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 / PARA DICTAR SENTENCIA CONDENATORIA NO ES INDISPENSABLE LA PLENA IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO / BASTA QUE ESTÉ INDIVIDUALIZADO.**

Sobre los conceptos de individualización e identificación de la persona vinculada a un proceso penal, se ha dicho lo siguiente en la doctrina pertinente:

“La individualización es la determinación física del sujeto pasivo de la acción penal, en donde dichos rasgos no pueden ofrecer ningún tipo de equivocación y deben contar con la virtualidad de desechar cualquier clase de confusión como para que surja la posibilidad que dichas características correspondan a más de una persona.

“Para la jurisprudencia, individualizar quiere decir “ese y no otro”. Que no haya lugar a confusión. (…)

“Individualizar o individuar significa el proceso más o menor complicado de concretar en una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás. Es una tarea de índole originaria que supone la concreción de una persona por la reunión de una serie de elementos que sobre ella poseemos, elementos que provienen de ella misma y que se refieren a sus características, a lo que le es propio como individualidad física o moral”. (…)

… la Sala considera que en el presente proceso le asistió razón al A quo al considerar que se encontraba satisfecho el requisito previsto en el artículo 381 del CPP, respecto del conocimiento más allá de toda duda de la responsabilidad del procesado, ya que se contaba con EMP y EF que permitían tener claro que el acusado JAAQ, fue la persona que se sustrajo al cumplimiento de los deberes alimentarios que tenía con su hija. (…)

**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. 1012 del seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:40 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66400 60 00 064 2015 00711 01 |
| Procesado | JAAQ |
| Delito | Inasistencia Alimentaria |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia - Risaralda |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 5 de marzo de 2018 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia del 5 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia - Risaralda, mediante la cual fue condenado el señor JAAQ por el delito de inasistencia alimentaria a la pena de 32 meses de prisión y multa equivalente a 20 smlmv.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con lo plasmado en el escrito de acusación[[1]](#footnote-1), el supuesto fáctico es el siguiente:

*“La señora CRUZ ELENA BEDOYA OCAMPO, madre de la menor A.D.A.B., quien actualmente cuenta con 18 años de edad, en la denuncia presentada el 10 de septiembre de 2016, comunica a la Fiscalía que JAAQ, quien ostenta la calidad de padre de su hija, desde el 1 de junio de 2015 no le suministra alimentos para el sostenimiento de su hija, quien para esa época era menor de edad, a pesar de contar con los ingresos necesarios para cancelarla. El 3 de junio de 2014 ante la Comisaria de Familia de La Virginia fueron citadas las partes a conciliación donde el señor JAAQ se comprometió a cancelarle como cuota mensual de alimentos la suma de CIENTO TREINTA MIL PESOS, por consiguiente solicita que JAAQ le cancele el valor de estas cuotas atrasadas hasta la fecha, las cuales suman TRES MILLONES CIENTO VEINTE MIL PESOS.*

*El día 27 de febrero de 2017, se le formula imputación ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Balboa, en funciones de control de garantías de acuerdo con lo ordenado en el art 288 del C.P.P. por el delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA, conducta sancionada en el Código Penal, libro segundo, título VI, delitos contra la familia, capítulo cuarto ART 233 del Código Penal, inciso segundo el cual trae una pena de prisión de (32) a setenta y dos (72) meses de prisión, y multa de 20 a 37.5 mínimos legales mensuales vigentes, cuando la víctima sea un menor (…)”*

2.2 Las audiencias preliminares de declaratoria de persona ausente y de formulación de imputación se llevaron a cabo el 27 de febrero de 2017 (fls. 5-6). La audiencia de formulación de acusación se realizó el 28 de junio de 2017 (fl. 13), el 21 de septiembre de 2017 se realizó la audiencia preparatoria (fl. 15). El juicio oral se adelantó el 14 de febrero de 2018 (fl. 16). El 5 de marzo de 2018 se anunció el sentido del fallo condenatorio, se procedió al trámite del artículo 447 del CPP y se dio lectura a la sentencia condenatoria (fls. 37-42).

2.3 El Defensor interpuso recurso de apelación contra el fallo condenatorio de primer nivel.

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de JAAQ, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 10.014.199 expedida en Pereira, Risaralda, nacido el 25 de octubre de 1979 en Ocaña, Norte de Santander (fl. 35).

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

El fallador de primer nivel concluyó que se habían cumplido los requisitos del artículo 381 del C.P.P. para dictar una sentencia de condena en tanto se probó tanto la materialidad de la conducta como la responsabilidad del procesado.

Los argumentos del fallo recurrido concretamente respecto de la individualización e identificación del procesado, que fue el tema sobre el cual versó el recurso propuesto, se pueden sintetizar así:

* Se acreditó que el procesado JAAQ, (en lo sucesivo JAAQ) es el padre de la menor ADAB, sobre lo cual obra su registro civil de nacimiento[[2]](#footnote-2), por lo cual tenía el deber de cumplir con sus deberes alimentarios.
* Para efectos de la identificación del señor JAAQ, se debía tener en cuenta que pese a que el procesado no fue individualizado, los testigos que asistieron al juicio por parte de la FGN lo reconocieron a través de la tarjeta alfabética suministrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil en donde se encuentra su nombre y número de cédula, que es el mismo que obra en el registro civil de nacimiento de la menor ADAB y en el acta de conciliación realizada ante la comisaría de familia de La Virginia, en la cual intervino el acusado. A su vez la señora Cruz Elena Bedoya, quien fue su compañera permanente, identificó sin duda en esos documentos al señor JAAQ.
* Con base en la valoración de la prueba practicada en el juicio, declaró al procesado penalmente responsable del injusto de inasistencia alimentaria y le impuso una sanción de 32 meses de prisión y multa de 20 smlmv. Al procesado se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

La sentencia fue apelada por su defensor.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

5.1 DEFENSOR (Recurrente Sustentación Oral)

(Sinopsis)

* En el juicio se demostró la materialidad de la conducta atribuida al acusado, que resulta reprochable desde todo punto de vista, por poner en juego la congrua e subsistencia de una menor de edad, máxime si se trataba de una antigua deuda originada en prestaciones alimentarias.
* Sin embargo se debía analizar lo concerniente a la falta de identificación plena del procesado, para comprobar que la persona que cometió el delito es la misma que fue convocada al juicio, ya que ese elemento que hace parte del debido proceso no lo probó la FGN a través de sus investigadores.
* El investigador de la FGN no realizó los protocolos que exige la resolución 3329 del 26 de septiembre de 2007, la cual indica el procedimiento a seguir para los funcionarios que tienen funciones de policía judicial de carácter permanente. Posteriormente la citada resolución se modificó a través del artículo 99 de la ley 1453 de 2011, que a su vez modificó el artículo 128 de la ley 906 de 2004.
* Si bien la esposa o compañera permanente identificó plenamente al procesado en reconocimiento basado en su cartilla biográfica, ese simple señalamiento no era suficiente prueba por sí solo, pues se requería que se hiciera un reconocimiento en fila de personas.
* Mediante decisión del 4 de diciembre de 2015 en el radicado 666826000048 201100063-01 de esta Sala, MP. Manuel Yarzagaray Bandera, al resolver un recurso de apelación por falta de requisito de identificación, se dijo que para proferir una sentencia de condena era necesario que el fallador también tuviera el convencimiento de la responsabilidad de la persona vinculada, lo cual determina la obligación de identificar e individualizar en el fallo a la persona señalada como responsable de la comisión de una conducta punible. Igualmente citó una decisión de la SP de la CSJ sobre el asunto debatido.
* Esa omisión en que incurrió el ente investigador vulneró el debido proceso y por ello solicitó que se profiriera una sentencia absolutoria en segunda instancia.

5.2 DELEGADA FGN (No recurrente)

(Sinopsis)

* Se debe confirmar la sentencia condenatoria porque los argumentos del censor no son acordes con nuestra legislación, toda vez que en el sistema penal acusatorio no existe tarifa legal de pruebas, sino que opera el principio de libertad probatoria.
* El protocolo que se citó el recurrente no se puede asimilar a una ley. La FGN tiene la obligación de establecer la correcta identificación o individualización del indiciado para prevenir errores judiciales, lo cual se hizo desde el inicio de la imputación de cargos en donde debe estar claramente individualizada la persona a imputar.
* Por esos la FGN con fundamento en el principio de libertad probatoria, considera que se puede homologar el protocolo y lo previsto en el artículo 128 CPP, lo cual se hizo con cuatro EMP que se presentaron en el juicio, así: i) el registro civil de nacimiento, que es un documento público , donde se señala de manera clara que el señor JAAQ es el padre de la menor afectada y que la denunciante Cruz Elena Bedoya Ocampo es su madre; ii) la tarjeta alfabética en la que se señaló que el señor JAAQ se identifica con una cédula de ciudadanía, fuera de que se exhibió una fotografía que reconoció la señora Bedoya; iii) el testigo Alexander Castaño Arango, compañero actual de Cruz Elena Bedoya y que conoce a JAAQ, también lo señaló en la a tarjeta alfabética; y, iv) lo mismo hizo el abuelo materno de la menor, persona que por su vínculo familiar conocía al señor JAAQ y lo reconoció en la fotografía de la tarjeta decadactilar.
* Con las anteriores pruebas no queda duda de que el acusado es JAAQ, quien fue individualizado con su cédula de ciudadanía, su tarjeta decadactilar y el registro civil, así mismo se estableció que tiene el numérico 10.014.199, por lo cual no se trata de un homónimo.
* La ley 1453 de 2011 no dice que sea imposible homologar el protocolo de identificación. Lo que se establece es que quien no tenga cupo numérico asignado debe ser requerido por la FGN, lo cual es diferente a lo debatido en el juicio. En el caso concreto si existe ese cupo numérico porque así lo verificó el ente acusador y por lo tanto no existe la posibilidad de que se trate de un homónimo, ya que JAQ se encuentra individualizado e identificado y se cumplen los requisitos del artículo 381 CPP, por lo cual solicitó confirmar la sentencia condenatoria.

**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**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, se debe resolver el grado de acierto de la decisión adoptada por el juez de primera instancia, quien condenó al señor JAAQ, por el delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de su hija ADAB, por el cual fue convocado a juicio por la FGN, al considerar que el acusado fue plenamente identificado con los EMP y EF aportadas al juicio.

6.3 En el contexto fáctico del escrito de acusación se menciona lo siguiente: i) la señora Cruz Elena Bedoya Ocampo dio a conocer que el señor JAAQ, desde el 1 de junio de 2015, se venía sustrayendo de manera injustificada a la obligación alimentaria que le asiste con su hija ADAB; ii) el 3 de junio de 2014, ante la Comisaría de Familia de La Virginia el señor JAAQ, mediante conciliación, se comprometió a pagar una cuota mensual de alimentos de $130.000; y iii) la madre de la menor ADAB solicitó el pago de las mesadas adeudadas por el procesado, que sumaban $3.120.000.

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 identificación o individualización del procesado. No se hará pronunciamiento alguno respecto de la materialidad de la conducta ni la responsabilidad del acusado, toda vez que no fue objeto del recurso propuesto.

6.4.1 En principio hay que hacer referencia a la conducta punible por la cual fue acusado el señor JAAQ, 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.”*

6.5 En el caso en estudio el juez de conocimiento consideró que el procesado se encontraba debidamente identificado, toda vez que los testigos que acudieron al juicio lo reconocieron a través de la tarjeta alfabética de la Registraduría Nacional del Estado Civil donde obran los datos esenciales tales como el nombre y número de cédula, los cuales concuerdan con los consignados en el registro civil de nacimiento de la menor ADAB y el acta de conciliación de mesadas alimentarias suscrita ante la Comisaría de Familia de La Virginia, por lo cual concluyó que el vinculado al proceso es la misma persona que incurrió en el injusto por el cual se impartió condena.

6.6 Sobre el tema hay que manifestar que el defensor se refirió al cumplimiento de lo previsto en el artículo 381 CPP respecto del conocimiento de la responsabilidad penal del acusado, para lo cual se debe tener en cuenta que tanto en principio en el artículo 7º CPP se encuentra dispuesto: *“Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.* En consonancia con el artículo 381 CPP que dice: *“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.*

6.7 El recurrente considera que no es posible apartarse de lo que al respecto ha previsto el artículo 128 CPP en relación con la identificación o individualización del procesado, toda vez que la FGN está en la obligación de verificar esta información para prevenir errores judiciales, lo cual no se puede homologar con un reconocimiento fotográfico por parte de los testigos, que no fue confirmado a través de un reconocimiento en fila de personas.

6.8 Por su parte, la delegada de la FGN aduce que al no existir tarifa legal en materia probatoria en el sistema de la Ley 906 de 2004, le era posible al ente investigador probar la identificación e individualización del procesado mediante otros EMP como los testigos que convocó al juicio, el registro civil de nacimiento de la menor víctima y la tarjeta de preparación del documento de identidad del procesado. Por demás, indicó que lo previsto en el artículo 128 CPP no exige una prueba en particular respecto de la individualización e identificación del indiciado, sino que se haga uso de los mecanismos para que se lleve a cabo la correspondiente verificación de su identidad y, en los casos necesarios, se realice el registro excepcional de la persona en la Registraduría Nacional del Estado Civil, para efectos de asignar el correspondiente cupo numérico.

6.9 Sobre los conceptos de individualización e identificación de la persona vinculada a un proceso penal, se ha dicho lo siguiente en la doctrina pertinente[[3]](#footnote-3):

*“La individualización es la determinación física del sujeto pasivo de la acción penal, en donde dichos rasgos no pueden ofrecer ningún tipo de equivocación y deben contar con la virtualidad de desechar cualquier clase de confusión como para que surja la posibilidad que dichas características correspondan a más de una persona[[4]](#footnote-4).*

*Para la jurisprudencia, individualizar quiere decir “ese y no otro”. Que no haya lugar a confusión[[5]](#footnote-5).*

*Estas condiciones particulares del sujeto deben respaldarse en “suficientes elementos de juicio para determinar que, pese a sus posibles cambios en sus condiciones civiles, el procesado efectivamente corresponda en su particularización, a quien se señala como el posible infractor”[[6]](#footnote-6).*

*Afirmar que una persona se encuentra individualizada es establecer sus rasgos distintivos como su pertenencia a algún grupo étnico, sus señales particulares, en general todas aquellas incidencias específicas que permiten distinguirla de las demás. “Alude a las personas como fenómeno natural, a las características personalísimas de un ser humano, que lo hacen único e inconfundible frente a todos los demás pertenecientes a su misma especie. En este sentido, la individualización es un concepto interesante a la antropología física, a la morfología”[[7]](#footnote-7).*

*Individualizar o individuar significa el proceso más o menor complicado de concretar en una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás. Es una tarea de índole originaria que supone la concreción de una persona por la reunión de una serie de elementos que sobre ella poseemos, elementos que provienen de ella misma y que se refieren a sus características, a lo que le es propio como individualidad física o moral[[8]](#footnote-8).*

*Identificar es establecer el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado civil, profesión, etc., de una persona[[9]](#footnote-9).*

*Estos conceptos trascienden los documentos oficiales[[10]](#footnote-10).*

*Es imprescindible la identificación, pues “toda persona tiene derecho a su individualidad, y, por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende: el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo” (Art. 3º Decreto 1260 de 27 julio de 1970).*

*Identificar es algo que se haya íntimamente ligado a la individualización, pero que es, sin embargo, diferente en un sentido amplio, genérico, identificar implica una yuxtaposición, el proceso más o menos complicado de ver si lo que se posee respecto a al individualidad de alguien corresponde, se ajusta a la misma. La identificación es el resultado final a que toda individualización debe concluir. Identificar, pues, no es precisamente descubrir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido[[11]](#footnote-11)”*

6.10 Así mismo, esta Colegiatura en pronunciamiento del 4 de diciembre de 2015, radicado 666826000048201100063, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, se pronunció sobre el tema en discusión así:

*“Para poder solucionar lo anterior, en un principio la Sala debe partir de lo dispuesto en el artículo 381 C.P.P. que itera que para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también de la responsabilidad de la persona involucrada, fundamentada en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio. Pero es de anotar que dicha norma, de manera implícita consagra la obligación de identificar e individualizar plenamente en el fallo a aquella persona de quien se ha de pregonar un compromiso de responsabilidad penal como consecuencia de haber sido vinculada a un proceso penal.*

*Para poder llegar a la anterior conclusión, se hace necesario tener en cuenta que si bien es cierto que el actual estatuto de procedimiento penal que nos rige, o sea la ley 906 de 2.004, en su artículo 162 guardó silencio en lo que atañe con el requisito que debe cumplir la sentencia respecto de la plena identificación e individualización del Procesado, es de resaltar que dicho vacío, acorde con los presupuestos que orientan los Principios de Integración y Coexistencia, bien puede ser suplido con lo consignado en el # 2º del artículo 170 de la Ley 600 de 2.0001 , norma esta que consagra la obligación de identificar e individualizar plenamente al Procesado en la sentencia, para de esa forma hacer gala del principio de congruencia en su fase subjetiva, o sea que el llamado a juicio sea la misma persona a quien se condena, e igualmente evitar los inconvenientes generados por ese fenómeno conocido como la homonimia. Pero a pesar del anterior silencio que guardó el legislador, es de resaltar que el mismo, de una u otra parte fue enmendado, si partimos de la base que la obligación de identificar e individualizar plenamente al procesado le fue asignada a la Fiscalía General de la Nación, como bien nos lo enseña el artículo 128 C.P.P. el cual fue objeto de una serie de modificaciones que en tal sentido fueron introducidas por el artículo 11 de la ley 1142 de 2007 y el artículo 99 de la ley 1153 de 2011. Luego, al efectuar un análisis sistemático de las disposiciones consagradas en el C.P.P. vigente, en opinión de la Sala, válidamente se podría llegar a las siguientes conclusiones: 1. El Ente Acusador detenta la obligación de verificar la correcta individualización o identificación, desde las audiencias preliminares, para evitar errores judiciales o fallos inejecutables, de las personas que son vinculadas a un proceso penal. 2. A la judicatura, al momento de proferir el fallo, le asiste la obligación de verificar la plena identificación e individualización del procesado que ha sido llamado a juicio.”*

6.11 En ese sentido, la Sala considera que en el presente proceso le asistió razón al *A quo* al considerar que se encontraba satisfecho el requisito previsto en el artículo 381 del CPP, respecto del conocimiento más allá de toda duda de la responsabilidad del procesado, ya que se contaba con EMP y EF que permitían tener claro que el acusado JAAQ, fue la persona que se sustrajo al cumplimiento de los deberes alimentarios que tenía con su hija.

6.11.1 En ese sentido se debe tener en cuenta, que luego de su declaratoria como persona ausente, de lo actuado en la audiencia de formulación de imputación que tuvo lugar el 27 de febrero de 2017 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de La Virginia[[12]](#footnote-12) se deduce que desde esa diligencia se conocían los datos personales tales como el nombre y el documento de identificación de JAAQ, con base en los cuales había sido notificado mediante edicto emplazatorio del 20 de noviembre de 2016, para que asistiera a esa audiencia[[13]](#footnote-13).

6.11.2 Así mismo, del análisis de los EMP y EF aportadas al juicio se pudo determinar que para el 3 de junio de 2014 el mismo ciudadano, según su nombre y documento de identificación, suscribió un acta de conciliación prejudicial, relacionada con la reclamación que se le hizo por el impago de cuotas de alimentos adeudadas a su hija[[14]](#footnote-14).

6.11. 3 Los datos del procesado fueron aportados por la señora Cruz Elena Bedoya Ocampo, madre de la menor afectada, al formular denuncia contra el procesado[[15]](#footnote-15).

6.11.4 En el registro civil de nacimiento No. 28115897 del 15.10-1998, obran los datos del padre de la menor ADAB, mismos que coinciden tanto en el nombre como el cupo número de identificación del aquí procesado[[16]](#footnote-16).

6.11.5 Finalmente en el documento de la Dirección Nacional de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, aparece el nombre completo, cupo número del documento de identificación, fecha de nacimiento, lugar de nacimiento, código sanguíneo y otros datos del ciudadano investigado así como su fotografía[[17]](#footnote-17).

6.12 El examen en conjunto de todos esos documentos, lleva a concluir que la persona acusada por sustraerse al pago de los alimentos debidos a su hija menor ADAB, no es otro que JAAQ, quien se identifica con el NUIP 10.014.199, lo que significa que en este caso se dio cumplimento a lo previsto en el artículo 128 del CPP, ya que se identificó debidamente al procesado.

6.13 Aunado a lo anterior los testigos que declararon en el juicio, también reconocieron al procesado que fue declarado persona ausente, con la fotografía suya que obraba en el sistema de la Registraduría Nacional del Estado Civil, como lo dijeron la denunciante Cruz Elena Bedoya Ocampo; el señor Henry Alberto Cuervo Ruiz, abuelo de la menor y su padrastro Alexander Castaño Arango.

Por su parte, el investigador Jorge Tovar refirió: i) realizó consultas en bases de datos, entrevistas, obtuvo la tarjeta decadactilar que corresponde al ciudadano JAAQ y la anexó al informe; ii) el registro civil de nacimiento de la hija concuerda con los datos de la cédula de JAAQ; y iii) no se pudieron hacer las diligencias de arraigo del acusado, por la imposibilidad de ubicarlo, lo que impidió establecer su verdadera identidad.

6.14 De las pruebas enunciadas se deduce claramente que la persona que estaba obligada a suministrar la prestación alimentaria, no es otro que el procesado JAAQ, identificado con la CC 10. 014.199, lo que lleva a esta Colegiatura a confirmar el fallo de primer grado en lo relativo a la responsabilidad del acusado, por la violación del artículo 233 del CP, por reunirse los requisitos del artículo 381 CPP.

7. CONSIDERACIÓN ADICIONAL UNO: 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.

7.2 CONSIDERACIÓN ADICIONAL DOS: En el fallo de primera instancia se le negó al procesado la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional y por ende se ordenó su captura.

Sin embargo, esta Sala de manera oficiosa revocara ese acápite de la decisión contenida en el numeral 3º de la sentencia de primer grado, por las siguientes razones:

7.2.1 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.

7.2.2 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”.*

7.2.3 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.

7.2.4 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)

7.2.5 Con base en lo expuesto anteriormente y al observarse que en el caso del señor JAAQ, 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.

En consecuencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 5 de marzo de 2018 del Juzgado Promiscuo Municipal de La Virginia – Risaralda, donde se condenó al señor JAAQ, como responsable del delito de inasistencia alimentaria (Artículo 233 inciso 2º del CP), en lo que fue objeto del presente recurso.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero 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 JAAQ 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. En consecuencia de lo antedicho se ordena cancelar la orden de captura No. 290007881.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 1 al 4. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 34 [↑](#footnote-ref-2)
3. Saray Botero, Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio (Imputación, acusación, preparatoria, juicio oral, procedimiento especial abreviado y acusador privado). 2ª ed. Bogotá: Leyer Editores, 2017. Pags. 26-27. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ SP, 27 julio 2011, rad. 34.779. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ SP de 15 septiembre 1987. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ SP, 1º octubre 1991; tomada de la sentencia T-020 de 2002, Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ SP, rad. 11.412 de 13 febrero 2003. [↑](#footnote-ref-7)
8. Criminalística, en Enciclopedia OMEBA, Tomo V, pág.119; CSJ STP10732-2016, rad. T-86.973 de 4 agosto 2016. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ SP, 15 septiembre 1987. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sobre el tema se puede consultar en CSJ SP rad. 12.958 de 30-05-02; CSJ SP rad. 11.412 de 13-02-03; CSJ SO rad. 17.348 de 24-04-03; CSJ SP rad. 16.469 de 04-09-03; CSJ SP rad. 19.870 de 18-05-06: CSJ SP rad. 28.301 de 23-01-08 (ordenó incidente); CSJ AP rad. 30.103 de 04-08-08 (se estableció que la acusada estaba individualizada); CSJ SP rad. 27.028 de 10-06-09; CSJ SP rad. 28.935 de 01-07-09; CSJ SP rad. 26.990 de 29-07-10; CSJ SP rad. 34.779 de 27-07-11. [↑](#footnote-ref-10)
11. Criminalística, en Enciclopedia OMEBA, Tomo V, pág.119; CSJ STP10732-2016, rad. T-86.973 de 4 agosto 2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 5 y 6 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 18 y 19 s [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 1 a24 [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 25 a28 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 34 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 35 [↑](#footnote-ref-17)