asiste razón a la quejosa, ya que si no hizo referencia a ese hecho fue porque el acusado solamente hizo ese aporte esporádico, cuando las obligaciónes alimentarias son constantes y se trata de un delito de ejecución permanente, que se está cometiendo mientras no se ejecute la acción debida, es decir cuando se persiste en el incumplimiento de la obligación alimentaria.
* No comparte el argumento de la defensa, que solicita la absolución del procesado con el argumento de que la denunciante no fue muy clara respecto a la fecha de ocurrencia de los hechos, ya que quedó establecida la conducta omisiva del incriminado, y lo relativo la cuantía de la suma adeudada por concepto de esa prestación se deberá fijar en el IRP.
* No se acreditó que el señor RAR careciera de un empleo y aunque se adujo que su situación laboral fue precaria en años anteriores, se pudo establecer con el testimonio de la denunciante, que el acusado se ha desempeñado como conductor de Jeep; que viajaba hacia las veredas y que en estos últimos años se ha desempeñado como conductor de una buseta de propiedad del municipio de Belén de Umbría, lo que se acreditó con la constancia sobre la respuesta al exhorto enviado al juzgado promiscuo municipal de Belén de Umbría, donde la citadora de dicho despacho en la fecha del 21 de noviembre de 2017, dijo que se había comunicado telefónicamente con el acusado para informarle que debía comparecer ante el juzgado de conocimiento, pero que el señor RAR expuso que no podía comparecer por sus compromisos laborales, a lo que manifestó estar debidamente notificado. Igualmente el 6 de febrero de 2018, la notificadora de ese juzgado dejó otra constancia indicando que no fue posible la notificación personal del procesado, ya que este manifestó que por causa de su traajo como conductor de la alcaldía de esa localidad, no permanecía en ese municipio, agregando esa empleada que envió a esa dependecia el correo para citar al al procesado, lo que demuestra claramente que el señor RAR si labora como conductor en esa población.
* En consecuencia le impuso al procesado una pena de 32 meses de prisión y multa por 20 SMLMV. No concedió el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del Código Penal modificado por la Ley 1709 de 2014, teniendo en cuenta la expresa prohibición legal contenida en el artículo 193 numeral 6º de la Ley 1098 de 2006, toda vez que la víctima menor de edad no ha sido indemnizada por los hechos objeto de juzgamiento. Sobre ese tema agregó que si bien es cierto que la SP de la CSJ en pronunciamiento del 15 de noviembre de 2017 radicado 49712 abrió la posibilidad de conceder el subrogado en mención al analizar lo referente a la real y efectiva garantía del interés del menor víctima del delito de inasistencia alimentaria, el contexto fáctico de ese precedente no se adecúa a la presente investigación debido a la renuencia del acusado frente al cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. Sin embargo expuso que la orden de captura contra el sentenciado debía ser librada por el juez de EPMS.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

5.1 Defensor (Recurrente)

Solicitó la revocatoria del fallo recurrido y que en consecuencia se dicte sentencia absolutoria, o en su defecto que de confirmarse el proveido impugnado se reconozca el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, con base en las siguientes argumentaciones:

* La denunciante no acreditó la aludida acta de conciliación del año 2003, donde supuestamente se pactaron los $40.000 mensuales de cuota como cuota alimentaria, por lo cual no hay certeza sobre el monto o la existencia de esa obligación.
* No se le debió otorgar credibilidad al testimonio de la madre de la víctima, ya que era inconsistente y existían contradicciones en su declaración.
* No se acreditó que la sustracción del padre de la menor al cumplimiento de sus deberes alimentarios fuera injustificada, por lo cual su conducta se tornaba en un acto atípíco.
* La menor DAO no ha sufrido ningún perjuicio por la inasistencia alimentaria atribuida al procesado, ya que siempre ha estado asistida económicamente por el señor Martín Evelio Rendón quien ha fungido como figura paterna, fuera de que el acusado tiene dos hijas menores, una de las cuales es sujeto de especial protección por tener síndrome de Down, como lo dijo la denunciante.
* La FGN no acreditó la capacidad económica permanente del señor RAR, para desvirtuar la justa causa relacionada con la omisión de la prestación de su obligación alimentaria, ni se allegó prueba sobre el hecho de que tuviera bienes .
* No se hizo una labor investigativa adecuada para comprobar que el procesado estuviera trabajando, ya que no se acreditó prueba documental proferida por la alcaldía de Belén de Umbría en ese sentido, ni tampoco se comprobó que se desempeñara como conductor de Jeep.
* La manifestación de la *a quo* en el sentido de que había constancia de que el acusado estaba laborando ya que este lo había manifestado así por vía telefónica no era aceptable, ya que significaba una vulneración del principio de no autoincriminación, contemplado en el artículo 33 de la CP.
* La negativa del subrogado del articulo 63 del CP, atenta contra los derechos de las otras dos hijas menores de edad que tiene el acusado, una de las cuales es sujeto de especial protección por hallarse en estado de debilidad manifiesta.

5.2 FGN (No recurrente)

Solicitó la confirmación de la sentencia con base en la siguiente argumentación:

* No fueron aportadas pruebas de las actas de fijación de cuota alimentaria, ya que luego de 3 citaciones sin que el convocado asista, las Comisarías de Familia no fijan cuota adicional y no es un presupuesto de procesabilidad que se aporte prueba del acta de conciliación para dar inicio al proceso penal.
* La denunciante fue clara en la ampliación a la denuncia interpuesta al indicar que desde que se trasladó para Pereira, el acusado no aporta dinero para la manutención de la niña ni tuvo contacto con ella. Nunca negó que en una ocasión el padre de su hija le dio un dinero y una bicicleta.
* En el año 2015, el incriminado ofreció una motocicleta como parte de pago de los alimentos, lo cual tampoco cumplió.
* El acusado se ha sustraído en lo económico y en lo emocional respecto de la obligación con la menor DAO, sin que pueda invocar una justa causa por tener otras dos hijas menores de edad.
* La defensa no aportó el registro de nacimiento de las otras dos hijas, que según se manifiesta tiene el acusado, ni sobre la enfermedad de Síndrome de Down que padece una de ellas.
* La FGN no estaba obligada a aportar prueba de que el señor RAR trabajaba, ya que al tratarse de un delito cometido contra una menor opera la presunción de que el padre devenga un SMLMV, la cual debió ser desvirtuda por la defensa. Al respecto cita pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias como: C-015 de 1993, C-109 de 1995, C-238 de 1997, C-622 de 1997 y C-665 de 1998.
* Se acreditó la sustracción de la obligación alimentaria y la obligación contraída con la menor DAO ya que se anexó su registro civil de nacimiento y obran la querella formulada por la denunciante y su testimonio sobre la conducta omisiva atribuida al procesado.
* Se debe tener en cuenta la sentencia T-502 del 21/08/1992 (Sic), MP Alejandro Martínez Caballero, respecto de la justa causa en la conducta investigada, porque en la presente actuación la conducta del procesado es dolosa.
* Citó los pronunciamientos de esta Sala en decisiones de fecha 10 de mayo de 2011 en el radicado No 6600160000362009-02337 y de fecha 14 de diciembre del 2010, en el radicado 66687600008620070186, ambas con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque.

**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 la juez de primera instancia, quien condenó al señor RAR (en lo sucesivo RAR), por el delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de su hija DAO, por el cual fue convocado a juicio por la FGN.

6.3 En el contexto fáctico del escrito de acusación se menciona la denuncia presentada por la señora Jeny Paola Ortiz Quintero en la cual expuso lo siguiente: i) convivió con el denunciado durante 4 años y se separaron cuando su hija tenía 2 años de edad; ii) interpuso denuncia ante la FGN por alimentos y este se comprometió al pago de $10.000 pesos cada ocho días pero solo cumplió el primer mes; iii) la denunciante se trasladó a Dosquebradas con la menor y el investigado no volvió a interesarse por su hija, incluso se desapareció un tiempo y se fue para Bogotá; iv) cuando supo que el padre de su hija estaba en Belén de Umbría acudió a Comisaría de Familia, pero este se negó a recibir las notificaciones y se cerró el caso; v) el año anterior a la denuncia el procesado consiguió su número telefónico para llamar a la niña a la cual le regaló para el mes de diciembre una bicicleta y un “estren”, y le suministró $60.000 para sus uniformes; vi) al interrogarlo sobre si le iba a seguir colaborando con la menor, el acusado le dijo que no era seguro y desde ahí no se volvió a reportar; vii) sabe que RAR está nuevamente en Belén de Umbría por información de sus familiares; viii) desconoce en qué trabaja el señor RAR porque anteriormente era chofer de Jeep y viajaba a las veredas de Belén de Umbría y solo sabe que reside en una vereda de esa municipalidad; ix) el 16 de agosto de 2014 se entrevistó a la denunciante quien reiteró sus acusaciones iniciales y expuso que luego de que lo demandara en ese municipio pactaron que le entregaría $10.000 semanales lo que tampoco cumplió y solo recibió otra ayuda por $200.000 en el mes de diciembre de 2011; y x) el acusado maneja un jeep de transporte veredal.

6.4 En atención a la argumentación del recurrente frente a la sentencia condenatoria de primer grado, la Sala abordará el estudio del tema de la materialidad de la conducta y de la responsabilidad del acusado, para decidir si en este caso se cumplen los requisitos del artículo 381 del CPP, o se debe confirmar la decisión de primer grado.

6.5 La conducta punible por la cual fue acusado el señor RAR, es la siguiente:

*“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 que le hubiera impedido satisfacer esa prestación.

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 RAR, quien presuntamente se había sustraído de la obligación de prestación de alimentos que tiene para con su hija DAO, incurriendo en la conducta omisiva descrita en el artículo 233 del CP.

6.11 Inicialmente hay que manifestar que no existe duda sobre la paternidad del inculpado respecto de la menor DAO, lo que se comprobó con la prueba idónea, como la copia del registro civil de nacimiento de la menor que se introdujo al juicio por el delegado de la FGN de conformidad con lo enunciado por la SP de la CSJ en providencia 46.278 del 1º de junio de 2017[[3]](#footnote-3), lo cual no fue controvertido por la defensa del procesado. En esos términos, resulta claro el primer presupuesto sobre la obligación legal de alimentos que recae sobre el señor RAR.

6.12 En lo relativo al *non facere* atribuido al procesado frente a los deberes alimentarios que tenía con su hija, la principal y única prueba de cargos viene a ser el testimonio entregado por la señora Jeny Paola Ortiz Quintero, madre de la menor citada, cuyos apartes relevantes son los siguientes: i) convivió con RAR 4 años, entre 1999 hasta el 2003 y la relación terminó cuando este abandonó el hogar; ii) tuvieron a su hija DAO que fue reconocida por RAR ante la Notaria única de Belén de Umbría el 30 de diciembre de 1999, para el momento de su declaración su hija tiene 18 años; iii) su hija siempre ha convivido con ella; iv) para el mes de junio de 2003 le fjaron al señor RAR una cuota de alimentos de $40.000 mensuales, pero nunca la cumplió; v) el 13 de noviembre de 2012 interpuso la denuncia en la FGN de Dosquebradas donde informó que el padre de la niña no cumplía con las cuotas de alimentos mas o menos desde enero de 2003[[4]](#footnote-4); vi) el 13 de junio de 2016 en una Comisaría de Familia le fijaron al acusado una cuota de $100.000 pesos; viii) la deuda de RAR por prestaciones alimentarias desde el año 2012 asciende a $2.500.000 pesos; vii) el investigado no tiene ninguna limitación para trabajar y labora actualmente en la Alcaldía de Belén de Umbría, además se ha desempeñado como conductor de jeeps veredales y hace dos años está trabajando en esa Alcaldía; viii) durante su período de convivencia RAR laboraba como conductor de camperos: xi) no conoce cuáles eran sus ingresos en ese momento, pero RAR “ganaba bien” y llevaba los gastos de la casa; x) el Jeep que el acusado manejaba no era de una empresa sino de un particular, cuyo nombre no conoce; xi) sabe que el padre de su hija tiene una moto y una casa pero no conoce si están a su nombre; xii) RAR ha tenido ningún contacto con la niña desde el año 2003 porque no quiere ya que ha tenido forma de hacerlo, tampoco ha proporcionado ninguna ayuda para la educación de la hija, no se ha hecho cargo durante sus enfermedades, ni comparte con ella; xiii) desde que su hija tenía 5 años sus gastos los ha asumido su actual esposo llamado Martín Evelio Rendón Cardona, incluyendo su afiliación a la seguridad social; xvi) en el mes de mayo de 2015 se llevó a cabo una diligencia de conciliación ante la FGN que resultó fracasada[[5]](#footnote-5); xvii) posteriormente hubo otra conciliación el 12 de julio de 2016, ante la Comisaría de Familia de Dosquebradas, luego de lo RAR cumplió tres meses con la cuota alimentaria, pero después volvió a sustraerse a esa obligación aduciendo que no tenía trabajo, pese a que ella lo ha visto trabajando en los dos últimos años manejando las busetas de la alcaldía de Belén de Umbría, ya que frecuenta ese municipio.

Del contrainterrogatorio rendido por la señora Ortiz se puede resaltar lo siguiente: i) al ponerle de presente la entrevista que rindió el 16 de agosto de 2013[[6]](#footnote-6) dijo que en ese acto manifestó que luego de su separación se vino para Pereira y RAR estuvo viviendo con la niña unos días y con una hermana del acusado, que la cuidaba para que ella pudiera trabajar lo cual solo duró 15 días; ii) en el año 2003, cuando ya no convivía con RAR asistieron a la FGN y acordaron el pago de una cuota de $10.000 pesos semanales. Desde que terminaron el acusado no volvió a hacerle ningun aporte para su hija; iii) solo hasta el mes de julio de 2016 acudió a la Comisaria de Familia donde se fijó una cuota de $100.000 pesos; iv) el 13 de noviembre de 2012 asistió a la Fiscalía de Dosquebradas a denunciar a RAR por inasistencia alimentaria, y expuso que la fecha de comisión de los hechos era el 1 de enero de 2012; v) se le puso de presente la denuncia donde se consignó que el año anterior a su declaración el padre de su hija le dio una bicicleta y $60.000 para uniformes, y le dijo que no era seguro que le pudiera seguir ayudando; vi) en la declaración anterior dijo que RAR no la había ayudado económicamente y en la entrevista dijo que lo único que dio en diciembre de 2011 fueron $200.000 pesos y $20.000 al mes siguiente luego de lo cual se desatendió totalmente de ese compromiso; vii) RAR manejaba un Jeep, antes y después de separarse, pero como el vehículo no era de una empresa, unas veces tenía trabajo otras no, pero no se quedaba desempleado mas de un mes; viii) en la entrevista en mención manifestó que RAR no tenia un trabajo fijo y que laboraba de manera independiente y que en ese momento (año 2013) manejaba un carro en Belén de Umbría; ix) como RAR habia tenido empleo consideraba que no quería aportarle nada para su hija; x) en la conciliación que resultó infructuosa el pade de su hija no dijo por qué no cumplía con esa prestación, según el acta de esa diligencia RAR dijo que su compañera permanente lo sostenía, con la cual tenía dos hijas, una de las cuales sufría Síndrome de Down, que estaba desempleado y no tenía como cumplir con las cuotas alimentarias; y xi) RAR estaba trabajando en la citada Alcaldía desde el año 2016.

Al responder unas preguntas aclaratorias de la *a quo,* la señora Ortiz expuso: i) la conducta omisiva atribuida a RAR se presentó desde el año 2003 cuando ocurrió su separación , pero no sabe por qué razón en la denuncia se puso que era desde el 1 de enero de 2012; ii) en la entrevista dijo que el padre se quedó con la niña en la casa de su actual compañera pero que la menor solo estuvo allí durante 15 días porque se aburrió allá; iii) el acusado le pagó $20.000 pesos unos meses y una vez le dio $200.000 pesos; y iv) la diferencia entre su testimonio y lo dicho en esa entrevista se explica porque piensa que lo pagado por el padre de la niña es mínimo frente a todo lo que ella necesita, pensando que la pregunta era por una cuota diaria o mensual.

6.13 En el caso *sub examen,* la juez de primer grado consideró que estaban demostrados los requisitos para imponer una sentencia de condena al señor RAR por la violación del artículo 233 del CP, al estimar 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 DAO. Igualmente adujo que pese a que la FGN no aportó prueba para acreditar que el acusado contaba con capacidad económica para atender al cumplimiento de esta prestación, lo cierto es que por esa carga correspondía a la defensa de conformidad con la teoría de la carga dinámica de la prueba, fuera de que del testimonio recibido en el juicio se pudo establecer el total desinterés del señor RAR hacia su hija DAO, a pesar de laborar como conductor de jeep y de los buses de la alcaldía de Belén de Umbría, información corroborada en los informes de citaduría del Juzgado Promiscuo de esa localidad en los que se hace constar que el procesado recibió una llamada y manifestó estar trabajando como conductor de esa alcaldía por lo cual no recibió la notificación, de modo que no existía ninguna razón que justificara la conducta omisiva del procesado.

Estas consideraciones que sirvieron de sustento al fallo recurrido, fueron controvertidas por el censor, quien alega que la FGN no comprobó plenamente que el acusado tuviera un ingreso permanente que le permitiera satisfacer sus deberes filiales, y que por el contrario del acta de conciliación fracasada y del testimonio de la denunciante se pudo establecer que se trata de una persona que no tenía un trabajo estable por lo cual solicitó la revocatoria del fallo de primer grado a efectos de que se dictara una sentencia absolutoria en favor de su representado, con base en la aplicación de la garantía de presunción de inocencia y el principio del *In dubio pro reo.*

6.14 En ese sentido se debe decir, que en el caso *sub lite,* la FGN logró demostrar dos situaciones así: i) que la menor DAO era hija del acusado; y ii) el incumplimiento permanente del señor RAR en el suministro de las prestaciones alimentarias que debía entregar a su descendiente.

6.15 A su vez se debe manifestar que la denunciante fue la única testigo presentada por la FGN en el juicio oral.

6.16 En el asunto que centra la atención de esta Sala, como ya se expuso, a través de la prueba testimonial y documental, se pudo acreditar más allá de toda duda que el señor RAR es el padre de la menor DAO y que se había sustraído injustificadamente al cumplimiento de sus obligaciones como alimentante de la menor DAO.

6.17 En ese sentido se debe aclarar que en este caso no se desvirtuaron las manifestaciones de la señora Jenny Paola Ortiz, en el sentIdo de que desde el año 2003 ha recibido mínimos aportes del padre de su hija, para atender al sostenimiento de la menor DAO, frente a lo cual hay que hacer las siguientes precisiones que se desprenden de la prueba practicada en el juicio oral:

6.17.1 Con base en lo consignado en el registro civil de nacimiento de DAO, se tiene que su fecha de nacimiento fue el 3 de diciembre de 1999. En este caso se formuló imputación el 13 de mayo de 2016 y se celebró audiencia de formulación de acusación el 26 de octubre de 2016, con la salvedad de que la afectada alcanzó la mayoría de edad el 3 de diciembre de 2017, es decir antes de que se iniciara la audiencia preparatoria.

6.17.2 De la prueba presentada por la FGN que vino a ser el testimonio de la madre de DAO y la documentación anexa sobre situaciones relacionadas con la conducta atribuida al procesado, se puede concluir que el señor RAR solamente cumplió sus obligaciones alimentarias hasta el mes de enero de 2003 cuando se terminó su relación de convivencia con la señora Jenny Paola Ortiz Quintero.

6.17.3 De ahí en adelante se infiere que la señora Ortiz sobrellevó los gastos de su hija con el concurso de su esposo Martín Evelio Rendon Cardona, quien se hizo cargo de la niña desde que esta tenía cinco años, es decir después de diciembre de 2004 y que durante ocho (8) años no promovió ninguna acción judicial contra el procesado que se haya probado en el proceso ya que solamente obra la denuncia que presentó el 13 de noviembre de 2012 ante la FGN de Dosquebradas donde hizo referencia a la conducta omisiva del acusado RAR, indicando que en ese interregno recibió en una oportunidad la suma de $10.000; que formuló una denuncia en su contra en una Comisaria de Familia, sin obtener ningún resultado y que a fines del año 2011 el acusado le entregó $200.000 y luego otros $20.000, como lo dijo en una entrevista que rindió el 9 de septiembre de 2013 y que en otra oportunidad el padre de su hija le dio como regalo una bicicleta y le entregó $60.000 para que adquiriera sus uniformes escolares. `

6.17.4 La prueba introducida al juicio igualmente enseña que en el mes de mayo de 2015 se celebró una diligencia de conciliación que resultó fallida, entre la madre de la entonces menor DAO y el acusado y según el acta de esa actuación, la señora Ortiz reiteró las fechas desde las cuales se empezó a presentar la conducta omisiva del procesado, debiendo ponerse de presente que en esa oportunidad el señor RAR manifestó que no estaba en capacidad de cumplir con sus deberes alimentarios, ya que su compañera permanente era quien se encargaba de su manutención y además tenía dos hijas con ella, una de las cuales sufría de síndrome de down.

6.17.5 En ese orden de ideas lo que se puede concluir del testimonio de la señora Ortiz y de la prueba documental aludida, es que el señor RAR se desentendió de su hija a partir de la fecha en que se separó de la denunciante y que en un lapso de 12 años solamente entregó la suma de $290.000 para atender los gastos de la menor, que como bien lo dijo la madre de la víctima, han sido atendidos por su esposo Martín Evelio Rendon Cardona desde que la niña tenía cinco años.

6.17.6 En atención a la argumentación principal del recurrente, hay que manifestar que pese a que no se introdujo pruba documental sobre las actividades laborales señor RAR, del testimonio entregado por la señora Ortiz se desprende que el acusado si desempeñó una labor productiva en períodos anteriores al mes de diciembre de 2017, sobre lo cual refirió lo siguiente: i) durante su período de convivencia RAR laboraba como conductor de camperos; ii) en la declaración que entregó en el juicio que se celebró el 14 de febrero de 2018 dijo que el acusado desde el año 2016 se se desempeñaba como conductor al servicio de la Alcaldía de Belén de Umbría, lo que da a entender que no existio justa causa para sustraerse a su obligación alimentaria, ya que se infiere que para el 14 de febrero de 2016 desempeñaba ese cargo y que para esa fecha su hija DAO no había alcanzado aun la mayoría de edad; iii) se deduce del testimonio de la denunciante que el acusado generalmente había trabajado como conductor independiente antes de vincularse a ese ente territorial, aclarando que unas veces tenía trabajo y otras no, pero que no se quedaba desempleado mas de de un mes y que en el año 2013 manejaba un carro en Belén de Umbría, por lo cual considero que el acusado se había sustraído al cumplimiento de sus deberes filiales de manera voluntaria y no porque estuviera en incapacidad de hacerlo.

6.17.7 Igualmente debe decirse que en el expediente aparecen constancias sobre el hecho de que el acusado manifestó que no podía asistir a la audiencia preparatoria porque estaba trabajando[[7]](#footnote-7) y que se ordenó notificarle sobre la fecha de realización del juicio indicándose que podían ser localizado en la Alcaldía de Belen de Umbría[[8]](#footnote-8) lo cual fue certificado por la citadora del despacho de conocimiento en el sentido de que RAR había manifestado que no podía asistir por causa de su trabajo como conductor de ese ayuntamiento[[9]](#footnote-9), lo que demuestra de manera colateral la veracidad de las manifestaciones de la señora Ortiz, sobre el hecho de que el señor RAR estaba laborando para el año 2016, cuando seguía incumplieno con la atención alimentaria de su hija DAO que aun era menor edad.

6.17.8 Lo anterior indica que pese a no haberse demostrado que el señor RAR hubiera tenido un trabajo estable y permanente a partir de la fecha en que empezó a incumplir con sus deberes alimentarios, si queda claro que en determinados períodos estuvo laborando como conductor, pese a lo cual entre el mes de enero de 2003 y el mes de diciembre de 2017, es decir cerca de 14 años, solamente entregó nimios aportes para satisfacer las necesidades de la menor DAO, por lo cual se considera que en el caso *sub examen* se reunían los requisitos para dictar una sentencia de condena por la violación del artículo 233 del CP, como lo dispuso acertadamente la juez de primer grado.

6.17.9 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[[10]](#footnote-10).*

*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)"[[11]](#footnote-11) [[12]](#footnote-12).*

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…”[[13]](#footnote-13)*

6.18 Sin embargo la Sala revocará el acápite de la decisión de primer grado, en la cual se le negó al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional, dejando en suspenso la expedición de la orden de captura respectiva, como asunto que correspondía a los jueces de EPMS (lo que presupone la ejecutoria de la decisión de primer grado), sobre lo cual se debe tener en cuenta lo siguiente:

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

6.18.2 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.

6.18.3 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”.*

6.18.4 Sobre esta materia debe decirse que el criterio que venía siendo adoptado por esta Colegiatura era el siguiente : i) en aplicación de los artículos 193-6 y 199-4 del C.I.A, en principio no procedía el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional en los delitos de inasistencia alimentaria, cuando no se había demostrado el pago de los perjuicios causados a la víctima; ii) sin embargo, en aplicación del precedente CSJ SP del 3 de febrero de 2016, radicado 46667, era posible conceder al sentenciado la prisión domiciliaria; y iii) el procesado podía solicitar al juez de EPMS, que le concediera permiso para trabajar dentro o fuera de su residencia, o en su defecto pedir que se le concediera la suspensión condicional de la ejecución de la pena, acreditando el pago de la indemnización a la víctima.

6.18.5 Pese a lo anterior, al momento de adoptar esta decisión se tiene conocimiento del precedente CSJ SP del 10 de octubre de 2018, radicado 52960, donde se dijo lo siguiente:

*“... Así las cosas, si el delito cometido contra un menor de edad es el de inasistencia alimentaria, el pago de los perjuicios no configura un requisito adicional a los ya indicados en el artículo 63 del Código Penal para que el ejecutor de dicha conducta, siempre que cumpla las exigencias allí fijadas, pueda acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.*

*Al aducir al argumento acerca de la inaplicación de dicho precedente a este caso por tratarse de una situación fáctica disímil a la que ahora se analiza, comprendió erradamente el Tribunal que el motivo por el que en ese asunto se concedió el subrogado penal obedeció a que el procesado venía cumpliendo con la obligación alimentaria, más no porque la prohibición del numeral 6º del artículo 193 de la ley 1098, no opera frente al delito de inasistencia alimentaria. Fue esta la razón por la que en esa oportunidad la Corte entró a analizar la conveniencia de suspender la pena, estudiando otros aspectos propios del caso una vez superada la barrera objetiva impuesta por el legislador por razón del delito*.

*La interpretación ajustada del precepto en cita, corresponde a aquella según la cual la reparación del daño como condición para la aplicación del principio de oportunidad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, solo se predica de delitos de extrema gravedad cometidos contra menores de edad. En los demás comportamientos delictivos, la procedencia del subrogado penal se analiza exclusivamente a partir de los requisitos establecidos en el artículo 63 del estatuto represor.*

*Pese a que el Tribunal reconoce que el estudio del subrogado se realiza a partir de las circunstancias de cada caso concreto, de todas formas, en este asunto, impuso como presupuesto para su procedencia el pago de las mesadas alimentarias debidas y las causadas con posterioridad al desarrollo de este trámite penal, lo que en últimas se traduce en la implementación de lo prescrito en el numeral 6º del artículo 193 de la Ley 1098, pese a la interpretación acogida por la Corte y que no admite confusiones en torno a que para el punible de inasistencia alimentaria, tal imperativo no resulta aplicable.*

*No tuvo en cuenta que la verificación de las exigencias propias de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se limita a las previsiones del artículo 63 del Código Penal que, con la modificación del artículo 29 de la ley 1709 de 2014, ninguna referencia hace a aspectos subjetivos, puesto que se circunscribe a verificar que la pena impuesta no supere los cuatro años de prisión, no se trate de los delitos enlistados en el artículo 68A de la misma normativa y solo si el penado registra antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores por delito doloso, es necesario estudiar su conducta personal social y familiar en aras de hacer un pronóstico sobre la necesidad de la sanción.*

*La Corte no desconoce que en los casos analizados por la Sala en los precedentes citados, se tuvo en cuenta la voluntad de los procesados en ponerse al día con el compromiso alimentario frente a sus hijos, aspecto que hasta ahora no se verifica en el asunto presente. Sin embargo, dicha circunstancia tampoco puede imponerse como presupuesto adicional a los indicados en la norma penal sustantiva para acceder al subrogado penal que en manera alguna condiciona su procedencia a que, por ejemplo, en los delitos que impongan obligaciones de tracto sucesivo a favor de menores de edad, el penado tenga que dar muestras de querer cumplirlas, pues de todas formas y en determinados casos –cuando se carece de antecedentes penales y concurre el monto de la pena señalado en la norma- la suspensión condicional de la ejecución de la pena opera prácticamente de manera objetiva.*

(...)

*Con independencia de que se acredite el pago de la carga alimentaria, la regla en punto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena cuando el delito afecte menores de edad y no se trate de conductas de extrema gravedad, es que el subrogado penal no depende del pago de los perjuicios, de manera que su concesión viene dada porque concurran las exigencias previstas en el artículo 63 del Código Penal.*

(...)

*Tampoco se vulneran los derechos de las víctimas del delito de acceder a la reparación efectiva del daño, toda vez que la suspensión de la pena de prisión no riñe con la obligación del penalmente responsable de reparar el agravio; por el contrario, comporta una medida eficaz para dicho propósito, ya que la libertad de locomoción del penado queda condicionada al pago de los perjuicios y en el término que fije el juez, que en este caso, fue de seis meses.*

(...)

*De acuerdo con lo expuesto, la Sala casa la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, con el efecto de dejar en firme la decisión de primer grado que suspendió condicionalmente la ejecución de la pena de prisión a Libardo Castro Becerra con el compromiso de reparar los perjuicios en el término de seis (6) meses, el cual, debe entenderse, se descuenta a partir del momento en el que se imponga el pago de una suma de dinero cierta por concepto de daño, una vez las víctimas agoten el trámite de incidente de reparación.* (Subrayas ex texto)

6.18.6 Con base en lo expuesto anteriormente y al observarse que en el caso del señor RAR, se reúnen los requisitos del artículo 63 del C.P. se le concederá el subrogado de la condena de ejecución condicional, para lo cual deberá suscribir diligencia de caución juratoria en los términos del artículo 65 del C.P., con el compromiso de cancelar los perjuicios a la víctima en un plazo de seis (6) meses, contados desde la fecha en que quede en firme la decisión que se adopte en el trámite del incidente de reparación integral, so pena de que se le revoque el citado beneficio.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del TS de Pereira, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 20 de marzo de 2018 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas, mediante la cual se condenó al señor RAR como responsable del delito de inasistencia alimentaria (Articulo 233 CP).

SEGUNDO: REVOCAR e numeral segundo de la sentencia de primer nivel, y en consecuencia CONCEDER al sentenciado el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con base en lo dispuesto en el artículo 63 de CP, para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso, en los términos del artículo 65 del C.P. Sin embargo el señor RAR quedará obligado a pagar los perjuicios que se determinen en favor de la víctima, en los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la decisión que se adopte en el trámite del incidente de reparación integral, so pena de que le sea revocado ese beneficio.

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. C. Pruebas Folio 10 [↑](#footnote-ref-3)
4. La testigo reconocio el documento visible a folios 7 a 9 del C. de Pruebas al igual que el registro civil de nacimiento de su hija F. 10 C Pruebas. . [↑](#footnote-ref-4)
5. La testigo reconoció el documento visible a Folios 13 a 14 C. Pruebas [↑](#footnote-ref-5)
6. La testigo reconoce documento Folios 20 a 21 C. Pruebas [↑](#footnote-ref-6)
7. C. Principal F. 35 [↑](#footnote-ref-7)
8. C. Principal F. 42 [↑](#footnote-ref-8)
9. C. Principal F. 45 y F. 51 [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. Cfr. Sentencia T-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibídem. [↑](#footnote-ref-13)