

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá DC., veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I. ASUNTO

Anunciado el sentido de fallo se procede a proferir sentencia condenatoria contra **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI**, acusado por el delito de inasistencia alimentaria.

II. HECHOS

El señor **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI** se ha sustraído sin justa causa de la obligación alimentaria que tiene para con su hija menor de edad VMH¹ desde el 15 de junio de 2010 hasta el 19 de febrero de 2020, fecha en la que se corrió traslado del escrito de acusación.

III. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

El acusado **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI** se identifica con la cédula de ciudadanía número 79.966.618 expedida en Bogotá D.C., es hijo de Armando Méndez Rojas y Luz Marina Bucheli, nació el 5 de mayo de 1978 en Bogotá, cuenta con 1.72 metros de estatura, color de piel trigueña, contextura media y sin limitaciones físicas visibles.

IV. ANTECEDENTES PROCESALES

El 19 de febrero de 2020, se corrió traslado del escrito de acusación a **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI** por la conducta punible de

¹ Se omite el nombre de la menor de edad víctima por disposición de la Ley 1098 de 2006.

inasistencia alimentaria prevista en el artículo 233 inciso 2º del Código Penal (en adelante C.P.), cargo que no fue aceptado por el acusado. La audiencia concentrada se realizó el 15 de septiembre de 2020 y el juicio oral se llevó a cabo en sesiones del 22 de octubre de 2020 y 9 de febrero de 2021, fecha en la cual se anunció sentido de fallo de carácter condenatorio y se surtió el trámite previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal (en adelante C.P.P.).

V. TEORÍA DEL CASO

5.1. De la Fiscalía

La delegada de la Fiscalía señaló que con los testimonios de Carmen Liliana Hernández Garzón, representante legal de la menor de edad víctima, su cuñada y madre, y demás elementos materiales probatorios que incorporaría en la audiencia de juicio oral, demostraría más allá de toda duda que **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI** es responsable del delito de inasistencia alimentaria respecto de sus obligaciones incumplidas desde el 15 de junio de 2010 para con su hija VMH. Por lo que, al finalizar el debate probatorio, solicitaría una sentencia de carácter condenatoria en su contra.

5.2. De la defensa

La defensa, por su parte, se abstuvo de presentar su teoría del caso.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. De la Fiscalía

La delegada manifestó que cumplió lo prometido al inicio del juicio oral y se demostró la responsabilidad de **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI**, a título de autor responsable del delito de inasistencia alimentaria para con su hija menor de edad VMH, por la sustracción a la

obligación alimentaria que tenía sobre esta, en el periodo comprendido entre el 15 de junio de 2010 hasta el 19 de febrero de 2020.

Señaló que durante el juicio oral se escuchó a Carmen Liliana Hernández, madre de la víctima, quien narró de manera clara y concisa la forma en que el procesado ha evadido su responsabilidad como padre de una niña que ha sufrido graves padecimientos de salud que han requerido el pago de sumas exorbitantes para el cuidado de estos y para la manutención que ésta requiere con ocasión a su diagnóstico, sumas que han sido prácticamente asumidas en su totalidad por la madre; esto pues si bien reconoce que recibió recursos de parte del padre de su hija, tal suma no supera los \$400.000 pesos.

Indica que el anterior relato, se vio respaldado por el dicho de María Eugenia Rueda Ávila, cuñada de la denunciante y de Carmen Rosa Hernández, madre de la denunciante; quienes recalcaron los graves quebrantos de salud que ha sufrido la menor de edad en transcurso de su vida, los esfuerzos y el trabajo que esto le ha significado a la madre de ésta, quien ha tenido que asumir esta penosa obligación completamente sola, ante la falta de interés del aquí procesado.

Ahora, con relación a la suficiencia económica del procesado, asistió la investigadora Yolima Luna Ortiz, con quien se incorporaron documentos que prueban que el procesado es propietario de una motocicleta y que tiene dos cuentas de ahorro activas con recursos con los que hubiera podido atender la obligación alimentaria, que fue tasada apenas en la suma de \$50.000 pesos mensuales. De igual forma indicó, que se comprobó que el procesado ha trabajado de forma esporádica recibiendo así recursos, con los que pudo aportar una parte de estos para apoyar a su hija menor de edad.

Agregó que fue el mismo procesado, quien reconoció que adeuda dineros por concepto de alimentos en favor de su hija; que los recibos o comprobantes de pago referidos en el testimonio de este, no comprobaron de forma alguna, que estos fueran aportes dados a la víctima; tampoco es

posible tener en cuenta lo señalado por el abuelo paterno de la víctima, quien refirió que lleva 3 años pagando la cuota alimentaria, la cual le es descontada de manera automática con ocasión de embargo producto de una orden judicial, debido a que no se incorporó ningún elemento material probatorio que diera fe de aquello.

Finalmente, refirió que también quedó en evidencia la total falta de interés emocional y afectiva por parte del acusado para con su hija, pues no basta con visitas bimensuales como señaló el procesado para atender una obligación real afectiva que requiere una menor de edad.

En suma, quedó probada la inasistencia alimentaria acusada, y por todas las anteriores razones solicita una sentencia condenatoria en contra del procesado.

6.2. De la Apoderada de Víctimas

Señaló que, con las pruebas aportadas al juicio, se demostró la materialidad de los hechos y la responsabilidad del procesado, pues se probó la sustracción de la obligación alimentaria durante el periodo endilgado, acusado que desde el momento del nacimiento de su hija se desentendió de ésta y de paso de sus obligaciones como padre.

Resaltó que en el presente caso, se acreditó que la víctima es una persona de especial protección que requiere de atenciones que exceden la capacidad económica y física de la madre, quien debía contar con el apoyo del padre de su hija para asumir esta obligación; y el acusado demostró su indolencia respecto a la condición de su hija y adujo haber aportado sumas que no fueron debidamente acreditados en el juicio, y que en todo caso, resultan ínfimas respecto a las sumas exorbitantes que la señora Carmen Liliana ha tenido que costear.

De igual forma, puso de presente que se incorporaron elementos materiales probatorios que dan fe que el procesado pudo haberle colaborado a su hija de forma correspondiente a los ingresos que percibió

en los meses en que este reconoció haber trabajado; de igual forma, se observa que el hecho de que actualmente, sea el padre del procesado quien asume la obligación alimentaria, la cual tampoco fue probada por parte de la defensa, es un indicio directo de que Méndez Bucheli ha desatendido por completo con su obligación.

En esa dirección, coadyuvo la solicitud realizada por la delegada fiscal y deprecó una sentencia de carácter condenatoria en contra del acusado.

6.3. De la defensa

En su alegato conclusivo la defensa dirige el argumento a la inexistencia del delito por considerar que no hubo sustracción injustificada puesto que el acusado no contaba con capacidad económica. Considera la defensa que se demostró la falta de capacidad económica del acusado por cuanto este trabaja como *contratista* y no se demostró que recibiera recursos de manera constante; recalcando que esta incapacidad económica se refleja de forma clara con el hecho de que es su padre quien ha venido asumiendo esta obligación en su calidad de codeudor, ante la imposibilidad material que tenía el procesado de hacerlo.

En esa medida, solicitó tener en cuenta estas razones para proferir una sentencia acorde y justa de conformidad con lo debidamente probado.

VII. CONSIDERACIONES

Dispone el artículo 7º del C.P.P. que *“toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”*, de manera que, como precisa el inciso final de dicho precepto, *“para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”*.

El artículo 372 de la obra procedimental señala *que “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”*, de suerte que, si no se alcanza el grado de convencimiento exigido por la ley, la duda que se presente se resolverá a favor del acusado, y la sentencia que se profiera deberá ser absolutoria, fundada en las pruebas debatidas en el juicio.

Por su parte, el artículo 381 C.P.P., establece 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”*.

Con fundamento en las anteriores premisas, se realizará la valoración de cada uno de los medios probatorios que fueron practicados e incorporados dentro del juicio oral, y que determinaron el sentido del fallo condenatorio enunciado.

En la audiencia de juicio oral se incorporó en primer lugar, como soporte documental de las estipulaciones probatorias acordadas por fiscalía y defensa, el registro civil de nacimiento VMH nacida el 15 de julio de 2005, hija de Carmen Liliana Hernández Garzón y de LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI y, el documento que acredita la plena identidad del acusado. Con ello, se tuvo como un hecho cierto y probado el parentesco existente entre el acusado y su hija menor de edad.

Seguidamente se escuchó a Carmen Liliana Hernández Garzón, quien manifiesta que el acusado desatendió el acuerdo conciliatorio de alimentos celebrado el 15 de junio de 2010, motivo por el cual tuvo que interponer denuncia en su contra. Refirió que el procesado nunca ha atendido su obligación como padre y que solamente, en una ocasión en que su hija estuvo hospitalizada, debido a que esta sufre de una enfermedad huérfana, éste asumió el pago de la cuenta por este concepto, suma que no superaba los \$400.000 pesos.

En este punto indicó que, debido a la condición médica de su hija, ha tenido que asumir costos bastante altos por concepto de salud y educación de su hija, suma que asciende a los \$195.000.000 de pesos, que ha pagado con su salario y por medio de los préstamos y colaboración que ha recibido por parte de su familia. En ese sentido, agregó que ha sido ella quien ha asumido todos los gastos que la niña demanda a diario -alimentación, salud, vivienda y educación-, sumado a que ha existido un abandono afectivo y emocional absoluto por parte del procesado para con su hija. Concluyó que la suma que adeuda el procesado respecto a la manutención de su hija, se encuentra estimada en un aproximado de \$103.000.000 de pesos.

Manifestó que en su momento, realizó averiguaciones sobre la situación laboral del acusado, advirtiéndole que este ha trabajado como independiente, y que observó que el procesado se encontraba activo y presentaba calidad de cotizante en programas de la seguridad social, que permiten evidenciar que efectivamente ha trabajado.

En contrainterrogatorio, reiteró que el acta de alimentos que suscribió con el padre de su hija se realizó en el 2010, y que en esa oportunidad, éste se comprometió a pagar la suma de \$50.000 pesos mensuales, además de prestar colaboración respecto de los gastos que requería el sostenimiento de la menor de edad.

Seguidamente, se escuchó a la testigo María Eugenia Rueda Ávila, cuñada de la denunciante y a Carmen Rosa Garzón, abuela de la víctima y madre de la denunciante, quienes de manera de clara, coherente, concatenada, informaron respecto de la sustracción de la obligación alimentaria y afectiva por parte del acusado para con VMH y de cómo la madre con ayuda de la abuela, ha asumido en consecuencia la totalidad de la obligación alimentaria y del cuidado que esta ha requerido en atención a sus graves problemas de salud. En este sentido, la señora Carmen Rosa es vehemente en afirmar que la relación entre el padre y su nieta es nula, que la vio hace 12 o 13 años y que nunca le ha dado “ni un dulce”, ni una llamada ni siquiera en su cumpleaños, ni pese a todos sus problemas

médicos.

Posteriormente, compareció la investigadora de la Fiscalía Yolima Luna Ortiz quien refiere haber realizado diferentes consultas en bases de datos públicas a solicitud de la Fiscalía respecto del señor LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI. Con ella se incorporaron pruebas documentales tales como el certificado de tradición para entidad oficial de la SIM que dan fe de que este es propietario de una motocicleta de marca AKT y placas ENI75D. De igual forma, resultados de consulta de información comercial – CIFIN, con el cual se acredita que el procesado presenta activas dos cuentas de ahorro en estado *normal* con recursos en ellas.

Por solicitud de la defensa y habiendo renunciado a su derecho a guardar silencio, se practicó el testimonio de LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI, quien refiere que decidió renunciar a su derecho a guardar silencio, indicando que efectivamente, en el año 2010 suscribió acuerdo de pago mensual por un valor de \$50.000 pesos; que si bien no realizó las consignaciones mensuales, si realizó consignaciones de manera intermitente por valor de \$100.000 o \$200.000 pesos. También señaló, que no ha tenido un trabajo estable, y que se ha dedicado a trabajar en el área de la construcción mediante contratos de 2 o 3 meses. Informó que en el 2018, se reguló ante una autoridad judicial la cuota pactada y ésta se incrementó a \$300.000 pesos mensuales junto con el pago de la suma de \$500.000 pesos a entregar en los meses de junio y diciembre, señalando que esta suma está siendo pagada por su padre quien es su codeudor.

En contrainterrogatorio, señaló que el total de lo que ha pagado por concepto de alimentos se puede aproximar a una suma total de \$2.000.000 de pesos durante el periodo comprendido entre el año 2010 hasta el año 2017; de igual forma, procedió a dar lectura de algunos comprobantes de pago sobre los cuales no logró acreditar el beneficiario de esos gastos. Refirió que no es cierto como señala la denunciante, que nunca visitó a su hija, pues la veía a escondidas cada dos meses.

También asistió como testigo de la defensa, el señor Armando Méndez

Rojas, padre del acusado, quien refirió que actualmente presenta un embargo y se le está descontando del dinero que recibe por concepto de pensión, la suma de \$300.000 pesos con destino a la denunciante y a su nieta desde hace aproximadamente 3 años.

Siendo esta la prueba practicada e incorporada en juicio, respecto de la materialidad de la conducta de inasistencia alimentaria, esta se encuentra prevista en la ley penal dentro de los delitos contra la familia. El artículo 233 del C.P., la describe de la siguiente manera:

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

La pena será de prisión de 32 a 72 meses y multa de 20 a 37.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”.

Dicho tipo penal, pretende proteger el bien jurídico de la institución familiar, que se ve afectada por la omisión al deber de asistencia económica entre quienes la componen, pues tal sustracción, arriesga la subsistencia del beneficiario, por lo que para su estructuración, no sólo se requiere de la sustracción del sujeto activo, entendida como la omisión de la obligación de brindar alimentos que se deben por ley, sino además, que ésta no tenga una causa justa, es decir, no tenga motivo o razón que lo justifique, que sea infundada o inexcusable.

Además, es un delito de peligro, en cuanto no requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido; y, al mismo tiempo, se trata de una conducta que sólo puede ser sancionada a título de dolo, por tanto, requiere que el sujeto obligado conozca la existencia del deber y decida

incumplirlo². De otro lado, siendo la familia el núcleo esencial de la sociedad, es el bien jurídico protegido por la norma, por lo que se castiga a quien lo vulnera sin justa causa por el hecho de faltar a un deber legal que nace del vínculo de parentesco y por poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario.

Con el fin de analizar la materialidad de esta conducta, deben tenerse en cuenta sus elementos constitutivos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 46389 del 29 de abril de 2020 con ponencia del Honorable Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya indicó:

“La jurisprudencia de la Sala, por su parte, ha definido como elementos constitutivos de este ilícito, la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado, la sustracción total o parcial de la obligación, y la inexistencia de una justa causa, de modo que el incumplimiento de las obligaciones alimenticias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique.”

Frente al primer elemento, esto es la **existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado**, el vínculo que une a las partes en el presente proceso, y del cual surge la obligatoriedad de prestar alimentos, se encuentra acreditado con los documentos aportados al juicio oral como estipulaciones probatorias. De esta forma, se incorporaron por vía de estipulación y por tanto se tuvo como hecho cierto y probado respecto del cual no habría controversia, la plena identidad del acusado y el parentesco de este con su hija menor de edad VMH, a través de su registro civil de nacimiento, documentos que se incorporaron como pruebas número 1 y 2. De estos se desprende con claridad y sin lugar a duda alguna, que VMH nació el 15 de junio de 2005 y es hija de Carmen Liliana Hernández Garzón y de LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI que corresponde al acusado.

² Sentencia del 23 de marzo de 2006, radicado No. 21161. M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

Así mismo, los alimentos son una prestación a favor de ciertas personas que la ley impone a los padres, a los hijos, y al cónyuge en ciertos casos. De acuerdo con el artículo 411 del Código Civil se deben alimentos, entre otros, a los hijos ya sean matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Así entonces, el procesado se encuentra legalmente obligado a brindarle alimentos a su descendiente quien cuenta con la facultad para reclamarlos o recibirlos, por lo que resulta indiscutible que el primer elemento referido a la existencia del vínculo y de la obligación alimentaria se satisface. Igualmente, el testimonio de la madre del niño fue prueba de la cuota alimentaria pactada.

En cuanto al segundo elemento, es decir, la ***sustracción total o parcial de la obligación***, se encuentra este probado más allá de toda duda por cuanto la madre del niño afirmó de manera clara y sin dubitación como desde junio de 2010 no recibió aporte alguno del acusado para atender las necesidades de su hija, por lo que debió asumir el cien por ciento de los valores que corresponden a los gastos de educación, salud, vestuario, alimentos y recreación de VMH, contando solo con la ayuda en su cuidado de su madre, abuela de la niña. A esto se suma la ausencia total también del padre en sus deberes de acompañamiento, amor y protección para con su hija puesto que explica que el mismo no frecuenta a la menor de edad ni tiene con ella una relación de padre e hija; pese a las difíciles condiciones de salud y necesidades especiales de la adolescente que son conocidas por el procesado.

Este testimonio encontró plena corroboración en lo dicho por el señor LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI quien también indica que durante este periodo de aproximadamente 10 años de vida de su hija, solo la contribuido por mucho con la suma de 2 millones de pesos y que le ha realizado unas visitas “a escondidas”. Sin embargo, no estuvo en capacidad de demostrar dichos pagos pues si bien es cierto hizo referencia a unos recibos y documentos, los mismos no fueron incorporados en la audiencia de juicio oral y se pudo evidenciar ante el contrainterrogatorio, que los mismos ni siquiera hacían referencia o podían acreditar pagos a favor de su hija o su madre. Igualmente, si bien hizo referencia a que la abuela

materna firmaba recibos precisamente por los “problemas en fiscalía” estos tampoco fueron allegados ni se impugnó a dicha testigo con los mismos. De allí que no encuentra corroboración ni respaldo probatorio alguno los dichos del acusado como si los de la víctima tal y como se indicó.

En relación con visitas sin conocimiento de la madre a su hija menor de edad permitidas por su abuela materna, esto tampoco fue corroborado y por el contrario la abuela materna manifestó que ello no correspondía a la verdad y que su nieta ni siquiera recibe llamadas de su padre ni en fechas especiales, manifestaciones coherentes con lo manifestado por la testigo María Eugenia que comparte dicha residencia y tiene conocimiento directo de esta ausencia.

Finalmente, la sustracción al deber de suministrar alimentos se encuentra demostrada y corroborada con el testigo de la defensa Álvaro Méndez Rojas, puesto que fue debido a este incumplimiento de la obligación del señor LUIS FERNANDO, que resultó demandado y embargado el abuelo paterno. Frente a ello no resulta admisible el argumento según el cual dichos presuntos descuentos se pueden asumir como pagos efectuados por el procesado dado que correspondieron, si tuvieron lugar, a descuentos de nómina de otra persona que por ley se encuentra obligada a suministrar alimentos lo que no exime de responsabilidad ni de su obligación al acusado.

De todo lo cual se advierte con claridad que ha habido una sustracción del acusado de su obligación alimentaria para con su hija desde el 15 de junio de 2010 hasta el 19 de febrero de 2020, como fue objeto de la acusación.

En cuanto al tercer y último elemento del tipo consistente en la ***inexistencia de una justa causa***, es necesario demostrar que el alimentante se encuentre en una condición económica tal que le permita cumplir con su obligación. De esta forma, con la prueba practicada en el juicio oral, también se ha demostrado este requisito a cabalidad. Es claro que, durante el periodo de la sustracción ya demostrada, que LUIS

FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI, ha contado con ingresos de los cuales ha podido contribuir de manera proporcional con los gastos que genera suplir las necesidades mínimas, entre otras, alimentación, vestuario y educación de su hija menor de edad. Sin embargo, no ha procedido de tal manera y, por el contrario, lo que se advierte de su propio dicho es que ha contado en oportunidades con fuente de ingresos para el cumplimiento de su obligación.

Por esa vía, los planteamientos de la defensa distan por completo de eximirlo de la responsabilidad que le asiste a título de autor penalmente responsable del punible denunciado. En primer lugar, porque la prestación de alimentos debe ser permanente, situación que no se da en el presente caso, pues demostrado quedó que se ha despreocupado y desinteresado no sólo por el cumplimiento alimentario, sino por el desarrollo integral que la niña demanda a diario, así como por el afecto, cuidado, salud y educación a que tiene derecho.

En segundo término, porque fue el propio acusado quien reconoció que ha trabajado en el área de la construcción mediante contratos laborales de dos o tres meses, con lo cual se evidencia la falta de interés hacia su hija, pues pudo haberla apoyado económicamente al menos de manera parcial o de forma ajustada a sus ingresos, sumado a que se encontró acreditada la total falta de interés de este sobre aquella.

Al respecto se tiene que si bien se esgrime que ha sido su padre quien desde el año 2017 ha venido pagando la cuota alimentaria, tal situación lo único que denota es como ya se ha dicho, la total falta de interés de éste de velar porque su hija, quien ha padecido en transcurso de su vida de penosos padecimientos de salud, encuentre apoyo psicológico y afectivo de su padre, quien por el contrario, ha optado por asumir una posición de decidía y desapego hacia ella.

Todo lo anterior desvirtúa la incapacidad económica y la supuesta insuficiencia patrimonial de **MÉNDEZ BUCHELI**, como justa causa para legitimar su doloso proceder. Tanto más cuanto el escudo del abandono se

advierte justificado en un posible obstáculo de la denunciante para permitir el contacto con su descendiente, hecho que fuere controvertido por la madre de la denunciante y que aún de ser cierto, bien podía optar por senderos como, por ejemplo, el depósito de títulos judiciales, solicitud de regulación de visitas o de intervención de la autoridad competente, si es que de verdad quería tener alguna manifestación de apoyo para con su hija.

Finalmente, es claro que conforme a los certificados y documentos aportados, el acusado opto por saldar y cumplir con otras obligaciones financieras mas no con la de su hija tal y como se ha venido indicando. De esta forma, ninguna de las razones esgrimidas por el acusado y su defensa para justificar este incumplimiento resultan aceptables ni razonables puesto que lo que demuestran es la decisión del procesado de no ejercer sus deberes como padre, de alejarse en todo sentido de la vida de su hija desde su nacimiento.

Debe tenerse en cuenta que la prestación de alimentos debe ser permanente al igual que velar por el desarrollo integral de su hija, máxime cuando el acusado se encuentra en pleno uso de sus facultades físicas y no se halla probado que presente algún impedimento que le imposibilite cumplir con su deber de brindar alimentos y afecto a su hija. El comportamiento de **MÉNDEZ BUCHELI**, escapa a la duda respecto de su responsabilidad, pues en plenas capacidades normales y físicas, contando con una actividad laboral en el área de la construcción y con la propiedad de una motocicleta que pudo haber vendido para la obtención de recursos, de manera consciente y voluntaria desatendió las obligaciones alimentarias de su hija, es decir, se sustrajo y aún se sustrae, pues endilgó ésta responsabilidad a su padre, con quien presuntamente ya no tiene contacto por este motivo, demostrando el dolo en la conducta por la que fue convocado a juicio.

Tampoco es de recibo que las obligaciones de la niña –alimentos, salud, educación, recreación, vestuarios, etc.- sean suplidas únicamente por su progenitora, toda vez que no puede perderse de vista que las

mismas al amparo de la constitución y la ley son compartidas debido a la relación paterno filial que une al acusado con aquella y su progenitora encargada de su custodia.

De lo expuesto, se concluye que se encuentra acreditada más allá de toda duda razonable la existencia de la conducta, así como la responsabilidad del acusado en la misma. No existe dubitación alguna en torno a la responsabilidad en el comportamiento de **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI**, quien, contando con plenas capacidades normales y físicas, y con una actividad laboral, de manera consciente y voluntaria desatendió las obligaciones alimentarias de su hija, sin justa causa, demostrando el dolo en la conducta por la que fue convocado a juicio.

Por otra parte, y en lo que respecta a la afectación de los bienes jurídicos derivada de la conducta del acusado, la Corte Suprema de Justicia en la precitada sentencia 46389 del 29 de abril de 2019 ha indicado que:

“Sobre la naturaleza y relevancia jurídica del delito de inasistencia alimentaria, la Corte ha sostenido que constituye una grave violación a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya protección se halla prevista por instrumentos normativos tanto de carácter internacional como nacional (...)

Con relación al bien jurídico protegido, esta Corporación ha decantado que no se trata del patrimonio económico, pues lo que se sanciona no es la defraudación económica del capital ajeno, sino que pretende proteger a la familia – no solo como institución, sino que incluye los diferentes vínculos y relaciones entre sus miembros – puniendo la falta de cumplimiento total o parcial de los compromisos que emergen del vínculo de parentesco, por cuanto ello pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia.”

Al ser el bien jurídico tutelado la familia, debe tenerse en cuenta que el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, señala a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, y establece que:

“Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja...”

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

De dicho mandato superior, se concluye una primera consecuencia en relación con la familia, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el tipo penal de inasistencia alimentaria y es que los padres, tienen los mismos derechos y obligaciones y ambos deben sostener y educar a los hijos que libremente deciden procrear. Por ello, el auxilio, la protección, el amparo, la alimentación y la entrega de lo necesario para la manutención de los hijos, corresponde a los padres en igualdad de condiciones.

Igualmente, el artículo 44 de la Carta eleva a rango fundamental los derechos de los niños:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Significa lo anterior, que la protección, el amparo, la ayuda y la manutención de esa descendencia, corresponde en igualdad de condiciones y en forma solidaria a ambos padres, sin que pueda aceptarse que dicha responsabilidad sea asumida de manera exclusiva por uno de ellos.

Lo antijurídico del comportamiento que tanto formal como materialmente censura la justicia se concreta en poner en peligro el bien jurídico de la familia y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que no encuentra justificación frente a las causales de ausencia de responsabilidad contempladas en el artículo 32 del C.P. En consecuencia, no existiendo causal alguna de justificación o de inculpabilidad que exonere de responsabilidad al procesado, habrá de declarársele penalmente responsable, a título de autor, de la conducta punible de inasistencia alimentaria.

De esta forma, la conducta desplegada por **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI** además de típica, resulta antijurídica; toda vez que el acusado actuó de forma dolosa con la intención de agraviar la familia y los derechos de su hija menor de edad, dirigiendo su actuar de manera inequívoca hacía dicho resultado, vulnerando el bien jurídico tutelado sin que mediara para ello justa causa, siendo exigible para él un comportamiento diferente ajustado a derecho, lo que lo hace merecedor del juicio de reproche y de la consecuente imposición de una pena prevista por el legislador por la conducta típica, antijurídica y culpable, cometida por él. Por esa vía, la sentencia emerge condenatoria, tal como se anunció al término de la audiencia del juicio oral.

VIII. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

El delito de inasistencia alimentaria tipificado en el artículo 233 inciso 2º, del C.P. señala una pena mínima de 32 y una máxima de 72 meses de prisión y multa de 20 a 37.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo anterior, los cuartos de movilidad se discriminan de la siguiente manera:

Primer cuarto: 32 a 42 meses.

Segundo cuarto: 42 meses 1 día a 52 meses.

Tercer cuarto: 52 meses 1 día a 62 meses.

Cuarto cuarto: 62 meses 1 día a 72 meses.

En cuanto a la multa, se tiene que los respectivos cuartos quedan así:

Primer cuarto: 20 a 24.375 SMLMV

Segundo cuarto: 24.376 a 28.75 SMLMV

Tercer cuarto: 28.76 a 33.125 SMLMV

Cuarto cuarto: 33.126 a 37.5 SMLMV

Ahora bien, teniendo en cuenta que solo concurren circunstancias de menor punibilidad, esto es, que el procesado carece de antecedentes penales, la pena se ubicará dentro del primer cuarto. Así, considerando los aspectos a los que se refiere el artículo 61 del C.P. se impondrá la pena mínima de **TREINTA Y DOS (32) MESES DE PRISIÓN y MULTA DE VEINTE (20) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, como autor penalmente responsable de la conducta punible de inasistencia alimentaria. Para el pago de la multa se concede el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia y será en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Como pena accesoria, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 44 y 52 del C.P., se le impondrá al acusado la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

IX. MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

En cuanto a la suspensión condicional de la pena acorde con lo establecido en el numeral 6º del artículo 193 del Código de la Infancia y la

Adolescencia, en aquellos procesos en donde las víctimas del delito sean menores de edad, el juzgador se abstendrá de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, *“a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados”*.

No obstante, en el presente caso el sentenciado tiene satisfecho el elemento objetivo previsto en el artículo 63 del C.P., pues la pena por imponer no desborda el presupuesto objetivo exigido como requisito para su concesión, carece de antecedentes y el delito por el que fue acusado no se encuentra entre los taxativamente señalados en el artículo 68 A del C.P. Frente a ello, se acogerán los planteamientos expuestos por Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los radicados 49712 del 15 de noviembre de 2017 y 52059 del 13 de junio de 2018 y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del Honorable Magistrado Jorge Enrique Vallejo Jaramillo, dentro del radicado 20051092701, en donde se señala:

“...Ello, en criterio de la Sala, permite señalar la improcedencia de la aplicación aislada y escueta del numeral 6º del artículo 193 del Código de la Infancia y de la Adolescencia que estipula la prohibición expresa de aplicar el subrogado penal de la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad, cuando no esté demostrado que los menores hayan sido indemnizados, con mayor razón cuando se trata de la conducta punible de inasistencia alimentaria, pues es una realidad inocultable que si el procesado es privado de su libertad, simple y llanamente no tendrá oportunidad de desarrollar una actividad laboral o económica que le permita obtener los recursos para cumplir con su obligación alimentaria, y por tanto, tal determinación no consultaría con el interés superior del niño, porque amenazaría su mínimo vital o su subsistencia en condiciones de dignidad, y por ende, su desarrollo armónico e integral.

De aplicarse acríticamente la prohibición se incurriría en el contrasentido de generar un riesgo de abandono económico para las jóvenes, so pretexto de afirmar sus derechos prevalentes, pero solo formalmente; cuando, en cambio, se aprecia más eficaz la conminación de la eventual

revocatoria del subrogado para el procesado, cuando no satisfaga las obligaciones impuestas en la sentencia judicial.

En este sentido, es innegable que al menor de edad víctima del delito de inasistencia alimentaria le asisten los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación; sin embargo, es también indudable que en casos como el que aquí se analiza, donde el procesado sólo cuenta con un ingreso salarial mínimo para cumplir con la obligación alimentaria y pagar la indemnización de los perjuicios irrogados con su proceder, de negársele a éste la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, surgiría una evidente tensión entre el derecho de la víctima a la justicia, concretamente, en cuanto que se ejecute la sanción penal, y su derecho a la reparación, que incluye la indemnización de los daños y su derecho a la no repetición de la conducta punible. Al efecto es indispensable realizar un juicio de ponderación o de proporcionalidad por parte de la judicatura para establecer cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer.

Acorde con los postulados normativos acerca del interés superior del niño, prevalecerá el derecho a la reparación, máxime cuando ello está directamente ligado con su propia subsistencia en condiciones de dignidad, puesto que la privación de la libertad del alimentante omisivo le impediría cancelar la indemnización de los perjuicios y cumplir con su obligación alimentaria”.

Por otra parte, es oportuno indicar que también en sentencia del 5 de junio de 2009³, al pronunciarse sobre el mismo tema de la prohibición del artículo 193 numeral 6° de la Ley de Infancia y Adolescencia, la Sala Penal del referido Tribunal señaló:

“...se debe considerar que la suspensión condicional de la ejecución de la pena no implica beneficio exclusivo del condenado sino que también tiene finalidades relacionadas con las víctimas como hacer efectivos sus derechos y procurar la justicia restaurativa, por eso en el ordinal tercero del

³ Con ponencia del Magistrado Dr. Max Alejandro Flórez Rodríguez

artículo 65 de la Ley 599 de 2000 se consagra que el condenado debe comprometerse a reparar los daños ocasionados con el delito, fines que no podrían materializarse si la pena se hace efectiva en establecimiento penitenciario.”

Así, al constatarse que se cumplen los requisitos objetivos estipulados por el artículo 63 del C.P. y el hecho de que no se compadece con el interés superior del niño la aplicación de la prohibición contenida en el numeral 6º del artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, no resulta viable privar de la libertad al acusado, porque no sólo le impediría cancelar los perjuicios ocasionados a su menor hija sino también el pago de la multa. Por ello, se concederá a **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI**, la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de TREINTA Y DOS (32) MESES.

Para lo anterior, deberá constituir caución prendaria por un valor equivalente a (1) un salario mínimo legal mensual vigente a través de depósito judicial o mediante póliza de seguros a órdenes del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio, para lo cual se le otorga un plazo de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia y suscribir diligencia de compromiso con las obligaciones del artículo 65 del C.P., advirtiéndole que en caso de no aprovechar esta oportunidad, de persistir en su proceder delictivo o de incumplir las obligaciones señaladas, dará lugar a la revocatoria del beneficio otorgado, haciéndose efectivo el cumplimiento de la pena en establecimiento de reclusión.

Finalmente, se ordenará que el proceso permanezca por 30 días en el Centro de Servicios Judiciales para efectos de que la representante legal de la víctima o el defensor de familia, si así lo desean, inicien el proceso incidental conforme a lo previsto en el artículo 102 y siguientes del C.P.P. No obstante, se iniciará de oficio si aquéllos no lo hubiesen solicitado dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de acuerdo con lo señalado en el artículo 197 de la Ley 1098 de 2006.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

X. RESUELVE

PRIMERO: CONDENAR a **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI**, quien se identifica con cédula de ciudadanía número 79.966.618, a la pena principal de **TREINTA Y DOS (32) MESES DE PRISIÓN y MULTA DE VEINTE (20) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, como autor penalmente responsable de la conducta punible de inasistencia alimentaria. Para el pago de la multa, se concede un plazo de dos (2) meses a partir de la ejecutoria de la sentencia y en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO: CONDENAR a **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI** a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la pena principal que le fue impuesta.

TERCERO: CONCEDER a **LUIS FERNANDO MÉNDEZ BUCHELI**, el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en los términos y obligaciones establecidos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: COMUNICAR la sentencia a las autoridades mencionadas en el artículo 166 C.P.P. y al SIOPER de la Policía Nacional.

QUINTO: LIBRAR lo actuado al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, para lo de su competencia.

SÉXTO: DISPONER que el proceso permanezca por 30 días en el Centro de Servicios Judiciales para efectos de que la representante legal de la víctima o el defensor de familia, si así lo desean, inicien el proceso incidental conforme a lo previsto en el artículo 102 y siguientes del C.P.P.

No obstante, se iniciará de oficio si aquéllos no lo hubiesen solicitado dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de acuerdo con lo señalado en el artículo 197 de la Ley 1098 de 2006.

El presente fallo se notifica conforme a lo previsto en el artículo 545 del C.P.P y contra el mismo procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

CATALINA RIOS PENUELA

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 028 PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**e17de73c5a956ac36a95f422af0098e0c9753968d1701d588edf2bd
58d75232c**

Documento generado en 21/02/2021 04:58:53 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>