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

**TEMAS: INASISTENCIA ALIMENTARIA / CARACTERÍSTICAS DE ESTE DELITO / ESTUDIO DEL ELEMENTO “SIN JUSTA CAUSA” / PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA –DEVENGAR AL MENOS EL SALARIO MÍNIMO– NO APLICA EN MATERIA PENAL.**

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 comprometida, 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. (…)

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. (…)

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…

… no obstante que el juez a quo dio aplicación a lo establecido en el artículo 129 C.I.A., en punto de la presunción consistente en que el procesado devengaba al menos un salario mínimo, debe indicarse que acorde con la actual jurisprudencia nacional ello no podía ser así, no solo porque la Fiscalía no soportó que en efecto el señor JAMES BORJA LÓPEZ se dedicó durante dicho lapso a ejercer alguna actividad laboral, o los recursos económicos con los que supuestamente contaba, sino porque además ello opera solo en materia de procesos de familia y no en materia penal, en atención al principio de presunción de inocencia…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

ACTA DE APROBACIÓN No 1145

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Diciembre 14 de 2018. 8:07 a.m. |
| Acusado: | James Borja López |
| Cédula de ciudadanía: | 16.350.734 de Tuluá (V.) |
| Delito: | Inasistencia Alimentaria |
| Víctima: | V.B.T., I.B.T. y D.B.T., de 9, 11 y 15 años de edad, respectivamente, para la fecha de la denuncia. |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo de condena de fecha junio 22 de 2018. SE REVOCA. |

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 LUZ MERY TORO CASTRILLÓN en denuncia formulada en octubre 4 de 2011, que el señor JAMES BORJA LÓPEZ, padre de las jóvenes V.B.T., I.B.T. Y D.B.T., ha desatendido su obligación alimentaria desde agosto de esa misma anualidad, por lo cual ella ha sido la que vela por todos los gastos atinentes a su manutención. Se indica que aunque la joven D.B.T. cumplió en julio de 2013 su mayoría de edad, actualmente cursa estudios universitarios e igualmente que el padre de las niñas se había comprometido a cancelar de manera mensual la suma de $200.000.oo, por lo que adeuda como alimentos un monto de $10´000.000.oo.

1.2.- Realizada las audiencias preliminares (abril 19 de 2016) ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), se declaró en contumacia al señor JAMES BORJA LÓPEZ y se le formuló imputación por el delito de inasistencia alimentaria consagrado en el inciso 21°, art. 233 C.P., a consecuencia de lo cual la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (abril 26 de 2016) donde ratificó el mismo cargo, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con función de conocimiento de esta capital, autoridad que llevó a cabo, luego de diversos aplazamientos, las audiencias de formulación de acusación (junio 28 de 2017), preparatoria (septiembre 8 de 2017), y juicio oral (junio 5 y 22 de 2018), fecha esta última en la cual se profirió sentido de fallo adverso y se dictó la respectiva sentencia de condena, por medio de la cual: (i) se condenó a la pena de 32 meses de prisión y multa de 20 s.m.l.m.v.; (ii) a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término al de la pena principal; (iii) se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de 3 años; y (iv) no se pronunció acerca del pago de perjuicios, pero dio vía libre a la representante de la víctima menor de edad -V.B.T.- y las hoy adultas I.B.T. y D.B.T., para que propongan la apertura del incidente de reparación integral.

1.3.- Los fundamentos que tuvo en consideración el a quo para condenar al acusado los hizo consistir en que con los registros civiles de nacimiento se acredita el parentesco del señor BORJA LÓPEZ con las ofendidas V.B.T., I.B.T. y D.B.T., por lo cual le asiste ese deber alimentario como lo dispone el canon 411 C.C.

En cuanto a la responsabilidad que en la ilicitud le asiste al procesado, y luego de hacer alusión a la estructura del tipo penal de inasistencia alimentaria, a su carácter de ejecución permanente y a jurisprudencia relativa al término “sin justa causa”, estimó que el acusado realizó aportes ocasionales aun en las fechas que según él no podía trabajar, pero no es de recibo que al verse privado de su tarjeta profesional de abogado no optara por alternativas laborales para proveer el sustento de sus hijas y decidiera recluirse en su casa y no hacer nada, como así lo señaló, con el argumento, según su defensora, que sería una “degradación profesional” o porque “se sentía afectado emocionalmente”.

Al conformar los alimentos todo lo indispensable para el sustento como lo refiere el canon 24 C.I.A. -habitación, vestido, asistencia médica, recreación, etc.-, el cumplimiento de tal obligación se logra mediante el aporte constante de la cuota debida que les permita llevar una vida digna, máxime que los padre tiene la responsabilidad primordial, dentro de sus posibilidades económicas, de velar por las condiciones de vida para el desarrollo del menor, como así lo dispone el artículo 27 de la Convención Universal Sobre los Derechos del Niño. Lo anterior implica que quien engendra un hijo adquiere un compromiso primordial, ineludible y debe ejercitar acciones positivas para cumplir con la misma, incluso al dejar de lado sus propios derechos que ceden ante los de los menores, sin que sirva de justificación la mala situación económica, máxime que el encartado está en plena capacidad productiva, sin impedimento alguno.

El señor BORJA LÓPEZ, en caso de no poder sufragar por imposibilidad la cuota alimentaria obvió, como era su deber, acudir ante la autoridad competente para buscar la reducción de cuota alimentaria si su situación monetaria o de salud había variado para que se le fijara una nueva acorde a su capacidad, pero no obró así, y no obstante que su condición económica fuera precaria, ello no era óbice para quedarse de brazos cruzados, sin proveer la cuota alimentaria.

En relación con esa falta de ingresos, el despacho destaca que los derechos de los niños prevalecen sobre los del procesado y por ende debe darse plena vigencia a la presunción sobre la capacidad económica que alude el canon 129 C.I.A., cuando no es posible para el juez establecer la solvencia económica del alimentante, lo cual se sustenta en jurisprudencia Constitucional, y con postura del Tribunal Superior de este Distrito.

Estimó finalmente, que el procesado incurrió en una omisión al no ponerse al día con las cuotas atrasadas, y lo que enseña la actuación es que se trata de una persona que a pesar de poder buscar un ingreso por otros medios laborales mientras recuperaba su licencia, se excusó en una supuesta crisis personal y subordinó a las mismas sus obligaciones como padre. En este asunto no se acreditó que el acusado estuviera inmerso en alguna causal exonerativa de responsabilidad o que el incumplimiento obedeciera a un caso fortuito o fuerza mayor, y mucho menos que se encontrara imposibilitado para laborar, porque ello no se probó en juicio.

1.4.- La defensa se mostró inconforme con la decisión e hizo expresa manifestación de apelar el fallo, recurso que sustentó en forma escrita.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

Pide se revoque en su integridad la sentencia condenatoria y para sustentar tal solicitud expone:

Considera que en juicio se probó: (i) el parentesco con los certificados de nacimiento; (ii) la exclusión de su cliente por cinco años de la profesión de abogado y que en abril 12 de 2017 se rehabilitaron sus facultades; (iii) que en diciembre de 2017 regresó nuevamente a laborar y sus hijas a recibir dinero; (iv) con el arraigo que JAMES no tenía trabajo; y (v) la denuncia coincide con la sanción disciplinaria.

Con los testimonios de las víctimas, de los testigos de la defensa y del mismo procesado se acreditó: (i) que tiene tres hijas, que incumplió su obligación alimentaria y que sus descendientes han sido atendidas por su madre y hermana mayor; (ii) que no ejerció ningún otro oficio y que vivía a expensas de su hijo; (iii) con la historia clínica se estableció que estaba siendo asistido por el SISBEN, como persona sin recursos; (iv) que fue suspendido del ejercicio profesional y no tenía otro trabajo; (v) que el señor JAMES BORJA tiene 60 años, es abogado, no sabe realizar otra labor, carece de bienes e ingresos distintos a los de su profesión de abogado, y ha sobrevivido en estos años de sanción porque su hijo sostuvo la casa; y (vi) que al regresar a laborar ha cumplido con su cuota alimentaria, y aun cuando no trabajaba aportó en algunas ocasiones.

Señala igualmente que la madre de las afectadas no compareció a juicio para corroborar o desmentir los dichos de sus hijas o del acusado, y las menores desconocían la cuantía, los aportes reales y que a veces daba dinero. Mucho menos la Fiscalía probó que el señor JAMES BORJA tuviera bienes, solvencia económica alguna o hubiera ejercido actividad de la cual se lucrara. No hay lugar por tanto a tener por acreditado el dolo en su obrar; antes por el contrario, las víctimas indican que su padre fue sancionado y no tenía trabajo, con lo cual se acreditó la justa causa para su incumplimiento, esto es, la inhabilitación para ejercer su condición de abogado.

Finalmente hace alusión a jurisprudencia relativa a la capacidad económica del alimentante y señala que en este caso no se dan los presupuestos del artículo 381 C.P.P. para emitir una sentencia condenatoria.

Tanto la apoderada de víctimas como el señor **JAMES BORJA LÓPEZ**, en ejercicio de su defensa material intervinieron en el presente asunto para referir lo siguiente:

**2.2.-** La apoderada de víctimas -no recurrente-

El a quo efectuó un análisis juicioso y pormenorizado de las pruebas debatidas en juicio y en el fallo se vio reflejada la protección de los derechos constitucionales y legales de los niños, niñas y adolescentes, conforme lo prevé el canon 44 Superior, máxime que la Fiscalía logró demostrar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del acusado en la conducta de inasistencia alimentaria, sin que este, por intermedio de su representada pudiera acreditar una justa causa para su incumplimiento o sustracción de las obligaciones que como padre tiene para con sus tres hijas.

El fallo no podría ser otro que condenatorio, y las víctimas tienen derecho a la verdad, justicia y reparación, y en este caso el juez con su decisión logró garantizar tal derecho y en consecuencia pide se confirme la sentencia proferida.

**2.3.-** El procesado -no recurrente-

Se centra en hacer una narración de las circunstancias personales en cuanto a la relación que sostuvo con LUZ MERY TORO CASTRILLÓN y sus hijas V.B.T., I.B.T. y D.B.T., al tiempo y lugares donde compartió con las mismas y la colaboración económica que les brindada, así como a la sanción para ejercer su profesión de abogado por un espacio de 6 años, lo cual deterioró la relación con su esposa, pero aun así señala que sus hijas no vieron vulnerados sus derechos al contar con el apoyo de la hermana mayor y del esposo quien tenía altos ingresos al ser directivo de MOVISTAR en Colombia.

Resalta la no asistencia de la señora LUZ MERY TORO en la audiencia de juicio, quien al parecer las manipuló para que expresaran el inconformismo por un abandono que nunca sucedió pues mientras laboró como abogado suplió todos sus gustos. Agrega que en ningún momento aparece establecida la cuota alimentaria, pues aunque ha girado dineros no sabe cuál es su valor, por lo que pide se fije la misma de manera definitiva teniéndose en cuenta que tiene otro grupo familiar por su matrimonio, y que sus otros hijos aunque son mayores también dependen de él, e igualmente que está en estrato bajo y con SISBEN.

Agrega que fue contratado por la administración municipal de Tuluá (V.) como abogado asesor en el Departamento de Movilidad de enero 25 a noviembre de 2018, el cual puede ser renovado y desde que empezó a laborar no ha dejado de pagar las cuotas alimentarias, como también de sufragar la suma de $10´000.000.oo que fue lo solicitado por la demandante.

Finalmente y luego de hacer referencia al principio de contradicción y al conocimiento para condenar, pide que se revoque el fallo emitido en su contra.

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

**2.5.-** Encontrándose las diligencias en esta Corporación, el procesado adjuntó copia de la consignación por valor de $10´000.000.oo efectuado a favor de su hija D.B.T., e igualmente aduce que desde que empezó a laborar en la Alcaldía de Tuluá (V.) les consigna la suma de $300.000.oo desde inicios del año 2018.

De igual modo se recibió escrito signado por las jóvenes V.B.T., I.B.T. y D.B.T., por medio del cual informan que su señor padre les ha efectuado el pago de la suma de $10´000.000.oo, y en consecuencia piden se dé por terminado el proceso seguido contra el señor **JAMES BORJA LÓPEZ** por haberse presentado una reparación integral.

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 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, 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 defensa-.

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

Al Tribunal le corresponde establecer si la decisión condenatoria proferida por la primera instancia en contra del aquí implicado se encuentra ajustada a derecho, o si por el contrario, como lo pregona la abogada recurrente, la fiscalía no acreditó los requisitos para que se configure responsabilidad en su contra, por lo cual pide se revoque el fallo y se emita una sentencia absolutoria.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

Como se indicó en un comienzo, los hechos génesis de esta actuación fueron dados a conocer por la señora LUZ MERY TORO CASTRILLÓN en denuncia presentada en contra del señor JAMES BORJA TORO -padre de sus hijas V.B.T., I.B.T. y D.B.T.-, donde expresa que éste incumple con la obligación alimentaria a la que se había comprometido en la suma de $200.000.oo desde agosto 1° de 2011, por lo cual le adeuda aproximadamente $10’000.000.oo.

Debe señalarse *ab initio* que al trámite se incorporó como prueba de la Fiscalía el registro civil de nacimiento correspondiente a las descendientes del señor **BORJA LÓPEZ**, esto es, las jóvenes V.B.T.[[1]](#footnote-1) , I.B.T.[[2]](#footnote-2) Y D.B.T.[[3]](#footnote-3), con lo cual se encuentra debidamente probado que quienes figuran en la presente actuación como víctimas son hijas del procesado; en consecuencia, surge diáfana la obligación legal que tiene de suministrar alimentos. Así mismo debe indicarse que si bien dos de esas jóvenes ostentan ya la mayoría de edad, para la época en que según se afirma se dio la inasistencia -año 2011-, ambas eran todavía menores de edad.

Ahora bien, en punto de la responsabilidad, consideró el a quo que en efecto el procesado incurrió en una omisión al no haberse puesto al día con las sumas adeudadas por concepto de su compromiso alimentario, excusándose en una supuesta crisis personal derivada de la inhabilitación en el ejercicio profesional de abogado, y de haber carecido de capacidad económica lo que correspondía era hacer uso de las herramientas jurídicas para regular el monto de la cuota.

Para la defensa, ese es precisamente el punto de discusión, al estimar que por parte del órgano persecutor no se acreditó el dolo, y por el contrario se demostró una justa causa para el incumplimiento alimentario, amén de la inhabilitación para el ejercicio de la actividad profesional como abogado de parte del procesado, lo que le impidió la consecución de recursos para su sustento así como el de su descendencia.

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 comprometida, 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), y

7.- Al tenor del último precedente del órgano de cierre en materia penal, en cuanto al tema de subrogados y/o sustitutos, hay lugar a la concesión de beneficio liberatorio para el sentenciado con miras a satisfacer el intereses superior de los menores, la prevalencia de sus derechos y la necesaria reparación de perjuicios -CSJ SP, 15 nov. 15 de 2017, rad. 49712-.

Para la Corporación y luego del estudio del caso, se tiene clara la responsabilidad del incriminado en cuanto a la omisión alimentaria para con sus hijas, 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:

El accionar del aparato jurisdiccional se dio con ocasión de la denuncia impetrada por la señora LUZ MERY TORO CASTRILLÓN, madre de las jóvenes víctimas, quien aseguró que el señor **JAMES BORJA** desde agosto de 2011 no cumple con su deber legal y constitucional de proveer alimentos a sus hijas. Situación que fue corroborada por las mismas afectadas, quienes en sede de juicio oral fueron enfáticas en señalar que las personas que han velado por su sostenimiento han sido su señora madre y la hermana mayor KAREN GIRALDO.

Así mismo, de la información suministrada por el propio acusado en juicio al hacer dejación de su derecho a guardar silencio, se observa que en efecto durante algunas anualidades aportó sumas de dinero -en el año 2012 aportó $300.000, otro valor no especificado en el año 2014 que entregó a la madre de las menores, en diciembre de 2017 consignó $300.000 D.B.T., y a partir de marzo de 2018-, siendo enfático en indicar que cuando omitió su deber alimentario lo fue por haber sido sancionado disciplinariamente con la exclusión de la profesión de abogado, circunstancia que se originó a partir del año 2011.

Resalta así mismo la abogada recurrente, que la omisión en la que incurrió su cliente fue precisamente porque a raíz de la imposibilidad de ejercer su actividad de abogado no contaba con recursos económicos para brindar la colaboración requerida por sus hijas. Y al respecto es incontrovertible, de conformidad con lo arrimado a la audiencia de juicio oral, que en realidad de verdad el señor **JAMES BORJA** fue sancionado por el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, con la exclusión de su profesión, decisión que cobró firmeza en abril 28 de 2011, situación que también reiteraron cada una de sus hijas al rendir testimonio en juicio, siendo tal eventualidad la que en sentir de la letrada recurrente le impidió cumplir con su obligación y de allí se advierte la existencia de una justa causa, a consecuencia de lo cual no puede ser emitida una sentencia condenatoria en su contra.

Fue el mismo procesado quien señaló en juicio que como quiera que no sabía ejercer una actividad profesional distinta a la del litigio, y con ocasión de la inhabilitación en su ejercicio permaneció en su casa, de donde no salía por pena, y durante esos seis años de suspensión el encargado de velar por su sostenimiento fue su hijo JUAN CARLOS. Lo anterior aunado a las dolencias físicas que padece y que incluso ameritaron una intervención quirúrgica. Estas últimas situaciones fueron corroboradas por los testigos de la defensa HÉCTOR FABIO SÁNCHEZ y ARMÍN SÁNCHEZ ORTIZ, acerca de lo cual se percataron por cuanto ambos son sobrinos de la esposa del aquí comprometido, GLADYS SÁNCHEZ.

Si bien el a quo se duele de la pasividad del señor **JAMES BORJA**, quien al verse desprovisto de su tarjeta profesional no buscó otras alternativas laborales para cumplir con su obligación alimentaria, de lo arrimado al dossier se evidencia una deficiente actividad probatoria para acreditar si el mismo durante los años en que no logró ejerce su oficio de abogado contó con un empleo distinto o al menos con recursos o bienes de fortuna que le permitieran satisfacer el deber alimentario sin afectar su propia subsistencia.

Frente a tal circunstancia ninguno de los testigos que rindieron declaración en juicio señalaron que JAMES BORJA contara con un ingreso y mucho menos con un trabajo que le permitiera cumplir a cabalidad ese deber alimentario, y por el contrario el mismo incluso al parecer estuvo vinculado en calidad de beneficiario del SISBEN –el documento que así lo acreditaba no fue incorporado al juicio-, lo que demuestra la falta de capacidad económica de su parte.

Ahora bien, no obstante que el juez a quo dio aplicación a lo establecido en el artículo 129 C.I.A., en punto de la presunción consistente en que el procesado devengaba al menos un salario mínimo, debe indicarse que acorde con la actual jurisprudencia nacional ello no podía ser así, no solo porque la Fiscalía no soportó que en efecto el señor JAMES BORJA LÓPEZ se dedicó durante dicho lapso a ejercer alguna actividad laboral, o los recursos económicos con los que supuestamente contaba, sino porque además ello opera solo en materia de procesos de familia y no en materia penal, en atención al principio de presunción de inocencia[[4]](#footnote-4).

Mírese igualmente que al efectuarse el estudio de constitucionalidad de dicha norma, la Corte en la sentencia C-055/10 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 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 mencionado 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.

En este caso, el órgano persecutor no probó nada de eso, como así lo destaca la defensa, y por el contrario lo que salta a la vista, de conformidad con lo allegado al juicio, es que entre los años 2011 a 2017, cuando el señor **JAMES BORJA** no tuvo posibilidad de ejercer su profesión de abogado, se refugió en su casa y el sustento lo obtuvo de uno de sus hijos, tal cual así lo refirió no solo el procesado sino los testigos de descargo.

Es evidente de acuerdo con lo referido en juicio por las jóvenes V.B.T., I.B.T. Y D.B.T., que su padre JAMES BORJA se sustrajo al compromiso alimentario y que fue a su señora madre LUZ MERY TORO CASTRILLÓN, y a la hermana mayor KAREN GIRALDO, a quienes les correspondió asumir la obligación del hogar ante la ausencia económica del padre; pero ello, en sentir del Tribunal y como así lo expresa la defensa, encuentra justificación en el hecho de que el procesado quien se ha ejercido como abogado litigante, se quedó sin su principal herramienta de trabajo, esto es, la tarjeta profesional que lo habilita para el ejercicio de la profesión.

Debe resaltarse que una vez el señor JAMES fue rehabilitado en el ejercicio profesional por el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, y logró obtener un empleo como contratista del municipio de Tuluá, mostró el interés que tenía en colaborar con el sostenimiento de sus hijas, para lo cual realizó diversos aportes económicos por valor de $300.000.oo a partir del mes de marzo, e igualmente, como así lo manifestaron a esta Corporación sus propias hijas, les canceló la referida suma de $10´000.000.oo que era la cantidad tasada por los alimentos que dejó de sufragar desde el 2011 al 2017, situación que incluso motivó a las mismas a solicitar la terminación del proceso por reparación integral.

Frente a tan particulares circunstancias, corresponde decir que el delito de inasistencia alimentaria dejó de ser querellable y por ende desistible, a la luz de lo reglado en la Ley 1542/12, que fue declarada exequible mediante sentencia C-022/15 -máxime que en este caso al menos uno de los sujetos pasivos actualmente todavía es menor de edad-. E igualmente tampoco podría acudirse a la extinción de la acción penal por indemnización integral, en primer lugar por cuanto la Ley 906/04 no regula expresamente la terminación del proceso por esa vía -art. 77-, y en segundo término porque aunque la Sala de Casación Penal aclaró que en atención al principio de favorabilidad esta sería procedente si se cumplen los requisitos del artículo 42 de la Ley 600/00[[5]](#footnote-5), en este evento no sería posible dar aplicación a tal figura toda vez que dicha norma no hace alusión al delito de inasistencia alimentaria, e igualmente por cuanto estamos ante un delito que afecta el bien jurídico de la familia y no el patrimonio económico.

Pese a lo anterior se concluye que, y si bien es cierto se demostró en el curso de la actuación que por parte del señor JAMES BORJA LÓPEZ se incumplieron los deberes alimentarios para con sus hijas V.B.T., I.B.T. Y D.B.T., de todas forma existió una justa causa para ello, esto es, el haberse quedado desempleado por la exclusión de su profesión de abogado. A lo cual se une que la obligación del órgano persecutor era la de probar que desde el año 2011 hasta el 2017 cuando se le formuló acusación, el comprometido contaba con un empleo que le generara ingresos, o bienes de fortuna de los cuales derivar una renta y que le permitieran solventar sus necesidades económicas y las de sus hijas; pero nada de eso presenta acreditación probatoria. Siendo así, el fallador no podía presumir a la luz de lo reglado en el canon 129 C.I.A. que el procesado devengaba al menos un salario mínimo legal, con miras a derivar de esa fuente normativa un fallo de condena.

En ese orden de ideas, y al considerar la Colegiatura que en efecto existió una justa causa para el referido incumplimiento, la conducta endilgada no podía ser objeto de reproche penal y hay lugar a revocar la decisión adoptada por el funcionario de primer nivel, y en su lugar lo que corresponde es un fallo de carácter absolutorio.

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, REVOCA la sentencia condenatoria proferida en contra del señor JAMES BORJA LÓPEZ por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira, y en su lugar SE ABSUELVE de los cargos al acusado.

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**

El Secretario de la Sala,

**WILSON FREDY LÓPEZ**

1. De conformidad con el Registro Civil de Nacimiento con Serial 33829824, la joven V.B.T. nació en enero 07 de 2002, por lo cual para la fecha de la denuncia tenía 9 años de edad. [↑](#footnote-ref-1)
2. De conformidad con el Registro Civil de Nacimiento con Serial 28400120, la joven I.B.T. nació en enero 03 de 1999, por lo cual cumplió su mayoría de edad en enero 03 de 2017, y para la fecha de la denuncia tenía 12 años de edad. [↑](#footnote-ref-2)
3. Conforme el Registro Civil de Nacimiento con serial 29762619, la joven D.B.T., nació en julio 02 de 1995, es decir, cumplió su mayoría de edad en julio 02 de 2013, y para la fecha de la denuncia contaba con 15 años de edad. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ SP, 30 may. 2018, rad. 47107. [↑](#footnote-ref-4)
5. Véase entre otras: CSJ SP, 13 abr. 2011, rad. 35946 y CSJ SP, 5 oct. 2016, rad. 47990 [↑](#footnote-ref-5)