

TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

RADICADO	05001-60-00206-2012-30598
DELITO	INASISTENCIA ALIMENTARIA
PROCESADO	JESÚS ARLEY HERRERA MARTÍNEZ
ASUNTO	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE:
DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del veintiséis (26) de enero de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 003 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 89 Local en contra de la sentencia absolutoria proferida en favor del señor **JESÚS ARLEY HERRERA MARTÍNEZ** por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Medellín por el delito de Inasistencia Alimentaria.

2. HECHOS

El 28 de agosto del año 2014, la señora Luz Marleny Giraldo Arias formuló denuncia penal en contra del señor **JESÚS ARLEY HERRERA MARTÍNEZ**, por el delito de inasistencia alimentaria, explicando que este tuvo una relación sentimental con su hija **KATHY MEJÍA GIRALDO** donde procrearon a su nieta Elizabeth Herrera Mejía, nacida el 06 de agosto de 1997 (hoy mayor de edad), sin embargo desde el 01 de enero de 2007, este se ha sustraído de su obligación alimentaria, pese a estar laborando como distribuidor de productos lácteos y como oficial de obra.

3. RECUENTO PROCESAL

En virtud de lo anterior, el 29 de agosto de 2014 ante el Juzgado 32° Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación al señor **HERRERA MARTÍNEZ** por el delito de Inasistencia alimentaria, contemplado en el inciso segundo del artículo 233 del Código Penal. Seguidamente la Fiscalía presentó escrito de acusación, correspondiendo el asunto al Juzgado 19° Penal Municipal de Conocimiento de esta ciudad, donde se llevaron a cabo las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral y finalmente, el 24 de marzo de 2017, se profirió sentencia absolutoria en favor del procesado, la cual fue impugnada por la Fiscalía.

4. DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Tras un examen conjunto de las pruebas aportadas en el proceso de la referencia, compuestas por estipulaciones y la prueba testimonial, el juez de conocimiento explicó que, si bien se había acreditado dentro del dossier que la joven Elizabeth para la fecha de los hechos era menor de edad e hija del acusado, y que este reconoció que se había atrasado en el pago de las cuotas alimentarias, lo cierto es que no se había sustraído de su obligación sin justa causa, por el contrario, la prueba recaudada da cuenta de que no ha tenido un empleo fijo por más de 5 años, entre el 2002 al 2007 y que lo poco que ha devengado en sus labores informales de construcción, apenas alcanza para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Sumado a ello, la Fiscalía no se preocupó por corroborar si el procesado tenía bienes, solo cuando este aportó sendos recibos de pago, firmados por la abuela materna de su hija, de los años 2008, y 2009 por valor de \$1.200.000, fue que solicitó aplazamiento en orden a verificar su autenticidad. Adicionalmente durante el juicio oral, la madre de la menor reconoció una declaración extra juicio del año 2014, en la que manifiesta que el señor **HERRERA MARTÍNEZ** se encontraba a paz y salvo con las cuotas de alimentos de su hija, siendo extraño que manifestara luego de 3 años, que eso lo hizo bajo amenazas, pero nunca acudió a la fiscalía y el

ente instructor, tampoco se ocupó de demostrar la veracidad de estas afirmaciones.

En conclusión, en este proceso quedó demostrado que aun cuando el procesado se sustrajo de su obligación alimentaria, ello fue con justa causa, en la medida en que no contaba con empleo, pero pese a ello, logró ponerse al día en sus obligaciones, por lo que su conducta carece de lesividad. De ahí que haya resuelto absolverlo de los cargos formulados.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la representante de la Fiscalía interpuso el recurso de apelación, explicando que no solo se acreditó el incumplimiento en las cuotas alimentarias, sino que, con los testigos de cargo, se demostró que el procesado para la fecha de la denuncia laboraba en una microempresa familiar repartiendo quesitos, además de su oficio normal en la construcción. Igualmente se demostró que el acusado tenía dos motocicletas y un lote y pese a ello, dejó de responder por su hija desde que cumplió los 5 años de edad.

Dice la abuela de la víctima que ha sido ella quien ha velado por su hija y su nieta, que el procesado nunca ha cumplido con su obligación alimentaria y solo después de que lo denunció comenzó a buscarla, pero que lo único que le entregó fueron 200.000 pesos. Adicionalmente el acusado afirmó en el juicio que estaba laborando, que tenía unos bienes, los cuales vendió – según él- para cancelar la deuda, pero de cuyo pago no hay constancia alguna.

Por si fuera poco, declaró en audiencia la compañera permanente del señor Jesús Arley, quien manifestó que convive con este hace 17 años, que tienen dos hijos y comparten las obligaciones de la casa y que a pesar de que este trabaja en labores de construcción, solo lo hace 2 o 3 días a la semana, recibiendo una mesada diaria de \$30.000 pesos. Además, dice que en efecto este tenía un lote y una moto las cuales vendió para cancelar la deuda alimentaria e incluso ella hizo un préstamo para que completara lo que faltara, lo que demuestra que sí tenía capacidad económica.

Concluye su intervención relacionando una serie de problemas jurídicos que a su criterio no fueron resueltos por el fallador, concretamente si a pesar del hecho de probar todos los elementos del punible de inasistencia alimentaria, se podía absolver por antijuricidad material y ausencia de lesividad; si el presunto pago de la obligación si es válido, cuando existió vicio en el consentimiento de la víctima; si la indemnización integral es una forma de terminar anticipadamente el proceso; los cuales trata de explicar a partir de criterios jurisprudenciales, para concluir que el procesado no canceló las sumas de dinero que están plasmadas en los recibos y que se debe dar plena credibilidad a los testigos de cargo.

Insiste en que debe protegerse a la menor víctima, que la decisión cuestionada implica que, durante el tiempo del incumplimiento de la obligación alimentaria, no se afectó el bien jurídico, cuando se demostró que la menor sufrió necesidades, que tuvieron que ser cubiertas por la abuela materna y que el acusado solo pagó la deuda, luego de la imputación, por lo que la indemnización de perjuicios solo era relevante para efectos del incidente de reparación integral.

Por todo lo anterior, la Fiscalía solicita que se revoque el fallo absolutorio y en su lugar se condene al procesado por el delito de inasistencia alimentaria.

6. SUJETOS NO RECURRENTES

La defensa en su condición de no apelante solicitó confirmar el fallo de primer grado, explicando que el mismo se encuentra ajustado a derecho, de manera rigurosa y conforme la realidad probatoria. Tras un recuento del fallo y de las inconsistencias alegadas por la Fiscalía, concluye que esta última no logró probar que el acusado se sustrajo sin justa causa de su obligación alimentaria, y por ende es menester mantener la absolución.

7. COMPETENCIA

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para conocer del recurso

de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia de primera instancia.

Partiendo de los argumentos que sustentan el recurso de alzada, corresponde en esta oportunidad analizar el problema jurídico planteado por la Fiscalía, efectuando un estudio previo de los siguientes aspectos: (i) El delito de inasistencia alimentaria y su connotación de punible de tracto sucesivo; (ii) el bien jurídico protegido; (iii) y la posible responsabilidad del procesado en el delito por el que se le acusa.

7.1. El delito de inasistencia alimentaria y su característica de tracto sucesivo.

Comencemos por señalar que de conformidad con el análisis de lo expuesto en el artículo 233 del Código Penal, puede afirmarse que el delito de inasistencia alimentaria es un tipo penal de mera conducta, de lesión, de conducta permanente y pluri-ofensivo, que se caracteriza por la realización del verbo simple **SUSTRAERSE**, el cual significa alternativamente eludir, incumplir, evitar, etc. Así mismo, la norma consagra un elemento normativo, consistente en la expresión “*sin justa causa*” para lo cual debe hacerse una remisión al artículo 411 del Código Civil, que especifica cuáles son las condiciones necesarias para que se genere la obligación alimentaria y además cuales son las exclusiones pertinentes.

Sobre este delito en particular, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente: ***“La conducta allí descrita es de peligro, toda vez que no se requiere una efectiva causación de daño al bien jurídico protegido -la familia-, sino simplemente de la probabilidad de un daño para el mismo. Basta con que exista sustracción del civilmente obligado, que ella sea injustificada y, adicionalmente, que aquél conozca la realidad del deber y decida incumplirlo. Se castiga a quien falta al compromiso nacido del vínculo de parentesco o de matrimonio, y en esa medida pone en peligro la tutela a la familia y la subsistencia del beneficiario.*”**

Así las cosas, en el evento de demostrarse que el sujeto ha cumplido con su obligación, no se configura la conducta delictiva. Si se comprueba que aun

de haberla inobservado existe justa causa para ello, la conducta devendría atípica”¹.

Con esta introducción, se tiene que, de acuerdo con su estructura, existen diferentes clasificaciones del delito, atendiendo el bien jurídico, su ejecución, su duración o su modo de afectación. Específicamente dentro de esta última modalidad existen delitos (i) instantáneos, (ii) permanentes y (iii) de estado. Los delitos instantáneos son que se consuman cuando se realiza el último acto o se produce el resultado, con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sin que se cree una situación antijurídica duradera; en los segundos, se crea una situación antijurídica duradera (de lesión o peligro para el bien jurídico) que se mantiene o puede cesar por la conducta del autor. Los últimos, son aquellos en los cuales la consumación también crea una situación antijurídica duradera pero cuyo mantenimiento no depende de la voluntad del agente.

Para el caso que nos ocupa, atendiendo que el delito de inasistencia alimentaria es de ejecución permanente, según los supuestos fácticos que reglan este punible, podemos afirmar que este consume en el momento en que el sujeto activo legalmente obligado incumple la obligación alimentaria, la cual se mantiene en el tiempo en los términos en que se haya pactado la cuota, pues cada incumplimiento produce una nueva acción típica y con ello una nueva infracción a la legislación punitiva.

Lo anterior tiene efectos decididos en asuntos como el de la prescripción de la acción penal, lo que se ata a la caducidad de los cobros por lapsos vencidos. Preliminarmente se puede señalar que la inasistencia alimentaria, al reconducirse al ámbito de los delitos instantáneos de ejecución sucesiva, prescribe teniendo en cuenta el momento de exigibilidad de cada una de las cuotas cuyo pago se incumple, misma razón que explica la posibilidad de ejercer la acción penal por cada una de las cuotas adeudadas en forma sucesiva o fraccionada. Así mismo, como quiera que se trata de un delito de ejecución permanente, las obligaciones o cuotas causadas solo pueden exigirse hasta el momento en que se formula la imputación, momento en que se interrumpe la acción penal. De manera que, si el delito continúa

¹ CSJ, sentencia 25649 del 13 de febrero del año 2008. MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

ejecutándose con posterioridad a este hecho, será necesario iniciar una nueva investigación penal por cuerda aparte, de cara a evitar que estas conductas no imputadas lleguen a prescribir.

7.2. El bien jurídico.

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y como tal está constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de una pareja de seres humanos de contraer matrimonio (unión marital de hecho, etc.), que tienen voluntad responsable de conformarla. Frente a esa pareja, el Estado y la sociedad tienen la obligación de garantizar la protección integral de la familia.

Ahora bien, entre los deberes que tienen los miembros de la familia se encuentra el de aportar alimentos. Sobre el particular ha señalado la Corte Constitucional que el derecho de alimentos encuentra fundamento, por lo general, en el deber de solidaridad que se debe a los miembros del núcleo familiar, ya sea por razones de parentesco, matrimonio o unión marital de hecho, y de manera excepcional, por razones de equidad, en el evento en que el donante puede exigirlos al donatario, cuando se ha desprendido de suma cuantiosa de sus bienes a favor de éste último.

En este sentido, la Corte ha dicho: *"En efecto, por regla general el derecho de alimentos se deriva del parentesco, y comprende no sólo el sustento diario, sino también el vestido, la habitación, la educación y la recreación en el caso de los menores de edad. De este modo, la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, aunque también puede provenir de una donación entre vivos, tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil. Por esta razón, se ha señalado que 'dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo a razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria"* (Resaltado fuera de texto original)

Igualmente, la jurisprudencia ha explicado que la obligación alimentaria encuentra fundamentos más firmes a la luz de la Constitución Política, especialmente en cuanto respecta a los niños (art. 44 C.P.), a las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), al cónyuge o compañero permanente (art. 42 C.P.), y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.)², por los efectos normativos directos que tienen los preceptos del estatuto superior.

Se puede decir entonces que la obligación alimentaria recae sobre aquella persona que se encuentra posibilitada económicamente ante sus descendientes y ascendientes que no tienen esa misma capacidad, con el fin de que tengan una mejor calidad de vida; esa obligación es recíproca entre los cónyuges, compañeros, padres e hijos. Así entonces, el legislador ha querido proteger esta obligación no solo a través de las normas de carácter civil sino también con preceptos imperativos de carácter penal, como ocurre con la consagración de la conducta típica de inasistencia alimentaria contenida en el artículo 233 del Código Penal.

El referido delito hace parte del Título XIX del Código Penal, que consagra los "Delitos contra la familia" y busca hacer efectivo *el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios*, de donde se tiene que el bien jurídico que protege la norma es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por ***"faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario"***³.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-919/01 ha considerado que no cualquier persona está en la obligación de cumplir el deber alimentario, sino que se deben reunir tres requisitos fundamentales para que se configure la eventual inasistencia:

² Sentencia T 1096 de 2008

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de enero de 2006, radicación 21023.

- *Estado de necesidad del alimentario.*
- *Capacidad económica del alimentante.*
- *Vínculo jurídico de causalidad: relación familiar y otras que autorice la ley y que su naturaleza lo permita.*

Recientemente, la Corte Constitucional reiteró su posición explicando lo siguiente: *“El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos, y tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia. Así, la obligación alimentaria se establece sobre tres condiciones fundamentales: i) la necesidad del beneficiario; ii) la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia y, iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas”*⁴ (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, resulta importante para el desarrollo del tipo penal tener en cuenta dos elementos fundamentales: (i) que el sujeto activo cuente con los medios adecuados o la solvencia económica con la cual pueda responder a la obligación exigida; y (ii) que el sujeto pasivo del delito presente un estado de necesidad que lo hace requerir de esos alimentos, porque de lo contrario, es decir, de poseer los medios económicos para su subsistencia, no tendría legitimación para reclamarlos por la vía penal. En conclusión, lo que se busca con el delito de inasistencia alimentaria, esto es, su naturaleza político-criminal, es un juicio respecto de aquella persona que, contando con los medios necesarios, en forma dolosa -con conocimiento y voluntad-, se sustrae de esa obligación.

7.3. De la posible responsabilidad penal del procesado.

En problema jurídico que nos convoca, se contrae a establecer si el procesado cumplió con la obligación alimentaria que le asiste con su hija

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-029/09.

Elizabeth Herrera Mejía o si se sustrajo sin justa causa de su deber, pese a que durante el término de incumplimiento realizó algunos pagos por dicho concepto.

Para comenzar, tenemos que en el proceso se acreditó fehacientemente que la joven Elizabeth Herrera Mejía, nacida el 06 de agosto de 1997, es hija de Kathy Mejía Giraldo y Jesús Arley Herrera Martínez, según el registro civil de nacimiento 26611907 que reposa en la Notaría 12 del Círculo de Medellín, y que fue allegado vía estipulación probatoria. Ahora, según la denunciante, el procesado viene sustrayéndose de su obligación alimentaria desde el 01 de enero de 2007 hasta el 29 de agosto de 2014, fecha en la que se formuló la imputación, sin justa causa, porque en esa época él se encontraba laborando.

Por otro lado, tanto los testigos de cargo como descargo son coincidentes en señalar que entre las partes se realizó una conciliación en el año 2002, en el que se consignaba el compromiso del señor Jesús Arley de cancelar mensualmente a su hija la suma de \$60.000 mensuales. Sin embargo, a pesar de que este documento nunca fue aportado como evidencia, ello no afecta en modo alguno el tipo penal, pues como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia ***“no es requisito de procedibilidad para adelantar la investigación por inasistencia alimentaria, que se hubiese fijado una cuota alimentaria por parte de un funcionario civil, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, el punible surge desde el mismo momento en que nació para el agente la obligación de suministrar alimentos, ya que lo que se protege es la familia y la supervivencia de los menores, tratándose, entonces de una obligación natural de los padres que no necesita ser ordenada por un juez de familia”***⁵

En el caso sub-examine es precisamente el incumplimiento de esa obligación natural lo que dio origen al presente proceso, toda vez que la abuela de la menor, manifestó que este solo cumplió dos cuotas y después desapareció del panorama. Así mismo, reitera la quejosa que se hizo cargo de su nieta por espacio de 10 años, pero que cuando la joven Elizabeth comenzó a presentar problemas de bipolaridad y retardo mental, resolvió

⁵ Sentencia 28542 del 19 de agosto de 2009.

denunciarlo penalmente, porque no cuenta con los recursos económicos para el sostenimiento de esta.

Ahora bien, conforme lo probado si bien en estos momentos cesó la obligación alimentaria, como quiera que la joven ya llegó a la mayoría de edad y hasta la fecha no ha sido declarada en interdicción, lo cierto es que para el momento de la denuncia todavía era menor de edad. Adicional a ello, tenemos una circunstancia que no fue tomada en cuenta y que merece especial relevancia, para efectos del análisis de la responsabilidad penal, concretamente la prescripción de la acción penal, que operó frente a las conductas llevadas a cabo durante el año 2007 y parte de 2008.

En efecto, tal y como lo dijo la denunciante, el señor **HERRERA MARTÍNEZ** incumplió su obligación desde el mes de enero de 2007 hasta la formulación de la imputación (29 de agosto de 2014). En esta fecha, se interrumpió la acción penal, empero, dado que el tipo penal de inasistencia alimentaria consagra un máximo de pena de 72 meses (incluido el incremento de la ley 890 de 2004) cuando el delito se comete contra un menor, y tratándose de un punible de ejecución permanente (cuyo término comienza a correr desde el último acto) se materializaba cada mes, tenemos que todas las conductas realizadas durante el año 2007 y las ejecutadas hasta el mes de julio de 2008, están prescritas, toda vez que para el momento de la imputación, ya habían pasado más de 6 años desde su consumación.

En ese orden de ideas, es claro que las cuotas alimentarias que debía pagar el señor **HERRERA** durante los años de incumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la ley 1098 de 2006⁶ son las siguientes:

AÑO	MES	AUMENTO S.M.L.M.V ⁷	CUOTA
2008	Agosto	\$60.000+7.67%	\$64.612
	Septiembre		\$64.612
	Octubre		\$64.612
	Noviembre		\$64.612

⁶ La cuota alimentaria fijada en providencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado se entenderá reajustada a partir del 1o de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios al consumidor, sin perjuicio de que el juez, o las partes de común acuerdo, establezcan otra fórmula de reajuste periódico.

⁷<http://acipet.com/nuevobem/model/archs/2016/INDICE%20DE%20INFLACI%C3%93N%20COLOMBIA.pdf>

Sentencia de 2da instancia

RADICADO: 05001-60-00206-2012-30598

PROCESADO: JESÚS ARLEY HERRERA MARTÍNEZ

DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

	Diciembre		\$64.612
2009	Enero	64.612 +2.00%	\$65.904
	Febrero		\$65.904
	Marzo		\$65.904
	Abril		\$65.904
	Mayo		\$65.904
	Junio		\$65.904
	Julio		\$65.904
	Agosto		\$65.904
	Septiembre		\$65.904
	Octubre		\$65.904
	noviembre		\$65.904
	Diciembre		\$65.904
2010	Enero	\$65.904 +3.17%	\$67.993
	Febrero		\$67.993
	Marzo		\$67.993
	Abril		\$67.993
	Mayo		\$67.993
	Junio		\$67.993
	Julio		\$67.993
	Agosto		\$67.993
	Septiembre		\$67.993
	Octubre		\$67.993
	noviembre		\$67.993
	Diciembre		\$67.993
2011	Enero	\$67.993+ 3.73%	\$70.529
	Febrero		\$70.529
	Marzo		\$70.529
	Abril		\$70.529
	Mayo		\$70.529
	Junio		\$70.529
	Julio		\$70.529
	Agosto		\$70.529
	Septiembre		\$70.529
	Octubre		\$70.529
	noviembre		\$70.529
	Diciembre		\$70.529
2012	Enero	\$70.529 + 2.44%	\$72.249
	Febrero		\$72.249
	Marzo		\$72.249
	Abril		\$72.249
	Mayo		\$72.249
	Junio		\$72.249
	Julio		\$72.249
	Agosto		\$72.249
	Septiembre		\$72.249
	Octubre		\$72.249
	noviembre		\$72.249
	Diciembre		\$72.249
2013	Enero	\$72.249 + 1.94%	\$73.650

Sentencia de 2da instancia

RADICADO: 05001-60-00206-2012-30598

PROCESADO: JESÚS ARLEY HERRERA MARTÍNEZ

DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

	Febrero		\$73.650
	Marzo		\$73.650
	Abril		\$73.650
	Mayo		\$73.650
	Junio		\$73.650
	Julio		\$73.650
	Agosto		\$73.650
	Septiembre		\$73.650
	Octubre		\$73.650
	noviembre		\$73.650
	Diciembre		\$73.650
2014	Enero	\$73.650 + 3.66%	\$76.345
	Febrero		\$76.345
	Marzo		\$76.345
	Abril		\$76.345
	Mayo		\$76.345
	Junio		\$76.345
	Julio		\$76.345
	Agosto		\$76.345
TOTAL			\$5.137.720

No sobra aclarar que, en los anteriores valores, no se incluyen las sumas que el acusado debía suministrar por concepto de vestuario, educación y salud, toda vez que se desconoce si existía acuerdo o no frente a estos emolumentos. Con todo, se puede afirmar que se encuentran probados dos de los elementos exigidos para la configuración del delito, esto es, el vínculo familiar y el estado de necesidad del alimentario.

No obstante, no ocurre lo mismo con el último de los requisitos, esto es, la capacidad económica del alimentante, por las razones que expondremos a continuación:

En primer lugar, si bien las señoras Kathy Mejía Giraldo y Luz Marleny Giraldo Arias, madre y abuela de la menor respectivamente, afirmaron durante el juicio que, para las fechas de incumplimiento de la obligación alimentaria, el señor Jesús Arley se encontraba laborando en oficios varios, como repartidor de lácteos y oficial de construcción, lo cierto es que ni ellas, ni mucho menos el ente acusador, probaron los ingresos económicos del procesado en ese periodo de tiempo y aunque este último reconoció que efectivamente se atrasó en las cuotas alimentarias, ello no es suficiente para endilgarle responsabilidad penal, en especial, porque como este

reconoció de viva voz, lleva muchos años sin un empleo estable y lo poco que devenga lo usaba para cancelar las cuotas atrasadas, pero siendo un oficio informal y esporádico ha tenido temporadas y meses sin un solo centavo, por tal motivo ha recurrido a préstamos de familiares e incluso vendió una motocicleta y un lote de su propiedad para ponerse al día en las cuotas atrasadas.

Sobre este punto, se insiste, la Fiscalía no aportó ningún elemento material probatorio que dé cuenta que los oficios desempeñados por el acusado han sido permanentes, tampoco demostró que este tuviese ingresos adicionales o bienes de su propiedad, en orden a concluir que el incumplimiento en el pago de la obligación fuese producto del capricho o rebeldía, es más, la defensa acreditó que la sustracción de su deber alimentario no ha sido total, ni permanente, pues ha tratado de hacer abonos y de ponerse al día -en la medida de sus posibilidades-, solo que por circunstancias ajenas a su voluntad, como la falta de empleo y la existencia de otra obligación alterna con los hijos que tiene con su actual compañera (las cuales en términos de la sentencia C-237/97 configuran una justa causa por tratarse de una circunstancia de fuerza mayor), no ha logrado cumplir oportunamente con este deber.

Pese a ello, las ventas de los bienes atrás referenciados y el apoyo económico que tuvo por parte de su actual pareja, quien solicitó un préstamo en la empresa en la que labora (Corporación Latina) para ayudarle con el pago de la obligación, le han permitido ponerse al día en las cuotas, al punto que según los recibos aportados e ingresados a través de la señora Berta de Jesús Restrepo Restrepo (compañera permanente) en los cuales figura la firma de recibido de la madre de la menor, señora Kathy Mejía e incluso Luz Marleny Giraldo (abuela), se podría decir que el acusado canceló la totalidad de lo adecuado, como veremos a continuación:

Documento	Concepto	Fecha	Valor	Firma	Folio
Recibo de caja	alimentos	29/11/2008	\$1.800.000	Kathy Mejía	181
Recibo de caja	alimentos	26/02/2009	\$1.200.000	Luz Marleny Giraldo	180
Recibo de caja	alimentos	09/08/2014	\$50.000	Kathy Mejía	174
Recibo de caja	alimentos	08/09/2014	\$1.800.000	Kathy Mejía	179
Recibo de caja	alimentos	12/09/2014	\$2.200.000	Kathy Mejía	178

Sentencia de 2da instancia**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-30598**PROCESADO:** JESÚS ARLEY HERRERA MARTÍNEZ**DELITO:** INASISTENCIA ALIMENTARIA

Recibo de caja	alimentos	16/09/2014	\$3.500.000	Kathy Mejía	177
Recibo de caja	alimentos	07/10/2014	\$600.000	Kathy Mejía	176
Recibo de caja	alimentos	05/11/2014	\$960.000	Kathy Mejía	175
Recibo de caja	alimentos	28/03/2015	\$4.000.000	Kathy Mejía	173

Si miramos el folio 181 encontramos un recibo del año 2008 por valor de \$1.800.000 pesos. Si lo comparamos con la deuda que tenía el acusado en ese año, la cual era de \$323.060, es claro que el procesado cumplió con el pago de las cuotas de ese año e incluso excedió el monto, con lo cual se podían satisfacer otros conceptos como salud, educación y vestuario. Lo mismo sucede con el recibo obrante a folio 180 correspondiente al año 2009. En este documento, consta el aporte por deuda alimentaria por la suma de \$1.200.000. Ahora, ese valor concordado con la tabla de las cuotas adeudadas, demuestra que si en el año 2009 el total anual a pagar era de \$790.848 pesos y este canceló un monto mayor, la conclusión es que cumplió con su obligación alimentaria durante esa anualidad.

Sin embargo, lo que se observa es que no realizó abonos desde el año 2010 hasta mediados de 2014, fecha para la que adeudaba solo por la cuota (sin contar los demás emolumentos) la suma de \$4.023.812. Empero, si sumamos el valor de los pagos realizados en el 2014, tenemos que canceló un total de \$9.110.000 pesos, suma más que suficiente para considerar cumplida la obligación alimentaria, incluyendo vestuario, educación y salud.

Frente a estos elementos materiales probatorios, tanto la madre como la abuela de la menor afirmaron durante el juicio oral que el acusado no les entregó nunca esas sumas de dinero y que todo eso es falso. Sin embargo, estas testigos son tan incoherentes en sus declaraciones, que se torna imposible darles credibilidad alguna.

Por ejemplo, en el caso de la señora Kathy Mejía se sabe que –al igual que el señor Jesús Arley- nunca ha cumplido adecuadamente con su deber como madre. La prueba está en que dejó a su pequeña hija a cargo de su madre desde los 7 años, incluso entregándole la custodia y que poco o nada sabe del acuerdo de conciliación que la abuela de la niña tuvo con su ex pareja. Por si fuera poco, durante el juicio oral reconoció de viva voz que

firmó unos recibos, pero a renglón seguido dice que este no le entregó dinero; no obstante, más adelante vuelve a cambiar la versión y dice que sí firmó dos recibos y por ello recibió \$200.000 pesos. Así mismo, la defensa le impugnó credibilidad exhibiéndole una declaración extra-juicio rendida el 08 de septiembre de 2014 en la Notaría 24 del Círculo de Medellín por la citada dama, en la que ésta aceptaba recibir unas sumas de dinero para cubrir las cuotas y que con ello quedaba al día en la obligación.

Frente a este documento, la señora Kathy dijo que Jesús Arley la había recogido en su casa; que por presiones de su hija Elizabeth y el miedo que metieran a su padre a la cárcel lo firmó, no obstante, después cambia su versión y dice que cuando llegó a la Notaría el documento ya estaba redactado y que se lo leyeron, pero no entendió nada y así lo firmó. Finalmente vuelve a modificar lo dicho y reconoce que lo leyó, pero que no observó el monto y que lo firmó por miedo que atentaran contra su familia porque Jesús Arley la amenazó. En pocas palabras, existen tres versiones diferentes, en donde no queda claro si recibió o no dinero, si fue coaccionada o firmó por las súplicas de su hija y tampoco si leyó o no la declaración jurada donde acepta que su ex compañero se pone al día en la obligación.

En este punto, sorprende a la Sala que una mujer que dejó abandonada a su hija, que no sabe nada de sus necesidades y que se demoró más de 10 años en formular una denuncia por inasistencia alimentaria se limite a firmar un documento bajo la gravedad de juramento aceptando recibir un dinero y luego de 3 años, afirme que todo fue producto del miedo y las amenazas, sin haber informado de esa situación a la Fiscalía para que se investigara el asunto. Más extraño es que le tema al padre de su hija, cuando finalmente aparece para ponerse al día en las cuotas, cuando -según ella- llevaban varios años tratando de ubicarlo porque no sabían donde vivía.

Por otro lado, algunas de sus afirmaciones resultan incoherentes, por ejemplo, describe a su hija como una esquizofrénica agresiva, que no puede vivir en sociedad, que tiene ese problema desde los 12 años, pero luego dice que una vez la dejaron ir a una fiesta y allí la violaron. La pregunta que

surge es ¿Cómo le permiten a una persona menor de edad, en condiciones de inferioridad psíquica ir a una fiesta sin supervisión alguna, cuando saben que puede ser perjudicial tanto para ella como para quienes la rodean? Más extraño aún, es lo dicho por la señora Kathy, cuando señala que se vió obligada a firmar la declaración extra-juicio por los ruegos de Elizabeth. Se pregunta la Sala: ¿Que tanto poder de convencimiento tiene una adolescente con problemas mentales sobre una madre que renunció a su cuidado y patria potestad años atrás, y que prácticamente nunca ha respondido económicamente por ella?

En este punto, podría decirse que la única versión razonable sobre el caso sería la de la abuela de la menor. Esta ciudadana demostró que tiene a la joven Elizabeth a su cargo desde pequeña, aunque no explica porque su hija la dejó bajo su cuidado. También refirió las condiciones del acuerdo de conciliación y fue reiterativa en explicar que el procesado ha eludido su obligación alimentaria por más de 10 años. No empuja ello, reconoce que le ha hecho abonos, pero dice frente a los documentos aportados, que este se llevó a su hija Kathy bajo amenazas para una Notaria y que colocó unos valores muy altos en los recibos y que no se explica de dónde iba a sacar millones para aportar.

Frente a este punto, la defensa trajo el testimonio de la esposa actual del acusado, quien aportó un documento donde consta un crédito de libranza con la Caja de Compensación COMFAMA, por valor de \$4.000.000 de pesos, el cual fue desembolsado el 25 de marzo de 2015. Ahora bien, si se observa los recibos de caja firmados por la señora Kathy Mejía se observa que el 28 de marzo de 2015, esto es, tres días después del desembolso, se le hizo entrega de la suma de \$4.000.000 de pesos. Esto refuerza la tesis de descargo en el sentido de señalar que el procesado no ha evadido su obligación alimentaria de forma voluntaria, sino que su precaria situación económica (aceptada por la misma suegra) le ha impedido cumplir con ella y que realmente la madre y abuela de la menor, lo único que buscan es sacar más dinero del que físicamente puede proveer.

En estas condiciones, es claro que el procesado se ha sustraído a sus deberes alimentarios. Pero también que sus incumplimientos no han sido

totales ni permanentes porque como lo admitió la denunciante, ha venido haciendo abonos para cumplir con lo acordado en la audiencia de conciliación -en la medida de sus posibilidades-incluso renunciando a mantener contacto con su hija Elizabeth, muy seguramente por decisión de la madre y la abuela, quienes afirmaron en juicio que la niña vivió con el acusado, pero que la compañera de este la maltrataba, la golpeaba y le daba aguardiente para que se durmiera, hechos que no fueron investigados por la Fiscalía ni tampoco denunciados a las autoridades por la representante legal de la menor.

En pocas palabras, la Fiscalía no logró demostrar que en este caso el procesado se sustrajo sin justa causa de su obligación alimentaria, básicamente porque no probó que estuviera laborando y que sus ingresos fuesen suficientes para satisfacer las necesidades básicas y las de sus 3 hijos menores, todo lo contrario, son las testigos de cargo quienes requieren que este desempeñaba oficios informales, de los cuales no se puede presumir que ganaba el mínimo legal, y pese a ello, ha luchado con la ayuda de su pareja para ponerse al día en su obligación, sin que tampoco se haya probado la coacción o el constreñimiento que supuestamente ejerció sobre la madre de la adolescente para la firma de los recibos de caja, pues no es lógico que estas damas lo denunciaran después de 10 años y además no dijeran que estaban siendo objeto de amenazas.

En este tipo de situaciones cabe recordar que el aparato punitivo sólo puede operar en tanto medie la afectación significativa de un bien jurídico, es decir, para que una acción sea punible requiere que además lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídico tutelado por la ley, en este caso la asistencia alimentaria. Dicho en otros términos, para que una conducta constituya delito debe ser antijurídica en los términos prescritos por el artículo 11 de la Ley 599 de 2000.

La responsabilidad penal no es objetiva, según la cual un sujeto responde de un hecho causado por él, aunque no haya tenido voluntad de realizarlo; ella atiende al daño producido, culpa o dolo desplegados en la ejecución del comportamiento. Y ello es así porque en el moderno derecho penal la responsabilidad de un sujeto solamente se consolida cuando se demuestra

Sentencia de 2da instancia

RADICADO: 05001-60-00206-2012-30598

PROCESADO: JESÚS ARLEY HERRERA MARTÍNEZ

DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

que la conducta ejecutada satisface plenamente las exigencias de tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad, cualquiera que sea el orden de prevalencia que se dé a las tres categorías.

Así entonces, la afectación del bien jurídico le compete valorarla en cada caso concreto a los fiscales -cuando acusan- y a los jueces -cuando emiten sus fallos- con base en la aplicación de principios como los de lesividad y mínima intervención, entre otros, con el fin de verificar si el comportamiento del agente produjo una lesión efectiva o puso en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma; lo anterior quiere decir que la ausencia de significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico impone aplicar el principio de insignificancia, de acuerdo con el cual *“las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva”*⁸.

De esta manera la necesidad de la pena obliga al juez a acudir a la facultad sancionadora en casos estrictamente necesarios teniendo en cuenta los axiomas de última razón, subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal: El primero, referido a que el Estado para resolver los conflictos sociales debe primero agotar todos los medios y alternativas políticas para solucionarlo y sólo acudir al derecho penal como último recurso. El segundo, relativo a que si existen otros medios jurídicos menos dañosos que la pena estos deben ser prioritarios. Y el tercero, consistente en que el derecho penal únicamente ha de intervenir en los eventos en que la conducta implique un verdadero peligro para el bien jurídico, lo que significa que hay conductas que pese a ponerlo en riesgo no son punibles. Del principio de necesidad de la pena surge que son los comportamientos más graves los que demandan la reacción penal y no los de escasa entidad, es decir, que no todo ataque y afeción al interés jurídico debe ser sancionado penalmente, únicamente los más graves⁹.

La Corte Suprema de Justicia tiene definido que no es acertado sostener que la voluntad del legislador al consagrar delitos (como los de peligro abstracto), es la de prever como punible todo comportamiento que se ajuste en la descripción típica del precepto, porque la potestad punitiva del Estado

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de abril de 2009, radicación 31362.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de octubre de 2006, radicación 19499.

no puede ir en contra de los principios que legitiman al derecho penal en un Estado Social de Derecho¹⁰.

En relación con este mismo tema, la Corte Constitucional sostiene que: *“no es cierto... que todas las actividades deben penalizarse, ya que en virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (última ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ello significa que:*

i) El derecho penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del derecho penal.

ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la administración debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

Ello permite señalar el carácter subsidiario del derecho penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes, sino únicamente los más graves o más peligrosos¹¹.

En el mismo fallo, la Corte aclaró que únicamente en casos relevantes y en delitos de cierto peso se requiere de un castigo penal:

(...)

En el campo nuclear del derecho penal las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo penal en caso de delitos de un cierto peso. Pero en cambio, aunque en principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el ‘ámbito nuclear’ y por ello se le asignen al derecho

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de abril de 2009, radicación 31362.

¹¹ Corte Constitucional, sentencias C-356/03 y C-804/03.

Sentencia de 2da instancia

RADICADO: 05001-60-00206-2012-30598

PROCESADO: JESÚS ARLEY HERRERA MARTÍNEZ

DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

penal, nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo (como p. ej. el anterior 'hurto de comestibles', que actualmente está configurado de forma modificada como delito perseguible sólo mediante denuncia) se calificaran como contravenciones¹².

De lo anterior se puede concluir que la *última ratio* como manifestación político-criminal, entendida a partir de los principios de proporcionalidad y lesividad, lleva a que el intérprete entienda que la pena privativa de la libertad sólo puede tener cabida frente a conductas que en verdad y objetivamente lesionen de manera grave los bienes jurídicos protegidos penalmente en aras de la convivencia y protección de las relaciones sociales.

En razón a lo anterior, para la Sala no es posible fundamentar una condena en contra del acusado o de cualquier otro ciudadano con base únicamente en el fin de la prevención general, porque el derecho penal debe estar orientado hacia la protección exclusiva de bienes jurídicos en los que se haya lesionado efectivamente o puesto en peligro, y no de sancionar punitivamente al acusado en razón del solo incumplimiento del deber, menos cuando se observa que el acusado ha desplegado acciones claramente dirigidas a la satisfacción del gravamen alimentario que en él recae.

Como bien puede observarse, a pesar de la tardanza en cumplir con la obligación alimentaria, el señor **HERRERA MARTÍNEZ** en diferentes épocas ha tratado de cancelar en la medida de sus posibilidades el monto que adeudaba, sin que para la fecha tenga saldos pendientes, pues la joven ya adquirió la mayoría de edad y si bien se dijo que está en proceso de ser declarada en interdicción, mientras ello no ocurra, no puede sostenerse vigente la obligación alimentaria, a menos que continúe desarrollando estudios que le impidan laborar, hecho del cual no se tiene certeza alguna porque no fue un aspecto abordado durante el juicio oral.

En conclusión, la conducta investigada no cumple con los elementos establecidos en el artículo 233 del Código Penal para considerarla como delito contra la familia, y en ese orden, la Sala procederá a **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia absolutoria de primera instancia.

¹² Claus Roxin, Derecho penal, Madrid, Editorial Civitas, 1997, § 2, 41.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia objeto de apelación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada al Juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado


LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado


-en permiso-
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

penal, nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo (como p. ej. el anterior 'hurto de comestibles', que actualmente está configurado de forma modificada como delito perseguible sólo mediante denuncia) se calificaran como contravenciones¹².

De lo anterior se puede concluir que la *última ratio* como manifestación político-criminal, entendida a partir de los principios de proporcionalidad y lesividad, lleva a que el intérprete entienda que la pena privativa de la libertad sólo puede tener cabida frente a conductas que en verdad y objetivamente lesionen de manera grave los bienes jurídicos protegidos penalmente en aras de la convivencia y protección de las relaciones sociales.

En razón a lo anterior, para la Sala no es posible fundamentar una condena en contra del acusado o de cualquier otro ciudadano con base únicamente en el fin de la prevención general, porque el derecho penal debe estar orientado hacia la protección exclusiva de bienes jurídicos en los que se haya lesionado efectivamente o puesto en peligro, y no de sancionar punitivamente al acusado en razón del solo incumplimiento del deber, menos cuando se observa que el acusado ha desplegado acciones claramente dirigidas a la satisfacción del gravamen alimentario que en él recae.

Como bien puede observarse, a pesar de la tardanza en cumplir con la obligación alimentaria, el señor **HERRERA MARTÍNEZ** en diferentes épocas ha tratado de cancelar en la medida de sus posibilidades el monto que adeudaba, sin que para la fecha tenga saldos pendientes, pues la joven ya adquirió la mayoría de edad y si bien se dijo que está en proceso de ser declarada en interdicción, mientras ello no ocurra, no puede sostenerse vigente la obligación alimentaria, a menos que continúe desarrollando estudios que le impidan laborar, hecho del cual no se tiene certeza alguna porque no fue un aspecto abordado durante el juicio oral.

En conclusión, la conducta investigada no cumple con los elementos establecidos en el artículo 233 del Código Penal para considerarla como delito contra la familia, y en ese orden, la Sala procederá a **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia absolutoria de primera instancia.

¹² Claus Roxin, Derecho penal, Madrid, Editorial Civitas, 1997, § 2, 41.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

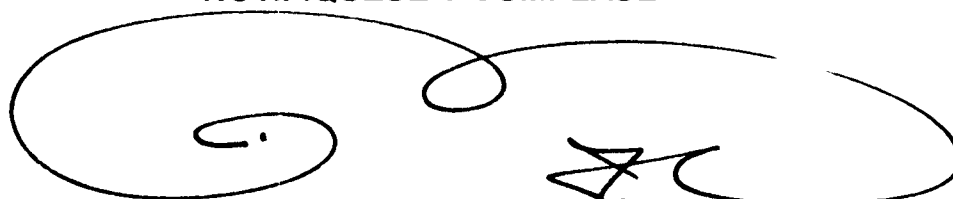
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia objeto de apelación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

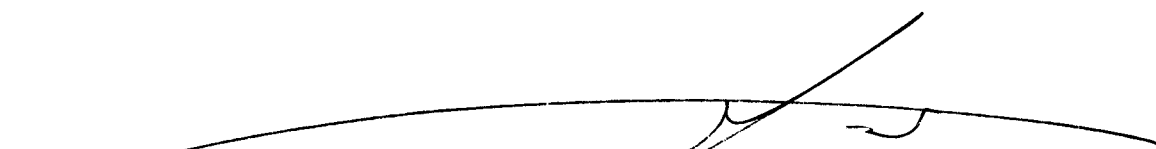
SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada al Juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

-en permiso-
RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado