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 - 02 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66687 60 00 086 2013 00087 01

Procesado: CFOO

Delito: Inasistencia Alimentaria

Magistrado Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema: APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMER GRADO / INASISTENCIA ALIMENTARIA SIN JUSTIFICACIÓN / SE REVOCA / SE ABSUELVE / “**En atención a lo expuesto en precedencia se puede concluir que si bien es cierto se comprobó que el señor Ospina tuvo incumplimientos parciales en el pago de sus cuotas alimentarias en el período mencionado, -frente a los cuales la denunciante no aportó información precisa ya que dijo que el acusado conservaba los recibos de pago-, no se estableció claramente si para esas fechas el incriminado estaba en capacidad de cumplir con esa obligación, ya que la única evidencia al respecto viene a ser la certificación que expidió COOMEVA EPS sobre el hecho de que estuvo inscrito como cotizante del sistema de seguridad social en salud durante el mes que transcurrió entre el 29 de mayo y el 29 de junio de 2013, con un salario de $590.000, situación que guarda 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 .

En atención a los precedentes antes mencionados, la Sala concluye que en este caso la FGN no acreditó que la conducta omisiva que se atribuye al procesado, consistente en el incumplimiento parcial en el pago de sus obligaciones alimentarias en el período anterior al 16 de diciembre de 2013, se hubiera producido sin justa causa, ya que no se probó durante qué fechas el señor Ospina tuvo un empleo o algún tipo de ingreso en ese interregno, situación que bien pudo ser verificada por la FGN, ahondando en la investigación para que v.g.r., la Alcaldía de Santuario certificara las fechas en que el padre del menor F.O.O. se desempeñó como oficial de construcción en ese lapso, 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, con lo cual se afectan los presupuestos del artículo 381 del CPP ya que no existe convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, como lo dispone el artículo 7º del CPP, por lo cual se revocará la sentencia recurrida”

**Citación jurisprudencial:** sentencia C-237 de 1997 / CSJ SP del 19 de enero de 2006, radicado 21023

-----------------------------------------------------------------------------------------------------

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado por Acta No. 1001 del dos (2) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Pereira, ocho (8) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 9:00 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66687 60 00 086 2013 00087 01 |
| Procesada | CFOO |
| Delito | Inasistencia Alimentaria |
| Juzgado de conocimiento | Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia de fecha 7 de octubre de 2014 |

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 7 de octubre de 2014 del Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario, en la que cual se condenó al señor CFOO, por la conducta punible de inasistencia alimentaria (Art. 233 CP).

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el escrito de acusación, el 4 de abril de 2013 la señora Viviana Ospina Muñoz denunció al señor CFOO, ya que éste se había sustraído injustificadamente de suministrar alimentos a su hijo F.O.O., pese a que ante la Comisaría de Familia de Santuario se había comprometido a cancelar $32.000 semanales a favor del menor por concepto de cuota alimentaria.

2.2 La audiencia de formulación de imputación se llevó acabo el 13 de diciembre de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico (folio 88), en la que la FGN le comunicó cargos al señor CFOO, por el delito de inasistencia alimentaria (art. 233 del CP), los cuales no aceptó.

2.3 EL juzgado Promiscuo Municipal de Santuario asumió el conocimiento de la causa (folio 5). La audiencia de formulación de acusación se celebró el 1 de abril de 2014 (folio 12-13). La audiencia de preparatoria se adelantó el 8 de mayo de 2014 (folio 16-17). EL juicio oral aconteció en sesiones 20 de mayo de 2014 (folio 22), 2 de septiembre de 2014 (folio 45-47), 24 de septiembre de 2014 (folio 60-61), y 7 de octubre de 2014 (folio 66-67). En ese último acto se dio lectura a la sentencia de primer grado, la cual fue de carácter condenatorio.

2.4 La defensora del procesado apeló el fallo de primer nivel.

3. SOBRE LA DECISION OBJETO DEL RECURSO

3.1 La siguiente es la sinopsis del fallo recurrido:

* Con el registro civil del menor F.O.O. se comprobó que es hijo de CFOO, lo que genera la obligación alimentaria por parte del acusado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 411 del C. Civil.
* No se desvirtuaron las manifestaciones hechas por la madre del acusado en el sentido de que el señor Ospina Osorio se venía sustrayendo al cumplimiento de sus obligaciones alimentarias
* En razón de las características del delito de inasistencia alimentaria, la violación de esa norma subsiste hasta el momento en que el sujeto activo calificado de cumplimiento a la obligación.
* El delito en mención contiene la expresión “sin justa causa” y es una conducta esencialmente dolosa, lo que exige el conocimiento más la voluntad de realización, frente a la afectación del bien jurídico protegido que es la familia.
* No se puede hablar de la existencia de una “justa causa” para sustraerse a una obligación alimentaria, cuando se trata de una conducta maliciosa y no existen circunstancias que impidan cumplir con esa prestación
* Se cuenta con la prueba derivada del testimonio de la madre del menor afectado, quien manifestó ante el despacho que el señor Ospina Osorio no le suministraba alimentos a su hijo.
* El acusado había aceptado ante una Comisaría de Familia el pago de una cuota alimentaria por valor de $32.500 semanales, que solamente canceló en dos oportunidades por lo cual fue denunciado. En la FGN se comprometió a cumplir con ese compromiso y no lo hizo, por lo cual se le debe considerar como autor del delito investigado.
* Con la declaración de la madre del menor F.O.O., que fue corroborada por los investigadores de la FGN, se deduce que el acusado ha incumplido sus obligaciones alimentarias. Las contribuciones económicas ocasionales que ha efectuado no permiten excusar su responsabilidad, ya que se demostró en el proceso que pese a que desempeña una actividad productiva ha sido negligente frente al cumplimiento de esos deberes, lo que vulneró los derechos de un menor de edad, que se encuentran establecidos en el artículo 44 de la C.P. y el artículo 24 del C.I.A., frente a lo cual queda claro que no se suplen las obligaciones alimentarias con simples aportes esporádicos, sino que su pago debe ser constante, de manera tal que le permita al beneficiado satisfacer sus necesidades básicas.
* No resulta aceptable el argumento según el cual el acusado debe cumplir con otros deberes alimentarios frente a su actual compañera y sus otros hijos, ya que el menor F.O.O., tiene iguales derechos.
* El señor Ospina incurrió en la violación de la norma de mandato establecida del artículo 233, inciso 2º del CP, afectando derechos prevalentes de un menor de edad, para lo cual se debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 129 del C.I.A., que fue examinado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-055 de del 3 de febrero de 2010 en lo relativo a la presunción existente en el sentido de que se devenga al menos el salario mínimo mensual, la cual tiene como objeto corregir la desigualdad material de las partes respecto a la prueba y proteger a quien se encuentre en estado de indefensión o debilidad manifiesta.
* En consecuencia se reunían los requisitos para dictar una sentencia condenatoria contra el acusado por la violación del artículo 223 inciso segundo del C.P.
* Al hacer ejercicio de dosificación punitiva se le impuso al acusado una de 32 meses de prisión y multa equivalente a 20 SMLMV, para el año 2013. Se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

3.2 La sentencia fue recurrida por la defensora del procesado.

4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

4.1 Defensora del procesado (recurrente)

* La juez de primer grado no tuvo en cuenta las manifestaciones del acusado en el sentido de que en algunas oportunidades no estuvo en capacidad de cumplir con la cuota alimentaria en favor de su hijo ya que se presentaban retrasos en la cancelación de los dineros que recibía por su trabajo, pese a lo cual, una vez le pagaban se ponía al día con sus aportes, lo que fue reconocido por la señora Luz Viviana Ospina Muñoz, por lo cual la juez de conocimiento pudo ser más flexible y dictar una sentencia absolutoria en favor del acusado
* Las situaciones antes mencionadas configuran una justa causa frente al incumplimiento de los deberes alimentarios, ya que se presentaba una situación que escapaba al dominio de su representado y que este subsanaba cuando recibía su remuneración y se ponía al día con las cuotas que adeudaba.
* Citó el precedente contenido en CSJ SP del 19 de diciembre de 2006, radicado 21023, donde se hizo alusión a la sentencia T 502 de 1992 de la Corte Constitucional en el sentido de que la expresión “sin justa causa” hacía parte del tipo de inasistencia alimentaria, por lo cual los retrasos en que incurrió el acusado no merecen reproche penal, ya que medió una situación que los justificaba.
* La juez de conocimiento consideró que el acusado había empezado a cumplir con sus obligaciones alimentarias desde el momento en que fue citado para la primera audiencia dentro del proceso, pero tuvo en cuenta el incumplimiento que se presentó desde la fecha de la denuncia hasta el inicio del proceso, pese a que no se indagó si la denuncia tenía que ver con el pago de las mesadas atrasadas.
* Hubo ambigüedad en lo relativo a lo que se discutió en el juicio sobre ese aspecto concreto. La A quo dio por ciertas situaciones que no fueron comprobadas por la FGN, como el no pago de la totalidad de la suma adeudada y esa situación generaba dudas que se deben resolver en favor del acusado en aplicación de la garantía de in dubio pro reo.
* Pide que se revoque el fallo de primer grado.

4. SINOPSIS PROBATORIA.

4.1 PRUEBAS DE LA FGN

4.1.1 PRUEBA UNO FGN. PT. YONI JAVIER CASTAÑO ZAMBRANO (Miembro de la Unidad Investigativa de la Policía Nacional en Santuario (Rda)

Reconoció los informes de investigador de campo FPJ del 30 de octubre de 2103 y del 28 de febrero de 2014. Dijo que al primer documento le anexó el registro civil de nacimiento del menor F.O.O. y la tarjeta alfabética del indiciado. En el segundo informe se incluyó una solicitud presentada a la oficina de planeación del municipio de Santuario y otra a la EPS Coomeva solicitando información sobre el CFOO.

Se admitió como prueba el registro civil de nacimiento del menor F.O.O Nro. 1.088.266.046 del 13 de marzo de 2007, y la tarjeta decadactilar del acusado, identificado con la C.C. 98.654.766.

Igualmente se introdujo al juicio la documentación correspondiente a la respuesta enviada por la Oficina de Planeación de la Alcaldía de Santuario, donde informan que el señor CFOO ha sido contratado por el citado municipio, como oficial, ayudante de construcción y delegado voluntario de la defensa civil, lo mismo que la certificación de Coomeva EPS en el sentido de que el citado ciudadano estuvo vinculado a esa entidad como cotizante dependiente.[[1]](#footnote-1)

4.1.2 PRUEBA DOS FGN: LUZ VIVIANA OSPINA MUÑOZ (madre del menor F.O.O.)

El señor CFOO, es el padre del menor Fernando Ospina Ospina.

El padre de su hijo le suministra alimentos “en desorden”. Se comprometió a dar cada 8 días $34.000; sin embargo está entregando cada 15 días $32.000. A veces no cancela esa suma completa.

El señor Ospina tiene obligaciones con otros hijos.

Ya había promovido un proceso en su contra por no cumplir sus obligaciones alimentarias y habían tenido varias conciliaciones para la fijación de las cuotas alimentarias. El señor Ospina se comprometió a ponerse al día con las sumas adeudadas pero no ha cumplido ese compromiso.

No tiene fecha exacta de las fechas de pago, ya que el padre de su hijo se quedaba con los recibos que ella le firmaba cuando pagaba las cuotas.

Para la fecha de su declaración el acusado no ha cumplido con la entrega de $34.000.oo cada 8 días, que se destinan para los gastos básicos de su hijo, los cuales ascienden aproximadamente a $300.000 mensuales.

En algunas ocasiones el señor Ospina le ha colaborado con el cuidado del menor. Pocas veces le ha dado ropa o algún detalle, pero tiene una buena relación con su hijo.

Solo tuvo conocimiento de un accidente que sufrió el señor Ospina una semana antes, quien usualmente trabaja como oficial de construcción. No conoce el monto de sus ingresos.

El acusado recibe su pago cada quince días, que es cuando debe cancelar las mesadas. Para la fecha de su testimonio está cumpliendo con la entrega de esas sumas cuando recibe su salario.

El señor Ospina tiene otros dos hijos.

Tiene algún conocimiento de que el acusado devenga cerca de $50.000 diariamente. No sabe si tiene otros ingresos aparte de su actividad como oficial de la construcción, o algún bien.

No puede precisar la fecha desde la cual el señor Ospina empezó a cumplir con sus deberes alimentarios, que fue desde que se celebró una audiencia en el municipio de Pueblo Rico.

En la denuncia manifestó que los hechos habían ocurrido el 1º de febrero del 2013. Reiteró que el acusado venía cumpliendo con el pago de esa prestación desde la fecha en que se hizo la audiencia en el municipio de Pueblo Rico.

Para precisar la fecha de los incumplimientos del procesado, manifestó que a partir de la audiencia de formulación de imputación que se celebró en el citado municipio, fue que el acusado empezó a cumplir con sus obligaciones alimentarias. Finalmente expuso la testigo: *“No, hay varios incumplimientos, y él se comprometió en Pueblo Rico en ponerse al día con lo que le debe desde hace mucho, o sea por ahora se ha puesto al día con las de ahora”.*

La juez aclaró que los pagos de la cuota alimentaria habían sido intermitentes y que solamente se habían hecho de manera regular a partir de la audiencia de imputación antes mencionada.

4.1.3 PRUEBA 3 FGN: ÁLVARO LONDOÑO PATIÑO. (Miembro de la Policía Nacional)

Cuando prestaba sus servicios en el municipio de Santuario le correspondió recibir una denuncia contra el señor CFOO, por el delito de inasistencia alimentaria.

Reconoció el informe de investigador de campo FPJ del 14 de junio de 2013.

La FGN solicitó que se adelantaran unas diligencias investigativas con base en esa denuncia, entre ellas que se entrevistara a la señora Luz Viviana Ospina Muñoz, con el fin de que ampliara la denuncia en contra del señor CFOO, reconociendo el documento respectivo.

Hizo mención de otros actos de investigación en que intervino, como la verificación de antecedentes[[2]](#footnote-2) y de arraigo del señor Ospina Osorio[[3]](#footnote-3), y las indagaciones que se hicieron para verificar si éste tenía bienes a su nombre o cuentas en entidades bancarias. Se admitió la prueba correspondiente al arraigo del procesado.

4.2 PRUEBAS DE LA DEFENSA.

4.2.1 Testimonio del señor CFOO (procesado)

Reside en Santuario con su esposa y su hijo. Tiene tres hijos.

Estudió hasta el grado once. Labora como oficial de construcción. Recibe un ingreso quincenal de $400.000. No tiene otros ingresos. No posee bienes.

Responde por sus tres hijos y su esposa.

Tuvo un hijo con Luz Viviana Ospina. Tiene una buena relación con su descendiente, que vive con su madre. Diariamente se ve con su hijo F.O.O. que tiene 7 años y se hace cargo de ese menor.

Cuando está trabajando hace los pagos de cuota alimentaria de su hijo F.O.O. A veces: *“se le van tres semanas”*, pero cuando le pagan que es cada quincena, cancela todo. A la fecha de su declaración está cumpliendo con su obligación alimentaria.

Reiteró que desde el año 2013 “el día que lo llamaron a la Fiscalía” ha venido entregando esa prestación en favor de su hijo.

4.3 La delegada de la FGN solicitó que se dictara sentencia condenatoria contra el procesado por la violación del artículo 233 del CP.

5. CONSIDERACIONES LEGALES.

5.1 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.

5.2 2. Problema jurídico a resolver

El debate se reduce a decidir si es viable revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar proferir sentencia de carácter absolutorio, de acuerdo con los argumentos expuestos por la defensora del acusado al sustentar su recurso de apelación.

5.3 En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de existencia de la conducta investigada y de la responsabilidad del acusado, como quiera que la recurrente, no hizo ninguna manifestación sobre la pena fijada en el fallo de primer grado.

5.4 La conducta punible de inasistencia alimentaria se encuentra descrita en el Código Penal de la siguiente forma:

*“Art. 233 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.*

5.5 El legislador estableció en el canon 233 del Estatuto Punitivo, 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 operador jurídico le asiste el deber de verificar si existe dicha obligación y si el obligado a ella ha incumplido sus obligaciones alimentarias, sin que exista justa causa, para sustraerse al cumplimiento de esta norma de mandato.

5.6 Este delito se definido 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 obligado evade ese deber, el delito se está consumando.

5.7 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[[4]](#footnote-4), cuya provisión corresponde en primer lugar a sus progenitores de manera 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, psicológico, 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.”*

5.8 En el caso *sub examen* se debe tener en cuenta el marco fáctico del escrito de acusación del cual se desprende lo siguiente: i) la señora Luz Viviana Muñoz presentó denuncia el 4 de abril de 2013 en contra del señor CFOO, expresando que el citado ciudadano que era el padre de su hijo F.O.O. no aportaba la cuota alimentaria del citado menor; ii) por tal razón lo había denunciado en la Comisaría de Familia del municipio de Santuario el 24 de enero de 2012; iii) en esa oportunidad el señor Ospina Osorio se comprometió a cancelar una cuota por de $32.000 semanales; iv) el acusado solamente cumplió ese acuerdo durante dos meses; v) por esa razón lo denunció nuevamente el 20 de junio de 2012 y se llegó un nuevo compromiso según el cual el señor Ospina se obligaba a cancelar la suma antes mencionada conforme a lo pactado en la Comisaría de Familia lo cual tampoco atendió; y vi) que esa situación dio lugar a una nueva denuncia por la conducta omisiva que se presentó a partir del 4 de abril de 2013, fecha desde la cual el acusado se venía sustrayendo a la obligación alimentaria contraída en favor de su hijo

5.9 Ahora bien, con la escasa prueba practicada durante el juicio, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

5.9.1 Con el registro civil de nacimiento del menor F.F.O, que fue introducido al proceso con el PT. Yony Javier Castillo Zambrano, se demostró claramente que el citado menor era hijo del acusado[[5]](#footnote-5).

El mismo integrante de la Policía Nacional expuso que le había solicitado a la oficina de planeación del municipio de Santuario, que certificara si el señor Ospina había tenido una relación laboral con ese ente territorial [[6]](#footnote-6)

Según respuesta entregada el 26 de febrero de 2014 se manifestó que el citado ciudadano había sido contratado por ese ente territorial o como oficial y ayudante de construcción; que no tenía un vínculo directo con la contratación de la administración municipal; no devengaba salario directo y no había contratos ejecutados a su nombre.[[7]](#footnote-7)

Por su parte la EPS COOMEVA certificó que el señor Ospina Osorio estuvo vinculado como “cotizante dependiente” desde el 29 de mayo de 2013 hasta el 29 de junio del mismo año y que para la fecha del 7 de marzo de 2014, figuraba como “retirado”.[[8]](#footnote-8)

5.9.2 De la sucinta declaración que entregó en el juicio la señora Luz Viviana Ospina Muñoz madre del menor F.O.O. se deduce lo siguiente:

Había formulado una denuncia contra el señor Ospina por incumplimiento en el pago de las cuotas alimentarias en favor de su hijo. Sin embargo no fue muy precisa al señalar las fechas en las que se presentó esa conducta omisiva

A partir de la audiencia de formulación de imputación que se realizó el 13 de diciembre de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal del municipio de Pueblo Rico, el señor Ospina Osorio empezó a cumplir con el pago de su cuota alimentaria

Del contexto de su declaración se deduce el señor Ospina hizo pagos intermitentes de las citadas mesadas, hasta antes de la fecha de la citada audiencia preliminar. Sin embargo la declarante no fue clara al referirse a esos períodos. Lo anterior se deduce de la última manifestación que hizo durante el juicio así: “*no, hay varios incumplimientos, y él se comprometió en Pueblo Rico a en ponerse al día con lo que debe desde hace mucho, o sea por ahora se ha puesto al día con las de ahora”.*

5.10 Por su parte la defensora le hizo un breve interrogatorio al acusado, quien expuso que para la fecha su declaración laboraba como oficial de construcción interior; que percibía un ingreso mensual de $800.000 y que estaba cumpliendo con las obligaciones alimentarias en favor de su hijo F.F.O. Igualmente explicó que en algunas ocasiones se atrasaba un poco en la cancelación de las cuotas por razón de las fechas en que recibía su pago, pero que no tenía pendiente ninguna suma por ese concepto.

5.11 En la sentencia de primera instancia se manifestó el acusado había aceptado ante una Comisaría de Familia el pago de una cuota alimentaria en cuantía de $32.000 semanales, obligación que no había cumplido sino durante dos meses, por lo cual la madre de la menor decidió denunciarlo ante la FGN donde el señor Ospina asumió el mismo compromiso que tampoco acató, lo que generó la nueva denuncia que dio origen al presente proceso.

La juez de primer grado sustentó esta afirmación en la declaración entregada por la madre del menor F.O.O. durante el juicio oral y dijo que esos hechos estaban confirmados con los testimonios de los investigadores que declararon en el proceso

5.12 Sin embargo debe decirse que pese a esa afirmación contenida en el fallo de primera instancia, lo real es que los patrulleros Yony Javier Castaño Zambrano y Álvaro Londoño Patiño no hicieron ese tipo de manifestaciones en ese sentido en el juicio oral, sino que se refirieron a sus actividades investigativas con base en las cuales se introdujeron diversos EMP al juicio, como el registro civil del menor F.O.O.; la respuesta que entregó la oficina de planeación del municipio de Santuario en el sentido de que el señor Ospina Osorio había sido contratado por ese ente territorial como oficial y ayudante de construcción (sin indicar en qué fecha); la constancia de vinculación del acusado a la EPS COOMEVA entre el 29 de mayo y el 29 de junio de 2013, y un documento relacionado con el arraigo del procesado.

5.13 Con la confusa declaración que entregó la madre del menor F.O.O. solamente quedó en claro que a partir del 16 de diciembre de 2013 el señor Ospina Osorio venía cumpliendo con sus obligaciones alimentarias. Por lo tanto, siguiendo el contexto fáctico del escrito de acusación, el incumplimiento que se atribuye al procesado sólo comprendería el período comprendido entre el 24 de enero de 2012 y el 16 de diciembre de 2013.

Del testimonio de la progenitora del menor F.O.O., se desprende que en ese interregno el acusado cumplió de manera parcial con el pago de sus cuotas alimentarias, ya que expuso que éste se quedaba con los recibos cuando cancelaba las mesadas. Sin embargo no resulta posible precisar las fechas en que el incriminado incurrió en esta conducta omisiva, ya que en el escrito de acusación se anunció como prueba una denuncia presentada por la señora Ospina y un acta de conciliación con acuerdo de la Fiscalía 20 de Santuario del 12 de julio de 2012 donde se llegó a un convenio entre las partes[[9]](#footnote-9), pero la delegada de la FGN no incorporó esos documentos al juicio oral.

5.14 En ese orden de ideas y frente a las manifestaciones de la madre del menor F.O.O., en el sentido de que el señor Ospina había cumplido parcialmente con el pago de sus mesadas en el período anterior a la audiencia de formulación de imputación, que fue fijado entre el 24 de enero de 2012 y el 16 de diciembre de 2013, hay que manifestar que según la prueba allegada válidamente al proceso, sólo se puede considerar demostrado que el señor Ospina estuvo laborando durante un mes, por lo cual fue vinculado al sistema de seguridad social en salud, entre el 29 de mayo de 2013 y el 29 de junio del mismo año, siendo su empleadora Ana María Ramírez Arcila[[10]](#footnote-10).

No es posible fijar en que otros períodos estuvo adelantado alguna labor productiva, ya que de la certificación de la Secretaría de Planeación de Santuario del 26 de febrero de 2014[[11]](#footnote-11) sólo se deduce que el citado ciudadano ha mantenido vínculo con ese ente territorial, siendo contratado como oficial y ayudante de construcción, pero no se indican los períodos en los que prestó esa clase de servicio, o si ellos fueron permanentes.

5.16 En atención a lo expuesto en precedencia se puede concluir que si bien es cierto se comprobó que el señor Ospina tuvo incumplimientos parciales en el pago de sus cuotas alimentarias en el período mencionado, -frente a los cuales la denunciante no aportó información precisa ya que dijo que el acusado conservaba los recibos de pago-, no se estableció claramente si para esas fechas el incriminado estaba en capacidad de cumplir con esa obligación, ya que la única evidencia al respecto viene a ser la certificación que expidió COOMEVA EPS sobre el hecho de que estuvo inscrito como cotizante del sistema de seguridad social en salud durante el mes que transcurrió entre el 29 de mayo y el 29 de junio de 2013, con un salario de $590.000, situación que guarda 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 .

5.17 En ese orden de ideas se debe tener en cuenta que desde la sentencia C-237 de 1997 (proferida en vigencia del anterior CP), 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”*

Por su parte, en la sentencia referida por la recurrente (CSJ SP del 19 de enero de 2006, radicado 21023) se expuso lo que se transcribe a continuación sobre el artículo 233 del CP:

“(…)

*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.*

*La justicia de la causa es determinación razonable, explicable, aceptable y hace desaparecer la incriminación, cualquiera fuera su origen o lo oportunidad de su ocurrencia (Sentencia T-502 del 21 de agosto de 1992).*

*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".*

*(…)”*

5.18 En atención a los precedentes antes mencionados, la Sala concluye que en este caso la FGN no acreditó que la conducta omisiva que se atribuye al procesado, consistente en el incumplimiento parcial en el pago de sus obligaciones alimentarias en el período anterior al 16 de diciembre de 2013, se hubiera producido sin justa causa, ya que no se probó durante qué fechas el señor Ospina tuvo un empleo o algún tipo de ingreso en ese interregno, situación que bien pudo ser verificada por la FGN, ahondando en la investigación para que v.g.r., la Alcaldía de Santuario certificara las fechas en que el padre del menor F.O.O. se desempeñó como oficial de construcción en ese lapso, 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, con lo cual se afectan los presupuestos del artículo 381 del CPP ya que no existe convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, como lo dispone el artículo 7º del CPP, por lo cual se revocará la sentencia recurrida .

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario, y en su lugar ABSOLVER al señor CFOO, por la violación del artículo 233 del C.P.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

Secretaria

1. Folios 48 a 56 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 63 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 65 [↑](#footnote-ref-3)
4. Art. 44 Constitución Política de Colombia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 48 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 53 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 54 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 56 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 3y 4 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 56 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 54 [↑](#footnote-ref-11)