

INASISTENCIA ALIMENTARIA/ -Elementos- /..." 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.

INASISTENCIA ALIMENTARIA/ PRUEBA/ - Apreciación probatoria-/..."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..."

CAPACIDAD ECONÓMICA/ PRUEBA/ ..."Refulge entonces ausente de demostración la plena capacidad económica del procesado no obstante que se probó la realización de actividad laboral, pues la cuantificación de los ingresos no fue establecida plenamente, presupuesto para que la Sala pudiera concluir que se separó del cumplimiento de la obligación alimentaria de manera libre y voluntaria..." "...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.

SENTENCIA 031

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2017-0902-01

Procesado: Luis Enrique Esquivel Rodríguez

Delito: Inasistencia alimentaria

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 045 de abril 23 de 2018, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja mayo dos (2) de dos mil dieciocho (2018). Hora: nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.)

Conoce la Sala el presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Villa de Leyva el 25 de septiembre de 2017 mediante la cual condenó a Luis Enrique Esquivel Rodríguez por el delito de inasistencia alimentaria.

HECHOS

La señora Lorena Molina formuló querella contra Luis Enrique Esquivel Rodríguez por el delito de inasistencia alimentaria porque a pesar del compromiso adquirido en audiencia de conciliación celebrada el 18 de diciembre de 2008 de suministrar una cuota alimentaria de \$130.000 a favor de su menor hija M.J.E.M. incrementada en la forma y condiciones allí consignadas, se sustrajo de su deber alimentario.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Luis Enrique Esquivel Rodríguez, porta la cédula de ciudadanía 7.127.937 de Villa de Leyva, nació el 14 de junio de 1979 en esa misma población, hijo de Gilberto Esquivel (q.e.p.d.) y de Ligia Martha Rodríguez, reside en la transversal 2 N° 9-67 de Villanueva Casanare, estado civil unión libre y ocupación carpintero.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 29 de septiembre de 2015 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sáchica, se realizó la audiencia preliminar de formulación de imputación de cargos contra Luis Enrique Esquivel Rodríguez, como presunto autor responsable del delito de inasistencia alimentaria previsto en el artículo 233 inciso 2º del C.P, cargo que no aceptó.

El juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Villa de Leyva celebró audiencia de acusación a solicitud de la Fiscalía 18 Local el 20 de junio de 2016, previa presentación del correspondiente escrito, contra Luis Enrique Esquivel Rodríguez como presunto autor responsable del delito de inasistencia alimentaria, en similares términos a los imputados.

El 21 de noviembre de 2016, se realizó la audiencia preparatoria y el 20 de febrero y 10 de julio de 2017 se adelantó audiencia de juicio oral, anunciándose a su finalización sentido de fallo condenatorio.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada.

La Juez Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Villa de Leyva, Boyacá, condenó a Luis Enrique Esquivel Rodríguez como autor responsable del delito de inasistencia alimentaria a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y de funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal y le concedió la prisión domiciliaria.

En la sentencia se refiere al objeto de la decisión, identidad e individualización del procesado, resume los hechos, la actuación procesal; la teoría del caso de la fiscalía y de la defensa, las pruebas practicadas en el juicio oral a instancias de la fiscalía y la defensa y en el capítulo de las consideraciones del despacho alude a los requisitos que establece el artículo 381 del Ley 906 de 2004 para dictar sentencia condenatoria.

En seguida señala que se debe verificar la existencia de tales requisitos a partir de la prueba practicada en el juicio oral y determinar si la conducta endilgada al procesado constituye comportamiento punible a la luz del art. 9 del C.P.

Precisa el cargo formulado al procesado como autor y se refiere a los elementos estructurantes del tipo penal de inasistencia alimentaria tipificado en el artículo 233 del C.P.

Que la adecuación típica realizada frente al inciso 2° del artículo 233 del C.P, se actualiza porque la conducta se produjo contra una menor de edad.

En el acápite de las conclusiones del despacho señala que efectuada la ponderación conjunta de la prueba, en aplicación de los principios técnico-

científicos y las reglas de la sana crítica, encontró probado los siguientes hechos:

1 El registro civil de nacimiento 42296653 acredita que Luis Enrique Esquivel Rodríguez es el padre de la menor ofendida, nacida el 2 de septiembre de 2003.

La Comisaría de Familia de Villa de Leyva el 18 de diciembre de 2008 fijó cuota alimentaria por \$130.000.00 que debían entregarse los primeros cinco días de cada mes, incrementada anualmente conforme al Salario mínimo mensual legal vigente a partir del primero de enero de 2010. Al juicio oral se allegó el acta de conciliación suscrita por los padres de la menor.

2. Se sabe que de enero de 2009 a septiembre de 2015, el procesado Esquivel Rodríguez incumplió la obligación alimentaria, como se deduce del testimonio Estella Martínez Sotelo, quien señala que Esquivel Martínez no cumplió con la totalidad de las cuotas alimentarias fijadas, pues proporcionaba dinero y ropa de manera insuficiente, que como la niña estudia en colegio público se ocasionan gastos de ruta, restaurante, fotocopias, onces, materiales de trabajo, pensión, que proporciona la madre. También la provee de los gastos de salud que no cubre el SISBEN, concluyendo la testigo que Yini Marcela Martínez Sotelo necesita el apoyo económico de Esquivel Rodríguez para el sostenimiento de la menor.

Finalmente Esquivel Rodríguez y su compañera sentimental, sobre dicho incumplimiento y el periodo en que se produjo, señalan contradictoriamente frente al resto del material probatorio, que cuando se encontraba en posibilidad le enviaba a su hija dinero, pero como lo estudiará más adelante, contaba con ingresos económicos y sin justificación

alguna, no le proveyó la totalidad del dinero necesario para el sostenimiento de la infante, poniendo en riesgo su subsistencia y lesionando el bien jurídico protegido.

Luis Enrique Esquivel Rodríguez efectuó esporádicamente consignaciones que en la mayoría de los casos no correspondían a la suma fijada como cuota alimentaria. También se estableció que en pocas ocasiones Esquivel Rodríguez entregó las mudas de ropa y dos regalos a la menor, según las facturas aportadas al expediente.

Aun aceptando que el encartado en algunas oportunidades no contó con remuneración Salarial, o percibió recursos insuficientes para cumplir con la cuota alimentaria, en las ocasiones en que pudo hacerlo no obró de esa manera, apartándose voluntariamente de su obligación, aserto que le permitió desechar el argumento defensivo empleado a favor del procesado. Es paradójico y contradictorio que Luis Enrique Esquivel Rodríguez, quien dijo colaborar en la medida de sus posibilidades, cuando contó con ingresos económicos solo contribuyó parcialmente con la cuota alimentaria y no se puso al día para saldar la deuda.

3.- Se probó la capacidad económica de Luis Enrique Esquivel Rodríguez, pues figura como cotizante al sistema de salud, quien según el testimonio de su compañera permanente, sostiene a su nueva familia sin inconvenientes proveyendo \$800.000 en promedio para suplir las necesidades de bienes y servicios propios de su compañera y su otra menor hija, no obstante trabajar ocasionalmente y recibir ingresos que no son fijos.

En el informe el investigador de campo acopió documentos suficientes para respaldar tal afirmación, como las consultas a bases de datos del sistema de

salud, la constancia laboral expedida por Jacobo Rodríguez que certifica el Salario devengado por Luis Enrique Esquivel Rodríguez durante el 2012 y 2013 y la comunicación del 16 de septiembre de 2015 de la Fábrica Samuel Barón, en la que el propietario le niega permiso para asistir a las diligencias programadas, deduciéndose que en ese momento trabajaba.

Respecto al deber de asistencia alimentaria, dice que la Corte Constitucional en sentencia C-237 del 20 de mayo de 1997 al revisar la constitucionalidad de la descripción típica contenida en el artículo 233 del C.P. al declararla conforme a la Constitución Política, señaló que no puede ser responsable del punible de inasistencia alimentaria quien incumple con justa causa pues ese deber se fundamenta en *"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"*.

La Corte respecto de la expresión sin justa causa, dijo que la ausencia de recursos económicos podría dar lugar no solo a la imposición de exigir civilmente la obligación, sino a la deducción de la responsabilidad penal, por constituir circunstancia de fuerza mayor que impide la punibilidad por ausencia de culpabilidad según el art. 40-1 Código Penal. Recordó que el verbo "sustraer" expresa la idea de *"separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir ésta."* Esa es conducta activa, maliciosa, claramente regulada, que deja de inculparse cuando ocurren descuidos involuntarios o cuando se presentan inconvenientes que se incluyan dentro de las justas causas.

Es 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 el

hecho o circunstancia grave presente en el obligado que le dificulta satisfacer sus compromisos aunque no quiera actuar así.

La justicia de la causa hace desaparecer la incriminación, cualquiera fuera su origen o la oportunidad de su ocurrencia"¹

Sobre si existe justa causa, dice la señora juez que se comprobó que Luis Enrique Esquivel Rodríguez incumplió el deber de suministrar alimentos a su hija, adquirido en diligencia de conciliación ante la Comisaría de Familia de Villa de Leyva, entre enero de 2009 y septiembre de 2015, instaurándose denuncia en su contra por la progenitora, y que al cambiar la situación económica del obligado, acreditando dicha situación podía solicitar la variación de la cuantía de la cuota alimentaria, mediante conciliación o decisión judicial, actuar que omitió, siendo censurable que a su arbitrio no cancelara oportunamente, sin justificación válida.

Según las pruebas, durante ese lapso la ofendida sólo recibió ayudas esporádicas de su padre para suplir sus reales necesidades alimentarias, a quien ni siquiera visitaba.

El incumplimiento de la obligación por el sentenciado, generó una carga económica que ha solventado la madre, con desconocimiento del principio de solidaridad que impone a los padres el deber de responder por la manutención de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones.

¹ Ver Sentencia T-502 del 21 de agosto de 1992

Respecto de la supuesta justa causa derivada de tener que suministrarle alimentos a su cónyuge y a su otra hija Cristan Isebella Esquivel Perilla, señaló la juez de primera instancia que esa circunstancia no se acreditó plenamente, teniendo en cuenta que dicha menor nació el primero de diciembre de 2016, y las obligaciones reclamadas por la denunciante se causaron desde el año 2009, por lo que en ese lapso Esquivel Rodríguez carecía de más obligaciones alimentarias por inexistencia de otros hijos.

Recuerda que el delito de inasistencia alimentaria es permanente y su consumación es de tracto sucesivo y comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida y se prolonga todo el tiempo de la omisión, por lo que durante el período de la omisión el delito se está cometiendo, aun tratándose de épocas y lugares distintos.

Sin desconocer que Luis Enrique Esquivel Rodríguez debe suministrar los gastos para la subsistencia de su otra hija, no aparece demostrada la justa causa para incumplir la obligación alimentaria de la menor ofendida a quien abandonó a su suerte de manera inexcusable, razón por la que su progenitora debió atender su subsistencia con sus escasos recursos desde que nació, siendo evidente su falta de voluntad pues a la fecha contó con oportunidades laborales que le proveyeron recursos, pero únicamente brindó la ayuda aludida antes, sin que se vislumbre su real interés para aportar según el acuerdo conciliatorio.

Descartó el argumento defensivo orientado a que la omisión del acusado obedeció a un factor válido y que debía ser absuelto porque se demostró una desatención con justa causa de este, pues el procesado voluntariamente se sustrajo al cumplimiento de sus deberes, sin mediar circunstancia constitutiva de fuerza mayor, derivaba de la carencia de medios económicos, resultando viable deducirle responsabilidad penal.

4.- Por lo anterior encontró desvirtuada la justa causa para la sustracción de la obligación de alimentos por lo que emitió juicio de responsabilidad anclada en los medios suasorios practicados en el juicio oral.

Estas consideraciones impiden acoger las exculpaciones presentadas orientadas a construir una causa justificante del incumplimiento deliberado del procesado de sus deberes, de manera que conforme al conjunto probatorio, es posible realizar juicio de responsabilidad como autor responsable del delito endilgado.

5.- Encontró acreditado el tipo objetivo inasistencia alimentaria por el acusado de los que hizo víctima a la menor M.J.E.M.

Respecto al aspecto subjetivo del tipo declaró actuación dolosa del ajusticiado, con conciencia y voluntad de realizar acto ilegítimo.

El comportamiento desconoció los principios y derechos fundantes del ordenamiento democrático y social de derecho, y muestra desprecio, poca estima y falta de respeto para con los deberes de su hija menor de edad, con quien comparte ese vínculo y de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Además tuvo la posibilidad de actuar conforme a derecho, pues no existe evidencia de que padezca trastorno mental o cualquiera otra circunstancia que le impida comprender su ilicitud. De forma autónoma decidió realizar la conducta reprochada, sin que concurra causal de justificación o exclusión de responsabilidad según los artículos 32 y 33 del estatuto represor.

El Despacho encontró satisfechas las condiciones exigidas para declarar la plena responsabilidad penal de Luis Enrique Esquivel Rodríguez y para emitir en su contra sentencia condenatoria.

Respecto de la punibilidad consideró los parámetros del artículo 60 del Código Penal, para señalar que el art. 233 del C.P. establece prisión de 32 a 72 meses y multa de 20 a 37.25, S.M.L.M.V., y conforme al ámbito punitivo de movilidad el cuarto mínimo va de 32 a 42 meses; los medios de 42 meses 1 día a 52 meses y de 52 meses 1 día a 62 meses y el cuarto máximo: de 62 meses 1 día a 72 meses.

Selecciono el cuartó mínimo porque al procesado no se le imputaron circunstancias de mayor punibilidad y carece de antecedentes criminales, por lo que en ejercicio de su discrecionalidad reglada le impuso pena de treinta y dos meses (32) de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas según el artículo 52 del C.P.

Respecto de los subrogados penales aludió al contenido del art. 63 del Código Penal y a la prohibición del 193 de la Ley 1098 de 2006, para señalar que Luis Enrique Esquivel hizo víctima del delito a su menor hija, actualmente de trece años de edad y como media prohibición le negó el subrogado.

Aludió a la sentencia con radicado 46647 del 3 de febrero de 2016, M.P. José Leonidas Bustos, para señalar que es posible conceder la prisión domiciliaria como garantía de los derechos del menor según el art. 38 B del C.P., norma aplicable por favorabilidad según el art. 6^o inc. 2^o ídem, pues la pena de prisión impuesta no supera los ocho años y no se condenó por ninguno de los delitos mencionados en el art. 68 A inc. 2^o del CP, y como se satisfacen los requisitos legales otorgó el cumplimiento

de la pena en el domicilio, acompañada de un mecanismo de vigilancia electrónica, en la forma y condiciones allí reseñados en la providencia.

Declaró la procedencia del recurso de apelación y la cancelación de las medidas cautelares reales y personales, oficiándose a las autoridades competentes.

2.- Del motivo de impugnación.

La Defensa técnica pretende la revocatoria de la sentencia condenatoria y en su lugar se absuelva a Luis Enrique Esquivel Rodríguez de los cargos formulados como autor del delito de inasistencia alimentaria.

Se refiere a los hechos que relató la querellante y la fiscalía en el escrito de acusación, a la providencia recurrida, a las declaraciones de la sentencia que no comparte pues (i) la conducta es atípica por que no se probó la capacidad económica, (ii) no se probó incumplimiento injustificado, y (iii) existe violación al debido Proceso y otras garantías fundamentales.

Señala que la conducta es atípica pues se debe probar que el procesado contaba con capacidad económica para cumplir la obligación impuesta, porque si carece de ella la sustracción es justificada. Su representado no cuenta con medios económicos como lo probó la defensa con los documentos introducidos, circunstancia que corrobora el informe introducido por la Fiscalía y el testimonio del investigador.

Además, Luis Enrique Esquivel tiene otras obligaciones alimentarias para con su nuevo núcleo familiar constituido por una hija recién nacida y su esposa, quien manifestó que también dependen de él por quienes responde el procesado, porque ella no trabaja porque el

embarazo fue de alto riesgo como se demostró con la historia clínica y que su representado sufragaba los gastos del tratamiento. Está acreditado que el procesado efectuó pagos parciales que suman más de 5.710.000, debido a la carencia de recursos económicos y de empleo fijo, realizando labores esporádicas. La certificación laboral que aparece no es específica, es ambigua y corresponde a treinta de (30) de abril de dos mil trece (2.013), época en la que conforme al arraigo presentado por la Fiscala residía con su familia en Villanueva, por lo que no prueba la capacidad económica. Para valorar esa certificación debió tenerse en cuenta los lineamientos del Art.277 de la ley 906 de 2004 respecto a la autenticidad de los documentos; los requisitos que deben tener las certificaciones conforme al Código General del Proceso y que la certificación se introdujo por intermedio del investigador y no por quien la suscribió, por lo que debió aplicarse el contenido del Art 430.

Como el procesado se excusó para asistir a una Audiencia porque no se le concedió permiso, la Juez de Conocimiento la tomó como prueba de capacidad económica, suponiendo la existencia de ingresos económicos, desconociendo los principios del proceso acusatorio, adversarial, respetuoso de garantías procesales como el debido proceso y del principio de Legalidad.

El a quo adujo que el procesado efectuó aseveraciones discordantes respecto al pago de la obligación alimentara, pero la defensa aclara que su intervención procesal se limitó a entregar los recibos de los pagos por concepto de alimentos efectuados después de la audiencia preparatoria.

No se estableció qué gastos y obligaciones tenía el procesado, quienes dependían de ese ingreso, carga que tenía la fiscalía orientada para probar la capacidad económica, que no puede ser presumida.

La información del Registro de una base de datos debe tener sustento probatorio en otros medios de prueba; se debe demostrar si está actualizada, pero no se probó que devengara al menos un Salario fijo que le permitiera solventar su subsistencia y la de su familia. La responsabilidad se funda en que aportaba para salud y pensión, pero se ignora de dónde provenía el aporte. Se toma como prueba el aporte al sistema de seguridad social, olvidando que es deber del ciudadano efectuar esos aportes a seguridad social, máxime que su esposa dependía de esa afiliación dada su grave condición de salud, así como su hija por nacer, desconociendo el derecho a una seguridad social si es cotizante principal, si ese aporte proviene de su peculio, de un tercero o de una relación laboral. Ello no prueba de capacidad económica, pues no se ofició a la EPS, ni a la empresa prestadora de servicio de pensiones para obtener la información pertinente.

Respecto a los ingresos, los testigos ignoran a cuanto ascendía el Salario, los descuentos realizados, la duración de la relación laboral y clase de contrato. Se toma como prueba el testimonio de la denunciante quien a lo largo del proceso demostró tener una mala relación con el procesado.

La fiscalía no consideró que cumplió con la obligación alimentaria en la medida de sus posibilidades. Entonces incumplió con la exigencia constitucional impuesta en la sentencia de constitucionalidad C-237 de 1.997 y C-984 de 2002 referida a probar la capacidad económica del

alimentante, y que la carencia de recursos económicos impide la exigibilidad de la obligación civil y no genera responsabilidad penal.

Repite similar argumentación respecto de la tipicidad objetiva recabando que solo se probó la existencia de la obligación alimentaria y necesidad del alimentado, pero no la capacidad económica del alimentante. A este respecto cita la sentencia C-237 de mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y siete (1.997).

Concluye que el procesado no tiene capacidad económica y que la sustracción al cumplimiento de la obligación es justificada.

Los testigos de la fiscalía se valoraron sin tener en cuenta que tenían parentesco cercano con la denunciante e interés, aspecto que considera vulnera el derecho de defensa y el debido proceso.

El tipo en su aspecto subjetivo es de naturaleza dolosa y la culpabilidad obedece al juicio de reproche que se efectúa contra el sujeto agente. Luis Enrique Esquivel nunca tuvo la intención de trasgredir el tipo penal enunciado pues no existe prueba que permita afirmar que la conducta fue dolosa, porque en la medida de sus posibilidades efectuó pagos parciales a pesar de su precaria situación económica. La carencia de recursos económicos suficientes genera imposibilidad física de cancelar una cuota alimentaria y configura fuerza mayor.

La responsabilidad penal se funda en pruebas legalmente practicadas y controvertidas en juicio y no en suposiciones, conjeturas o presunciones, como lo sustentó la Fiscalía, menos en responsabilidad objetiva proscrita en

nuestro ordenamiento penal. El dolo debe existir y bajo ninguna óptica se puede presumir.

Cita apartes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y de la sentencia C-237 del 20 de mayo de 1997 que declaró la constitucionalidad del tipo penal de inasistencia alimentaria, aclarando que no puede ser responsable quien incumple sus deberes determinado por una "justa causa", para concluir que la carencia de recursos económicos generaría, como lo expone esa corporación, Fuerza Mayor.

Solicita se conceda el subrogado de la condena de ejecución condicional, porque el proceso se originó en hechos ocurridos a partir de enero de dos mil nueve (2.009). El art. 6° del C.P. (ley 600 de 2000) establece el principio de favorabilidad. El artículo 63 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 29 de la ley 1709 de 2014 estableció unos requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena y en el listado de art. 68 A no se encuentra el delito de Inasistencia Alimentaria, por lo que su patrocinado cumple las exigencias legales.

El proceso se encontraba en trámite al momento de entrar a regir la ley 1709 de 2014, norma de contenido sustancial, por lo que su aplicación se generaría desde cuando entró en vigencia, incluso para el tipo penal de Inasistencia Alimentaria, en virtud de los principios de legalidad y favorabilidad, primando su aplicación sobre la interpretación del numeral 6° del artículo 193 de la ley 1098 de 2006 y a la aplicación extensiva del listado contenido en el artículo 199 de la misma ley respecto a los delitos en los cuales no procede conceder beneficios, incluyendo a la Inasistencia Alimentaria pues no está señalado taxativamente en el precitado artículo.

(i) La pena a imponer no supera los cuatro años de prisión como consta en la misma sentencia, pues fue tasada en treinta y dos (32) meses de prisión y veinte (20) SMLV Salarios mínimos legales mensuales como multa; (ii) carece de antecedentes penales pues se acreditó que no ha sido condenado por delito doloso durante los cinco años anteriores; (iii) el delito por el que se procede, no se encuentra incluido en el listado del artículo 68 A y los hechos tienen su génesis a partir del año 2009; (iv) se trata de un hombre de escasos recursos cuyos ingresos no alcanzan ni a solventar su propia subsistencia; es un humilde carpintero con residencia en Villanueva, con arraigo social y familiar, que ha colaborado en la actuación procesal con las autoridades, no tiene antecedentes penales, ni representa peligro para la comunidad o las víctimas, no evadirá su responsabilidad penal y comparecerá ante las autoridades cuando se le requiera dentro del proceso pues ha comparecido a todas las citaciones efectuadas.

Negar a Luis Enrique Esquivel Rodríguez el subrogado de la condena de ejecución condicional, no consulta las políticas de prevención general, pues la sociedad no se beneficia negándole el subrogado a un humilde carpintero; a nadie disuade de la comisión de conductas delictivas, y respecto a la prevención especial, no se cumple con el objetivo mismo de la pena frente, mucho menos con los fines que persigue la misma. Decisiones como la apelada perjudican a la sociedad, transgrediendo derechos de otro menor, cuando la misma ley prevé los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

En síntesis solicita (i) se revoque la sentencia condenatoria impugnada y se profiera sentencia absolutoria; y (ii) se conceda por favorabilidad bajo los postulados de la Ley 1704 de 2014 la Ejecución de la pena, conforme a lo normado por el Art. 63 de la ley 599 de 2000 reformada por la Ley 1709 de 2.014 Art.29.

3.- De los no impugnantes.

3.1.- De la fiscalía.

La Fiscal 18 Local delegada ante los Jueces Promiscuos Municipales de Villa de Leyva, solicita se confirme la sentencia condenatoria proferida, pues el material probatorio introducido al juicio oral permite predicar la existencia de plena prueba más allá de toda duda, estructurante del delito de inasistencia alimentaria, como autor responsable a título de dolo, sustentado en las afirmaciones bajo la gravedad del juramento de la denunciante y del funcionario de Policía Judicial SIJIN que son consistentes y certeros y porque en sus dichos se observa únicamente la intención de defender los derechos de la menor, abandonada desde muy pequeña, circunstancia que la hace merecedora particular del amparo frente a su progenitor.

Se probó que la sustracción alimentaria ocurrió desde el 2009 hasta septiembre de 2016. La deuda asciende a más de \$11.000.000 millones pesos como lo manifestó la madre de la víctima, quien recibió algunos abonos que fueron descontados del total de la deuda total por el apremio del que fue objeto en cada una de las audiencias adelantadas.

El procesado en la audiencia del Juicio Oral renunció al derecho de guardar silencio, informando que se dedica a la carpintería y que obtiene ingresos por los contratos que realiza.

A la Fiscalía le compete demostrar que el acusado percibe ingresos por una actividad lucrativa realizada en forma continua, más no probar el monto de esos ingresos.

Se refiere a los alegatos defensivos para señalar que no solo la sustracción sin justa causa hace a la conducta punible, pues también se requiere que el comportamiento lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado de la familia, de la que los hijos son parte, con fundamento en el Artículo 44 de la Constitución. Si no se le proporcionan los alimentos indispensables para el sustento, habitación, vestuario, salud, educación y recreación, se coloca en riesgo ese desarrollo, lo que redundará en vulneración al bien jurídico.

En lo referido al aspecto subjetivo del delito, por conocer la posición de garante derivada de la obligación de auxilio, protección y ayuda económica que impone la ley a los padres frente a los hijos, dice que el procesado fue negligente con ese compromiso legal y moral pues teniendo ingresos económicos según la información que reposa en el proceso, no proporcionó a su hijo la ayuda necesaria para subsistir. Por el contrario, solamente respondió por el nuevo núcleo familiar conformado dejando a la deriva a su primera hija.

Existen elementos de juicio suficientes para afirmar que Luis Enrique Esquivel Rodríguez, conociendo y comprendiendo la ilicitud de su conducta; pudiendo comportarse conforme a derecho, dirigió su voluntad libre a la realización de la conducta punible. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 26016 de 21 de febrero de 2017, M.P. Dr. Mario Solarte Portilla)

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales señaló: i) la prevalencia del interés del menor; ii) la garantía de la adopción de medidas de protección que su condición requiere; y iii) la provisión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable en condiciones de libertad y dignidad. Este conjunto de elementos evidencian no sólo la singularidad sino también la importancia del tema en el discurso constitucional y en la forma de razonar en derecho, que representan obligaciones imperativas para el legislador y la administración, constituyéndose en sujetos de especial protección y el imperativo jurídico de salvaguardar el interés superior del menor.

Dice que las presunciones legales según la Corte liberan a la parte beneficiada de la carga de demostrar el hecho que se presume, correspondiendo al afectado demostrar la inexistencia o no ocurrencia de los hechos presumidos. Se pregunta si la distribución de las cargas procesales que se produce en virtud de la existencia de una determinada presunción legal, lesiona los derechos a la igualdad y al debido proceso, en particular el derecho de defensa y la presunción de inocencia, de la parte procesal que resulta finalmente afectada por la presunción.

La existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso, al estar justificadas y ser razonables, al construirse con el objeto de proteger bienes jurídicos particularmente importantes y de promover relaciones procesales más equitativas. Es decir que antes que ir contra la Constitución, las presunciones legales tienden a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta.

La Corte distingue los tipos de presunciones existentes, destacando que en las legales o iuris tantum, el legislador se limita a reconocer a partir de *"la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos"*, las cuales en todo caso pueden ser desvirtuadas, esto es que admiten prueba en contrario.

Concluye la Fiscalía demostrada la existencia del vínculo de consanguinidad de primer grado entre el acusado y su menor hija MJEM de 13 años de edad y la existencia de la obligación legal y natural de suministrar alimentos a su hija, de conformidad con el art. 129 del C. del menor y demás disposiciones integradas al bloque de Constitucionalidad.

Está demostrado que el procesado se sustrajo al cumplimiento de la obligación alimentaria a favor de su hija pues no cumplió a cabalidad con el acuerdo conciliatorio celebrado ante la Comisaría de Familia de Villa de Leyva, con una deuda acumulada superior a los \$11.000.000 millones de pesos.

El acusado abandonó la obligación de suministrar alimentos y cuidados integrales a un niño, que deben satisfacerse permanentemente para no exponerlo a consecuencias indeseadas en su desarrollo, dada la imposibilidad del menor de proveérselas por sí mismo, sin aportar suma alguna, en la medida de sus posibilidades, que demostrara la voluntad de contribuir con el sustento de su hija.

El procesado siempre desarrolló actividad laboral permanente en carpintería, en forma dependiente, realizando contratos, actualmente en la Fábrica de Muebles Samuel Varón, por los que si el procesado ejerce actividad laboral,

ello implica que percibía ingresos económicos como contraprestación a su trabajo.

Con base en las reglas de experiencia, esta inferencia lógica indica que toda actividad laboral representa una expectativa de ganancia, que se entiende materializada con la permanencia en esa actividad.

Cita en referencia a la omisión al deber alimentario, la Sentencia 19 de febrero 24 de 2015, radicado. 2013-0659, con ponencia del Magistrado José Alberto Pabón Ordoñez, que transcribe en parte, para afirmar que la voluntad de Esquivel Rodríguez, ha sido de abierta renuencia frente a sus deberes alimentarios con relación a su hija y por eso no resultan atendibles las argumentaciones de la defensa, pues no se encuentra justificado sustancial ni probatoriamente que se exima de responsabilidad al procesado, solo porque no aparece cuantificado el fruto de su actividad económica.

Además transcribe en parte lo dicho en la casación 23754 del 9 de abril de 2008, criterio reiterado en la casación 31147 de 13 de mayo de 2009.

Señala como fundamentos de derecho la Constitución Política, artículos 1,2, 11, 13, 29, 31, 42, 44,45, Ley 1098 de 2006 art. 129, artículos 233 inciso 2° (modificado por la ley 1181 del 2007 art. 1°) del ordenamiento penal; sentencia 19 Tribunal Superior de Tunja, M.P. José Alberto Pabón Ordoñez del 24 de febrero de 2015; C.S.J. Sentencia de Casación, Proceso 26016 de 21 de febrero de 2017, M.P. Mario Solarte Portilla; los arts. 176, 380, 381 y 382 de la ley 906 de 2004, la Ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes.

Solicita se confirme la Sentencia impugnada

3.2- De la representación de Víctimas.

La representante Judicial de la menor víctima solicita se confirme la sentencia impugnada.

Aduce que el sustento del recurso de apelación interpuesto por la defensa se concreta a que: (i) no se probó la capacidad económica de su defendido y por tanto la conducta es atípica. (ii) no se probó que el incumplimiento fuera injustificado y (iii) que existe violación al debido proceso y otras garantías.

La defensa argumenta que el procesado no tiene recursos, porque tiene otra familia y la nueva compañera tuvo un embarazo de alto riesgo, aspecto probado con la Historia Clínica; que realizó pagos parciales y que no se probó cuanto ganaba. Que se valoraron testimonios con parentesco cercano con la denunciante con vulneración del derecho de Defensa y del debido proceso.

Del testimonio de la compañera actual Leidy Viviana Perilla se desprende que con ella vive Luis Enrique Esquivel hace 3 años y que él cubre todos los gastos. Revisadas las Historias Clínicas se tiene que las consultas fueron ambulatorias, procedimiento normal en un embarazo por los que tienen fecha de ingreso y egreso del mismo día. Que Leydi Viviana tiene un embarazo de 34 semanas a octubre de 2016, pero los hechos investigados en este proceso son los alimentos causados y adeudados de enero de 2009 hasta septiembre de 2016, los que no impedía cumplir con la cuota alimentaria de su menor hija María Juliana y por ello no existe justa causa para incumplir con su deber para con su menor hija. El incumplimiento fue anterior al episodio de un embarazo normal, constituyéndose en una excusa más, para evadir la responsabilidad.

Al valorar en conjunto la prueba advierte que la Fiscalía probó que la actividad que ha realizado siempre Luis Enrique Esquivel Rodríguez ha sido la de Carpintero y devenga un Salario, pues de no ser sí no podría sostener a su nueva familia, cuyos gastos ascienden a ochocientos mil pesos mensuales

\$800.000, concluyéndose que percibe dinero, eludiendo cumplir con la obligación alimentaria para con su menor hija M.J. Además con el informe del investigador de la SIJIN Oscar Álvaro Jiménez, al verificar su arraigo familiar y social del 19 de abril de 2014, Luis Enrique Esquivel informó que es carpintero, que gana \$800.000 mensuales y que es soltero. Con el testimonio de su compañera actual Leydi Viviana; el de la denunciante Yini Marcela Martínez, madre de la menor víctima, y la testigo Stella Martínez Sotelo, se corrobora que el procesado es carpintero, que siempre ha trabajado como carpintero en Villa de Leyva y en Villa Nueva Casanare y que ha tenido contratos según el aportado con Jacobo Rodríguez en el año 2012 y 2013 y la certificación por éste expedida en septiembre de 2015 de la fábrica Samuel Varón de la que es el propietario, quien le niega el permiso para asistir a la citación del Juzgado, de lo cual se infiere que era su empleado, y que trabajaba con él.

Con base en la libertad probatoria, quedó demostrada la capacidad económica del acusado porque realiza una actividad productiva, tiene un trabajo y percibe Salario por su actividad y es ilógico que pueda atender los gastos del nuevo hogar y desatienda por éstos la obligación moral y legal para con su menor hija M.J., pues es deber social de los particulares la paternidad responsable, porque al constituir la Familia el núcleo por la voluntad libre de un hombre y una mujer, les impone el deber correlativo de atender la crianza integral de su prole. Por eso la obligación de asistir y proteger a los hijos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos es principalmente de los padres.

Entonces no está demostrada una justa causa que le impidiera cumplir con la obligación alimentaria y al contrario se probó el dolo al evadir cumplir con la cuota fijada de \$130.000 mensuales, por la Comisaria de Familia de Villa de Leyva el 18 de Diciembre de 2008, para con su única hija desde el 2009 hasta septiembre de 2016, porque la otra menor hija nació posteriormente.

Consecuentemente afirma desvirtuada la presunción de inocencia que ampara al procesado.

Cita y transcribe apartes de la sentencia del 24 de Febrero de 2015, M.P. José Alberto Pabón Ordoñez para señalar que la defensa no demostró justa causa que le imposibilitara al procesado cumplir integralmente con la obligación alimentaria, y se evidenció que no presenta incapacidad para laborar que permita exonerarlo de responsabilidad por esta causa.

El testimonio de Stella Martínez Sotelo, hermana de la denunciante, merece credibilidad, pues por ser familiar cercana por línea materna a la menor víctima, conoce la situación que la madre debió afrontar como única encargada de la manutención de su hija, ante la ausencia de asistencia y apoyo que el padre no ofrece y porque su dicho se origina en conocimiento directo, sin que pueda descalificarse en razón al vínculo de consanguinidad con la progenitora.

El subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena, no debe concederse por expresa prohibición del art. 193 de la Ley 1098 de 2006, como lo decidió la Juez a quo.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS PRUEBAS

1. Pruebas de la fiscalía:

1.1.- Oscar Álvaro Jiménez Sánchez, video 1, 44':30''

En su condición de investigador de la SIJIN presentó un informe de campo FPJ11 que reconoció porque aparece su firma, en el que se especifican las actividades desarrolladas en el programa metodológico y órdenes a policía

judicial. Al informe están anexas tres certificaciones; una de las actividades tendientes a obtener la plena identificación de Luis Enrique Esquivel Rodríguez, su arraigo y capacidad económica. El indiciado acudió al despacho y se desarrolló la diligencia de identificación e individualización, obteniendo la cédula de ciudadanía, que confrontada con la que aparece en la Registraduría arrojó su plena identidad. Además se desarrolló su arraigo estableciéndose que residía en la transversal 2 N° 9-67 de Villanueva, Casanare. En dicha diligencia el indiciado refirió que devengaba \$800.000 producto del Salario de su actividad laboral como carpintero en jurisdicción de Villa de Leyva y Villanueva, Casanare. El señor Jacobo Rodríguez expidió certificación laboral indicando que el indiciado laboró como carpintero con él desde el 2012 hasta la fecha, con una asignación mensual de \$700.000 que expidió el 30 de abril de 2013. Además existe certificación de la fábrica Samuel Barón, expedida en Villanueva, Casanare el 16 de septiembre de 2015, negándole un permiso para el día siguiente. Aparece un memorial del 16 de septiembre de 2015, expedido en Villanueva Casanare, en la que el indiciado solicita el aplazamiento de la audiencia de imputación programada para el 17 de septiembre de 2015 debido a que no le dieron permiso laboral y porque no cuenta con los recursos económicos necesarios para desplazarse.

Respecto de la capacidad económica no se estableció que fuera propietario de bienes inmuebles o vehículos, pues no tiene registrados a su nombre. Solicitó información a diferentes entidades estatales para establecer la capacidad económica del indiciado. Tomó entrevista a la madre de la menor, señora Yini Marcela Martínez Sotelo, en la que relata las condiciones de tiempo modo y lugar en las que ha ocurrido el incumplimiento de las obligaciones para con su menor hijo.

Señaló en el contrainterrogatorio formulado por la defensa que no ofició a la Cámara de Comercio, ni a la oficina de instrumentos públicos, ni a la oficina de tránsito. No comprobó que el procesado tuviera bienes de fortuna. Respecto a la capacidad económica, desarrolló actividad con base en los dichos del indiciado, requiriendo información de las personas donde laboró y que lo conocen y también con base en el dicho de la denunciante. Que para el 2013, cuando se realizó la diligencia de arraigo, el procesado le expresó que era soltero. El informe fue elaborado el 1 de agosto de 2014 y la información corroborada fue desde el 2013 hasta el 2014.

Se incorporó como prueba la fiscalía el informe referido por el testigo con sus anexos.

1.2.- Yini Marcela Martínez Sotelo, video 2, 00:02.

Conoció a Luis Enrique Esquivel Rodríguez por una hermana y tuvo con él una hija que para la época de la declaración tenía 13 años. Como la testigo no deseaba que el procesado la reconociera, él impugnó la paternidad y la reconoció desde cuando tenía tres años. Añadió que por concepto de cuota alimentaria adeuda \$12.800.000, aunque reconoce que ha efectuado abonos parciales. Previo traslado a las partes reconoció la diligencia de conciliación de fijación de cuota de alimentos integral realizada el 18 de diciembre de 2008, por \$130.000 entre Luis Enrique Esquivel Rodríguez y la declarante en representación de su menor hija. También previo traslado a las partes reconoció la denuncia penal formulada el 10 de abril del 2013 a la que anexó copia del registro civil y de la conciliación de la cuota alimentaria, señalando que Luis Enrique Esquivel Rodríguez se ha sustraído de pagar las cuotas alimentarias desde enero de 2009. Que el procesado ha realizado abonos parciales y que revisando los extractos de Coomuldesa desde el 2013 ha abonado a la fecha \$2.150.000. Que desde

enero del 2009 hasta el 2012 no existe constancia de ningún aporte. La fiscalía le puso de presente otra denuncia formulada el 7 de enero de 2015, que reconoció por su firma, que formuló nuevamente porque el obligado se sustrajo cumplimiento de la obligación desde el 2009 hasta el 2015, adeudando \$12.840.000. Le consta que Luis Enrique Esquivel Rodríguez desde que se radicó en Villa de Leyva siempre trabajó en carpintería, como lo hace ahora donde está viviendo. Que supo de los sitios donde realizó esa labor, aunque admite que no fue posible que le dieran las certificaciones laborales que solicitó. Que el procesado trabajó con el tío Jacobo Rodríguez, Javier López y Hugo Pardo, pero que ignora cuánto devengaba. Que su hija cursa grado séptimo en el colegio Antonio Nariño de Villa de Leyva y los gastos integrales de la menor los asume la declarante y su nueva pareja, gastos mensuales que ascienden más o menos a \$450.000. y que la declarante no alcanza a reunir un Salario mínimo mensual. La relación entre padre e hija no es muy distante, pero el procesado no asistió al bautismo ni a la primera comunión. Dice que la menor nació el 2 de septiembre de 2003, reconociendo el registro civil de nacimiento de la menor que se le puso de presente. Admite le rindió una entrevista al investigador y que no entiende las razones por las cuales él se sustrae de suministrarle alimentos a su hija. También se le corrió traslado de algunos recibos, entre los que se encuentra uno por concepto de una muda de ropa que recibió la menor del 12/09 del 2016. Reconoció unos abonos del 26/10 de 2014 por \$100.000, porque en ellos está su firma; que recibió tres vestidos el 12/03 de 2015, las consignaciones de Coomuldesa que aparecen en los extractos y un recibo por concepto de útiles escolares que tal vez recibió la niña. Un recibo del 23/12/2012 por \$100.000 que recibió; otro del 12/05/2012 por \$100.000. El recibo del 26/03 de 2012 por \$60.000. Otro del 13/04/2012 por \$100.000. El del 9/05/2012 por \$100.000; el del 22/08/2012 por \$100.000; el del 5/09/2012 por

\$120.000. Del 25/2/2012 correspondiente a útiles escolares por \$69.600; por concepto de pantalón sudadera, camiseta uniforme, camisa, medias y bicicleteros por \$70.000 del 28/01/2012; del 24-10-2012 por \$230.000; del 12/07/2012 por \$100.000; una maleta, una carpeta, un cuaderno por \$21.000 del 4/02/2012; otro del 28/01/2012 por \$4.000; del 16/11/2014; del 12/11/2014 y otros recibos que puntualizó. Del 13/06/2014 de Villanueva Casanare, súper giros por \$152.000; otro por \$100.000 del 30/02/2014; otro del 27/01/2014 de Servientrega; por \$150.000 del 23/02/2014; la carta de propiedad de una bicicleta por \$154.000 del 5 de septiembre de 2009; del 15/04/09 por \$120.000; medidas para el colegio por \$38.000 del 3 de febrero de 2009; del 21/09/2009 por \$180.000; del 13/06/2009 por \$120.000; del 13/07/2013 por \$100.000; otro recibo del 10/11/2013 por \$200.000; del 2/10/2013 por \$100.000; del 26/01/2013 por \$200.000; libros y textos matemáticos por \$72.000 el 11/3/2013. Adujo que lo aportado es insuficiente para suplir las necesidades de su hija y que pide lo justo, lo necesario y que se ponga al día con los alimentos. El despacho incorporó en 15 folios el extracto de cuenta proveniente de la entidad financiera Coomuldesa y los recibos de pago enumerados precedentemente, con fechas y valores por la testigo.

En el contrainterrogatorio formulado por la defensa señaló que inicialmente a su hija menor la reconoció el papá de su hija mayor y que la paternidad fue impugnada por el procesado Luis Enrique Esquivel Rodríguez. Que recibió aportes en especie provenientes de una bicicleta y una tableta, pero que en la comisaría de familia no informó esos aportes en especie (tableta y bicicleta) porque supuso que los detalles del papá no hacían parte de lo adeudado. Tampoco informó los aportes en dinero supuestamente porque para eso estaban los recibos, aclarando que la comisaría en ese momento no tenía información de esos pagos. No tiene

presente hasta cuando el procesado trabajó en Villa de Leyva, pero aclara que durante todo el tiempo trabajó.

En el directo señaló que por el 2010 al 2012 no recibió ningún pago porque no existen recibos de estas fechas.

En el contra redirecto aclaró que aunque existen recibos de esos años no son de dinero en efectivo sino de útiles escolares. Se le pregunta porqué del 13/06/2009 aparece un recibo por \$120.000 por concepto de alimentos y contesta que será el único existente. Además se le hace ver que existe otro recibo del 21/09/2009 en que consta que recibió \$180.000 y otro de \$120.000 del 15/04/09, contestando que si están ahí no los niega debido a su existencia física. Aclaró que en el día del bautismo el procesado le entregó \$100.000 a la niña, circunstancia que ocurrió el 26 de octubre de 2014. Además en el curso de la audiencia el procesado entregó \$700.000.

1.3.- Stella Martínez Sotelo, Video 2, 00'54''.

Es hermana de la denunciante. Conoce a Luis Enrique Esquivel Rodríguez hace 16 años, porque fue compañera de trabajo de la mamá. Su hermana y el señor Esquivel procrearon una hija, de 13 años de edad para la época en que rindió testimonio, que estudia séptimo en la normal. El procesado trabajó durante el tiempo que vivió en Villa de Leyva, en una carpintería de propiedad del tío Jacobo en el barrio Los Olivos, pero por los últimos cinco años no le consta lo que hace porque se fue. Desconoce cuáles son los ingresos que percibía en la carpintería. Que el procesado no ha cumplido adecuadamente con las cuotas alimentarias, pues aunque le consta que sí le ha dado, no suministra lo suficiente como pide la mamá. Él ha entregado mudas de ropa y plata. Desconoce el valor de la cuota alimentaria y la cuantía de la deuda. Además señala que ignora los motivos del

incumplimiento por parte el procesado. Que el procesado concurrió a Villa de Leyva para el bautismo de la menor, pero no se hizo presente ni en la reunión ni en la Iglesia. Que quien corre con los gastos de manutención en todos los órdenes de la menor es su hermana, pero que ella necesitaba la ayuda del padre para el sostenimiento del infante. Que el padre llama a la hija el día del cumpleaños pero en que el que pasó ignora si lo hizo.

En el contrainterrogatorio formulado por la defensa señaló que desconoce dónde vive el señor Esquivel y que desde hace tres años no lo veía. No ha mantenido contacto con él en Villanueva y no sabe qué actividad desempeña en ese lugar. Que su sobrina estudia en un colegio oficial y tiene SISBEN.

En el directo formulado por la fiscalía señaló que en los colegios públicos se gasta para transporte, restaurante, onces, fotocopias, materiales de trabajo, etc. y todos esos gastos los costea su hermana. Además la medicina subsidiada no cubre todos los gastos, como medicamentos costosos.

A instancia de la fiscalía se incorporaron las dos denuncias, copia de la audiencia de compromiso y conciliación a favor de la menor y su registro civil de nacimiento.

2. Pruebas de la Defensa:

2.1.- Fernando Medina Gómez, Video 3, 17'32''

Es investigador de la defensoría del pueblo regional Casanare. A través de las labores investigativas se le encomendó ubicar a Luis Enrique Esquivel Rodríguez, realizar entrevistas y acopiar algunos documentos en la Cámara de Comercio y oficina de tránsito para verificar el estado socioeconómico

del indiciado. Ubicó a Luis Enrique Esquivel, y en entrevista manifestó que debía algunas sumas de dinero por concepto de cuotas de alimentos de su menor hija, porque no había podido cancelarlas debido a que el trabajo de ayudante de carpintería no era permanente y que lo llamaban cuando había trabajo y cuando no existía, no. Estableció que Luis Enrique Esquivel Rodríguez aportó dineros a la madre de la menor, entregando 38 recibos de pago por \$5'790.100, aproximadamente, porque algunos no eran muy claros en su contenido. Se estableció que paga arriendo por \$300.000 a María Elena Linares y que gasta según recibos aportados para la salud en Cafésalud EPS \$96.000 y que los gastos de alimentación de él, su esposa y su menor hija, ascienden a \$350.000.

El indiciado presentó algunas historias clínicas relacionadas con la enfermedad de la esposa embarazada con embarazo de alto riesgo, razón por la cual debió ser internada y hospitalizada en varias ocasiones. Que además tenía una enfermedad permanente -gastritis crónica- y presentaba últimamente dolencias por un virus de un animal que la picó llamado síka. Añadió que ofició a la oficina de instrumentos públicos y le respondieron que Luis Enrique Esquivel Rodríguez no posee bienes en jurisdicción de la regional Casanare, documento que se incorporó como prueba número uno de la defensa. Que la firma AMANECER, entidad financiera que realiza créditos, le informó por intermedio de la jefe de cartera que Luis Enrique Esquivel Rodríguez es deudor principal de un crédito por \$1.500.000 y que a corte de 30 de noviembre de 2016 tiene un saldo pendiente de \$1.290.000, documento que fue incorporado como prueba dos de la defensa. También ofició a la alcaldía de Villanueva y le informaron que Luis Enrique Esquivel Rodríguez no estaba vinculado en el régimen de salud de ese municipio pero que aparece en el municipio de Villa de Leyva, razón por la que el procesado informó que estaba adscrito a la EPS Cafésalud y que paga mensualidad de

\$96.000 por el servicio de salud. Que se allegó copia tomada de la base de datos del SISBEN en la que consta que el hoy procesado aparece registrado y validado en Villa de Leyva, documentos que se incorporaron como prueba número tres de la defensa. También realizó consulta al FOSYGA y obtuvo un documento en el que certifican que Luis Enrique Esquivel Rodríguez aparece activo en Cafésalud EPS en el régimen contributivo, como cotizante, con fecha de afiliación 01-12-2015 y fecha de la terminación de la afiliación 32 de 2/999 (sic), documentos incorporados como prueba cuatro de la defensa. Ofició a la oficina de tránsito de Villanueva y se acreditó la ausencia de registros automotores a nombre del procesado. Efectuó consulta en el RUT, -Registro Único Nacional de Tránsito- del que se desprende que no tiene automotores registrados en esa entidad, documento que no pudo ser impreso porque está restringido por esa entidad, pero los restantes documentos referidos se incorporaron como prueba cinco la defensa. Igualmente ofició a la Cámara de Comercio y en la Alcaldía de Villanueva y obtuvo como respuesta que Luis Enrique Esquivel no está registrado como miembro de la Cámara de Comercio y no posee registro como comerciante. Posteriormente se realizó similar consulta a la Cámara de Comercio regional Casanare en la que se obtuvo como respuesta que el hoy procesado no posee registro mercantil, documental que no pudo imprimir porque la página de la Cámara de Comercio no lo permite. El documento de la Cámara de Comercio de Villanueva Casanare se incorporó como prueba seis de la defensa. En referencia a las condiciones económicas de Luis Enrique Esquivel Rodríguez, intentó entrevistar infructuosamente a la actual compañera para verificar su condición socio-económica pero para esa fecha -septiembre de 2016- ella se encontraba en estado crítico de salud, internada en el hospital.

En el contrainterrogatorio señaló que Luis Enrique Esquivel le informó que trabajaba con Samuel Barón, le dio el número telefónico y corroboró que

trabajaba en su carpintería y que era contratado única y exclusivamente cuando había trabajo, esto para septiembre a noviembre de 2016. Ignora si con posterioridad a esa fecha hubiera tenido vínculo laboral, pues para aquel entonces no lo tenía. Además desconoce el motivo por el que el jefe del taller no le otorgó a Luis Enrique Esquivel Rodríguez permiso para asistir a una audiencia, pero aclara que el vínculo laboral que tenía era eventual no permanente. Aclaró también que no necesariamente la afiliación a Cafésalud obedece a un vínculo laboral pues el beneficiario puede afiliarse por sus propios medios. Que Luis Enrique Esquivel Rodríguez le presentó fotocopias de los recibos de pago y en el informe manifiesta que sumándolos arrojan \$5.790.100, cifra aproximada toda vez que algunos recibos no eran nítidos y no se alcanzaba al leer la totalidad. El procesado manifestó que allegaría esos recibos en el curso de la audiencia.

2.2.- Leidy Viviana Perilla Linares, video 3, 57':57''.

Convive en unión libre con Luis Enrique Esquivel Rodríguez desde hace tres años y afirma que él sostiene económicamente el hogar. Viven en arriendo y pagan \$300.000.00, más recibos. Luis Enrique Esquivel Rodríguez sostiene económicamente a su hija y respondió por los gastos del embarazo y hospitalización, junto con el seguro. Admite que tuvo varias complicaciones en el embarazo, porque a los dos meses de iniciado tuvo un intento de aborto; a los dos meses y medio le dio síka; luego fue hospitalizada por la gastritis avanzada que parece; le formularon bastantes ecografías con un costo de \$280.000 cada una, que no cubrió el seguro y que por motivos económicos no se las pudo realizar. La hacían ir a Villavicencio supuestamente para tomarle las ecografías, que al final no se las practicaron, perdiendo los viajes. Posteriormente tuvo otro ataque gastritis y a las 40 semanas descubrieron que un riñón no le funcionaba adecuadamente,

remitiéndola a Villavicencio donde debía internarse el 21 noviembre, pero no la recibieron y la mandaron para la casa. Al otro día le realizaron ecografía y le enviaron para la casa, y a los nueve días la remitieron porque tenía 41 semanas de embarazo y el estado de gestación no podía prolongarse más. El parto fue inducido, previa realización de ecografía y monitoreo. En ese proceso tuvo retención de líquidos e inflamación corporal y al nacer la bebé tuvo que ser sondeada; le colocaron 28 litros de suero, y también tuvo complicaciones porque el bebé se pasó y la contaminó con excretas y orina. Que su embarazo se catalogó como de alto riesgo. El juzgado incorporó la historia clínica como prueba siete de la defensa. Agregó que durante los tres años de convivencia Luis Enrique Esquivel Rodríguez paga su manutención y responde por los gastos familiares, servicios y demás, y también por los gastos de la niña. Que Luis Enrique Esquivel sostiene integralmente a la familia porque ella no trabaja y que a él le salen trabajos eventuales en carpintería y sus ingresos no son constantes, ni fijos.

Viven en arriendo, no tienen carro propio, ni casa, ni cuentas bancarias, ni negocios propios y tampoco trabaja como comerciante.

En el contrainterrogatorio añadió que Luis Enrique Esquivel Rodríguez trabaja en carpintería con Samuel Barón y que también trabajó en otro taller, porque como no tiene trabajo fijo labora donde lo llaman. Desconoce cuánto gana su esposo exactamente, pero los gastos familiares ascienden mensualmente como a \$800.000.00, que cubre en su totalidad Esquivel Rodríguez. Agregó que el seguro no cubrió todos los gastos y algunos debió asumirlos su esposo.

2.3.- Luis Enrique Esquivel Rodríguez, Video 4, 05'05''.

Renunció a su derecho a guardar silencio. Dice que realizó pagos adicionales a los que ya figuran en el expediente y como consecuencia de esa afirmación se incorporó un recibo por \$100.000.00 del 13 de junio de 2017 consignado en Coomuldesa a la cuanta de su menor hija; otro por \$200.000.00 del 7 de abril de 2017 depositado también en Coomuldesa y otro por \$700.000.00 del 20 de febrero de 2017.

Análisis Probatorio.

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

- 1.- La menor M.J.E.M. es hija de Yini Marcela Martínez Sotelo y Luis Enrique Esquivel Rodríguez conforme al registro civil de nacimiento con indicativo serial 42296653 y a plurales declaraciones rendidas en el juicio oral que acreditan ese parentesco por consanguinidad.
- 2.- Es evidente que Luis Enrique Esquivel Rodríguez tenía el deber natural y legal de suministrar alimentos a su hija M.J.E.M. nacida el 2 de septiembre de 2003, 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 Yini Marcela Martínez Sotelo y la prueba documental que respalda su dicho, se probó que ante la Comisaria de Familia de Villa de Leyva, Luis Enrique Esquivel Rodríguez se obligó el 18 de diciembre de 2008 a suministrar una cuota alimentaria integral a favor de su hija M.J.E.M. por \$130.000 que debían ser entregados los cinco primeros días de cada mes, cuota que se incrementaría de acuerdo al salario mínimo legal mensual vigente a partir del primero de enero de 2010. El obligado cumplió

parcialmente con el suministro de los alimentos, lo que significa que no cumplió con el suministro total de la cuota alimentaria.

4.- Se demostró que debido al incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de Luis Enrique Esquivel Rodríguez para con su hija M.J.E.M. a partir de enero de 2009, Yini Marcela Martínez Sotelo, madre del menor víctima, formuló denuncia por el delito de inasistencia alimentaria descrito en el artículo 233 del Código Penal.

5.- Cumplimiento parcial de las obligaciones alimentarias.

Yeni Marcela Martínez Sotelo, madre de M.J.E.M. señaló que por concepto de cuota alimentaria el procesado adeuda \$12.800.000, aunque reconoce que efectuó abonos parciales y que revisados los extractos de Coomuldesa desde el 2013 a la fecha abonó \$2.150.000. Que de enero del 2009 hasta el 2012 no existe constancia de ningún aporte.

Que formuló otra denuncia el 7 de enero de 2015 porque el obligado se sustrajo al cumplimiento de la obligación desde el 2009 hasta el 2015, adeudando \$12.840.000.

Reconoció unos abonos del 26/10 de 2014 por \$100.000; recibió tres vestidos el 12/03 de 2015; las consignaciones de coomuldesa que aparecen en los extractos y un recibo por concepto de útiles escolares que seguramente recibió la niña. Un recibo del 23/12/2012 por \$100.000; otro del 12/05/2012 por \$100.000. El recibo del 26/03 de 2012 por \$60.000. Otro del 13/04/2012 por \$100.000. El del 9/05/2012 por \$100.000; el del 22/08/2012 por \$100.000; el del 5/09/2012 por \$120.000. Del 25/2/2012 por útiles escolares por \$69.600; por un pantalón sudadera, camiseta uniforme, camisa, medias y bicicleteros por \$70.000 del 28/01/2012; del

24-10-2012 por \$230.000; del 12/07/2012 por \$100.000; una maleta, una carpeta y un cuaderno por \$21.000 del 4/02/2012; otro del 28/01/2012 por \$4.000; del 16/11/2014; del 12/11/2014 y otros recibos que puntualizó. Del 13/06/2014 de Villanueva Casanare, súper giros por \$152.000; otro por \$100.000 del 30/02/2014; otro del 27/01/2014 de Servientrega; por \$150.000 del 23/02/2014; la carta de propiedad de una bicicleta por \$154.000 del 5 de septiembre de 2009; del 15/04/09 por \$120.000; medidas para el colegio por \$38.000 del 3 de febrero de 2009; del 21/09/2009 por \$180.000; del 13/06/2009 por \$120.000; del 13/07/2013 por \$100.000; otro recibo del 10/11/2013 por \$200.000; del 2/10/2013 por \$100.000; del 26/01/2013 por \$200.000; libros y textos matemáticos por \$72.000 el 11/3/2013.

En el directo señaló que del 2010 al 2012 no recibió ningún pago porque no existen recibos de estas fechas, pero en el contra redirecto aclaró que aunque existen recibos de esos años no son de dinero en efectivo sino de útiles escolares. Se le preguntó por qué aparece del 13/06/2009 un recibo por \$120.000 por concepto de alimentos y dijo que sería el único existente. Además se le hace ver que existe otro recibo del 21/09/2009 en que consta que recibió \$180.000 y otro por \$120.000 del 15/04/09, contestando que si existen no los niega. Aclaró que el día del bautismo realizado el 26 de octubre de 2014, el procesado le entregó \$100.000 a la niña. Además en el curso de la audiencia el procesado entregó \$700.000.00

Stella Martínez Sotelo, hermana de la denunciante, señaló que el procesado no ha cumplido adecuadamente con las cuotas alimentarias, porque aunque sí las ha proporcionado, no suministra lo suficiente como pide la mamá. Que ha entregado mudas de ropa y plata.

Fernando Medina Gómez, investigador de la defensoría del pueblo regional Casanare señaló que Luis Enrique Esquivel Rodríguez le suministró 38 recibos de pago por \$5'790.100, aproximadamente, porque unos recibos no eran nítidos. Que le presentó fotocopias de los recibos de pago y en el informe manifiesta que sumados arrojan \$5.790.100, cifra aproximada toda vez que algunos recibos no eran nítidos y no podía leerlos totalmente.

El procesado Luis Enrique Esquivel Rodríguez admitió haber realizado pagos adicionales a los que figuran en el expediente y por ello se incorporaron recibos por \$100.000.00 del 13 de junio de 2017 consignado en Coomuldesa a la cuanta de su menor hija; por \$200.000.00 del 7 de abril de 2017 también depositado en Coomuldesa y por \$700.000.00 del 20 de febrero de 2017.

Resulta irrefutable que en el juicio oral se demostró que el procesado realizó aproximadamente cuatro abonos en el 2009; 13 en el 2012; cinco en el 2013; siete en el 2014 a más de la entrega de dinero el día del bautismo de M.J.E.M.; y un abono en el 2015 a más de la entrega de dinero en efectivo realizada en el curso de la audiencia. Eso significa que los únicos años en los que no aparece demostrada la realización de abonos parciales es en el 2010 y en el 2011. Sin embargo por esos años la fiscalía no determinó la cuantía de los ingresos que el procesado percibió como carpintero, lo que significa que no se demostró que estando en condiciones de suministrar los alimentos a su menor hija, intencionalmente se hubiera apartado del cumplimiento de ese deber. Dicho de otra manera la Sala advierte que el procesado cumplió parcialmente con la obligación, aunque no se demostró que hubiera podido realizarla de manera integral o completa, porque se repite no se cuantificaron los recursos que devengaba.

6.- Capacidad Laboral y económica del procesado Luis Enrique Esquivel Rodríguez.

El investigador de la SIJIN Oscar Álvaro Jiménez Sánchez señala que cuando el indiciado acudió al despacho, refirió en las diligencias practicadas que devengaba \$800.000 de salario como carpintero en Villa de Leyva y Villanueva, Casanare. Que el señor Jacobo Rodríguez le expidió certificación laboral en la que consta que el procesado laboró para él como carpintero desde 13 de abril de 2012 hasta el 30 de abril de 2013, fecha de expedición de la constancia, con una asignación mensual de \$700.000.

A Yeni Marcela Martínez Sotelo le consta que cuando Luis Enrique Esquivel Rodríguez vivió en Villa de Leyva siempre trabajó en carpintería, aunque no tiene presente hasta cuando, como lo hace ahora donde vive. Dice que él trabajó con el tío Jacobo Rodríguez, Javier López y Hugo Pardo, pero ignora cuánto devengaba.

La hermana de la denunciante Stella Martínez Sotelo dice que el procesado cuando vivió en Villa de Leyva trabajó en la carpintería del tío Jacobo en el barrio Los Olivos, pero que de los últimos cinco años no puede dar constancia porque se fue. Preciso que desconocía los ingresos que percibía en la carpintería.

El investigador de la defensoría del pueblo regional Casanare Fernando Medina Gómez, ubicó a Luis Enrique Esquivel y en entrevista le manifestó que adeudaba algunas sumas de dinero por concepto de cuotas de alimentos de su menor hija, que no había podido cancelar porque el trabajo de ayudante de carpintería no era permanente, pues solo lo llamaban cuando había trabajo.

En la oficina de instrumentos públicos le informaron que Luis Enrique Esquivel Rodríguez no posee bienes en jurisdicción de la regional Casanare. Además aparece activo en Cafésalud EPS, régimen contributivo, como cotizante, con fecha de afiliación 01-12-2015. Con la oficina de tránsito de Villanueva acreditó la ausencia de registros automotores a su nombre y al consultar el registro Único Nacional de Tránsito –RUT- tampoco aparece con automotores registrados en esa entidad. La Cámara de Comercio y la Alcaldía de Villanueva le informaron que el procesado no aparece registrado como miembro de la Cámara de Comercio y no posee registro mercantil. En la Cámara de Comercio Regional Casanare tampoco posee registro mercantil.

En el contrainterrogatorio dijo que Esquivel Rodríguez le informó que trabajaba con Samuel Barón; le proporcionó el número telefónico y corroboró que laboraba en su carpintería, siendo contratado única y exclusivamente cuando había trabajo, es decir de septiembre a noviembre de 2016.

Leidy Viviana Perilla Linares en el contrainterrogatorio dijo que su compañero permanente Luis Enrique Esquivel Rodríguez trabaja en carpintería con Samuel Varón y que laboró en otro taller, porque como no tiene trabajo fijo labora donde lo llaman. Desconoce cuánto gana su esposo, pero los gastos familiares mensualmente ascienden como a \$800.000.00, que cubre en su totalidad Esquivel Rodríguez.

Previo al análisis probatorio sobre este hecho relevante, es importante señalar que la fiscalía le formuló cargos al procesado por el delito de inasistencia alimentaria desde enero inclusive de 2009 hasta el 29 septiembre 2015, cuando fue realizada la audiencia imputación de cargos.

Todos los declarantes, entre los que se encuentra la madre de la menor víctima Sra. Yeni Marcela Martínez Sotelo y su hermana Stella Martínez Sotelo, señalan que el procesado siempre laboró en carpintería durante el tiempo que vivió en Villa de Leyva y que igual labor desempeña en Villanueva, Casanare. El investigador Oscar Álvaro Jiménez Sánchez parcialmente corrobora este hecho cuando señala que el procesado le refirió que devengaba \$800.000 como producto de su actividad como carpintero en Villa de Leyva y Villanueva Casanare y que el señor Jacobo Rodríguez le expidió una certificación en la que hizo constar que se desempeñó como carpintero desde el 13 de abril de 2012 hasta el 30 abril 2013 cuando le expidió esa documental, con una asignación mensual de \$700.000. La Sala afirma la demostración parcial del aserto del investigador, porque el procesado no declaró sobre estos aspectos en el juicio oral y sólo se cuantificó la actividad laboral por el lapso de la certificación expedida por el señor Jacobo Rodríguez.

De otra parte el investigador de la defensoría señor Fernando Medina Gómez señaló que el procesado, como se lo informó el señor Samuel Varón, trabajó de septiembre a noviembre de 2016, dicho irrelevante en razón a que los cargos fueron formulados hasta el 29 septiembre 2015. Adicionalmente se estableció que el procesado no posee bienes de fortuna ni registro mercantil.

Eso significa que dentro del expediente se probó plenamente que el procesado se desempeñaba como carpintero. Sin embargo sólo se cuantificó la cuantía de los ingresos desde el 13 de abril de 2012 hasta el 30 abril 2013, mediante la certificación expedida por Jacobo Rodríguez. En los restantes lapsos imputados, refulge evidente que la fiscalía no cuantificó la suma devengada por el procesado y por tanto su capacidad

económica para responder con las obligaciones alimentarias para con su menor hija M.J.E.M.

7.- Impugnación de la paternidad y reconocimiento de la menor M.J.E.M. por parte del hoy procesado Luis Enrique Esquivel Rodríguez.

Yeni Marcela Martínez Sotelo dice que conoció a Luis Enrique Esquivel Rodríguez por una hermana y tuvo con él una hija que para la época de la declaración tenía 13 años. Como la testigo no deseaba que el procesado la reconociera, él impugnó la paternidad y la reconoció desde cuando tenía tres años.

En el contrainterrogatorio formulado por la defensa señaló que inicialmente a su hija menor la reconoció el papá de su hija mayor y que por esa razón la paternidad fue impugnada por el procesado Luis Enrique Esquivel Rodríguez.

Es evidente que el hoy procesado Luis Enrique Esquivel Rodríguez, según lo informa la madre de M.J.E.M. Sra. Yeni Marcela Martínez Sotelo, fue quien propició la declaratoria de paternidad de la infante, impugnando la que fraudulentamente realizó el nuevo compañero de la denunciante de la menor víctima. Eso significa que, con independencia de las motivaciones que lo determinaron a asumir ese comportamiento, fue el procesado Esquivel Rodríguez quien obtuvo el reconocimiento de la paternidad de M.J.E.M. y por tanto el que desde un principio consciente y voluntariamente quiso asumir las cargas derivadas de ese hecho.

8.- Existencia de otras obligaciones a cargo de Luis Enrique Esquivel Rodríguez.

El investigador de la defensoría del pueblo Fernando Medina Gómez, dice que estableció que el procesado le paga arriendo a María Elena Linares por \$300.000 y gasta según recibos aportados para salud en Cafésalud EPS \$96.000. Además que los gastos de alimentación de él, su esposa y su menor hija, ascienden a \$350.000.

Que la jefe de cartera de AMANECER, entidad crediticia, le informó que Luis Enrique Esquivel Rodríguez es deudor principal de un crédito por \$1.500.000 y que a 30 de noviembre de 2016 tiene un saldo pendiente de \$1.290.000.

Leidy Viviana Perilla Linares dice que desde hace tres años convive con Luis Enrique Esquivel Rodríguez y que él sostiene económicamente el hogar; que viven en arriendo y pagan \$300.000.00, más recibos, respondiendo por su manutención, gastos familiares, servicios y por los gastos de la niña.

Se probó que el procesado inició la convivencia con Leidy Viviana Perilla Linares a principios del 2014 y que producto de esa relación nació una menor. Se demostró plenamente la constitución de esa nueva familia y por tanto las obligaciones derivadas para su mantenimiento y subsistencia, que integralmente cubre el procesado, porque es quien suministra total y exclusivamente los gastos de manutención que incluyen obviamente los propios, los de su actual señora y de su hija. Por esa razón es explicable que durante el 2015 aparezca sólo un abono parcial, debido a esas nuevas obligaciones que con seguridad le dificultaron el cumplimiento de su obligación alimentaria.

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 en razón a que no fue cuantificada sino por un lapso muy breve y de contera no se pudo establecer si el incumplimiento fue injustificado como antes se analizó por la Sala. Pero además se probó que el procesado cumplió parcialmente con el suministro de la cuota alimentaria y que fue él quien demandó el reconocimiento de la paternidad, obviamente para asumir las cargas que de dicha declaración se derivaban.

Refulge entonces ausente de demostración la plena capacidad económica del procesado no obstante que se probó la realización de actividad laboral, pues la cuantificación de los ingresos no fue establecida plenamente, presupuesto para que la Sala pudiera concluir que se separó del cumplimiento de la obligación alimentaria de manera libre y voluntaria.

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.

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

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 Luis Enrique Esquivel Rodríguez para con su hija 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 ha cumplido parcialmente con la obligación alimentaria, la fiscalía no probó que tuviera la suficiente capacidad económica para satisfacerla plenamente y por ende si la sustracción al cumplimiento total 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:

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

El verbo "sustraer", que constituye el núcleo de la conducta punible, expresa la idea de separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir ésta. Es una conducta activa, maliciosa, claramente regulada, de modo que deja de incriminarse cuando ocurren descuidos involuntarios o cuando se presentan inconvenientes de los que pueden incluirse dentro de las justas causas.

Se entiende por justa causa todo acontecimiento previsto en la ley, o existente fuera de ella, que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente, y cuya realización desintegra el tipo penal.

También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compromisos a pesar de que no quiere actuar de esa manera.

La justicia de la causa es determinación razonable, explicable, aceptable y hace desaparecer la incriminación, cualquiera fuera su origen o la oportunidad de su ocurrencia (Sentencia T-502 del 21 de agosto de 1992).

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 plena capacidad económica del procesado y por tanto si se sustrajo injustificadamente al cumplimiento de sus obligaciones, circunstancia que conlleva concluir que la fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia con la que está amparado el procesado.

Ahora bien, en materia penal no se puede aplicar la presunción del art. 129 del Código de la Infancia y Adolescencia 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 precedentemente citado 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.

Pero esa presunción de ninguna forma sirve para establecer responsabilidad penal, como mal se plantea por la Fiscalía, pues para ello es indispensable que se pruebe la verdadera capacidad económica del procesado y una vez

establecida, que se demuestre también 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 penal, como garantía de que no podrá ser condenado si no se ha desvirtuado

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

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. (...)”.

Como lo advirtió la Sala en el análisis probatorio realizado precedentemente, la fiscalía no probó la plena capacidad económica del procesado y por consiguiente si el incumplimiento fue injustificado, por lo que los motivos de impugnación están llamados a prosperar.

Como se advirtió precedentemente, la carga de la prueba está en cabeza del ente acusador y a esa parte compelia probar la plena capacidad económica del procesado y ausente de demostración ese nuclear aspecto, es dable concluir que no probó el ingrediente típico del delito 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 revocar la providencia impugnada para absolver al procesado de los cargos imputados y por los que se tuvo que responder en juicio criminal. En consecuencia, los motivos de impugnación prosperan.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia impugnada, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO.- En su lugar se ABSUELVE a Luis Enrique Esquivel Rodríguez de los cargos que le fueron formulados en razón de la presente causa.

TERCERO.- 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