El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 8 de agosto de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma Absolución

Radicación Nro. : 660016000036 2008 01474 01

Procesado: Ómar De Jesús Ossa Valencia

Magistrado Ponente:  Jorge Arturo Castaño Duque

TEMAS: **INASISTENCIA ALIMENTARIA/ CUOTA ALIMENTARIA A FAVOR DE L.V.O.C/ EL ENTE PERSECUTOR NO LOGRÓ DEMOSTRAR LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL JUDICIALIZADO NI LA SUSTRACCIÓN INJUSTIFICADA A ESE DEBER/ LA PRESUNCIÓN EN QUE PROCESADO DEVENGA AL MENOS UN SALARIO MÍNIMO (ARTICULO 129 CIA) SÓLO APLICA EN MATERIA DE PROCESOS DE FAMILIA Y NO EN MATERIA PENAL/ CONDUCTA ATÍPICA/ CONFIRMA-ABSOLUCIÓN**

Los puntos álgidos del debate tienen que ver con lo atinente a la capacidad económica del judicializado para cumplir con la obligación alimentaria que le fue fijada, y su sustracción injustificada a ese deber. Al respecto la juez de primer nivel consideró que ninguno de esos dos presupuestos se encontraba acreditado en el caso sometido a estudio, y ello fue determinante para que emitiera un fallo de carácter absolutorio, tesis que por supuesto es compartida por la defensa. No obstante, la Fiscalía se aparta de esa conclusión, por cuanto en su criterio de acuerdo con los elementos de prueba incorporados al juicio sí quedó probada la capacidad económica del judicializado, y por tanto debía emitirse una sentencia de carácter condenatorio.

(…)

No obstante, pese a que esa sustracción parcial de parte del procesado sí se encuentra plenamente establecida, debía demostrarse por el ente persecutor que esa omisión fue “sin justa causa”, dado que ello es esencial a efectos de que se configure el punible de inasistencia alimentaria establecido en el artículo 233 del C.P., en cuanto se trata de un ingrediente normativo y su no acreditación torna atípica la conducta omisiva.

Es claro entonces que el ente acusador debía al menos probar que para el momento de los hechos por los que aquí se procede ÓMAR DE JESUS OSSA VALENCIA tenía un trabajo, actividad o propiedades que le permitieran tener ingresos o recursos suficientes para aportar el total de la cuota alimentaria que le correspondía, carga con la cual no cumplió porque no se cuenta con ningún medio probatorio en ese sentido.

(…)

Como bien lo señaló la a quo, no podía tampoco aplicarse la presunción consistente en que el procesado devengaba al menos un salario mínimo a la cual se refiere el artículo 129 C.I.A., no solo porque no se demostró la actividad a la que se dedicaba o los recursos con los que contaba, sino porque además ello opera solo en materia de proceso de familia y no en materia penal, en atención al principio de presunción de inocencia[[1]](#footnote-1).

(…)

En oposición a lo expuesto por la delegada del ente fiscal, debe decirse, que la prescripción de la acción penal respecto de algunos períodos y la falta de actividad probatoria son atribuibles a la Fiscalía y no a la víctima, quien de manera oportuna puso en conocimiento de las autoridades los referidos hechos, y aportó los elementos con los que contaba para ese momento; sin embargo, el ente acusador dejó pasar 7 años para formular imputación, y no obstante que la misma quedó circunscrita solo a las cuotas posteriores a agosto de 2009, no se consiguieron elementos que soportaran la acusación en esos precisos términos, ya que según indicó el investigador asignado al caso, la labor realizada por él fue con antelación al referido año 2009.

Acorde con lo discurrido, la conducta del hoy judicializado resulta ser atípica, y ello releva a la Colegiatura de hacer un análisis atinente a las demás categorías del delito; por tanto, no tiene otro remedio que confirmar la decisión absolutoria proferida por la primera instancia.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, ocho (08) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

 ACTA DE APROBACIÓN No 655

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Agosto 09 de 2018, 10:03 a.m. |
| Imputado:  | Ómar de Jesús Ossa Valencia |
| Cédula de ciudadanía: | 10´112.768 expedida en Pereira (Rda.) |
| Delito: | Inasistencia Alimentaria |
| Víctima: | Menor L.V.O.C. |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Fiscalía contra el fallo absolutorio de agosto 02 de 2018. CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- En denuncia penal presentada en julio 30 de 2008 ante la Fiscalía General de la Nación, la señora MARTHA PATRICIA COTE ANTE, madre de L.V.O.C., para ese entonces menor de edad, dio a conocer que el padre de su hija desde diciembre 06 de 2006 incumplía con el pago de la cuota alimentaria que le fue fijada en $600.000.oo mediante sentencia judicial emitida por el Juzgado Segundo de Familia de Pereira, y cuyo incremento sería de acuerdo con el el salario mínimo legal vigente.

En razón del término de prescripción de la acción penal, que para el delito de inasistencia alimentaria -de ejecución permanente- es de 6 años, la Fiscalía formuló cargos únicamente por los hechos comprendidos entre agosto 10 de 2009 y agosto 10 de 2015, por cuanto en ésta última fecha se llevó a cabo la imputación.

En septiembre 08 de 2008 se realizó diligencia de conciliación, la cual resultó fallida por cuanto las partes no llegaron a un acuerdo.

1.2.- Realizada la audiencia de formulación de imputación (en agosto 10 de 2015) ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), se le formularon cargos a ÓMAR DE JESÚS OSSA VALENCIA como autor a título de dolo por el delito de inasistencia alimentaria, consagrado en el inciso 2º art. 233 C.P., los cuales no aceptó.

1.3.- La Fiscalía presentó escrito de acusación (agosto 27 de 2015), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.), autoridad que llevó a cabo las audiencias de formulación de acusación (junio 14 de 2016), preparatoria (febrero 22 de 2016) y juicio oral (julio 31 de 2018), al término del cual se anunció un sentido de fallo de carácter absolutorio y se profirió sentencia de carácter absolutorio (agosto 02 de 2018). Los principales fundamentos de esa decisión se pueden sintetizar así:

-Se probó con el respectivo registro civil de nacimiento que quien figura como víctima es hija del procesado, y por tanto a éste le asiste el deber legal de suministrarle alimentos.

- Si bien se acreditó que el judicializado ha incumplido con la citada obligación respecto de su descendiente, la cual fue fijada mediante sentencia judicial emitida por el Juzgado Segundo de Familia de esta ciudad, se tiene que dicho incumplimiento ha sido parcial, y no se demostró que en el periodo que atañe a este proceso -2009 a 2015-, OMAR DE JESÚS se dedicara a alguna actividad o tuviera ingresos que le permitieran pagar la totalidad de la cuota alimentaria, y haya decidido sustraerse de su deber en aras de desamparar a su hija.

- Según lo indicado por la señora MARTHA PATRICIA, la motivación para presentar la denuncia penal por inasistencia alimentaria, fue un supuesto maltrato psicológico de ÓMAR DE JESÚS hacia su hija, y no puede olvidarse que debe acudirse al derecho penal como última ratio, más no para la solución de otros problemas familiares.

- Aunque no puede pasarse por alto que existe una deuda por concepto de alimentos, la misma puede hacerse efectiva por otros medios, ya que aquí no se probó la conducta desplegada por el procesado haya sido de carácter doloso, pero sí se acreditó que cursa un proceso ejecutivo de alimentos en el que le fue embargada una cuenta bancaria del acusado y un bien inmueble en el que tiene parte.

1.4.- La Fiscalía se mostró inconforme con la decisión y la impugnó, cuya sustentación hizo en forma oral.

2.- Debate

2.1.- Fiscalía -recurrente-

Pide a esta Corporación se revoque el fallo adoptado, con fundamento en lo siguiente:

El a quo tuvo como base para absolver el presunto incumplimiento de la fiscalía para demostrar la capacidad económica del acusado, como requisito sine qua non para demostrar la tipicidad del delito, pero en su criterio la inasistencia alimentaria es un delito imprescriptible, y ello también debe aplicarse a las pruebas, pero pese a ello la juez a quo no dio credibilidad a los certificados que aportó, y los mismos debían concatenarse con la declaración de la denunciante, para determinar el incumplimiento reiterado por parte del acusado y los vejámenes que ella ha tenido que sufrir.

En aplicación del derecho a la igualdad deben respetarse los precedentes de casos similares al que nos ocupa, máxime que no es cierto lo afirmado en cuanto a que ese incumplimiento no vulneró el bien jurídico tutelado, ya que conforme lo declarado por la denunciante, se observa la ruptura de la unidad familiar, en especial entre el acusado y víctima, evidenciándose los maltratos a que fue sometida no solo ella sino su hija a nivel económico y moral.

En su sentir, la capacidad económica quedó acreditada con el dicho de la señora MATRHA PATRICIA COTE y los documentos arrimados al juicio, donde se aportaron tres certificados de cámara de comercio en los que se prueba la actividad económica de **ÓMAR DE JESÚS OSSA**, quien luego de haber desempeñado cargos importantes en el Estado Colombiano, y al notar que el negocio de las llantas era más lucrativo decidió renunciar a esos ingresos y constituyó tres empresas.

No puede capitalizarse en contra de la madre de la víctima el que se haya sacrificado y le hubiera dado educación a su hija, pues antes que aplaudirle su actuación ello se viene en su contra y por eso se dice que **ÓMAR DE JESÚS** no es culpable del incumplimiento.

La denunciante tampoco puede cargar con el hecho que la Fiscalía solo imputó en agosto de 2015, pese a que ella denunció en julio 30 de 2008, toda vez que si bien las pruebas que adjuntó eran anteriores no podía aportar documentos distintos para ese momento.

2.2.- Defensa -no recurrente-

Solicita se confirme la decisión adoptada por la primera instancia, y al efecto expone:

Con las pruebas arrimadas a juicio no se demostró más allá de toda duda la responsabilidad de su representado. La juez al valorar las pruebas determinó que no existe antijuridicidad en la conducta, ya que no se afectó el bien jurídico de la familia, puesto según se extrae de la declaración de la señora COTE ANTE la denuncia fue presentada en atención a un supuesto maltrato psicológico y no por la situación económica a la que se enfrentaba. Adicionalmente, tampoco se logró acreditar la capacidad económica del procesado ni que tuviera una intención dolosa de contrariar el ordenamiento jurídico.

Los maltratos morales de los que asegura la Fiscalía fue víctima la menor, son ajenos a esta investigación o por lo menos a lo que se demostró juicio, toda vez que tales situaciones se dieron cuanto el señor **OMAR DE JESÚS** vivió con MARTHA PATRICIA COTE, esto es del año 1999 hasta el 2002, lo cual en momento alguno tiene que ser valorado porque el delito de inasistencia alimentaria que se investigó nada tiene que ver con esas fechas y por lo tanto no puede ser tenido en cuenta para efectos de solicitar fallo condenatorio.

Aduce la representante del ente acusador que con la declaración de la señora COTE ANTE se demostró la capacidad económica de **ÓMAR DE JESÚS**, al haber allegado certificaciones de la Cámara de Comercio con las que se acreditó que se dedicaba a la venta de llantas, pero por más que de sus manifestaciones se desprenda que cuando se casaron tenía una buena capacidad económica y unos ingresos que les permitían vivir bien, ello no fue motivo de investigación por parte de la Fiscalía a partir del momento en que se tenía que recaudar la prueba -después del 2008-, pese a que estaba en la obligación de hacerlo, y entonces lo que pretende por la recurrente es que se infiera que dicha labor hacia futuro le generó al acusado iguales ganancias económicas, lo que en su sentir es una mera apreciación, dado que la condición económica de un persona puede variar de un día para otro.

Al indagarse en juicio tanto a la señora MARTHA PATRICIA como a su señora madre, acerca de si sabían a qué actividad se dedicaba el señor **OSSA VALENCIA** no tenían conocimiento, como tampoco lo tenía la fiscalía, porque esa investigación solo quedó con lo poco averiguado para el año 2008, como lo corroboró el mismo investigador que estuvo a cargo del caso; es decir, no existe prueba alguna de la capacidad económica de su representado.

Contrario a lo sostenido por la delegada fiscal, con las pruebas aportadas, en especial la declaración de la denunciante, se estableció que durante el periodo comprendido en el 2009 y el 2015 el señor **ÓMAR DE JESÚS** cumplió con sus cuotas alimentarias, aunque no en la forma pactada, pero sí de manera parcial, incluso en unos años consignó cuatro o cinco millones, sumas que eran suficientes para el sostenimiento y crianza de una persona.

Al no haberse acreditado entonces la capacidad económica y por ende ese ingrediente normativo de “sin justa causa”, para que se tipifique la inasistencia alimentaria, el fallo debe ser de carácter absolutorio.

**2.4.-** Debidamente sustentado el recurso, la juez a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la providencia de primer grado, con miras a determinar si la decisión que absolvió al acusado **ÓMAR DE JESÚS OSSA VALENCIA** por la conducta de inasistencia alimentaria donde es víctima L.V.O.C. está acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y al proferimiento de una sentencia de condena, como lo pide la delegada fiscal en su recurso.

**3.3.- Solución a la controversia**

No observa la Colegiatura existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en debida forma, en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, por lo que se pasará a realizar el análisis correspondiente del fallo adoptado por la primera instancia, en los términos anunciados.

Como se indicara al comienzo de esta providencia, los hechos génesis de esta actuación fueron dados a conocer en denuncia penal instaurada en julio 30 de 2008 por la señora MARTHA PATRICIA COTE ANTE, madre de L.V.O.C., para ese entonces menor de edad, quien indicó que el padre de su hija desde diciembre 06 de 2006 incumplía con el pago de la cuota alimentaria que le fue fijada en $600.000.oo mediante sentencia judicial emitida el Juzgado Segundo de Familia de esta ciudad, y cuyo incremento sería de acuerdo con el salario mínimo legal vigente. En razón del término de prescripción de la acción penal, que para el delito de inasistencia alimentaria -de ejecución permanente- es de 6 años, la Fiscalía formuló cargos únicamente por los hechos comprendidos entre agosto 10 de 2009 y agosto 10 de 2015, por cuanto en ésta última fecha se llevó a cabo la imputación.

Como bien lo indicó la juez de primer nivel y no es objeto de controversia, al proceso se incorporó como prueba de la Fiscalía el registro civil de nacimiento correspondiente a la menor L.V.O.C., con lo cual se encuentra debidamente probado[[2]](#footnote-2) que quien figura como víctima en la presente actuación es hija del señor **OSSA VALENCIA**; en consecuencia, surge diáfana la obligación legal que éste tiene de suministrarle alimentos.

Los puntos álgidos del debate tienen que ver con lo atinente a la capacidad económica del judicializado para cumplir con la obligación alimentaria que le fue fijada, y su sustracción injustificada a ese deber. Al respecto la juez de primer nivel consideró que ninguno de esos dos presupuestos se encontraba acreditado en el caso sometido a estudio, y ello fue determinante para que emitiera un fallo de carácter absolutorio, tesis que por supuesto es compartida por la defensa. No obstante, la Fiscalía se aparta de esa conclusión, por cuanto en su criterio de acuerdo con los elementos de prueba incorporados al juicio sí quedó probada la capacidad económica del judicializado, y por tanto debía emitirse una sentencia de carácter condenatorio.

De entrada debe decir la Colegiatura que comparte la decisión exonerativa de responsabilidad emitida por la primera instancia, y por tanto la misma habrá de confirmarse por las razones que pasan a exponerse a continuación:

Una vez revisados los medios de persuasión allegados a esta actuación, tales como, las declaraciones deMARTHA PATRICIA COTE ANTE y TERESA ANTE DE COTE, así como la sentencia en la que se fija la citada obligación alimentaria por el Juzgado Segundo de Familia de esta ciudad, y las consignaciones que a órdenes de ese despacho judicial se han hecho, lo que se advierte es que el incumplimiento de la obligación en este caso es de carácter parcial, ya que el acusado ha aportado algunas sumas de dinero por ese concepto, en su mayoría dentro del proceso ejecutivo de alimentos que paralelamente se adelanta por estos hechos; luego entonces, debe reconocerse y así lo indica la misma denunciante, que éste no se ha desentendido por completo del deber legal que como padre le corresponde.

No obstante, pese a que esa sustracción parcial de parte del procesado sí se encuentra plenamente establecida, debía demostrarse por el ente persecutor que esa omisión fue “sin justa causa”, dado que ello es esencial a efectos de que se configure el punible de inasistencia alimentaria establecido en el artículo 233 del C.P., en cuanto se trata de un ingrediente normativo y su no acreditación torna atípica la conducta omisiva.

Es claro entonces que el ente acusador debía al menos probar que para el momento de los hechos por los que aquí se procede ÓMAR DE JESUS OSSA VALENCIA tenía un trabajo, actividad o propiedades que le permitieran tener ingresos o recursos suficientes para aportar el total de la cuota alimentaria que le correspondía, carga con la cual no cumplió porque no se cuenta con ningún medio probatorio en ese sentido.

Le asiste razón a la defensa al decir que la labor probatoria realizada por la Fiscalía fue abiertamente deficiente, ya que no allegó elemento alguno que acreditara esa situación, es decir, no se hizo el más mínimo esfuerzo por demostrar si el procesado contaba con un empleo o recursos que le permitieran cumplir con su deber alimentario.

La misma denunciante y su progenitora manifestaron desconocer que para el periodo comprendido entre el 2009 y el 2015 el señor OMAR DE JESÚS tuviera un ingreso o negocio que le permitiera cumplir a cabalidad con su deber alimentario, no obstante que sí dieron cuenta de la suficiencia económica de éste pero con antelación a esa época, por cuanto es profesional en economía y también ha tenido varios negocios.

Como bien lo señaló la a quo, no podía tampoco aplicarse la presunción consistente en que el procesado devengaba al menos un salario mínimo a la cual se refiere el artículo 129 C.I.A., no solo porque no se demostró la actividad a la que se dedicaba o los recursos con los que contaba, sino porque además ello opera solo en materia de proceso de familia y no en materia penal, en atención al principio de presunción de inocencia[[3]](#footnote-3).

Adicionalmente, según lo dio a conocer la señora MARTHA PATRICIA, el justiciable tiene otros dos hijos menores de edad, es decir, que los ingresos que éste devenga no serían exclusivamente para cubrir la obligación que tiene con L.V.O.C., sino también para con sus otros descendientes.

En oposición a lo expuesto por la delegada del ente fiscal, debe decirse, que la prescripción de la acción penal respecto de algunos períodos y la falta de actividad probatoria son atribuibles a la Fiscalía y no a la víctima, quien de manera oportuna puso en conocimiento de las autoridades los referidos hechos, y aportó los elementos con los que contaba para ese momento; sin embargo, el ente acusador dejó pasar 7 años para formular imputación, y no obstante que la misma quedó circunscrita solo a las cuotas posteriores a agosto de 2009, no se consiguieron elementos que soportaran la acusación en esos precisos términos, ya que según indicó el investigador asignado al caso, la labor realizada por él fue con antelación al referido año 2009.

Resultan totalmente desfasadas las aseveraciones de la fiscal recurrente en cuanto a que la conducta de inasistencia alimentaria es imprescriptible, ya que precisamente por ello debió ajustarse los períodos a imputar, y por tal circunstancia no fueron admitidos en juicio los documentos e informes que pretendió allegar con el investigador GUILLERMO CASTILLO TERÁN, y no puede aspirar que los mismos sean valorados.

De igual forma, se tiene que los certificados de Cámara y Comercio aportados corresponden a fechas anteriores a las que fueron materia de imputación, y por tal circunstancia tampoco era posible que con los mismos se acreditara la actividad económica del procesado para la fecha de los acontecimientos por los que aquí se procede.

Acorde con lo discurrido, la conducta del hoy judicializado resulta ser atípica, y ello releva a la Colegiatura de hacer un análisis atinente a las demás categorías del delito; por tanto, no tiene otro remedio que confirmar la decisión absolutoria proferida por la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de impugnación.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. CSJ SP, 30 may. 2018, rad. 47107. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ingresó como prueba al juicio copia del registro civil de nacimiento con serial 2251654 correspondiente a la víctima, expedido por la Notaría 34 de Bogotá. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 30 may. 2018, rad. 47107. [↑](#footnote-ref-3)