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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: INASISTENCIA ALIMENTARIA / CARACTERÍSTICAS / SIGNIFICADO DEL INGREDIENTE NORMATIVO “SIN JUSTA CAUSA” / VALORACIÓN PROBATORIA / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / REGULACIÓN LEGAL.**

Respecto de la extinción de la acción penal por la vía de la prescripción y con base en lo dispuesto en los artículos 83 del C.P. y 292 del C.P.P. se debe manifestar que en la codificación sustantiva penal se dispone que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley y en ningún caso será inferior a cinco años (artículo 83 del C.P.). Por su parte el artículo 84 del C.P. señala que ese término comenzará a correr a partir del día de su consumación y que en las conductas punibles omisivas: “el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar”. (…)

El artículo 86 del C.P. regula la interrupción de la prescripción de la prescripción, indicando que en los casos regulados por la Ley 906 de 2004, se interrumpe con la formulación de imputación, que en este caso tuvo lugar el 28 de junio de 2016 (fl. 5), es decir que se interrumpió con anterioridad al cumplimiento de ese término a partir de lo cual se empezó a contar por la mitad del término de pena previsto en el artículo 233 del C.P., inciso 2º ( 32 a 72 meses de prisión), es decir tres (3) años (artículo 292 del C.P.P.), que se cumplen el 28 de junio de 2019. Por lo tanto queda claro que para la fecha en la cual se dictó la sentencia de primera instancia no había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, por lo cual se procede a tomar una decisión de fondo.

… En el canon 233 del CP se estableció la correspondiente consecuencia jurídica para la persona que realice el supuesto de hecho allí descrito, es decir, que se sustraiga sin justa causa a la prestación alimentaria debida a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero permanente, con lo cual se busca proteger a la familia, garantizando la asistencia para el beneficiario…

Como dentro de los elementos estructurales del tipo en mención, el legislador incluyó el ingrediente normativo “sin justa causa”, la jurisprudencia pertinente ha precisado los alcances de ese concepto jurídico, así:

“Es de destacar que la expresión "sin justa causa", es considerada por un sector de la doctrina como un elemento superfluo, producto de una falta de técnica legislativa, que en nada modifica la descripción de la conducta, pues se refiere a la misma exigencia de la antijuridicidad, en tanto que para otros autores, es un elemento normativo del tipo que permite al juez eximir de responsabilidad a quien incurra en la conducta de inasistencia alimentaria, con fundamento en causales legales o extralegales, distintas a las de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, y que impiden al obligado la satisfacción de su compromiso, a pesar de su voluntad. (…)

… la FGN logró demostrar que a partir del período demarcado en el factum del escrito de acusación, el procesado estuvo en capacidad de satisfacer las prestaciones alimentarias a que estaba obligado en favor de su descendiente, que debieron asumir la madre de la víctima, su abuela y la propia menor, ante los mínimos aportes que hizo el señor JATC en ese período, por lo cual se considera que en el caso sub examen se reunían los requisitos para dictar una sentencia de condena por la violación del artículo 233 del CP, como lo dispuso acertadamente el juez de primer grado.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA PENAL**

**M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 582 del veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:09 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 039 2011 00397 01 |
| Procesado | JHTC |
| Delito | Inasistencia Alimentaria  |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento de Pereira |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 19 de diciembre de 2018 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia del 19 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento de Pereira, Risaralda, mediante la cual fue condenado el señor JHTC por el delito de inasistencia alimentaria a la pena de 32 meses de prisión y multa equivalente a 20 smlmv y se le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de 36 meses.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con lo plasmado en el escrito de acusación[[1]](#footnote-1), el supuesto fáctico es el siguiente:

*“Los hechos fácticos fueron conocidos a través de la denuncia formulada por la señora BLANCA NELLY ORTIZ JARAMILLO en contra del señor JHTC donde manifiesta que desde el mes de agosto de 2011 el indiciado, de manera injustificada, viene incumpliendo con la obligación alimentaria que le asiste para con su hija de 15 años D.V.T.O., teniendo que ser ella quien deba velar por la educación, salud, alimentación, recreación, y todos los gastos para la manutención de la víctima.*

*Se allegó registro civil de nacimiento de la víctima, de donde puede colegirse que el imputado es el padre y por lo tanto le asiste la obligación legal de prestarle alimentos.*

*Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tuluá – Valle, se convocó al indiciado JHTC CC. 94.395443 para el día 28 de junio de 2016 a las 11:00 de la mañana y para adelantar audiencia de formulación de imputación, en la comunicación plasmó su firma y cédula, pero no compareció, razón por la cual el Juzgado lo DECLARA EN CONTUMACIA.*

*Para la fecha 28 de junio de 2016 se realizó audiencia de formulación de imputación al señor JHTC identificado con la CC. 94.395.443, como presunto autor del delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA contenida en el ARTÍCULO 233 inciso 2º del Código Penal (…)”*

2.2 La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 13 de diciembre de 2017 (fl. 22), el 5 de julio de 2018 se realizó la audiencia preparatoria (fl. 30). El juicio oral se adelantó el 10 de diciembre de 2018 (fl. 56). El 19 de diciembre de 2018 se anunció el sentido del fallo condenatorio, se procedió al trámite del artículo 447 del CPP y se dio lectura a la sentencia condenatoria (fls. 60 a 72).

2.3 El Defensor interpuso recurso de apelación contra el fallo condenatorio de primer nivel.

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

Se trata de JHTC, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 94.395.443 expedida en Tuluá – Valle, nació el 2 de junio de 1978 en la misma ciudad, nivel de escolaridad 3º bachiller, estado civil soltero, ocupación oficios varios (fls. 38 y 46 a 48).

**4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.**

El fallador de primer nivel concluyó que se habían cumplido los requisitos del artículo 381 del C.P.P. para dictar una sentencia de condena en tanto se probó tanto la materialidad de la conducta como la responsabilidad del procesado.

Los argumentos del fallo recurrido se pueden sintetizar así:

* Respecto del tipo penal de inasistencia alimentaria dada su naturaleza estructural y dogmática, se debe examinar la existencia de la obligación alimentaria, el parentesco del vinculado con la presunta ofendida y estado de necesidad de recibir alimentos en que se halle.
* Es innegable que el investigado es padre de la menor D.V.T.O porque así se acreditó con el registro civil de nacimiento de la menor, por lo tanto existe ese deber alimentario legal, según el artículo 411 del Código Civil y la falta a esa obligación la sanciona con prisión el artículo 233 del C.P., omisión de la cual informó la denunciante Blanca Nelly Ortiz Jaramillo.
* El artículo 233 del CP es un tipo penal de peligro, que no requiere la causación de un daño efectivo al bien jurídico protegido; de ejecución continuada o de tracto sucesivo y esencialmente doloso, ya que exige conocimiento más la voluntad de sustraerse al deber alimentario en perjuicio del bien jurídico representado en la familia.
* La FGN está en la obligación de demostrar tanto que el agente se ha sustraído a la prestación de alimentos legalmente debidos, como que ello lo ha hecho sin justa causa. Además es un delito de ejecución permanente.
* Citó la sentencia C- 237 de 1997 de la C. Constitucional sobre el alcance de la expresión “sin justa causa” contenida en el tipo penal, lo mismo que jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ sobre esa expresión que hace parte del tipo de inasistencia alimentaria, por lo cual la carencia de recursos económicos del procesado impide la deducción de la responsabilidad penal.
* No obstante, el que se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias por incapacidad económica tiene el deber de demostrar, para derribar esa presunción legal, de que en efecto carece de recursos cumplir con esa prestación
* En el presente caso la FGN probó la capacidad laboral del acusado, que se encontraba trabajando para el momento en que tuvieron lugar los incumplimientos denunciados y que dicho oficio le reportaba unos ingresos, de los cuales debía destinar un porcentaje al cumplimiento de la obligación alimentaria.
* La duda planteada por la defensa sobre la totalidad del monto de la suma adeudada por el acusado no es determinante en sede de juicio de responsabilidad y es un tema que se puede resolver en el trámite del incidente de reparación integral.
* El hecho de que la madre de la afectada tuviera un nivel de ingreso un poco más alto que el del acusado, no lo exoneraba de su obligación alimentaria, fuera de que le quedaba la posibilidad de solicitar una reducción de su cuota alimentaria. Además la defensa estaba en la obligación de acreditar una justa causa para exonerar al implicado, como un evento de caso fortuito, una fuerza mayor, entre otros; o que éste se encontrara imposibilitado para trabajar debido a una incapacidad o enfermedad, lo cual fue desvirtuado con el testimonio de la madre del menor y con un investigador de la FGN que compareció al juicio, con lo cual se vulneraron los derechos de la menor que se encuentran amparados por la legislación interna y diversos instrumentos internacionales.
* En lo referente a la prescripción del delito investigado, se debe tener en cuenta que se trata de un delito de ejecución sucesiva, continuada o de tracto permanente, dado que la violación a la norma persiste hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación. Entonces, se incurre en el delito de inasistencia alimentaria desde el momento mismo en que el obligado evade su deber de contribuir al sostenimiento de su parentela, y como esa omisión puede extenderse en el tiempo, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 84 inciso 2º del CP el cual dispone que “*En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar”.*
* Aunque la conducta omisiva atribuida al procesado se reprocharía hasta la fecha de formulación de la imputación, no se tiene noticia de que el señor JHTC hubiera cumplido con sus obligaciones alimentarias al menos hasta la fecha de la audiencia preliminar, por lo cual no se ha superado el término previsto en el artículo 83 del CP, ni ha cesado la conducta omisiva que se le atribuyó. Sobre el tema citó una decisión de la SP del TS de Medellín del 26 de noviembre de 2013, M.P. José Ignacio Sánchez Calle.
* Concluyó que el término de prescripción de la acción penal, empezaría a correr desde que la víctima cumpla su mayoría de edad, o si es del caso, desde que cumpla sus 25 años, si es que se encuentra estudiando en una institución de educación superior, por lo cual la prescripción solicitada por el defensor carece de sustento jurídico.
* Expuso que se encontraban satisfechos los requisitos del artículo 63 del C.P., para conceder al sentenciado el subrogado penal de la suspensión condicional de ejecución de la pena para lo cual tuvo en cuenta CSJ SP 49712 de 2017 y CSJ SP 52960 del 10 de octubre de 2018, donde se indicó que la prohibición para aplicar beneficios como el principio de oportunidad o la suspensión condicional de la ejecución de la pena en delitos contra menores de edad solo operaba para delitos de extrema gravedad, de los que se excluye el delito de inasistencia alimentaria y no estaba condicionada al pago de los perjuicios causados por el delito.
* Por lo anterior condenó al procesado a 32 meses de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2017 por hallarlo culpable del delito de inasistencia alimentaria del que es víctima la menor D.V.T.O., y le concedió el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

5.1 DEFENSOR (Recurrente Sustentación Oral)

(Sinopsis)

* El artículo 381 del C.P.P. dispone que para dictar una sentencia condenatoria se requiere el conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad de acusado, exigencias que no se cumplen en este caso ya que no quedaron probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que posiblemente el investigado omitió su deber alimentario, ya que en la carpeta del caso aparecen diversos desistimientos de la representante de la menor.
* En consecuencia no existió claridad si el procesado debía o no los alimentos reclamados, máxime si se tiene en cuenta que la madre de la víctima manifestó que el encartado había colaborado con algunas mesadas, pero dejó de precisar cuántas cuotas había dado, ni las fechas en las que se sustrajo a esa prestación.
* La ley exige fechas exactas sobre la conducta omisiva porque de lo contrario no es posible ejercer el derecho de defensa, para determinar por ejemplo, si en una época determinada el procesado estaba incapacitado, privado de su libertad o en incapacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria.
* Con los documentos presentados en juicio se pretendió probar que su defendido estaba trabajando, pero ello no es plena prueba porque “el papel puede con todo” y el hecho de estar afiliado a una EPS no es prueba de alguien esté laborando, si se tiene en cuenta que una persona puede dejar de tener una vinculación laboral y continuar con esa afiliación al sistema de salud.
* La misma declarante en su calidad de representante de la víctima manifestó que jamás supo si el señor JHTC estaba trabajando y cuáles eran sus ingresos. Además resultó probado que el procesado tiene un hogar conformado con una esposa y dos hijos a los cuales debe suministrar alimentos, por lo tanto era necesario analizar cuál era su nivel de ingreso para determinar si era suficiente para sostener a dos familias.
* A la menor que funge como víctima en el presente trámite nunca le faltó nada, ya que tuvo lo suficiente para su subsistencia porque la obligación era compartida entre padre y madre e incluso en el caso concreto otros familiares colaboraron para sus gastos y vivían en la casa de uno de sus parientes. Incluso se conoció que la menor ha trabajado desde hace tiempo para proveer sus necesidades y colaborar a su progenitora, por lo cual cuestionó si en realidad necesitaba los alimentos reclamados.
* Respecto de la prescripción citó el artículo 83 del C.P., y consideró que no era válido el argumento del *A quo* según el cual en materia de alimentos la prescripción se cuenta a partir de la llegada a la mayoría de edad del alimentario y hasta los veinticinco años si sigue estudiando, ya que en su criterio en los procesos por inasistencia alimentaria no se puede fallar a futuro sino hasta el momento en que se formuló la denuncia, en la que se debe indicar cuáles son las cuotas alimentarias que se dejaron de pagar, ya que los delitos para los cuales se computa la prescripción a partir de los 18 años son los carácter sexual, lo que deberá ser examinado en segunda instancia.
* JHTC nunca vivió bajo el mismo techo con su hija y la progenitora de la misma, siempre estuvieron separados y no quedó probado cuál fue el último acto desde el cual el acusado se sustrajo a su deber de suministrar alimentos, por lo cual no se sabe cómo se contaría ese término de prescripción, que en este caso sería de 72 meses en razón del máximo de la pena fijada para el delito, que está ampliamente superado.
* El investigador que declaró en el juicio nunca vio trabajando al procesado a pesar de haber manifestado que fue hasta uno de los sitios donde laboró el señor JHTC, lo que quiere decir que no se corroboró esa situación relacionada con el ejercicio de una actividad productiva por parte del acusado.
* De haberse presentado una sustracción a los deberes alimentarios por parte del acusado, ello ocurrió por justa causa. La FGN no probó que la omisión fuera producto de una conducta dolosa, y esa prueba no le compete a la defensa al corresponder a los aspectos relacionados con el dolo y la responsabilidad.
* Solicitó revocar la decisión condenatoria objeto de recurso.

5.2 DELEGADA FGN (No recurrente)

(Sinopsis)

* En el juicio se probó que JHTC no suministraba alimentos a su hija menor de edad, como lo dijo su representante y el artículo 233 del C.P. es claro en establecer que la sustracción a los deberes alimentarios puede ser total o parcial y en este caso la progenitora de la víctima fue clara al decir que el acusado no le brindaba alimentos a la afectada.
* El investigador que intervino en el juicio oral dijo que había ido a la ciudad de Tuluá a verificar la información y ubicar al acusado, y se dio lectura a un documento donde consta que ese funcionario se entrevistó con una persona que laboraba en la misma empresa del señor JHTC y allí le informaron que él si trabajaba en ese lugar, por lo cual procedió a notificarle en ese mismo la citación a la audiencia de formulación de imputación.
* Con respecto al argumento relacionado con el hecho de si al acusado le alcanzaba o no el dinero para sus dos familias, consideró que un padre debe proveer a la manutención de sus hijos y que esa obligación no solo era de la madre del menor afectado, y no le correspondía a su padrastro a su abuela, sino que era compartida entre ambos padres. Además, quedó demostrado en el juicio que la familia residía en la comuna Villasantana, sector de estrato uno de la ciudad.
* Replicó la manifestación del defensor en el sentido que la menor afectada había tenido todo lo necesario y no pasaba necesidades, aduciendo que precisamente la madre de la niña DVTO expuso en el juicio que a la menor le había a tocado ponerse a trabajar para sostenerse y ayudar en la casa.
* El acusado se enteró del proceso porque el investigador se entrevistó con él, le practicó el correspondiente estudio socio económico y le informó de la existencia del proceso, sin que se hubiera presentado a ninguna audiencia, lo que indicaba que nunca tuvo voluntad de cumplir con su obligación.
* La acción penal no había prescrito porque desde la imputación se indicó que los hechos endilgados ocurrieron desde el año 2011 y la imputación se hizo en febrero de 2015 (sic), lo que interrumpió el término para se extinguiera la acción penal.
* Es cierto que a la FGN le corresponde probar el dolo y la responsabilidad, pero también existe obligación de la defensa para probar sus argumentos, lo que no hizo la parte en este proceso.

Por lo tanto pidió que se confirmara la sentencia recurrida.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES**

6.1. Competencia

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Problema jurídico a resolver

Se contrae a resolver lo concerniente al grado de acierto de la decisión adoptada por el juez de primera instancia, quien condenó al señor JHTC (en lo sucesivo JHTC), por el delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de su hija DVTO, por el cual fue convocado a juicio por la FGN.

6.3 En el contexto fáctico del escrito de acusación se menciona lo siguiente: i) la señora Blanca Nelly Ortiz Jaramillo dio a conocer que el señor JHTC, desde el mes de agosto de 2011, se venía sustrayendo de manera injustificada a la obligación alimentaria que le asiste con su hija DVTO; ii) como consecuencia de lo anterior la progenitora de la menor debía atender los gastos por educación, salud, alimentación, recreación y demás relacionados con la manutención de la menor; y iii) con la copia del registro civil de nacimiento de la víctima se estableció que el imputado es padre de la menor DVTO.

6.4 En atención a la argumentación del recurrente frente a la sentencia condenatoria de primer grado, la Sala hará referencia inicialmente a su manifestación sobre la prescripción de la acción penal antes de que se dictara la sentencia de primera instancia.

6.4.1 Respecto de la extinción de la acción penal por la vía de la prescripción y con base en lo dispuesto en los artículos 83 del C.P. y 292 del C.P.P. se debe manifestar que en la codificación sustantiva penal se dispone que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley y en ningún caso será inferior a cinco años (artículo 83 del C.P.). Por su parte el artículo 84 del C.P. señala que ese término comenzará a correr a partir del día de su consumación y que en las conductas punibles omisivas: *“el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar”.*

6.4.2 En el caso bajo estudio la representante de la víctima denunció que el encartado estaba incumpliendo las obligaciones alimentarias con su hija DVTO desde el mes de agosto de 2011, y se mencionó en el escrito de acusación que para la fecha de presentación de ese documento, la afectada tenía 15 años de edad.

6.4.3 El artículo 86 del C.P. regula la interrupción de la prescripción de la prescripción, indicando que en los casos regulados por la Ley 906 de 2004, se interrumpe con la formulación de imputación, que en este caso tuvo lugar el 28 de junio de 2016 (fl. 5), es decir que se interrumpió con anterioridad al cumplimiento de ese término a partir de lo cual se empezó a contar por la mitad del término de pena previsto en el artículo 233 del C.P., inciso 2º ( 32 a 72 meses de prisión), es decir tres (3) años (artículo 292 del C.P.P.), que se cumplen el 28 de junio de 2019. Por lo tanto queda claro que para la fecha en la cual se dictó la sentencia de primera instancia no había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, por lo cual se procede a tomar una decisión de fondo.

6.5 Ya en lo que atañe a la responsabilidad del procesado JHTC, se hacen las siguientes consideraciones:

6.6 El artículo 233 del CP, dispone lo siguiente:

*“Art. 233 CP Modificado Ley 1181 de 2007. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.*

*Parágrafo 1. Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente (únicamente) al hombre y mujer que forman parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.*

*Parágrafo 2. En los eventos tipificados en la presente ley se podrá aplicar el principio de oportunidad.”*

6.7 En el canon 233 del CP se estableció la correspondiente consecuencia jurídica para la persona que realice el supuesto de hecho allí descrito, es decir, que se sustraiga sin justa causa a la prestación alimentaria debida a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero permanente, con lo cual se busca proteger a la familia, garantizando la asistencia para el beneficiario, de manera que al juez de conocimiento le asiste el deber de verificar si existe dicha obligación y si el obligado en efecto la incumplió sin que concurra alguna causal eximente de responsabilidad que le hubiera impedido satisfacer esa prestación.

6.8 Tradicionalmente la jurisprudencia pertinente sobre la materia ha definido este tipo penal como de conducta permanente y de tracto sucesivo, en virtud de que el proceso de consumación comienza con el incumplimiento de la prestación debida y se prolonga durante todo el lapso que dure la omisión, de manera que durante el tiempo en el cual el alimentante incumple ese deber, el delito se está consumando.

6.9 Como dentro de los elementos estructurales del tipo en mención, el legislador incluyó el ingrediente normativo “sin justa causa”, la jurisprudencia pertinente ha precisado los alcances de ese concepto jurídico, así:

*“Es de destacar que la expresión "sin justa causa", es considerada por un sector de la doctrina como un elemento superfluo, producto de una falta de técnica legislativa, que en nada modifica la descripción de la conducta, pues se refiere a la misma exigencia de la antijuridicidad, en tanto que para otros autores, es un elemento normativo del tipo que permite al juez eximir de responsabilidad a quien incurra en la conducta de inasistencia alimentaria, con fundamento en causales legales o extralegales, distintas a las de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, y que impiden al obligado la satisfacción de su compromiso, a pesar de su voluntad.*

*Cualquiera sea la postura dogmática que se asuma, lo cierto es que la carencia de recursos económicos no sólo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino -a fortiori- la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (art. 40-1 Código Penal); en consecuencia, tampoco este último cargo está llamado a prosperar…*

*El verbo "sustraer", que constituye el núcleo de la conducta punible, expresa la idea de separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir ésta. Es una conducta activa, maliciosa, claramente regulada, de modo que deja de incriminarse cuando ocurren descuidos involuntarios o cuando se presentan inconvenientes de los que pueden incluirse dentro de las justas causas.*

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

*También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compromisos a pesar de que no quiere actuar de esa manera*…”[[2]](#footnote-2)

6.10 Por disposición constitucional, los derechos de los niños, niñas y adolescentes son prevalentes sobre los derechos de los demás. De igual forma, la norma superior consagra como derecho fundamental de los niños, el de tener una alimentación equilibrada[[3]](#footnote-3), cuyo proveimiento corresponde en primer lugar a sus progenitores de forma solidaria.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006-, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, sicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. (Subrayas no originales).

Este mismo canon indica que debe entenderse como alimentos, así: “*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 adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”*

6.11 En este caso la delegada de la FGN dirigió su actividad probatoria a demostrar la responsabilidad penal del señor JHTC, aduciendo que el acusado se había sustraído de la obligación de prestación de alimentos que tiene para con su hija DVTO, incurriendo en la conducta omisiva descrita en el artículo 233 inciso 2º del CP.

6.12 En principio se debe manifestar que no existe duda sobre la paternidad del inculpado respecto de la menor DVTO, lo que se comprobó con la prueba idónea como la copia del registro civil de nacimiento de la menor, lo que demuestra que es hija del acusado y que nació el 2 de marzo de 2001, por cual para la fecha del escrito de acusación tenía 15 años de edad[[4]](#footnote-4), lo que no fue controvertido por la defensa del procesado. En esos términos, resulta claro el primer presupuesto sobre la obligación legal de alimentos que recae sobre el señor JHTC.

6.12 Ahora en lo que se relaciona con el *non faccere* atribuido al procesado frente a los deberes alimentarios que tenía con su hija, las pruebas de cargos vienen a ser los testimonios de la denunciante y del investigador de la FGN que desarrolló el programa metodológico.

6.12.1 La señora Blanca Nelly Ortíz Jaramillo, madre de la menor citada, refirió lo siguiente en sus apartes relevantes: i) convivió con el señor JHTC durante un año y medio, no recuerda exactamente la fecha, pero explicó que JHTC se fue del hogar cuando su hija tenía dos meses, agregando que para la fecha de su declaración su hija estaba próxima a cumplir los 18 años; ii) en los primeros dos meses y medio de la vida de su hija el acusado JHTC quien trabajaba como vigilante, veló por el mantenimiento de la menor pero luego se desatendió de ella; iii) pasado un año el señor JHTC la llamó y le preguntó si podía ver a la niña, y le dijo que no tenía dinero, lo cual le permitió; iv) JHTC nunca llamaba a la niña, no la visitaba ni tenía en cuenta fechas especiales, sus estudios y estado de salud; v) le ha correspondido encargarse de su hija con el producto de su trabajo como vendedora ambulante y luego cuidando enfermos, pero como no le alcanzaba ha tenido la ayuda de su madre; vi) explicó que viven en la casa de su mamá con su padrastro, allí la menor tiene las cosas necesarias que ella le ha podido brindar; vii) para lo demás le ha pedido ayuda a JHTC pero este no le responde las llamadas. En una ocasión pudo hablar con acusado y este manifestó que la menor ya “iba para los 18 años” entonces que para qué iba responder ahora; viii) JHTC ha visto a la niña cuando ha sido citado a diligencias por la FGN; ix) en una ocasión el señor JHTC le pidió los documentos de identificación y registro civil de la menor y le dijo que era para asegurar que en caso de su muerte le quedaran la mitad de las cosas a sus hijos, pero nunca supo más de eso; x ) desconoce si el investigado trabaja; xi) presentó repetidas denuncias contra el padre de la menor. En una ocasión le impusieron una cuota alimentaria que nunca ha pagado cumplidamente. Solo le dio algunas 3 o 4 cuotas en el 2016 y hacia atrás por valor de $85.000 pesos, pero nunca le brindó ropa ni otros elementos para cumpleaños, estudios o en navidad; y xii) desconoce el monto de la deuda del señor JHTC por la alimentación de su hija, indicó que en una ocasión llegaron a un acuerdo de pago de $1.000.000 de pesos que también fue incumplido por el padre de la menor.

De las respuestas complementarias de la señora Blanca Nelly Ortiz Jaramillo se puede resaltar: i) reiteró que su hija va a cumplir 18 años de edad y su padre le ha ayudado muy poco desde que la niña nació hasta la fecha; ii) no puede precisar las fechas exactas en las que el acusado le pagó las cuotas alimentarias que fueron fijadas, por lo cual junto con su madre se ha encargado de sus gastos; iii) la primera denuncia que formuló contra JHTC fue cuando la niña tenía cuatro años y medio de edad; iv) en una ocasión el procesado le manifestó que no podía pagar porque estaba sin trabajo y padecía una enfermedad y ella desconocía si laboraba o no; v) actualmente su hija estudia los sábados y trabaja durante la semana para ayudarse con sus estudios y en la casa; vi) la última cuota alimentaria que recibió de JHTC fue en el año 2016, y eso fue por un compromiso que este había adquirido de suministrar $85.000 pesos mensuales; vii) no recuerda la fecha en que se fijó esa cuota, pero sí que recibió unas trece mesadas, sin embargo no tiene claras las fechas porque los recibos los tiene en la casa; y viii) en el año 2016 recibió una cuota alimentaria no recuerda si hubo pagos en los otros años.

6.12.2 El investigador Héctor Fabio Salazar Cifuentes, quien desarrolló el programa metodológico trazado por la FGN manifestó: i) para establecer la actividad laboral del señor JHTC se hizo una búsqueda en bases de datos que arrojó como resultado de que el investigado trabajaba en una empresa de recolección de basuras en Tuluá – Valle; ii) inicialmente encontró información en el sistema SISPRO-RUAF del 12 de julio de 2010 en el cual encontró que el señor JHTC estaba vinculado a la EPS Coomeva en el Valle del Cauca en el régimen contributivo, en el fondo de pensiones Porvenir, y la ARP Sura[[5]](#footnote-5); iii) solicitó a la EPS datos para conocer su lugar de residencia y ubicación laboral y obtuvo como respuesta la información sobre su afiliación a la empresa TULUEÑA DE ASEO SA ESP, con un ingreso base de cotización setecientos veintiocho mil ochocientos pesos ($728.800), afiliación del 1 enero de 2007, grupo familiar Mercedes Montoya Acevedo como cónyuge y JCTC como hijo[[6]](#footnote-6); iv) se desplazó a Tuluá y ubicó al acusado en otro domicilio distinto al que aparecía en la base de datos de Coomeva EPS; v) le recibió una entrevista al señor JHTC en la cual él reconoció estar trabajando en ese tiempo para la empresa antes citada, información que consignó en el formato de individualización y arraigo del 22 de octubre de 2013, donde consta que para esa fecha laboraba al servicio del señor Pedro Nel Correa en oficios varios, recibiendo un ingreso mensual de $594.000 [[7]](#footnote-7); vi) encontró también en el sistema SPOA de la FGN que el acusado tenía otras denuncias como indiciado por el delito de inasistencia alimentaria; y vii) solicitó al ciudadano JHTC por medio de una notificación realizada en la empresa de aseo donde laboraba, que se acercara a cumplir con la citación hecha por la FGN.

En el contrainterrogatorio el investigador Salazar Cifuentes manifestó: i) prestó sus servicios en la FGN, delegadas del sector de Villasantana durante los años 2012 y 2013, de conformidad con las fechas que obran en los informes; ii) reiteró la información que obtuvo de las búsquedas en bases de datos para ubicar al señor JHTC y conocer sus condiciones civiles, personales y laborales; iii) el acusado laboró en la empresa de Tulueña de Aseo toda vez que verificó que trabajaba en ese lugar desde el año 2007, como consta en lo que certificó esa entidad incluyendo su salario y realizó la verificación de arraigo del investigado; iv) la investigación que desarrolló data del año 2012; v) lo que consignó en los informes es la información que obtuvo como respuesta en las búsquedas en bases de datos referentes al arraigo y situación laboral del acusado, luego verificó el arraigo del 22 de octubre de 2013, con base en la información que suministró el propio JHTC; y vi) la información que obtuvo del SPOA es sobre anotaciones de otros procesos, y provino de una base de datos a la cual tiene acceso como investigador.

6.13 En el caso *sub examen,* el juez de primer grado consideró que estaban demostrados los requisitos para imponer una sentencia de condena al señor JHTC por la violación del artículo 233 del CP al estimar que en su caso se reunían los requisitos del artículo 381 del CPP, ya que estaba comprobado que el acusado se había sustraído de manera voluntaria al cumplimiento de sus deberes alimentarios para con su hija DVTO.

Igualmente adujo que la FGN aportó prueba para acreditar que el acusado contaba con capacidad laboral y se encontraba trabajando para el momento en que tuvieron lugar los incumplimientos por lo cual tenía ingresos de los cuales debía destinar un porcentaje al cumplimiento de la obligación alimentaria para con su hija. Igualmente expuso que los argumentos de su representante judicial no eran consistentes, fuera de que su defensor tenía el deber de acreditar, conforme a los lineamientos de la teoría de la carga dinámica de la prueba, la incapacidad del procesado para cumplir con sus prestaciones alimentarias frente a su descendiente DVTO.

6.14 Las anteriores consideraciones que sirvieron de sustento del fallo recurrido, fueron controvertidas por el censor quien alegó que la FGN no comprobó plenamente que el acusado tuviera un ingreso que le permitiera satisfacer sus deberes filiales, en el entendido que la vinculación laboral no fue verificada en el lugar de trabajo por el investigador de campo y tampoco se estableció si los ingresos percibidos por JHTC eran suficientes para atender dos hogares, agregando que la menor DVTO contaba con el apoyo de su progenitora, su abuela y padrastro para proveer a su subsistencia, alimento, vestido y sostenimiento, por lo tanto existía duda de que la citada menor requiriera del suministro de esas cuotas alimentarias por parte del procesado.

6.14 Sin embargo hay que manifestar que en el caso *sub lite,* la FGN logró demostrar dos situaciones así: i) que la menor DVTO era hija del acusado; y ii) el incumplimiento permanente del señor JHTC en el suministro de las prestaciones alimentarias que debía entregar a su descendiente.

6.15 En el asunto que ocupa la atención de esta Sala la prueba testimonial y documental aportada al juicio permitió acreditar más allá de toda duda que el señor JHTC es el padre de la menor DVTO y que se había sustraído injustificadamente al cumplimiento de sus obligaciones como alimentante de la citada menor DVTO, ya que no se desvirtuaron las manifestaciones de la señora Blanca Nelly Ortiz Jaramillo, en el sentido que desde el mes de agosto de 2011, fecha en la cual se delimitó el contexto fáctico de la acusación, ha recibido mínimos aportes del padre de su hija, para atender al sostenimiento de la menor DVTO, frente a lo cual hay que hacer las siguientes precisiones que se desprenden de la prueba practicada en el juicio oral:

6.15.1 Con base en lo consignado en el registro civil de nacimiento de DVTO, se tiene que su fecha de nacimiento fue el 2 de marzo de 2001. De conformidad con la prueba presentada por la FGN se puede concluir que el señor JHTC solamente cumplió sus obligaciones alimentarias durante los dos primeros meses de vida de la menor y ocasionalmente hasta el año 2016, sin que dicha asistencia fuera constante.

6.15.2 En consecuencia fue la señora Jaramillo Ortiz la que sobrellevó los gastos de su hija con el concurso de su madre e incluso de la propia menor DVTO, quienes debió contribuir a su manutención, ya que se denunció la conducta omisiva del procesado a partir del mes de agosto de 2011, la cual subsistía para el 5 de septiembre de 2016 cuando se presentó la acusación en su contra lo que indica que en un período de 61 meses, solamente en 13 oportunidades el señor JATC cumplió con la prestación alimentaria que había sido fijada en $85.000.

6.15.3 De esa manera es posible colegir de las pruebas testimoniales y documentales aludidas que el señor JHTC se desentendió de su hija a partir de la fecha en que se separó de la denunciante y que en ese lapso y prescindiendo de los incumplimientos anteriores, solamente entregó la suma de $1.105.000 pesos para atender los gastos de la menor, que como bien lo dijo la madre de la víctima habían sido atendidos precariamente por ella misma a través de su trabajo, con el concurso de la abuela de la menor e incluso por la propia víctima, que aun siendo menor de edad empezó a trabajar para costear sus estudios y ayudar en el hogar.

6.15.4 A su vez y en atención a la argumentación principal del recurrente, hay que manifestar que sí se introdujo prueba documental sobre las actividades laborales señor JHTC, como obra en el Registro Único de Afiliados a la Protección Social RUAF (fls.42-43) donde aparece vinculado al Sistema de Seguridad Social desde 12 de julio de 2012 en el régimen contributivo en Coomeva EPS, lo que demuestra que estaba trabajando en labores de aseo al servicio de la empresa Tulueña de Aseo, según certificación del 31 de mayo de 2013, donde se indicó que estaba afiliado a la EPS desde el 1 de enero de 2007 y que para la fecha de la certificación expedida por esa empresa el 31 de mayo de 2013, devengaba un sueldo de $728.000, información que esta complementada por los datos que entregó el procesado y que obran en su informe de individualización y arraigo del 22 de octubre de 2013 (fls.73-75), de los cuales se desprende que el señor JHTC sí desempeñó una labor productiva desde el mes de julio de 2010 al servicio de esa empresa, lo que a entender que no existió justa causa para sustraerse a su obligación alimentaria, que subsistía ya que para esa fecha y la del fallo recurrido, su hija DVTO no había alcanzado aún la mayoría de edad.

7.17.5 Igualmente debe decirse que en ese documento el acusado reafirmó su vinculación laboral con la empresa Tuluá Aseo Ltda., (fl 74), lo que demuestra de manera colateral la veracidad de la información obtenida de la base de datos pública RUAF-SISPRO sobre el hecho de que el señor JHTC sí tenía una relación laboral e incumplía con la atención alimentaria de su hija DVTO que aún era menor edad.

6.16 Lo anterior indica que la FGN logró demostrar que a partir del período demarcado en el factum del escrito de acusación, el procesado estuvo en capacidad de satisfacer las prestaciones alimentarias a que estaba obligado en favor de su descendiente, que debieron asumir la madre de la víctima, su abuela y la propia menor, ante los mínimos aportes que hizo el señor JATC en ese período, por lo cual se considera que en el caso sub examen se reunían los requisitos para dictar una sentencia de condena por la violación del artículo 233 del CP, como lo dispuso acertadamente el juez de primer grado.

6.16.1 En ese sentido resulta pertinente recordar lo indicado por la Corte Constitucional sobre el deber de solidaridad en lo atinente a las obligaciones alimentarias, en los siguientes términos:

*“… Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental[[8]](#footnote-8).*

*Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria, cuyo origen ha explicado la Corte en los siguientes términos:*

*"La sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular "la solidaridad comienza por casa", tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)"[[9]](#footnote-9) [[10]](#footnote-10).*

En la misma decisión, el máximo tribunal constitucional dejó sentado que:

*“…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…”[[11]](#footnote-11)*

6.17 Como consecuencia de lo discurrido esta Colegiatura acompaña la decisión del *A quo* y procederá a confirmar la sentencia condenatoria recurrida, en lo que fue objeto de impugnación.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del TS de Pereira, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2018 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento de Pereira, mediante la cual se condenó al señor JHTC como responsable del delito de inasistencia alimentaria (Articulo 233 CP), en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 1 al 4. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de Penal, proceso No. 21023 del 19 de enero de 2006. [↑](#footnote-ref-2)
3. Art. 44 Constitución Política de Colombia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 40 [↑](#footnote-ref-4)
5. Evidencia 2 FGN Ver folios 15 a 16 [↑](#footnote-ref-5)
6. Evidencia 7 FGN Ver folio 50 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 73 a 75 [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Ver, por ejemplo la sentencia T-036 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, en la cual se admitió la exigibilidad directa del deber de solidaridad. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. Sentencia T-533 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibídem. [↑](#footnote-ref-11)