Inasistencia Alimentaria / Justa Causa /... El tipo penal de inasistencia alimentaria contempla como ingrediente normativo la sustracción "*sin justa causa*", elemento que hace imprescindible y necesario establecer la capacidad económica del deudor para de contera determinar si el incumplimiento fue o no justificado.

Dicho de mejor manera, sólo puede ser sancionado como autor responsable de este delito quien pudiendo prestar los alimentos legalmente debidos, dolosa o intencionalmente se niega a ello. Si este aspecto no encuentra demostración probatoria, sancionar al procesado por el simple incumplimiento de la obligación de suministrar alimentos debidos, equivaldría a imponer sanciones con responsabilidad objetiva, proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

Inasistencia Alimentaria/ Presunción legal/ -Fijación Cuota Alimentaria/..."el legislador estableció en esa norma una presunción legal para fijar la cuota alimentaria en los respectivos procesos de alimentos. Sin embargo esa presunción por ser legal puede ser desvirtuada por el deudor dado que nadie está obligado a lo imposible según las voces del artículo 416 del Código Civil, lo que quiere decir que si se refuta o desacredita, el juez está obligado a no aplicarla o a relevar al deudor del pago de esa obligación por no obedecer la cuota fijada al salario realmente devengado. Sin embargo, esa presunción de ninguna forma sirve para establecer responsabilidad penal, como mal se plantea, pues para ello es indispensable que se pruebe la verdadera capacidad económica del procesado y una vez establecida, que también se demuestre la sustracción sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos. Sin duda la única presunción que rige en materia penal es la de inocencia, que debe ser desvirtuada con las pruebas legales tendientes a establecer la existencia del comportamiento punible y si ello no ocurre, la responsabilidad no puede ser declarada y el procesado debe ser absuelto".

SENTENCIA 019

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2017-0479-01
Procesado: Josué Molina Rubio
Delito: Inasistencia alimentaria

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 021 de febrero 21 de 2017, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja marzo nueve (9) de dos mil dieciocho (2018). Hora: dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.).

Conoce la Sala el presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y la representación de víctimas contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chíquiza el 9 de junio de 2017 mediante la cual absolvió a Josué Molina Rubio del delito de inasistencia alimentaria.

HECHOS

La señora Lorena Molina formuló querrela contra Josué Molina Rubio por el delito de inasistencia alimentaria porque a pesar del compromiso adquirido en audiencia de conciliación celebrada el 28 de octubre del 2010 de suministrar una cuota alimentaria de \$80.000 a favor de su menor hijo J.D.M.M y una muda ropa cada 6 meses, se sustrajo de su deber alimentario y adeuda a la fecha de la imputación \$ 5'000.000.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JOSUÉ MOLINA RUBIO, se identifica con la C.C. 1.051.954.264, nació en Arcabuco, Boyacá, el 25 de septiembre de 1987, ocupación oficios varios, hijo de Peregrina Rubio y Alfonso Molina.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 25 de noviembre de 2015 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de garantías de Villa de Leyva se celebró audiencia de formulación de imputación por el delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA tipificado en el artículo 233 inciso 2º del C.P., sin que el imputado aceptara cargos.

La fiscalía presentó escrito de acusación el 15 de febrero de 2016 y el 29 de abril siguiente formuló acusación ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Chíquiza, Boyacá

La audiencia preparatoria se realizó el 10 de junio de 2016 y el juicio oral se adelantó el 21 de abril y 2 de junio de 2017, que culminó con anuncio de sentido de fallo absolutorio.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada.

La Juez Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Chíquiza, Boyacá, absolvió a Josué Molina Rubio porque no encontró demostrada la capacidad económica del procesado.

En el capítulo de antecedentes se refiere a los hechos, actuación procesal, alegatos de conclusión, a las pruebas y en el capítulo de consideraciones inicialmente trata aspectos generales sobre el deber de suministrar alimentos.

Para la Juez a quo, con el registro civil de nacimiento se demostró que Josué Molina Rubio es el padre del niño D.M.M., por lo que tiene el deber de suministrar alimentos en favor del citado menor.

También se demostró que en cabeza del acusado se fijó cuota provisional de alimentos de \$80.000 como se desprende del acta de conciliación del 28 de octubre de 2010 firmada en la Comisaria de Familia de Chíquiza.

Sin embargo no se acreditó que el procesado se sustrajera sin justa causa de su deber alimentario. Del testimonio de Lorena Molina no se estableció que el procesado realizara actividad laboral que le generara ingresos para cumplir la obligación alimentaria referida. A la testigo madre de la víctima, no le consta cuáles eran los ingresos del acusado pues afirmó que aquel trabajaba en actividades de jornal y siembra de papa, percibiendo \$10'000.000. Contrainterrogada por la defensa expresó que el conocimiento de los ingresos lo tenía por versiones que le diera una tía del acusado pero que a ella no le constaba nada. Tampoco puede dársele credibilidad sobre la posible vinculación laboral que el procesado tenía en Bogotá pues el solo dicho de la madre de la víctima no es prueba suficiente que acredite esa actividad.

A la testigo Efigenia Molina, abuela de la víctima, no le consta nada respecto de la actividad económica del procesado, pues el conocimiento que tiene es

de oídas porque su hija Lorena le comentó sobre la presunta actividad económica de Josué Molina Rubio, o por otras personas que le decían que el acusado se dedicaba a labores de jornal y agricultura. La fiscalía pretendió demostrar a través de esta testigo que al acusado lo habían visto sembrando con Calixto y Arnolfo Pacheco pero por versiones de terceras personas que no fueron llevadas al juicio oral. No puede por versiones de terceras personas que no declararon en el juicio establecer la capacidad económica del procesado.

Alexander Garzón Millán solo indicó la forma en que desarrolló el programa metodológico, refiriendo las dificultades que tuvo para determinar el arraigo del acusado quien para esa época estuvo en Bogotá, pero sin establecer si en efecto residía en esa ciudad. El testigo dice que el acusado telefónicamente le informó que devengaba un salario mínimo, pero ese aspecto no se comprobó y además el formato de arraigo se diligenció parcialmente y sólo registró otras ocupaciones y monto de ingresos sin que pueda establecerse la capacidad económica del procesado.

La fiscalía incorporó el documento RUAF para predicar la capacidad del procesado, pero éste solo comprueba que el acusado estuvo afiliado al fondo de pensiones PROTECCIÓN para el 2008, luego en nada influye para el lapso imputado de 2010 a 2015. Además advierte que el menor víctima nació en el 2010. El documento aportado en el que CAFAM se acredita que la vinculación del procesado fue del 4 de abril de 2008 al 15 de diciembre del mismo año, no demuestra la capacidad del procesado para el lapso mencionado.

Con el dicho de Jakeline Molina tampoco puede establecer la capacidad económica del acusado o sus ingresos, porque sólo dice que en ocasiones lo vio salir a trabajar y que él no trabajó en Bogotá.

Conforme con el análisis probatorio no se demostró que Josué Molina Rubio hubiese tenido relación laboral o ingresos continuos desde noviembre del 2010 a noviembre del 2015. Sí se demostró que el procesado abonó \$1'000.000 por concepto de obligación alimentaria como lo reconoció la madre de la víctima, pero no se demostró la capacidad económica del procesado y por tanto no emerge el elemento de sustraerse sin justa causa al cumplimiento de la obligación alimentaria.

Sobre el elemento "*sin justa causa*", contenido en el tipo penal de inasistencia alimentaria cita a la Corte Suprema de Justicia¹ y concluye que al no darse el referido elemento del tipo penal debe absolver a Josué Molina Rubio.

2.- Del motivo de impugnación.

La fiscalía y la representación de víctimas pretenden se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se condene a Josué Molina Rubio como autor del delito de inasistencia alimentaria.

2.1.- De la Fiscalía

¹ Radicado 25649 del 13 de febrero de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán

Indica que la madre del menor víctima en la denuncia y en la versión ofrecida en el juicio oral, reafirmó el incumplimiento de la obligación alimentaria impuesta en audiencia de conciliación adeudando más de \$ 5`000.000. A la testigo le consta que el acusado siempre laboró como jornalero y en agricultura y que últimamente tuvo cultivos de papa con Calixto Molina y Arnoldo Pacheco. Además cuenta con ingresos que le permiten pagar la cuota alimentaria fijada o al menos suministrar lo que este dentro de sus posibilidades, pero libremente decidió atentar contra la subsistencia de su hijo. Además la testigo dijo que para el 2010, 2011 y 2012 el procesado laboraba al jornal en Chíquiza y que el jornal era de \$30.000 diarios y que para el 2013 se fue para Bogotá y le informó telefónicamente que laboraba en la empresa "Oro Campo" ganando el mínimo y que pagaba arriendo. En el 2014 regresó a la Vereda Vergara de Chíquiza y desde entonces se dedica a la agricultura y tiene cultivos en compañía que le dejan hasta \$10`000.000 al año. Dijo la testigo que cuando el procesado la visitaba lo hacía en una moto que cree es de su propiedad.

El acusado trata mal a sus hijos y solo reconoció al de 6 años al que no le cumple moral, afectiva y económicamente. Efigenia Molina, abuela del menor, es testigo presencial del incumplimiento al deber alimentario pues coincidentemente señala que a Josué Molina Rubio le fijaron cuota de \$80.000 pero nunca colaboró en la manutención o sostenimiento de su hijo J.D.M.M.; además afirmó que el procesado niega a sus hijos y los abandonó. Indicó la testigo que el procesado se dedica a jornalear en la vereda Vergara, pero ignora el valor de los ingresos pero dijo que lo percibido por las actividades relatadas es suficiente para aportar al sostenimiento de su hijo.

El investigador elaboró el arraigo del procesado porque éste telefónicamente le informó sobre su actividad económica y lugar de residencia en Bogotá, pero luego de comprobaciones de la SIJIN se estableció que los datos aportados no existían. Para el 2008 Molina Rubio estuvo afiliado como trabajador de Jardines de los Andes S.A.S. en Bogotá devengando un salario mínimo y para el 2009 estuvo afiliado a la Compañía Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías. Las situaciones narradas permiten construir indicios que para el 2013 el acusado estaba laborando y así lo confesó telefónicamente. Es dable concluir que tiene capacidad económica como trabajador dependiente que *"no puede serlo por menos del salario mínimo"*.

Afirma la apelante que Molina Rubio no está amparado por ninguna causal excluyente de responsabilidad, no compareció a las audiencias, fue declarado en contumacia burlando a la justicia y la defensa no arrimó ninguna prueba que demuestre la incapacidad económica alegada.

La prueba recaudada permite afirmar más allá de toda duda, que Josué Molina Rubio es autor responsable del delito de inasistencia alimentaria a título de dolo. Las versiones rendidas en juicio oral son certeras, con la única intención de defender al menor abandonado desde muy pequeño. Yakeline Molina Rubio, luego de pensarlo mucho tiempo, decidió declarar favoreciendo a su hermano al indicar que la comunicación con él era escasa, que no le constaba que trabajara en Bogotá ni que tuviera cultivos de papa. Pero contradictoriamente sí le consta que ha laborado en la agricultura tres o cuatro días a la semana como jornalero deduciéndose que ella mintió.

La deuda alimentaria asciende a \$5'000.000, suma de la que la madre de la víctima recibió solo un abono de \$1'000.000 cuando sacó una cosecha de papa y ante el apremio de las audiencias tramitadas en el juzgado Promiscuo Municipal de Chiquiza, sin que volviera a suministrar suma alguna. Afirma que a la fiscalía solo le compete demostrar que el acusado percibe ingresos por una actividad lucrativa realizada en forma continua, pero no el monto de esos ingresos.

No comparte la sentencia de primera instancia porque la juez tergiversa lo afirmado por los testigos, no los valora bajo las normas de la sana crítica y la lógica y atenta contra la libertad probatoria reglada en el art. 373 de la ley 906 de 2004 cuando reclama prueba documental de la capacidad económica del procesado. Afirma que no se trata solo de la sustracción sin justa causa como elemento del tipo penal de inasistencia alimentaria, pues se requiere que el comportamiento lesione o ponga en peligro el bien jurídicamente tutelado de la familia que el Estado busca proteger, en especial la obligación de proteger y asistir al niño.

El aspecto subjetivo está probado pues estando en posición de garante y teniendo ingresos económicos, no ha cumplido con el suministro que su hijo requiere para subsistir.

Cita la sentencia 26016 del 21 de febrero de 2017 con ponencia del Magistrado Mario Solarte Portilla de la Corte Suprema de Justicia. Afirma que se demostró el vínculo de consanguinidad entre el acusado y el menor J.D.M.M., vínculo del que se desprende la obligación natural y legal de suministrarle alimentos. También se demostró la sustracción al cumplimiento

de la obligación alimentaria. El acusado abandonó una obligación que no da espera como es la alimentación y cuidados de su menor hijo.

Para la fiscalía está probado que el acusado siempre ha desarrollado actividad laboral en la agricultura y que le dijo al investigador de la SIJIN que trabajaba en Oro Campo en Bogotá y que ganaba un salario mínimo, confesión extrajudicial *“a la que se le reconocen alcances de indicio”*. Además la prueba testimonial señala que años atrás el acusado despliega una actividad laboral recibiendo ingresos como contraprestación.

A partir de la anterior inferencia lógica y con base en las reglas de la experiencia se advierte que toda actividad laboral representa una expectativa de ganancia que se materializa con la permanencia en esa actividad, por lo que si Josué Molina Rubio desde hace más de 9 años ejerce labores de agricultura, ello le permite devengar ingresos y destinar una parte a su prole.

La defensa no probó la existencia de otros descendientes por lo que no existe causa justa para que el procesado se sustraiga de su obligación alimentaria. Refiriéndose a la justa causa cita la providencia 19 del 24 de febrero de 2015 proferida por el Magistrado José Alberto Pabón Ordóñez.

Asegura que la actitud de Molina Rubio ha sido abiertamente renuente a cumplir sus deberes alimentarios y por ende no son atendibles las argumentaciones de la defensa, pues no se encuentra justificado que exima de la responsabilidad solo porque no se cuantificó el fruto de su actividad económica, aunque se infiera con certeza que el incumplimiento es fruto de la voluntad libre y reflexiva del acusado que está en capacidad de atender esa baja mesada alimentaria.

Cita apartes de la sentencia con radicado 23757 del 7 de abril de 2008, reiterada en casación 31147 del 13 de mayo de 2009 que señala que *"En este orden de ideas, cuando de examinar la impronta típica de esta clase de omisiones se trata, no es que se deba forzosamente establecer por la acusación el monto exacto de los ingresos de un alimentante sino de poder transmitirle al juez la inferencia razonable, a través de los medios de prueba, de que el acusado se encuentra inserto en el sector económicamente productivo y que percibe por su actividad un ingreso con el cual atender la prestación alimentaria, más aún cuando la cuota ha sido fijada con su concurso lo cual presupone una consulta de su propia capacidad económica"*.

2.2.- De la representación de Víctimas.

La decisión de primera instancia no se fundó en un estudio íntegro del material probatorio, especialmente de los testimonios de Lorena Molina, Efigenia Molina, María Jaqueline Pacheco Rubio y el investigador. La Juez a quo no tuvo en cuenta que al interrogarse a Lorena Molina sobre la actividad laboral del procesado respondió que él trabajaba al jornal y sembrando con Calixto Molina, por lo que le quedaban \$10'000.000 mensuales. Más adelante la testigo indicó que se pagan \$30.000 por jornal. Que el acusado le debe \$5'673.000 hasta el año 2015 y solo le abonó \$1'000.000.

La Juez de primera instancia no tuvo en cuenta que Efigenia Molina informó que a ella como trabajadora al jornal le pagan \$25.000 por ser mujer y a los hombres \$30.000.

Resume el dicho de la testigo María Jaqueline Pacheco Rubio y de algunos argumentos esbozados por la juez de primera instancia. Del investigador no se tuvo en cuenta que en el formato de arraigo quedó consignado que el acusado le manifestó telefónicamente que devengaba un salario mínimo y que su trabajo es en oficios varios y agricultura.

Considera que los declarantes ofrecieron plena credibilidad y concordantemente afirman que Molina Rubio siempre ha sido jornalero. Esas afirmaciones deben valorarse conforme a la sana crítica pues si bien no se estableció exactamente cuánto devengan, sí se demostró que es jornalero y debe presumirse que gana un salario mínimo como él lo manifestó en el arraigo. Debe tenerse en cuenta que una testigo informó que los hombres al jornal devengan \$30.000 y que la hermana de Molina Rubio fue quien indicó que éste trabaja 3 o 4 días a la semana.

Quedó demostrado que Molina Rubio siempre se ha dedicado a la agricultura trabajando 3 o 4 días a la semana siendo obvio que percibía el jornal. Agrega que la defensa no demostró justa causa que le imposibilite al acusado cumplir con la obligación alimentaria. Se comprobó dolo directo al omitir el pago de la obligación para con su único hijo, desvirtuándose la presunción de inocencia. De los restantes testimonios se puede deducir que su hijo no le importa.

Finalmente cita la providencia del 24 de febrero de 2015 proferida por este Tribunal con ponencia del Magistrado Dr. José Alberto Pabón Ordóñez añadiendo una cita jurisprudencial de la sentencia C-237 del 20 de mayo de 1997 proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS PRUEBAS

1.- Pruebas de la Fiscalía.

1.1- Lorena Molina, audiencia del 21 de abril de 2017, primera parte, record 30'52".

Conoce al acusado desde hace 7 años, desde el 16 de mayo de 2009, tuvo 2 hijos con Josué Molina Rubio y solo uno fue reconocido. Se separó del acusado porque era muy grosero e irresponsable. El 28 de octubre de 2010 le fijaron cuota de \$80.000 y una muda de ropa que debía suministrar cada seis meses. Los gastos de salud y educación debían cancelarse por mitad. Desde el 2010 no ha cancelado la cuota fijada. Actualmente la deuda asciende a \$5'273.000, hasta el 2015.

Necesita dinero para salud, educación, alimentación, recreación y todos esos gastos los ha cubierto ella con su trabajo. Lo que gana no es suficiente para cubrir los gastos de su hijo. Los gastos mensuales de su hijo son de \$200.000 de alimentación, uniforme de \$200.000, los libros le costaron \$70.000 y debe pagarle el refrigerio de \$70.000 al año. Ella ha cubierto los gastos de salud. Para el momento del interrogatorio no tiene trabajo, antes laboraba en una cabaña.

Josué Molina nunca llama a sus hijos, los trata mal, les dice que son "mocosos sarnosos" y que no son hijos de él. El menor víctima cursa primero en el Colegio Camilo Torres de Villa de Leyva y ella lo lleva hasta el colegio. Ella trabaja para darle lo que necesita, nunca ha aguantado hambre ni ha estado desnudo. Necesita la colaboración del padre del niño. Cuando conoció al

procesado, él sembraba papa en compañía con Calixto Molina y le quedan \$10'000.000 libras pagando todos los gastos. Esos datos los conoce porque él siembra 10 cargas de papa y él la llama y le dice que cuando saque la papa le da, pero nunca cumple, solo le entregó un millón de pesos y nada más. En el 2013 se fue para Bogotá y regresó en el 2014.

En Bogotá trabajó en Oro Campo, empresa de flores, devengando el mínimo. Josué Molina Rubio no le colabora porque no quiere, él no tiene más hijos, vive con la mamá, no paga arriendo y no tiene gastos. La mamá le dijo que él no le colaboraba con nada, que ella gastaba todo. Cree que él se toma el dinero en cerveza porque un día lo llamó y él le dijo que abriera una cuenta; así lo hizo y le dio el número pero nunca le consignó nada. En el 2011 era jornalero y en el 2012 sembraba papa en compañía y en el 2013 se fue para Bogotá. En el 2014 regresó a Chíquiza y empezó a trabajar como jornalero, actividad desempeñada hasta el 2017.

El menor necesita dinero para alimentación y demás necesidades; ella está desempleada y los recursos provienen de su compañero actual.

Previo traslado a las partes, se le puso de presente un documento, que reconoció como el informe de noticia criminal recibida por Diego Fernando Rivera Acuña el 28 de julio de 2011 que la testigo la reconoce y se incorpora como evidencia 1 de la fiscalía.

También se le corrió traslado, previo traslado a las partes, de la denuncia del 12 de febrero de 2013 presentada ante la comisaria de Chíquiza. Se aclaró en la audiencia que se anexa a la denuncia ya referida por tratarse de los mismos hechos y las mismas partes. Se incorporó como prueba 2 de la fiscalía.

Se le puso de presente, previo traslado a las partes, acta de conciliación de alimentos, donde concurrieron la testigo y el acusado para fijación de cuota de alimentos del menor J.D.M.M., allí el acusado se negó a firmar el documento y se fijó cuota provisional de alimentos por \$80.000 pagaderos los primeros cinco (5) días de cada mes y, además, Josué Molina Rubio debía entregar una muda de ropa cada seis (6) meses y que los gastos que no cubriera el SISBEN serían sufragados por mitad entre las partes. Se incorporó como prueba 3 de la fiscalía.

Así mismo la fiscalía le puso de presente a la testigo, previo traslado a las partes, el registro civil de nacimiento del menor J.D.M.M. nacido el 11 de junio de 2010, hijo de Molina Lorena y de Josué Molina Rubio. La testigo lo reconoció, aceptando que fue el mismo que presentó al formular la denuncia, que se incorporó como prueba 4 de la fiscalía.

Se puso de presente a la testigo, previo traslado a las partes, documento de actualización y liquidación de cuota alimentaria a favor de menor J.D.M.M. suscrito por la comisaria de familia, indicando que la liquidación era de \$5'273.000., que la testigo reconoce y que se incorpora como prueba 5 de la fiscalía.

La fiscalía pone de presente la entrevista del 23 de enero de 2012 captada a la testigo por funcionarios de la policía judicial SIJIN. La juez no incorpora este documento porque la testigo compareció al juicio oral.

Contrainterrogada por la defensa la testigo informa que recibió \$1'000.000. La defensa le pone de presente un recibo donde consta que recibió dicha suma, recibo que la testigo reconoce. En conciliación realizada el 29 de abril

de 2016 se acordó el pago de \$4'000.000, también se acordaron fechas de pago a consignar en una cuenta del Banco Agrario. De esa conciliación solo canceló \$1'000.000 nada más.

No conoce bienes de propiedad del acusado; tenía una moto pero no sabe qué la hizo, pero le conoce la cama, un televisor, una estufa y un armario. Le consta la actividad económica del acusado porque cuando vivió con ella le decía que se iba a los negocios que tenía. Él siempre le dijo que tenía papa sembrada y le daría plata pero no le ha cumplido. Lo ayudó a sembrar papa en la vereda Vergara, en cultivos de propiedad de Calixto Molina. No le constan los ingresos de la siembra de papa porque ella no vivió más con el acusado.

Para el 2012 y 2013 el acusado la llamó y le dijo que él estaba trabajando en un campo de flores y que cuando le pagaran le mandaba plata, pero incumplió. No le consta el sitio donde él realizaba esa actividad, solo dijo que estaba trabajando. Que ganaba el mínimo porque él se lo dijo y que le mandaba \$100.000 y le tocaba pagar arriendo de \$300.000 y hacer mercado. No conoció el horario que desarrollaba en esa actividad. Le consta la labor de agricultor porque él estaba trabajando como jornalero en la vereda de Vergara, en Arcabuco y en la sabana. En este momento pagan \$30.000 por jornal pero no le consta que el acusado haya recibido eso de sueldo.

No sabe si el acusado está afiliado a alguna empresa de salud o caja de compensación. No sabe si él ha cotizado por pensión. La defensa solicita se incorpore un acuerdo conciliatorio y el recibo que prueba la entrega de \$1'000.000. La juez incorpora el recibo porque la testigo reconoció que recibió ese dinero, pero no accede al acuerdo conciliatorio.

En ejercicio del redirecto, la testigo reconoce que recibió un abono de \$1'000.000. Que la deuda está en \$5'273.000 y no ha recibido el saldo restante de parte del acusado. Él no le ha dicho cuándo le pagará ese dinero. Que abrió una cuenta en el banco Agrario para que le consignaran. El acusado trabaja al jornal y siembra papa en compañía con Calixto Molina y con el hermano Arnoldo Pacheco, circunstancias que conoce porque una tía se lo dijo, pero a ella no le consta. Él le dijo que cuando sacara le consignaba \$500.000 y no lo hizo. Calixto Molina es un tío del acusado. En esas compañías se dan 2 cosechas al año y de ganancia le quedan \$10'00.000 a cada uno. Eso lo sabe porque ella trabajaba en esa actividad y hacían cuentas y a cada uno le quedaban \$10'000.000 o \$20'000.000.

La vereda Vergara queda en Chíquiza y le dicen vereda páramo. La testigo ayudó al acusado a sembrar papa en el 2011 y no supo si se sacó la cosecha porque no volvió allá. Él le prometió que le daría dinero cuando sacara la papa en múltiples oportunidades y pero incumplió. Para el 2013 el acusado laboraba en un cultivo de flores y le pagaban el mínimo, circunstancia que sabe porque él la llamó y le dijo eso y que le tocaba pagar \$300.000 de arriendo, que le iba a consignar \$100.000 con una hermana, pero eso no ocurrió. En el 2014 se regresó para la vereda Vergara donde se encuentra actualmente. Sabe que en el jornal gana \$30.000 porque ella también trabajó en esa actividad y a las mujeres les pagan \$20.000.

En los últimos años Josué Molina ha laborado al jornal y ha sembrado papa en compañía. Él no tiene familia en Arcabuco. Del 2010 al 2017 él ha estado sembrando papa y ganando al jornal.

En el contraredirecto efectuado por la defensa, la testigo dice que no le consta que el acusado cumpla el horario de trabajo de 8 de la mañana a las 5 de la tarde ni que Josué Molina haya recibido dinero por el desempeño de esa actividad.

Interrogada por la Juez informa que ella vivió dos (2) meses con el acusado en marzo del 2011.

1.2- Efigenia Molina, audiencia del 21 de abril de 2017, Segunda parte, record 23'31".

Conoce a Josué Molina Rubio porque tenía a su hija Lorena Molina en el colegio y como él la seguía y la seguía, le dijo al acusado que no la perturbara y la dejara terminar de estudiar. Eso sucedió cuando su hija tenía 16 años y ahora tiene 24 años. Él vivió con su hija dos meses en su casa y se fue porque era agresivo. Una noche llegó a agredirlos y por eso no le permitió que fuera a vivir a la casa. Escuchó que gritaba y le espetaba bastantes groserías al hijo menor.

Lorena tuvo dos (2) hijos con el procesado. El segundo hijo no lo quiso reconocer. El procesado durante la maternidad de la hija le ayudó con \$200.000. En un diciembre le dio una muda de ropa, pero nada más. Su hija denunció al procesado y le fijaron cuota de alimentos de \$80.000 que incumplió porque el año anterior tuvo a uno de los niños en la casa cuando la hija iba a trabajar para poder alimentarlos. Mientras Vivian juntas era su hija Lorena quien le daba todo a sus hijos. La testigo ordeñaba vacas y le ayudaba a su hija.

El procesado niega al niño e incumple con las cuotas porque es irresponsable y grosero. Lo conoció siendo jornalero y trabajando en agricultura. A ella como trabajadora al jornal le pagaban \$25.000 por ser mujer y a los hombres \$30.000. Él sembraba papa con la familia. Calixto Molina es tío del acusado y tenían compañías de papa. Los amigos le comentaban que tenía cultivos con Calixto Molina. Un señor Tiberio dijo que sembraba papa con don Calixto. Se siembran 10 o 15 cargas de papa y un agricultor grande siembra hasta 60 cargas de semilla. Al año hay dos cosechas. Cuando se vende quedan \$10'000.000 a cada uno cuando es un precio alto.

Para el 2010 Josué Molina era jornalero y sembraba papa. Para el 2011 ella no se trataba con él. Para el 2012 recuerda que él se fue para Bogotá y que su hija le dijo que trabajaba pero no sabe en qué. Al año siguiente regresó al municipio a sembrar papa pero no le consta cuánta. Los gastos del nieto los sufraga su hija pero es insuficiente lo que gana para cubrir sus gastos, por lo que requiere el apoyo del padre. Josué no se preocupa por su hijo y nunca lo llamó durante el año que su nieto vivió con la declarante.

El procesado no fue al bautizo del niño y su hija Lorena cubrió los gastos de esa ceremonia. Ignora si tiene más hijos. Él vive con la mamá y no paga arriendo pero no sabe si paga alimentación o le ayuda en gastos a la mamá. El procesado tuvo una moto porque iba a la casa en ese automotor y decía que era de él. El acusado vive en la tierra de la mamá.

La fiscalía le pone de presente entrevista que rindiera ante funcionarios de la SIJIN, que la testigo la reconoce.

Contrainterrogada por la defensa dice que la actividad actual del procesado es la de jornalero por lo que ha escuchado de los amigos de él y lo que la gente le dice, pero a ella no le consta. Sobre la propiedad de la moto sabe que era del procesado porque él así lo decía. No le consta la actividad que Molina Rubio desarrolló en Bogotá.

De otras personas ha escuchado que el acusado sembraba papa con Calixto Molina que es tío de él. No le consta nada sobre las ganancias de Josué Molina, lo que afirma es por lo que escucha de que los agricultores venden la papa. Desconoce si el procesado tiene más bienes, pero lo que sí le consta es que tenía una moto pero ignora si ya la vendió. Dice que el procesado no le exhibió ningún documento que constatará la propiedad de la moto.

En el redirecto la testigo informa el acusado llegaba a su casa en moto cuando comenzó a tratarse con la hija. Durante el 2013 y 2014 cuando el acusado se fue para Bogotá su hija le dijo que trabajaba en esa ciudad, pero no sabe ni le consta en qué actividad.

De las compañías de papa ha escuchado en la vereda Vergara, que siembra con él, pero le consta. Aclara que eso lo escuchó de Tiberio Cárdenas. El acusado ha desarrollado actividades de agricultura y al jornal porque eso es lo que se hace en el campo.

Interrogada por la Juez dice que el procesado vivió con su hija 2 meses después del nacimiento del hijo mayor de Lorena. Después de irse de la casa volvía de visita, llamaba a la hija y hablaban. Durante esos dos meses él se iba a trabajar, a sacar papa y a jornallear, pero en ese lapso no le ayudó en

nada solo traía los pañales y no le dio dinero ni le colaboró a ella ni a su hija. Se movilizaba en moto cuando se iba a trabajar y cuando regresaba.

1.3.- Elver Alexander Garzón Millán audiencia del 2 de junio de 2017, primera parte, record 07':57".

Es investigador de Policía Judicial, trabaja en la Policía Metropolitana de Tunja desde hace 3 años y antes laboró en Villa de Leyva. Está vinculado a la Policía Nacional hace 12 años. Ha recibido capacitación sobre casos de inasistencia alimentaria y parte de su trabajo consiste en rendir informes.

Se le pone de presente informe de investigador de campo del 12 de marzo de 2013 y el informe del 25 de noviembre de 2013. Reconoció el primero porque está plasmada su firma. Por orden a policía judicial realizó la identificación e individualización de Josué Molina Rubio, enviando para envío oficio petitorio al comandante de la estación de San Pedro de Iguaque porque por otros medios fue muy difícil ubicar al hoy procesado. Obtuvo respuesta, realizando la identificación y arraigo. Sobre el informe del 25 de noviembre de 2013 aclaró que se comunicó con el indiciado Josué Molina Rubio para que aportara datos sobre su ubicación y cumplir la orden del ente investigador. En dicha llamada el acusado la manifestó que su arraigo residencial es en la Av. Caracas con calle 72-20 A y la dirección laboral es Avenida Chile N°62-18. Solicitó la verificación de esa información, que efectuó el patrullero Cristian Vargas Téllez investigador de la Policía Judicial de Bogotá.

Al Teniente Coronel Juan Manuel Roa Isaza le solicitó que ordenara realizar la identificación e individualización de Josué Molina Rubio, orden que le

entregó al patrullero Vargas Téllez quien se desplazó a las direcciones de residencia y laboral de Molina Rubio, uniformado que informó de la realización de diligencia de arraigo familiar, social y laboral, en las direcciones suministradas por el procesado. El patrullero informó que el 15 de noviembre de 2013 se desplazó en motocicleta con el patrullero Cursi Ortiz Oswaldo a la Av. Caracas con calle 72-20 dirección que no existe. Estableció mediante labores de vecindario que allí se ubican dos establecimientos públicos uno de nombre *"El lago y Stylos"* donde manifiestan que no conocen a Josué Molina Rubio. El investigador allegó fotografías de las nomenclaturas enunciadas. Luego verificó la nomenclatura Avenida Chile Calle 62-18 en Barrios Unidos de Bogotá, encontrando un inmueble de dos pisos. En una papelería que funciona en el primer una señora Nubia manifestó que no conocía ni ha escuchado del señor Josué Molina Rubio. Le informa que ese establecimiento hace parte de un conjunto residencial *"Avenida Chile"* donde se tiene contacto con la guarda de seguridad Liliana que revisa los libros de propietarios sin resultados positivos. El patrullero Téllez finaliza el informe indicando que fue imposible ubicar al acusado en las direcciones por él aportadas.

Que verificó varias bases de datos, como el sistema de datos del "RUAF" estableciendo que el acusado estaba afiliado a dicha entidad, Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM en 2009/02/28 y aparece activo. También en el régimen pensional ahorro individual, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección está afiliado desde el 2008/04/01 y para el 07/10/2013, fecha de verificación estaba vigente. También hay un oficio del 22 de noviembre del 2012 solicitando información de CAFAM, advirtiendo que Josué Molina Rubio estuvo afiliado a dicha

entidad en el 2008. Para esa fecha en los documentos solicitados dice que el procesado trabajaba en jardines de los Andes en Bogotá en la calle 37 número 16-46. De lo solicitado se obtuvo respuesta indicando que el procesado figuró como trabajador afiliado dependiente con dirección calle 15c N° 5A-32 Prados de Madrid Cundinamarca e informan que él trabajó con Jardines de los Andes.

Las direcciones que el procesado aportó se verificaron en dos oportunidades, se allegaron fotos de unas nomenclaturas y no se logró establecer el arraigo de Josué Molina Rubio en las direcciones que él aportó. El 3 de octubre de 2013 observó que Josué Molina Rubio se encuentra con dirección en la vereda Vergara y sus padres Alfonso Molina en la vereda Leyva y su madre Peregrina Rubio en la vereda Vergara de Chíquiza y su ocupación para esa fecha es de oficios varios y su ingreso por esas actividades es el mínimo.

Los compañeros de vigilancia de la estación de Policía le indican que el acusado se dedica a oficios varios en agricultura y que él mismo dijo que recibía ingresos de un mínimo por las labores realizadas. El testigo allegó informe de consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil a nombre de Josué Molina Rubio.

El investigador Kenedy Gonzalo Sanabria, quien labora en la SIJIN, entrevistó a Lorena Rubio para completar el programa metodológico, entrevista que leyó parcialmente, pero que tomó a "*Lorena Molina*".

Que el comandante de estación para la fecha estableció que el acusado desempeñaba labores agrícolas, sembraba, y que cuando fue requerido para adelantarle la individualización e identificación, él manifestó que devengaba

un salario mínimo, que sí estaba laborando. Cuando habló por teléfono con él le dijo que trabajaba en Bogotá en una empresa de flores y recibía un salario mínimo mensual como jornalero.

Contrainterrogado por la defensa acepta que adelantó labores para establecer el arraigo del procesado, pero no fue posible establecer el arraigo laboral. También recolectó información sobre afiliaciones a salud y pensión. El acusado estaba afiliado a CAPRECOM en el régimen subsidiado para el 28 de febrero de 2009. Con relación a la afiliación al régimen pensional, el acusado estaba inactivo para la fecha en que se hizo la averiguación. En cuanto a riesgos profesionales, el estado de afiliación también era inactivo para el 2008. El testigo tuvo conocimiento que el acusado laboraba para Jardines de los Andes S.A. para el 2008, fecha de afiliación y en el oficio referido antes como fecha de retiro aparece el 15 de diciembre del 2008. Interrogado sobre sí para el 2013 cuando se presentó la solicitud del programa de investigación, el acusado estaba ya retirado de la empresa Jardines de los Andes, el testigo indica que esa información se envió para verificación.

La fiscalía le informó como dirección para establecer el arraigo la vereda Vergara de Chíquiza. Solicitó al comandante de la estación del Municipio de Chíquiza la información, teniendo en cuenta que no se puede desplazar a ese municipio y no conoce la jurisdicción del mismo. El comandante de la Estación de Chíquiza indicó que no se ubicó al procesado.

En el informe posterior que hizo el comandante de la estación se estableció que el procesado gana un salario mínimo, pero al testigo no le consta el salario que devengaba el procesado porque esa diligencia la adelantó el

comandante de la estación. No tuvo conocimiento que el procesado fuera propietario de una moto. El arraigo laboral se verificó solo para el año 2013 y desconoce el arraigo laboral del procesado para los años 2010, 2011, 2012, 2014 y 2015.

En el interrogatorio redirecto efectuado por la fiscalía, el testigo acepta que cuando hizo la consulta directa con el acusado el 12 de marzo de 2013 cuando lo llamó él le manifestó que estaba laborando en Bogotá y que residía en la Av. Caracas con calle 72 – 20A y la dirección donde labora es la avenida Chile, direcciones que fueron mentira. Afirma que el procesado quería dilatar la labor del ente acusador. Además aclara que la información de individualización y arraigo vertida por el comandante de la estación de policía de Chíquiza se allegó en fecha posterior al informe que él rindiera. Recuerda que cuando el comandante pasaba revista en el municipio se encontró con el acusado, le solicitó la cédula de ciudadanía y como antes no había sido posible su individualización, el comandante diligenció el formato. El testigo leyó integralmente el formato de individualización y arraigo, en el que se establece como dirección de residencia la vereda Vergara de ese municipio y de proporcionan las características físicas que lo individualizan. En la información laboral se estableció que trabaja en oficios varios y recibe un salario mínimo.

Se incorporaron como pruebas de la fiscalía el informe de investigador de campo FPJ-11 del 12 de marzo de 2013, informe de investigador de campo del 25 de noviembre de 2013, informe de investigador de campo del 18 de noviembre del 2013 al que se anexan el informe de vista detallada de la consulta de la Registraduría Nacional del Estado Civil, consulta ANI, consulta en línea de antecedentes judiciales, individualización y arraigo del

2013/10/03, registro único de afiliaciones de CAPRECOM del 7 de octubre de 2013 y oficio dirigido a CAFAM del 22 de noviembre de 2013 suscrito por el testigo y a la respuesta de la entidad.

También se incorpora informe de investigador de campo del 3 de diciembre de 2013 con tres fotografías anexas, consulta empresarial o social, informe de investigador de campo del 14 de mayo de 2015, certificación de la Secretaría de Hacienda de Chíquiza de mayo 11 de 2012 y solicitud y respuesta de la Superintendencia de Notariado y Registro informando que Josué Molina Rubio no tiene propiedades en la jurisdicción registral.

La Juez negó la incorporación de la entrevista de "Lorena Molina".

El testigo en el interrogatorio formulado por la Juez acepta que estableció comunicación telefónica con el acusado en el 2013 y recuerda que le dijo que era requerido porque en su contra cursaba denuncia por inasistencia alimentaria y la Fiscalía 18 de Villa de Leyva ordenaba su identificación, arraigo y sitio de trabajo. El procesado le refirió las direcciones ya descritas como de residencia y arraigo laboral.

2.- Pruebas de la defensa.

2.1.- María Jaqueline Pacheco Rubio audiencia del 2 de junio de 2017, primera parte, record 1h:05'38".

Es hermana de Josué Molina Rubio. Impuesta la excepción a declarar, la testigo aceptó rendir testimonio.

Dice que el procesado trabaja de jornalero y siempre se ha dedicado a esa labor. Ignora si el procesado laboró en Bogotá. Del 2010 al 2015 el procesado vivió donde su mamá en la vereda Vergara y estuvo afiliado en el SISBEN. Desconoce si el procesado ha cotizado para pensión y si estuvo afiliado a riesgos profesionales. Su hermano no tiene propiedades.

Josué Molina Acosta Rubio andaba en moto pero que ahora no tiene nada, e ignora quién era el propietario de ese rodante. Dice que esa moto se la prestan. Que gana \$15.000 o \$20.000 en un día de trabajo y los días en que no labora permanece donde la mamá María Peregrina Rubio, quien le suministra los alimentos. Su hermano no tiene propiedades y vive en un *"pedacito"* que les dejó el papá.

Contrainterrogada por la fiscalía la testigo dice que su hermano no tiene cultivos de papa, solo el jornal. No sabe que su hermano hubiera cosechado papa. Dice que él no ha estado en Bogotá; desde el 2010 está con su mamá. Su hermano tiene 29 o 30 años y desconoce cómo obtiene su sustento. A veces pasan meses y no se hablan. Su hermano le ayuda a su padrino Jorge que cultiva papa pero desconoce cuánto le pagan por esa actividad. El jornal lo pagan a *"10 o 20"*. Actualmente el cultivo de papa está malo. No sabe si tiene obligaciones fuera de sus hijos.

Interrogada por la Juez dice que Josué Molina es el padre del hijo de Lorena. Ella se dio cuenta que en algún tiempo su hermano le ayudaba al hijo y la testigo le colaboraba a Lorena con comida y jabón, pero más adelante contradictoriamente señala que no le consta si su hermano ayudó a su hijo. Su hermano le decía que le daba para los gastos del niño pero no le consta que le haya dado. Le decía que le daba 100 o doscientos pero no le consta.

Toda la vida su hermano ha sido jornalero. Él le decía que se iba a trabajar pero no le consta si lo hacía o no. Su hermano trabajaba 3 o 4 días al jornal, pero no sabe cuánto le pagaban. Días atrás habló con su hermano y le dijo que iba ayudar pero estaba difícil reunir para darle. No sabe si tiene fijada cuota alimentaria.

Análisis Probatorio.

Con base en la prueba la documental y testimonial practicada en el juicio oral, damos por establecidos los siguientes hechos:

- 1.- El menor J.D.M.M es hijo de Lorena Molina y Josué Rubio Molina conforme al registro civil de nacimiento con indicativo serial 50931548 y a plurales declaraciones rendidas en el juicio oral que acreditan ese parentesco por consanguinidad.
- 2.- Es evidente que Josué Molina Rubio tenía el deber natural y legal de suministrar alimentos a su hijo J.D.M.M. nacido el 11 de junio de 2010, en virtud de los artículos 411 del Código Civil numeral 2°, ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia y artículos 42 y 44 de la Constitución Política.
- 3.- Conforme a la declaración de Lorena Molina y la prueba documental que respalda su dicho, se probó que ante la Comisaria de Familia de Chíquiza, Josué Molina Rubio se obligó el 28 de octubre de 2010 a suministrar una cuota alimentaria a favor de su hijo J.D.M.M. por \$80.0000 más una muda de ropa cada 6 meses, cuota que presuntamente incumplió.

4.- Se demostró que debido al presunto incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de Josué Molina Rubio para con su hijo J.D.M.M., Lorena Molina, madre del menor víctima, formuló denuncia por el delito de inasistencia alimentaria descrito en el artículo 233 del Código Penal.

5.- Respecto del incumplimiento de la obligación alimentaria aparecen los siguientes medios de convicción que enseguida se analizan:

5.1.- Lorena Molina informó que en el 2010 se fijó cuota de alimentos por \$80.000 que Josué Molina Rubio nunca cumplió. Solo recibió \$1'000.000.00 pero no le pagó el faltante.

El procesado abandonó a sus hijos, los trataba mal y no se preocupaba por ellos. Recibió una llamada de Josué Molina Rubio indicándole que estaba trabajando en Bogotá y que apenas le pagaran recibiría dinero, pero ello nunca ocurrió.

La testigo señaló que abrió una cuenta en el Banco Popular para que el procesado le depositara la cuota pero nunca le consignó.

5.2.- Efigenia Molina, madre de la denunciante, indicó que Josué Molina Rubio vivó con su hija dos meses, la trataba mal al igual que a sus hijos. No vivió más en su casa por ser grosero con los hijos. Ella cuidó al menor J.D.M.M durante un año sin recibir ayuda económica del procesado, pues él nunca se preocupó por sus hijos y solo reconoció a uno de ellos.

Trabajó en labores del campo y así ayudaba a su hija en la manutención del menor porque Josué Molina Rubio nunca le dio nada.

5.3.- María Jaqueline Pacheco Rubio es hermana de Josué Molina Rubio quien le decía a su hermano que le respondiera a Lorena, que la ayudara con su hijo. Además le ayudó directamente a Lorena con algunos implementos.

Le decía a su hermano que respondiera por el niño y él le decía que lo iba a hacer pero no le consta si éste en realidad ayudó a su hijo J.D.M.M.

De los testimonios vertidos en el juicio oral, se concluye con certeza que Josué Molina Rubio se sustrajo al deber de suministrar alimentos a su hijo J.D.M.M. El dicho de la madre del menor es contundente, pues ella ha cubierto todos los gastos que la crianza le acarrea, sin ayuda del procesado.

La abuela del menor Efigenia Molina cuidó al niño durante un año mientras la madre trabajaba y buscaba el sustento del menor, tiempo durante el que Josué Molina Rubio no llamó al hijo y mucho menos le ayudó económicamente.

Eso significa que existe una negación indefinida sobre el cumplimiento de la cuota alimentaria, que obviamente invierte la carga de la prueba y que sólo se puede refutar con los pertinentes medios probatorios que acrediten su cumplimiento.

Esa carga de probar la incumplió el procesado que ni siquiera compareció al trámite del proceso penal tramitado en su contra. No expuso ningún medio de conocimiento o argumentación inequívocamente dirigida a demostrar el cumplimiento alimentario establecido como deber natural y legal por parte de Josué Molina Rubio a su hijo J.D.M.M.

Así las cosas está demostrado que el procesado incumplió con el deber de suministrar alimentos, porque no presentó medios de convicción para desvirtuar esa negación indefinida de la denunciante y además porque ese aserto inicial de la denunciante se corrobora con la información suministrada por la abuela del menor, quien directamente percibió dicho incumplimiento.

7.- Respecto de la CAPACIDAD LABORAL Y ECONOMICA del procesado en seguida se analizan las pruebas que apuntan a estos aspectos:

7.1.- Lorena Molina expuso que él abandonó a sus hijos, que cuando conoció al hoy procesado éste sembraba papa con Calixto Molina, negocio que sabe deja como ganancia alrededor de \$10'000.000 libres, sembrando 10 cargas.

También refirió que para el 2013 Josué Molina Rubio se fue para Bogotá y regresó al año siguiente. Informó que recibió \$1'000.000 como abono.

Desconoce qué bienes tiene el hoy procesado pues solo le conoce un armario, una cama, una estufa y un televisor. Que le consta la actividad económica del procesado porque cuando vivían juntos él le decía que se iba a atender los negocios que tenía. Desconoce los ingresos del procesado porque no convivió con él, pero recibió un llamada de Josué Molina Rubio quien le dijo que estaba en Bogotá trabajando y que cuando le pagaran le daría dinero pero nunca le cumplió.

Reconoció un recibo por \$1'000.000 entregados por el procesado. Además indicó que Josué Molina Rubio siembra papa con Calixto Molina y Arnoldo Pacheco información que conoce porque una tía se lo dijo. Solo convivió dos meses con él.

7.2.- Efigenia Molina, madre de la denunciante, indicó que el procesado convivió dos meses con su hija y no ayudó económicamente. Que conoció a Josué Molina Rubio siendo jornalero. Genéricamente señala que a los hombres les pagan por jornal \$30.000 y a las mujeres \$25.000.

Conoce de la siembra de papa que presuntamente desarrolla Josué Molina Rubio en compañía con Calixto Molina, por comentarios de terceras personas. Sobre que la moto era de Molina Rubio porque él iba a su casa en ella y así se lo indicaba. Que cuando hay buen precio la papa puede dejar hasta \$10'000.000.

7.3.- Alexander Garzón Millán, investigador de Policía Judicial, adelantó labores para determinar el arraigo social, familiar y laboral de Josué Molina Rubio, reconociendo que esa tarea fue imposible. Refiere que para el 2013 el procesado laboraba en Bogotá devengando un salario mínimo, información que conoce porque en una llamada telefónica, Josué Molina Rubio así se lo indicó.

La actividad laboral que el procesado desarrolló en Jardines de los Andes S.A. la estableció solo para el 2008 como se soporta en la prueba documental recaudada. Estuvo afiliado al sistema de salud como beneficiario. No estableció el arraigo del procesado para el 2010, 2011, 2012, 2014 y 2015. Lo información que acompaña el informe de investigador de campo FPJ-11 la recopiló el Comandante de la Estación de Policía de Chíquiza. Contrainterrogado por la defensa indicó que la información laboral que recopiló sobre el procesado para el 2013 se envió para verificación. Que las labores realizadas en Bogotá no surtieron efectos positivos y las direcciones aportadas no existían.

7.4.- María Josefina Pacheco Rubio, hermana del procesado, refiere que no tenía mucha comunicación con su hermano, que éste no ha ido a Bogotá, que vive con su mamá y es ella es la que le suministra la alimentación. El predio donde vive su hermano es un "*pedacito*" que al parecer dejó su difunto padre a su mamá. El jornal lo pagan a "*10 o 20*".

Respecto de la carga de la prueba, el sistema penal acusatorio implementado con la promulgación de la ley 906 de 2004, creó un sistema de partes y de enfrentamiento de proposiciones fácticas y jurídicas que requieren demostración argumentativa y probatoria. Bajo esos presupuestos, la carga de probar está en cabeza del ente acusador que debe acreditar la concurrencia de todos los elementos que componen el tipo penal.

Para la Sala en el asunto sub judice la fiscalía no demostró que Josué Molina Rubio tuviera la capacidad económica para cumplir su deber alimentario.

Del dicho de la denunciante Lorena Molina, se extraen solo apreciaciones subjetivas sobre la posible ganancia que un jornalero de la zona puede percibir, pero no tiene ningún conocimiento concreto, directo y específico sobre la posible contraprestación que pudiera percibir Josué Molina Rubio.

Si bien los testigos señalan coincidentemente que el hoy procesado se desempeñó labores agrícolas y al jornal, ninguno tiene conocimiento directo o datos exactos de su sitio de trabajo, los ingresos percibidos, la cantidad de días laborados y el posible empleador, que permitan predicar actividad laboral continúa desde el 2010 hasta el 2015, con el ingreso económico que ello implica.

Se resalta que ni siquiera logró establecer con precisión el sitio de residencia del procesado. Si bien todos los testigos, incluida Jaqueline Pacheco Rivera, hermana del procesado, señalaron que aquel convivía con su madre, nadie preciso en qué lugar al punto que ni siquiera Alexander Garzón Millán en desarrollo de su actividad investigativa logró determinar el arraigo del procesado.

Llama la atención que solo a través de una petición dirigida al Comandante de la estación de Policía de Chíquiza, se lograra obtener datos del procesado y si bien se advierten irregularidades en la forma en que el comandante obtuvo esa información, lo cierto es que éste no fue traído a juicio para sustentar la veracidad de sus asertos.

La capacidad económica de Josué Molina Rubio tampoco se probó con el dicho del investigador de policía judicial. Recuérdese que éste indicó que tuvo contacto telefónico con el procesado, quien le informó que trabajaba en una empresa de flores devengando un salario mínimo, afirmación que se solo podría tener como prueba admisible para el 2013, pero en el periodo restante que comprende la acusación (2010, 2011, 2012, 2014 y 2015), nada se acreditó sobre su actividad laboral.

La Sala advierte, luego de analizadas y valoradas las pruebas obrantes, que la denunciante recibió un abono de \$1'000.000, que si bien no satisface el total de la obligación contraída por Josué Molina Rubio, sí desvirtúan el dolo del punible sub iudice, pues demuestra la actitud de pago que tiene el procesado. Incluso del dicho de Efigenia Molina se extrae que el hoy procesado trató de ayudar a su hijo algún tiempo.

Cierto es, que todos los testigos tienen información imprecisa sobre la actividad laboral de Josué Molina Rubio, que impiden afirmar que sí tenía cómo responder por la obligación alimentaria y que a pesar de ello se abstuvo de hacerlo, conclusión que en ningún modo es caprichosa. Repárese que Lorena Molina dijo que Josué Molina Rubio sembraba papa con Calixto Molina y Arnoldo Pacheco pero que esa información la recibió de una tía, sin indicar el nombre de ésta o algún dato que identifique a esa persona, menos aún fue traída para declarar en el juicio oral.

De consuno con esa versión, los restantes testigos informaron sobre la posible siembra de papa que en compañía de Calixto Molina tenía el procesado. Para la Sala resulta extraño que el ente acusador no haya traído a juicio a tan trascendente personaje, que sin duda hubiese podido ilustrar con mayor claridad la real situación económica del procesado, informar si tenían cultivos, las ganancias que obtenían y el tiempo que llevaban en esa actividad; pero como no se solicitó ni se trajo como prueba, todo ello se queda en el terreno de simples hipótesis sin verificación y sin capacidad suasoria.

El tipo penal de inasistencia alimentaria contempla como ingrediente normativo la sustracción "*sin justa causa*", elemento que hace imprescindible y necesario establecer la capacidad económica del deudor para de contera determinar si el incumplimiento fue o no justificado.

Dicho de mejor manera, sólo puede ser sancionado como autor responsable de este delito quien pudiendo prestar los alimentos legalmente debidos, dolosa o intencionalmente se niega a ello. Si este aspecto no encuentra demostración probatoria, sancionar al procesado por el simple

incumplimiento de la obligación de suministrar alimentos debidos, equivaldría a imponer sanciones con responsabilidad objetiva, proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

Con las pruebas practicadas en el juicio oral a iniciativa de la fiscalía no se demostró la capacidad económica del procesado y de contera no se pudo establecer si el incumplimiento fue injustificado, como antes se analizó por la Sala.

Refulge que no se puede dar por probada la capacidad económica del procesado, pues no se estableció la existencia de relaciones laborales, ni su presunta duración, ni mucho menos si devengaba salario y cual su cuantía.

Si la fiscalía no probó la capacidad económica del procesado, mal se puede inferir o deducir que éste hubiera evadido voluntariamente el cumplimiento de su obligación alimentaria.

Esto es lo que el sentir de la sala encontró demostración en el plenario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Estudio del comportamiento punible.

Exige el art. 381 del C. de P.P. que 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.

Tipifica el art. 233 del Código Penal el delito de inasistencia alimentaria, para quien se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos, entre otros, a sus descendientes.

La conducta, como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia², es de peligro, porque no requiere lesión efectiva al bien jurídico protegido; de ejecución continuada en cuanto la violación al deber de proporcionar alimentos subsiste hasta cuando se cumpla con tal precepto; de sujeto pasivo cualificado en razón a que la persona tiene que estar civilmente obligada a la prestación de alimentos a favor de un sujeto activo que es el beneficiario; exige un ingrediente normativo del tipo objetivo consistente en que la sustracción al deber de proporcionar alimentos sea "*sin justa causa*", lo que implica que esta sea una conducta de naturaleza dolosa.

El deber de suministrar alimentos se deriva del contenido de los arts. 42 y 44 de la Constitución Política, en concordancia con las normas pertinentes del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Este es un delito de los denominados de omisión propia, en los que subsiste el desconocimiento de una obligación, o dicho de otra manera, la sustracción al deber constitucional y legal de suministrar alimentos, entre otros, a sus descendientes.

En el proceso penal está demostrado el origen y la naturaleza de la obligación alimentaria que tenía y tiene Josué Molina Rubio para con su hijo

² Proceso 21023. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 19 de enero de 2006.

por la época de los hechos, de quien también se demostró la condición de descendiente de aquel.

Aunque como se expuso en el análisis probatorio efectuado en precedencia, el hoy procesado no ha cumplido con la obligación alimentaria, la fiscalía no probó la capacidad económica del procesado y por ende si la sustracción al cumplimiento de su obligación alimentaria fue intencional o dolosa.

Bien distinto es sustraerse de manera intencional al cumplimiento de la obligación pudiendo y debiendo hacerlo, que incumplirla cuando no se tiene la posibilidad o la capacidad económica, pues nadie está obligado a lo imposible. A esa descripción corresponde el elemento sin justa causa que contempla el tipo penal de inasistencia alimentaria.

La Honorable Corte Suprema de Justicia en referencia a este tema ha señalado lo siguiente³:

“...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

³ Proceso 21023. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 19 de enero de 2006.

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).

6. 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.

7. De la Constitución Política y de las normas que rigen las legislaciones penal y procesal penal, se desprende que una persona

solamente puede ser juzgada y sancionada después de un juicio plenamente respetuoso del debido proceso, dentro del cual se demuestre que cometió una conducta punible, esto es, típica, antijurídica y culpable.

Tratándose de la primera de esas exigencias, la tipicidad, es menester verificar si el agente ha recorrido en su integridad todos los elementos contenidos en el tipo penal, esto es, "las características básicas estructurales" que la ley ha definido "de manera inequívoca, expresa y clara".

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."

Se recaba, que no se probó la capacidad económica del procesado y por tanto si este se sustrajo injustificadamente al cumplimiento de sus obligaciones, lo que implica que la fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia con la que está amparado el procesado.

Las partes impugnantes aluden a la existencia de una presunción que establece que a falta de otros elementos de juicio, para fijar la cuota de alimentos se presumirá que el obligado a pagarlos devenga por lo menos un

salario mínimo legal mensual vigente, presunción con la que supuestamente se establecería su capacidad económica y por ende la voluntaria sustracción al cumplimiento de la obligación alimentaria.

Al respecto la Sala debe señalar que el artículo 129 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala en su inciso primero que *"en el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica de la alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal"* (resalta la Sala). Eso significa que el legislador estableció en esa norma una presunción legal para fijar la cuota alimentaria en los respectivos procesos de alimentos.

Sin embargo esa presunción por ser legal puede ser desvirtuada por el deudor dado que nadie está obligado a lo imposible según las voces del artículo 416 del Código Civil, lo que quiere decir que si se refuta o desacredita, el juez está obligado a no aplicarla o a relevar al deudor del pago de esa obligación por no obedecer la cuota fijada al salario realmente devengado.

Sin embargo, esa presunción de ninguna forma sirve para establecer responsabilidad penal, como mal se plantea, pues para ello es indispensable que se pruebe la verdadera capacidad económica del procesado y una vez establecida, que también se demuestre la sustracción sin justa causa a la

prestación de alimentos legalmente debidos. Sin duda la única presunción que rige en materia penal es la de inocencia, que debe ser desvirtuada con las pruebas legales tendientes a establecer la existencia del comportamiento punible y si ello no ocurre, la responsabilidad no puede ser declarada y el procesado debe ser absuelto.

La Corte Suprema de Justicia al examinar la presunción legal del art. 762 del C.C., efectuó las siguientes precisiones, perfectamente aplicables a la presunción del art 129 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, así⁴:

"(...) Ahora bien, en términos generales la responsabilidad es el deber de asumir las consecuencias de un acto o hecho. No obstante, debe reconocerse que ella tiene diferentes implicaciones sustanciales y procesales según la disciplina del derecho de que se trate, pues es evidente, por ejemplo, que la responsabilidad penal tiene unas características que la distinguen de la civil. En la primera, la persona que comete la conducta punible es la que debe recibir la sanción establecida en la ley y no otro sujeto. En cambio, en la responsabilidad civil, por ser exclusivamente patrimonial, nada impide que la asuma otro, pues lo que se persigue es la indemnización por el daño causado.

Por ello, la responsabilidad penal en el delito no puede sustentarse en una "presunción" porque como ya se anotó, la de "inocencia" a favor del imputado opera como constante durante todo el proceso

⁴ Corte Suprema de Justicia. Proceso 23754 -2008 M.P., Sigifredo Espinosa Pérez

penal, como garantía de que no podrá ser condenado si no se ha desvirtuado esa presunción por parte del organismo judicial competente con pruebas legal y oportunamente allegadas.

Esa diferencia justifica que en materia civil la responsabilidad pueda sustentarse en meras presunciones en los eventos que dispone la ley conforme a lo establecido en el artículo 66 del Código Civil, el cual consagra dos tipos de presunciones: las de derecho o juris et de jure y las simplemente legales o juris tantum, clasificación que obedece estrictamente al aspecto probatorio. Las primeras por fundarse en situaciones científicas incuestionables no admiten prueba en contrario, mientras que las segundas son desvirtuables por esa vía.

La presunción de que trata el artículo 762 del Código Civil, según la cual, “[E]l poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”, es de carácter legal en la medida en que: i) no se funda en una situación científica incuestionable, y ii) admite prueba en contrario, pues aunque el hecho de la posesión hace presumir el derecho de propiedad, ello será mientras no se demuestre que el derecho lo tiene otro, y siempre y cuando esa posesión se ejerza con ánimo de señor y dueño.

El que la ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción, obedece a que ésta se fundamenta en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error. Es decir, dada esa posibilidad de que el hecho que legalmente se presume no exista, aunque sean ciertas las circunstancias que llevan

a inferirlo, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por “prueba en contrario”, garantizándose de esa forma el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción.

Ahora bien, en materia civil se ha considerado que la consagración de una presunción legal libera a una de las partes del proceso de la carga de probar el hecho presumido y que resulta fundamental para la adopción de una determinada decisión judicial. Pero en materia penal, como ya se advirtió, tratándose de la responsabilidad del procesado en la ejecución de un delito, la Constitución y la ley compelen al ente acusador a demostrar los elementos que integran esa responsabilidad, razón por la cual la presunción legal no cumple en este caso el efecto procesal de invertir la carga de la prueba, motivo por el cual no procede la aplicación directa de la presunción legal del artículo 762 del Código Civil en materia penal. (...). (Resalta el Tribunal)

Las razón de disenso de las partes impugnantes, se centra en criticar la valoración probatoria por presuntamente incurrir en trasgresión a principios valorativos como la sana crítica y las reglas de la experiencia. Pero en nada refutan los argumentos de la juez de primera instancia, pues no establecen parámetros argumentativos y probatorios que permitan dar una valoración probatoria distinta que endilgue responsabilidad penal al procesado.

Solo manifiestan la disparidad valorativa, pero como lo advirtió la Sala el análisis probatorio en conjunto, no permite una conclusión distinta a la ya expuesta.

Como se advirtió precedentemente, la carga de la prueba está en cabeza del ente acusador y por ello, contrario a lo expuesto en la apelación, no debe la defensa probar la incapacidad económica de su defendido cuando la fiscalía no logró establecer los ingredientes típicos del delito, en especial el ingrediente normativo del tipo referido a que el incumplimiento no se sustente en una justa causa, por lo que sin hesitación alguna no se desvirtuó la presunción de inocencia.

Basten estas consideraciones para confirmar la providencia impugnada. En consecuencia, los motivos de impugnación no están llamados a prosperar.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de decisión penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia impugnada, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ
Magistrado

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ
Secretario