

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 050016000206201744363
Procesado: Andrés Felipe Barrientos Tabares
Delito: Inasistencia alimentaria
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 04 - Aprobada por acta No. 21 de la fecha.
Decisión: Revoca sentencia absolutoria
Lectura: Viernes, 18 de marzo de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Dr. RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuestos por la delegada del ente acusador, en contra de la sentencia del 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Medellín,

Antioquia, que absolvió al señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares**, por el punible de inasistencia alimentaria.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

El señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares**, desde el 18 de julio de 2016 al 20 de marzo de 2019, no estaba cumpliendo con la obligación alimentaria de su hija menor D.B.G., sin que mediara una causa que justificara la sustracción de su deber.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 20 de marzo de 2019, la Fiscalía corrió traslado del escrito de acusación al señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares** acusándolo del punible de inasistencia alimentaria (inc. 2 art. 233 del C.P.).

El conocimiento de esa causa penal le correspondió, por reparto, al Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Medellín, quien el 20 de febrero de 2020 celebró audiencia concentrada de la que trata el canon 542 de la Ley 906 de 2004.

El 16 de agosto de 2021 se dio inicio al juicio oral, el cual se extendió en 3 sesiones más, los días 1° de septiembre, 15 de octubre y 25 de noviembre de esa anualidad, fecha en la cual se clausuró el debate probatorio, se alegó de conclusión y se emitió sentido de fallo absolutorio en favor de del señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares**.

El traslado de la sentencia se realizó el 30 de noviembre de 2021, la cual fue recurrida por la delegada del ente acusador.

4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de hacer un recuento sobre las probanzas llevadas a juicio, el fallador de primer nivel consideró que la prueba de cargo no logró acreditar que del 28 de julio de 2017 al 24 de mayo de 2018 y del 16 de octubre de 2018 en adelante, existiera vínculo laboral alguno del procesado, situación que no podría deducirse por el simple hecho de hallarse afiliado a la salud, pues esto se puede obtener particularmente y no necesariamente en razón de una relación laboral.

Lo anterior, sumado a la entrega de la suma de \$2.700.000 por parte del procesado como manutención de su hija, desvirtuaban la tipicidad del hecho endilgado al señor **Barrientos Tabares**, por no demostrarse por el ente acusador la capacidad económica del encartado, que permitiera colegir que su sustracción de la obligación alimentaria fue sin causa justificada.

Por lo anterior, absolvió al señor **Barrientos Tabares** del punible de inasistencia alimentaria.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. La delegada del Ente Acusador, cuestionó la decisión de primer nivel, por considerar que sí se pudo acreditar mas

allá de duda razonable la capacidad económica del procesado, habida cuenta que este se encontraba afiliado como cotizante en el sistema de seguridad social en calidad de trabajador dependiente por intermedio varios empleos que había tenido; en ese mismo sentido, señaló que el acusado era propietario de un inmueble y 4 motocicletas.

Indicó que lo anterior permitía deducir la capacidad económica del acusado, echando mano de la máxima de la experiencia que indica que una persona en esas condiciones, tiene capacidad económica.

2. Consideró la recurrente que no quedó probada ninguna imposibilidad física o mental que le impidieran al señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares** acceder a una fuente de ingresos en materia laboral, para cumplir con su obligación legal de alimentos, por cuanto este si laboró y que si bien no lo hizo durante todo el tiempo imputado, si tuvo ingresos en gran parte de este, y aun así decidió sustraerse de su obligación.
3. Señaló que sí se pudo establecer la existencia de un acuerdo de pago de cuota alimentaria entre la madre de la menor y el procesado, pues por vía de prueba testimonial, se supo que el acusado estaba obligado a pagar la suma de \$300.000 pesos mensuales.

Indicó que esa obligación alimentaria, nace de la mera relación paterno filial entre D.B.G. y el señor Barrientos Tabares, sin que sea necesaria para su configuración la

existencia de un acuerdo conciliatorio o sentencia judicial para estos efectos.

En consecuencia, solicitó se revocara la decisión de primer nivel y se condenara al procesado.

6. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES:

Descorrido el trámite de rigor, no fueron presentados alegatos de los sujetos no recurrentes.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Medellín, Antioquia, en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Problema jurídico.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón al censor o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada.

Por ello, una vez observados los reparos del ente acusador en su apelación, encuentra la Sala que el problema jurídico a resolver es del siguiente tenor literal:

- ¿Se acreditó por parte de la Fiscalía General de la Nación, la responsabilidad penal del señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares** en el delito de inasistencia alimentaria?

Para resolver lo anterior, la Sala comenzará por realizar un exordio sobre el delito de inasistencia alimentaria y su configuración, para luego estudiar el caso concreto.

7.2.1. De la inasistencia alimentaria.

El delito de inasistencia alimentaria se encuentra tipificado en el artículo 233 del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, de la siguiente manera:

"El que se sustraiga **sin justa causa** a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de 16 a 54 meses y multa de 13.33 a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

Dicho tipo penal pretende proteger el bien jurídico de la institución familiar, que se ve afectada por la omisión al deber de asistencia económica entre quienes la componen, pues tal sustracción arriesga la subsistencia del beneficiario.

Es una conducta de peligro, toda vez que no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido y exige que tanto el sujeto activo como el pasivo sean calificados, en tanto debe existir la relación de parentesco antes indicada en virtud de la cual la ley impone la obligación alimentaria y es un delito de ejecución permanente, dado que la infracción a la norma persevera hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación; además, dicho ilícito solo admite la modalidad dolosa.

La estructura de este tipo penal no solo requiere la sustracción del deber por parte del sujeto activo, entendida como la omisión de la obligación de brindar alimentos que se deben por ley a los descendientes, ascendientes, adoptante, adoptivo o al cónyuge, sino, además, que esta no tenga una causa justa, es decir, que no exista motivo o razón que la justifique, esto es infundada o inexcusable, ya que, de demostrarse la justificación, la conducta sería atípica.

Precisamente frente a este tema, se tiene que el legislador al incluir dentro de la definición típica el elemento “**sin justa causa**”, dio a entender que el delito se estructura con el incumplimiento en la prestación de alimentos, siempre y cuando se haga *sin motivo, sin razón que lo justifique*, esto es, el dejar de hacer lo que se debe hacer tiene que ser infundado, inexcusable.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-237 del 20 de mayo de 1997, declaró la constitucionalidad de la norma que define la conducta punible de inasistencia alimentaria,

dejando en claro que no puede ser responsable quien incumple sus deberes determinado por una **“justa causa”**:

“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...”

En la misma sentencia se dijo:

“En términos similares a los expuestos en esta sentencia, sobre la “causa injustificada” la Corte Constitucional ha dicho que el verbo "sustraer", que constituye el núcleo de la conducta punible, expresa la idea de separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir ésta. Es una conducta activa, maliciosa, claramente regulada, de modo que deja de incriminarse cuando ocurren descuidos involuntarios o cuando se presentan inconvenientes de los que pueden incluirse dentro de las justas causas.

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

También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compromisos a pesar de que no quiere actuar de esa manera.

La justicia de la causa es determinación razonable, explicable, aceptable y hace desaparecer la incriminación, cualquiera fuera su origen o la oportunidad de su ocurrencia (Sentencia T-502 del 21 de agosto de 1992).”

Estos antecedentes llevaron a estas conclusiones:

“Cabe precisar que la inclusión de ese elemento dentro de la definición del comportamiento hace que los motivos conocidos tradicionalmente como causales de justificación y de inculpabilidad - ahora causas de no responsabilidad-, y que al lado de otros pueden constituir la **“justa causa”**, sean desplazados desde sus sedes al ámbito de la tipicidad.

Así, es claro que concurriendo alguna de ellas, se disuelve la tipicidad y no la antijuridicidad o la culpabilidad.

Con lo anterior, es claro que en materia penal, las disposiciones que prevén el delito de inasistencia alimentaria son meridianamente claras al establecer que incurre en tal responsabilidad quien se sustrae *sin justa causa* a la prestación de alimentos legalmente debidos, conducta activa que exige dolo o intención. Por lo tanto, la inobservancia del deber queda justificada si se produjo como efecto de un acontecimiento que imposibilitaba su cumplimiento o que lo excusaba temporal o definitivamente.

En suma, tal y como lo expresó la Corte Constitucional, no se puede aseverar que el deudor pueda ser condenado a pagar una suma que le resultaría imposible sufragar y que el correspondiente incumplimiento va a culminar con una sanción penal en su contra. Por el contrario, la imposibilidad de pagar por insuficiencia de recursos debidamente documentada constituye justa causa para disminución o suspensión temporal de la obligación alimentaria y sirve para desvirtuar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria.¹

En cuanto a la acreditación de la capacidad económica, debe recordarse que es deber de la Fiscalía demostrar la solvencia monetaria del enjuiciado en el lapso de omisión de la obligación alimentaria, sin que la presunción del artículo 129 de la Ley 1098 de 2006 sea aplicable al proceso penal, ya que dicha figura está dirigida a las actuaciones en que se fija cuota alimentaria, y, además, ello implicaría una inversión de la carga de la prueba, inadmisibles si se tiene que el elemento complementario de “*sin justa causa*” hace parte del tipo.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2000.

Ahora, es menester aclarar que esa capacidad económica exigida, puede encontrarse satisfecha si el procesado es propietario de bienes. Así lo ha dado a entender la Corte Suprema de Justicia cuando, en sentencia con radicación 47.107 del 30 de mayo de 2018, señaló:

En primer lugar, al escrutinio probatorio aplicado por el Tribunal subyace un aserto del todo equivocado por contrariar las reglas de la experiencia, a saber, que tener bienes no implica tener capacidad económica. Como se reseñó, el núcleo de la absolución dictada por el Tribunal estriba en que si bien se probó que el acusado tiene bienes inmuebles, la Fiscalía no determinó si percibía algún ingreso mensual por alguna actividad lucrativa que los involucrara. Mas no tenía por qué hacerlo, como quiera que la titularidad de los mismos en cabeza del acusado es prueba de que tiene capacidad económica.

De acuerdo a la experiencia, por lo general, quien tiene bienes inmuebles es porque tiene capacidad económica para adquirirlos. Además, ser el titular del derecho de dominio de ese tipo de bienes implica tener capacidad económica, pues es claro que la posibilidad de enajenarlos a título oneroso trae consigo ingresos económicos.

El patrimonio corresponde al conjunto de derechos y obligaciones de una persona. Así mismo, tiene una inherente significación económica y pecuniaria que da lugar a relaciones jurídicas valorables en dinero (derechos reales y derechos de crédito). En ese entendido, es inobjetable que quien tiene el derecho de dominio sobre bienes inmuebles tiene capacidad económica y, por ende, está en posibilidad de negociarlos para cumplir con sus obligaciones, cuando se es deudor.

En esa dirección, el ad quem incurre en falso raciocinio al sostener que si bien el acusado es titular de derechos reales de dominio sobre bienes inmuebles, carece de capacidad económica porque no se probó que de ellos recibiera algún ingreso mensual por su explotación comercial.

Para que se configure la injusta causa para proporcionar alimentos no se exige *liquidez monetaria*, sino capacidad económica, que la tiene todo aquél dueño de bienes inmuebles. En ese entendido, si la Fiscalía acredita que el procesado, por una parte, se ha sustraído total o parcialmente a la obligación de proporcionar alimentos a quien por ley los debe; y por otra, que es titular del derecho de dominio de bienes inmuebles de los cuales no dispone para obtener recursos que le permitan sufragar sus deudas alimentarias, están dados los supuestos para afirmar la tipicidad objetiva del delito de inasistencia

alimentaria. Un aserto en esos términos permite afirmar con suficiencia que el sujeto activo de la conducta ha infringido su deber de procurar los medios para cumplir con su obligación, pese a que tiene capacidad económica, derivada de la posibilidad de transformarlos en dinero para ser destinado a pagar las deudas por alimentos.

Así, cuando la Fiscalía logra acreditar que el procesado tiene titularidad sobre bienes inmuebles, mismos que dan pie a la constitución de su capacidad económica, cumple con su carga de acreditarla, presunción de tipo *iuris tantum* que es deber de la defensa desacreditarla, bajo la dinamización probatoria que se da al interior del proceso penal.

7.2.1. Del caso concreto.

En el presente asunto debe la Sala hacer un análisis de los elementos de prueba con miras a determinar, a ciencia cierta, qué fue lo que se acreditó al interior de la actuación, contrastando esa situación con lo relatado en los hechos jurídicamente relevantes a efectos de determinar la corrección de la decisión absolutoria censurada por el delegado del Ente Acusador.

Se tiene, entonces, que lo primero que debe analizarse es la configuración a través de los medios de prueba de los elementos estructurales del tipo penal de inasistencia alimentaria por el cual viene siendo juzgado el señor Andrés Felipe Barrientos Tabares, a lo cual se le debe tener en cuenta el interregno temporal fijado por la Fiscalía en su acusación.

Se tiene acreditado por vía de estipulación, que la menor D.B.G. es descendiente del procesado, motivo plausible para colegir que le asiste a este el deber de darle alimentos a la menor.

En el mismo sentido, a través del recaudo probatorio en juicio se pudo establecer que el encartado ha tenido atrasos en la entrega de alimentos, aspecto que si bien no ha sido pactado por medio de determinación de alguna autoridad, pues no ha habido regulación de cuota alimentaria, le asiste razón al recurrente al indicar que ello no constituye un pretexto para sustraerse de su obligación de asistir a su hija en sus necesidades básicas de subsistencia.

Ahora, el punto nodal del problema jurídico, lo es la acreditación de la capacidad económica del procesado y que teniendo este la posibilidad de sufragar esos gastos, se haya sustraído de forma dolosa e injustificada del cumplimiento de su obligación alimentaria.

En este punto, conviene hacer un análisis de las pruebas recaudadas en el juicio, con miras a determinar si el ente acusador acreditó en debida forma la capacidad económica del procesado.

Analizando el testimonio de la señora Alejandra García Toro, madre de D.B.G., se tiene que no da una claridad sobre la solvencia económica del procesado para los tiempos en los cuales denunció a su ex pareja por la inasistencia alimentaria de la hija reconocida que tienen en común. Por el contrario, la declaración de esta testigo estuvo marcada de animosidad en contra del acusado, denotándose sentimientos de rabia y

desprecio, que no permitió la extracción de datos precisos sobre el tema en cuestión.

A lo sumo, la declaración de la madre de la menor sirvió para conocer que su relación con **Barrientos Tabares** no fue buena y que estuvo mediada de problemas y que tanto ella como su madre habían recibido dineros provenientes del acusado para los gastos de la menor, pero advirtiéndole que esos aportes eran insuficientes.

Ahora, la Fiscalía introdujo a juicio una serie de documentos que daban cuenta de la afiliación en seguridad social del señor **Barrientos Tabares** como cotizante, su suscripción a la caja de compensación CONFAMA y unos certificados laborales, aunado a certificados de las secretarías de movilidad y de registro de instrumentos públicos que daban cuenta de que el encartado era propietario de unos rodantes y de una parte de un inmueble, ello con miras soportar la capacidad económica del ciudadano.

De esta documentación, analizada en contexto con la declaración en juicio del procesado, se puede extractar, en primera medida, que durante el tiempo que el encartado laboró en la Droguería Pasteur, el procesado cumplió con sus obligaciones parentales y que durante gran parte de ese tiempo convivió con la madre de la menor y su hija.

Ahora, con relación a las afiliaciones en seguridad social del encartado, tal como lo hizo notar la *a quo*, devienen insuficientes para acreditar más allá de duda razonable la capacidad económica de **Barrientos Tabares**, máxime cuando

es claro que la presunción de ingresos de un salario mínimo que se desprende de las referidas no es aplicable en materia penal, en tanto ello pervertiría el principio de presunción de inocencia y conduciría a una inadmisibles variación en la carga de la prueba, la cual no deja de estar en cabeza del ente acusador a quien le corresponde demostrar con certeza que al procesado le asistía una capacidad económica propicia para sufragar los gastos de alimentos.

No obstante lo antes expuesto, es claro que la Fiscalía si logró el cometido procesal de demostrar la capacidad económica del encartado en tanto llevó a juicio prueba documental que señala que aquel es propietario de 4 motocicletas y de la mitad de un bien inmueble.

En efecto, dentro de los documentos que introdujo la fiscal al juicio se da cuenta que el señor **Barrientos Tabares** tiene el derecho real de dominio sobre varios bienes, como lo son 4 motos adquiridas entre los años 2007 y 2012, las cuales aún figuran a su nombre, y de igual manera tiene una cuota sobre un bien inmueble adquirida el 3 de septiembre de 2013, tal como se advierte del certificado de libertad y tradición allegado al proceso.

En suma, el señor **Barrientos Tabares** ha contado con capacidad económica durante todo el lapso de tiempo de la acusación, situación que fue acreditada con suficiencia por parte del ente acusador con la introducción a juicio de los historiales de transito sobre las motos de su propiedad y el certificado de libertad y tradición de un bien inmueble sobre el cual tiene derecho real de dominio, sin que en sede de juicio se

entregaran elementos para desvirtuar esa capacidad económica, por parte de la defensa, como era su deber.

Tampoco se logró establecer en la estrategia defensiva que el encartado hubiese realizado algún tipo de labores para convertir sus bienes en dinero y con ello sufragar las cuotas alimentarias que debía desde el año 2016, hasta el 2019 a su menor hija D.B.G., situación que permite establecer que su sustracción del deber de prestar alimentos, pese a tener capacidad económica, ha sido dolosa.

Es más, la estrategia defensiva sólo se limitó a tratar de enseñar que el procesado si había cumplido con sus deberes alimentarios en favor de D.B.G., a través de la entrega de pagos esporádicos, pero nada distinto al desempleo que sufrió el procesado, fue llevado a juicio para derruir la capacidad económica, máxime cuando la fiscalía arrimó pruebas que, tal como se indicó en líneas precedentes, daban cuenta de que el procesado era el propietario de motocicletas y de la mitad de un inmueble.

Acreditada la capacidad económica del procesado, encuentra la Sala que la prueba recaudada en juicio da cuenta de que este también se ha sustraído dolosamente de su deber de prestar alimentos a la menor D.B.G.

La madre de la menor ha sido clara en manifestar que los aportes entregados a la menor D.B.G. por concepto de alimentos han sido insuficientes e inconstantes, situación que fue reiterada con la declaración de la señora Aidé de las Mercedes Toro Callejas, quien si bien afirmó haber recibido

unos dineros por parte del procesado para la manutención de la menor, lo cierto es que estos no alcanzaban para sufragar los gastos mínimos de manutención de la niña

Esta situación intentó ser desacreditada por la defensa por medio de las declaraciones de Miriam de Jesús Tabares, madre del acusado, y John Jairo Garcés Restrepo, celador de la unidad residencial donde convivía el señor **Barrientos Tabares** con la madre de su hija.

Con la primera de las testigos pudo también establecerse, contrario a lo querido por la defensa, que el señor **Barrientos Tabares** no ha sido constante en la atención de la obligación alimentaria que le asiste para con la menor D.B.G., indicando que durante el interregno de la acusación, esto es de julio de 2016 a marzo de 2019, el pago de la cuota de alimentos se había hecho de forma esporádica, situación que permite colegir que el procesado ha faltado a su deber de sufragar los gastos de su hija menor en el tiempo señalado por la Fiscalía.

De la declaración del señor John Jairo Garcés Restrepo es dable afirmar que no le consta muchas de las circunstancias propias de la dinámica familiar, dado su oficio de vigilante del conjunto al que asistía por turnos, sin que exista un motivo fiable para determinar que este conocía la intimidad del hogar de forma directa, más allá de los problemas de pareja percibidos y la información que pudo obtener por cuenta de los dichos del procesado o su compañera permanente.

Con la declaración del señor **Barrientos Tabares** tampoco es muy diferente la situación, pues si bien este alega que no había tenido trabajo y que en la medida de las posibilidades cumplía de forma impuntual con los alimentos debidos a su hija, lo cierto es que, dada su capacidad económica debidamente acreditada, no entregó razones valederas para justificar el incumplimiento recurrente de su obligación paterna.

Tampoco, puede entenderse satisfecha la obligación alimentaria con los pagos realizados por parte del acusado en el periodo comprendido entre marzo del 2020 a octubre del 2021, por cuanto ellos escapan al marco factico de la acusación y constituirían, a lo sumo, la asunción de una obligación posterior de la cual aún le asiste el deber de sufragar.

Por lo expuesto, se encuentra acreditada la sustracción dolosa e injustificada del señor Andrés Felipe Barrientos Tabares de su obligación alimentaria para con D.B.G. entre julio de 2016 y marzo de 2019.

En suma, si bien no puede desconocerse que, durante el tiempo delimitado en la acusación, el procesado pudo no tener empleo, lo cierto es que contaba con algunos bienes de los cuales pudo disponer para sufragar las obligaciones alimentarias que le asistían con su menor hija, situación que no realizó, incumpliendo así, sin que sobrevenga una justa causa, su deber como padre, lo que permite tener por acreditado los elementos del tipo penal de inasistencia alimentaria y la consecuente responsabilidad del procesado, ya que es evidente que su actuar omisivo puso en potencial peligro el bienestar de la menor víctima.

Ante todo este panorama, encuentra la Sala que la decisión adoptada por la primera instancia, debe ser **REVOCADA** y, en consecuencia, emitir juicio de reproche en contra del procesado por hallarse responsable del delito de inasistencia alimentaria, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del canon 233 del C.P.

8. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Vistas las consideraciones antecedentes, debe decirse que el señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares** será condenado por el delito contenido en el artículo 233 inciso 2, Capítulo IV, Título VI, delitos contra la Familia, Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, que para la fecha de los hechos aparejaba una pena de prisión de 32 a 72 meses y multa de 20 a 37.5 smlmv.

9. TASACIÓN DE LA PENA

Teniendo en cuenta que el fallo absolutorio del *a quo* fue revocado, ha de advertirse que el delito por el cual resultó condenado el señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares** es el de inasistencia alimentaria, según hechos acontecidos desde el 18 de julio de 2016 al 20 de marzo de 2019, el cual trae aparejada una pena de prisión de 32 a 74 meses y multa de 20 a 37.5 smlmv, por haber recaído la conducta contra un menor de edad.

Establecidos así los límites punitivos, los cuartos quedan conformados de la siguiente manera:

Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
32 a 42 meses de prisión	42 meses y un día a 52 meses de prisión	52 meses y un día a 62 meses de prisión	62 meses y un día a 72 meses de prisión

Y para la pena de multa, los cuartos de movilidad quedan establecidos de la siguiente forma:

Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
20 a 24,3 smlmv	24,3 a 28,6 smlmv	28,6 a 32,9 smlmv	32,9 a 37,5 smlmv

Como dentro del juicio no se alegaron circunstancias de mayor punibilidad, pero si hay una de menor que es la ausencia de antecedentes, la pena a imponer se ubicará en el primer cuarto, dentro del cual se ha de asignar la pena mínima tanto de prisión como de multa, por cuanto la conducta no comporta una mayor gravedad y si bien existió una sustracción dolosa de su deber de alimentos, ello estuvo permeado por situaciones de desempleo que no le otorgan a su voluntad dañosa una mayor intensidad.

Por lo anterior, la sanción a imponer a **Barrientos Tabares** es la de 32 meses de prisión, multa de 20 smlmv e interdicción de derechos y funciones públicas por idéntico término al señalado como pena de prisión.

10. SUBROGADOS PENALES Y PRISIÓN DOMICILIARIA

Establece el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 que en los procesos en los cuales son víctimas de delitos menores de edad, la autoridad judicial se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional a menos que aquellas hayan sido debidamente indemnizadas.

No obstante la aparente claridad de la norma, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 49712 del 15 de noviembre de 2017, efectuó la siguiente interpretación:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 24. Derecho a los alimentos. *Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y*

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

Asimismo, se vislumbra la imposibilidad de cumplimiento de lo estatuido por los artículos 3.2 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño².

En síntesis, si bien la imposición de la pena se fundamentó en su finalidad de prevención especial, con miras a que el procesado en el futuro no vuelva a sustraerse a su obligación alimentaria, lo cierto es que con la no suspensión de su ejecución se imposibilita al penado el cumplimiento de esa imposición legal.

La solución anunciada tiene la virtud de satisfacer tanto el interés superior de los menores como la prevalencia de sus derechos y la necesaria reparación de los perjuicios ocasionados porque a la vez que no aleja al penado de su fuente de ingresos, posibilitándole continuar con el cumplimiento de la obligación alimentaria, y no se convierte en un obstáculo para que mantenga comunicación con sus menores hijos, prevé dentro de su régimen la estipulación de un **plazo para indemnizar, so pena de revocatoria del subrogado,**

Es que muchas veces de manera inconsciente se instala en la mente de los jueces un dilema inexistente: reparación o subrogado, cuando no hay exclusión entre ellos, como claramente surge del artículo 65 del Código Penal y del artículo 474 de la Ley 906 de 2004.

Precisamente, uno de los compromisos que se adquieren para gozar del subrogado es el de indemnizar, dentro de un término cierto, los perjuicios ocasionados con la conducta punible. A más de garantizarse mediante caución, su inobservancia puede dar lugar a la revocatoria del sustituto y a la ejecución de la prisión por parte de la autoridad judicial competente, que debe ser celosa en la vigilancia de esa disposición del fallo.”

Este mismo criterio, ha sido mantenido por el órgano de cierre de esta jurisdicción a lo largo del tiempo y, por tanto, es el precedente judicial vigente.³

Así, teniendo en cuenta que en el caso concreto el juicio de reproche en contra del encartado lo fue por el punible de inasistencia alimentaria que, en voces de la Corte, no comporta un delito de gravedad atroz en contra de la menor hija del procesado, lo procedente será analizar los requisitos del canon 63 del C.P. con miras a determinar si es viable la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En efecto, se tiene que la pena impuesta al señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares** fue de 32 meses de prisión, *quantum* punitivo inferior a los 4 años estipulados por la norma en comento; además, el reato de inasistencia alimentaria no se encuentra dentro del listado del inciso segundo del artículo 68A del C.P. y el procesado carece de antecedentes penales.

Por lo anterior, lo procedente en este asunto será conceder al señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares** la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del C.P., por un término de 32 meses.

³ Cfr. CSJ SP4395–2018, rad. 52960; SP, 3 jun. 2020, rad. 52492; SP54124-2020, rad. 54124; y SP381-2022, rad 52240.

Para la mantención del subrogado, el procesado deberá cumplir con los requisitos impuestos por el canon 65 de la misma obra, en grado especial con el pago oportuno de los perjuicios que se tasen en el incidente de reparación integral, so pena de que su incumplimiento dé lugar a la revocatoria del aludido subrogado, agregando que la iniciación de dicho trámite incidental debe iniciarse de forma oficiosa por el *a quo* dada la minoría de edad de la afectada.

El condenado deberá suscribir la respectiva acta de compromiso con las obligaciones estipuladas en el artículo 65 reseñado y prestar una caución de medio salario mínimo.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria del 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal de Medellín, Antioquia, para en su lugar **CONDENAR** al señor **Andrés Felipe Barrientos Tabares**, por el punible de inasistencia alimentaria, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, imponiéndole una pena de prisión de 32 meses y multa de 20 smlmv.

SEGUNDO: IMPONER como penas accesorias al señor **Barrientos Tabares** la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual término que la pena principal.

TERCERO: CONCEDER al señor **Barrientos Tabares** la suspensión condicional de la ejecución de la pena para lo cual deberá prestar caución por valor de medio salario mínimo legal mensual vigente y dar cabal cumplimiento a las obligaciones del canon 65 del C.P., en grado especial al pago oportuno de la indemnización que se tase en el incidente de reparación integral, el cual debe iniciarse de oficio una vez esté en firme la sentencia.

CUARTO: Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede la impugnación especial para el procesado y/o su defensor ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con las sentencias C-792/14, SU 216/15 y SU 217/19 y los parámetros trazados en el auto AP1263-2019 radicado 54215 del 3 de abril de 2019.

QUINTO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de Casación para las demás partes e intervinientes, en los términos del artículo 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

SEXTO: Una vez en firme, remítase de inmediato el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas para lo de su cargo.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

-con salvamento parcial de voto-



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA.

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado