

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Incumplimiento de pago/ *“entonces, la sola demostración del incumplimiento parcial en el pago de las cuotas alimentarias, no dan lugar a responsabilizar al procesado por los cargos formulados en su contra, porque de conformidad al artículo 9 del C.P., la causalidad por sí sola no basta para la imputación del resultado, requiriéndose que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, y de acuerdo al artículo 12 del mismo estatuto, toda forma de responsabilidad objetiva está proscrita, debiéndose demostrar en el caso de la conducta punible de inasistencia alimentaria, el dolo en el actuar del sujeto agente, esto es, que la sustracción de prestar alimentos fue de manera injustificada, intencional, voluntaria, elementos que no fueron probados, como bien lo alega la Defensa en la sustentación del recurso.”*

SENTENCIA No. 069

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ.

APROBADO: Acta N° 074 del lunes veinticinco (25) de julio de dos mil dieciséis (2016). Art. 30, Num. 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, lunes primero (01) de agosto de dos mil dieciséis (2016) (2:00PM)

Proceso Nro. 152996103118201280015 (2014-0354)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Sentencia No. 0 Rad. 030523
M.P. Luz Angela Moncada Suárez.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja

Sala Penal

La Tercera Sala de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el Defensor contra la sentencia proferida el once (11) de abril de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Garagoa, mediante la cual fue condenado RICARDO ESGUERRA GORDILLO por el delito de inasistencia alimentaria.

HECHOS

RICARDO ESGUERRA GORDILLO y SONIA YURLEY AGUIRRE procrearon a M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A.¹, nacidos el 8 de mayo de 2004, 2 de febrero de 2006, y 17 de septiembre de 2017, respectivamente, habiendo conciliado los progenitores la cuota alimentaria para los menores el 26 de abril de 2010 ante la Comisaría de Familia de Garagoa, habiendo realizado RICARDO pagos parciales por dicho concepto y de manera periódica desde cuando se concilió hasta que se le formuló imputación, incumpliendo parcialmente a lo que se había obligado, estando demostrado que antes de la conciliación también había hecho pagos para los gastos de sus hijos y que después de la formulación de imputación procedió a cumplir con el pago total de lo pactado, desconociéndose cuál era su capacidad económica o a qué se dedicaba antes de diciembre de 2012, y a partir de esa fecha, demostrándose que trabajaba como zapatero en un taller pequeño en Bogotá, de manera ocasional, a destajo y por periodos, recibiendo ingresos variables no superiores a \$650.000 mensuales, teniendo que responder a más de la obligación alimentaria para con sus hijos, con los gastos de sus necesidades básicas.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACION DEL PROCESADO

RICARDO ESGUERRA GORDILLO, identificado con C.C. No. 7.332.048 de Garagoa, nacido el 28 de febrero de 1964 en Garagoa, hijo de ERNESTO ESGUERRA y FLORENTINA GORDILLO, con estudios hasta tercero de primaria, zapatero, para cuando se vinculó al proceso residía en la calle 10 Nro. 8-58 centro de Garagoa, calle 48 A Nro. 83-36 barrio Britalia de Bogotá.

¹ El nombre y datos de los menores tienen reserva, a excepción para las partes e intervinientes en este proceso y datos de uso oficial, por lo que no podrán ser divulgados a la opinión pública, debiéndose señalar tan solo sus iniciales; todo en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 47 y 193-7 de la Ley 1098 de 2006, y regla 8 de las Reglas de Beijing.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 21 de agosto de 2013, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Garagoa, la Fiscalía Diecisiete Local de Garagoa le formuló imputación a RICARDO ESGUERRA GORDILLO, como autor del delito de inasistencia alimentaria descrito en el artículo 233 inciso segundo del C.P., modificado por el artículo 1 de la ley 1181 de 2007, cargos que no fueron aceptados por el imputado².

Radicado escrito de acusación el 6 de noviembre de 2013³, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Garagoa con funciones de conocimiento se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 21 de noviembre de 2013 por iguales cargos de la imputación⁴; la audiencia preparatoria se realizó el 22 de enero de 2014⁵; y el juicio oral se desarrolló el 3 y 25 de marzo de 2014 donde, concluido el debate probatorio y presentados los alegatos de conclusión, el Juez anunció el sentido del fallo condenatorio⁶.

En audiencia del 11 de abril de 2014 fue leída la sentencia condenatoria⁷, contra la cual el Defensor interpuso y sustentó por escrito el recurso de apelación, siendo concedido en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de este Tribunal.

El conocimiento de segunda instancia fue asignado por reparto a la Tercera Sala de Decisión Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN:

1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Garagoa condenó a RICARDO ESGUERRA GORDILLO a la pena de 32 meses de prisión y 20

² Fls. 20-21 y CD.

³ Fls. 31-37.

⁴ Fls. 46-48 y CD.

⁵ Fls. 49-54 y CD.

⁶ Fls. 60-62, 126-128 y 2CD.

⁷ Fls. 131-146 y CD.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

salarios mínimos mensuales legales vigentes, y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el tiempo de la pena principal, como autor responsable del delito de inasistencia alimentaria, concediéndole el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de dos años, bajo caución de un salario mínimo legal mensual vigente.

Encontró demostrada la existencia del delito mediante la denuncia y testimonio de la madre de los menores, los registros civiles de nacimiento, el acta de conciliación ante la Comisaría de Familia de Garagoa el 26 de abril de 2010, y los recibos de pagos desde la fecha de la conciliación hasta la fecha de la formulación de imputación, de donde llegó a la convicción el Juez que el acusado se sustrajo al pago de los alimentos debidos por ley a sus menores hijos M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., durante todo el año 211, y parcialmente durante los años 2012 y 2013.

No admitió el a quo la justa causa invocada por la defensa en la que indicó que el procesado era un trabajador ocasional en labores de zapatería de las que recibe remuneración a destajo o labor contratada, porque existió periodos de tiempo en que ni siquiera parcialmente cumplió con la obligación, no estando demostrados los demás gastos que dice debe hacer el procesado, y que si no tenía la capacidad económica suficiente no se entiende por qué asumió una obligación imposible de cumplir, y si su situación económica varió por qué no pidió la exoneración o disminución de la cuota, habiendo evadido por su propia voluntad el cumplimiento del deber alimentario, pues cualquier labor que desempeñe atendiendo su personal y concreta situación, para cumplir la obligación en el monto, modalidad y periodicidad pactada, considera el Juez, no demandaría acciones heroicas o utópicas, tanto así que después de formulada la imputación ha cancelado las cuotas, de donde colige que teniendo la posibilidad de actuar de manera diversa voluntariamente se sustrajo a su deber alimentario.

La pena fue fijada en el mínimo previsto en la norma, teniendo en cuenta la carencia de antecedentes penales y que después de cometido el delito el procesado ha tratado de disminuir las consecuencias, porque luego de la formulación de imputación ha consignado el valor de las cuotas para el sustento

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

de sus hijos, y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena al considerar que reunía los requisitos de ley.

2.- Del motivo de la apelación.

El Defensor pretende se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva al acusado⁸, por las siguientes razones en concreto:

Sostiene que está demostrada la ausencia de dolo en el actuar del procesado, o por lo menos de la prueba practicada existe la duda sobre el particular, no habiendo demostrado la Fiscalía la capacidad económica del señor ESGUERRA GORDILLO, debiéndose preservar el principio de la presunción de inocencia al no existir la plena certeza de su responsabilidad penal.

Del acervo probatorio advierte incongruencias y vacíos que generan la duda, señalando que la señora SONIA YURLEY AGUIRRE LÓPEZ, madre de los menores, declaró que el acusado se sustrajo a la prestación de los alimentos fijados en la conciliación ante la Comisaría de Familia de Garagoa pero que también afirmó que aquél realizó pagos parciales y que a esa fecha solo adeudaba la cuota del mes de abril de 2014, que trabajaba en Bogotá en una fábrica de zapatos, reconociendo los recibos de pago allegados tanto por la Fiscalía como por la Defensa.

De otra parte, de la declaración del investigador de la SIJIN con la que se allegaron los documentos que demuestran que RICARDO GUERRA GORDILLO laboró en la ciudad de Bogotá en una fábrica de zapatos, donde se certificó que tenía una labor al destajo y que era un trabajo ocasional, y del testimonio del mismo acusado donde ratificó tal hecho, que laboraba al año de 6 a 7 meses devengando el salario mínimo, que había conformado otro hogar, debiendo pagar arriendo y alimentación, por la cual varios pagos habían sido parciales, y que en la actualidad su compañera permanente era la persona que le estaba colaborando para el pago de las obligaciones alimentarias, a más de haber cumplido siempre con el suministro del vestuario y calzado para sus hijos como se acordara, habiendo allegado los recibos y facturas, concluye el recurrente que está demostrado que el incumplimiento parcial estaba justificado porque se demostró

⁸ Fls 147-154

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

que la capacidad económica no era la suficiente y necesaria para suplir la totalidad de la obligación alimentaria.

Cita la sentencia C-237 de 1997, específicamente en el aparte que señala que el deber de asistencia alimentaria se establece sobre los dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes pero sin que ello implique el sacrificio de su propia subsistencia, debiéndose tener en cuenta que el acusado ha tenido que pagar hospedaje, alimentación y transporte, en la ciudad de Bogotá donde ha trabajado como zapatero por contrato o a destajo y de manera ocasional; reiterando que las pruebas practicadas no demuestran que el procesado se haya sustraído dolosamente a pagar las cuotas alimentarias.

Los no recurrentes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia y Presupuestos Procesales.

Por la naturaleza del delito de inasistencia alimentaria, por el que se formularon cargos y se condenó al acusado, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales Municipales y por el factor territorial al de Garagoa donde ocurrieron los hechos, y la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 37(núm. 4), 34(num.1), 42, y 43, del C. de P.P.).

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia, el Defensor tiene interés jurídico para impugnarla, habiéndolo interpuesto en la audiencia de su lectura sustentándolo por escrito dentro del término legal (artículos. 20, 176, 179, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, 114, 124 y 125 del C. de P. P.).

Por lo demás, no se observa ninguna irregularidad sustancial violatoria de garantías fundamentales de las partes e intervinientes que conlleve a la declaratoria de nulidad total o parcial de lo actuado, siendo procedente resolver el recurso con una decisión de fondo.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

2.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

Señala el artículo 20 del C. de P.P., que el superior no puede agravar la situación del apelante único, principio de la no reforma peyorativa que igualmente está previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, por lo que en este caso no se podrá agravar la situación del procesado por ser apelante único su defensor, e igualmente la segunda instancia tiene una competencia limitada a lo que es materia del recurso, por lo que tan solo nos extenderemos a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación.

Con este preámbulo, la Sala analizará la prueba aportada, para determinar si existe el conocimiento más allá de toda duda sobre la conducta punible y la responsabilidad, y si es procedente la confirmación de la sentencia de primer grado o debe absolverse al acusado.

3.1.- Crítica y valoración de las pruebas y hechos que ellas demuestran.

En la audiencia de juicio oral se practicaron las siguientes pruebas:

Testimonios:

1.- SONIA YURLEY AGUIRRE⁹, denunciante y madre de los M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., de 28 años de edad para cuando declaró, ama de casa, reside en unión libre con ALIRIO MORALES, con estudios hasta quinto de primaria, con el procesado tuvo una relación de ocho años y procrearon los tres menores de 9, 8 y 6 años de edad para cuando declaró, el primero nació en el año 2004, denunció en el año 2010 al señor RICARDO ESGUERRA GORDILLO porque desde el nacimiento de sus hijos no le colaboró para sus alimentos y sostenimiento, reconociendo los siguientes documentos en copias:

Noticia criminal 23 de enero de 2012 en contra de RICARDO ESGUERRA GORDILLO donde afirmó que desde el nacimiento de sus tres menores hijos no les aporta económicamente, viéndose en la necesidad de iniciar el 26 de abril de

⁹ Grabación audiencia del 3 de marzo de 2014 en CD a fl. 58 A, primer audio a minuto 19:31 y s.s.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

2010 el trámite para reclamación de alimentos ante la comisaría de Familia de Garagoa, donde le fijaron como cuota alimentaria \$150.000 mensuales que debería aportar durante los cinco primeros días de cada mes desde el día de la conciliación, y darle a los niños tres mudas de ropa completa al año, cada una equivalente a \$60.000, sin que haya aportado la cuota alimentaria, mucho menos la ropa, por lo que acudió a formular la denuncia.

Acta de fijación de cuota alimentaria de fecha 26 de abril de 2010 ante la Comisaría de Familia de Garagoa, donde SONIA YURLEY AGUIRRE y RICARDO ESGUERRA GORDILLO, acordaron como cuota alimentaria para los menores M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., la suma de \$150.000 que RICARDO ESGUERRA GORDILLO se obligaba a consignarle a favor de SONIA YURLEY AGUIRRE en calidad de madre de los menores durante los cinco primeros días de cada mes a partir de mayo de 2010, cuota que se reajustaría anualmente de acuerdo al IPC, como también aquél se comprometió a cancelar el 50% de los gastos de matrícula, escolares y de salud que no cubriera la IPS SISBEN, y a suministrar tres mudas de ropa al año para cada menor en valor de \$60.000 cada una.

Entrevista rendida por la testigo el 9 de enero de 2013 ante policía judicial, donde igualmente da a conocer los hechos por los que formuló la denuncia, afirmando que el procesado se encontraba trabajando en Bogotá en una fábrica de zapatos cuyo patrón es el señor YOFRE, no le conoce bienes, sabe que vive con una señora en Garagoa a donde se traslada cada quince días.

Liquidación de la cuota de alimentos para los menores M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., realizada por la Comisaría de Familia de Garagoa con los reajustes de IPC desde el año 2010 hasta el mes de julio de 2013 por valor total de \$6.600.000, menos valor pagado \$300.000, total adeudado de \$6.300.000, como también la liquidación de cuota de alimentos en especie del año 2010 al mes de julio de 2013 por valor de \$2.069.685 menos el valor de las mudas de ropa suministradas por valor de \$558.339 para un total adeudado de \$1.511.346.

Quince recibos de pagos realizados por RICARDO ESGUERRA a favor de SONIA AGUIRRE así:

De agosto 20 de 2012 por \$24.000 para onces de los niños.

De septiembre 10 de 2012 por \$24.000 para onces de los niños.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

De octubre 1 de 2012 por \$24.000 para onces de los niños.

De noviembre 3 de 2012 por \$24.000 para onces de los niños.

De noviembre 12 de 2012 por \$50.000 para disfraces de los niños.

De noviembre 12 de 2012 por \$50.000 para matrículas de 2012.

De septiembre 17 de 2012 por \$80.000 para gastos de los niños.

De diciembre 23 de 2012 por \$350.000 para ropa de los tres niños completa dos mudas para cada uno.

De enero 23 de 2013 por \$115.000 para tres pantalones uniformes.

De febrero 3 de 2013 por \$140.000 para zapatos de los niños para colegio y camisas.

De febrero 14 de 2013 por \$90.000 para sudadera de dos de los menores.

De marzo 13 de 2013 por \$55.000 para zapatos negros y blancos de dos de los menores.

De mayo 14 de 2013 por \$200.000 para cuota alimentaria.

De junio 14 de 2013 por \$100.000 para cuota alimentaria.

De julio 31 de 2013 por \$100.000 para cuota alimentaria.

Los anteriores documentos se incorporaron al juicio como prueba con esta testigo, junto con los registros civiles de nacimiento de MAICOL STEVEN ESGUERRA AGUIRRE, FABÍAN RICARDO ESGUERRA AGUIRRE, y JUAN CAMILO ESGUERRA AGUIRRE, nacidos el 8 de mayo de 2004, 2 de febrero de 2006, y 17 de septiembre de 2017, respectivamente, hijos de SONIA YURLEY AGUIRRE y RICARDO ESGUERRA GORDILLO¹⁰.

En el contrainterrogatorio dijo haber formulado la denuncia el 23 de enero de 2012 y la fijación de la cuota alimentaria ante la Comisaría de Familia de Garagoa fue el 26 de abril de 2010, sobre los pagos realizados por el procesado a más de los demostrados con los recibos reconocidos dijo haber recibido los que últimamente ha hecho desde la audiencia de agosto de 2013, que en los años 2010 y 2011 no le hizo pago alguno, los pagos en varias oportunidades se los hizo un sobrino del acusado y en otras ocasiones el hermano, habiéndole hecho pagos parciales de la obligación.

A las preguntas complementarias del Juzgado, la testigo reiteró que el procesado le ha efectuado pagos parciales, adeudándole para ese momento lo

¹⁰ Fls. 63-83.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

que corresponde a la cuota de ese mes, más la liquidación referida, ha consignado la totalidad de la cuota de \$175.000 aunque tiene el inconveniente que cuando va a retirar no le pagan el total de la consignación pero que ha consignado la totalidad de la cuota.

2.- EDWAR DAYÁN CARO BELTRÁN¹¹, técnico profesional en el servicio de la Policía Nacional, desempeñándose como patrullero investigador, labores que ejerció en Garagoa en las cuales realizó las del programa metodológico en el presente caso, enunciando como diligencias realizadas las siguientes: la identificación, individualización y arraigo del indiciado, el estudio socioeconómico del mismo, y la entrevista de la denunciante, como lo especificó en el informe de investigador de campo del 7 de junio de 2013 que reconoció previa su exhibición, junto con los siguientes documentos anexos:

Copia del formato de identificación, individualización y arraigo de RICARDO ESGUERRA GORDILLO, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 7.332.048 de Garagoa, nacido el 28 de febrero de 1964, en unión libre, con tercero de primario, zapatero, hijo de ERNESTO ESGUERRA y FLORENTINA GORDILLO, residente en la calle 48 A Nro. 83-36 barrio Britalia de Bogotá, empleado con antigüedad de cinco meses¹².

Copia informe sobre consulta Web de la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía y reseña decadactilar de RICARDO ESGUERRA GORDILLO¹³.

Copia de certificación del DAS mediante oficio del 10 de abril de 2013, sobre la carencia de antecedentes penales del procesado¹⁴.

Copia de información de afiliados en la base de datos del sistema de seguridad social, donde aparece el registro del procesado como afiliado el 1 de julio de 2011 a la EPS Saludcoop en el régimen contributivo como beneficiario¹⁵.

¹¹ Grabación audiencia del 25 de marzo de 2014 en CD a fl. 130 A, primer audio a minuto 7:04 y s.s.

¹² Fl. 102.

¹³ Fl. 101.

¹⁴ Fl. 100.

¹⁵ Fl. 99.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Copia del oficio de la Cámara de Comercio de Tunja, en el que se dice que el procesado no registra inscripción del procesado en la entidad, ni vínculo con sociedades¹⁶.

Copia del oficio del 10 de abril de 2013 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Garagoa donde indica que no se registra ninguna información del procesado en esa entidad¹⁷.

Copia del oficio de la Registradora de Instrumentos Públicos de Garagoa de fecha 22 de mayo de 2013, donde se informa que el procesado no figura como propietario de inmuebles¹⁸.

Copia del oficio de solicitud y de la respuesta de fecha abril de 2013 suscrita por YOFRE ANTONIO ARÉVALO donde informa que el taller de zapatería de su propiedad labora señor RICARDO ESGUERRA GORDILLO, quien no tiene contrato laboral porque trabaja ocasionalmente por periodos y al destajo desde diciembre de 2012, variando su salario de un mes a otro de acuerdo a su trabajo realizado en zapatería, para ese entonces cancelándosele en promedio mensual \$650.000, y que como no es un trabajador permanente no está afiliado por parte de su taller a ninguna EPS o caja de compensación; anexando cuatro comprobantes de egreso suscritos por YOFRE ARÉVALO y RICARDO ESGUERRA así: por \$154.800 del 13 de abril de 2013, por \$162.000 del 6 de abril de 2013, por \$90.000 del 27 de marzo de 2013, por \$183.600 del 23 de marzo de 2013, todos por concepto de soldadura de calzado¹⁹.

Con este testigo se incorporó como prueba, el informe de investigador de campo del 7 de junio de 2013 con los documentos antes relacionados.

3.- EDILMENA DURÁN SALCEDO²⁰, compañera permanente del procesado para cuando declaró y de treinta y cinco años de edad, auxiliar de servicios generales en el Hospital Regional Valle de Tenza de Garagoa, con estudios de bachillerato.

¹⁶ F.98.

¹⁷ Fl. 97.

¹⁸ Fl. 96.

¹⁹ Fl. 90-94.

²⁰ Grabación audiencia del 25 de marzo de 2014 en CD a fl. 130 A, primer audio a minuto 58:18 y s.s.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Declaró a solicitud de la Defensa, dijo convivir con el procesado desde el mes de octubre de 2010, teniendo conocimiento de la obligación alimentaria que tiene su compañero RICARDO ESGUERRA GORDILLO con sus menores hijos, quien trabaja en Bogotá en zapatería, donde paga arriendo, teniendo ingresos mensuales aproximadamente de \$400.000 a \$350.000, y que cuando no le alcanza para cubrir la cuota alimentaria ella es quien le colabora, pues nunca ha tenido la intención de incumplir con la obligación, siempre se ha cumplido con la cuota, habiéndolo afiliado como beneficiario de salud por ser ella cotizante, haciendo los pagos de la cuota alimentaria mediante consignación en Bancolombia durante los primeros cinco días de cada mes, antes las pagaban directamente y mediante recibo o por consignación en efecty; reiteró que los ingresos del procesado son menores a un salario mínimo mensual legal vigente, de los cuales tiene que sufragar los gastos de transporte, alimentación y arriendo en la habitación donde reside en Bogotá.

A las preguntas complementarias del Juzgado, la testigo dijo que el procesado no padece de enfermedad alguna que le impida trabajar, pero que no desempeña el trabajo de manera permanente sino de forma ocasional.

4.- RICARDO ESGUERRA GORDILLO²¹, acusado y padre de los menores M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., dijo ser el compañero permanente de EDILMENA DURÁN para cuando declaró, zapatero, con tercero de primaria, residente en la calle 10 Nro. 8-58 de Garagoa, y que labora en Bogotá en el taller pequeño de zapatería de YOFRE ARÉVALO como ayudante del señor que hace los zapatos, siendo su trabajo ocasional, aproximadamente trabaja tres o cuatro meses, es por semanas en el mes, no tiene salario fijo sino recibe el pago por lo que haga.

Sobre las cuotas alimentarias para sus tres menores hijos dijo estar cumpliendo con la obligación mediante la consignación mensual en el banco, antes hacía los pagos por los que le expedían recibos, por pagos que le hacía llegar por intermedio de amigos o familiares.

²¹ Grabación audiencia del 26 de junio de 2014 en CD a fl.152, cuarto audio a la hora 1:6'27" y s.s.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Exhibido al testigo los folios de recibos, los reconoció y previa su lectura, correspondientes a pagos realizados por RICARDO ESGUERRA a favor de SONIA AGUIRRE, fueron incorporados como prueba²², los siguientes:

De agosto 31 de 2008 por \$50.000 para alimentos.

De octubre 12 de 2010 por \$66.000 para alimentos.

De octubre 18 de 2010 por \$90.000 para zapatos.

De noviembre 28 de 2010 por \$50.000 para alimentos.

De diciembre 24 de 2010 por \$100.000 para alimentos.

De enero 29 de 2012 por \$80.000 para alimentos.

De mayo 27 de 2012 por \$50.000 para pago jardín.

De septiembre 3 de 2013 por \$165.000 consignación en el banco cuota de alimentos de septiembre de 2013.

De octubre 5 de 2013 por valor de \$165.000 consignación en el banco cuota de alimentos del mes de octubre de 2013.

De noviembre 5 de 2013 por valor de \$165.000 consignación en el banco de cuota de alimentos por el mes de noviembre de 2013.

De diciembre 5 de 2013 por valor de \$165.000 consignación en el banco de cuota de alimentos por el mes de diciembre de 2013.

De enero 4 de 2014 por valor de \$165.000 consignación en el banco de cuota de alimentos por el mes de enero de 2014.

De septiembre 10 de 2012 por \$24.000 para onces de los niños.

De agosto 20 de 2012 por \$24.000 para onces de los niños.

De noviembre 3 de 2012 por \$24.000 para onces de los niños.

De octubre 1 de 2012 por \$24.000 para onces de los niños.

De noviembre 12 de 2012 por \$50.000 para matrículas de 2012.

De noviembre 12 de 2012 por \$50.000 para disfraces de los niños.

De diciembre 23 de 2012 por \$350.000 para ropa de los tres niños completa dos mudas para cada uno.

De septiembre 17 de 2012 por \$80.000 para gastos de los niños.

De febrero 3 de 2013 por \$140.000 para zapatos de los niños para colegio y camisas.

De enero 23 de 2013 por \$115.000 para tres pantalones uniformes.

De marzo 13 de 2013 por \$55.000 para zapatos negros y blancos de dos de los menores.

De febrero 14 de 2013 por \$90.000 para sudadera de dos de los menores.

²² Fls. 107-124.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

De junio 14 de 2013 por \$100.000 para cuota alimentaria.

De mayo 14 de 2013 por \$200.000 para cuota alimentaria.

De agosto 21 de 2013 por \$165.000 para cuota alimentaria del mes de julio de 2013.

De julio 31 de 2013 por \$100.000 para cuota alimentaria.

De agosto 21 de 2013 por \$165.000 para cuota alimentaria del mes de agosto de 2013.

De agosto 21 de 2013 por \$198.000 para pago de muda de ropa mes de junio para los menores.

De febrero de 2014 por \$70.000 para zapatos colegial dos pares.

De diciembre 24 de 2013 por \$198.000 para pago de ropa del mes de diciembre de 2013 para los menores.

De enero 22 de 2014 por valor de \$16.100 para útiles escolares.

De enero 21 de 2014 por valor de \$56.550 para útiles escolares grados 1, 3, y 5.

De diciembre 19 de 2013 por valor de \$118.000 para tres pares de calzado.

De enero 6 de 2014 por valor de \$30.000 por zapatillas.

Dijo haber exigido y mantener en su poder los recibos por los pagos realizados porque la madre de los menores en varias veces recibía el dinero y no le entregaba recibo porque decía que no era necesario.

Desde agosto de 2013 ha consignado de manera completa la cuota alimentaria porque la compañera permanente le colabora, antes de agosto de 2013 realizó los pagos de manera parcial, en el año 2011 y 2012 hizo pagos parciales; reside por su trabajo ocasional en Bogotá donde sus gastos mensuales son por transporte, alimentación \$100.00 y arriendo \$120.000, aproximadamente, y sus ingresos por el trabajo ocasional cuando es bueno es de aproximadamente \$600.000 mensuales, en el taller se trabaja dos o tres semanas continuas y descansan, las cuotas alimentarias las ha cancelado en la medida que ha podido y por las sumas que ha podido, pero para el momento de la declaración estaba pagando cumplidamente en su totalidad de la cuota porque su compañera le ha colaborado.

En el contrainterrogatorio acepta que de los pagos parciales ha quedado debiendo parte de las cuotas pero que últimamente su compañera permanente con la que ha convivido desde 2010 le ha colaborado para completar las cuotas.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

En las preguntas complementarias del Juzgado el procesado afirmó que su residencia es Garagoa pero como allí no encuentra trabajo, cuando se le presenta en Bogotá por semanas se traslada a dicha ciudad para allí laborar pero regresa a Garagoa; de otra parte dice haber pactado la cuota alimentaria en \$150.000 e igualmente les da buen trato a sus hijos.

Documentos:

Como documentos y evidencias se allegaron al juicio los que fueron incorporados con los testigos, los que ya fueron relacionados.

Hechos demostrados:

Con dichas pruebas, en el análisis dentro de una valoración integral y conforme a los principios de la sana crítica, la Sala tiene como demostrado los siguientes hechos:

El acusado RICARDO ESGUERRA GORDILLO y SONIA YURLEY AGUIRRE procrearon a M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., nacidos el 8 de mayo de 2004, 2 de febrero de 2006, y 17 de septiembre de 2007, respectivamente.

En audiencia del 26 de abril de 2010, ante la Comisaría de Familia de Garagoa, RICARDO ESGUERRA GORDILLO y SONIA YURLEY AGUIRRE conciliaron la cuota alimentaria de sus menores hijos M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., en la cual se comprometió RICARDO a pagar a la madre de los menores la suma de \$150.000 durante los cinco primeros días de cada mes a partir de mayo de 2010, cuota que se reajustaría anualmente de acuerdo al IPC, como también aquél se comprometió a cancelar el 50% de los gastos de matrícula, escolares y de salud que no cubriera la IPS SISBEN, y a suministrar tres mudas de ropa al año para cada menor en valor de \$60.000 cada una.

Durante el periodo de mayo de 2010 a julio de 2013, RICARDO ESGUERRA GORDILLO le realizó periódicamente pagos parciales a la señora

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

SONIA YURLEY AGUIRRE por concepto de la cuota alimentaria y suministros pactados en la conciliación del 26 de abril de 2010, y a partir del 21 de agosto de 2013, fecha en que se le formuló la imputación, ha realizado pagos por la totalidad de lo pactado en la conciliación y por los periodos mensuales desde el mes de julio de 2013, con la ayuda de su compañera permanente.

RICARDO ESGUERRA GORDILLO es zapatero, oficio que desempeñaba para los años 2013 cuando se realizaron los actos de investigación por el funcionario de policía judicial, y 2014 para cuando se practicó la prueba en el juicio, en la ciudad de Bogotá, en un taller pequeño de propiedad de YOFRE ANTONIO ARÉVALO, quien señaló que el acusado trabajaba allí desde diciembre de 2012, no siendo un trabajo permanente sino ocasional y a destajo, o trabajo por obra o por labor y por periodos, según la demanda de calzado para el taller, recibiendo la remuneración con base en la cantidad de unidades o labor ejecutada, variando su salario de un mes a otro de acuerdo a la labor realizada, recibiendo en promedio mensual la suma máxima de \$650.000.

A más de las obligaciones alimentarias para con sus tres menores hijos, respondía por sus propios gastos de alimentación, transporte y vivienda, pagando arriendo de una habitación en Bogotá donde permanecía mientras trabajaba, y en el tiempo que no tenía trabajo se trasladaba a Garagoa donde residía con su compañera permanente.

Lo anterior fue demostrado con los testimonios de SONIA YURLEY AGUIRRE, madre de los menores, el investigador EDWAR DAYÁN CARO BELTRÁN, la compañera permanente del acusado EDILMENA DURÁN SALCEDO, y el procesado RICARDO ESGUERRA GORDILLO, y la prueba documental por ellos aportada, específicamente los registros civiles de nacimiento de los menores, el acta de conciliación de la cuota alimentaria, los recibos de pago realizados por el procesado a la progenitora de los menores para la manutención de éstos y que fueron aportados tanto por la denunciante como por el procesado, la identificación, individualización y arraigo del procesado donde se indica el oficio desempeñado, lo cual fue ratificado por la misma madre de los menores y por el patrono del procesado YOFRE ANTONIO ARÉVALO quien a más aportó comprobantes de egreso donde consta los pagos realizados a ESGUERRA

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

GORDILLO por la obra realizada, los cuales son variables y en sumas menores, de donde se infiere que su trabajo es a destajo y por periodos.

Se desconoce a qué se dedicaba RICARDO ESGUERRA GORDILLO antes de diciembre de 2012, si igualmente ejercía su profesión de zapatero, dónde trabajaba, cuánto devengaba, cuáles eran sus obligaciones, pues nada se indagó sobre el particular, quedándose corta la Fiscalía en el interrogatorio y contrainterrogatorio a los testigos sobre este hecho, conociéndose tan solo que a partir del mes de octubre de 2010 empezó a convivir con su compañera permanente EDILMENA DURÁN SALCEDO en el municipio de Garagoa.

De lo investigado por el funcionario de policía judicial EDWAR DAYÁN CARO BELTRÁN, se demostró que RICARDO ESGUERRA GORDILLO ha estado afiliado como beneficiario en Saludcoop E.P.S., desde el 1 de julio de 2011, y la testigo EDILMENA DURÁN SALCEDO afirmó que ella lo había afiliado como beneficiario; sin que se tenga registro alguno o prueba que demuestre que el procesado era empleado de entidad o empresa diferente a la vinculación con el taller de zapatería antes de diciembre de 2012, fecha en la que se indica por YOFRE ARÉVALO lo recibió en su taller como trabajador ocasional y a destajo.

De otra parte, queda la duda si a más de los pagos que constan en los recibos aportados al proceso, por concepto de los alimentos de sus menores hijos, entendiéndose que el vestuario, útiles escolares, uniformes, matrículas, onces, etc., hacen parte de los alimentos, existieron otros pagos realizados por el procesado con la misma finalidad; incertidumbre que surge porque la madre de los menores no aportó la totalidad de copia de los recibos que entregó el procesado, estos no siendo tachados de falsos, lo que indica que no es cierto lo afirmado por SONIA YURLEY AGUIRRE en la denuncia, entrevista y testimonio rendido en juicio, cuando dice que RICARDO solo le aportó lo que constaba en los recibos por ella aportados y que antes de la conciliación en nada le colaboraba, hecho este último desvirtuado con el recibo del 31 de agosto de 2008 por \$50.000 para alimentos, pues la conciliación data del 26 de abril de 2010, a más que el procesado afirmó siempre haber cumplido con su obligación en la medida de sus posibilidades y que no por todo lo sufragado se le expidió recibo porque la madre de los menores le decía que no había necesidad.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

En conclusión, no se probó que el acusado hubiese tenido una vinculación laboral e ingresos continuos antes de diciembre de 2012, y a partir de esa fecha se tiene como demostrado que trabajó en un taller de zapatería a destajo y por periodos, siendo sus ingresos variables y en suma no superior a \$650.000 mensuales, teniendo que atender a más de las obligaciones alimentarias para con sus hijos, las propias a sus necesidades básicas, no siendo cierto que el procesado se haya sustraído por completo con sus obligaciones como padre de los menores M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A. desde su nacimiento, esto es, desde el mes de mayo de 2004 cuando nació el primer niño, evidenciándose, por el contrario, que desde antes de la conciliación por la cuota alimentaria pactada el 26 de abril de 2010 ya el señor RICARDO ESGUERRA GORDILLO le hacía pagos a la madre de los menores por los que exigía recibos, y con posterioridad de la conciliación hasta la fecha de la imputación realizó pagos parciales y periódicos para la manutención de los niños como consta en veintidós recibos de fechas posteriores a la conciliación, abril de 2010, y anteriores a la formulación de imputación, agosto de 2013.

2.3.- De la conducta punible de INASISTENCIA ALIMENTARIA y responsabilidad del acusado RICARDO ESGUERRA GORDILLO.

El delito de Inasistencia alimentaria se consagra en el artículo 233 del C.P. así:

“El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.”

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja

Sala Penal

Se ha considerado que esta descripción típica, naturalística y jurídicamente implica permanencia en el tiempo, pues subsiste desde el momento en que se inicia el incumplimiento del deber alimentario hasta que se cumpla; la acción determinada por el verbo “sustraerse” describe una conducta de omisión propia, en cuanto la abstención a los deberes legales del actor se encuentra consagrada expresamente en el tipo, es un delito de omisión, que por el aspecto negativo, la conducta típica en el plano objetivo debe además de lesionar el bien jurídico tutelado, hacerlo sin justa causa, por tanto, la justificación tiene la virtud de convertir la conducta típica en justa y no simplemente excusable; por ser un tipo de mera conducta, no es necesario que se lesione la vida, la subsistencia o la integridad personal de la víctima, tampoco que se afecten efectivamente sus derechos a la educación, vivienda o vestido.

Sobre este delito, la jurisprudencia ha dicho²³:

*“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. (Se resalta fuera de texto).*

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.

En ese orden de ideas, al juez penal le compete verificar si emerge el deber de dar alimentos, si el obligado a ellos en efecto incumplió y si no converge causal de justificación.”

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 13 de 2008, rad. 25649, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja

Sala Penal

En cuanto a la manera como puede estructurarse el comportamiento de inasistencia alimentaria, a partir del término “sin justa causa”, contenido en la norma, como precedente jurisprudencial se tiene lo siguiente²⁴:

*“Frente a la responsabilidad del autor en la conducta punible de inasistencia alimentaria estableció que el legislador tradicionalmente la ha previsto para quien **“se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos.”***

*Y que al “incluir dentro de la definición típica el elemento **“sin justa causa”**. Con ello se requiere dar 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 punto que 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...”

3. La sanción por el incumplimiento de la obligación alimentaria no vulnera la Constitución.

(...)

La conducta descrita por la norma acusada es de peligro, en cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido; de ejecución continuada, dado que la violación a la norma persiste hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación; exige un sujeto pasivo calificado que es la persona civilmente obligada; un sujeto activo que es el beneficiario y, concretamente, los

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de marzo de 2006, rad. 21.161, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; citando allí la sentencia de constitucionalidad de la norma sancionadora del decreto ley 100 de 1980, código penal anterior, C-237 de mayo 20 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja

Sala Penal

ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, y el cónyuge²⁵, y un elemento adicional, contenido en la expresión "sin justa causa"; además, se trata de una conducta que sólo puede ser sancionada a título de dolo; por tanto, requiere que el sujeto obligado conozca la existencia del deber y decida incumplirlo.

(...)

Por último, afirma el actor que en la norma acusada se sanciona la incapacidad económica del obligado, pues la carencia de recursos económicos no está prevista como causal de justificación en el artículo 29 del Código Penal, ni puede ser deducida de la expresión "sin justa causa", contenida en el artículo 263 ibídem; elemento que, a su juicio, es irrelevante.

Es de destacar que la expresión "sin justa causa", es considerada por un sector de la doctrina como un elemento superfluo, producto de una falta de técnica legislativa, que en nada modifica la descripción de la conducta, pues se refiere a la misma exigencia de la antijuridicidad, en tanto que para otros autores, es un elemento normativo del tipo que permite al juez eximir de responsabilidad a quien incurra en la conducta de inasistencia alimentaria, con fundamento en causales legales o extralegales, distintas a las de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, y que impiden al obligado la satisfacción de su compromiso, a pesar de su voluntad.

Cualquiera sea la postura dogmática que se asuma, lo cierto es que la carencia de recursos económicos no sólo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino -a fortiori- la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (art. 40-1 Código Penal); en consecuencia, tampoco este último cargo está llamado a prosperar." (Se resalta fuera de texto).

Siguiendo el mismo hilo jurisprudencial, recordó:

²⁵Es de anotar que en relación con los titulares del derecho, la norma civil es más amplia que la penal, pues comprende también a los hermanos legítimos y al que hizo una donación cuantiosa siempre que no la haya rescindido o revocado.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja

Sala Penal

*“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.

(...)

Frente al delito que ocupa la atención de la Sala, entonces, el funcionario judicial debe comprobar, con base en las pruebas legalmente practicadas, si el

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

agente se ha sustraído “a la prestación de alimentos legalmente debidos”, “sin justa causa”.

La razón lícita debe ser encontrada, o excluida, a partir de los aspectos ya tratados, que apuntan a que los alimentos deben ser prestados, en forma equitativa, por el padre y la madre, pues se trata, sin duda, de una obligación solidaria.²⁶”.

En el caso de estudio, debe analizarse entonces si en efecto se probó que RICARDO ESGUERRA GORDILLO incumplió a la obligación alimentaria, y si ese incumplimiento estuvo o no justificado, para determinar si se estructura el delito de inasistencia alimentaria, o si por el contrario su conducta es atípica.

Como se concluyó del análisis probatorio que hiciera esta Sala, se ha demostrado que efectivamente el señor RICARDO ESGUERRA GORDILLO es padre de los menores M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., habiendo conciliado los progenitores la cuota alimentaria para los menores el 26 de abril de 2010 ante la Comisaría de Familia de Garagoa, habiendo realizado RICARDO pagos parciales por dicho concepto y de manera periódica desde cuando se concilió hasta que se le formuló imputación, incumpliendo parcialmente a lo que se había obligado, estando demostrado que antes de la conciliación también había hecho pagos para los gastos de sus hijos y que después de la formulación de imputación procedió a cumplir con el pago total de lo pactado.

Del procesado RICARDO ESGUERRA GORDILLO se desconoce a qué se dedicaba antes de diciembre de 2012, qué ingresos percibía y qué obligaciones económicas tenía, probándose que a partir de esa fecha trabajaba como zapatero en un taller pequeño en Bogotá de propiedad de YOFRE ARÉVALO, de manera ocasional, a destajo y por periodos, recibiendo ingresos variables no superiores a \$650.000 mensuales, teniendo que responder a más de la obligación alimentaria para con sus hijos, con los gastos de sus propias necesidades.

Por lo anterior, no se tiene la certeza que la sustracción parcial de RICARDO ESGUERRA GORDILLO al pago de los alimentos para sus menores hijos M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., en el monto pactado de abril de 2010 a agosto

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sent. Cas. enero 19 de 2006, rad. 21.023.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

de 2013, haya sido injustificado como lo exige el tipo penal de la conducta ilícita por la que se le formularon cargos; pues ni siquiera el dicho de la madre de los menores revela que el procesado tuviera la capacidad económica suficiente para responder a plenitud con el pago de la cuota pactada, y si bien es cierto el procesado accedió a conciliarla en un monto determinado, también lo es, que este ha alegado la falta de fuentes de empleo en Garagoa por lo que tuvo que trasladarse a Bogotá a desempeñar su oficio como zapatero en un taller pequeño, de manera ocasional y con unos ingresos bajos y variables, lo que motivó que no pudiera hacer el pago de la cuota en la totalidad del monto pactado pero que ha respondido dentro de sus posibilidades económicas; siendo deficiente la investigación por parte de la Fiscalía respecto de la capacidad económica del procesado por todo el periodo por el que se le formularon los cargos.

De conformidad al artículo 381 de la ley 906 de 2004, C. de P.P., aplicable al caso de estudio, *“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”*.

Y por su parte, el artículo 7 del mismo estatuto señala: *“Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.*

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”

En el presente caso, no hay certeza, no se tiene el convencimiento más allá de toda duda, que el incumplimiento parcial de RICARDO ESGUERRA GORDILLO en la prestación de los alimentos a sus menores hijos M.S.E.A., F.R.E.A., y J.C.E.A., haya sido de manera injustificada, que su incumplimiento en el pago de la totalidad de las cuotas y en sus montos acordados fuera de manera deliberada y voluntaria, o si por el contrario, obedeció a la falta de fuentes de trabajo o mayores ingresos, como lo alegó el procesado.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Considera la Sala, que no le asiste razón al juez de primera instancia al no admitir la justa causa invocada por la defensa al señalar que el procesado era un trabajador ocasional en labores de zapatería de las que recibe remuneración a destajo o labor contratada, porque en consideración del Juez, existió periodos de tiempo que se sustrajo totalmente del pago de la obligación y porque no se demostraron los gastos propios, a más de haber admitido el valor de la cuota alimentaria por la que concilió; pues estas razones no desvirtúan la justa causa alegada, y por el contrario, generan la duda sobre la certeza de la no justificación al incumplimiento parcial, precisamente porque no se demostró la capacidad económica del acusado antes de diciembre de 2012, y en los periodos en los que no existe prueba de pagos realizados es del año 2011, y lo demostrado es lo alegado por la defensa, esto es, un trabajo ocasional, a destajo y por periodos, desempeñado a partir de diciembre de 2012, con bajos ingresos, debiendo realizar los gastos de su propia subsistencia como lo requiere cualquier ser humano.

Así entonces, la sola demostración del incumplimiento parcial en el pago de las cuotas alimentarias, no dan lugar a responsabilizar al procesado por los cargos formulados en su contra, porque de conformidad al artículo 9 del C.P., la causalidad por sí sola no basta para la imputación del resultado, requiriéndose que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, y de acuerdo al artículo 12 del mismo estatuto, toda forma de responsabilidad objetiva está proscrita, debiéndose demostrar en el caso de la conducta punible de inasistencia alimentaria, el dolo en el actuar del sujeto agente, esto es, que la sustracción de prestar alimentos fue de manera injustificada, intencional, voluntaria, elementos que no fueron probados, como bien lo alega la Defensa en la sustentación del recurso.

Por todo lo argumentado no es procedente emitirse una sentencia condenatoria en contra del acusado RICARDO ESGUERRA GORDILLO, debiéndose resolver la duda sobre su capacidad económica y razón del incumplimiento parcial en el pago de las cuotas alimentarias, a favor del procesado, al no existir manera de desvirtuarla con la prueba obrante en el proceso, no obteniéndose la certeza de la tipicidad de la conducta de inasistencia alimentaria y por ende de la responsabilidad penal del acusado, debiéndose revocar la sentencia de primer grado que condenó al acusado.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su Tercera Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- REVOCAR integralmente la sentencia condenatoria recurrida, proferida el once (11) de abril de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Garagoa. En su lugar, se **ABSUELVE** a RICARDO ESQUERRA GORDILLO, de condiciones civiles y personales conocidas de autos y que da cuenta esta sentencia, del cargo formulado en su contra como autor responsable del delito de Inasistencia Alimentaria, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen. Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de Casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ
Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABON ORDOÑEZ
Magistrado

CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Magistrada

DIANA MARÍA ANTOLÍNEZ DÍAZ

Secretario