

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Penal

Medellín, veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicado: 050886000200201400240
Procesado: Edwin Alonso Monsalve Castaño
Delito: Inasistencia alimentaria
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No.021-Aprobada por acta No.142 de la fecha.
Decisión: Revoca y absuelve
Lectura: 3/0/2017, hora: 10:30 a.m.

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 31 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, que condenó al señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño**, por el punible de inasistencia alimentaria, imponiéndole pena de treinta y dos (32) meses de prisión.

2. CUESTIÓN FÁCTICA Y DESARROLLO PROCESAL

Los hechos que generaron la presente investigación penal, en la que es víctima el menor de edad A.M.H., fueron narrados por la Fiscalía General de la Nación, en el escrito de acusación, de la siguiente manera:

“De acuerdo a lo afirmado por la representante legal del menor en denuncia penal instaurada en marzo 12/14 debido a la sustracción del padre a la obligación alimentaria lo había denunciado ante la Casa de Justicia de Bello, despacho que los convocó a una audiencia de conciliación que se celebró el 30 de mayo de 2013.

En esa oportunidad el padre se obligó a continuar aportando en forma mensual la suma de \$120.000.00 pesos en favor de su hijo a partir de la primera quincena del mes de junio de 2013 dinero que consignaría en una cuenta de la reclamante y que se incrementaría anualmente en la misma proporción del salario mínimo legal.

A dicho valor le adicionaría los valores mensuales que percibiera por concepto de subsidio familiar y además, cada seis meses aportaría el 25% del valor que recibiera por concepto de primas. En virtud de dicho acuerdo, también se obligó a suministrar 3 mudas completas de ropa para el niño durante el año, en los meses de julio, octubre con ocasión de su cumpleaños, y diciembre. Sin embargo, dicho compromiso sólo lo cumplió durante dos meses, es decir hasta el mes de julio de 2013. Desde entonces, no ha hecho aporte alguno, por lo que la madre de la menor solicitó proseguir el trámite de la presente indagación.”

El 17 de octubre de 2014, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bello, Ant., se realizó audiencia de formulación de imputación en contra del señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño**, como posible autor del punible de inasistencia alimentaria agravada, cargo que decidió no aceptar.

El día 14 de enero de 2015, la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual se formalizó en audiencia pública llevada a cabo el 23 de julio de 2015 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bello. La audiencia preparatoria se realizó el 24 de mayo de 2017. Posteriormente se inició la audiencia de juicio oral el día 18 de julio del mismo año, misma que

concluyó el siguiente 22 de agosto, con emisión de sentido de fallo condenatorio en contra del señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño**.

La lectura de la sentencia se realizó el 31 de agosto de 2017 y en ella se condenó a **Monsalve Castaño** a 32 meses de prisión, multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal.

Frente a tal decisión la defensora interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Subrayó inicialmente el fallador, que se encuentra acreditado en el proceso porque así lo estipularon las partes, la existencia del parentesco entre el señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño** y el menor A.M.H, padre e hijo respectivamente, aunado a la minoría de edad que presentaba el menor para el momento de los hechos, pues nació el 2 de octubre de 2008.

Manifestó que se encuentra igualmente demostrado, ya que también fue objeto de estipulación, que en virtud de una conciliación extrajudicial, el procesado se había comprometido, a partir del 30 de mayo de 2013, a suministrar al menor, entre otras, alimentos mensuales por al suma de \$120.000.

Señaló que el incumplimiento a tales obligaciones está acreditado con las declaraciones vertidas en juicio por la denunciante y su madre, y la capacidad económica de **Herrera Gómez** durante los años 2013 y 2014, se probó con la prueba documental incorporada, pues aunque no se estableciera el salario

concreto, pero sí se acreditó que esté cotizó al sistema de salud como independiente.

Finalmente, indicó que se cumplieron a cabalidad los elementos estructurales del tipo penal de inasistencia alimentaria, esto es la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Para el representante de la defensa, la decisión adoptada por la funcionaria judicial fue errada por lo siguiente:

Dice que no se probó la capacidad económica del señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño** porque los testimonios de la madre del menor víctima y la progenitora de aquella, solo dan cuenta de la necesidad del alimentante y que la obligación ha sido cubierta únicamente por la señora Briyid Alejandra Herrera Gómez, madre de A.M.H.

Señala que no se tiene conocimiento de las condiciones económicas de su defendido durante los años 2013 y 2014, pues nótese que la declaración del investigador de la Fiscalía únicamente da cuenta de la inestabilidad laboral del procesado durante los interregnos señalados, lo que apoya más la tesis asumida por la defensa en cuanto a la justa causa para la sustracción de la obligación alimentaria.

En consecuencia solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria y en su lugar absolver a su prohijado.

5. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTE:

Descorrido el trámite de rigor, no fueron presentados alegatos de los sujetos no recurrentes .

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

6.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, Antioquia, en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Del caso en concreto

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón al censor o si por el contrario la sentencia proferida por el funcionario judicial debe ser confirmada.

El delito de inasistencia alimentaria se encuentra tipificado en el artículo 233 del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, de la siguiente manera:

"El que se sustraiga **sin justa causa** a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de 16 a 54 meses y multa de 13.33 a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

Dicho tipo penal pretende proteger el bien jurídico de la institución familiar, que se ve afectada por la omisión al deber de asistencia económica entre quienes la componen, pues tal sustracción arriesga la subsistencia del beneficiario.

Es una conducta de peligro, toda vez que no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido y exige que tanto el sujeto activo como el pasivo sean calificados, en tanto debe existir la relación de parentesco antes indicada en virtud de la cual la ley impone la obligación alimentaria; y es un delito de ejecución permanente, dado que la infracción a la norma persevera hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación; además, dicho ilícito solo admite la modalidad dolosa.

La estructura de este tipo penal no solo requiere la sustracción del deber por parte del sujeto activo, entendida como la omisión de la obligación de brindar alimentos que se deben por ley a los descendientes, ascendientes, adoptante, adoptivo o al cónyuge, sino además, que esta no tenga una causa justa, es decir, que no exista motivo o razón que la justifique, esto es infundada o inexcusable, ya que de demostrarse la justificación, la conducta sería atípica.

Precisamente frente a este tema, se tiene que el legislador al incluir dentro de la definición típica el elemento "**sin justa causa**", dio a entender que el delito se estructura con el incumplimiento en la prestación de alimentos, siempre y cuando se haga *sin motivo, sin razón que lo justifique*, esto es, el dejar de hacer lo que se debe hacer tiene que ser infundado, inexcusable.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-237 del 20 de mayo de 1997, declaró la constitucionalidad de la norma que define la conducta punible de inasistencia alimentaria, dejando en claro que no puede ser responsable quien incumple sus deberes determinado por una “**justa causa**”:

“El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia...”

En la misma sentencia se dijo:

“En términos similares a los expuestos en esta sentencia, sobre la “causa injustificada” la Corte Constitucional ha dicho que 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 la oportunidad de su ocurrencia (Sentencia T-502 del 21 de agosto de 1992).”

Estos antecedentes llevaron a estas conclusiones:

“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.

Con lo anterior, es claro que en lo que respecta al proceso penal, las disposiciones que prevén el delito de inasistencia alimentaria son meridianamente claras al establecer que incurre en responsabilidad penal quien se sustraiga *sin justa causa* a la prestación de alimentos legalmente debidos, conducta activa que exige dolo o intención. Por lo tanto, la inobservancia del deber queda justificada si se produjo como efecto de un acontecimiento que imposibilitaba su cumplimiento o que lo excusaba temporalmente, como sería, por ejemplo, contar con un patrimonio o un ingreso notoriamente menor a aquel que se tuvo como base para determinar la correspondiente obligación.

En suma, tal y como lo expreso la Corte Constitucional, no se puede aseverar que el deudor pueda ser condenado a pagar una suma que le resultaría imposible sufragar y que el correspondiente incumplimiento va a culminar con una sanción penal en su contra. Por el contrario, la imposibilidad de pagar por insuficiencia de recursos debidamente documentada constituye justa causa para disminución o suspensión temporal de la obligación alimentaria y sirve para desvirtuar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria.¹

En cuanto a la acreditación de la capacidad económica, debe recordarse que es deber de la Fiscalía demostrar la solvencia monetaria del enjuiciado en el lapso de omisión de la obligación alimentaria, sin que la presunción del artículo 129 de la Ley 1098 de 2006 sea aplicable al proceso penal, ya que dicha figura está dirigida a las actuaciones en que se fija cuota alimentaria, y, además, ello implicaría una inversión de la carga de la prueba, inadmisiblesi

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2000.

se tiene que el elemento complementario de “*sin justa causa*” hace parte del tipo.

En todo caso, en el proceso penal la única presunción que tiene cabida desde el comienzo, es la de inocencia, la cual acompaña al implicado hasta tanto quede en firme una sentencia condenatoria en su contra e, incluso, debe recordarse que el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 prevé que le corresponde a la Fiscalía demostrar la responsabilidad penal y que en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria, de lo cual se extrae que la presunción del artículo 129 de la Ley 1098 de 2006 no resulta aplicable al proceso penal.

En el presente asunto, se tiene que la Fiscalía limitó su actividad probatoria a acreditar que el señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño**, acordó con la señora Briyid Alejandra Herrera Gómez, como cuota alimentaria por el hijo que ambos concibieron, entre otras obligaciones semestrales y/o anuales, un valor de \$120.000 mensuales, y que las mismas fueron incumplidas desde el mes de junio de 2013.

Debe destacarse así mismo, que a partir de los testimonios que se practicaron, no quedó probado en lo absoluto cuál era la actividad económica del procesado entre los años 2013 y 2014, ni donde laboraba, de hecho no se tiene certeza de que así fuera.

En efecto, las únicas declarantes que conocen al procesado son las señoras Briyit Alejandra Herrera Gómez, denunciante y representante legal del menor A.M.H. y Luz Maryine Gómez Montoya la madre de esta, quienes al unísono dan cuenta que desconocen el paradero del procesado, aducen que este no ha tenido trabajo estable desde que se separó de la madre de su hijo, no ha respondido económica ni afectivamente por el menor de edad ni lo ha

querido afiliarse a la salud cuando ha laborado y, no tienen comunicación con él aproximadamente desde junio de 2013.

Ahora, si bien es cierto las declarantes advierten que al momento en que se efectuó la conciliación extrajudicial en la que se fijó la cuota alimentaria del menor víctima el procesado laboraba para la empresa Servientrega en el cargo de bodeguero, ello no está acreditado en el proceso, pues mírese que ni siquiera en los documentos incorporados como prueba, hay constancia de esa situación.

También por parte de la Fiscalía declaró Pedro Pablo Guzmán Poloche, investigador judicial con quien se introdujo una evidencia documental que este recopiló, quien aclaró que según sus indagaciones, el procesado no ha tenido estabilidad laboral. Dichos elementos dan cuenta que el procesado:

1. Trabajó en Misión Empresarial, a través de un contrato de obra o labor contratada entre el 14 y 18 de marzo de 2014.
2. Laboró en la empresa Talento Efectivo entre el 10 de septiembre de 2013 y 01 de febrero de 2014
3. Estuvo vinculado con la empresa Temporalmente SAS por un día, del 4 al 5 de septiembre de 2013.
4. Trabajó para Asignar Servicios Temporales entre el 14 y 30 de mayo de 2014
5. Estuvo afiliado a Saludcoop EPS pero desde el 31 de mayo de 2014 se encuentra suspendido el servicio por falta de cotización. Además, en la

certificación expedida por esta EPS constata los periodos laborados antes dichos.

Con todo, lo que se infiere en este caso es una absoluta falencia probatoria de la Fiscalía, pues dejó en la incertidumbre un elemento de gran importancia para el tipo penal endilgado, como lo es la capacidad económica del procesado como contrapeso a la justa causa a la que refiere el tipo.

Ello, como quiera que de los elementos aducidos a juicio no se puede desprender otra cosa que la falta de capacidad económica del procesado para sufragar, incluso, sus necesidades propias, pues si bien tuvo afiliaciones a la seguridad social en calidad de cotizante dependiente, ciertamente las mismas ocurrieron por periodos muy cortos, casi irrisorios que le impedían obtener un ingreso digno para solventar sus necesidades.

Ante este panorama, lo único cierto, y ello fue estipulado por las partes, es que entre el procesado y la representante legal de la víctima se acordó una cuota de \$120.000 mensuales y de las pruebas practicadas en juicio se extrae que la misma no ha sido cumplida por el obligado.

El juzgado consideró que se encontraba demostrado, que durante algunos periodos el señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño** había estado vinculado laboralmente y que se presumía que contaba con ingresos y en razón de ellos emitió sentencia condenatoria, considerando que el conocimiento que tenía el procesado de su obligación era suficiente para estructurar el tipo penal endilgado.

No obstante, advierte la Sala que yerra la primera instancia en el análisis del reducido aporte probatorio de la Fiscalía, porque es evidente, al analizar el mismo, que no se hallan estructurados los elementos suficientes para

impartir una condena, pues era al ente acusador a quien le competía acreditar más allá de toda duda la actividad económica que ha ejercido el señor **Monsalve Castaño** durante el tiempo en que ha incumplido su obligación alimentaria y aunado a ello que los ingresos que obtenía de la misma eran suficientes para su subsistencia y el cumplimiento de la cuota acordada, y que pese a ello, de manera voluntaria y decidida quiso abstenerse de aportarle lo necesario a menor hijo.

Pero como nada de esto se probó en juicio, y como se vio anteriormente, no se puede presumir que **Edwin Alonso** ganaba un salario mínimo legal mensual vigente durante todo este tiempo que ha venido sustrayéndose de su obligación alimentaria, no puede impartirse condena en su contra y por tanto no le era dable al juzgado aventurarse a especular y afirmar la capacidad económica del procesado, pues evidencia la Sala que en el presente asunto el acusado no contaba con un empleo estable sino por días, lo cual evidentemente pudo constituirse en una justa causa para el tiempo en que no ha aportado alimentos a su hijo menor A.M.H.

En consecuencia, a partir de todo este análisis probatorio que se realizó en acápites anteriores, lo único que se concluye de este asunto es que la Fiscalía no cumplió con su cometido de demostrar más allá de toda duda razonable que el señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño** tenía capacidad económica para suministrar alimentos a su menor hijo y que voluntariamente se abstuvo de hacerlo, por lo que resultaba evidente que al juez de instancia no le quedaba otra alternativa que absolver al acusado, por no reunirse los condicionamientos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, en aplicación clara del principio del *in dubio pro reo*, que no solo tiene estirpe legal y constitucional, sino un amplio decantamiento jurisprudencial.

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, Antioquía, en contra del señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño**, quien viene siendo investigado por el punible de inasistencia alimentaria agravada, según se argumentó.

7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

7.1. RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2017 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, Antioquia, por medio de la cual fue condenado el señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño**, por el punible de inasistencia alimentaria agravada.

Segundo: En su lugar **ABSOLVER** al señor **Edwin Alonso Monsalve Castaño** por el punible reseñado en el numeral anterior.

Tercero: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA.

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado

R/