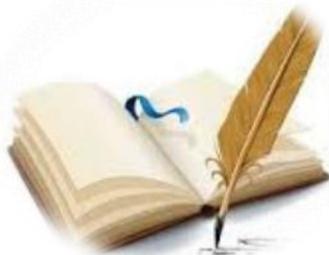


Relatoría Tribunal Superior de Tunja



INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Descripción del tipo/ ...” 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...”

SENTENCIA No. 072

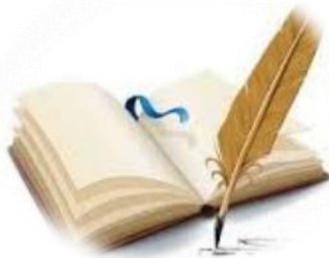
MAGISTRADA PONENTE: LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ.

APROBADO: Acta N°. 065 del catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017). Art. 30, Num. 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, miércoles diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017), nueve de la mañana (9:00am).

Proceso Nro. 154076000117201200223 (2017-0329)

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Tercera de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la Defensa del procesado contra la sentencia proferida el veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villa de Leyva, mediante la cual fue condenado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA por el delito de inasistencia alimentaria.

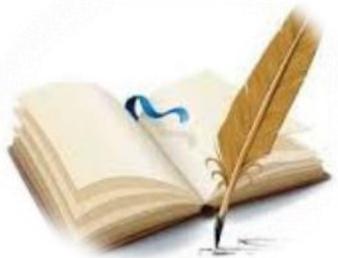
HECHOS

JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA y SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA, en audiencia de conciliación del 25 de febrero de 2009 ante la Comisaría de Familia de Villa de Leyva, conciliaron el valor de la cuota alimentaria que JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA se comprometió a consignar en una cuenta de ahorros del Banco Popular a partir del mes de marzo de ese año para su hijo A.F.G.J.¹, nacido el 2 de marzo de 2005, en suma de cien mil pesos (\$100.000) mensuales, aumentada anualmente a partir de enero del año siguiente en la misma proporción del aumento del salario mínimo, y dos mudas de ropa al año.

SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA formuló denuncia contra JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA por no haber cumplido con el pago de la cuota alimentaria pactada, a partir del mes de diciembre de 2009 cuando éste se fue de Villa de Leyva para Bogotá, comunicándose telefónicamente con aquella tan solo en el año 2010, cuando le dijo que iba a responder, desconociéndose con

¹ El nombre y datos del menor 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.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



certeza a qué se ha dedicado, cuál es su capacidad económica, cómo son sus condiciones personales, sociales, familiares y modo de vivir, presumiéndose que ha trabajado en construcción, oficio como ayudante que desempeñaba cuando convivía con SANDRA PATRICIA, y que ha sido trabajador dependiente, esto según la base de datos sobre la afiliación a la EPS en salud en el año 2010, fondo de pensiones y caja de compensación, pero sin precisarse su vinculación laboral, ingresos, periodo laboral, quedando la duda si ha tenido los recursos suficientes para el pago de la cuota alimentaria, desconociéndose los motivos del incumplimiento de su obligación para con su menor hijo.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACION DEL PROCESADO

JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA, identificado con C.C. No. 80.229.038 de Bogotá, donde nació el veintinueve (29) de junio de mil novecientos setenta y nueve (1979), hijo de MARTÍN GUTIÉRREZ y LUZ MOLINA, para cuando fue vinculado al proceso, siendo declarado contumaz, se dijo que se dedicaba a oficios varios, que había reportado inicialmente como residencia la dirección carrera 5 Este Nro. 4-52, barrio la Cristalina en Soacha (Cundinamarca), pero que finalmente se tenía como información que residía en la carrera 4 A Este Nro. 1-62 barrio San Martín de Soacha (Cundinamarca), números de teléfonos móviles 3125479345 y 3144324831, con sexto grado de instrucción.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 22 de julio de 2014, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica con funciones de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía Dieciocho Local de Villa de Leyva, declaró en contumacia al señor JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA por no haber comparecido a la diligencia, siendo citado el 1 de julio de 2014 por comunicación telefónica al abonado

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



3125479345, según constancia secretarial²; a quien con la representación del Defensor Público designado, la Fiscalía le formuló imputación 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 2007³.

Radicado escrito de acusación el 15 de septiembre de 2014⁴, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leyva se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 10 de febrero de 2015 por iguales cargos de la imputación⁵; la audiencia preparatoria se realizó el 11 de noviembre del mismo año⁶; y el juicio oral se desarrolló el 30 de marzo, 11 de mayo y 23 de noviembre de 2016⁷, esta última donde, concluido el debate probatorio y presentados los alegatos de conclusión, el Juez anunció el sentido del fallo condenatorio, pronunciándose las partes sobre la individualización de pena y sentencia.

En audiencia del 29 de marzo de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villa de Leyva leyó la sentencia condenatoria⁸, contra la cual la Defensora interpuso el recurso de apelación, el que sustentó por escrito en el término de ley, presentando la réplica la Fiscalía y la Representante de la Víctima como no recurrentes⁹, siendo concedido en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de este Tribunal en auto del 28 de abril de 2017¹⁰.

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:

² Fl. 6.

³ Fls. 9-10 y CD.

⁴ Fls. 25-31.

⁵ Fls. 49-50 y CD.

⁶ Fls. 82-83 y CD.

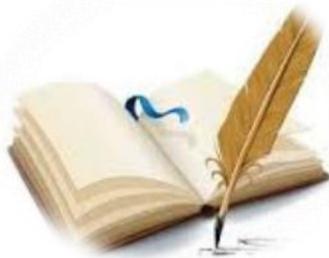
⁷ Fls. 123-124, 136,141-142, 152-154 y 3CDs.

⁸ Fls. 159-169 y CD.

⁹ Fls. 171-184, 186-197.

¹⁰ Fl. 198.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



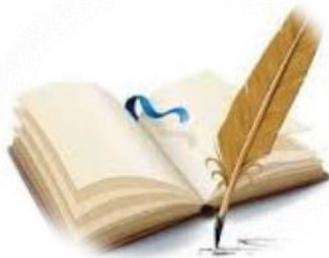
1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villa de Leyva condenó a JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA a las penas principales de treinta y dos (32) meses de prisión y veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes de multa, 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.

Después de referirse al delito de inasistencia alimentaria, el a quo dijo estar demostrado: con el registro civil, que A.F.G.J. para la fecha de los hechos era menor de edad, quien nació el 2 de febrero de 2005, hijo del acusado, al que le fue impuesta la obligación (sic) alimentaria por conciliación según el acta de fecha 15 de febrero de 2009, donde se comprometió a dar como alimentos a favor de su menor hijo, la suma de cien mil pesos (\$100.000) mensuales a partir del mes de marzo de 2009, que se incrementaría anualmente a partir del 1 de enero siguiente proporcionalmente al aumento al salario mínimo, y dos mudas de ropa al año, una para el cumpleaños del niño y otra para navidad.

En cuando a la capacidad económica del procesado, el Juez dijo que aunque la Fiscalía no logró demostrar que para la época de los hechos, esto es, de diciembre de 2009 al 22 de julio de 2014, si JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA trabajaba para una empresa determinada, o era independiente, y cuál era el salario que devengaba, si probó que era capaz económicamente, que trabajaba en el gremio de la construcción y que se encontraba afiliado al régimen contributivo EPS Cruz Blanca desde el 1 de octubre de 2010 y al fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS desde el 26 de marzo de 2011, ambas afiliaciones vigentes a 31 de diciembre de 2015, fecha en que se imprimió el certificado de la página del FOSYGA, de donde dijo poderse inferir que el acusado desde el año 2010 ejerce una labor productiva en construcción, estableciéndose

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



una capacidad económica plena, aunque se desconoce el salario pero presumiéndose que es el mínimo mensual legal, quedando desdibujada la teoría de la Defensa sobre la incapacidad económica o duda razonable de la misma, porque con los documentos aportados tan solo demostró que no tenía bienes inmuebles en Tunja y Chiquinquirá, ni vehículos, no habiendo probado, como lo prometió, que tenía un nuevo grupo familiar con menores de edad, uno de ellos con enfermedades, porque dicha situación no la probó su investigador y los testigos citados no comparecieron a declarar, como tampoco lo hizo el acusado quien no concurrió a las audiencias.

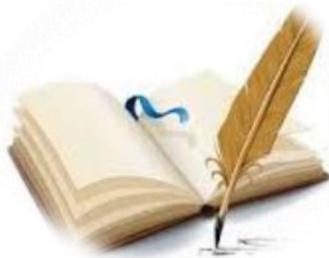
Concluyó, que estando probada la capacidad económica del acusado, se deducía que la sustracción a la prestación de alimentos fue dolosa y sistemática, no habiendo aportado ninguna suma para el sustento de su menor hijo, ni otorgándole amor, respaldo, recreación ni elemento alguno para su desarrollo, habiéndolo abandonado, sin causal que haga inferir la imposibilidad de cumplir con la obligación, estando probada la conducta punible y responsabilidad penal del acusado.

Para la dosificación punitiva, estableció los extremos y cuartos de movilidad, fijando la sanción en el mínimo previsto en la norma, otorgándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de dos años bajo caución prendaria de dos salarios mínimos, por considerar cumplidas las exigencias del artículo 63 del C.P., modificado por la ley 1709 de 2014.

2.- Del motivo de la apelación.

2.1.- La Defensora solicitó que se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar, se absuelva al acusado de los cargos por el delito de inasistencia alimentaria, afirmando que las pruebas son insuficientes para la confirmación de la condena.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Afirmó que es atípica la conducta atendiendo a que no se probó la capacidad económica del acusado, como tampoco que el incumplimiento fuera injustificado, habiéndose vulnerado el debido proceso.

Como lo señalara el investigador de la Fiscalía, no se probó la capacidad económica del procesado, quien no tiene bienes, por el contrario tiene otras obligaciones derivadas de un nuevo núcleo familiar, apareciendo registrado en Cruz Blanca como cotizante principal lo que implica que hay otros miembros que dependen de la misma afiliación a salud, no estando demostrado dónde trabaja ni cuánto devenga, sin prueba alguna sobre la presunta actividad laboral, carga probatoria que tenía la Fiscalía, no pudiendo tenerse como prueba tan solo el registro de la base de datos del FOSYGA, fundándose la responsabilidad solamente en la anotación donde aparece que aporta a salud y pensión pero desconociéndose de dónde provenía los aportes, pues es sabido que el ciudadano puede vincularse al sistema de seguridad social de manera independiente.

Para sancionar penalmente al sujeto por incumplir las obligaciones alimentarias, debe estar probado que tiene capacidad económica, para afirmar que de manera injustificada ha incumplido, lo cual no ocurrió en el presente caso; estando demostrado que el procesado a más de no tener bienes, es un humilde trabajador ocasional, sin ingresos fijos, que no alcanza a cubrir con sus exiguos ingresos sus propias necesidades, que tiene más obligaciones alimentarias y que de él depende el sustento familiar, según lo señaló el mismo investigador de la Fiscalía, por lo que puede concluirse que la carencia de recursos hace que la sustracción alimentaria no sea injustificada, sin haberse escuchado al procesado y a su compañera MARTHA TOBO GUÍO, como testigos de la Defensa, quienes no fueron citados en debida forma, violándose el derecho defensa y debido proceso.

El investigador de la SIJIN, testigo de la Fiscalía, fue el que declaró que no se desplazó a la residencia del procesado, ni investigó sobre sus condiciones sociales y familiares, no probándose que tuviera bienes de fortuna, ni la

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



sustracción injustificada, por el contrario, aportó pruebas sobre la carencia de recursos que no se tuvieron en cuenta.

Concluye que no se probó la intencionalidad del procesado de transgredir el tipo penal, no estando demostrado el dolo, siendo necesario que el incumplimiento se deba a la voluntad del sujeto agente para estar incurso en el tipo penal, debiendo estar en capacidad de cumplir la obligación alimentaria.

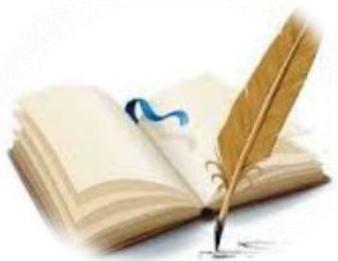
Por último, considera que al revisar la actuación, encuentra que las notificaciones al procesado y a los testigos de la defensa a las diferentes audiencias, fueron irregulares, al haberseles llamado a los teléfonos suministrados y presuntamente dejárseles un mensaje, dando por hecho que con ello efectivamente tenían conocimiento de la fecha y hora en que debían comparecer, lo que no genera certeza sobre la citación, no siendo una forma eficaz para garantizar la comparecencia al proceso, todo en detrimento de los derechos del procesado, citando los artículos 171 y 172 de la ley 906 de 2004, donde se establece que las citaciones deben ser efectivas, como también la sentencia T-612 del 9 de noviembre de 2016.

Pidió se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar, se absuelva al procesado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA de los cargos que se formularon en su contra.

2.2.- La Fiscalía como no recurrente, se opone a las pretensiones de la Defensora por las siguientes razones:

La madre y el abuelo materno del menor, declararon que el acusado abandonó a su hijo desde temprana edad, no cumpliendo desde el año 2009 con el pago de la cuota alimentaria que le fue asignada en conciliación, y el investigador de la SIJIN, en el acta de verificación y arraigo familiar y laboral, consignó los datos suministrados directamente por el acusado, donde se puede inferir que tiene ingresos por la actividad que desarrolla, aunque no se pudo

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



establecer que tuviera vehículos o propiedades a su nombre, pero que de la consulta en el FOSYGA pudo detectarse que se encontraba afiliado al régimen contributivo en la EPS Cruz Blanca en Bogotá, como cotizante principal desde el 10 de enero de 2010, activo al 10 de febrero de 2010, fecha de consulta, afiliado a Colfondos desde el 26 de abril de 2011 y a la Caja de Compensación CAFAM, como trabajador dependiente en el ramo de la construcción.

En consecuencia, considera que el acusado ha tenido la posibilidad de cancelar las cuotas alimentarias, pero desde el año 2009, injustificadamente no las ha sufragado, siendo ínfima la cuota mensual asignada de \$100.000, sin causal que excluya su responsabilidad o justifique su conducta, sin que haya comparecido a las audiencias, sin demostrarse su incapacidad para suministrar alimentos a su hijo, la madre del menor habiendo dejado de recibir las cuotas desde diciembre de 2009.

Señala que fueron los testigos de la defensa y el acusado, los que voluntariamente dejaron de asistir a las audiencias, siendo citados, no pudiéndosele conducir porque no estaban obligados a declarar en contra de si mismo, de su compañero permanente o de sus parientes, que las presunciones legales no comprometen el debido proceso y que si se demostró que el procesado ejercía una actividad laboral se presumía tenía unos ingresos.

Previa citación de jurisprudencia, concluye solicitando se confirme la sentencia condenatoria.

2.3.- La representante de la víctima, igualmente como no recurrente, también pidió la confirmación de la sentencia.

Dice que contrario a lo dicho por la Defensa, se probó que el procesado tenía capacidad económica para responder por los alimentos de su hijo, todo según el registro que aparece en el FOSYGA con el que se probó la afiliación al régimen contributivo en salud y afiliación en pensión, con una labor productiva

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



desde el año 2010 en el ramo de la construcción, habiendo suscrito el acusado el acta de conciliación en la que se comprometió a pagar alimentos desde el mes de febrero de 2009, teniendo conocimiento de su obligación de la que se sustrajo voluntariamente; no existiendo irregularidad alguna porque acusado y testigos fueron citados telefónicamente.

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 Villa de Leyva, 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.).

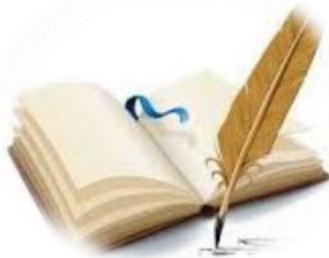
El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia, la Defensora tiene interés jurídico para impugnarla, habiéndolo interpuesto en la audiencia de su lectura y sustentándolo por escrito dentro del término de ley, (artículos. 20, 176, 179, modificado por el artículo 91 de la Ley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

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

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



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 del 30 de marzo, 11 de mayo y 23 de noviembre de 2016 se practicaron únicamente las siguientes pruebas:

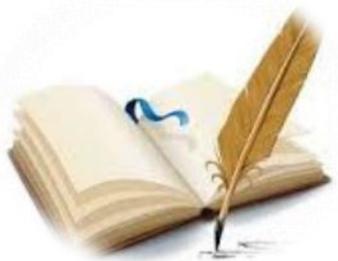
Testimonios:

1.- **SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA**¹¹, natural de Villa de Leyva, para cuando declaró tenía 27 años de edad, con quinto año de primaria, dedicada a oficios varios, convivió con el acusado por cuatro años aproximadamente en Ibagué (Tolima), denunciante y madre del menor A.F.G.J. quien para ese momento tenía once años de edad y cursaba cuarto grado de educación primaria en la vereda Monquirá de Villa de Leyva donde residían.

Formuló denuncia en contra de JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA porque se ha sustraído desde el mes de diciembre de 2009 a pagar la cuota alimentaria que le fue fijada por la Comisaría de Familia de Villa de Leyva para su menor hijo A.F.G.J., en la suma de cien mil pesos (\$100.000) mensuales; no se ha

¹¹ Grabación a partir del minuto 25'26" del audio, audiencia del 30 de marzo de 2016 en C.D a fl. 124.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



podido comunicar con él desde el año 2010 cuando lo llamó y le dijo que le iba a responder, que le pagaría lo que podía, pero que perdió todo contacto sin tener un número de teléfono al que se pueda comunicar.

JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA cuando convivió con ella trabajaba como ayudante de construcción y devengaba el salario mínimo, en otro momento estuvo trabajando en comidas rápidas, desconoce por qué no ha cumplido con la cuota alimentaria, ella es quien aporta lo necesario para la subsistencia de su hijo pero no le alcanza porque ascienden a más de trescientos mil pesos por los tratamientos con psicólogo y otros profesionales que ha tenido que realizarle porque últimamente el menor ha tenido un comportamiento insostenible, debe gastar los transportes para llevarlo al psicólogo a Tunja.

Desde hace siete años JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA se fue de Villa de Leyva para Bogotá, sin que haya tenido contacto con él, y solamente pudo saber por un tío de ella y otros comentarios, que aquél estaba trabajando en Bogotá en construcción, desconoce si tiene bienes de su propiedad, cuando convivieron no los tenía, no sabe que tenga incapacidades para trabajar, pero ella desconoce absolutamente todo de aquél, los datos que suministró en la noticia criminal sobre el mismo era los que tenía de tiempo atrás, aunque no contesta el celular porque cree que cambió de número toda vez que cuando lo llama no está en línea.

Con esta testigo se incorporó como prueba, previo su reconocimiento, los siguientes documentos:

Copia del formato único de noticia criminal del 28 de junio de 2012, donde dice la denunciante que el señor JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA, padre de su menor hijo A.F.G.J., se ha sustraído a pagar las cuotas alimentarias desde el mes de diciembre de 2009 pactadas en audiencia de conciliación del 25 de febrero del mismo año ante la Comisaría de Familia de Villa de Leyva, en suma

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



de \$100.000 mensuales y dos mudas de ropa al año, con el incremento anual para el salario mínimo¹².

Escrito dirigido al C.T.I. fechado 30 de enero de 2013, donde la testigo informa que los gastos mensuales de su menor hijo son: \$60.000 alimentación y aseo, \$65.000 educación, \$10.000 vivienda, \$110.000 vestuario, \$40.000 recreación¹³.

Copia del acta de audiencia de compromiso y conciliación ante la Comisaría de Familia de Villa de Leyva, de fecha 25 de febrero de 2009, suscrita por JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA y SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA, en la que aquél se compromete a consignarle a ésta la suma de cien mil pesos (\$100.000) mensuales a partir de marzo de ese año con el aumento en la proporción del que se le haría al salario mínimo a partir de enero del año siguiente y dos mudas de ropa al año, por concepto de cuota alimentaria para el menor hijo de aquellos¹⁴.

2.- **MANUEL QUINCHANEGUA BECERRA**¹⁵, funcionario de policía judicial con ocho años de antigüedad en dicha actividad, técnico en servicio de policía, analista en comunicaciones en la Dirección de Investigación Criminal DIJIN (Bogotá), fue el investigador en el presente asunto, enunciando como diligencias realizadas las consignadas en el informe de investigador de campo de fecha 06 de diciembre de 2013, entre estas, la entrevista a SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA madre del menor, diligencia de arraigo familiar y laboral del señor JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA e individualización e identificación del mismo, la solicitud de antecedentes penales del mismo, la solicitud ante tránsito y transporte de Bogotá y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados para verificación de la existencia de bienes de propiedad del procesado, aportando los documentos que obtuvo de la información de las diferentes entidades.

¹² Fls. 100-104.

¹³ Fl. 99.

¹⁴ Fl. 98.

¹⁵ Grabación a partir de la hora 1:11'18" del audio, audiencia del 30 de marzo de 2016 en C.D a fl. 124.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Dijo que al haber recibido el despacho comisorio de la investigación por parte del funcionario de la SIJIN de Soacha, él tuvo comunicación con el señor JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA quien le dijo no poder comparecer a la citación que le hizo porque se encontraba laborando en construcción en Soacha y gracias a unos datos que él suministró se realizó la solicitud a la SIJIN de Soacha, con la cual el funcionario que adelantó las diligencias de arraigo obtuvo la información, pero después no se obtuvo más comunicación con dicho señor.

Con la constancia de Seguridad Social del Registro Único de Afiliados (RUAF), de consulta pública, el señor JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA al 31 de agosto de 2015 fecha de la consulta, es una persona afiliada en salud en Bogotá como contributiva a la EPS Cruz Blanca el 1 de octubre de 2010, activo, cotizante principal, activo; afiliada a pensiones ahorro individual a la administradora COLFONDOS el 26 de abril de 2011, activo cotizante; afiliado a la Caja de Compensación Familiar CAFAM el 6 de mayo de 2011 como trabajador dependiente; y vinculado al programa de asistencia social Ministerio Nacional de Educación con matrícula en el sector oficial vinculado el 1 de febrero de 2012 y último beneficio el 30 de noviembre de 2012 en Soacha (Cundinamarca).

Con este testigo se incorporó como prueba, previo su reconocimiento:

El informe de investigador de campo de fecha 06 de diciembre 2013¹⁶, con sus anexos.

Allí se indica que, en la entrevista a la madre del menor, señaló que la deuda del procesado por concepto de alimentos ascendía a \$4.873.165, aportando el registro civil del menor A.F.G.J., NACIDO EL 2 DE MARZO DE 2005, hijo de SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA y JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA, constancia que el menor se encontraba cursando segundo grado de

¹⁶ Fls. 121-122.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



educación básica en la Institución Educativa Técnica Académica Antonio Nariño de Villa de Leyva, copia de la tarjeta de identidad del menor, liquidación de la obligación alimentaria realizada en la Comisaría de Familia de Villa de Leyva el 22 de enero de 2013, copia de la cédula de ciudadanía de la madre del menor¹⁷.

En los datos del indiciado para determinar arraigo, de fecha 14 de noviembre de 2013, se indica como lugar de residencia la carrera 5 Este 452 (sic) barrio la Cristalina Soacha, teléfono 3125479345, en la dirección de trabajo N/A, nacido el 29 de junio de 1979 en Ibagué (sic), en unión libre con MARTHA LILIANA TOBO GUÍO con teléfono 3125479345, en ocupación se indica desempleado pero se tacha y se escribe oficios varios; anexándose copia de la cédula de ciudadanía, e informe sobre consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil¹⁸.

Información de afiliados en la base de datos única del FOSYGA, de fecha 5 de marzo de 2013, donde aparece JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA como afiliado a la EPS Cruz Blanca en el régimen contributivo el 1 de octubre de 2010, como cotizante¹⁹.

Solicitud de registro de antecedentes penales del procesado y constancia de fecha 2 de octubre de 2012, en la que se indica que no registra antecedentes²⁰.

Constancia de Seguridad Social del Registro Único de Afiliados (RUAF), de la que ya se indicó su contenido, allí se indica como fecha de corte en sus datos básicos el 2 de octubre de 2015²¹.

En el conainterrogatorio que le hiciera la Defensa al investigador testigo, respondió que estableció que el procesado estaba laborando en construcción

¹⁷ Fls. 113-118.

¹⁸ Fl. 110-112.

¹⁹ Fl. 109.

²⁰ Fls. 106-108

²¹ Fl. 105.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



según lo dicho para información del arraigo, pero no determinó sus ingresos, tampoco la existencia de bienes de su propiedad, la fecha de impresión de la consulta a la base de datos RUAF no se consignó.

3.- **ROBERTO JEREZ PEÑA**²², abuelo materno del menor A.F.G.J., de 51 años de edad para cuando declaró, casado, con tercero de primaria, agricultor, conoce al acusado porque convivió con su hija SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA con quien tuvo un hijo, residía en Villa de Leyva y lo conoció trabajando en construcción como ayudante, su hija le dice que desde el año 2009 dejó de darle la cuota alimentaria, los gastos del menor los paga su hija SANDRA quien trabaja en invernaderos y en casas de familia, a veces él como abuelo le ayuda, especialmente en el último año que su hija está llevando al niño al psicólogo, desconoce por qué JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA no le ayuda para la manutención del menor, sabe que trabaja en construcción en Bogotá porque su hija le ha contado y porque lo escuchó del testimonio del investigador.

En el contrainterrogatorio de la Defensa, el testigo dijo que para ese momento hacía siete años aproximadamente que no veía a JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA; desconoce por qué se fue del municipio de Villa de Leyva.

4.- **CARLOS ARTURO AMÉZQUITA PALENCIA**²³, investigador de la Defensoría del Pueblo grado 15, técnico en investigación y criminalística, tecnólogo en investigación criminal, estudiante de derecho.

Como investigador de la Defensa en el presente asunto ofició a algunas entidades como a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá y Tunja, a la Oficina de Tránsito y Transporte de Tunja, solicitando si el acusado tenía inscrito como propietario bienes inmuebles y/ o vehículos, respectivamente; efectuó llamadas telefónicas al abonado telefónico suministrado

²²Grabación a partir del minuto 8'02" del audio, audiencia del 11 de mayo de 2016 en C.D a fl. 136.

²³Grabación a partir de la hora 1:11'18" del audio, audiencia del 30 de marzo de 2016 en C.D a fl. 124.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



dentro del proceso, el que inicialmente fue contestado por una señora que se hizo llamar MARTHA, quien manifestó ser la compañera actual del acusado, suministrándole un nuevo número telefónico donde podría comunicarse directamente con su pareja, número al que marcó y fue contestado por un hombre que dijo ser compañero de trabajo de JOHN ALEXANDER quien no podía atender la llamada por estar realizando alguna labor, dejándole el mensaje para que se comunicara con la Defensora, igual recomendación fue dejada con quien dijo ser la compañera permanente.

Posteriormente, dice haber recibido una llamada de quien dijo ser JOHN ALEXANDER quien le comentó una serie de situaciones por las que estaba atravesando, ratificándole que su residencia es en Soacha pero que se trasladó a otra vivienda, no siendo la dirección que inicialmente registró, que ha laborado pero no ha tenido un trabajo fijo, que es padre de una niña que estaba a la espera de una intervención quirúrgico de tipo ortopédico, teniendo varias dificultades para trasladarse a Tunja o Villa de Leyva; sin que recibiera documento alguno que acreditara tales circunstancias, como tampoco volviendo a tener comunicación o noticia del acusado.

De las solicitudes que hiciera a las diferentes oficinas, recibió respuestas en las que se informa que el señor JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA no figura como propietario de bienes inmuebles ni cuentas de vehículos a su nombre.

Al perder comunicación con el acusado, hizo una indagación en la base de datos pública, ingresando a la llamada RUAF donde se encuentra el registro de las personas a las EPS, al fondo de pensiones y cesantías, entre otras, obteniendo el resultado que fue entregado a la Defensora.

Con este testigo se incorporó como prueba, previo su reconocimiento:

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Solicitudes y respuestas de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja y Chiquinquirá, Secretaría de Tránsito y Transporte de Tunja²⁴

Constancia de Seguridad Social del Registro Único de Afiliados (RUAF), cuyo contenido es el mismo que aparece en el documento incorporado por el investigador de la Fiscalía, MANUEL QUINCHANEGUA BECERRA, donde se indica como fecha de corte en sus datos básicos el 2 de octubre de 2015²⁵.

En el conainterrogatorio que le hiciera la Fiscalía, el investigador dice que en ningún momento el procesado le manifestó que estuviera trabajando, solo lo pudo inferir de la primera llamada que le hiciera en la que contestó un hombre que dijo ser compañero de trabajo y que JOHN ALEXANDER no podía contestar por estar ocupado, pero nunca le dijo en qué empresa, y que cuando aquél lo llamó, al preguntársele por su labor, le respondió que en efecto quien había contestado la llamada era un compañero pero que no era un trabajo estable, sin que le dijera en qué trabajaba.

Interrogado nuevamente por la Defensa, el investigador testigo afirmó que de las consultas a la base de datos RUAF han podido detectar que no es una base de información confiable, a pesar de ser pública de la cual se presume la buena fe, pero que al hacer varios cotejos en algunas oportunidades se encuentran que no están actualizados los registros; en el caso de estudio, no tuvo contacto directo con el procesado, tan solo la comunicación telefónica y no se pudo establecer que estuviera laborando.

Interrogado por la Fiscalía sobre los datos del registro RUAF, el investigador señaló que de la fecha de afiliación se podría inferir que para la misma se encontraba laborando, pero que la fecha de corte, a pesar de ser de la base de datos pública, no es confiable su actualización por lo que no puede hacer la inferencia sobre la vinculación laboral, y no teniendo funciones de policía judicial

²⁴ Fls. 129-135.

²⁵ Fl. 128.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



no fue posible indagar en otras bases de datos para determinar si al momento de corte efectivamente estaba activo o afiliado.

A las preguntas complementarias del Juzgado, señaló que el acusado y su compañera permanente se mostraron renuentes a suministrar la información sobre la nueva dirección de residencia aduciendo que no la recordaban y no se encontraban en el sitio para corroborarla, dando a entender que era igualmente en Soacha, pero sin precisarla.

5.- Los testimonios del acusado JOHN ALEXANDER GUTIERREZ MOLINA, los progenitores del mismo, MARTÍN GUTIERREZ y LUZ MOLINA, y de la compañera permanente MARTHA TOBO GUIO, solicitados por la Defensa, no fueron recaudados porque no se tenía una dirección exacta donde pudieran ser ubicados, no respondieron a las citaciones que se les hizo telefónicamente, y el Juzgado no consideró pertinente la conducción porque tratándose de parientes del acusado y que estaban exentos de la obligación de declarar, dando a entender al no haber comparecido, que no querían rendir testimonio, siendo inocua la conducción.

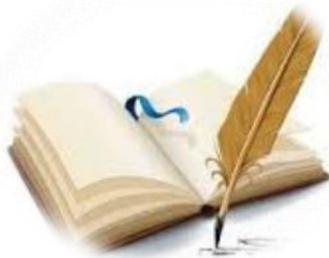
Hechos demostrados:

Con las pruebas antes relacionadas, en el análisis dentro de una valoración integral y conforme a los principios de la sana crítica, la Sala tiene como demostrados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

El acusado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA y SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA procrearon a ANDRÉS FELIPE GUTIÉRREZ JEREZ nacido el 02 de marzo de 2005.

En audiencia de conciliación del 25 de febrero de 2009 ante la Comisaría de Familia de Villa de Leyva, el acusado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA se comprometió a consignar en una cuenta de ahorros del Banco Popular a partir

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



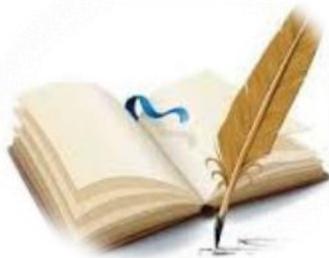
del mes de marzo de ese año, la suma de cien mil pesos (\$100.000) mensuales como cuota alimentaria para su menor hijo A.F.G.J., aumentada anualmente a partir de enero del año siguiente en la misma proporción del aumento del salario mínimo, y dos mudas de ropa al año.

SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA formuló denuncia en contra de JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA por no haber cumplido con el pago de la cuota alimentaria pactada, a partir del mes de diciembre de 2009; lo cual fue ratificado en su testimonio rendido en juicio oral, donde afirmó que desde ese año JOHN ALEXANDER se fue de Villa de Leyva y tan solo se comunicó con éste en el año 2010 por teléfono cuando le dijo que iba a responder, pero después perdió toda comunicación sin tener un número telefónico en el que pueda ubicarlo, pues al que tenía ya no contesta, no está en línea, al parecer porque cambió de abonado.

Tanto SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA como su padre ROBERTO JEREZ PEÑA, declararon que desconocen a qué se ha dedicado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA después de que se fue de Villa de Leyva para Bogotá, dónde reside, cuál es su situación personal, familiar y social, tan solo por comentarios se enteraron que residía en Soacha y trabajaba en construcción, pero no saben con qué periodicidad ejerce la actividad, en qué sitio, cuánto devenga y cuáles son sus obligaciones patrimoniales; solo les consta que aquél trabajaba en construcción y oficios varios cuando convivió con SANDRA PATRICIA.

El funcionario de policía judicial MANUEL QUINCHANEGUA BECERRA, quien hizo la investigación en el presente caso y rindió su informe de fecha 6 de diciembre de 2013, dijo haber tenido comunicación telefónica con el procesado en una sola oportunidad y por los datos que le suministrara, comisionó a los funcionarios de policía de Soacha para la verificación del arraigo; afirmó el testigo que dedujo que JOHN ALEXANDER trabajaba en construcción tan solo por la única comunicación telefónica que tuvo con éste, cuando le dijo que no podía

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



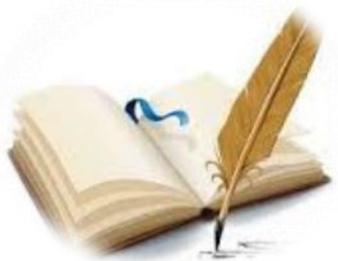
comparecer a la citación que le hacía porque se encontraba laborando en construcción en Soacha, sin que volviera a comunicarse.

En las actas donde el patrullero, funcionario de la SIJIN, consignó los datos del indiciado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA para su arraigo e individualización, de fecha 14 de noviembre de 2013, se indica como lugar de residencia la carrera 5 Este 4-52 barrio la Cristalina Soacha, teléfono 3125479345, el mismo de la compañera permanente MARTHA LILIANA TOBO GUÍO, en dirección de trabajo se dijo que no aplicaba (N/A), en ocupación se consignó desempleado pero está tachado y se escribe oficios varios.

Y de las consultas a las bases de datos, si bien la Fiscalía incorporó a través del investigador MANUEL QUINCHANEGUA BECERRA dos documentos de consulta: uno del FOSYGA de fecha de proceso 5 de marzo de 2013, y otro del RUAF donde en los datos básicos de la persona se tiene como fecha de corte el 2 de octubre de 2015; contrario a lo declarado por el investigador, este último reporte no pudo ser obtenido por él en su labor investigativa toda vez que de la misma rindió el informe de campo del 6 de diciembre de 2013, para cuando no era posible que se tuviera aquel documento con una fecha de corte posterior, a más que en el informe solo se menciona como uno de los anexos el del FOSYGA.

Siendo idéntico el contenido del documento de consulta del RUAF aportado por el investigador de la Fiscalía MANUEL QUINCHANEGUA BECERRA, al incorporado al juicio por la Defensa a través de su investigador CARLOS ARTURO AMÉZQUITA PALENCIA, fácil se puede concluir que quien recaudó este documento fue éste y no aquél; sin embargo, la información que allí se consigna coincide con la reportada en el documento de información del FOSYGA sobre la afiliación del procesado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA el 1 de octubre de 2010 a la EPS Cruz Blanca dentro del régimen contributivo como cotizante; y en el documento de consulta del RUAF a más de dicha afiliación se tiene la de pensiones ahorro individual a la administradora COLFONDOS el 26 de

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



abril de 2011 y a la Caja de Compensación Familiar CAFAM el 6 de mayo de 2011 como trabajador dependiente.

El investigador de la Defensa, CARLOS ARTURO AMÉZQUITA PALENCIA, declaró que de los datos del registro RUAF, se podría inferir que para la fecha de afiliación la persona se encontraba laborando, pero que la vigencia a la fecha de corte, a pesar de ser de la base de datos pública, no es confiable su actualización por lo que no puede hacer la inferencia sobre la vinculación laboral a esa fecha de corte.

En un análisis integral de aquella información y lo declarado por los investigadores de la Fiscalía y de la Defensa, la madre y el abuelo del menor, se puede concluir que JOHN ALEXANDER GUTIERREZ MOLINA desde el año 2010 reside en Bogotá, que fue afiliado como trabajador dependiente en el año 2010 a una EPS y comienzos del año 2011 a un fondo de pensiones y a una caja de compensación familiar, trabajando en construcción según lo que le comentara telefónicamente al investigador de la Fiscalía, en oficios varios o desempleado según el informe de arraigo, y sin trabajo fijo según lo que finalmente le informó al investigador de la Defensa.

Significa entonces, que no se demostró exactamente cuál era el trabajo que desempeñaba el procesado JOHN ALEXANDER GUTIERREZ MOLINA desde el año 2009 hasta el año 2014, en qué empresa laboraba, cuáles eran sus ingresos, si ha tenido o no un trabajo estable, si la afiliación como trabajador dependiente ante las entidades de salud, caja de compensación y pensiones, reportada como vigente para el año 2015, estaba actualizada, ante la duda manifestada por el investigador de la Defensa quien obtuvo el documento, y si durante todo el tiempo ha tenido un trabajo y unos ingresos estables, desconociéndose qué tipo de trabajo ha realizado y cuáles sus ingresos, como tampoco se tiene información alguna cuáles son sus obligaciones patrimoniales.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



En cuanto a la renuencia del procesado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA a comparecer al proceso, igualmente queda en duda; pues si bien es cierto en la audiencia preliminar de formulación de imputación celebrada el 22 de julio de 2014 se le declaró contumaz, esto se hizo teniendo en cuenta tan solo la constancia de la Secretaría del Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica en la que se dijo que el 1 de julio de 2014 se había comunicado telefónicamente al abonado 3125479345 con el señor JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA a quien le notificó la fecha y hora fijada para dicha audiencia²⁶, sin que se verificara si en efecto quien respondió la llamada fue el procesado.

En la audiencia de imputación, en el escrito y audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía señaló que la dirección de residencia del procesado era la carrera 4 A este Nro. 1-62 barrio San Martín Soacha, teléfonos 3125479345 y 3144324831²⁷. Al acusado se le citó para la audiencia de acusación del 10 de febrero de 2015 por oficio 02019 del 27 de noviembre de 2014 del Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leyva a la carrera 4 A este Nro. 1-62 Barrio San Martín de Soacha, pero dicho oficio fue devuelto del correo 4/72 por ser inexistente el número de dirección.

Para la audiencia preparatoria se dejó constancia secretarial del Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leyva, de habersele citado al acusado al celular 3125479345²⁸.

Para la audiencia de juicio oral, sesión del 30 de marzo de 2016, aparece oficio del Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leyva, en el que se le cita al acusado a la carrera 13 Nro. 7-6 Sur de Soacha, e igualmente aparece constancia secretarial donde se indica que se le llamó a la señora MARTHA TOBO GUÍO al abonado 3125479345 quien dijo que era la compañera permanente del acusado pero que ya no convivían, que desconocía dónde podía ser ubicado, y que se

²⁶ Fl. 6

²⁷ Fls. 10, 31

²⁸ Fl. 81.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



realizaron llamadas a otros números registrados en el expediente donde no fue posible dejar mensajes²⁹.

Para la audiencia de juicio oral, sesión del 11 de mayo de 2016, aparece el oficio del Juzgado Promiscuo Municipal de Villa de Leyva, en el que se le cita al acusado a la carrera 4 A Este Nro. 1-62 barrio San Martín Soacha.

En los datos del indiciado para determinar arraigo aportados por el investigador de la Fiscalía, de fecha 14 de noviembre de 2013, se indica como lugar de residencia la carrera 5 Este 4-52 barrio la Cristalina Soacha, teléfono 3125479345.

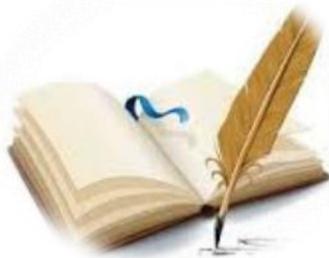
Si se revisa en detalle estas citaciones, podemos concluir que aparecen direcciones distintas, sin información de donde se obtuvieron tales datos, los que no coinciden con los informados en el acta de individualización y arraigo, dirección de residencia a la que nunca fue citado, siendo otra a donde se enviaron algunos oficios, uno de estos devuelto del correo por inexistente el número; en su mayoría de citaciones se dice haberse realizado por llamadas telefónicas a un número que también se registra como el de la compañera permanente del acusado, MARTHA TOBO GUÍO, de quien finalmente se dejó una constancia que había informado que ya no convivía con JOHN ALEXANDER y desconocía su ubicación.

En conclusión, queda la incertidumbre si JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA fue reacio a comparecer al proceso o por el contrario no fue citado en debida forma como lo exige la norma, artículos 172 y 173 de la ley 906 de 2004, desconociéndose si fue oportuna y verazmente informado de la existencia de la citación a cada una de las audiencias.

Por tanto, la no comparecencia del procesado a las audiencias para explicar las razones del presunto incumplimiento que se le endilga por parte de la madre

²⁹ Fls. 91, 95.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



de su menor hijo A.F.G.J., no puede ser tenida en cuenta si quiera como indicio en su contra; como tampoco alcanza a ser motivo de invalidación de la actuación, la forma en que se hicieron las citaciones, precisamente por no tenerse certeza si de las mismas y en la forma ya señalada, el procesado tuvo o no conocimiento de cada una de las audiencias que se realizaron.

3.2.- De la conducta punible de INASISTENCIA ALIMENTARIA y responsabilidad del acusado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA.

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.”

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

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



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 dicho³⁰:

*“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).*

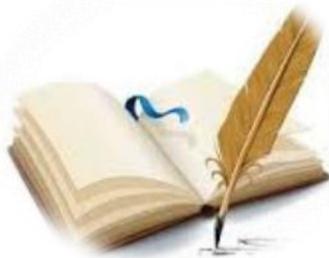
Así las cosas, en el evento de demostrarse que el sujeto ha cumplido con su obligación, no se configura la conducta delictiva. Si se comprueba que aun de haberla inobservado existe justa causa para ello, la conducta devendría atípica.

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.”

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 siguiente³¹:

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 13 de 2008, rad. 25649, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³¹ 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.



*“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”**:*

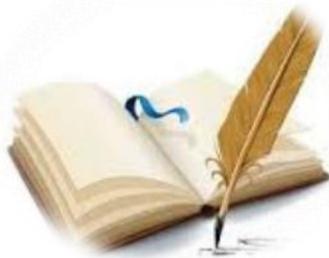
“El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia...”

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

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, y el cónyuge³², 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.

(...)

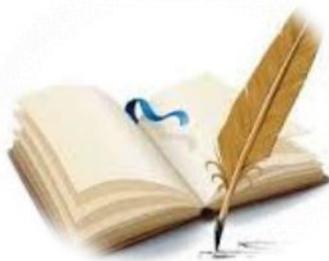
Por último, afirma el actor que en la norma acusada se sanciona la incapacidad económica del obligado, pues la carencia de recursos económicos no está prevista como causal de justificación en el artículo 29 del Código Penal, ni puede ser deducida de la expresión "sin justa causa", contenida en el artículo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

³²Es 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.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



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:

“En términos similares a los expuestos en esta sentencia, sobre la **“causa injustificada”** la Corte Constitucional ha dicho que

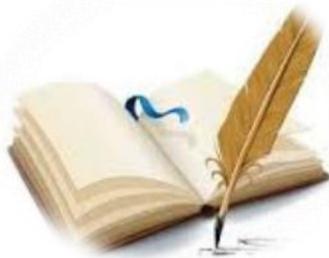
El verbo "sustraer", que constituye el núcleo de la conducta punible, expresa la idea de separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir ésta. Es una conducta activa, maliciosa, claramente regulada, de modo que deja de incriminarse cuando ocurren descuidos 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 lo oportuna de su ocurrencia (Sentencia T-502 del 21 de agosto de 1992).”

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



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

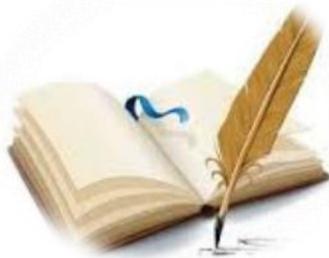
La razón lícita debe ser encontrada, o excluida, a partir de los aspectos ya tratados, que apuntan a que los alimentos deben ser prestados, en forma equitativa, por el padre y la madre, pues se trata, sin duda, de una obligación solidaria.³³”

En el caso de estudio, debe analizarse entonces si en efecto se probó que JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA incumplió a la obligación alimentaria para con su menor hijo A.F.G.J., y en caso afirmativo, si el 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 JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ

³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de enero de 2006, rad. 21.023.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja

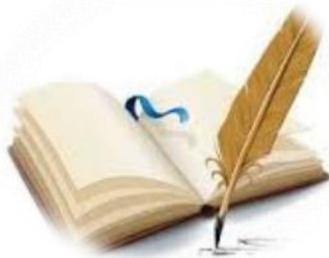


MOLINA es padre del menor A.F.G.J., habiendo conciliado con la madre del mismo el 25 de febrero de 2009 el monto de la cuota alimentaria, reclamándose el incumplimiento de esta obligación por parte de SANDRA PATRICIA JEREZ SIERRA quien denunció que aquél dejó de pagar los alimentos desde el mes de diciembre de 2009 cuando se ausentó del municipio de Villa de Leyva, lo cual fue corroborado por el progenitor de ésta y abuelo materno del menor.

Del procesado se sabe que hasta cuando estuvo residiendo en Villa de Leyva, trabajaba como ayudante de construcción, que desde finales del año 2009 se trasladó a la ciudad de Bogotá y residía en Soacha, desconociéndose a qué se ha dedicado, cuáles han sido sus ingresos y obligaciones, si ha tenido o no una vinculación laboral estable, no teniéndose certeza alguna de su capacidad económica, presumiéndose que para los años 2010 y 2011 trabajó como dependiente en construcción según la afiliación a salud, pensiones y caja de compensación que aparece en el registro de la base de datos del RUAF y los comentarios que escuchó la madre del menor, pero sin saber cuáles eran sus ingresos y cómo era su vinculación laboral, desconociéndose las razones del incumplimiento a su obligación alimentaria para con su menor hijo A.F.G.J., del que solo da cuenta la progenitora y el abuelo materno del menor, sin ninguna otra prueba allegada al juicio sobre el particular.

Por lo anterior, no se tiene la certeza de la sustracción de JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA al pago de los alimentos para su menor hijo A.F.G.J. desde diciembre de 2009, y en gracia de discusión, de dicho incumplimiento no se tiene la prueba que demuestre que haya sido injustificado como lo exige el tipo penal de la conducta ilícita por la que se le formularon cargos; pues no puede concluirse la capacidad económica del procesado y el incumplimiento injustificado al pago de las cuotas alimentarias, con la precaria investigación de la Fiscalía, aportándose tan solo con la información de una base de datos de la cual también ha sido puesta en duda su actualización, y de la que no se revela la vinculación laboral de JHON ALEXANDER, actividad ejercida, sus ingresos, mucho menos sus obligaciones patrimoniales, generándose duda en

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



torno a si el procesado ha incumplido con su obligación alimentaria y si por sus actividades realizadas recibía ingresos suficientes para cubrir sus gastos y la cuota alimentaria, pues se desconoce por completo las razones del presunto incumplimiento.

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 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, del incumplimiento de JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA en la prestación de los alimentos a su menor hijo A.F.G.J., y en caso de haberse presentado como lo informó la madre del mismo, tampoco se tiene ese convencimiento más allá de toda duda que haya sido de manera injustificada, que su incumplimiento en el pago de la cuota acordada fuera de manera deliberada y voluntaria, o si por el contrario, obedeció a la falta de fuentes de trabajo o mayores ingresos, pues se desconoce por completo la razón del presunto incumplimiento.

Considera la Sala, que no le asiste razón al a quo, al representante judicial de la Víctima y a la Fiscalía, al atribuir la responsabilidad penal por el solo

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del acusado, dándole plena credibilidad a la madre y abuelo materno del menor, sin otra prueba que corrobore su dicho, 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, debiendo demostrarse 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, contrario a lo que erróneamente concluyó en la valoración del recaudo probatorio la primera instancia.

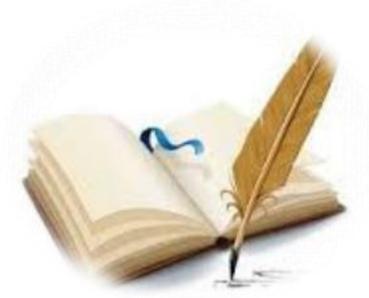
Por todo lo argumentado no es procedente emitirse una sentencia condenatoria en contra del acusado JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA, debiéndose resolver la duda sobre su capacidad económica y razón del presunto incumplimiento en el pago de las cuotas alimentarias, a favor del procesado, al no existir 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 por los cargos formulados en su contra.

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,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR integralmente la sentencia condenatoria recurrida, proferida el veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Villa de Leyva. En su lugar, se **ABSUELVE** a JOHN ALEXANDER GUTIÉRREZ MOLINA, de condiciones civiles y personales

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



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

Magistrada

LEIDY PAOLA GUÍO RODRÍGUEZ

Secretaria