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 la respectiva sala.

Providencia: Sentencia - 18 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 60016000036 2011 02894-01

Procesado: SANTIAGO ÁLVAREZ MARTÍNEZ

Delito: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Magistrado Ponente: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Tema: SENTENCIA QUE CONFIRMA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA / CONDENA / CAPACIDAD ECONÓMICA / PRESUNCIÓN DE INGRESOS /“**Tampoco puede dejarse de mencionar, de acuerdo con lo dicho por la madre de los niños y sus abuelos maternos, que además de la omisión económica en la que éste ha incurrido, tal falencia no se ha limitado solo a lo financiero sino que también trasciende a lo afectivo, pues como dijeron los testigos, no tiene ningún vínculo con sus hijos, en tanto no los llama, no lo visita. y no tiene interés alguno respecto de los mismos, aunque según el quejoso y los testigos de la defensa, ello obedece a que la madre le impide tener algún contacto con ellos, a consecuencia de lo cual el único diálogo que ha tenido con su hijo ha sido cuando se lo encuentra en la calle, al azar, y por ende, lo que se esperaba era que acudiera ante un Juez de Familia para que le regulara las visitas a las que tiene derecho, pero ello en ningún momento se le pasó por la mente al hoy acusado.

Es cierto que con los testimonios arrimados a juicio no se logró probar los ingresos que obtenía el señor SANTIAGO ÁLVAREZ; sin embargo, existe una presunción legal en el sentido que el obligado a suministrar alimentos devenga por lo menos un salario mínimo, como así lo establece el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia, cuya exequibilidad fue declarada en la sentencia C-055/10, en la cual se indicó que tal presunción opera: “siempre y cuando se tengan elementos de conocimiento que permitan demostrar que el alimentante posee un trabajo o desarrolla una labor que le produzca recursos económicos”, requisito sine qua non para su configuración.

Dicho en otras palabras, cuando el ente acusador cumple al menos la carga de probar que el acusado efectivamente cuenta con una actividad productiva que le genere emolumentos, tal comprobación da lugar automáticamente a la presunción legal de que esa persona devenga al menos un salario mínimo, misma que tiene aplicabilidad en los casos en donde no se logra determinar a cuánto asciende el referido ingreso, o éste es variable y no hay forma de establecerlo con precisión. Se trata entonces de una presunción legal que admite prueba en contrario y la carga de probar se traslada al obligado quien está en el deber de desvirtuar que no obstante tener entradas económicas, ellas no alcanzan el mínimo y en verdad se trata de un monto inferior.

Lo que se sabe de acuerdo con lo aportado por la denunciante y lo dicho por los testigos, es que el señor ÁLVAREZ MARTÍNEZ siempre se ha desempeñado como diseñador gráfico y bordado a máquina al servicio de diferentes empresas de ropa deportiva, o incluso en algunos bares como mesero o administrador, según él mismo lo admite, situación que autoriza a la Sala para predicar que desde el año 2010 se ha dedicado a esos menesteres que le generan retribuciones económicas para su subsistencia y la de sus progenitores con los cuales reside -paga los servicios públicos y compra mercado como lo dijo su señora madre GLORIA INÉS MARTÍNEZ-, y lo devengado por éste abarca al menos un salario mínimo conforme la presunción legal a la que se hizo alusión. Todo lo cual ha sido aplicado por esta Colegiatura en múltiples casos en los cuales la prueba documental, testimonial o indiciaria acreditan que el acusado ejerce una actividad productiva, se dedica a una profesión, o tiene bienes que generen renta o percibe algún emolumento, a efectos de suplir la no certeza acerca de cuál es el valor de esas retribuciones.

También es verdad como lo refiere la letrada recurrente, que en la audiencia de juicio no ingresó como prueba la sentencia de privación de la patria potestad; sin embargo, su existencia se desprende de lo referido por la señora YENNY ANDREA MUÑOZ, en el entendido que se trata de una decisión profirida en mayo 20 de 2016 por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, es decir, cuando ya se había iniciado el juicio oral, y lo que ello permite colegir, como así lo dijeron los testigos de cargo de la Fiscalía, es que por parte del señor SANTIAGO ÁLVAREZ MARÍN se evidencia una situación de abandono absoluto respecto a sus deberes como padre.”

**Citación jurisprudencial:** Sentencia C-237/97 / Sentencia C-727 de 2015

CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. 21023 / CSJ SP, 10 jun. 2009, Rad. 22881. / CSJ AP, 25 mar. 2015, Rad. 45491

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

ACTA DE APROBACIÓN N° 1066

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Noviembre 18 de 2016, 2:15 p.m. |
| Imputado: | Santiago Álvarez Martínez |
| Cédula de ciudadanía: | 10.137.501 de Pereira (Rda.) |
| Delito: | Inasistencia Alimentaria |
| Víctima: | Menores M.C.A.M. y K.S.A.M. |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Defensa contra el fallo condenatorio fechado octubre 25 de 2016. SE 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.- Informa la señora YENNY ANDREA MUÑOZ JAIME que el señor SANTIAGO ÁLVAREZ MARTÍNEZ, padre de los menores M.C.A.M. y Q.S.A.M., no le colabora con los alimentos para sus dos hijos, y no obstante que en la sentencia de divorcio acordaron una cuota de $350.000.oo, solamente cumplió hasta julio 8 de 2010, pese a que el mismo tiene un taller de confecciones en el barrio Belmonte y labora de forma independiente.

1.2.- Realizada la audiencia de formulación de imputación (diciembre 2 de 2013) ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), se le formularon cargos al señor SANTIAGO ÁLVAREZ MARTÍNEZ por el delito de inasistencia alimentaria consagrado en el inciso 2º art. 233 C.P., los cuales NO ACEPTÓ, por lo que la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (diciembre 18 de 2013) por medio del cual se ratificó el mismo cargo en calidad de autor. El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con función de conocimiento de Pereira (Rda.), autoridad que llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (marzo 28 de 2014), y posteriormente, luego de haber sido suspendida en tres ocasiones se efectuó la audiencia preparatoria (mayo 20 de 2015), y finalmente el juicio oral (agosto 21 y octubre 13 de 2015, junio 17 y agosto 17 de 2016), al término del cual se anunció un sentido de fallo de carácter condenatorio, para proferirse en octubre 25 de 2016 sentencia de mérito en donde: (i) se declaró responsable al señor ÁLVAREZ MARÍN del delito de inasistencia alimentaria y se condenó a la pena de 32 meses de prisión y multa de 20 s.m.l.m.v.; (ii) a la interdicción de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena principal, y (iii) se suspendió condicionalmente la ejecución de la sanción, por un período de prueba de tres (3) años.

1.3.- Los fundamentos que tuvo en consideración el a quo para condenar al señor ÁLVAREZ MARÍN los hizo consistir en que es incontrovertible la relación de parentesco entre el procesado y los menores M.C.A.M. y K.S.A.M. -este último actualmente es mayor de edad- lo que se acreditó con los registros civiles de nacimiento, y de ese modo se corrobora la obligación de administrar alimentos a las mismas. En lo atinente a la responsabilidad observa que en junio 22 de 2006 el Juzgado Segundo de Familia de Pereira dentro del proceso de divorcio por mutuo acuerdo, celebrado entre YENNY ANDREA MUÑOZ y SANTIAGO ÁLVAREZ, le fijó al padre una cuota mensual de $350.000.oo, la cual ha incumplido desde el año 2010.

Reseña que el mismo procesado reconoce que desde el citado año no pudo acatar la cuota impuesto, ya que luego de ser despedido de la empresa donde laboraba solo desempeñó trabajos esporádicos, sin contar con uno estable, y de manera independiente ejerce como diseñador gráfico y el dinero obtenido lo dedica a sus gastos personales y el de sus progenitores con quienes reside, lo que respaldaron los padres del acusado y un amigo.

No obstante quedarse el procesado sin empleo y sin ingreso fijo buscó una conciliación, cuyo propósito era la reducción de la cuota, en la cual ofreció la suma de $120.000.oo, y ante el rechazo de la misma por parte de la madre debió acudir ante la autoridad competente para el adelantamiento del proceso respectivo, pero no lo hizo. Por lo anterior deja en claro que más allá que la señora YENNY ANDREA se negara a aceptar dicha propuesta o a recibirle pequeñas cuotas, el deber del procesado era pagar los dineros que se habían establecido, y si carecía de capacidad económica la Ley 1098/06 le otorgaba las herramientas para procurar su modificación, pero no en forma arbitraria decidir no volver a suministrarla, muy a pesar que la madre de los niños le indicó que fuera al juzgado para que informara su situación económica para que el juez determinara lo pertinente, situación que nunca acaeció.

No se acreditó que el señor ÁLVAREZ MARTÍNEZ estuviera inmerso en causal exonerativa de responsabilidad o que el incumplimiento se diera por fuerza mayor o caso fortuito, o que se encontrara imposibilitado para trabajar debido a incapacidad producto de alguna enfermedad, pues los únicos argumentos esgrimidos en juicio se centraron en sostener que en el año 2010 perdió el empleo, y que se ha desempeñado de forma independiente cuyos recursos los utiliza para gastos personales y compartirlos con sus padres. De todo lo cual se infiere que sí ha estado vinculado o en el ejercicio de labores como diseñador gráfico, de lo cual deriva el sustento propio y colabora con sus padres.

Los alimentos conforman un todo indispensable para el manutención -habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación, etc.- y todo lo necesario para el desarrollo integral de los niños, como así lo establece el canon 24 de la Ley 1098/06, situación que se logra con el aporte constante de la cuota alimentaria. Y aunque la defensa expuso que los hijos de SANTIAGO nunca han necesitado de cuota dado los ingresos de su progenitora, ello no lo releva de la obligación que le asiste. Así es -asegura- porque quien engendra un hijo adquiere un compromiso primordial, que incluso conlleva aminorar sus propios derechos y en el caso del procesado los de sus padres a quienes provee ayuda mensual, máxime que su progenitor es pensionado y recibe colaboración económica de parte de otro hijo que vive en Bogotá, por lo cual no es justificación la mala situación financiera, cuando es una persona en plena capacidad productiva, sin impedimentos físicos ni mentales, a consecuencia de lo cual debe aplicarse la presunción de capacidad económica a la que alude la Ley 1098/06.

1.4.- La Defensa se mostró inconforme con la decisión y efectuó expresa manifestación de apelar el fallo, recurso que sustentó en forma escrita.

2.- Debate

2.1.- Defensa-recurrente-

Pide se revoque la sentencia de condena y en su lugar se absuelva a su representadopor la comisión del delito de inasistencia alimentaria, con fundamento en lo siguiente:

- Empieza por hacer alusión a las frases irrespetuosas que en su contra utilizó el fiscal en los alegatos conclusivos, quien además se burló de su intervención con miras a ridiculizarla ante un usuario de la Defensoría, lo cual no podría permitirlo la judicatura.

- En punto del recurso, considera que para reclamar alimentos se debe corroborar la presencia de varios requisitos, entre ellos que el peticionario carezca de bienes y por tanto requiera ese aporte, lo cual no se cumple para los hijos del señor SANTIAGO, como quiera que la menor M.C.A.M. y el hoy adulto K.S.A.M. viven en abundancia plena, ya que la madre de éstos dijo en juicio que tiene unos padres boyantes, profesionales, con excelentes ingresos, que le han ayudado a los menores ante la falencia económica en los padres. En este caso -concluye- deberían ser los abuelos maternos quienes asumieran esa obligación alimentaria, por lo cual solicita se dé aplicación al canon 41 C.C. y a lo dispuesto en el 260 ídem.

- La madre de los menores es persona académicamente muy preparada, recibe grandes sumas por su profesión, tiene varios inmuebles, entre ellas una casa en el barrio Samaria que le dejó a su favor el procesado, con lo cual cree entender que contribuye con sus alimentos, y tampoco se le puede cargar la cuota a uno solo de los padres, pues ambos tienen compromiso con sus hijos.

- En juicio se demostró que la situación económica de su defendido es precaria y existe un eximente de responsabilidad, ya que no ha sido por su culpa que ha incumplido la cuota alimentaria, dado que no tiene estudios superiores y ello le dificulta encontrar trabajo. Adicionalmente no se puede afirmar que es propietario de un taller, porque lo real es que un amigo le prestó una máquina de coser en la que de vez en cuando hace una prenda, y se pregunta entonces ¿si el señor SANTIAGO es dueño de un taller por qué la señora YENNY no lo embargó?, porque ello sería una forma de hacer efectiva su obligación.

- Su cliente carece de recursos para pagar una cuota tan alta, y la primera necesidad del ser humano es consigo mismo, por lo cual no puede someterse a la inanición; además que su familia tiene pocos ingresos y si aceptáramos que devenga el salario mínimo legal, de descontarse los $350.000.oo de cuota, entonces ¿qué le quedaría?, no podrá sobrevivir.

- No obstante que el padre le ha enviado dinero a la señora YENNY ANDREA, ella no lo recibe porque lo considera es muy poco, pero éste pasa por una situación económica difícil y solo puede contribuir con $120.000.oo, los que rotundamente la denunciante se niega a aceptar, situación que implica que su cliente solo haya ofrecido lo que puede dar, como se evidencia de la audiencia de conciliación fallida, sin que se pueda pretender que entregue lo que no tiene, en tanto se probó que se quedó sin trabajo y a pesar de querer cumplir no está en posibilidad de hacerlo y nadie está obligado a lo imposible.

Concluye su intervención diciendo que no está de acuerdo con la interpretación que el a quo le dio a la escritura de liquidación de la sociedad conyugal, pues su cliente interpretó que al dejar la casa a la señora YENNY contribuía para su cuota alimentaria, máxime que no tiene bienes, ni trabajo estable, y se despojó de su único patrimonio, situación que contrasta con la señora YENNY quien si tiene ingresos en la Alcaldía Municipal y recibe arriendos del citado inmueble. Aduce finalmente que la madre de los menores no deja que el padre tenga contacto con él, y por demás la Fiscalía no probó en juicio que al señor SANTIAGO se le hubiera quitado la patria potestad de su hija M.C.A.M.

**2.2.-** Las partes no recurrentes guardaron silencio, y en atención a que se encontraba debidamente sustentado el recurso, el juez a quo lo concedió en el efecto 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 por medio de la cual se condenó al acusado **SANTIAGO ÁLVAREZ MARTÍNEZ** por la conducta de inasistencia alimentaria donde son víctimas los menores M.C.A.M. y K.S.A.M. 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 absolutoria, 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.

Los hechos génesis de esta actuación fueron dados a conocer por la señora YENNY ANDREA MUÑOZ JAIME, quien puso de presente que desde el año 2010 el señor SANTIAGO ÁLVAREZ MARTÍNEZ se sustrajo a la obligación que le asiste con sus menores hijos C.M.A.M. y K.S.A.M., la cual le fue señalada en la sentencia de divorcio de fecha junio 22 de 2006 proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Pereira.

Previo al correspondiente análisis de la providencia adoptada por la primera instancia en los términos ya anunciados, la Sala hará algunas precisiones preliminares frente al delito por el que se procede:

1.- La inasistencia alimentaria, como ha quedado decantado por doctrina y jurisprudencia, 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, dado que la violación a la norma persiste hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación; con un sujeto activo calificado, en cuanto no puede ser otro diferente a la persona civilmente obligada, y con un elemento adicional, contenido en la expresión "sin justa causa". Es delito esencialmente doloso, lo que exige conocimiento más voluntad de realización en perjuicio del bien jurídico representado en la familia.

2.- Ese deber hacia los beneficiarios de la atención esencial e integral, es compartido en igualdad de condiciones por ambos padres, según se desprende del artículo 42 de la Carta Política.

3.- La exigencia de que esa sustracción al deber como alimentante sea “sin justa causa”, no es solo atemperante de la antijuridicidad, sino ante todo un ingrediente normativo, con lo cual, su ausencia hace atípica la conducta.

4.- Se debe probar la necesidad de alimentos por parte 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 (Sentencia C-237/97).

5.- La finalidad principal de esta acción judicial, es la de obtener la solidaridad entre los miembros de una familia para procurar la subsistencia de sus integrantes (CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. 21023).

6.-No hay lugar a pregonar la “justa causa” dentro del contexto de la *inasistencia alimentaria*, cuando se está frente a una conducta maliciosa, sin presencia de descuidos involuntarios o inconveniencias graves, razonables, explicables, aceptables en el medio y ajenos al querer del obligado (sentencia T-502/92).

Luego de esa necesaria introducción, lo que del caso concreto se observa es lo que a continuación se expone:

En primer lugar debe señalarse que al proceso se incorporó como prueba de la Fiscalía el registro civil de nacimiento correspondiente a los menores M.C.A.M. y K.S.A.M., con lo cual se encuentra debidamente probado[[1]](#footnote-1) que quienes figuran en la presente actuación como víctimas son hijos del señor **SANTIAGO ÁLVAREZ**; en consecuencia, surge diáfana la obligación legal que éste tiene de suministrar alimentos.

Para la Sala y luego del estudio del caso, se tiene clara la responsabilidad del incriminado en cuanto a la omisión alimentaria para con sus hijos, lo cual se deduce del análisis de los elementos probatorios que se arrimaron a la audiencia del juicio oral. Y es así por lo siguiente:

Mírese que fue la madre de los niños aseguró que el señor **SANTIAGO ÁLVAREZ** desde el año 2010 no cumple con su deber legal y constitucional de proveer alimentos a sus hijos. Situación que fue corroborada por el propio acusado en juicio al hacer dejación de su derecho a guardar silencio, en el sentido que efectivamente desde el mes de junio de esa anualidad, cuando se dio por terminado el contrato de trabajo que tenía con la empresa Patrick, no volvió a aportar lo necesario para el sustento de sus descendientes.

Ahora bien, tal omisión, en sentir del acusado, no obedeció a su deseo de negarse a ello, sino por el hecho de no contar con los recursos económicos para hacerlo, amén de la pérdida de su empleo, y ello lo llevó a que solicitara ante la Comisaría de Familia del barrio Cuba una audiencia de conciliación en septiembre 21 de 2010, en la que manifestó que solo podía aportar la suma de $100.000, pese a que el abogado que allí lo representó indicó que él podía contribuir con un poco más, concretamente con la suma de $120.000.oo, cantidad ésta que finalmente no fue aceptada por la señora YENNY ANDREA al considerarla irrisoria con respecto a lo decidido anteriormente por el Juez de Familia en la sentencia de divorcio, razón por la cual la madre le sugirió al padre que acudiera ante el juzgado para que fuera el juez y no ella quien redujera esa cuota.

Muy a pesar que la recurrente sustenta su posición en la incapacidad económica que tiene el señor **SANTIAGO ÁLVAREZ**, ya que lo percibido como diseñador gráfico de manera independiente solo le alcanza para solventar sus gastos personales, y colaborarle a sus padres con quienes vive, para la Sala, con fundamento en la información válidamente arrimada en juicio, lo que se logra establecer es que si el procesado devenga lo suficiente para velar por sus progenitores, máxime que su padre es pensionado -no obstante que al parecer percibe el salario mínimo-, y que además su madre obtiene ayuda de otro hijo que reside en Bogotá quien le envía unos $350.000.oo mensuales según lo expresó la señora GLORIA INÉS MARTÍNEZ, ello lleva a sostener que igualmente el acusado si estaba y está en la posibilidad de aportar una cuota alimentaria para sus hijos.

De lo expuesto por el mismo acusado se evidencia que siempre ha logrado obtener un ingreso para su manutención y la de sus padres, al punto incluso que fue él precisamente quien solicitó una conciliación ante la Comisaría de Familia, si bien fallida, pero en la que se comprometió a aportar una suma de $120.000.oo para los alimentos de sus hijos, lo que redunda en la demostración acerca de su capacidad económica, ya que no podría comprometerse a hacerlo si ello no le fuera posible. Y pese a que la misma madre de los menores le dijo que fuera ante un Juez de Familia para la regulación de esa nueva cuota alimentaria ante el cambio de la situación económica anunciada, él mismo no lo hizo, tal cual lo reconoció en juicio.

Así las cosas, independientemente de que fuera o no el señor **SANTIAGO ÁLVAREZ** el dueño del presunto taller de bordados al que hizo alusión la denunciante, se desprende de la prueba en su conjunto que él sí efectúa tal trabajo, así sea de forma particular para empresas de ropa deportiva, lo que le genera recursos que le permiten su sostenimiento en cuanto es a esa actividad a la que se ha dedicado, tal cual lo refirió el testigo HÉCTOR FERNANDO CORTÉS JARAMILLO -amigo desde la infancia del acusado-.

De conformidad con lo aseverado por la señora YENNY ANDREA MUÑOZ, corroborada por sus padres IGNACIO MARÍN VALDERRAMA y MARTHA RAQUEL JAIME, se extrae que en efecto desde el año 2010 -mes de agosto según la denunciante- el padre no volvió a contribuir para la manutención de sus hijos, ni a visitarlos ni a tener ningún contacto con los menores, por lo cual recibido ayuda de éstos en tanto vivió en su casa por espacio de 6 años con los niños y por ende eran quienes les brindaban cuidado mientras ella trabajaba.

De lo arrimado al juicio se concluye que el acusado desde esas calendas no ha respondido económicamente por su descendencia ni mucho menos comparte tiempo con ellos, siendo en consecuencia la señora YENNY ANDREA la que debe asumir todas sus necesidades alimentarias y de escolaridad. Bajo esas condiciones, aunque en una oportunidad trató de llegar a la referida conciliación con la madre, no se observa que al menos haya procurado consignar el dinero ofrecido a favor de sus hijos como muestra del interés que tenía en hacer esa contribución.

Tampoco puede dejarse de mencionar, de acuerdo con lo dicho por la madre de los niños y sus abuelos maternos, que además de la omisión económica en la que éste ha incurrido, tal falencia no se ha limitado solo a lo financiero sino que también trasciende a lo afectivo, pues como dijeron los testigos, no tiene ningún vínculo con sus hijos, en tanto no los llama, no lo visita. y no tiene interés alguno respecto de los mismos, aunque según el quejoso y los testigos de la defensa, ello obedece a que la madre le impide tener algún contacto con ellos, a consecuencia de lo cual el único diálogo que ha tenido con su hijo ha sido cuando se lo encuentra en la calle, al azar, y por ende, lo que se esperaba era que acudiera ante un Juez de Familia para que le regulara las visitas a las que tiene derecho, pero ello en ningún momento se le pasó por la mente al hoy acusado.

Es cierto que con los testimonios arrimados a juicio no se logró probar los ingresos que obtenía el señor SANTIAGO ÁLVAREZ; sin embargo, existe una presunción legal en el sentido que el obligado a suministrar alimentos devenga por lo menos un salario mínimo, como así lo establece el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia, cuya exequibilidad fue declarada en la sentencia C-055/10, en la cual se indicó que tal presunción opera: “siempre y cuando se tengan elementos de conocimiento que permitan demostrar que el alimentante posee un trabajo o desarrolla una labor que le produzca recursos económicos”, requisito sine qua non para su configuración.

Dicho en otras palabras, cuando el ente acusador cumple al menos la carga de probar que el acusado efectivamente cuenta con una actividad productiva que le genere emolumentos, tal comprobación da lugar automáticamente a la presunción legal de que esa persona devenga al menos un salario mínimo, misma que tiene aplicabilidad en los casos en donde no se logra determinar a cuánto asciende el referido ingreso, o éste es variable y no hay forma de establecerlo con precisión. Se trata entonces de una presunción legal que admite prueba en contrario y la carga de probar se traslada al obligado quien está en el deber de desvirtuar que no obstante tener entradas económicas, ellas no alcanzan el mínimo y en verdad se trata de un monto inferior.

Lo que se sabe de acuerdo con lo aportado por la denunciante y lo dicho por los testigos, es que el señor ÁLVAREZ MARTÍNEZ siempre se ha desempeñado como diseñador gráfico y bordado a máquina al servicio de diferentes empresas de ropa deportiva, o incluso en algunos bares como mesero o administrador, según él mismo lo admite, situación que autoriza a la Sala para predicar que desde el año 2010 se ha dedicado a esos menesteres que le generan retribuciones económicas para su subsistencia y la de sus progenitores con los cuales reside -paga los servicios públicos y compra mercado como lo dijo su señora madre GLORIA INÉS MARTÍNEZ-, y lo devengado por éste abarca al menos un salario mínimo conforme la presunción legal a la que se hizo alusión. Todo lo cual ha sido aplicado por esta Colegiatura en múltiples casos en los cuales la prueba documental, testimonial o indiciaria acreditan que el acusado ejerce una actividad productiva, se dedica a una profesión, o tiene bienes que generen renta o percibe algún emolumento, a efectos de suplir la no certeza acerca de cuál es el valor de esas retribuciones.

También es verdad como lo refiere la letrada recurrente, que en la audiencia de juicio no ingresó como prueba la sentencia de privación de la patria potestad; sin embargo, su existencia se desprende de lo referido por la señora YENNY ANDREA MUÑOZ, en el entendido que se trata de una decisión profirida en mayo 20 de 2016 por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, es decir, cuando ya se había iniciado el juicio oral, y lo que ello permite colegir, como así lo dijeron los testigos de cargo de la Fiscalía, es que por parte del señor SANTIAGO ÁLVAREZ MARÍN se evidencia una situación de abandono absoluto respecto a sus deberes como padre.

Y por si existiera alguna duda, debe dejarse esclarecido que una sentencia de privación de patria potestad no releva al padre de su deber alimentario, como así lo establecido la jurisprudencia constitucional al consignar que: “De tal entidad son los derechos de los niños, que la suspensión o la privación de la patria potestad no modifican las obligaciones que los padres tienen con sus hijos no emancipados. Asimismo, la separación de los padres, el divorcio o la nulidad del matrimonio, no afecta el estatus y los derechos de los niños, porque la relación filial permanece y con ello los deberes y obligaciones que se le adscriben. […] por ello puede suspenderse o terminarse la patria potestad sin que se extingan las obligaciones que los padres deben a sus hijos. Así entonces, la ley reconoce que los padres tienen respecto de los hijos la obligación de crianza y educación (art. 253 y 264 CC), y que los hijos deben a los padres respeto y obediencia (art. 250 CC), atención y socorro (art. 251 CC). Asociado a lo anterior, la responsabilidad parental –complemento de la patria potestad-, dispuesta en el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia, supone el deber, compartido y solidario del padre y de la madre, de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de sus hijos menores de edad, obligación que persiste incluso cuando se suspende o se priva a los padres de la patria potestad.”[[2]](#footnote-2)

Aduce también la defensa recurrente que con la entrega del inmueble ubicado en el barrio Samaria se fincó en el acusado una creencia que con ello se suplía en algo el deber alimentario para con sus hijos como así lo dio a entender al efectuar una lectura atenta de la escritura 0535 de febrero 28 de 2006 que ingresó al juicio como prueba de la defensa; no obstante, lo que se observa es que ello se dio a raíz de la liquidación de la sociedad conyugal, máxime cuando dicho inmueble había sido adquirido por los cónyuges desde el año 1998, lo que implicaba que ambos tenían derechos patrimoniales sobre la referida propiedad, pero en esa escritura se dejó expresa constancia que el señor **SANTIAGO ÁLVAREZ** renunciaba a sus gananciales a favor de la señora YENNY ANDREA, quien como consecuencia de ello asumiría el pasivo de la sociedad que para esa época ascendía a $10.937.446.86 por concepto del crédito hipotecario que existía con el Banco Colpatria sobre la referida vivienda.

En momento alguno se dejó constancia en ese acto solemne, como tampoco ante el Juzgado de Familia que decretó el divorcio, que con la entrega de la vivienda en el barrio Samaria se entendía por acreditada la obligación alimentaria que el acusado tenía para con sus menores hijos. De haber sido ese el propósito, debió dejarse las constancias o clausulados respectivos, con miras a dar claridad a tal negociación, pero contrario a ello lo que se desprende del tenor literal de la referida escritura es que lo realizado fue la liquidación de la sociedad conyugal.

La togada igualmente predicó que los menores M.C.A.M. y K.S.A.M. no tienen necesidades alimentarias, porque la madre de éstos es profesional que labora con la Alcaldía de Pereira donde percibe altas asignaciones, y que los abuelos maternos de los niños son personas boyantes que les brindan lo necesario, por lo cual serían éstos los que deben asumir el compromiso que no puede acatar su cliente. Tal postura no puede ser acogida por la Colegiatura en tanto los grados de consanguinidad y de responsabilidad alimentaria permiten asegurar, sin lugar a dudas, que los primeros llamados en responder por los hijos son sus padres y a falta de alguno de ellos podría recaer la misma en los ascendientes más próximos, es decir, los abuelos; pero lo que acá se probó es que desde la omisión en aportar alimentos por parte del señor **SANTIAGO** ha sido la señora YENNY ALEXANDRA quien ha procurado por la manutención de los procreados en común -el Código de Infancia  Adolescencia, dispone en su artículo 24 que los alimentos incluyen todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor de edad-, y con el apoyo de sus padres, pese a que ello es una obligación directa de ambos padres, como así lo ha dicho la jurisprudencia antes aludida (C-727 de 2015), véase:

“[…] El vínculo paterno filial es constitucionalmente tan significativo, que las vicisitudes de la relación entre los cónyuges no puede afectar la obligación igual de los padres de concurrir al amparo y protección de los hijos. En otras palabras, los infortunios de la relación, al principio o al final de la misma, no pueden contrariar la decisión constituyente de imponer a los padres un deber igual.”

Así mismo y pese a reiterar la togada que los menores M.C.A.M. y K.S.A.M. y su madre poseen suficientes bienes, viven en abundancia y nada les falta, para pregonar que no requieren de los alimentos que se le exigen al señor **SANTIAGO ÁLVAREZ**; al respecto lo que debe decir la Corporación es que para soportar tal afirmación debió acreditarse en juicio que los menores afectados poseen la capacidad económica suficiente para valerse por sí mismos, sin la ayuda de sus padres, lo cual no se hizo. Por el contrario, lo que se evidencia es que la madre de los niños devenga un salario de $2.400.000, que si bien considerable comparado con el salario mínimo, no puede desconocerse que son dos hijos por los que debe velar, encontrándose K.S.A.M. en etapa universitaria, lo que implica mayores gastos, y aunque al parecer la vivienda que posee la señora YENNY le genera aproximadamente $250.000.oo mensuales, ellos apenas le alcanzarán para suplir una que otra necesidad mínima. Por demás, tampoco se puede predicar que la circunstancia financiera de los padres de la denunciante es “boyante” como lo dice la recurrente, ya que de ello nada se probó y lo que se sabe es que el padre de la misma es trabajador independiente y su esposa labora como asesora comercial en una empresa funeraria. En suma y sea como fuere, es claro frente a la ley que la posición económica de la madre y de los abuelos maternos no puede suplir el deber personal que al padre le corresponde frente a la manutención de sus hijos.

Al tenerse claro que por parte del procesado se incursionó en el punible endilgado dada la sustracción injustificada en el deber alimentario, lo que corresponde ahora a la Colegiatura es aclarar lo relativo al límite hasta el cual se entiende que por parte del señor **SANTIAGO ÁLVAREZ MARÍN** se incurrió en la conducta atribuida, en tanto ello tiene implicaciones en el tema indemnizatorio, toda vez que el a quo indicó que lo sería hasta diciembre 2 de 2013, fecha en la cual se realizó la audiencia de formulación de imputación, con fundamento en jurisprudencia de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia[[3]](#footnote-3). Empero, frente a ello debe decir la Sala que en más reciente decisión de esa misma Corporación, se observa que tal lindero lo sería la fecha en la que se profirió la formulación de acusación, que para este caso sería en marzo 28 de 2014. Al respecto la jurisprudencia indicó lo siguiente: “[…] conforme lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, es cierto que **la formulación de acusación**, en cuanto materialización del principio acusatorio que consigna la específica pretensión del Estado**, constituye piedra angular del juicio, límite fáctico y jurídico a lo que en él se tabula y, desde luego, ínsitos en su contenido y alcances se hallan caros derechos de las partes e intervinientes, entre los cuales destacan el debido proceso y derecho de defensa**.” [[4]](#footnote-4)

Se concluye por tanto, de conformidad con el análisis efectuado en precedencia, que no existe hesitación alguna con respecto a la real ocurrencia del hecho criminoso y el compromiso que le asiste al judicializado, al no existir justificación alguna para negarse a suministrar alimentos para sus hijos, razón que conlleva a esta Colegiatura a confirmar la decisión de condena proferida en primera instancia en contra del señor **SANTIAGO ÁLVAREZ MARÍN**.

ANOTACIÓN FINAL

Si bien el funcionario de primer nivel al momento de conceder el subrogado de la suspensión condicional de la pena, tuvo en consideración postura de esta misma Sala de Decisión, por medio de la cual se había estimado pertinente conceder ese beneficio en los casos de inasistencia alimentaria a pesar de no haberse realizado la reparación de perjuicios, pese a la prohibición contenida en el numeral 6° art. 193 del Código de Infancia y Adolescencia, se observa necesario señalar que la Sala a la hora de ahora ya ha recogido tal postura por cuanto a ese respecto y de forma posterior se emitió pronunciamiento del órgano de cierre en materia penal -CSJ AP, 5 ago. 2015, Rad. 46332- en el que sostuvo que la indemnización a la víctima comporta un requisito adicional a los previstos en el Código Penal para acceder a ese subrogado penal, y que por ningún motivo puede ser omitido.

No obstante, al no haber sido dicho punto materia de impugnación y tratarse de apelante único, en virtud del principio de limitación y de la *no* *reformatio in pejus,* no se modificará la providencia adoptada en esos términos por parte de la primera instancia.

De otro lado, y en atención a la manifestación de la abogada del procesado en relación con las frases irrespetuosas o despectivas que utilizó el fiscal en sus alegatos conclusivos, al respecto se observa que el a quo en su momento pidió al funcionario de la Fiscalía que moderara su intervención y aunque posteriormente expresó que la posición de la defensa le parecía “algo descabellado”, con argumentos “confusos e incoherentes”, ello en sentir de la Sala no tiene la connotación que le quiere dar la defensa; pero aun así, de considerar la misma que el fiscal pudo incurrir con su actuar en los linderos del Código Disciplinario, podrá acudir ante la instancia respectiva.

Así mismo se hace un especial llamado de atención al funcionario judicial para que en aquellos casos cuya pena es corta, como sucede en el presente asunto, se adopten las medidas necesarias para evitar la dilación de las audiencias y éstas se programen prontamente a efecto de evitar la cercanía del término prescrito, como ocurrió en este caso que llegó a esta Corporación a escasos días de que se produjera tal fenómeno, sin siquiera enviarse con nota de urgencia para los fines pertinentes. Igualmente, para que en desarrollo de las diligencias donde sean víctimas menores de edad, se omita hacer alusión al nombre de éstas, en procura del respeto de sus derechos fundamentales, como quiera que en el trámite se hacía referencia a los nombres de los menores sin que el funcionario judicial realizara pronunciamiento alguno a ese respecto.

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 la sentencia condenatoria proferida en contra del señor SANTIAGO ÁLVAREZ MARÍN como autor material del delito de inasistencia alimentaria.

Para el adelantamiento del incidente de reparación de perjuicios se dará aplicación a lo normado en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010 y lo reglado en el artículo 197 C.I.A.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, que de interponerse habrá de hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. Ingresaron como estipulación probatoria a juicio copia de los registros civiles de nacimiento con seriales 21874789 y 35363422 correspondientes a los referidos menores, expedidos por las Notarías Sexto y Tercera de Pereira, respectivamente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia C-727 de 2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 10 jun. 2009, Rad. 22881. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ AP, 25 mar. 2015, Rad. 45491. [↑](#footnote-ref-4)