

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Radicado: 052126000201201402823
Procesado: Fredy Albeiro Escobar Henao
Delito: Inasistencia alimentaria
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 9 - Aprobada por acta No. 20 de la fecha.
Decisión: Confirma parcialmente sentencia
Lectura: 27 de febrero de 2018

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la defensa y el representante de víctimas, en contra de la sentencia del 24 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Girardota, Antioquia, que condenó al señor **Fredy Albeiro Escobar Henao**, por el punible de inasistencia alimentaria, imponiéndole pena de treinta y dos (32) meses de prisión, multa de \$12.320.000 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena

principal, concediéndole la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de tres (3) años.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

El 14 de octubre de 2016 la señora Niyareth María Sánchez Gutiérrez instauró denuncia penal en contra del señor **Fredy Albeiro Escobar Henao**, por cuanto desde el mes de mayo de 2014 no estaba cumpliendo con la cuota alimentaria acordada en favor de su hija menor N.E.S.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 19 de julio de 2016, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Girardota, Ant., se realizó audiencia de formulación de imputación en contra del señor **Fredy Albeiro Escobar Henao**, como posible autor del punible de inasistencia alimentaria, cargo que decidió no aceptar.

El día 14 de octubre de 2016, la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual se formalizó en audiencia pública llevada a cabo el 31 de octubre siguiente ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Girardota. La audiencia preparatoria se realizó el 15 de diciembre de 2016.

El 13 de marzo del 2017, se dio trámite a la audiencia de juicio oral y se emitió sentido de fallo condenatorio en contra del señor **Fredy Albeiro Escobar Henao**. La lectura de la sentencia se realizó el 24 de abril de 2017 y en ella se condenó a **Monsalve Castaño** a 32 meses de prisión, multa de \$12.320.000 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal.

Frente a tal decisión el defensor y la representante de víctimas interpusieron los recursos de apelación que hoy se resuelve.

4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Subrayó inicialmente el fallador, que fueron uniformes, claros y coherentes los testigos en señalar que el acusado durante toda su vida laboral se ha desempeñado como conductor, incluyendo el tiempo de comisión del delito, esto es desde mayo de 2014, y que eventualmente cuando por breves periodos de tiempo se quedó sin empleo formal, laboró en construcción, de donde se deduce que generó ingresos en cuantía suficiente para cumplir su obligación alimentaria, estipulada voluntariamente en audiencia de conciliación del 6 de septiembre de 2007, sin embargo en el caso concreto no se demostró su cancelación.

Indica que por los cargos desempeñados y formación académica en bachillerato, es obvio que el inculcado comprende todos sus derechos, deberes y obligaciones, y que cuando se comprometió a pagar una cuota, es porque ha analizado su capacidad económica para poder cumplirla. Ahora, de admitir que su situación económica desmejoró, debió haber acudido a un proceso de regulación de cuota de alimentos y no dejar unilateralmente de cumplir, por lo que su inobservancia no admite la más mínima justificación.

Aduce que los testimonios de la denunciante y su hermana, merecen plena credibilidad, por su sobrada imparcialidad, ya que admiten que hubo unos pagos mínimos, en la voz de la primera, que de unos \$700.000 a partir de la información de la nueva demanda en el 2014. Por su parte la abuela de la menor, casi que se limitó a decir que eso era un asunto privado de pareja. Y el copropietario de bus 052, leyó el valor del salario mensual percibido por el

acusado, conforme a lo certificado por la empresa Expreso Girardota, sin dejar de advertir que, en el informe de individualización y arraigo, del 20 de mayo de 2016, el propio acusado registró un ingreso mensual de \$1.000.000,

Además, advierte que resulta inaceptable que el procesado en ejercicio de su defensa material no haya aportado un solo recibo de consignación o pago, pues cuando las relaciones familiares pasan a ser intervenidas o vigiladas por las autoridades administrativas o judiciales, hasta el más ingenuo de los humanos tiene la malicia o el cuidado de documentar sus pagos.

Indica que en conclusión, quedó probado la necesidad de la alimentaria por ser una menor de edad, la capacidad económica del acusado con sus distintos vínculos labores sucesivos en el periodo que comprende la denuncia, el conocimiento de su obligación y la sustracción sin justa causa, como elementos estructurales del tipo penal.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1. Defensor de confianza.

El representante de la defensa solicitó declarar la nulidad de lo actuado por falta de defensa técnica, como quiera que su defendido no fue asesorado en debida forma por los defensores públicos que lo representaron en las audiencias preparatoria y de juicio oral, en tanto no se solicitó la práctica de pruebas a pesar de que su poderdante le manifestó que tenía elementos para desvirtuar la acusación de la Fiscalía, tales como registros de nacimiento de sus otros dos hijos, recibos de pago en favor de la presunta víctima, testimonios, entre otras, solicitándose como única prueba de descargo la declaración de su representado.

Indica que la abogada que lo representó en la audiencia de juicio oral le dijo al procesado que no declarara y no presentó alegatos de conclusión, por el contrario, apoyó a la Fiscalía cuando esta solicitó sentencia condenatoria, incluso le dijo que solucionara el problema y pagara la plata, negándose a hablar con él para preparar la audiencia argumentando que tenía muchos procesos, lo que demuestra que su defendido fue mal representado.

Aduce que el incumplimiento parcial de la obligación alimentaria no fue de manera dolosa, sino que obedeció a situaciones exógenas, sin que se tuviera en cuenta que en el 2014 aportó dinero para la manutención de su hija conforme a recibos que anexa con la apelación, adicional a ello en el 2015 nació su tercer hijo, en el 2014 su esposa estuvo en embarazo, lo que lo llevó a cambiar las reglas del juego frente al compromiso que tenía con su hija, pues se gana el mínimo y tiene que pasar alimentos a sus tres descendientes, su esposa y sufragar sus gastos propios.

Indica que en el delito de inasistencia alimentaria no existe responsabilidad objetiva, no se tuvieron en cuenta los elementos subjetivos que hacían imposible el cumplimiento cabal de la obligación alimentaria.

Aunado a ello, no se analizó la capacidad económica del procesado, pues si bien ha tenido trabajos, no se tuvo en cuenta que fue despedido en el año 2014 por tres meses, aunado a que para el momento en que inició el proceso penal, su esposa quedó en embarazo y el hijo nació en el 2015, respecto a quien el acusado entendió que necesitaba más protección.

Refiere que la carencia de recursos económicos no solo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino la deducción de responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae del cumplimiento de la obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor,

como lo es la carencia de recursos económicos por tener otros hijos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad,

En virtud de lo expuesto, solicita revocar la sentencia en contra de su representado, oficiar al Consejo Superior de la Judicatura por las presuntas faltas disciplinarias en que pudieron incurrir los abogados que representaron a su prohijado y se declare la nulidad de lo actuado.

5.2. Representante de víctimas.

Indica que se encuentra inconforme con que al procesado se le hubiere concedido la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues en virtud de lo establecido en la Ley 1098 de 2006, numeral 6 artículo 193, el juez debe abstenerse de conceder la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados, lo que no se ha cumplido en el caso concreto, pues el inculcado no se acercó a la madre de la víctima para que hablaran de una indemnización por los daños ocasionados o al menos para pagar parcialmente los alimentos que adeuda a su hija menor.

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 Segundo Penal Municipal de Girardota, Antioquia, en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Del caso en concreto

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 a los censores o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada.

Para iniciar, la Sala se ocupará de la solicitud de nulidad invocada por la defensa, pues de prosperar sería innecesario continuar con el análisis de los demás puntos objeto de impugnación.

Considera el defensor de confianza del señor **Escobar Henao**, que se vulneró el derecho de defensa técnica a su prohijado, por cuanto los defensores públicos que lo representaron en las audiencias preparatoria y de juicio oral, asumieron una actitud totalmente lesiva a sus intereses, pues no solicitaron pruebas para desvirtuar la acusación, pese a que el acusado manifestó que tenía suficiente material para ello, incluso uno de ellos le dijo que conciliara que el caso estaba perdido.

Aduce que en la audiencia de juicio oral, la abogada se negó a hablar en los alegatos de conclusión y, por el contrario, apoyó a la Fiscalía cuando solicitó condena.

El derecho a la defensa técnica, en términos de la Corte Constitucional, ha sido desarrollado de la siguiente manera:

“la defensa técnica se materializa mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que le permite a los sujetos procesales ser oídos¹ y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que los afecte, y mediante ese ejercicio impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”².

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 50209 del 27 de septiembre de 2017, reiteró que el derecho de defensa no se puede considerar vulnerado por el solo hecho de que el nuevo abogado se encuentre en disparidad de criterios con el anterior:

“En tratándose del derecho a la defensa, es preciso tener en cuenta que su desconocimiento no se acredita cuando, simplemente, el nuevo profesional del derecho disiente de la actividad defensiva desplegada por su antecesor, pues esa especie de controversia no es de recibo en sede de casación, porque cada profesional tiene su particular forma de adelantar la labor encomendada, sin que sea posible establecer, de manera concreta, la estrategia más conveniente a los intereses del procesado.

Así se indicó en CSJ AP3163-2016, rad. 46698:

Esta Corte ha señalado en otras oportunidades que un alegato de quebranto del derecho de defensa fundamentado en la convicción del casacionista consistente en que la asistencia letrada pudo ser mejor, no configura un cargo susceptible de estudiarse en casación. Por consiguiente, es insatisfactoria –como se ha dicho– una petición de nulidad basada simplemente en la descalificación de la gestión realizada por apoderados anteriores. Especialmente porque la libertad de iniciativa es característica fundamental de la labor de asistencia profesional del abogado, cuyas gestiones en forma alguna se juzgan positiva o negativamente en función de los resultados obtenidos.

Se ha recalcado de forma pacífica, así mismo, que la estrategia de defensa varía dependiendo del estilo de cada profesional, dado que no existen fórmulas uniformes o estereotipadas. Simplemente, se reitera, cada defensor diseña la táctica que a su juicio resulta más adecuada y se ajusta mejor a su estilo o a la visión que tiene del proceso, de modo que la disparidad sobre ese punto no tiene la connotación de socavar el derecho de defensa técnica.

Además, olvida la demandante que si bien este derecho, como lo ha señalado la Corte, es real, continuo, unitario e ininterrumpido, su vulneración, como la de cualquier circunstancia que configure nulidad y más aún cuando se alega en esta sede, según ya se dijo, debe ser trascendente, esto es, debe tener una incidencia concreta en menoscabo de quien la alega.

¹ Sentencia T-461 de 2003.

² Devis Echandía, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. Citado en el Auto 025 de 1994.

Lo anterior, sin desconocer que ha sido criterio de la misma corporación que, la ausencia total de defensa, sea porque no se dotó de la misma al procesado, o porque el profesional destinado muestra absoluta desidia o desinterés en el caso, impone la declaratoria de nulidad *ipso facto*, sin necesidad de consideraciones referidas al impacto o trascendencia de ello, pues resulta evidente que la garantía fue desconocida, sin embargo cuando lo que se cuestiona es la manera en que se abordó por el profesional designado la tarea conjunta o un específico acto procesal, debe señalarse no solo la naturaleza concreta de lo que se estima objetivamente irregular, sino el efecto específico que ello trajo sobre el procesado y sus derechos³.

Incluso explicó lo concerniente al rol del defensor técnico en el vigente sistema procesal de marcada tendencia acusatoria y sus diferencias con el que antes regía, así:

(...) en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales, con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía.⁴

De lo expuesto se concluye que si bien es cierto en el caso concreto se evidencia una cierta pasividad por parte del defensor público que representó al acusado en la audiencia preparatoria, pues no solicitó la práctica de pruebas en favor del señor **Escobar Henao**, también lo es que sí se opuso a algunas de las pruebas que fueron solicitadas por la Fiscalía, por lo que no se puede predicar una absoluta desidia del profesional del Derecho.

Adicional a ello, el hecho de que el defensor no solicitara la práctica de pruebas, no puede imputarse a él, no solo porque en la mayoría de los casos los

³ Sentencia 50774 del 16 de agosto de 2017.

⁴ CJS, STP, 11 de julio de 2007, Rad. 26827

elementos cognoscitivos se encuentran en poder del acusado y pudo no habérselo manifestado, sino además porque el señor **Escobar Henao**, en el ejercicio del derecho de defensa material, tenía la facultad de indicar al juez que su abogado no le estaba permitiendo aportar los elementos con los que contaba, sin embargo verificados los registros de audio, no se escuchó manifestación alguna al respecto, evidenciándose entonces que, si en su oportunidad guardó silencio, no puede el profesional del derecho que ahora lo representa – quien además no fue testigo de lo que afirma-, pretender que se declare la nulidad de lo actuado.

Ahora bien, admitiendo en gracia de discusión que el abogado de la Defensoría Pública que lo representó en la audiencia preparatoria sabía de la existencia de los elementos materiales probatorios que ahora se ofrecen a través del recurso (recibos de pago, consignaciones y registros civiles) y no quiso por negligencia solicitar su práctica, lo realmente importante es que dichos elementos no tienen la entidad suficiente para acreditar el pago total de la obligación alimentaria o la incapacidad económica del acusado, máxime cuando la existencia de otros hijos, no lo exonera del pago de su obligación, pues si no tenía con que pagar la totalidad de la cuota estipulada debió acudir a un proceso de regulación de alimentos.

También resulta de especial relevancia traer a colación que en el juicio oral se acreditó con el testimonio de la madre de la menor, que efectivamente el acusado efectuó pagos parciales por valor de \$700.000 – lo que se compadece con las consignaciones bancarias que fueron aportadas con el recurso de apelación -, por lo que ninguna trascendencia tendría la declaratoria de nulidad de lo actuado.

Ahora bien, aunque censura el actual defensor que la abogada que representó al señor **Escobar Henao** en la audiencia de juicio oral no presentó alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, la defensa

no está en la obligación de presentarlos, solo lo hará, cuando lo considere pertinente.

Sin embargo, sí llama la atención de esta Sala, que la defensora pública en los alegatos conclusivos, en vez de guardar silencio, optara por indicar que haría mal en pedir sentencia absolutoria toda vez que, con los elementos aportados por la Fiscalía, se demostró la capacidad de pago de su representado, postura que resulta inadmisibles de cara a los intereses de su cliente, sin embargo, ello de por sí no genera la nulidad de lo actuado, ya que como se dijo, la labor de valoración para determinar la materialidad de la conducta y la responsabilidad del enjuiciado la realizó el juez de conocimiento.

Así las cosas, en virtud del principio de trascendencia de las nulidades, no se hace necesario invalidar lo actuado, como quiera que aun cuando se hubieren incorporado a juicio tales medios de prueba, ellos no adquieren la connotación para exonerar de responsabilidad penal al acusado, sin embargo, este es un tema en el que se ahondara más adelante a efectos de determinar si se acreditó la responsabilidad penal del enjuiciado en el delito de inasistencia alimentaria.

En consideración a lo expuesto, la respuesta al primer problema jurídico es negativo, como quiera que no se acreditó una vulneración al derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, que amerite declarar la nulidad de lo actuado.

Aclarado lo anterior, los problemas jurídicos a resolver corresponden determinar:

- a. Si se acreditó la responsabilidad penal del señor **Fredy Albeiro Escobar Henao** en el delito de inasistencia alimentaria como lo determinó el juez de primera instancia.

- b. Si resultaba procedente la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al enjuiciado conforme a la prohibición contenida en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

El punto de partida del estudio que debe emprender la Sala, para resolver el primer problema jurídico planteado, es el artículo 381 del estatuto procesal penal -Ley 906 de 2004-, según el cual, para dictar fallo de condena se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio.

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 inculparse 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 lo que respecta al proceso penal, las disposiciones que prevén el delito de inasistencia alimentaria son meridianamente claras al establecer que incurre en responsabilidad penal quien se sustraiga *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 temporalmente, como sería, por ejemplo, contar con un patrimonio o un ingreso notoriamente menor a aquel que se tuvo como base para determinar la correspondiente obligación.

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.⁵

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.

En todo caso, en el proceso penal la única presunción que tiene cabida desde el comienzo, es la de inocencia, la cual acompaña al implicado hasta tanto quede en firme una sentencia condenatoria en su contra e, incluso, debe recordarse que el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 prevé que le corresponde a la Fiscalía demostrar la responsabilidad penal y que en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria, de lo cual se extrae que la presunción del artículo 129 de la Ley 1098 de 2006 no resulta aplicable al proceso penal.

En el presente asunto, lo primero que advierte la Sala, es que pese a que el defensor del señor **Fredy Albeiro Escobar Henao** aportó con el recurso una cantidad de documentos a fin de acreditar pagos parciales de la obligación alimentaria y la existencia de otros hijos del procesado, lo cierto es que los artículos 177 y siguientes de la Ley 906 de 2004, normatividad vigente respecto a la sustentación y trámite del recurso de apelación en contra de sentencias, no establecen la posibilidad de aportar pruebas durante la sustentación o con posterioridad, máxime cuando conforme a lo preceptuado en el artículo 381 *ibíd.*, no es viable valorar evidencias que no fueron debatidas en el juicio.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2000.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, consagra el principio de la inmediación, que por su pertinencia se transcribe:

ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

Así las cosas, para efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, no pueden tenerse en cuenta los documentos aportados con el escrito de sustentación en tanto no pueden valorarse en esta instancia, evidencias que no fueron debatidas en juicio.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado que la obligación alimentaria fue estipulada en favor de la menor N.E.S. en audiencia realizada el 6 de septiembre de 2007, en la cual el acusado se obligó a cancelar una cuota quincenal de \$60.000, sin embargo conforme a los testimonios practicados en juicio, en especial el de Niyareth María Sánchez Gutiérrez, madre de la menor N.E.S. se logró establecer que a partir de mayo de 2014 estaba incumpliendo con el pago total de la cuota, en tanto admitió que el inculpatado realizó una serie de consignaciones por valor de \$700.000 hasta enero de 2015.

El incumplimiento fue corroborado por la tía de la menor, Nidia María Sánchez Gutiérrez, quien afirmó que no sabe la fecha exacta del incumplimiento de la cuota alimentaria, que hace por ahí uno o dos años, aunque ha colaborado en algunas ocasiones, al igual que la abuela de la menor Elvia de Jesús Gutiérrez quien dijo que no tiene la fecha exacta del incumplimiento, que sabe que como de principios de 2014.

En relación con la capacidad económica del enjuiciado, se estipularon una serie de circunstancias, esto es, que laboró en Expreso Girardota como conductor

desde el 2 de febrero de 2015 hasta la fecha de la certificación inclusive (12 de mayo de 2016), en la empresa Extra desde el 14 de julio hasta el 21 de diciembre de 2014 devengando un salario mensual de \$924.000, en Procopal S.A. desde el 19 de agosto de 2008 al 24 de abril de 2014, devengando un salario mensual al momento de su retiro de \$1.031.627, aunado a que el señor Jorge Elías Arias Arroyave, dueño del bus 052 afiliado a la empresa Expreso Girardota, donde se encontraba actualmente laborando el enjuiciado, declaró que aquel devengaba un salario básico de \$689.500 y un promedio de \$767.200.

En virtud de lo expuesto, quedó acreditado en juicio no solo que durante el período en que se presentó el incumpliendo de la obligación alimentaria, el enjuiciado laboró la mayor parte del tiempo, sino además, el monto de los ingresos, que en criterio de esta Sala le permitían pagar la cuota alimentaria establecida en favor de su hija menor N.E.S.

Ahora, si bien es cierto se pretende argumentar por la defensa, que la intención de su mandante no fue sustraerse del pago de la obligación alimentaria, sino que el incumplimiento obedeció a una fuerza mayor, debido a que el procesado tiene otros dos hijos que mantener, una compañera y asumir los gastos propios, e incluso que su compañera se encontraba en estado de embarazo para el 2014, también lo es que dichos argumentos no comportan una justa causa, como quiera que no podía privilegiar los gastos de unos hijos respecto a los otros – que se encontraban en las mismas circunstancias de necesidad- aun cuando uno estuviera por nacer o recién nacido, pues si lo que pretendía era disminuir la cuota en favor de su hija, debió acudir a un proceso de regulación de alimentos, lo que en efecto no hizo o por lo menos no obra prueba de ello en la actuación.

En virtud de lo expuesto, aunque no se desconoce que unos pocos meses estuvo sin trabajo, pues no obra constancia que durante esos pequeños lapsos estuviere laborando, acreditado se encuentra que la mayor parte del tiempo devengó un salario que le permitía dar cumplimiento a la obligación alimentaria

de su hija N.E.S., sin que se haya acreditado la existencia de una justa causa para desvirtuar su responsabilidad penal en el delito de inasistencia alimentaria.

En conclusión, advierte la Sala, que se hallan estructurados los elementos suficientes para impartir una condena, por lo que la respuesta al primer problema jurídico planteado es afirmativa, pues los ingresos que percibía el enjuiciado resultaban suficientes no solo para garantizar su subsistencia, sino el cumplimiento de la cuota acordada, y que pese a ello, de manera voluntaria y decidida quiso abstenerse de aportarle lo necesario a su menor hija.

En relación con el segundo problema jurídico planteado, encuentra la Sala que en efecto de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, en los procesos en los cuales son víctimas de delitos los niños, niñas y adolescentes, la autoridad judicial se abstendrá 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.

Ahora bien, aunque la norma es clara, la Sala 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 Niño⁶.

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.”

Teniendo en cuenta que en el caso concreto, no obra constancia alguna de que el acusado hubiere pagado los perjuicios a la víctima o estuviere asumiendo actualmente el pago de la obligación alimentaria, impertinente por decir lo menos, resulta dar aplicación a la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues los presupuestos fácticos son diferentes en tanto allí, el procesado sí estaba cumpliendo con su obligación alimentaria y por tanto alejarlo de su fuente de ingresos, iba en desmedro del interés superior del menor.

En consideración a lo expuesto, es claro que no resultaba procedente otorgarle al señor **Fredy Albeiro Escobar Henao**, el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por lo que en ese aspecto se modificara la sentencia de primera instancia, sin embargo se debe analizar lo referente a la prisión domiciliaria, para lo cual, debemos remitirnos a la consagración normativa del Código Penal, artículos 38 y 38B en consonancia con el 68A, ya que para tal instituto el legislador previó expresamente tales cánones.

Ahora, en sentencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 3 de febrero de 2016, en el radicado 46647, se efectúa un análisis de la procedencia del otorgamiento de la prisión domiciliaria en tratándose del delito de inasistencia alimentaria, al considerar que en atención a las finalidades perseguidas por la Ley 1709 de 2004 y de los propios intereses del menor, ante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 38 y 38 B del Código

Penal, se hace viable su otorgamiento en la medida en que la reparación de los perjuicios y el cumplimiento de la obligación alimentaria a futuro serán más difíciles de realizar si el sentenciado es enviado a prisión, pues si de lo que se trata es de armonizar adecuadamente el cumplimiento de las finalidades de la pena con la restauración de los daños ocasionados al menor ofendido, la legislación le ofrece al funcionario judicial los instrumentos apropiados para equilibrar la sanción con las prerrogativas restaurativas en cabeza de la víctima.

Precisamente en la aludida providencia se indica:

“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.

(...)

En cambio, una adecuada ponderación de los fines de la pena, abierta a utilizar los diversos mecanismos sancionatorios previstos por el legislador, permite compatibilizar la necesidad de infligir al penado un perjuicio como respuesta retributiva a su comportamiento delictivo con la protección de los derechos de los menores y la reparación de los perjuicios.

En ese entendido, la prisión domiciliaria se ofrece como un mecanismo más idóneo: con la emisión de la sentencia condenatoria se satisface automáticamente el fin de prevención general positiva, estabilizándose así la infracción de la norma y transmitiéndose la censura institucional a la conducta del condenado. Así mismo, innegablemente opera la retribución justa, por cuanto la *ejecución* de la pena en el domicilio constituye una efectiva restricción de la libertad personal del sentenciado, cuya menor intensidad se justifica en la relativa gravedad menor del delito y en las anteriores consideraciones de cara a la situación de los menores de edad.

De otro lado, la prevención especial se encuentra igualmente realizada. En su aspecto negativo, por cuanto el penado habrá de permanecer privado de su libertad en el domicilio a *condición* de cumplir a cabalidad las condiciones impuestas judicialmente, so pena de verse revocada la sustitución de la ejecución de la pena y reactivarse la reclusión carcelaria ante un incumplimiento. Expresado metafóricamente, sobre el sentenciado pesa una especie de espada de Damocles, que lo conmina a cumplir efectivamente las condiciones para la sustitución, evitando la reincidencia delictiva para así evitar el cumplimiento de la pena en prisión. Igualmente, se satisface la prevención especial positiva, en tanto la evitación de la reclusión carcelaria es más compatible con la resocialización.

Sobre este último particular, importa destacar que, en el transcurso del cumplimiento de la pena en el domicilio, el penado podría solicitar al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad un permiso de trabajo, y de esa manera poder reparar los perjuicios y cumplir con sus obligaciones alimentarias (art. 38 D inc. 3º del CP)”.

Así las cosas, a la luz de los parámetros legales y jurisprudenciales referidos, para que proceda la sustitución de la pena de prisión impuesta a **Escobar Henao** es menester analizar si en el caso concreto se reúnen los requisitos consagrados en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000 el cual fue introducido por la Ley 1709 de 2014 y que establece:

“REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
 - a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
 - b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
 - c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
 - d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.”.

En criterio de la Sala, la norma establece dos tipos de requisitos, unos presentes para la concesión del beneficio y otros hacia futuro que garantizan la permanencia del mismo. Los primeros son los descritos en los numerales 1 a 3 del artículo en cita, los cuales son una condición *sine qua non* para el otorgamiento del mismo en la sentencia, esto es: que la pena mínima prevista

para la conducta punible sea de 8 años de prisión o menos, que se demuestre arraigo social y familiar y que no sea un delito del inciso 2 del artículo 68 A. Los segundos se refieren a las obligaciones previstas en el numeral 4, que se garantizan mediante caución y que por lo mismo en caso de incumplirse ya no afectan la concesión del beneficio en la sentencia, sino que implican su revocatoria.

Ahora bien como este último requisito tiene que ver con el pago de los perjuicios ocasionados con la conducta delictual, los cuales solo se determinan en el incidente de reparación integral bien por la vía de la conciliación o de la contenciosa; lo cual, de una u otra manera, debe dar lugar a una sentencia que no necesariamente debe ser condenatoria de perjuicios porque puede ser que se demuestre en el proceso que no hubo tales, se puede decir que esta obligación es futura condicionada y la misma solo surge en el momento de este segundo pronunciamiento judicial en donde, en caso de que prospere la pretensión económica de la víctima, se establecerá el monto de lo adeudado, el plazo para pagar y con base en el primer punto, ahora si el juez deberá ciertamente fijar la garantía personal, real o bancaria para asegurar el pago de la obligación impuesta.

En el caso concreto, en efecto se cumplen los primeros tres requisitos, ya que el delito de inasistencia alimentaria por el que fue condenado el señor **Gómez Ruíz** aparece una sanción de 32 a 72 meses de prisión, es decir la pena mínima prevista para el delito es menor a 8 años de prisión, por lo que se cumple el factor objetivo, tampoco fue condenado por un delito del inciso segundo del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000 y se demostró el arraigo familiar y social del procesado, pues habita en la carrera 14 N. 1-116, interior 101 del Barrio Aurelio Mejía del municipio de Girardota, teléfono: 2897218-2899110

En lo relacionado con el cuarto requisito, esto es, el pago de los perjuicios ocasionados con el delito o al menos la garantía de su pago, analizada la

institución a la luz de la nueva normativa tal como lo acaba de hacer esta Sala, en relación con el literal b, esto es, para determinar el tiempo para la reparación de los perjuicios o asegurar su pago, el juez de conocimiento tendrá que adelantar el respectivo incidente de reparación integral a instancia de la víctima y de acuerdo a la demostración de la cantidad del daño causado, si a ello hay lugar, se fijará el tipo de garantía y el plazo otorgado al condenado para el pago respectivo.

En otras palabras, para el otorgamiento del beneficio de la prisión domiciliaria le basta al juez de conocimiento o al de ejecución de penas verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los numerales 1, 2, 3 del artículo 38 B del C.P.. Ahora bien, para que el beneficio se haga efectivo el condenado deberá suscribir acta de compromiso y si es del caso prestar caución personal o prendaria para el cumplimiento de unas obligaciones a futuro, que en caso de incumplirlas dará lugar a la pérdida del sustituto penal y de la caución prendaria.

Así, pues, es en la sentencia que ponga fin al incidente de reparación integral, en donde se establecerá el monto de los perjuicios a pagar, el plazo para ello y, si es del caso, la garantía personal, real, bancaria, o el acuerdo con la víctima para asegurar el pago de los mismos.

En conclusión, el requisito establecido en el numeral 4, se materializa de manera posterior a la sentencia, por lo que en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones allí descritas, entre las que se encuentra – *asegurar el pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia* - es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad quien tiene la competencia para revocar el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad conforme lo establecido en los artículos 477 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, los aspectos posteriores a la sentencia, como el pago de la caución impuesta por el juzgado, la suscripción de la diligencia de compromiso, o el incumplimiento a las obligaciones contenidas en ésta, entre las que se encuentra reparar los daños ocasionados con el delito y garantizar su pago, son de competencia del juez que vigila la pena conforme al artículo 29 F⁷ del Código Penitenciario y Carcelario.

Por todo lo anterior, la Sala colige sin duda alguna que el enjuiciado se hace merecedor de la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria, no solo porque es el mecanismo más idóneo para garantizar de una mejor manera la reparación del perjuicios al menor víctima y el cumplimiento de la obligación alimentaria, sino también porque se encuentran debidamente acreditados los requisitos del artículo 38B adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, siempre y cuando cumpla con las obligaciones impuestas concernientes a la suscripción del acta de compromiso en los términos de ley y pagar una caución prendaria de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, en tanto no se acreditó la insolvencia del citado.

En virtud de lo expuesto, se concede la prisión domiciliaria al señor **Fredy Albeiro Escobar Henao** ordenando que tal beneficio se materialice por el INPEC a través de uno de los mecanismos de vigilancia electrónica existentes, cuyo radio de acción itinerario de desplazamiento y tránsito estará circunscrito exclusivamente al perímetro del inmueble ubicado en la carrera 14 N. 1-116, interior 101 del Barrio Aurelio Mejía del municipio de Girardota, teléfono: 2897218-2899110.

⁷ **ARTÍCULO 29F. REVOCATORIA DE LA DETENCIÓN Y PRISIÓN DOMICILIARIA.** <Artículo adicionado por el artículo [31](#) de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El incumplimiento de las obligaciones impuestas dará lugar a la revocatoria mediante decisión motivada del juez competente. (...).

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: Negar la solicitud de nulidad planteada por el defensor de confianza del señor **Fredy Albeiro Escobar Henao**.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada con fecha del 24 de abril de 2017 emanada del Juzgado Segundo Penal Municipal de Girardota, Antioquia, por medio del cual se concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor **Escobar Henao**.

TERCERO: Se concede la prisión domiciliaria al señor **Fredy Albeiro Escobar Henao** ordenando que tal beneficio se materialice por el INPEC a través de uno de los mecanismos de vigilancia electrónica existentes, cuyo radio de acción itinerario de desplazamiento y tránsito estará circunscrito exclusivamente al perímetro del inmueble ubicado en la carrera 14 N. 1-116, interior 101 del Barrio Aurelio Mejía del municipio de Girardota, teléfono: 2897218-2899110. Previo a la materialización del beneficio deberá suscribir acta de compromiso en donde consten las obligaciones previstas en el artículo 38B de la Ley 1709 de 2014 y pagar una caución prendaria de un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

CUARTO: Para el cumplimiento del numeral anterior, expídase la orden de captura en contra del señor **Fredy Albeiro Escobar Henao**.

QUINTO: Lo demás de la sentencia aludida quedará incólume.

SEXO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA.

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado