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 / DEFINICIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE / CARACTERÍSTICAS / SE REVOCA Y CONDENA / APELACIÓN ESPECIAL CONTRALA “PRIMERA SENTENCIA CONDENATORIA”.**

El legislador estableció en el canon 233 del Estatuto Punitivo, 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 operador jurídico le asiste el deber de verificar si existe dicha obligación y si el obligado a ella ha incumplido sus obligaciones alimentarias, sin que exista justa causa, para sustraerse al cumplimiento de esta norma de mandato.

Este delito se ha definido 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 obligado evade ese deber, el delito se está consumando. (…)

… 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.

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…”

En atención a la decisión antes citada y otros precedentes de la SP de la CSJ, esta Sala consideró inicialmente por mayoría y luego en forma unánime, que no era procedente conceder el recurso de apelación contra la primera sentencia condenatoria que se dictara en el proceso, ya que en esos eventos solamente procedía el recurso de casación (…)

Sin embargo en CSJ SP del 5 de diciembre de 2018, radicado 44564, al resolverse un recurso de casación interpuesto por un delegado de la Fiscalía General de la Nación… se dijo:

“(...) 4.3.7 Garantía del derecho a impugnar la –primera- sentencia condenatoria

“Según el artículo 29 de la Constitución Política, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA tiene derecho a impugnar la presente sentencia, por ser la primera de carácter condenatorio…

Si bien en el caso de la providencia referida se trató de una sentencia condenatoria dictada en sede de casación, en el mismo precedente se manifiesta que esa garantía opera en favor de quien es declarado responsable: “al margen la instancia en que fue condenado”, lo que da entender que el mismo sería aplicable a casos como el presente, donde se ha revocado la sentencia absolutoria de primera instancia que se dictó en favor de H.F.V.G.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JU-DICIAL DE

PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 005 del dieciocho (18) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintiuno (21) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 2:00 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 036 2012 06319 01  |
| Procesados | H.F.V.G.  |
| Delito | Inasistencia alimentaria  |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN, en contra de la sentencia absolutoria proferida en favor del señor H.F.V.G., por el Juzgado 1º Penal Municipal de Pereira, por el delito de inasistencia alimentaria.

2. ANTECEDENTES

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

*“Los hechos fueron denunciados por la señora MARTHA ISABEL CASTRILLÓN, quien puso en conocimiento que el señor H.F.V.G., desde el siete (7) de octubre de dos mil once (2011), de manera injustificada ha venido incumpliendo con la obligación alimentaria que le asiste con su hija de siete (7) años de edad, debiendo ser ella quien vele por la educación, salud, alimentación, recreación y todos los gastos atinentes para la manutención de la víctima, con quien inclusive el imputado no ha poseído una relación afectiva alguna.*

*Anotó la denunciante que el indiciado se había comprometido a cancelar la suma de ciento treinta y tres (133.000) pesos como cuota mensual alimentaria, por lo que se encuentra adeudando un monto aproximado de siete millones de pesos ($7.000.000) en cuotas alimentarias.*

*Se allegó registro civil de nacimiento de la menor víctima, de donde se desprende que el indiciado es el padre, y por lo tanto le ha asistido la obligación legal de prestarle alimentos.”*

2.2 La audiencia de formulación de imputación se celebró el 21 de enero de 2016, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, acto en el cual la FGN le comunicó cargos al señor H.F.V.G. por el delito de inasistencia alimentaria, los cuales no fueron aceptados por el procesado (fl. 5).

2.3 La etapa de juzgamiento le correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira (fl 1). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 3 de agosto de 2016 (fl. 8). La audiencia preparatoria se realizó en sesiones del 15 de febrero de 2017 (fl. 9), 26 de abril de 2017 (fl. 10), 15 de junio de 2017 (fl. 12). El juicio oral tuvo lugar el 6 de marzo de 2018 (fl. 15), 6 de agosto de 2017 (fl. 17), 12 de agosto de 2018 (fl. 26), y el 5 de diciembre de 2018 (fl. 59). La sentencia de carácter absolutorio fue proferida a en la última sesión del juicio oral, la cual fue apelada por la delegada de la FGN (fl. 55 a 58).

3. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Se trata de H.F.V.G., identificado con cédula de ciudadanía Nro. 18.523.842 de Dosquebradas, nacido el 23 de septiembre de 1985 en esa misma localidad, es hijo de María Adela y José Artemio, de ocupación conductor.

4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

* Dentro de las diligencias se acreditó que el señor H.F.V.G. es padre de la menor SSVC, a través del registro civil de nacimiento número 1.088.004.087, de lo cual se deduce que es deber legal del procesado suministrar alimentos a su descendiente.
* El señor H.F.V.G. se sustrajo al deber legal de suministrar alimentos a la menor víctima, ello en consideración a los dichos de la progenitora de la menor, y al incumplimiento del compromiso pecuniario asumido por el acusado en las audiencias conciliatorias.
* De la declaración entregada por la señora Martha Isabel Castrillón se puede extraer que: i) el acusado se desatendió de sus deberes filiales para con su hija desde el 7 de octubre de 2011; ii) antes de esa fecha entregaba dineros de manera esporádica cuando conducía un camión, ya que se dedicaba habitualmente a esas labores; iii) había visto al señor H.F.V.G. trabajando; y iv) no le consta si trabaja en alguna empresa ni los vehículos que conduce.
* Del testimonio entregado por Laura Yohana Ocampo Castrillón, hermana de la víctima, se extrae: i) que el acusado no le colaboraba a su madre para la manutención de la menor, ya que vivió con la infante mientras que su madre laboraba; ii) que tuvo que trabajar para ayudar con los gastos de su hogar; iii) que había visto al acusado conduciendo volquetas aunque no sabe si estaba afiliado a alguna empresa; y iv) que le llegaban aportes de Comfamiliar.
* Según el informe elaborado por el investigador Edwin Alejandro Calvo: i) el señor H.F.V.G. figuraba como cotizante en la EPS SOS y aparecía afiliado como conductor de un vehículo en la ARP SURA, año 2012- 08-02, 2013 -12; ii) no pudo localizar al acusado; iii) no acudió a la empresa Líneas Pereira ni supo qué tipo de contrato tenía el señor H.F.V.G., ni tuvo contacto con el dueño de la buseta, y que solamente aparecía activa para el año 2015; y iv) únicamente tenía la información del Fosyga.
* La denunciante es quien responde por la manutención de la menor con el salario mínimo que devenga como operaria de máquina plana.
* De conformidad con la jurisprudencia pertinente (sentencia C- 237 de 1997) el delito investigado protege al bien jurídico de la familia y sanciona a quien falte a los deberes alimentarios, al poner el peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario de la prestación.
* Según la FGN, la conducta omisiva atribuida al procesado se presentó en un período de tres (3) años, pero el ente acusador no allegó prueba alguna que demostrara la actividad a la que se dedicaba el procesado, que permitiera deducir que hubiera hecho esos menguados aportes con el fin de menoscabar dolosamente los derechos de su hija.
* Pese a que se contaba con unos registros del Fosyga y de una EPS, de los cuales se infiere que el señor H.F.V.G. se encuentra afiliado a dichas entidades, la FGN no adelantó la gestión investigativa correspondiente para establecer en la empresa “Líneas Pereiranas”, la forma de vinculación del acusado con dicha empresa, su salario, sus horarios, ni tampoco presentó en el juicio al dueño de la buseta para que informara la relación laboral que tenía con el procesado, y si ese vínculo laboral era temporal, definido o indefinido. Por su parte de los testimonios de la madre y la hijastra del señor H.F.V.G., se deduce que no conocían su ocupación actual y tampoco se investigó sobre sus actividades en el período en que incurrió en la conducta omisiva.
* Se puede considerar que el acusado no cumplió sus deberes alimentarios, pero no demostraron las razones de su incumplimiento, ni el valor de sus ingresos con el fin de establecer si podía cubrir con los gastos de manutención de la menor afectada y podría pensarse que.
* A través de los testimonios allegados se pudo acreditar que efectivamente existió un incumplimiento parcial por parte del procesado respecto a su obligación alimentaria, pero se puede plantear como hipótesis que esa situación se pudo haber presentado por falta de oportunidades laborales, ya que no se probó que en el período en que fue demandado, el señor H.F.V.G. hubiera tenido un trabajo estable, ni se cuenta con una constancia laboral sobre sus ingresos, ni certificaciones sobre sus bienes.
* Sobre la presunción legal en el sentido de que el obligado a suministrar alimentos devenga por lo menos 1 smlmv, como lo dispone al artículo 129 del CIA, se debe tener en cuenta que en la sentencia C-055/10, se indicó que tal presunción opera desde que se tengan elementos de juicio que permitan demostrar que el alimentante posee un trabajo o labor que le procure ingresos y que la misma no opera en materias penales sino en el ámbito civil.
* Al no haberse demostrado la existencia de una conducta dolosa por parte del acusado dirigida a sustraerse a su obligación alimentaria, no se reunían los requisitos para dictar una sentencia condenatoria en su contra.

5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO

5.1 Delegada de la FGN (Recurrente)

(Sinopsis)

* La jurisprudencia vigente sobre la materia determina la necesidad de demostrar la capacidad económica del acusado, para probar que el incumplimiento de la obligación alimentaria es injustificado.
* En el presente caso quedó acreditado que el acusado ha tenido una actividad laboral, lo que se deduce de los anexos allegados como evidencia Nro. 2 de la FGN que fueron incorporados con el investigador Edwin Alejandro Calvo con la que se probó a través de consultas vía páginas web, que de manera intermitente, y en el período del incumplimiento, el señor H.F.V.G. estuvo afiliado al sistema de salud y a una ARL, y laboró como conductor de empresas que prestan el servicio público de transporte ya que hay registros de accidentes y anotaciones en el sistema SPOA, que demuestran que tuvo una actividad laboral y por lo tanto estaba en la posibilidad de destinar parte de sus ingresos en favor de su hija.
* El testimonio del citado investigador debió ser valorado en conjunto con las declaraciones de la denunciante Martha Isabel Castrillón y su hija Laura Johana Ocampo, quienes afirmaron bajo juramento que el señor H.F.V.G. siempre se ha desempeñado como conductor, dichos que corroboran los documentos allegadas por el investigador Calvo.
* La decisión de primer grado se convierte en una coartada perfecta para quienes se sustraen a sus deberes filiales, de tenerse en cuenta el argumento sobre la dificultad para precisar su actividad laboral.

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

El debate se centra en decidir si es viable revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar proferir sentencia de carácter condenatorio en contra del señor H.F.V.G…, por la violación del artículo 233 del CP, con base en los argumentos expuestos por la fiscal que funge como recurrente. Por ello, en atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la prueba sobre la existencia de la conducta investigada y de la responsabilidad del acusado, para adoptar la decisión correspondiente.

6.3 Inicialmente hay que manifestar que la conducta punible de inasistencia alimentaria se encuentra descrita en el Código Penal de la siguiente forma:

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

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

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

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

6.4 El legislador estableció en el canon 233 del Estatuto Punitivo, 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 operador jurídico le asiste el deber de verificar si existe dicha obligación y si el obligado a ella ha incumplido sus obligaciones alimentarias, sin que exista justa causa, para sustraerse al cumplimiento de esta norma de mandato.

Este delito se ha definido 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 obligado evade ese deber, el delito se está consumando.

6.5 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, cuya provisión corresponde en primer lugar a sus progenitores de manera 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.”

6.6 En el caso sub examen se debe tener en cuenta el marco fáctico del escrito de acusación, del cual se desprende que la señora Martha Isabel Castrillón denunció al señor HFVT, ya que el acusado desde el 7 de octubre de 2011 se venía sustrayendo de manera injustificada a la prestación de alimentos en favor de su hija SSVC, pese a que se había comprometido a cancelar la suma de $133.000 mensuales a favor de la menor, situación que había obligado a la denunciante a asumir la obligación alimentaria de su consanguínea.

6.7 De conformidad con la prueba practicada en el proceso estableció claramente que la menor SSVC es hija del procesado HFVG, con el correspondiente registro civil de nacimiento[[1]](#footnote-1)

6.8 Igualmente, a través de la documentación allegada por la delgada de la FGN, se demostró que el 9 de junio de 2011, ante la Fiscalía 12 Local de Quinchía, se efectuó una conciliación entre el procesado y la madre de la menor SSVC, donde se pactó lo siguiente: “la denunciante acepta que se le siga dando la cuota quincenal como antes, y se le advirtió que si quiere cobrar las cuotas atrasadas debe acudir a un proceso ejecutivo… las cuotas alimentarias se le remitirán por Apostar S.A. entre los días 15 y 20 y entre el 1 y 5 de cada mes, se le enviará 60 mil pesos en cada quincena…” (fl. 7 y 8)

6.9 Con el testimonio entregado por la señora Martha Isabel Castrillón madre de la menor afectada, se estableció lo siguiente: i) HFVG es el padre de su hija SSVC; ii) inició el trámite ante la FGN porque el denunciado se desinteresó de su hija que contaba con 10 años de edad, tanto en la parte económica como en la afectiva; iii) desde el 7 de octubre del 2011 el acusado no ha realizado ninguna contribución para el sostenimiento de su hija; iv) antes de esa fecha hacía aportes en una de las quincenas del mes por valor de $133.000, lo cual fue acordado en una Comisaría de Familia; v) antes de ese arreglo no le daba nada, pero después de que fue demandado, el procesado empezó a llevarle “cositas” a la niña, quien para esa época tenía año y medio de edad; vi) para el año 2009 y con anterioridad a que se desentendiera de sus deberes con su hija, el señor HFVG manejaba un camión de reparto de galletas y visitaba a la menor en el municipio de Quinchía; vii) antes de acudir a la FGN se presentó ante la Comisaria de Familia, ya que el procesado no realizaba ningún aporte a favor de la menor, en donde pactaron una cuota de $133.000; viii) cuando denunció a HFVG González en la FGN, le dijeron que la cuota de $133.000 era la que se debía tener en cuenta; ix) el acusado cumplió esporádicamente el acuerdo al que habían llegado en la Comisaría de Familia; x) en el año 2009 acudió a la Fiscalía de Quinchía porque el padre de su hija dejó de suministrar la cuota; xi) cree que fue un juez el que le dijo al acusado que no estaba en obligación de suministrar alimentos a la menor y pese a que ella le advirtió a ese funcionario que eso le parecía injusto, este insistió que no había una obligación pero que se podían poner de acuerdo en ese acto para que el procesado iniciara los pagos, pese a que ya le adeudaba cuotas alimentarias; xii) ante esa situación decidió interponer una denuncia en la ciudad de Pereira, en el mes de noviembre de 2012, pero el incumplimiento del señor VG se presentaba desde el 7 de octubre de 2011; xiii) le dijo al juez que ella tenía toda la responsabilidad de la niña, pese a que el procesado para esa época trabajaba conduciendo un camión; xiv) el acusado siempre dice que no está trabajando, pero cree que no ha sido así y por su condición de madre no puede estar pendiente de si trabaja o no; xv) el procesado tiene otra familia a la que debe mantener y no cree que la actual pareja de HFVG sea la que lo mantenga; xvi) ha visto trabajando al señor VG, e incluso para la época en la que formuló la denuncia, este manejaba una volqueta; xv) cuando se le puso de presente la denuncia del 23 de noviembre de 2012, adujo que en ese documento estaba plasmado lo del incumplimiento de la cuota alimentaria y además obraba el registro civil de su hija, a quien había mantenido con su oficio como operaria de máquina plana, con el cual devengaba un SMLMV; xvi) desde el mes de noviembre de 2012 el denunciado no había hecho ningún aporte para cumplir con su obligación alimentaria, pero en una audiencia anterior y a instancias de su abogado le abonó $100.000; xvii) el acusado al parecer tiene otros dos hijos, no sabe con quién vive, aunque reside frente a la casa de su madre en el barrio los Alpes de Dosquebradas y supone que vela por su actual familia, ya que no tiene ningún conocimiento sobre su vida personal; xviii) el señor VG ha laborado como conductor, siempre lo ha visto desarrollando dicha actividad, no tiene conocimiento de que sufra alguna enfermedad que le impida laborar, ni que haya sido privado de la libertad en algún momento; y xix) últimamente lo había visto manejando una volqueta pero no sabe en cuál empresa labora, ni ha tenido la posibilidad de averiguarlo.

Con este testigo se introdujo la evidencia correspondiente a la denuncia presentada contra el incriminado y el registro civil de nacimiento de la menor SSVC[[2]](#footnote-2).

6.10 Por su parte Laura Johana Ocampo Castrillón, quien dijo ser hija de la denunciante expuso lo siguiente: i) conoce a HFVG porque es el padre de SSVC, quien tiene 10 años; ii) en el año 2011 su madre Martha Isabel Castrillón interpuso una denuncia en Quinchía, contra el señor VG por inasistencia alimentaria; iii) luego supo que su madre había llegado a un acuerdo con el procesado que fue incumplido por este, ya que inicialmente estuvo entregando las mesadas, pero posteriormente dejó de realizar los pagos acordados, tuvo conocimiento de esa situación porque en esa época vivía con su mamá en Quinchía; iv) su madre se encargaba del sostenimiento de la menor SSVC y ella y su abuela la cuidaban, mientras su progenitora estaba laborando; v) hace 7 años su madre y ella se vinieron a vivir a Pereira con el fin de buscar trabajo para su sustento, el de su abuela y el de sus dos hermanas, por lo cual empezó a laborar desde que estaba muy joven para sufragar esos gastos; vi) su señora madre es quien siempre se ha hecho cargo de los gastos de su hermana, y cuando ha podido le ha colaborado para el sostenimiento de la niña; vii) el señor VG no hace ningún aporte para sostenimiento de la menor SSVC, excusándose en que no tiene trabajo pero lo ha visto manejando volquetas recientemente, sin que recuerde fechas exactas; viii) en el mes de octubre de 2011 su progenitora denunció al procesado porque no estaba suministrando las cuotas alimentarias, y posteriormente y ante un nuevo incumplimiento decidió interponer otra denuncia al año siguiente; viii) siempre ha tenido conocimiento de que el señor VG es motorista, cuando el acusado vivía con su mamá era conductor de un transporte urbano, pero después lo vio conduciendo una volqueta; ix) cuando el acusado vivía con ellas en casa de su abuela, escasamente hacía aportes económicos pese a que en ese momento laboraba; x) infiere que el procesado debe percibir ingresos por manejar volquetas, pero no sabe si cumple algún horario, ni de quién son los automotores que conduce; xi) a la menor SSVC a veces le enviaban unos aportes esporádicos por subsidios de Comfamiliar, en cuantía de $20.000 mensuales y de esa manera se enteraba de que el señor VG estaba trabajando; xii) sabe que el acusado se casó y es padre de dos hijos, uno de la misma edad de su hermana SSVC, y el otro que tiene más o menos 6 años, información que obtuvo en la red social Facebook y por ello considera que en razón de ese vínculo se encarga del sostenimiento de su hogar, aunque no sabe con quién vive el procesado; xiii) no se ha enterado de que el señor VG padezca alguna enfermedad que le impida trabajar, ni que haya estado detenido y por ello cree que si no vela por la menor SSVC, es porque no quiere hacerlo; xiii) siempre ha tenido conocimiento de que HFVG conduce volquetas, y cuando convivía con su madre este manejaba vehículos de transporte de servicio urbano. No sabe si ese automotor estaba afiliado a alguna empresa; y xiv) la constancia que tienen de que el procesado labora, son los reportes de los subsidios de Comfamiliar, pero no le consta que labore como conductor de esa volqueta.

6.11 Por su parte el investigador Edwin Alejandro Calvo Henao hizo referencia a las labores investigativas que realizó dentro de la presente actuación de la siguiente manera: i) reconoció el informe policivo que suscribió[[3]](#footnote-3); ii) en desarrollo de su actividad, consultó algunas bases de datos públicas y pudo establecer que HFVG González figuraba en el Fosyga como cotizante en una EPS[[4]](#footnote-4); iv) también consultó el sistema SPOA donde el citado ciudadano aparecía como indiciado dentro de una investigación por lesiones personales culposas, diligencias que fueron allegadas a la investigación, originadas en un accidente de tránsito que se presentó el 5 de enero de 2012, mientras conducía un vehículo de servicio público adscrito a la empresa Líneas Pereiranas, que contenían una denuncia presentada contra el señor H.F.V.G., el croquis o informe policial de accidente de tránsito donde constaba que el conductor del vehículo tipo buseta era el mismo HFVG y otros documentos[[5]](#footnote-5); v) el informe que realizó tiene fecha del 22 de septiembre de 2015, al cual allegó el contrato de vinculación de ese vehículo a la empresa Líneas Pereiranas[[6]](#footnote-6); vi) dentro de las consultas que realizó en el Fosyga pudo evidenciar que para 10 de enero del año 2015 el procesado estaba vinculado a la EPS SOS como cotizante y a la ARL Positiva Compañía de Seguros, a través de una empresa de alquiler de vehículos de carga con conductor; vii) igualmente presentaba inscripción a la EPS SURA, como afiliado a una empresa dedicada al transporte de carga municipal por carretera, la cual estaba vigente para el 08/02/2012; viii) al procesado le figuraban afiliaciones a riesgos profesionales en los períodos 12/03/2013, 10/15/2015 y a Comfamiliar de fecha 11/10/2015 en calidad de afiliado dependiente; vii) hizo referencia a tres investigaciones que se adelantan en contra del señor HFVG por el delito de lesiones personales culposas, las cuales fueron consultadas en el SPOA (se incorporó el informe y sus anexos); viii) no pudo ubicar al señor HFVG, pese a que se comunicó con su progenitora y con la denunciante; ix) dentro de las diligencias allegó documentos sobre la investigación que se adelantaba en contra del procesado por el punible de lesiones personales culposas; xi) no se hizo presente en la empresa Líneas Pereiranas para verificar la vinculación laboral del acusado con esa compañía; xii) tampoco tuvo conocimiento sobre el vínculo laboral del procesado con el dueño del vehículo mencionado; xiii) desconoce si el señor VG tenía contrato de prestación de servicios o solamente hacia reemplazos; xiv) averiguó que el acusado se encontraba afiliado al régimen contributivo; xv) para los años 2012 y 2013 el incriminado figuraba como inactivo en esas dicha base de datos, solo volvió a estar activo en el año 2015, y en años anteriores al 2012 figura también inactivo; y xvi) respecto a la inscripción en el Fosyga que presentaba el acusado para el año 2015, no realizó una verificación de su vínculo laboral.

6.12 En atención a la argumentación de la recurrente, hay que manifestar que en la sentencia de primera instancia se consideró que en este caso pese a existir evidencias que demostraban que el señor VG había figurado como afiliado dependiente en el régimen contributivo en salud, no se había demostrado que tuviera un vínculo laboral que le permitiera cumplir con la obligación alimentaria que tiene respecto a la menor SSVC, o que durante el lapso de su incumplimiento hubiera tenido un trabajo estable, ni tampoco se allegó alguna constancia laboral para establecer sus ingresos o si poseía algún tipo de bienes, por lo cual fue absuelto, con base en el criterio de que en materia penal no opera la presunción legal que existe en el sentido de que el obligado a suministrar alimentos devenga por lo menos un salario mínimo legal vigente.

6.13 En atención al principio de congruencia hay que manifestar inicialmente que de acuerdo al contexto fáctico del escrito de acusación, el señor HFVG venía incumpliendo sus obligaciones alimentarias con su hija SSVC, desde el mes de octubre de 2011, situación que fue acreditada debidamente con los testimonios entregados por la señora Martha Isabel Castrillón, madre de la citada menor y su hija Laura Johana Ocampo Castrillón, fuera de que se anexó la denuncia presentada por la señora Castrillón que se originó en el incumplimiento en el pago de las mesadas alimentarias a que se había comprometido el acusado en una diligencia de conciliación adelantada según la denuncia en el año 2010 en la Comisaría de Familia de Quinchía, donde HFVG se obligó a entregar la suma de $133.000 mensuales como cuota alimentaria, lo que incumplió al igual que un acuerdo al que se llegó en el mismo sentido ante la FGN el 9 de junio de 2011.

6.14 Como en este caso la discusión gira sobre la acreditación de la capacidad económica del acusado para cumplir con sus deberes alimentarios, hay que manifestar que a través del investigador Edwin Alejandro Calvo se introdujeron diversas pruebas documentales que indican lo siguiente:

6.14.1 Para el día 25 de enero de 2012, HFVG conducía un vehículo de la empresa Líneas Pereiranas S.A., de placas SJS-541 y tuvo un accidente de tránsito donde resultó lesionado el señor Jhon Jairo Acosta[[7]](#footnote-7).

A su vez el señor HFVG aparece recibiendo el mencionado automotor el día 30 de enero de 2012, de manos de la FGN.

Ahora bien en la consulta en la base de datos del Fosyga de fecha 7 de febrero de 2015, aparecen una serie de registros posteriores al mes de octubre de 2011, que indican que el señor HFVG estuvo afiliado al sistemas de riesgos profesionales así: 2012-08-02, 2013-12-03 y 2015 -10-15, la última de las cuales estaba activa para la fecha de la consulta.[[8]](#footnote-8)

6.14.2 Si bien es cierto que el investigador de la FGN no adelantó las labores necesarias para verificar cuál fue el tiempo de vinculación del procesado al sistema de riesgos profesionales, ni cuál fue su tiempo de permanencia en la citada empresa, lo real es que el hecho de que la afiliación del acusado apareciera inactiva para la fecha de la consulta en esa base de datos, solamente refleja que para el 7 de febrero de 2015 el señor HFVG no aparecía vinculado al sistema general de riesgos profesionales, pero no indica necesariamente que hubiera estado desempleado todo ese período que es posterior a la fecha en que empezó a incumplir con el pago de las mesadas adeudadas a su hija SSVC.

Fuera de lo anterior, la madre de la menor SSVC manifestó en el juicio oral que para la época en que formuló la denuncia contra el señor HFVG este manejaba una volqueta y que lo había visto ejerciendo la misma labor en los días previos a su declaración en el juicio oral y además se cuenta con el testimonio de Laura Johana Ocampo Castrillón, hija de la denunciante, quien igualmente manifestó que había visto al acusado desempeñando esa actividad, y agregó que esporádicamente le llegaban a la menor SSVC unos pagos por subsidios de Comfamilar, lo que le permitía inferir que estos aportes se recibían porque el padre de la niña estaba trabajando.

6.14.3 Lo anterior indica que pese a no haberse demostrado que el señor HFVG ha 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 solamente entregó la suma de $100.000 en todo ese tiempo para atender las necesidades de su hija, por lo cual no resulta consistente el argumento de la juez de primer grado, en el sentido de que no se había probado que la sustracción al cumplimiento de los deberes alimentarios por parte del procesado fuera injustificada, pues se reitera que la prueba practicada en el proceso demuestra el ejercicio de una actividad productiva por parte del acusado en diversas fechas, de lo cual se deduce su ánimo doloso de sustraerse al cumplimiento de sus deberes alimentarios con su hija SSVC.

6.14.4 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[[9]](#footnote-9).*

*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)"[[10]](#footnote-10) [[11]](#footnote-11).*

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…”[[12]](#footnote-12)*

6.14.5 Por lo tanto en este caso concreto encuentra esta Colegiatura que con las pruebas presentadas por el ente acusador, se lograron demostrar los aspectos sobre los que recae la obligación alimentaria, ya que de un lado, no hay duda con respecto a la necesidad que tenía la menor beneficiaria de recibir el aporte de su padre, en lo que tiene que ver con alimentos, vestido, educación y recreación, y del otro se cuenta con prueba de que en determinados períodos, a partir del mes de octubre de 2011, el señor HFVG estuvo laborando como conductor de la empresa Líneas Pereiranas y manejando otros vehículos, sin hacer ningún aporte para atender al sostenimiento de su hija.

6.15 Por lo anteriormente expuesto se considera que en el caso en estudio se cumplían los requisitos exigidos por el artículo 381 del CPP, esto es, el conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta y responsabilidad del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, en lo relativo a la sustracción de los deberes alimentarios en que ha incurrido el procesado, por lo cual se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se condenará al señor HFVG como responsable de la conducta punible de inasistencia alimentaria cometida en perjuicio de su hija SSVC.

7. DOSIFICACIÓN DE LA PENA

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

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

PRIMER CUARTO: De 32 a 42 meses de prisión

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

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

Los cuartos de la pena de multa quedan así

PRIMER CUARTO: De 20 a 24,375 SMLMV

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

CUATO MÁXIMO: De 33,125 a 37,5 SMLMV

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

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

8. SOBRE SUBROGADOS PENALES:

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

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

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

8.4 Sobre 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.

8.5 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)

8.6 Con base en lo expuesto anteriormente y al observarse que en el caso del señor H.F.V.G., 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.

9. CONSIDERACIÓN ADICIONAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA ESTA DECISIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9.2 En atención a la decisión antes citada y otros precedentes de la SP de la CSJ, esta Sala consideró inicialmente por mayoría y luego en forma unánime, que no era procedente conceder el recurso de apelación contra la primera sentencia condenatoria que se dictara en el proceso, ya que en esos eventos solamente procedía el recurso de casación, para lo cual se tuvo en cuenta lo dicho en las sentencias C-621 de 2015 de la Corte Constitucional y CSJ SP del 23 de octubre de 2014 radicado 39538, en el sentido de que las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción, también constituyen precedente judicial vinculante.

9.3 Sin embargo en CSJ SP del 5 de diciembre de 2018, radicado 44564, al resolverse un recurso de casación interpuesto por un delegado de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 7 de julio de 2014, mediante la cual confirmó la decisión de absolver a Carlos Andrés Díaz de la Ossa, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en la cual se dijo:

“(...) *4.3.7 Garantía del derecho a impugnar la –primera- sentencia condenatoria*

*Según el artículo 29 de la Constitución Política, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA tiene derecho a impugnar la presente sentencia, por ser la primera de carácter condenatorio. Sobre la naturaleza y efectividad de esta prerrogativa, en reciente decisión (SP4883-2017, nov. 14, rad. 48820), se indicó*:

*De acuerdo con el art. 29 inc. 1º de la Constitución, el ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa.*

*Desde esa perspectiva, el Acto Legislativo Nº 01 de 2018, cuyo objeto estriba en “implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria”, no sólo delineó las bases fundantes de un proceso penal de doble instancia para los aforados mencionados en el art. 235 de la Constitución, sino que instituyó una garantía fundamental, en cabeza de toda persona condenada penalmente, a que la declaratoria de responsabilidad penal sea corroborada (doble conformidad de la sentencia condenatoria).*

*El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (art. 235 incs. 2º y 7º de la Constitución, modificados por el A.L. 01 de 2018), más que un asunto de estructura, es una garantía instituida a favor de quien es declarado penalmente responsable, al margen de la instancia en que es condenado; de esa manera, se pretende que la presunción de inocencia que cobija a toda persona deba pasar por un doble filtro -ordinario- de revisión, antes de ser desvirtuada mediante declaratoria judicial.*

*Ello muestra que, para el constituyente, el mecanismo de impugnación está atado a la sentencia de naturaleza condenatoria. El derecho a impugnar el primer fallo de condena es una protección reforzada al derecho fundamental a la presunción de inocencia, concretado en la garantía de la doble conformidad, igualmente prevista en el art. 15-5 del P.I.D.C.P...” (Subrayas ex texto)*

9.4 Si bien en el caso de la providencia referida se trató de una sentencia condenatoria dictada en sede de casación, en el mismo precedente se manifiesta que esa garantía opera en favor de quien es declarado responsable: “al margen la instancia en que fue condenado”, lo que da entender que el mismo sería aplicable a casos como el presente, donde se ha revocado la sentencia absolutoria de primera instancia que se dictó en favor de H.F.V.G., por lo cual se considera que en el caso sub examen, la defensa del procesado estaría habilitada para interponer el recurso de apelación contra la decisión adoptada por esta colegiatura, tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

9.5 A su vez, en la decisión citada se expuso lo siguiente:

*“(...) Está próximo a cumplirse un año de la expedición del Acto Legislativo Nº 01 de 2018, sin que siquiera existan iniciativas o proyectos de ley para expedir la reglamentación legal correspondiente, para dar aplicación a la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en sede de casación. Y no pueden pasarse por alto los antecedentes de la consagración constitucional de la garantía de doble conformidad, como integrante del derecho fundamental al debido proceso. Habiendo la Corte Constitucional exhortado al Congreso de la República para que, en el término máximo de un año, regulara integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias[[13]](#footnote-13), sólo después de tres años y dos meses se cumplió parcialmente ese mandato. Así que, dadas esas circunstancias, la Corte Suprema no puede dejar en el vacío la protección de las garantías constitucionales y mantenerse impávida ante la omisión legislativa para efectivizar el acceso a la administración de justicia en esos casos.*

*Por ello, la Sala se ve obligada a activar el ejercicio de la impugnación especial, a través de un procedimiento transitorio, producto del desarrollo judicial del derecho, por analogía, que compatibilice los instrumentos normativos vigentes con el mandato de supremacía y vigencia de los derechos fundamentales. Eso sí, exhortando al Congreso de la República para que reglamente integralmente del asunto.*

*En la referida providencia, se determinó que el derecho a impugnar la primera condena, emitida en sede de casación, se garantizaría mediante la aplicación analógica de las reglas procesales del recurso de apelación, directriz ésta que ahora se reitera, aunque precisando que en el presente asunto tal remisión normativa se dirigirá a las prescripciones establecidas en la Ley 906 de 2004, especialmente en su artículo 179 –modificado por L. 1395/2010-, por ser ésta la que rigió la actuación. En consecuencia, el trámite que garantizará la impugnación especial contra sentencias condenatorias, dictadas por primera vez al resolver el recurso extraordinario de casación, será el que se pasa a describir:*

*a) La impugnación especial de la condena, deberá formularse en la audiencia de lectura del fallo de casación.*

*b) La respectiva sustentación tendrá lugar, a elección del impugnante, en la misma audiencia de lectura, de manera oral, o dentro de los cinco (5) días siguientes, por escrito.*

*c) Si ocurre lo primero, se concederá la palabra a la Fiscalía y a los demás intervinientes, que comparezcan a la audiencia, para que ejerzan el derecho a la contradicción.*

*d) En caso de sustentación escrita, se correrá traslado de la misma a la Fiscalía y a los demás intervinientes, por el término de cinco (5) días.*

*e) Surtido el trámite anterior, inmediatamente, se remitirá el proceso al despacho del magistrado que sigue en turno al último que suscribió la sentencia, para que conforme sala con los dos magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de que decidan la solicitud de doble conformidad”.*

En consecuencia, de formularse el recurso de apelación contra el fallo adoptado por esta Sala en segunda instancia, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 179 del CPP, en lo relativo a ese trámite.

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: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida el 5 de diciembre de 2018 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira, y en su lugar CONDENAR al señor H.F.V.G., como responsable del delito de inasistencia alimentaria (Articulo 233 CP).

SEGUNDO: IMPONER al señor H.F.V.G. la pena de treinta y dos (32) de meses de prisión y multa de 20 SMLMV para el año 2011, y como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

TERCERO: 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 H.F.V.G. 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.

CUARTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos de apelación especial y de casación, conforme a lo explicado en el apartado número 9 de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folio 22 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 22 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 30 a 31 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 32 a 34 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 39 a 47 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 48 a 51 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 40 a 48 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 32 a 34 [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. Cfr. Sentencia T-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. A través de la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. [↑](#footnote-ref-13)