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 / TIPO PENAL DE CONDUCTA PERMANENTE Y DE TRACTO SUCESIVO / ELEMENTOS QUE LO ESTRUCTURAN / QUE EL INCUMPLIMIENTO SEA SIN JUSTA CAUSA / CARGA PROBATORIA DE LA FISCALÍA / DEMOSTRAR LA SOLVENCIA ECONÓMICA DEL PROCESADO.**

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…

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…

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:

“… 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)…”

… la Sala concluye que en este caso la FGN no acreditó que la conducta omisiva que se atribuye al procesado, consistente en el incumplimiento en el pago de sus obligaciones alimentarias entre los años 2013 y 2017, se hubiera producido sin justa causa, ya que no se probó qué en ese interregno el señor CAGG hubiera tenido algún empleo o desempeñara alguna actividad productiva, que le permitiera cumplir con las prestaciones económicas en favor de JDGC, fuera de que no se desvirtuaron las manifestaciones del procesado sobre sus reveses económicos---

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

Acta Nro. 596

Hora: 2:00 pm.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001-60-00-036-2016-04629 01 |
| Procesados | CAGG |
| Delito | Inasistencia alimentaria |
| Juzgado de  conocimiento | Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento de Pereira |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia del 20 de mayo de 2020 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN, en contra de la sentencia absolutoria proferida el 20 de mayo de 2020 en favor del señor CAGG, por el Juzgado 3º Penal Municipal de Pereira, por el delito de inasistencia alimentaria.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con el escrito de acusación, el supuesto fáctico es el siguiente:

“*Los hechos fueron denunciados el 8 de septiembre del año 2016, por la señora Lorena Castañeda, quien puso en conocimiento que el señor CAGG, de manera injustificada, había venido incumpliendo con la obligación alimentaria que le asiste para con su hijo Juan David Guzmán Castañeda, quien aunque cuenta con 19 años de edad, se encuentra estudiando.*

*En la entrevista rendida por la denunciante, señaló que el señor CAGG comenzó aportando sumas por valor de un millón de pesos ($1.000.000), luego ochocientos mil ($800.000), hasta llegar a cancelar cuarenta mil pesos ($40.000), y finalmente se desprendió por completo de su obligación. Señaló además la mencionada que el indiciado cumplió con la cuota alimentaria hasta el mes de febrero del año dos mil trece (2013), considerando que se encuentra adeudando un monto aproximado de setenta y tres millones de pesos ($73.000.000) en cuotas alimentarias a favor de su hijo. (…)”*

2.2 El escrito de acusación tiene fecha del 15 de agosto de 2017, pese a lo cual existe constancia de que el 14 de agosto de 2017 se corrió traslado del mismo al imputado y a su defensora. Las diligencias fueron recibidas el 18 de agosto de 2017 por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira. La audiencia concentrada se efectuó el 18 de octubre de 2019 y la audiencia de juicio oral se inició el 9 de marzo de 2020 y continuó el 20 de mayo, fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia que fue apelada por la representante de las víctimas.

**3. IDENTIDAD DEL ACUSADO**

CAGG, identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.389.630 expedida en Calarcá – Quindío, nacido el 12 de julio de 1965 en Calarcá – Quindío, hijo de Edith y Darío, ocupación comisionista.

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

(Sinopsis)

* Con el fin de establecer sí existe responsabilidad del procesado, por la violación de artículo 233 del CP, se debe precisar que conforme a la narrativa del escrito de acusación, los hechos por los que se encuentra siendo investigado el señor CAGG corresponden al período comprendido entre febrero de 2013 y agosto de 2017, por lo que se analizan los elementos estructurales del tipo respecto a esos hechos jurídicamente relevantes durante ese lapso.
* Los elementos estructurales del tipo penal sobre el cual verso la acusación exigen que tanto el sujeto activo como pasivo sean calificados, por lo cual es necesaria la existencia de un obligado a suministrar alimentos y una persona a la que se le deba esa prestación.
* En este caso existe controversia porque se está adelantando un proceso de impugnación de paternidad por parte del acusado, del cual no se allegó prueba y porque la señora Lorena Castañeda manifestó que el incriminado no es el padre biológico de su hijo. Sin embargo la FGN aportó un registro civil de nacimiento en el que el acusado reconoció al menor Juan David Guzmán Castañeda como su hijo, documento que se presume legal y se mantiene incólume hasta que existe una sentencia que declare la ineficacia de aquel reconocimiento.
* Sobre el elemento “sin justa causa”, del delito en mención, en sentencia del 15 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Medellín, y el Tribunal Superior de Pereira, han manifestado que al ente acusador le corresponde demostrar la capacidad económica del procesado. Sin embargo en este caso solo se cuenta con el documento de su afiliación a una EPS, y la manifestación de la víctima y de su madre sobre la capacidad económica y los bienes que posee el acusado, que según su manifestación le fueron incautados en una investigación por el delito de enriquecimiento ilícito.
* La prueba indiciaria con respecto a la solvencia económica del acusado no es suficiente, ya que esa situación debe estar acreditada plenamente dentro del proceso penal. Si bien en principio se hacía uso del artículo 129 de la Ley 1098 de 2016, que habla de la presunción de un ingreso mínimo para establecer la cuota alimentaria, los diferentes Tribunales del país e incluso la SP de la CSJ Corte Suprema de Justicia han sido claros en establecer que esa presunción no se aplica para el delito de inasistencia alimentaria, pues en materia penal debe establecerse la capacidad económica del encausado y el monto de sus ingresos que en este caso debería permitir determinar que el acusado estaba en capacidad de pagar la cuota alimentaria a favor de su hijo.
* Al respecto, solo se cuenta con prueba indiciaria, pues se habla de unos bienes de propiedad del procesado pero no se acreditó cuáles eran, ya que se hizo referencia a unos automotores y bienes inmuebles de los cuales no se aportó certificados de tradición. Por lo tanto no obran en el expediente elementos probatorios que permitan establecer que el acusado tenía solvencia económica para cumplir con su deber, lo que impide dictar un fallo de condena ya que en la jurisprudencia se ha dicho que todo indicio debe partir de un hecho que debe estar probado, y en este caso no se demostró que el acusado fuera propietario de bienes inmuebles, lo que no se puede suponer, sino que debía ser demostrado por la FGN.

**5 SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

5.1 Representante de Víctimas (Recurrente)

Solicitó la revocatoria del fallo recurrido y que en consecuencia se dicte sentencia condenatoria con base en las siguientes argumentaciones:

* La sentencia absolutoria se fundamentó en que no se probó la sustracción injustificada de la obligación alimentaria por parte del procesado, en razón a que faltó prueba que demostrara su capacidad económica.
* Se debe revisar y valorar la prueba testimonial así como la documental, mediante la cual se probó que el acusado está afiliado a la EPS en calidad de cotizante. También es necesario valorar la prueba en su conjunto, para deducir la capacidad económica y los ingresos del encartado.
* En el testimonio del acusado este aceptó tener bienes, entre ellos “una tierra” que le devolvieron en el año 2012, por lo tanto consideró que sí estaba demostrada su capacidad económica.

**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 decidir el grado de acierto de la decisión adoptada por la juez de primera instancia, quien absolvió al señor… CAGG, por el delito de inasistencia alimentaria cometido en perjuicio de su hijo JDGC, por el cual fue convocado a juicio por la FGN.

6.3 En atención al contexto fáctico del escrito de acusación se tiene que según la denuncia presentada por la señora Lorena Castañeda: i) el acusado es el padre de su hijo JDGC; ii) el procesado asumió el aporte de una cuota de $1.000.000 mensuales para la manutención de JDGC, posteriormente la disminuyó a $800.000 y luego a $40.000; iii) el acusado finalmente se desatendió de la obligación con su hijo desde el mes de febrero de 2013 y adeuda $ 73.000.000, por concepto de cuotas alimentarias .

6.4 De conformidad con la imputación jurídica formulada contra el procesado y la argumentación de la recurrente frente a la sentencia absolutoria de primer grado, la Sala abordará el estudio del tema de la materialidad de la conducta y de la responsabilidad del acusado, para decidir si en este caso se cumplen los requisitos del artículo 381 del CPP, o se debe confirmar la decisión de primer grado.

6.5 La conducta punible por la cual fue acusado el señor CAGG, es la 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.”*

6.6 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.

6.7 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.

6.71 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*…”[[1]](#footnote-1)

6.7.2 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[[2]](#footnote-2), 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.”*

6.7.3 En este caso la FGN dirigió su actividad probatoria a demostrar la responsabilidad penal del señor CAGG, quien presuntamente se había sustraído de la obligación de prestación de alimentos que tiene para con su hijo JDGC, incurriendo en la conducta omisiva descrita en el artículo 233 del CP, que circunscribió al periodo transcurrido entre febrero de 2013 y agosto de 2017, precisión que es necesaria en virtud del principio de congruencia que debe existir entre acusación y sentencia, conforme al artículo 448 del CPP.

6.8 Inicialmente hay que manifestar que aunque se hizo mención sobre a la existencia de un juicio de impugnación de paternidad promovido por el procesado, no se acreditó, mediante prueba idónea, que este no fuera el padre del menor JDGC.En esos términos, resulta claro el primer presupuesto sobre la obligación legal de alimentos que recae sobre el señor CAGG.

6.9 En lo relativo al *non faccere* atribuido al procesado frente a los deberes alimentarios que tenía con su hijo, la principal prueba de cargos viene a ser el testimonio entregado por el joven JDGC y la señora Lorena Castañeda, madre del citado.

6.9.1 Los apartes relevantes de la declaración de JDGC son los siguientes: i) su padre CAGG no le suministró alimentos desde el año 2013 y no sabe por qué razón dejó de hacerlo; ii) el acusado estuvo desaparecido mucho tiempo y de repente le empezó a enviar regalos en el año 2012, aunque desconocía que había estado en prisión; iii) vivió en España nueve años, desde el año 2002 hasta el año 2009 y luego de eso regresó a Colombia; iv) actualmente tiene 22 años; v) recuerda haber pasado vacaciones durante el año 2012 en Bogotá con su papá y luego regresó a Cali donde vivía con la exsuegra de la mamá, que es una señora llamada Magnolia, quien no es su abuela, después vivió en Armenia con la mamá pues allí tenían una casa, luego otra vez en Cali y posteriormente en Pereira; vi) en el año 2012 su padre le compró los tiquetes para ir a Bogotá de vacaciones, lo llevó a centros comerciales, y a la casa de su esposa. Después se regresó para Cali para seguir estudiando; vii) no le consta que en algún momento durante ese tiempo su progenitor hubiera dado alguna mensualidad o cuota alimentaria, pues ni siquiera sabían si se encontraba vivo, aunque luego “reapareció” y sabe que está viviendo en Bogotá; viii la relación con su padre fue de la siguiente manera: vivió con ellos hasta que él tenía dos años, después se fue con su otra mujer a España, hasta los cinco años tuvo contacto con él, estuvo viajando entre España y Colombia en repetidas ocasiones, y luego su padre estuvo un tiempo desaparecido cuando tenía 5 o 7 años ya que estuvo cumpliendo una condena, de lo cual no tuvo conocimiento, ya que su madre no quería que él se entera, luego en el 2008 regresó a España, y pasó un período de vacaciones con su progenitor antes de regresar nuevamente; después del 2009 cuando se encontraba en Colombia, sus padres pelearon nuevamente y desde ahí no supo nada más de él hasta el año 2012; viii) no pudo terminar sus estudios de derecho por falta de recursos económicos, se sostiene solo y con el salario que él devenga paga arriendo, servicios y comida; ix) en un Juzgado de Familia se adelantó un proceso de impugnación de paternidad promovido por CAGG, el cual no ha culminado, y todavía no le han hecho la prueba de ADN; x) en su momento tuvo una relación de padre a hijo con al acusado, que ya no subsiste; xi) no sabe cuánto tiempo estuvo detenido el señor CAAG ya que su madre no le quiso contar y es consciente que durante el período que estuvo en prisión no le podía mandar dinero, sin embargo, el punto de discusión es que después que su padre quedó en libertad, no volvió a hacerle aportes económicos, por lo cual su madre debió asumir su sostenimiento; xii) el acusado desapareció cuando le pidió apoyo para sus estudios y cuando sufrió un problema de salud en el año 2013 solamente le envió $50.000 y ahí fue cuando rompió totalmente la comunicación con su padre; xiii) la denuncia se interpuso en el año 2016 ya que para obtener su libreta militar se requería de la firma de los dos padres, y como el señor GG estaba desaparecido, se colocó para seguir con el proceso administrativo que no ha culminado; xiv) a pesar de que el proceso penal se inició en razón de la necesidad que tenía de obtener ese documento, quiere continuar con el mismo porque requiere el apoyo económico para poder seguir estudiando su carrera, ya que el procesado le adeuda las cuotas alimentarias que no suministró y le debe pagar los perjuicios morales causados; xvi) a su padre nunca le fijaron una cuota económica por concepto de alimentos; xvii) antes del año 2013 el acusado le daba $ 400.000 mensuales y le colaboraba con su vestuario; xviii) estaría conforme con que el acusado le pagara sus estudios; ixx) no ha tenido ninguna posibilidad de comunicación con su padre; xx) CAGG tiene dos propiedades las cuales están avaluadas en más de $500.000.000 entre las dos; manejaba un vehículo BMW X “Tundra”, que podía tener un costo de $150.000.000, tenía una empresa de la cual no sabe ni su nombre ni su ubicación, y una finca en la vía a Girardot, pero eso fue cuando él estaba más pequeño y xxi) le informó a la FGN que el acusado tenía esos bienes.

6.9.2 Por su parte la quejosa Lorena Castañeda, refirió lo siguiente: i) decidieron denunciar al acusado por inasistencia alimentaria en el 2016 ya que después del año 2013 dejó de responder por JDGC, además, porque cuando decidieron sacarle la libreta militar al joven le pedían el requisito del acta de defunción del padre o demostrar su ausencia justificada por lo cual se promovió el proceso penal, ya que el acusado no quería responder más por su hijo y sobre todo por el asunto de la libreta militar que aún no se ha podido tramitar; ii) al acusado nunca se le fijó una cuota alimentaria y aunque tenía una buena posición económica, fue un padre que desaparecía por épocas y luego estuvo en cárcel por lo cual era entendible que en este tiempo no pudiera aportar dinero, en consecuencia siempre le correspondió a ella velar por su hijo; iii) vivió con el acusado desde 1997 hasta el año 2001 en España y su único hijo era JDGC; iv) en el año 2005 CAGG se comunicó con ella, este le dijo que estaba detenido en Colombia, y le enviaba dinero en algunas ocasiones; v) desde el año 2013 el procesado se desligó totalmente de las responsabilidades con su hijo; vi) el acusado volvió a aparecer en el año 2012 e intentó llevarse a su hijo, quien no aceptó irse a vivir con él, por lo cual se dañó la relación con su padre; vii) después de eso CAGG le abrió una cuenta a JDGC donde le consignaba $1.000.000 mensual y cada 15 días se lo llevaba para Bogotá; viiI) cuando regresó a Colombia y se quedó en Armenia, matriculó a su hijo en el colegio San Solano y le pidió a CAGG que le ayudara con la matrícula y este respondió que ya no iba a aportar más porque su hijo solo quería sacarle dinero y a partir de ese momento empezó a enviar $500.000, luego $300.000 mensuales y la última vez le mandó $20.000 pesos, por lo cual ella le pidió colaboración con la alimentación o con el colegio, esa conversación fue de enero de 2013; ix) nunca le pidió al acusado colaboración para la universidad de JDGC. Su primer semestre fue financiado con el ICETEX pero luego no pudo seguir con ese crédito; x) por causa de una agresión que recibió del señor GG decidió inscribir sola a JD en el registro civil de nacimiento, pero lo dejó abierto con el fin de qué CAGG lo reconociera, lo cual hizo más adelante y después le informó a ella que ya le había otorgado su apellido; xi) conoce del proceso de impugnación de la paternidad que está adelantando el señor GG, pero no tiene mayor información sobre su estado. La razón es que ella fue a abusada y CAGG al saber eso se hizo cargo del niño, pero no es el padre biológico de JD, sino que manera voluntaria hizo el proceso de acreditación para que fuera reconocido como hijo de él; xii) nunca se fijó una cuota alimentaria, y CAGG le enviaba dinero a JD de manera voluntaria; xiii) la última vez que habló con el señor GG para fijar una cuota o por lo menos para mirar el tema de la universidad de JDGC fue en el año 2013; xiv) ese año tuvieron que internar a su hijo por causa de un síndrome que padece y ella escribió a la esposa de CAGG para decirle que debía estar más atento con el menor, sin que obtuvieran ninguna respuesta; xv) sabe que CAGG tiene dos propiedades en Bogotá, entre ellas un local en “San Andresito” según lo que averiguó su hijo, aunque era posible que no estuvieran a su nombre, o que estén embargadas, no conoce sus matrículas inmobiliarias, ni sabe si el acusado tiene automóviles o si está trabajando; xvi) no tiene mayor conocimiento sobre un proceso penal que se tramitó contra CAGG por enriquecimiento ilícito; y xvii) el reconocimiento que hizo CAGG de su hijo JD fue un acto totalmente voluntario.

6.9.3 Claudia Milena Castañeda (hermana de la denunciante), expuso en lo esencial lo siguiente: i) vivió en España varios años junto a su hermana Lorena (Madre de JDGC) durante el tiempo en que la testigo estuvo en España, cuando este era muy pequeño; ii) posteriormente los padres de JD se separaron y CAGG ayudó con su manutención por un tiempo; ii) después JD regresó a Colombia, CAGG le colaboró durante un tiempo y ya después se desvinculó totalmente, lo cual supo porque vivía con la madre de su sobrino; iii) desconoce cuáles fueron los motivos que tuvo CAGG sustraerse del sostenimiento de JD; iv) pese a que no tenía contacto con el acusado y lo ha visto muy pocas veces, sabe que tenía medios económicos para responder por JD; v) la pareja de su hermana en España era CAGG y mientras vivieron allí este cumplía con sus deberes alimentarios, lo que hizo hasta el año 2013; vi) no sabe cuándo fue que el señor GG reconoció a JD como hijo; y vii) se enteró de los hechos que dieron lugar a la denuncia por lo que le contó su hermana .

6.9.4 Por su parte, el procesado CAGG manifestó en lo esencial lo siguiente: i) el joven JD es su hijo y ha convivido con él en España y en Pereira; ii) la relación con JD fue muy buena hasta el año 2013, después cambió y la comunicación no volvió a ser la misma, pese a que él puede ser localizado fácilmente por medio de las redes sociales; iii) hasta el año 2013 le pudo ayudar económicamente a su hijo, pero luego le fue imposible hacerlo porque la Dirección Nacional de Estupefacientes que estaba en liquidación cerró los términos para la devolución de bienes, pese a que existieron errores y malversaciones en el proceso que se presentó frente a sus propiedades y luego la S.A.E. le dijo que ya estaba vencido el término para hacer reclamaciones; iv ) esas situaciones se vieron reflejadas en el estigma que se presentó sobre sus haberes que recibió que estaban desmantelados y otros no los ha podido recuperar, lo que dificultó su venta; v) durante dos años trató de recuperar los bienes que resultaron incautados y cuando regresó al país a resolver unos asuntos de su hija fue detenido en el aeropuerto El Dorado con unos euros, por lo cual se le inició una investigación por lavado de activos; vi) en su declaración le expresó al fiscal a lo que se dedicaba, por lo cual éste le aumentó los cargos al delito a enriquecimiento ilícito y a partir de ahí se le complicó mucho la vida. Estuvo un tiempo detenido. Fue absuelto en primera y segunda instancia, pero su dinero se le perdió y quedó con un estigma de “mafioso”; vii) la última actividad laboral que desarrolló que le proporcionaba una estabilidad económica la realizó en España; viii) dejó de producir cuando llegó a Colombia para el año 2004, inclusive para ese año tenía que mantener a su hijo JD con euros y debía responder por la universidad de sus hijos, hasta que se empezó a quedar sin dinero; ix) su última labor en Colombia fue la compraventa de automóviles y lo que ha hecho desde el 2004 es vender sus bienes; x) para el año 2006 fue absuelto y le devolvieron las actas en el año 2010, los bienes de los regresaron en el 2012 y estuvo pagando obligaciones a principios de 2013 y solo le quedo una casa en Bogotá , producto de una permuta y “un pedazo de tierra” que tiene hace 23 años; xi) después de eso le dijo a la madre de JD que no podía seguir prestando su ayuda porque le quedaba imposible; xii) actualmente depende económicamente de su esposa ya que le queda muy difícil obtener ingresos; xiii) vivió con Lorena Castañeda desde 1997 hasta 1999, en Pereira, luego él se fue a España en 1999 y Lorena viajó siete meses después, y convivieron durante un año; xiv) JD nació en Colombia, lo reconoció como hijo y después de haberse separado de la esposa, siguió viviendo con él; xv) no tiene documentos o soportes que demuestren que sostuvo económicamente a JD hasta el año 2013; xv) no era cierto lo que dijo la señora Lorena en el sentido de que empezó a sustraerse de sus obligaciones , porque JD no se quiso ir a vivir con él; xvi) reconoció a JD como hijo suyo porque gozaba de estabilidad económica en España y quería que se nacionalizara en ese país, sin embargo este decidió regresar Colombia; xvii) la señora Lorena y su hijo manifestaron que lo habían denunciado por inasistencia alimentaria, porque desapareció de un momento a otro y no lo podían localizar y JD debía tramitar la libreta militar y necesitaba recursos para subsistir, lo que pudo ser un malentendido, ya que le dijo al joven que se quedara con él en su casa en España, ya que no podría mantenerlo en dos viviendas, en razón de qué se les acabó el dinero; xviii) en el año 2012 JD empezó a validar sus estudios y le dio un celular para que se comunicara con el pero nunca lo hicieron, pese a que él y su madre conocían su correo electrónico y sabían dónde vivía y como lo podían ubicar; ixx) ninguna autoridad le ha fijado cuota alimentarias, y se enteró por un documento de la FGN sobre la denuncia que se instauró en su contra; xx) le ha enviado dinero a JD de muchas maneras, a través de amigos, por Servientrega, a mediante consignaciones bancarias, giros a través de una señora Magnolia en Cali y le había mandado dinero a España; xxi) no pagó los estudios universitarios de JD porque le quedaba imposible; y xxii) no cuenta con soportes de los dineros que le enviaba a JD, pero su esposa Alexandra Castro podría confirmar sus manifestaciones.

6.10 En el caso *sub examen,* la juez de primer grado consideró que no estaban demostrados los requisitos para imponer una sentencia de condena al señor CAGG por la violación del artículo 233 del CP, al estimar que en su caso hizo falta acreditar los requisitos del artículo 381 del CPP, específicamente porque la FGN no logró comprobar que el acusado se había sustraído de manera voluntaria al cumplimiento de sus deberes alimentarios para con su hijo, ya que no se acreditó que el acusado contaba con capacidad económica para atender al cumplimiento de esta prestación, ni que ejerciera a una profesión o actividad económica en el período en que dejó de cumplir con sus prestaciones alimentarias, que según la denunciante, fue por el período transcurrido entre los años 2013 a 2017.

6.11 Estas consideraciones que sirvieron de sustento al fallo recurrido, fueron controvertidas por la censora, quien alegó que la FGN comprobó plenamente que el señor GG tiene una obligación alimentaria frente a su hijo, que este ha incumplido, que el ciudadano sí labora porque así lo acredita un certificado de EPS en el cual consta que es cotizante activo, además de haberse dicho en los testimonios que contaba con dos propiedades por valor superior a $500.000.000 y por lo tanto se sustrajo sin justa causa del pago de alimentos en la cantidad pactada, por lo cual solicitó la revocatoria del fallo de primer grado a efectos de que se dictara una sentencia condenatoria en contra del investigado.

6.12 En ese sentido se debe decir, que en el caso *sub lite,* la FGN logró demostrar dos situaciones así: i) que el menor JDGC es hijo del acusado por reconocimiento; y ii) el incumplimiento desde el año 2013 del señor CAGG en el suministro de las prestaciones alimentarias que debía suministrar para la manutención de su hijo, lo cual fue reconocido por el acusado.

6.13 Sin embargo se debe manifestar que la delegada de la FGN no cumplió con la carga probatoria de demostrar la capacidad económica del procesado, para acreditar el ingrediente normativo del tipo de inasistencia alimentaria, lo cual era su deber, de acuerdo a lo dispuesto en inciso 2º del artículo 7º del CPP, frente a lo cual se hacen los siguientes razonamientos:

6.13.1 Si bien es cierto que se comprobó que los aportes efectuados por el procesado desde la separación de la familia dirigidos a la madre del entonces menor se suspendieron en el año 2013, lo real es que de las manifestaciones de los testigos de cargos y de la declaración del procesado, no se logra determinar si el mismo en efecto desentendió sin justa causa al entonces menor en sus necesidades económicas, tarea que debió ser asumida por su madre.

En ese sentido hay que advertir que sobre lo relativo a ocupación, profesión o ingresos del acusado nada se ahondo en el juicio, y que este expuso que se desempeñaba como vendedor de automóviles, labor en la cual no tuvo estabilidad y, en razón de los múltiples problemas judiciales que debió sortear, se quedó sin un ingreso propio, además de perder los bienes inmuebles que le pertenecían que le fueron incautados por la antigua D.N.E.

6.13.2 Sobre el tema hay que manifestar que en el expediente digital remitido a esta Sala aparece que las partes estipularon los hechos que se deducen del informe del investigador Jhon Edwin Rodríguez López, al cual se anexaron los siguientes documentos:

* Una afiliación del acusado a la NUEVA EPS en el régimen contributivo con fecha de afiliación 1 de abril de 2013, hasta el 31 de diciembre “2009” (puede entenderse que fue hasta el 2019), aunque esa entidad certificó que aparecía “activo”, como cotizante independiente hasta el año 2017.
* Certificados Cámara de Comercio de Bogotá, sobre sociedades comerciales a nombre del procesado, con su matrícula cancelada.
* Constancia del RUT del 22 de febrero de 2017, donde aparece como “activo”.
* Un oficio del 4 de mayo de 2017 dirigido a la Policía Nacional Interpol Seccional de esta ciudad, por la Secretaria de Movilidad de Bogota, a través de su concesionario SIM, donde se manifiesta que CAGG, portador de la C.C. 18.389.630 aparece como propietario de la motocicleta de placas APE – 24 y de una camioneta marca Toyota, modelo 2008, de placas CZW 653.

6.14 Sin embargo es evidente que en el caso en estudio, la documentación anteriormente relacionada no demuestra que el señor CAGG estuviera adelantado alguna actividad productiva en el período en que se sustrajo a la prestación alimentaria, ya que solo se cuenta con el certificado de afiliación a la nueva EPS como trabajador independiente para el año 2017, sin que la FGN hubiera adelantado alguna labor para establecer sobre que ingreso se hacia esa afiliación; se comprobó que las sociedades donde aparecía inscrito estaban canceladas y solamente se cuenta entonces con las constancias de que el acusado aparecía como propietario de una motocicleta y una camioneta Toyota modelo 2008, y con su manifestación en el sentido de que tenía una casa en Bogotá y “un pedazo de tierra”, sin que la FGN hubiera hecho algún esfuerzo para establecer la titularidad de esos bienes y si estos producían algún redito económico, lo cual indica que no se hizo ninguna labor investigativa para comprobar lo manifestado por el hijo del denunciado, en el sentido de que el señor CAGG era propietario de dos vehículos lujosos y de dos inmuebles que valían $500.000.000, o que le estuviera pagando una costosa matricula a una hija suya en la universidad Externado de Colombia, situaciones que guardan necesaria relación con el juicio de subsunción de la conducta investigada, ya que precisamente el artículo 233 del CP sanciona a la persona “*que se sustraiga sin justa causa”,* a la prestación de alimentos a las personas indicadas en el primer inciso de esa norma.

6.15 En ese orden de ideas se debe tener en cuenta que desde la sentencia C-237 de 1997, la Corte Constitucional había manifestado lo siguiente:

“*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”*

6.16 En atención al precedente citado, la Sala concluye que en este caso la FGN no acreditó que la conducta omisiva que se atribuye al procesado, consistente en el incumplimiento en el pago de sus obligaciones alimentarias entre los años 2013 y 2017, se hubiera producido sin justa causa, ya que no se probó qué en ese interregno el señor CAGG hubiera tenido algún empleo o desempeñara alguna actividad productiva, que le permitiera cumplir con las prestaciones económicas en favor de JDGC, fuera de que no se desvirtuaron las manifestaciones del procesado sobre sus reveses económicos, originados en el hecho de haber sido detenido por la conducta de enriquecimiento ilícito, que sus bienes fueron afectados por la Dirección Nacional de Estupefacientes y luego por la SAE y que después de quedar en libertad tuvo que empezar a venderlos para subsistir, y que por causa de su detención quedó con el estigma de ser un mafioso, lo que le impedía desempeñarse en labores comerciales, por lo cual subsistía por la ayuda que le brindaba su actual esposa, lo que le impidió suministrar alimentos a DDGC en el período referido en la denuncia, todo lo cual genera dudas de suficiente entidad para establecer si el incumplimiento de la norma de mandato contenida en el artículo 233 del CP obedeció a un acto deliberado del acusado, o si se originó en el hecho de que no estuviera laborando de manera permanente, sobre lo cual debe citarse lo manifestado en la sentencia CSJ SP del 19 de enero de 2006, radicado 21023, donde se expuso lo que se transcribe a continuación sobre el artículo 233 del CP:

“*6. Cabe precisar que la inclusión de ese elemento dentro de la definición del comportamiento hace que los motivos conocidos tradicionalmente como causales de justificación y de inculpabilidad - ahora causas de no responsabilidad-, y que al lado de otros pueden constituir la "justa causa", sean desplazados desde sus sedes al ámbito de la tipicidad.*

*Así, es claro que concurriendo alguna de ellas, se disuelve la tipicidad y no la antijuridicidad o la culpabilidad.*

*7. De la Constitución Política y de las normas que rigen las legislaciones penal y procesal penal, se desprende que una persona  solamente puede ser juzgada y sancionada después de un juicio plenamente respetuoso del debido proceso, dentro del cual se demuestre que cometió una conducta punible, esto es, típica, antijurídica y culpable.*

*Tratándose de la primera de esas exigencias, la tipicidad, es menester verificar si el agente ha recorrido en su integridad todos los elementos contenidos en el tipo penal, esto es, "las características básicas estructurales" que la ley ha definido "de manera inequívoca, expresa y clara".*

*Frente al delito que ocupa la atención de la Sala, entonces, el funcionario judicial debe comprobar, con base en las pruebas legalmente practicadas, si el agente se ha sustraído "a la prestación de alimentos legalmente debidos", "sin justa causa".*

6.17 Por lo tanto la Sala concluye que en este caso la FGN no acreditó que la conducta omisiva que se atribuye al procesado, consistente en el incumplimiento en el pago de sus obligaciones alimentarias con su hijo JDGC en el periodo reclamado, se hubiera producido “sin justa causa”, ya que el ente acusador solamente probó la conducta omisiva del procesado frente a ese deber legal, pero no se hizo ningún esfuerzo investigativo para acreditar que el señor CAGG hubiera desempeñado alguna labor productiva estable que le permitiera asumir la carga económica impuesta, lo que impide dictar una sentencia de condena en su contra, ya que se generan dudas de suficiente entidad para establecer si el incumplimiento de la norma de mandato contenida en el artículo 233 del CP obedeció a un acto deliberado del acusado, o si se originó en el hecho de que no estuviera laborando de manera permanente o careciera de ingresos suficientes, para lo cual se debe citar el precedente pertinente de la Corte Constitucional sobre el tema así:

*“…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…”[[3]](#footnote-3)*

Además y en lo relativo a la presunción legal en el sentido de que el alimentante devenga por lo menos un salario mínimo, se debe advertir que la SP de la CSJ en sentencia con radicación 47107 del 30 de mayo de 2018, expuso lo siguiente:

*“No sobra aclarar que los fundamentos probatorios de la afirmación de la responsabilidad penal son los mencionados en esta decisión (cfr. num. 4.2.3 supra),* ***de ninguna manera la presunción aplicada por el a quo en el sentido que el acusado contaba por lo menos con un salario mínimo legal mensual para proporcionar alimentos. Tal presunción, aclara la Sala, puede tener vigencia en procesos de familia para regular alimentos, pero nunca en el proceso penal, pues en éste rige la presunción constitucional de inocencia (art. 29 inc. 4º de la Constitución).”*** (Subraya y negrilla fuera de texto).

6.18 Por lo tanto esta esta Colegiatura confirmará la decisión de primer nivel teniendo en cuenta que en el caso sub judice no se reunían los presupuestos del artículo 381 del CPP para emitir una sentencia condenatoria en contra del procesado.

En consecuencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pereira en lo que fue objeto de impugnación.

**SEGUNDO:** Esta decisión contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación.

**TERCERO: DISPONER** que en atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, esta decisión se le notificará por la Secretaría de esta Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de Penal, proceso No. 21023 del 19 de enero de 2006. [↑](#footnote-ref-1)
2. Art. 44 Constitución Política de Colombia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia C- 237 de 1997 [↑](#footnote-ref-3)