

Proceso No 26660

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 14

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil siete (2007).

VISTOS

La Sala define la competencia para adelantar el juicio oral, por el delito de inasistencia alimentaria seguido contra AMADOR MORENO HERMIDES, tema que suscitó conflicto entre el Juzgado Noveno Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado Penal Municipal de Miraflores (Boyacá), ambos con funciones de conocimiento en el sistema penal acusatorio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En la relación sentimental que unía a la señora Horminda Hurtado Garavito con JOSÉ RICARDO OVALLE CIFUENTES, fueron procreados dos niños, a quienes llamaron Érika Julieth y Aymer Julián, nacidos el 24 de marzo de 1995.
2. Más adelante, deteriorado el vínculo entre los adultos, el 7 de febrero de 2005, la madre de los menores, quien para entonces residía con ellos en la ciudad de Bogotá, acudió ante las autoridades con el fin de denunciar al progenitor por el delito

de inasistencia alimentaria, afirmando que desde el mes de enero de 2003 dejó de colaborarle económicamente para el sustento de los niños, pese a conciliaciones y acuerdos que incumple repetidamente.

3. Por tales acontecimientos, después de adelantar la etapa investigativa, la Fiscalía 267 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, presentó escrito de acusación contra HERMIDES AMADOR MORENO, por el delito de inasistencia alimentaria, tipificado en el artículo 233 del Código Penal, Ley 599 de 2000.

4. Correspondió el asunto al Juzgado Noveno Penal Municipal de Bogotá, con funciones de conocimiento, donde el 3 de febrero de 2006 tuvo lugar la audiencia de formulación de acusación; y el 7 de marzo del mismo año, la audiencia preparatoria.

La Fiscalía solicitó se decretara el testimonio de la denunciante y de otros parientes de los menores titulares del derecho a percibir alimentos; y el Juez accedió a su práctica y señaló el 3 de mayo de 2006 como fecha para llevar a cabo la audiencia del juicio oral.

5. Pese a reiteradas citaciones, los testigos que la Fiscalía pretendía presentar no comparecieron, de modo que el juicio no pudo iniciarse el día indicado.

6. El 22 de agosto de 2006, el Juez Noveno Penal Municipal de Bogotá intentó iniciar la audiencia del juicio oral; pero tampoco pudo realizarse, porque, según lo explicó la Fiscalía, la señora Horminda Hurtado Garavito se trasladó a vivir con sus hijos al municipio de Miraflores (Boyacá) y no tiene recursos económicos para desplazarse hasta la Capital de la República.

La Fiscalía recordó que la madre de los niños es su representante legal y que la presencia de ella en el juicio es necesaria. Por tanto, pidió al Juez de conocimiento hacer una excepción al lineamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, según la

cual el juzgamiento debe realizarse en el lugar donde residía el menor al momento de instaurar la denuncia; y que remita las actuaciones al Juzgado Penal Municipal de Miraflores (Boyacá), “a fin de no perjudicar a los menores y garantizar un verdadero restablecimiento del derecho”.

La delegada del Ministerio Público coadyuvó la petición de la Fiscalía, y el defensor público del acusado no se opuso.

Así, el Juez Noveno Penal Municipal de Bogotá, argumentando la prevalencia de los derechos de los niños (artículo 44 de la Carta) y la necesidad de garantizar los derechos de las víctimas (artículo 11 Ley 906 de 2004), decidió enviar las diligencias “por competencia” al Juzgado Penal Municipal de Miraflores (Boyacá), a quien propuso colisión negativa, en el evento de no aceptar sus planteamientos.

7. La Juez Penal Municipal de Miraflores (Boyacá) convocó a audiencia pública el 29 de noviembre de 2006, a la cual acudieron el Fiscal delegado, el defensor y la señora Horminda Hurtado Garavito, en calidad de representante legal de los menores afectados con la inasistencia alimentaria. En esa vista, la funcionaria judicial les informó que no aceptaba la competencia, toda vez que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal había reiterado que el juicio tenía que realizarlo el juez de lugar donde se instauró la querella.

8. Con tal convicción, la Juez Penal Municipal de Miraflores (Boyacá) dispuso remitir las diligencias a la Sala de Casación Penal, para que defina la competencia, en atención a lo dispuesto en los artículos 32 (competencia de la Corte Suprema de Justicia) y 54 (definición de competencia- trámite) del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como lo estipula el numeral 4° del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), dirimir los conflictos y definir la competencia cuando se trate de aforados constitucionales y legales, o de juzgados de diferentes distritos.

Para la cabal comprensión de los problemas jurídicos que plantea el presente asunto se propone la siguiente metodología: i) se hará una semblanza de la jurisprudencia vigente en el marco del Código del Menor (Decreto 2337 de 1989) y del Código de Procedimiento Penal anterior (Ley 600 de 2000); ii) a continuación, se actualizará la jurisprudencia de cara al sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004), en armonía con el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006); y iii) finalmente, con base en la actualización jurisprudencial, se definirá la competencia en el caso concreto.

I. La jurisprudencia concebida en el marco del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) y en vigencia del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989)

1.1 El artículo 271 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) era del siguiente tenor:

“Cuando el sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria sea un menor, la investigación se iniciará de oficio y será desistible por una sola vez. Será competente para conocer de este delito el Juez Municipal de la residencia del titular del derecho”

La Sala de Casación Penal reiteró en muchas ocasiones la tesis según la cual la expresión del artículo 271 del Código del Menor, “residencia del titular del derecho”, debía ser entendida como el lugar donde residía el menor con derecho a percibir alimentos, para la fecha en que se instauró la denuncia o se inició la investigación, por la inasistencia alimentaria.

1.2 En auto del 19 de diciembre de 2001, al definir una colisión de competencias de la misma naturaleza (radicación 18571), ratificando una vez más su jurisprudencia, la Corte expresó:

“La doctrina pacíficamente ha sostenido que el delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto a su proceso de consumación, pues comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida y se prolonga todo el tiempo de la omisión, de suerte que durante el período en el cual el alimentante evade su obligación el delito se está cometiendo.

Con frecuencia ocurre que después de instaurar la denuncia, o después de que se inicia de oficio en el caso de los menores, el titular del derecho cambia el lugar geográfico de su residencia.

Este evento no conlleva de suyo la variación de la sede para el juzgamiento de la conducta omisiva, puesto que, como la realidad lo enseña, las mudanzas podrían ser indefinidas según las circunstancias del titular del derecho a percibir alimentos o de su representante legal, caso hipotético en el cual, si se aplicara literalmente el texto del artículo 271 del Código del Menor, se llegaría al absurdo de admitir tantos jueces temporalmente competentes como ciudades o poblaciones los acogiesen.

...

Entonces, una adecuada interpretación de aquel conjunto de normas, en sentido armónico, de modo que produzcan el efecto para el cual se concibieron, permite inferir que para determinar el Juez competente en el delito de inasistencia alimentaria, se entiende por residencia del titular del derecho aquella que tenía al momento de formular la querella de parte, o al momento de iniciarse oficiosamente la investigación.”

Los anteriores postulados se reafirmaron de manera pacífica por la Sala de Casación

Penal, inclusive, hasta en los pronunciamientos de finales del año anterior, conjugando el Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) y el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989).

Confrontar, entre otros, los autos de: 10 de noviembre de 2004 (rad. 22957); 23 de febrero de 2005 (rad. 23255); 3 de agosto de 2005 (rad. 23998); 9 de mayo de 2006 (rad. 25453); y 12 de diciembre de 2006 (rad. 26600).

1.3 En el procedimiento penal de Ley 600 de 2000 rige el principio de permanencia de la prueba, según el cual, las pruebas practicadas por la Fiscalía durante la investigación preliminar o la instrucción son válidas también en la etapa de juzgamiento, sin necesidad de repetirlas; y pueden utilizarse para desvirtuar la presunción de inocencia si tienen la entidad suatoria para lograrlo.

Ello explica que no sea imprescindible la presencia en la audiencia pública de juzgamiento, de un testigo que ya declaró en la investigación previa o durante la instrucción. De ahí que, muchas veces, recolectada ya la prueba, no tenía mayor incidencia en el destino del juicio el hecho de que el testigo cambiara de residencia y/o que no pudiera comparecer a la audiencia pública.

La última hipótesis ocurría a menudo en procesos por el delito de inasistencia alimentaria; pero como en el lugar donde se radicaba la querella también se practicaban -generalmente- las pruebas y éstas conservaban validez durante toda la actuación procesal, no se generaban problemas significativos en lo concerniente al acceso a la administración de justicia, dado que aunque los niños perjudicados con el ilícito se radicarán en sitio diferente, el juzgamiento podía hacerse sin mayores tropiezos en el lugar donde se formuló la querella o donde inició de oficio la investigación.

Además, en el régimen de la Ley 600 de 2000, era factible que las pruebas se practicaran por funcionario comisionado, por supuesto en un escenario distinto a la sede de la

investigación o del juzgamiento (artículo 84).

Sin embargo, como se anticipó, la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio y la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, cada uno con principios teórico normativos distintos, implica retomar esa temática, con el fin de poner a tono la jurisprudencia, en cuanto a ello hubiere lugar.

II. Actualización de la jurisprudencia

La doctrina de la Sala de Casación Penal relativa a la competencia para adelantar el juzgamiento por el delito de inasistencia alimentaria, cuando la víctima es un menor de edad, que cambia su lugar de residencia durante el proceso penal, merece ser revisada, frente a la Constitución Política de 1991, al sistema penal acusatorio previsto en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y al nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

2.1 El artículo 44 de la Constitución Política, relativo a las garantías fundamentales de los niños, estipula que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” Aún así, este precepto no puede tomarse como una máxima absoluta, puesto que ningún derecho tiene tal connotación; sino que, por el contrario, siempre existe la necesidad de efectuar raciocinios de ponderación y balanceo con otro tipo de intereses, hasta lograr la aplicación integral y armónica de la Carta.

Cabe anotar que para efectos de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en Colombia por la Ley 12 de 1991, “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

2.2 En el sistema acusatorio colombiano regido por la Ley 906 de 2004, las víctimas tienen una calidad especial de intervinientes en el proceso penal, pues, como principio rector, el Estado debe garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia (artículo 11); además, tienen derecho a ser oídas, a que se les facilite el aporte de pruebas (artículo 11 -d) y a intervenir en todas las fases de la actuación penal (artículo 137).

2.3 En ese orden de ideas, es factible concluir que en algunas circunstancias específicas, determinadas con razonabilidad práctica en cada caso concreto, los derechos de los niños víctimas de conductas ilícitas podrían actualizar su prevalencia y generar consecuencias apreciables al interior del proceso penal acusatorio donde deban intervenir.

Aquella prevalencia debe ser deducida en el ejercicio de ponderación y balanceo de los derechos e intereses encontrados, y en ningún caso puede llevarse al extremo de aniquilar, desconocer o negar los derechos fundamentales de los demás.

Así, por ejemplo, siendo el juicio oral y público, el testimonio de un niño podría practicarse con restricción de audiencia y en un recinto especial, si con ello se protege su integridad; pero no podría negarse a la contraparte el derecho de contrainterrogar.

2.4 Es inherente al sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004), el principio de inmediación, según el cual “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.” (Artículo 16).

Lo anterior, con la salvedad de que el Juez de control de garantías autorice la práctica de una prueba anticipada “en casos de extrema necesidad y urgencia” y para evitar la pérdida o alteración de un medio probatorio (Artículos 274 y 284).

En virtud del principio de inmediación, en ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas.

Es así que, fuera del evento de la prueba anticipada, si la Fiscalía requiere el testimonio del menor víctima de un delito o de su representante legal, y éstos no hacen presencia en la audiencia del juicio oral, personalmente o a través de algún recurso tecnológico de tele-video-conferencia, la prueba no puede practicarse o no existe, ya que en el sistema penal acusatorio las entrevistas y declaraciones anteriores no alcanzan la entidad de medios probatorios autónomos.

2.5 El Código del Menor expedido con el Decreto 2737 de 1989 contenía algunas disposiciones que resultaban anacrónicas desde la óptica de la Constitución Política de 1991, de la jurisprudencia que la desarrolla y del denominado “bloque de constitucionalidad”.

Para poner a tono la legislación con el nuevo entorno sociojurídico del país, se expidió el -nuevo- Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptado con la Ley 1098 de 2006.

Esa codificación especializada empieza a regir seis meses después de su promulgación, salvo en lo relativo a la ejecución del sistema de responsabilidad penal, que se implementará gradualmente en el territorio nacional, comenzando el 1° de enero de 2007 hasta su realización total el 31 de diciembre de 2009 (artículo 261).

Vale decir, los principios y descripciones normativas esenciales de la Ley 1098 de 2006 deben ser considerados en este momento en el ejercicio sistemático de interpretación, porque ya se encuentran vigentes, ante la imposibilidad de escindir jurídicamente una parte de dicha codificación de los valores y principios que la cimentan.

El Código de la Infancia y la Adolescencia contiene normas tan precisas y atinentes al asunto bajo estudio, que resulta poco funcional tratar de resumir su texto, a riesgo de distorsionarlas en su cabal sentido. Por ello se transcriben, como un mecanismo excepcional en aras de la claridad de los conceptos y por la relevancia del tema:

Artículo 5°. Naturaleza de las normas contenidas en este código. Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

...

Artículo 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

...

Artículo 41. Obligaciones del Estado. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

...

6. Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.

...

31. Asegurar alimentos a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en procesos de protección y restablecimiento de sus derechos, sin perjuicio de las demás personas que deben prestar alimentos en los términos de la presente ley, y garantizar mecanismos efectivos de exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

...

34. Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal.

Artículo 192. Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos. En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la [Constitución Política](#) y en esta ley.

Artículo 193. Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

1. Dará prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de

tomar.

2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos.

Como se observa, en reconocimiento de su interés prevalente, el Estado debe garantizar la presencia de los niños, niñas y adolescentes, o de sus padres o representantes legales, en todo proceso judicial y actuación administrativa donde se debatan asuntos que puedan comprometer ese género de intereses superiores, que a menudo coincide con la materialización de sus derechos fundamentales.

De ahí que, si se trata de un proceso penal, cuyos resultados sean relevantes para los intereses superiores de los niños, niñas o adolescentes, adelantado bajo la égida del sistema acusatorio, y para fundamentar su teoría del caso la Fiscalía o la defensa requieren la práctica de una prueba testimonial o de otra índole, del niño, niña o adolescente, de sus padres o representantes legales, y se verifica que no pueden acudir con sus propios medios, corresponde al Estado garantizar la presencia de cualquiera de ellos en el lugar donde deba practicarse la prueba o llevarse a cabo la audiencia pública del juicio oral, poniendo a su disposición cualquiera de los medios o recursos estatales.

El Fiscal, el defensor y el Juez deberán determinar de manera razonada en qué eventos concretos la situación a debatir involucra realmente los intereses superiores de los niños, niñas o adolescentes; y con suma lealtad tendrán que referir aquellos casos excepcionales donde ellos o sus padres o representantes legales no puedan comparecer con sus propios medios, para que el Estado garantice su presencia poniendo a su disposición cualquiera de los medios o recursos estatales.

2.6 Por supuesto, el proceso penal por el delito de inasistencia alimentaria puede ser un

escenario donde se debaten cuestiones que atañen a los intereses superiores de los niños, niñas o adolescentes. No es necesario redundar en la trascendencia que la provisión alimentaria tiene sobre la existencia y desarrollo integral de las personas, en condiciones de dignidad compatibles con la esencia del ser humano. Por lo tanto, corresponde al Estado garantizar su presencia en las diligencias procesales donde sea imprescindible, cuando se demuestre que ellos o sus padres o representantes legales no pueden acudir por sus propios medios.

El Estado puede garantizar esa presencia requerida de varias maneras, entre las cuales debe seleccionarse la que resulte jurídicamente adecuada, así, por ejemplo:

- El Estado puede facilitar la presencia física del testigo (niño, niña o adolescente, sus padres o representantes legales), poniendo a sus disposición cualquier medio de transporte que lo lleve al lugar donde la prueba deba practicarse o al recinto del debate. La Policía Nacional (Policía de Menores), la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, etc., podrían cooperar concertadamente en la medida en que puedan hacerlo.
- Los medios técnicos de tele-video-conferencia son otra alternativa. A la sazón, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo No. 2114 de 2003 (octubre 1º), “Por el cual establece el Sistema de la Video Conferencia para la celebración de audiencias públicas en materia penal”.
- En los eventos que fuere jurídicamente viable, el acceso a la administración de justicia también puede garantizarse excepcionalmente a través del cambio de radicación, en los términos de los artículos 46 y siguientes de la Ley 906 de 2004; vale decir, cuando en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal existan circunstancias que pueda afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la

administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los intervinientes, en especial de las víctimas o servidores públicos.

Como se aprecia, factores vinculados a la carencia de recursos económicos, la falta de medios, la distancia, o las dificultades generales de los intervinientes para comparecer a la actuación procesal, no están autorizados legalmente como fuentes del cambio de radicación, ni aún cuando se trate del derecho prevalente de los niños, niñas y adolescentes.

No es, entonces, alterando la competencia por el factor territorial, la manera como el Estado debe cumplir su obligación de garantizar la presencia de los niños, niñas, adolescentes, sus padres o representantes legales, a la práctica de alguna prueba o a la audiencia pública del juicio oral, cuando no pueden hacerlo con sus propios medios o recursos.

2.7 Cuando se requiera el testimonio de una persona que se niega a comparecer a la audiencia pública, el Juez está habilitado para expedir orden de conducción a la Policía Nacional o a cualquier otra autoridad competente (Artículo 384 Ley 906 de 2004).

Si ello es así, y ese tipo de medidas se adoptan con el fin de realizar sin retardo el juicio oral, teniendo como punto de mira la realización material de la justicia, resulta compatible con los fines constitucionales del proceso penal, que el Juez solicite a la Policía Nacional (Policía de Menores) o a cualquier otra autoridad la conducción –en condiciones de respeto a la dignidad humana- del niño, niña adolescente o sus padres o representantes legales, que no tengan los recursos para acudir por sí mismos, y se requiera su presencia en la audiencia pública, a riesgo de generar un perjuicio irremediable que conspire contra sus intereses superiores.

2.8 El reconocimiento de los intereses superiores de los niños, niñas o adolescentes, implica que en cualquier supuesto o modalidad a través de la cual el Estado traslade o conduzca al niño, niña adolescente o sus padres o representantes legales, hasta el lugar donde deba realizarse la diligencia o audiencia, también corresponde al Estado garantizar el retorno de los mismos hasta su lugar de origen. Ello, para evitar eventuales perjuicios o adversidades generadas por la situación de abandono o desprotección en un sitio diferente al de su entorno vital, máxime si se trata de personas que no disponen de los recursos para financiar el regreso.

2.9 El artículo 43 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) estipula que “es competente para conocer del juzgamiento el juez del lugar donde ocurrió el delito”.

Y que:

“Cuando no fuere posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho, este se hubiese realizado en varios lugares, en uno incierto o en el extranjero, la competencia del juez de conocimiento se fija por el lugar donde se formule la acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual hará donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación.”

El delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto a su proceso de consumación, pues comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida y se prolonga todo el tiempo de la omisión, de suerte que durante el período en el cual el alimentante evade su obligación el delito se está cometiendo, lo cual puede ocurrir en distintos lugares.

En aquella hipótesis, corresponde a la Fiscalía actuar con suma diligencia y determinar con suficiente antelación el lugar donde se encuentran los elementos fundamentales de la acusación, antes de presentarla por escrito y de formularla en la

audiencia respectiva, pues la audiencia de formulación de acusación se realiza ante el Juez de conocimiento, a quien previamente se ha entregado el escrito de acusación.

2.10 Ahora bien, si el Juez ante quien se presenta la acusación se declara incompetente, así debe manifestarlo en la misma audiencia de formulación de acusación y debe remitir el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla; pues de lo contrario, si no hace la manifestación en ese momento, que es el único oportuno, se entiende prorrogada la competencia, salvo que esta devenga del factor subjetivo o que esté radicada en funcionario de superior jerarquía (artículos 54 y 55 Ley 906 de 2004).

2.11 El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) derogó al Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), salvo en algunos aspectos que especifica el artículo 217.

Por manera que, ya no subsiste en el espectro jurídico el artículo 271 del Código del Menor, que disponía que la competencia para conocer el delito de inasistencia alimentaria radicaba en el Juez Municipal de la residencia del titular del derecho.

Esa realidad también implica actualizar la jurisprudencia, que se basaba en la interpretación sistemática de la expresión “residencia del titular del derecho”.

2.12 Bajo los anteriores presupuestos, en tratándose del proceso penal por el delito de inasistencia alimentaria, la Sala de Casación Penal actualiza su postura jurisprudencial.

En síntesis:

2.12.1 Sea que se trate de un proceso que aún subsista con arreglo al Código de Procedimiento Penal anterior (Ley 600 de 2000), o de un proceso en el marco del

sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004), se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

- i) En reconocimiento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el Estado debe garantizar su presencia o la de sus padres o representantes legales, en toda diligencia, actuación y audiencia donde se debatan asuntos que puedan comprometer ese género de intereses prevalentes.
- ii) Si en el proceso por el delito de inasistencia alimentaria y se requiere la presencia del niño, niña o adolescente o de sus padres o representantes legales, cuando ellos no puedan acudir por sus propios medios, no resulta atinado, jurídico ni necesario alterar la competencia por el factor territorial, toda vez que el Estado cuenta con pluralidad de alternativas factibles de implementar para lograr la solución más adecuada, a iniciativa de la Fiscalía, de la defensa o del Juez; entre ellas: facilitar los medios de transporte hasta el lugar donde se llevará a cabo la diligencia o audiencia, utilizar el sistema de tele-video-conferencia, o solicitar su conducción a la Policía Nacional (Policía de Menores) o a cualquier autoridad disponible en condiciones de respeto a la dignidad humana.

En todo caso y en las mismas condiciones se debe garantizar el retorno del niño, niña, adolescente, sus padres o representantes legales, a su lugar de origen.

- iii) Una vez determinada la competencia para el juzgamiento del delito de inasistencia alimentaria, ésta no se modifica por el hecho de que los niños, niñas o adolescentes - víctimas de ese ilícito- o sus padres o representantes legales cambien su domicilio o lugar de residencia; puesto que, como la realidad lo enseña, las mudanzas podrían ser indefinidas según las circunstancias de cada persona, caso en el cual, se llegaría al absurdo de admitir tantos jueces temporalmente competentes como ciudades o poblaciones los acogiesen.

iv) Excepcionalmente, cuando se dieren los supuestos jurídicos para el cambio de radicación, debe estudiarse la posibilidad autorizar dicha medida, si fuese necesaria para garantizar el acceso de los intervinientes a la administración de justicia, especialmente si se trata de niños, niñas o adolescentes víctimas de conductas delictivas (Artículos 85 y siguientes Ley 600 de 2000 y artículos 46 y siguientes Ley 906 de 2004).

v) Factores vinculados a la carencia de recursos económicos, la falta de medios, la distancia, o las dificultades generales de los intervinientes para comparecer a la actuación procesal, no están autorizados legalmente como fuentes del cambio de radicación, ni aún cuando se trate del derecho prevalente de los niños, niñas y adolescentes.

2.12.2 Además, en el proceso por el delito de inasistencia alimentaria que se adelante por el sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004), se tendrá en cuenta:

i) Por regla general, es competente para conocer el delito de inasistencia alimentaria el Juez Penal Municipal con funciones de conocimiento o el funcionario judicial que haga sus veces, del lugar donde ocurrió el delito (artículos 37 y 43 ibídem).

ii) Si el delito de inasistencia alimentaria ocurre en varios lugares, en uno incierto o en el extranjero, será competente el Juez Penal Municipal con funciones de conocimiento o el funcionario judicial que haga sus veces, del lugar donde la Fiscalía formule la acusación (inciso 2°, artículo 43 ibídem).

iii) Es deber de la Fiscalía formular la acusación en el lugar donde se encuentren los elementos fundamentales para sustentarla (inciso 2°, artículo 43 ibídem).

iv) Si el Juez ante quien se presenta el escrito de acusación no manifiesta su

incompetencia en la audiencia dispuesta para la formulación de acusación, opera por virtud de la ley una prórroga de la competencia, salvo que esta devenga del factor subjetivo o radique en funcionario de superior jerarquía (artículo 55 ibídem).

v) Si después que el Fiscal presente la acusación, el titular del derecho a percibir alimentos -víctima del delito de inasistencia alimentaria- o su representante legal cambian el lugar geográfico de su residencia, tal hecho no altera la competencia por el factor territorial, ni genera variación de la sede para del juzgamiento.

III-. El caso concreto

3.1 En el recuento de la actuación procesal se constata que después de adelantar la etapa investigativa, la Fiscalía 267 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá presentó escrito de acusación contra HERMIDES AMADOR MORENO, por el presunto delito de inasistencia alimentaria; y que el asunto correspondió al Juzgado Noveno Penal Municipal de Bogotá, con funciones de conocimiento.

El 3 de febrero de 2006 se realizó la audiencia de formulación de acusación, sin que el Juez Noveno Penal Municipal de Bogotá manifestara su incompetencia, porque no existía razón evidente para hacerlo.

Lo anterior significa que la competencia quedó definida y radicada en el Juez Noveno Penal Municipal de Bogotá; y no pudo ser alterada a solicitud de los intervinientes, si no existe una causa jurídica que la amerite.

3.2 Las dificultades de orden económico que refiere la Fiscalía como obstáculo para que la señora Horminda Hurtado Garavito -madre y representante legal de los niños víctimas del presunto ilícito de inasistencia alimentaria- se desplace hasta Bogotá

para asistir a la audiencia pública del juicio oral, donde se requiere su testimonio, no tienen la virtualidad jurídica de alterar la competencia por el factor territorial.

3.3 Ese mismo género de excusas tampoco es admitido en la normatividad procesal penal como fuente de un eventual cambio de radicación.

3.4 El Estado debe garantizar la presencia de la señora Horminda Hurtado Garavito en la audiencia pública de juzgamiento, porque ella es la madre y representante legal de los niños víctimas del presunto delito de inasistencia alimentaria, y en salvaguarda del interés superior que les asiste, se precisa hacer lo racionalmente posible para que ella rinda el testimonio en el juicio oral.

Para el efecto, corresponde a la Fiscalía Genereal de la Nación buscar alternativas para que la señora Horminda Hurtado Garavito pueda comparecer a la audiencia pública, bien en forma personal, facilitándole los medios de transporte o solicitando al Juez de conocimiento autorice su conducción hasta el lugar de la audiencia por la Policía Nacional (Policía de Menores) u otra autoridad disponible; o a través de tele-video-conferencia.

3.5 De acuerdo con lo antes expuesto, es el Juzgado Noveno Penal Municipal de Bogotá el competente para continuar adelantando el juzgamiento contra HERMINDES AMADOR MORENO por el delito de inasistencia alimentaria.

No sobra advertir que el Juez Noveno Penal Municipal de Bogotá se equivocó al proponer colisión de competencia al Juzgado Penal Municipal de Miraflores (Boyacá). El sistema penal acusatorio, caracterizado por la celeridad, no contempla la promoción de un incidente de esa naturaleza, sino que, si el funcionario judicial ante quien se presenta la acusación tiene razones para no aceptar la competencia, así debe comunicarlo a las partes en la audiencia respectiva y remitir el asunto inmediatamente al funcionario que deba definirla (artículo 54 Ley 906 de 2004).

Pero como en este caso particular se gestó un verdadero conflicto o colisión de competencias, esta Sala de la Corte se ha ocupado en dirimirlo.

Esta decisión se comunicará al Juzgado Penal Municipal de Miraflores (Boyacá) y a la Fiscalía 267 Local de Bogotá, para su conocimiento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. Dirimir el conflicto de competencias para adelantar el juicio oral contra HERMINDES AMADOR MORENO, por el delito de inasistencia alimentaria, en el sentido de asignarla al Juzgado Noveno Penal Municipal de Bogotá, Despacho al que se remitirá el expediente.

2. Enviar copia del presente auto al Juzgado Penal Municipal de Miraflores (Boyacá) y a la Fiscalía 267 Local adscrita a la Unidad Primera Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá (sistema acusatorio), para su conocimiento.

Contra el presente auto no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA

SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIS NÚÑEZ

Secretaria

1 Publicada en el Diario Oficial No. 46.446 del 8 de noviembre de 2006.