



## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, martes, treinta de enero de dos mil dieciocho

Aprobado mediante acta número 0005 del diecinueve de enero de  
enero de dos mil dieciocho

**Magistrado Ponente**  
**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por la Fiscal 159 Local de Medellín, conoce en segunda instancia esta Corporación el fallo proferido el 18 de abril de 2017 por la Juez Treinta y Cuatro Penal Municipal de Medellín, mediante el cual absolvió al señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ de los cargos que por inasistencia alimentaria le había formulado el ente acusador.

## **1. ANTECEDENTES**

Los hechos que originaron este proceso fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

*"El día 20 de agosto de 2013 la señora VICTORIA EUGENIA MORA AGUDELO instauró denuncia penal en contra del señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ, expresando que éste a esa fecha solo ha aportado en ese año 2 veces para el sostenimiento de la menor MARIANA LONDOÑO MORA, siendo el segundo aporte de \$40.000 para esa fecha hace 3 meses, él es inconstante con el cumplimiento de la obligación natural y legal que tiene para con la víctima por lo que ha tenido que acudir en diversas ocasiones a la Comisaría de Familia y Fiscalía donde han llegado a diversos acuerdos incumplidos por el señor LONDOÑO a pesar de trabajar en el ramo (sic) de la construcción.*

*El 6 de noviembre de 2013 la señora VICTORIA EUGENIA MORA AGUDELO, mediante declaración jurada informa que convivió por espacio de 14 años con el imputado y se separaron siendo él irresponsable con el aporte para los alimentos de la menor ofendida por lo que han celebrado varios acuerdos conciliatorios en Comisaría de Familia Fiscalía siendo el último de ellos el 2 de octubre/13 en la Fiscalía 105 local donde se comprometió a pasar una cuota de \$140.000 los 30 de cada mes, acuerdo que tampoco a ese momento ha cumplido, sosteniendo ella a la niña con lo que obtiene por hacer aseo en casas de familia por días."*

El 17 de septiembre de 2015, ante el Juez Treinta y Uno Penal Municipal con funciones de control de garantías ambulante de Antioquia, la Fiscalía imputó al señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ la comisión del delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA, que no aceptó el imputado. No se impuso medida de aseguramiento porque la representante del ente fiscal no la solicitó.

El escrito de acusación fue radicado el 26 de octubre de 2015 y la formulación oral se llevó a cabo el 04 de abril de 2016 ante la Juez Treinta y Cuatro Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, la audiencia preparatoria tuvo lugar el 21 de junio siguiente y el juicio oral se desarrolló en sesiones del 25 de noviembre de esa anualidad y 03 de marzo de 2017. El sentido del fallo absolutorio se dictó el día 06 siguiente y el 18 de abril de pasado se profirió la sentencia objeto de impugnación.

## **2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La falladora sostiene que la Fiscalía no demostró que el señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ obró sin justa causa ya que solo aportó unas constancias de vinculación de éste a seguridad social pero sin dar cuenta de la permanencia del acusado en dichas actividades laborales, por lo que no probó la Fiscal si el acusado trabajó ininterrumpidamente y cuál era el monto de sus ingresos. Destaca que si bien el implicado se ha sustraído de sus deberes alimentarios para con la víctima, el incumplimiento no ha sido total ni permanente, máxime cuando se hizo cargo, de manera exclusiva, de su otra hija cuando aún era menor de edad ante la separación del núcleo familiar.

También indicó el a quo que no evidencia la configuración de todos los elementos constitutivos del tipo penal por cuanto el ente acusador no acreditó la capacidad económica suficiente del alimentante como para exigirle un aporte superior al que ha realizado, y que en cambio sí se confirmó el precario estado de salud del señor LONDOÑO ÁLVAREZ de tiempo atrás.

Con base en lo anterior concluyó la Juez de primera instancia que no existe certeza probatoria para predicar más allá de toda duda que el sujeto agente se sustrajo sin justa causa de su obligación alimentaria, exigencia contenida en el artículo 233 del código penal.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

La Fiscalía recurrente sostiene que mediante el caudal probatorio y las estipulaciones Nos. 3 y 4 -certificaciones de afiliación al sistema contributivo en salud, a la caja de compensación familiar y al sistema general de pensiones, aunado a la certificación laboral expedida por la empresa Estructuras y Construcciones MC SAS-, quedó acreditado que durante la obligación alimentaria el procesado ha tenido una actividad laboral formal de manera ininterrumpida y suficiente que le permitía responder por su descendiente sin afectar su propia subsistencia por cuanto debió percibir cuanto menos el salario mínimo legal vigente, aclarando que el período reclamado data desde el 1º de enero de 2013 hasta el 17 de septiembre de 2015, fecha de la formulación de imputación.

Y sobre la precariedad del estado de salud del acusado anotó que ello no fue probado en juicio ya que no se allegó dictamen pericial sobre la pérdida de la capacidad laboral por lo que estima que este hecho no puede servir de fundamento para su absolución, y que, en gracia de discusión, de existir efectivamente un diagnóstico que lo restrinja para trabajar, en razón a la vinculación laboral con la empresa Estructuras y Construcciones MC SAS el señor LONDOÑO ÁLVAREZ era sujeto de pago de incapacidad, indemnización o pensión, dependiendo de las

circunstancias, pudiendo continuar con el aporte a la manutención de la menor víctima.

Aduce que los pagos incompletos y esporádicos realizados por el implicado no representan una voluntad de querer cumplir con la obligación alimentaria reclamada, que por el contrario, con la prueba testimonial claramente se estableció que el señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ dejó a cargo de la denunciante el cubrimiento de las necesidades, tanto físicas como morales, de la menor. Y respecto a la tesis de que al separarse la pareja el acusado asumió el cuidado y manutención de una de las hijas en común, expresó que ello no es cierto porque para el momento de la desunión la menor MARTA DANIELA ya vivía por fuera del hogar, específicamente con su abuela.

Concluye infiriendo que como quiera que existe prueba documental sobre la capacidad económica del acusado, derivada de su actividad laboral, y estando acreditado testimonialmente la sustracción a la obligación alimentaria debida a su hija menor de edad, resulta procedente la remoción de la absolución para, en su lugar, proferir el juicio de reproche que le corresponde al acusado.

**El defensor,** como no recurrente, deprecia la confirmación del fallo recurrido por la Fiscalía argumentando que con los testimonios del mismo acusado y de sus hijas demostró que aquel no se sustrajo dolosamente de la prestación de los alimentos debidos a su hija menor, que fue su precaria situación económica y la falta de continuidad laboral, aunado a los problemas de salud que le han generado algunas cirugías lo que hizo que entregara

parcialmente la cuota alimentaria. Reiteró que luego de la separación con la denunciante el procesado se hizo cargo de la hija en común mayor, a quien le proporcionó la manutención requerida hasta que ésta cumplió 17 años de edad, y que durante ese tiempo igual siguió suministrando alimentos, en la medida de sus posibilidades, a su hija menor.

En ese orden de ideas, apuntó que en este evento no se acreditaron los elementos estructurales de la conducta punible ante la falta de patrimonio o capacidad económica del alimentante.

#### **4. CONSIDERACIONES**

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo absolutorio proferido por la Juez Treinta y Cuatro Penal Municipal con función de conocimiento de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. El examen se contraerá exclusivamente a los temas del disenso dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

En términos generales la censora cuestiona la valoración probatoria, pues, desde su punto de vista, la judicatura de primer grado desconoció que con las estipulaciones quedó acreditado que durante la obligación alimentaria el procesado ha tenido una actividad laboral formal de manera ininterrumpida y suficiente que le permitía responder por su descendiente sin afectar su propio mínimo vital, además de que con los testimonios también resulta probado la sustracción del señor LONDOÑO ÁLVAREZ sin justa causa, elementos suficientes para emitir el correspondiente

juicio de reproche al configurarse el delito de inasistencia alimentaria.

Pues bien, el deber de solidaridad que impone la Carta Fundamental a los particulares, se ubica primordialmente en la familia en una dinámica de doble vía –obligado-beneficiario- de manera equitativa. Dentro de esta dinámica, la obligación más importante es la alimentaria que apunta a garantizar la subsistencia de los beneficiarios, especialmente los niños dada su condición de debilidad. La Corte Constitucional en la sentencia C-237 de 1997, describió así el fundamento de esta obligación:

*"El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario....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....La carencia de recursos económicos no solo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino – a fortiori- la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad..."*

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, se ha ocupado del asunto así: en la radicación 21023, señaló que:

*"... en relación con la familia, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el tipo penal de inasistencia alimentaria, los integrantes de la pareja que deciden conformar una familia tienen los mismos derechos y obligaciones y ambos deben sostener y educar a los hijos que libremente decidan procrear. Se desprende de lo anterior que el sostenimiento –el auxilio, la protección, el amparo, la alimentación, la entrega de lo necesario para la manutención- de la prole corresponde a los padres en igualdad de condiciones..."*

*"El legislador penal colombiano, dentro de los delitos contra la familia, considera –y lo ha hecho por tradición- responsable de la conducta punible de inasistencia alimentaria a quien se sustraiga **sin justa causa** a la prestación de los alimentos legalmente debidos. El comportamiento consiste en sustraerse, esto es, en apartarse, en salirse, en separarse de lo que es de obligación (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), en este caso, brindar los alimentos a los que se refiere la normatividad citada.*

*"Las diversas disposiciones han sido coincidentes y uniformes en otro tema: incluir dentro de la definición típica el elemento **sin justa causa**. Con ello se quiere dar a entender que el delito se estructura con el incumplimiento en la prestación de los alimentos, siempre y cuando se haga sin motivo, sin razón que lo justifique, esto es, el dejar hacer lo que se debe hacer tiene que ser infundado, inexcusable..."*

*"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)...".*

En la sentencia 28813 de 2008, la Corte Suprema de Justicia reiteró estos argumentos recordando que, en sede de tipicidad, el funcionario judicial debe examinar si el sujeto agente ha recorrido íntegramente todos los elementos contenidos en el tipo penal, es decir, "las características básicas estructurales" que la ley ha definido "de manera inequívoca, expresa y clara". En el caso concreto, si el acusado FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ se ha sustraído a la prestación de los alimentos legalmente debidos a su hija menor sin justa causa.

Para ello resulta menester examinar qué se probó en el juicio oral por parte de los sujetos procesales comprometidos en la controversia. Se estipuló, entre otros hechos, que la ofendida es hija del acusado<sup>1</sup>; que el señor LONDOÑO ÁLVAREZ ha cotizado al régimen contributivo en salud, con fecha de afiliación 24 de junio de 2011<sup>2</sup>; y al sistema general de pensiones durante diferentes períodos, así como su vinculación a la caja de compensación familiar COMFAMA<sup>3</sup>; también que ha tenido contrato laboral con la empresa Estructuras y Construcciones MC SAS durante varias épocas<sup>4</sup>; y que

---

<sup>1</sup> Hecho que se soportó con el registro civil de la menor y que obra a folio 51.

<sup>2</sup> Estipulación probatoria N° 3. Folios 76 a 79.

<sup>3</sup> Folios 66 a 74.

<sup>4</sup> Folios 80 y 81.

el acusado realizó un aporte alimentario el 02 de mayo de 2016 por valor de \$150.000<sup>5</sup>.

La Fiscalía presentó como testigo a la progenitora de la menor, quien expuso que ella, con la ayuda de su hijo mayor y de su hermana, es la encargada de velar por el cuidado de su descendiente menor de edad y también de cubrir todos los gastos inherentes a su manutención, cifra que oscila en entre trescientos y cuatrocientos mil pesos mensuales, ello por cuanto desde el año 2013 el acusado dejó de suministrarle apoyo económico y atención a su hija ya que con muy poca frecuencia se comunica con ella y no realiza aportes en dinero. Sabe que el encartado se desempeña como ayudante de construcción pero no tiene conocimiento si ha laborado o no durante el tiempo que se ha sustraído de su obligación porque él nunca le dice nada sobre ese tema y además no tienen casi contacto, de lo que sí se enteró es que ha estado incapacitado. Informó que el señor LONDOÑO ÁLVAREZ vivió por un tiempo con su otra hija MARTA DANIELA, pero que ésta a los 13 años se estableció con el novio. En el contrainterrogatorio aclaró que se separó del acusado cuando la víctima tenía 1 o 2 años y la otra hija 9 años, que no sabe el ingreso mensual del acusado ni tampoco si tiene otros bienes, y que en la actualidad ella vive con su hermana, su hijo mayor y la ofendida.

También acudió al estrado como deponente de la Fiscalía el señor JORGE HERNEY MORA AGUDELO (hijo de la denunciante), quien afirmó que sobre el motivo del juicio sabe que la última cuota que proporcionó el señor FRANCISCO JAVIER a su hermana menor fue un mes atrás pero que ese año no había dado

---

<sup>5</sup> Estipulación probatoria N° 6. Folios 54 y 55.

casi nada para su manutención, que le constaba que habían sido como 4 o 5 cuotas las recibidas en esa anualidad, que en el 2015 dio 2 veces y que en diciembre de 2014 aportó para el vestuario de la niña, que en general estima que la periodicidad de la cuota de alimentación es de 4 veces por año. Expone que convive con la víctima desde hace cuatro años por lo que no le consta nada desde antes de ese momento, que sabe que su otra hermana DANIELA si ha vivido con el implicado y que durante ese tiempo era éste quien respondía económicamente por ella sin poder manifestar si la madre proporcionó alimentos durante esa cohabitación, y que en la actualidad la denunciante es ama de casa porque debido a sus problemas de salud desde hace cuatro años no ha podido volver a laborar.

Las señoras KAREN RESTREPO HERNÁNDEZ y LISA ISABEL MARULANDA OTALVARO, asistentes de Fiscal, depusieron sobre el trámite por ellas agotado en la presente causa, consistente en la labor investigativa mediante la cual recolectaron elementos materiales con vocación probatoria, específicamente, los reportes de FOSYGA, Caja de Compensación Familiar Comfama, Colpensiones y Protección, la EPS Salud Total y de la empresa Estructuras y Construcciones MC S.A.S., todo ello de conformidad con el plan metodológico diseñado por la delegada del ente acusador.

Por su parte la defensa presentó el testimonio del procesado, quien manifestó que tuvo una relación sentimental durante 17 años con la denunciante, que el hogar estaba conformado por 3 hijos que no eran de él y 2 hijas en común y que durante el tiempo de convivencia los gastos económicos de todo el núcleo familiar corrían por cuenta de él. Que luego de la separación

se hizo cargo de su hija MARTA DANIELA entre los años 2006 a 2013 y que la víctima convivió con ellos todo el año 2012. Reconoce que no ha sido constante con el pago de la cuota alimentaria pero que tampoco es cierto que haya dado solo \$40.000, que en diciembre de 2014 entregó \$400.000 y en el mismo mes de 2015 dio \$300.000, aparte de las contribuciones ofrecidas durante las anualidades; que desde el 2013 se desempeña como ayudante de construcción y devenga el salario mínimo y en la actualidad padece de desprendimiento de retina y de una lesión en la rodilla, patologías que lo han llevado a tener tres cirugías y a estar incapacitado desde el 11 de abril de ese año -2016-. En el contrainterrogatorio indicó que en el 2013 prácticamente no colaboró con nada para con su hija menor, que en el 2014 fue poco lo entregado y en 2015 contribuyó con 3 o 4 cuotas, que provee la porción de alimentos cada dos o tres meses por un valor de \$100.000 quincenal, aparte de su obligación con su otra hija MARTA DANIELA.

Como testigo de descargos también acudió al juicio la joven MARTA DANIELA LONDOÑO MORA, hija común de la denunciante y el acusado, quien declaró que debido a los constantes problemas con su progenitora se fue a vivir con su abuela paterna a la edad de 9 años, y que luego estuvo cohabitando con su padre hasta que cumplió los 16 años, que éste le ayudó a pagar los estudios técnicos que realizó, que sabe que le han realizado cirugías en la rodilla y en un ojo por lo que lleva muchos meses incapacitado, que con los ingresos que él percibe paga servicios públicos y compra el mercado, y que aunque no es totalmente cumplido con la cuota alimentaria hacía su hermana menor la verdad es que en muchas ocasiones si la da, siendo ella testigo de esas entregas. Manifestó que la víctima iba constantemente a la casa paterna pero que a partir del momento en que el acusado empezó a atrasarse con su

obligación la menor se alejó porque la denunciante le ha inculcado odio hacía su papá, y que ella no tiene casi contacto con su colateral precisamente por la mala relación con su mamá.

Finalmente, la señora CINDY CRISTINA MORA, hija de la denunciante, reveló que durante la convivencia entre su progenitora con el acusado los gastos familiares fueron compartidos entre ambos pues hubo periodos en los cuales el señor LONDOÑO ÁLVAREZ estuvo desempleado; que éste si contribuye con la manutención de la menor y que lo sabe porque el dinero se lo entregaba directamente a ella para que se lo hiciera llegar a su mamá, que aunque no es regular la cuota le consta que cada que el implicado tiene la posibilidad económica cumple con la obligación alimentaria, que hace más de un año se encuentra incapacitado por varias cirugías que le han realizado en la rodilla y que recuerda de una continuidad laboral solo a partir del año 2015. En el conainterrogatorio adujo que sobre los aportes realizados en 2013 no rememora, pero que en 2014 dio algunas cuotas y en diciembre entregó \$400.000, en 2015 igualmente cumplió con varias cuotas mensuales y además brindó colaboración en el cumpleaños de la menor y en el mes de diciembre, y que en 2016 igualmente proporcionó ayuda monetaria.

De conformidad con lo anterior observa esta Colegiatura que en el sub judice si se estructuran los elementos constitutivos del delito de inasistencia alimentaria toda vez que quedó acreditada la capacidad económica del señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ durante el período en el que se le endilga la sustracción, sin justa causa, de la obligación alimentaria hacía su hija menor.

Nótese que al juicio ingresaron, a través de las investigadoras judiciales, las certificaciones expedidas por la empresa Estructuras y Construcciones MC S.A.S., mediante las cuales se prueba la vinculación laboral del señor LONDOÑO ÁLVAREZ desde el 25 de junio de 2011, documentos donde se establecen las fechas de inicio y terminación de cada convenio de obra o labor contratada que ha tenido el acusado con la referida empresa, y respecto al período denunciado<sup>6</sup> tenemos que desde el 07 de enero hasta el 20 de diciembre de 2013 tuvo vínculo vigente, reiniciando la relación de dependencia el 10 de enero de 2014, misma que se mantuvo de manera periódica hasta el 02 de marzo de 2016, fecha en la cual se expidió el último documento informando sobre la filiación actual<sup>7</sup>.

Pero la capacidad del alimentante no solo se deduce de dicha prueba documental, pues en el testimonio rendido por el mismo procesado éste manifestó que desde el año 2013 se encuentra laborando como ayudante de construcción, oficio del cual percibe el salario mínimo<sup>8</sup>, sin que haya informado sobre alguna etapa de desvinculación laboral durante dicho lapso de tiempo. Y aunque respecto a sus obligaciones dijo que con ese ingreso *"las cubría todas haciendo milagros"* y que sus compromisos eran *"cuando estaba viva mi mamá, pues mi mamá, en este momento es mi hermano y yo, y un tío"*, lo cierto es que no especificó cuáles son esos compromisos que le impiden entregar cumplidamente con la cuota alimentaria debida a su hija menor, así como tampoco indicó un estado de incapacidad de los dos adultos frente a los cuales dice tener un compromiso económico.

---

<sup>6</sup> A partir del 1° de enero de 2013.

<sup>7</sup> Folios 80 a 81.

<sup>8</sup> Audiencia de juicio oral celebrada el 25 de noviembre de 2016. Minuto 01:12:42 del audio 05001600020120130052500\_050014009034\_0.

Entonces, queda demostrado que el señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVEZ si ha tenido ingresos, por lo menos de un salario mínimo legal mensual vigente, durante el tiempo en el cual se le atribuye el incumplimiento de su obligación alimentaria fijada en \$140.000 mensuales en la audiencia de conciliación realizada en la Fiscalía 105 Local<sup>9</sup>. En este punto resulta importante destacar que, pese a que no se introdujo al juicio la correspondiente acta de dicho acuerdo, el implicado en su deponencia cuando se le preguntó si había celebrado un acuerdo conciliatorio para la cuota alimentaria dijo, *"yo siempre he dicho en las Fiscalía si"*<sup>10</sup>.

Ahora, frente a la sustracción de la obligación alimentaria tenemos que la defensa aportó testimonios que prueban algunos aportes realizados por parte de LONDOÑO ÁLVAREZ<sup>11</sup>, sin embargo, todos los testigos, tanto los de cargos como los de descargos, coincidieron en afirmar que el cumplimiento era inconstante y muy irregular, es más, el propio acusado declaró que *"yo no he sido muy constante con mis cuotas, si, mea culpa"*<sup>12</sup>, y en el conainterrogatorio expresó que *"en el 2015, aparte de lo de diciembre, yo le mandé como tres o cuatro cuotas con la hija mayor, la verdad fue muy poco"*, que en el año 2014 también fue exigua su contribución y que en la anualidad anterior *"fue pésimo, ese fue el año que tenía acumuladas una serie de cosas por la muerte de mi mamá, hubo que pagar muchas cosas, y fue pésimo, prácticamente no le colaboré con nada"*, para concluir reconociendo que no ha hecho aportes de manera periódica (mensual, quincenal o semanal).

---

<sup>9</sup> Escrito de acusación, acápite "3. Fundamento de la acusación (Fáctico y jurídico)". Folio 17.

<sup>10</sup> Audiencia de juicio oral celebrada el 25 de noviembre de 2016. Minuto 01:10:57 del audio 05001600020120130052500\_050014009034\_0.

<sup>11</sup> Testimonio de las señoras Marta Daniela Londoño Mora y Cindy Cristina Mora, además de la declaración del propio acusado.

<sup>12</sup> Audiencia de juicio oral celebrada el 25 de noviembre de 2016. Minuto 01:07:02 del audio 05001600020120130052500\_050014009034\_0.

Es así como no existe una clara justificación respecto a todo el tiempo que el señor FRANCISCO JAVIER ha pasado por alto su deber legal de alimentos hacia su hija M.L.M., pues sus exculpaciones se limitan a una enunciación genérica sobre otros compromisos económicos que le impidieron cumplirle a su descendiente, dichos que no resultan suficientes en aras de configurar una justa causa para dicho incumplimiento.

Esta Colegiatura no desconoce que el implicado en algunas oportunidades ha realizado aportes dirigidos a suplir las necesidades básicas de la menor víctima, pero, ante la prueba fehaciente aportada a juicio sobre la capacidad económica del procesado para cumplir con la totalidad de la prestación alimentaria, surge inevitable proferir el juicio de reproche deprecado por la delegada de la Fiscalía.

Y es que el hecho de que el señor LONDOÑO ÁLVAREZ haya tenido a su cargo a su otra primogénita cuando ella aún era menor de edad no lo exime, *per se*, de la obligación alimentaria que tiene frente a su otra hija y que hoy se le reclama ante su evidente inobservancia, máxime cuando la joven MARTA DANIELA LONDOÑO MORA indicó que para la fecha de la declaración -noviembre de 2016- tenía 21 años y que vivió con su padre hasta que cumplió 16 años, lo que quiere decir que la manutención exclusiva a cargo de su progenitor fue hasta el año 2011, fecha que resulta anterior al período demandado como incumplido respecto a la menor M.L.M. -1º de enero de 2013-.

Además, sobre el precario estado de salud alegado a favor del procesado, debe decirse que, según su propia

declaración, el accidente que éste sufrió tuvo ocurrencia el 05 de enero de 2016, lo que le generó una incapacidad entre el 11 de abril y el 21 de octubre, y del 11 de noviembre al 10 de diciembre de 2016, fechas posteriores a la formulación de imputación, por lo que dicho evento no justifica el incumplimiento aquí reclamado, adicionalmente, le asiste razón a la representante del ente acusador respecto a la teoría de que aun estando incapacitado el señor LONDOÑO ÁLVAREZ percibía ingresos en razón a su vinculación laboral vigente con la empresa Estructuras y Construcciones MC S.A.S.

En conclusión, la Fiscalía probó que el señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ sabía que tenía obligación de suministrar alimentos a su hija menor, que percibió ingresos en atención a su empleo como ayudante de construcción con la empresa Estructuras y Construcciones MC S.A.S. durante el tiempo en el que se sustrajo de dicha responsabilidad, trasladando su deber legal a la progenitora de la beneficiaria quien debió asumir sola la manutención de ésta, circunstancia que lo ubica como autor del delito de inasistencia alimentaria, pues la omisión se produjo sin justa causa.

## **5. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y SITUACIÓN DEL ACUSADO**

Como se indicó en precedencia, los medios de conocimiento colectados en el juicio oral son contundentes en orden a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del acusado FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ por lo que se revocará el fallo absolutorio que se profirió a su favor por la primera instancia y

en su lugar se dispondrá el juicio de reproche que le corresponde por su conducta contraria al derecho, cometida con dolo, única modalidad que admite el tipo penal.

Se trata del delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA que consagra el Código Penal en su Libro Segundo, Título VI, Capítulo IV, artículo 233, inciso segundo por tratarse la víctima de una menor de edad. La pena se dosifica así: los extremos punitivos oscilan entre 32 y 72 meses y los cuartos de movilidad son: el inferior entre 32 y 42 meses, el primer medio entre 42 y 52 meses, el segundo medio entre 52 y 62 meses, y el superior entre 62 y 72 meses.

Como no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad, nos ubicamos en el cuarto inferior, esto es, entre 32 y 42 meses y fijamos el extremo inferior de 32 meses porque no encontramos elementos adicionales de gravedad y otros que nos permita avanzar de ese mínimo. Siguiendo el mismo procedimiento tenemos que la pena pecuniaria tiene unos extremos que oscilan entre 20 y 37.5 salarios mínimos legales mensuales, lo que nos permite aplicar el extremo inferior del cuarto mínimo, esto es 20 salarios mínimos. La inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

Ahora, frente a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena tenemos que existe prohibición legal para el otorgamiento de la misma, pues aunque en principio el señor LONDOÑO ÁLVAREZ cumpliría con los requisitos exigidos en el artículo 63 del código penal, lo cierto es que el

numeral 6º del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, normatividad que se encuentra vigente, establece claramente la prohibición de *“aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados”*.

Sin embargo, y recogiendo los criterios establecidos en la sentencia con radicado N° 46647 del 03 de febrero de 2016, referentes a la real y efectiva garantía del interés del menor víctima del delito de inasistencia alimentaria, esta Colegiatura estudiará la posibilidad de concederle al señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 B de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014.

Recuérdese que en dicha decisión la Corte Suprema de Justicia fijó el siguiente criterio:

*"Aunado a lo anterior, desde una perspectiva constitucional, el cumplimiento de la prisión en el domicilio en el presente caso es la modalidad de ejecución de la pena que de mejor manera se acopla con la máxima de garantizar el interés superior del menor (art. 44 inc. 3º de la Const. Pol.).*

*El interés superior del menor corresponde al imperativo que obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de los derechos humanos de los niños y adolescentes (art. 8º de la Ley 1098 de 2006), mientras la prevalencia de los derechos de los menores, entre otras cosas, implica que ha de aplicarse la hermenéutica más favorable al interés superior de aquéllos (art. 9º inc. 2º ídem).*

*En esos términos, una comprensión meramente retributiva de la sanción penal, sesgada por la absoluta preponderancia de la prisión, conlleva a limitar las posibilidades fácticas de garantizar los derechos del menor víctima a recibir alimentos. El encarcelamiento del padre infractor lejos está de facilitar la adquisición de los medios económicos para reparar los perjuicios causados con su conducta y cumplir a futuro con la obligación alimentaria." (Subrayas fuera del texto original).*

Bajo dicho criterio, tenemos que acorde con el artículo 38 B del código penal, son condiciones para conceder la prisión domiciliaria: i) que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho años de prisión o menos; ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el art. 68 A ídem; iii) que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; iv) que se garantice mediante caución el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Entonces, tenemos que la pena mínima para el delito de inasistencia alimentaria es de 32 meses de prisión, con lo que se encuentra satisfecho el primer requisito, además dicha conducta penal no hace parte del listado contenido en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 y de las pruebas que obran en el expediente se extrae que el procesado carece de antecedentes penales, superándose así el segundo ítem.

Y en lo referente al arraigo familiar y social del implicado, de la actuación adelantada en primera instancia se infiere que en la actualidad el hogar del señor LONDOÑO ÁLVAREZ está conformado por su hermano y un tío, que desde el mes de junio de 2011 viene ejerciendo con continuidad el oficio de ayudante de construcción en la empresa Estructuras y Construcciones MC

S.A.S.<sup>13</sup>, y que tiene su domicilio radicado en esta ciudad<sup>14</sup>, circunstancias con las cuales se encuentra debidamente probado que también se cumple con esta exigencia.

Es así como en este evento se encuentran reunidos los requisitos contenidos en los numerales 1 a 3 del artículo 38 B del código penal, razón por la cual esta Corporación le concederá la prisión domiciliaria al señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ, para lo cual el procesado deberá garantizar mediante caución de un (1) salario mínimo legal mensual vigente el cumplimiento de las obligaciones relacionadas en el numeral 4º ibídem, resaltando que durante la ejecución de la sanción podrá solicitarle al Juez que vigile su condena el respectivo permiso para laborar y así poder cumplir con las obligaciones alimentarias que tiene con su descendiente.

Finalmente, en aplicación de la amplia jurisprudencia que se ha desarrollado sobre la no realización de la audiencia de individualización de la pena en sede de segunda instancia<sup>15</sup>, en el sub judice se precedió a realizar la dosificación de la sanción con base en la información que reposa en la carpeta y sin llevar a cabo la diligencia de que trata el artículo 447 del código de procedimiento penal.

Además, con relación a la interposición de recursos en este evento, la Sala considera que contra esta sentencia procede solamente el recurso extraordinario de casación en los términos del

---

<sup>13</sup> De conformidad con las certificaciones que obran a folios 80 a 82.

<sup>14</sup> Sentencia de primera instancia, acápite "2. INDIVIDUALIZACIÓN DEL ACUSADO". Folio 87, anverso.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal. Rad.44619. Decisión del 11 de marzo de 2015. M.P. María del Rosario González Muñoz, donde se reiteran las providencias 38467 de 2012, 40125 de 2013 y 41630 de 2014.

artículo 183 de la Ley 906 de 2004. Ello en atención a que al respecto, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en una consolidada línea jurisprudencial ha declarado la imposibilidad jurídica para dar cumplimiento al mandato contenido en la sentencia C-792 de 2014.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar **CONDENAR** al señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ, de anotaciones civiles y personales conocidas en la carpeta, a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión y multa equivalente a 20 salarios mínimo legales mensuales, y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, por hallarlo responsable de la autoría del delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA.

**SEGUNDO: NEGAR** la suspensión condicional de la ejecución de la pena de conformidad con lo argumentado en este proveído, sin embargo, **SE CONCEDE** al señor FRANCISCO JAVIER LONDOÑO ÁLVAREZ el subrogado de la prisión domiciliaria, para lo cual deberá garantizar mediante caución de un (1) salario mínimo legal mensual vigente el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el numeral 4º del artículo 38 B del código penal.

**TERCERO: LIBRAR** las comunicaciones pertinentes a todas las autoridades encargadas de la ejecución de esta sentencia.

**CUARTO:** Contra la presente providencia, conforme a lo expuesto en precedencia, procede únicamente el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 del código de procedimiento penal, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010, para ante la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado

**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado