



SALA PENAL

Medellín, cinco (5) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO	ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO	INASISTENCIA ALIMENTARIA
TRÁMITE	PROCEDIMIENTO ABREVIADO
ASUNTO	APELACIÓN SENTENCIA
PROCEDENCIA	JUZGADO 37 PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del cuatro (04) de octubre de dos mil veintidós (2022), mediante Acta Nro. 038 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el defensor de confianza del procesado **ELKIN MARIO BUITRAGO**, en contra de la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal de Conocimiento de Medellín el 23 de junio de 2022 por el presunto delito de **INASISTENCIA ALIMENTARIA**.

2. HECHOS

El 1° de marzo de 1995 y el 6 de agosto de 1996 nacieron **JOHAN SEBASTIÁN BUITRAGO RESTREPO** y **YESSICA ELIANA BUITRAGO RESTREPO**, procreados por la señora **OFELIA DEL SOCORRO RESTREPO AMAYA** y el señor **ELKIN MARIO BUITRAGO**. Según denuncia formulada tanto por la señora Ofelia Restrepo como por la joven Yéssica Eliana, quien en el año 2014 cumplió los 18 años, el señor Elkin Mario se ha sustraído a la obligación de brindarle alimentos tanto a ella como a su hermano, y a pesar de continuar sus estudios luego de cumplir la mayoría de edad, tampoco contribuyó para ello, precisando que

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

dicha obligación alimentaria dejó de asumirla desde el mes de marzo de 2009 a la fecha de traslado del escrito de acusación.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 8 de octubre de 2019, atendiendo las normas que regulan el procedimiento abreviado, la Fiscalía corrió traslado del escrito de acusación al procesado y su defensor; en la misma fecha radicó el escrito ante los Juzgados Penales Municipales de Medellín, mismo que correspondió al Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal de Conocimiento, el cual, luego de varias solicitudes de aplazamiento por parte de la defensa, el 5 de marzo de 2020 llevó a cabo la audiencia concentrada de que trata el artículo 542 de la ley 906 de 2004. Se llevó a efecto el juicio oral en varias sesiones, el cual inició el 24 de marzo de 2022 y concluyó el proceso con la emisión de la sentencia condenatoria proferida el 23 de junio de 2022. Por no encontrarse conforme con la decisión, la defensa interpuso recurso de apelación.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La Dra. Ingri Johanna Jiménez Castro, titular del Juzgado 37 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, tras un breve recuento de los hechos y de la actuación procesal, así como de una narración sucinta de los testimonios rendidos en juicio oral, precisó que la defensa intentó demostrar tres situaciones: la primera de ellas, la existencia de otras dos hijas, lo que no eximía al procesado de su obligación alimentaria para con sus hijos mayores, pues según la legislación colombiana, todos los menores de edad son tratados en igualdad de condiciones frente a las obligaciones referentes a la paternidad.

La segunda situación, era la ocurrencia de un accidente al procesado que lo limitó para ejercer la capacidad de producción y en consecuencia, devengar ingresos como cualquier persona en toda su capacidad productiva, pero había que tener en cuenta que se pactó como estipulación probatoria el certificado de la empresa Colanta donde se especificaban períodos, salarios devengados y calidad de vinculación, por lo que de manera ininterrumpida el procesado continuaba recibiendo sus salarios y frutos en razón del empleo, siendo entonces su voluntad incumplir el deber de brindar alimentos a sus hijos pese a conocerlo, desplegando de manera dolosa la conducta omisiva.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Por último, frente a la presunta entrega de mercados a sus congéneres, señaló la A quo, no se acreditó que ello fuera cierto ya que no se aportaron recibos de compra, que clase de alimentos eran los entregados ni las fechas de los mismos, además que las víctimas afirmaron jamás haber recibido los mismos, de tal manera que las pruebas practicadas en juicio llevaban al convencimiento más allá de toda duda sobre la materialidad del delito de inasistencia alimentaria y la responsabilidad del procesado en la comisión de la misma, lo que motivó a anunciar sentido de fallo de carácter condenatorio.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 EL DEFENSOR

Inconforme con la decisión, el defensor del procesado, Dr. *Juan Carlos Urrea García* interpuso recurso de apelación en el que señaló que la Fiscalía General de la Nación no demostró más allá de toda duda la autoría de su prohijado en el delito de inasistencia alimentaria, pues siempre cumplió con la obligación de brindar alimentos, no directamente pero sí efectuaba mensualmente los pagos del crédito hipotecario del inmueble donde residieron las víctimas, recibiendo tanto éstas como su madre el arriendo del apartamento contiguo a la residencia de Elkin Mario.

Añadió que se omitió en la sentencia señalar que en su momento los menores no cumplían con la obligación de estudiar, como tampoco que para el año 2007 el procesado sufrió un accidente que lo llevó a tener una pérdida de capacidad laboral de más del 54.98% por la cual posteriormente quedó pensionado, razón por la cual no tuvo una fuente de ingreso extra para entregar a sus hijos así lo hubiese querido, ya que sólo por la hipoteca del apartamento se cancelaban \$600.000 mensuales y sólo devengaba un salario mínimo, recibiendo entre \$150.000 y \$250.000 como remanente del salario, por una propiedad que no había disfrutado. Acota que, pese al accidente sufrido, los hijos del procesado nunca se hicieron presentes para cualquier ayuda que requiriera, omitiendo el deber que tenían con él.

Señaló que no se tuvo en cuenta en la sentencia que el señor Elkin Mario es padre de otros dos menores de edad, hecho que quedó debidamente demostrado, como también que sí les allegaba a sus hijos mercado en especie tal como lo manifestó Marina Buitrago en su testimonio al señalar que compraba productos con su hermano en supermercados, incluso en Colanta donde laboraba. Así mismo, que se tuvieron en cuenta los derechos de los

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

menores, pero no los problemas de salud del señor Elkin Mario Buitrago como consecuencia del accidente ocurrido en el año 2007, pues se demostró pérdida de capacidad laboral del 54.98%, lo que lo llevó a un desequilibrio de la capacidad económica para dar alimentos directamente, ya que en forma indirecta aportaba más del 60% del salario que era descontado por Colanta y los únicos beneficiarios eran las víctimas en este proceso, habiendo una justa causa para no entregar más de lo que aportó.

Por último, acotó que para el año 2007 se adelantó una investigación en contra del procesado, saliendo absuelto de la misma precisamente porque a raíz del accidente no tenía capacidad económica porque estaba imposibilitado para trabajar y todas las deudas de la propiedad como impuestos y otros siempre fueron canceladas por su defendido, además de tener que sufragar medicinas, tratamientos y otros que no asumía la EPS.

En virtud de ello, solicita se revoque el fallo y en su lugar, se absuelva a su defendido de la condena impuesta en su contra y se absuelva de los cargos por los que fue acusado.

6. SUJETOS NO RECURRENTES

Pase a correrse el traslado a los sujetos no recurrentes, vencido el término legal, ninguno de ellos emitió pronunciamiento alguno, no siendo óbice para la emisión del fallo de segunda instancia correspondiente.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado 37 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín, despacho que profirió la providencia apelada.

Previo a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto, la Sala considera pertinente efectuar unas cuantas precisiones (i) configuración del delito de inasistencia alimentaria y ámbito de delimitación en el tiempo; ii) el bien jurídico protegido; y (iii) si la decisión condenatoria de primera instancia se encuentra ajustada a los cánones legales y constitucionales o si como afirma el apelante, no se demostró la responsabilidad del procesado en el delito por el cual se le formuló acusación.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

6.1. DE LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

Comencemos por señalar que el delito de inasistencia alimentaria por su naturaleza es de tracto sucesivo, de lesión, de mera conducta, permanente y pluri-ofensivo. Posee un verbo rector simple denominado “SUSTRAERSE” y un elemento normativo consistente en la expresión “SIN JUSTA CAUSA”, para cuya interpretación debemos remitirnos al artículo 411 del Código Civil que especifica las condiciones necesarias para que se genere una obligación alimentaria y además contiene las exclusiones pertinentes.

De acuerdo a esta estructura, la inasistencia alimentaria puede clasificarse atendiendo el bien jurídico, su ejecución, duración o su modo de afectación. Para lo que nos interesa examinaremos el delito desde la modalidad de ejecución, tenemos que este es permanente, lo que significa que su consumación se da en el momento en el que el sujeto activo legalmente obligado incumple la obligación alimentaria, la cual se mantiene en el tiempo en los términos en que se haya pactado la cuota, pues cada incumplimiento produce una nueva acción típica y con ello una nueva infracción a la legislación punitiva.

Lo anterior tiene efectos desde el punto de vista de la prescripción de la acción penal, lo que se ata a la caducidad de los cobros por lapsos vencidos. En ese entendido, la inasistencia alimentaria prescribe teniendo en cuenta el momento de exigibilidad de cada una de las cuotas cuyo pago se incumple, misma razón que explica la posibilidad de ejercer la acción penal por cada una de las cuotas adeudadas en forma sucesiva o fraccionada. Así mismo, como quiera que se trata de un delito de ejecución permanente, las obligaciones o cuotas causadas solo pueden exigirse hasta el momento en que se formula la imputación o para el caso del proceso abreviado, hasta que se da traslado del escrito de acusación, toda vez que a partir de ello se interrumpe la prescripción de la acción penal (parágrafo 1 artículo 536 CPP). De esta manera, si el delito continúa ejecutándose con posterioridad a ese hecho, será necesario iniciar una nueva investigación.

De cara a lo probado y como fue manifestado por la denunciante, se encuentra que el señor **ELKIN MARIO BUITRAGO** al parecer ha incumplido con la obligación alimentaria para con sus hijos **JOHAN SEBASTIÁN BUITRAGO RESTREPO** y **YESSICA ELIANA BUITRAGO RESTREPO** desde el año 2007 hasta el 8 de octubre de 2019, fecha en la que se dio traslado del escrito de acusación y por ende se interrumpió la prescripción de la acción

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

penal, siendo entonces este período el que deberá analizar la magistratura de cara al recurso.

6.2. DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y como tal está constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de una pareja de seres humanos de contraer matrimonio (unión marital de hecho, etc.), que tienen voluntad responsable de conformarla. Frente a esa pareja el Estado y la sociedad tienen la obligación de garantizar la protección integral de la familia.

Sobre la familia ha dicho la jurisprudencia: *“Del mandato superior, entonces, dimana una primera consecuencia en relación con la familia, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el tipo penal de inasistencia alimentaria: los integrantes de la pareja que deciden conformar una familia tienen los mismos derechos y obligaciones y ambos deben sostener y educar a los hijos que libremente decidan procrear.*

Se desprende de lo anterior que el sostenimiento -el auxilio, la protección, el amparo, la alimentación, la entrega de lo necesario para la manutención- de la prole corresponde a los padres en igualdad de condiciones. La efectividad de esa tarea comprende, además, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación, la cultura y la recreación, entre otros aspectos que garantizan el desarrollo armónico e integral de los infantes y los adolescentes. Estos elementos, en términos del artículo 44 de la Carta Política, se erigen en derechos fundamentales de los menores, mandato éste que es reiterado por el artículo 3° de la Ley 294 de 1996”¹.

Por su parte, la Corte Constitucional enseña que:

“La familia es el núcleo humano que acoge al niño desde su nacimiento, le prodiga cuidados y protección, le facilita la adecuada y oportuna evolución de sus caracteres físicos, morales y síquicos, estructura paulatinamente su personalidad, moldea y orienta sus más diversas inclinaciones y preferencias, forja su personalidad, al menos en las fases iniciales, y le ofrece permanente e integral amparo para sus derechos”².

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado 21023.

² Corte Constitucional, sentencia T- 572/10.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Entre los deberes que tienen los miembros de la familia se encuentra el de aportar alimentos. Sobre el particular ha señalado la Corte Constitucional que el derecho de alimentos encuentra fundamento, por lo general, en el deber de solidaridad que se debe a los miembros del núcleo familiar, ya sea por razones de parentesco, matrimonio o unión marital de hecho, y de manera excepcional, por razones de equidad, en el evento en que el donante puede exigirlos al donatario, cuando se ha desprendido de suma cuantiosa de sus bienes a favor de este último.

En este sentido, la Corte ha dicho:

“En efecto, por regla general el derecho de alimentos se deriva del parentesco, y comprende no sólo el sustento diario, sino también el vestido, la habitación, la educación y la recreación en el caso de los menores de edad. De este modo, la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, aunque también puede provenir de una donación entre vivos, tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil. Por esta razón, se ha señalado que ‘dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo a razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria³.

Igualmente, la jurisprudencia ha explicado que la obligación alimentaria se fundamenta en la Constitución Política, especialmente en cuanto respecta a los niños (art. 44 C.P.), a las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), al cónyuge o compañero permanente (art. 42 C.P.)^[4], y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.)⁴, por los efectos normativos directos que tienen los preceptos del estatuto superior.

Se puede decir entonces que la obligación alimentaria recae sobre aquella persona que se encuentra posibilitada económicamente ante sus descendientes y ascendientes que no tienen esa misma capacidad, con el fin de que tengan una mejor calidad de vida; esa obligación es recíproca entre los cónyuges, compañeros, padres e hijos. Lo anterior, por cuanto el legislador ha querido proteger esta obligación no solo a través de las normas de

³ Corte Constitucional, sentencia C-919/01.

⁴ Cfr. C-657/97.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

carácter civil sino también con preceptos imperativos de carácter penal, como ocurre con la consagración de la siguiente conducta típica:

ARTICULO 233. INASISTENCIA ALIMENTARIA. (Modificado por el artículo 1 de la Ley 1181 de 2007): 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 dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de 13.33 a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

El referido delito hace parte del Título VI del Código Penal, que consagra los "Delitos contra la familia" y busca hacer efectivo el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios, de donde se tiene que el bien jurídico que protege la norma es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por "**faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario**"⁵.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C-919/01 consideró que no cualquier persona está en la obligación de cumplir el deber alimentario, sino que se deben reunir tres requisitos fundamentales para que se configure la eventual inasistencia:

- (i). *Estado de necesidad del alimentario.*
- (ii). *Capacidad económica del alimentante.*
- (iii). *Vínculo jurídico de causalidad: relación familiar y otras que autorice la ley y que su naturaleza lo permita.*

Lo expuesto en precedencia fue reiterado por la Corte Constitucional al explicar lo siguiente: "*el derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en*

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 21023 del 19 de enero de 2006.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos, y tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia. Así, la obligación alimentaria se establece sobre tres condiciones fundamentales: i) la necesidad del beneficiario; ii) la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia y, iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas”⁶.

Corolario de lo expuesto, es importante para el desarrollo del tipo penal tener en cuenta dos elementos fundamentales: i) que el sujeto activo cuente con los medios adecuados o la solvencia económica con la cual pueda responder a la obligación exigida; y ii) que el sujeto pasivo del delito presente un estado de necesidad que lo haga requerir de esos alimentos, porque de lo contrario, es decir, de poseer los medios económicos para su subsistencia no tendría legitimación para reclamarlos por vía penal. En otras palabras, lo que se busca con el delito de inasistencia alimentaria, esto es, su naturaleza político-criminal, es un juicio respecto de aquella persona que, contando con los medios necesarios, en forma dolosa -con conocimiento y voluntad-, se sustrae de esa obligación. El precepto imperativo busca motivar a los sujetos para que cumplan con su deber legal.

6.3. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO

Tal como se dijo al inicio y conforme los argumentos presentados por el recurrente, debe señalarse que no existe discusión alguna en punto al vínculo de consanguinidad entre el señor **ELKIN MARIO BUITRAGO** y las víctimas, como quiera que este hecho fue dado por probado mediante estipulación número 2 suscrita entre las partes, en la cual se acordó que **JOHAN SEBASTIÁN BUITRAGO RESTREPO** y **YESSICA ELIANA BUITRAGO RESTREPO** son hijos del procesado, conforme a los registros civiles de nacimiento con indicativo serial 21482299 y 4454679, ambos de la Notaría Segunda de Bello, Antioquia.

Tampoco existe controversia respecto al estado de necesidad de los alimentarios, como quiera que se demostró que, durante una parte del período de incumplimiento, **JOHAN SEBASTIÁN BUITRAGO RESTREPO** y **YESSICA ELIANA BUITRAGO RESTREPO** eran menores de edad, en tanto el primero cumplió la mayoría de edad el 1° de marzo de 2013 y

⁶ Corte Constitucional C029/2009

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

la segunda el 6 de agosto de 2014, mientras que el incumplimiento a esa obligación alimentaria databa desde el año 2009. Ahora, de acuerdo a lo manifestado por la denunciante y una de las víctimas, la joven YESSICA ELIANA BUITRAGO RESTREPO, pese a haber cumplido la mayoría de edad en las fechas indicadas, continuaron estudiando por lo que persistía la obligación alimentaria para con los mismos.

El problema entonces se contrae a analizar lo relativo al elemento normativo “*sin justa causa*” contenido en el artículo 233 del Código Penal, pues tal y como expuso la *A quo*, la Fiscalía probó la capacidad económica del alimentante, con el certificado expedido por la empresa Colanta, en la que se indicó que el señor Elkin Mario Buitrago Ramírez laboró para esa empresa entre el 1° de junio de 1998 y el 5 de enero de 2018, siendo el motivo del retiro la renuncia por pensión de invalidez, hecho que no admitió controversia en tanto fue probado con la estipulación No. 5, debiendo tener en cuenta que la obligación de suministrar alimentos recae sobre aquella persona que se encuentra posibilitada económicamente ante sus descendientes y ascendientes que no tienen esa misma capacidad en aras de garantizarles una mejor calidad de vida.

Según nuestra Corte Constitucional, la expresión “sin justa causa” es considerada por un sector de la doctrina como un elemento superfluo, producto de una falta de técnica legislativa, que en nada altera o modifica la descripción de la conducta, dado que se refiere a la misma exigencia de la antijuridicidad; en tanto que para otro sector es un elemento normativo del tipo que le permite al juzgador eximir de responsabilidad a quien incurre en la conducta denominada “Inasistencia Alimentaria” con fundamento en causales legales o extra legales, distintas a las de justificación previstas en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 y que impiden al obligado, la satisfacción de su compromiso, a pesar de su voluntad.

Esta Sala se identifica con la segunda postura, por tanto, ante la presencia de una justa causa legal o extralegal, se desintegra el tipo penal, se torna atípica la conducta; sin embargo, cualquiera sea el criterio dogmático que se adopte, lo cierto es que la carencia de recursos económicos, impide la deducción de responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae a la obligación legal, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (Artículo 32 numeral 1° del Código Penal).

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Ahora bien, respecto de la “justa causa” que habla la norma, es bueno recordar lo dicho por el tratadista Luí Carlos Pérez:

“...se entiende por justa causa, todo acontecimiento prescrito 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, 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. Así pues, la palabra causa equivale a motivo, explicación o situación, y es justo no solo cuando está acorde con la norma escrita, sino también cuando se crea una determinación razonable, explicable y aceptable porque guarda armonía con los sentimientos y las necesidades humanas. La justa causa hace desaparecer la incriminante, cualquiera fuere su origen y la oportunidad de su ocurrencia”. (Derecho Penal, tomo 4º, edición 1985, pág. 349).

7. CASO CONCRETO

No existe discusión alguna en punto a la necesidad del alimentario, en tanto la declaración de la señora **OFELIA DEL SOCORRO RESTREPO AMAYA** da cuenta que es ella quien veló por la manutención de sus hijos en torno a gastos de alimentación, vestido, salud, educación, recreación, entre otros. Que nunca se llegó a un acuerdo para fijación de cuota alimentaria, porque se intentó en la Fiscalía, pero el señor Elkin Mario lo que quería era hacerle trampa, que desistiera de la denuncia para luego incumplir.

Señaló que era ella quien con lo poco que ganaba trabajando en una casa en confecciones, se sostenía con sus hijos, quienes vivían en condiciones muy precarias, al punto que cinco años después que el procesado les entregó la casa, que por demás estaba en muy mal estado, organizó la pieza de atrás para alquilarla y tener una entrada adicional. El arriendo era de \$150.000. Familiares y amigos a veces le ayudaban con uniformes, porque sus hijos, si tenían un uniforme no tenían el otro. Elkin Mario siempre fue un padre ausente, nunca les suministró alimentos a sus hijos, a lo sumo dos o tres veces, por lo que ella no siempre tenía para darles las tres comidas. Cuando tenían que irse en bus al colegio, no tenía muchas veces para los pasajes. Frente a la salud, los tuvo que afiliar al Sisben porque el papá los retiró de la seguridad social, y como la casa estaba tan fea, en varias oportunidades la llamó el procesado para decirle que iban a ir de la empresa a valorar la casa para hacerle mejoras con las cesantías, pero esas mejoras nunca se hicieron.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Con este testimonio queda claro que el señor Elkin Mario Buitrago se sustrajo a la obligación alimentaria que tenía para con sus hijos, pues no bastaba que simplemente proveyera un techo para vivir, que por demás estaba en regulares condiciones por no decir que precarias, sino que requerían ese acompañamiento constante no solo en la parte económica, sino también en la parte afectiva, pero nada de ello ocurrió, pues como lo dice la madre de las víctimas, siempre fue padre ausente.

Lo anterior, es corroborado por la joven **YESSICA ELIANA BUITRAGO RESTREPO**, víctima e hija del señor Elkin Mario Buitrago, quien precisó que su padre nunca vio por ella ni por su hermano, siempre estuvo ausente, nunca les dio nada, su madre fue quien los sacó adelante sola. Cuando su mamá trabajaba en confecciones, solo tenía para una comida al día, se las arreglaba para que comieran una vez al día; así mismo con los uniformes, si tenían uno, no contaban con el otro. Nunca tuvieron contacto con el papá, y pese a él conocer sus necesidades, nunca les dio nada, su hermano y ella tenían 9 y 8 años cuando él se fue y los dejó; al no tener los uniformes completos los devolvían del colegio, se rotaban la sudadera de educación física, y como la camiseta de su hermano le quedaba grande, una prima le prestaba la de ella, siendo su madre la que suplía todo lo de ellos, útiles, alimentación, a veces les daban cuadernos en la acción comunal, pero siempre fue la que estuvo pendiente de ellos.

Por su parte, **SARA ELENA YEPES MUÑOZ**, vecina de la denunciante, señaló que conocía a Ofelia Restrepo desde hacía 40 años al igual que a Elkin Mario Buitrago. Sabía que en el año 2005 él se fue de la casa, conocía que trabajaba en Colanta porque varias veces lo vio con el uniforme de la empresa, siendo la señora Ofelia quien se hizo cargo de todas las responsabilidades de sus hijos. Era ella quien le daba trabajo a Ofelia en confecciones puliendo y se podía ganar \$20.000 o \$30.000 por día. También sabía que los hijos de Ofelia suspendieron los estudios porque no tenían los recursos para seguir estudiando, transporte, uniformes, útiles y demás.

Ahora, con relación a la prueba de descargo, la señora **ADRIANA CECILIA RÚA**, en calidad de compañera permanente del acusado indicó que tienen en común dos hijas de 17 y 12 años. Cuando lo conoció le dijo que tenía dos hijos y que respondía por ellos, que les llevaba mercados y cosas así y les daba traídos como bicicletas y camas porque ella lo acompañó. Que él compró la casa en el 2004 para llevar a sus otros dos hijos porque no tenían donde

ASUNTO: Sentencia de 2º Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

vivir, la cual tenía un apartamento en la parte de atrás y con eso se ayudaban, ya que él llevaba comida porque los niños estaban pequeños. Que sufrió un accidente en el año 2007, lo atropelló un bus de transporte especial y por ello no pudo seguir trabajando, estuvo muy mal cinco o seis años y pese a ello sus hijos nunca estuvieron pendientes de él, siendo el sustento la ayuda de una hermana y un tío que le llevaban alimentos.

La señora **MARINA BUITRAGO**, hermana del procesado, señaló que éste tiene cuatro hijos, que le constaba que Elkin le llevaba a sus hijos mayores arroz, papas, lentejas, frijoles, de todo, porque ella lo acompañaba a llevarlos, pero no recuerda las veces que les dio estos mercados ni las fechas. Que la propiedad donde estos vivían era de él, tenía buena relación con Ofelia, pero dejó de hablarle cuando su hermano se accidentó.

Con base en la prueba testimonial practicada en juicio, no queda duda de la responsabilidad del señor Elkin Mario Buitrago en la comisión de la conducta que le fue endilgada y por la cual se acusó, que es el de inasistencia alimentaria. Tanto la excompañera permanente, señora Ofelia del Socorro Restrepo Amaya como la hija del procesado, Yéssica Eliana Buitrago Restrepo, fueron contestes, claras, concretas y coherentes en afirmar que efectivamente Elkin Mario Buitrago se sustrajo a la obligación de brindarles alimentos a sus hijos menores Yéssica Eliana y Johan Sebastián Buitrago Restrepo, pues afirmaron que fue la señora Ofelia la que siempre veló por la manutención de sus hijos. Laboraba en una casa en confecciones y con ello solventaba las necesidades básicas, aunque en ocasiones sólo podía darles para un alimento al día, no podía darles los uniformes completos, no le alcanzaba para los pajes para que sus hijos estudiaran, pues desde que el procesado los abandonó, siempre fue un padre ausente, nunca estuvo presente para siquiera ayudarles con su manutención dejando en cabeza de la madre toda la responsabilidad.

Se duele la defensa que su defendido haya sido condenado, pese a que no contaba con recursos económicos para brindar alimentos a sus hijos, teniendo en cuenta que en el año 2007 sufrió un accidente que le impedía laborar. No obstante, adquirió una vivienda que se las dio para que vivieran y no pagaran arriendo, la cual había sido adquirida con un crédito hipotecario del cual se le descontaba la suma de \$600.000, por lo que sólo le quedaban aproximadamente \$150.000 o \$200.000 para su subsistencia.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Frente a ello, hay que indicar que efectivamente se aportó un certificado de tradición y libertad identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 01N-87136 en el que funge como titular de dicho bien el señor Elkin Mario Buitrago, hecho que fue contenido en la estipulación No. 4. y al auscultar el mismo, se corrobora que cuenta con una hipoteca en favor de Cooperativa Colanta Ltda. en cuantía indeterminada. No obstante, por parte de la defensa, como era su deber, no se demostró que al procesado de manera mensual le estuvieran descontando la suma de \$600.000 como lo aseveró en la sustentación de la impugnación, ya que no se aportó ningún recibo de pago o certificado de la empresa Cooperativa Colanta Ltda. que demostrara el monto de descuento para el pago de esa hipoteca.

Ahora, tampoco tiene asidero esa manifestación no probada de la defensa, frente al monto de descuento por la hipoteca, pues acorde a la legislación laboral, a un trabajador colombiano, independiente del salario devengado, no se le puede deducir más del 50% del mismo, y si tenemos en cuenta el salario mínimo actual que es de \$1.000.000, ese monto de descuento de \$600.000 superaría ampliamente el 50% de descuento autorizado legalmente, quiere decir entonces que el salario mínimo para el año 2007 era de \$433.700 y para el año 2014, \$616.000, lo que tornaría imposible y fantasioso un descuento como el que pretende aducir el defensor, porque a todas luces se estaría violando la ley laboral, además, hasta el año 2013 el salario ni siquiera superaba los \$600.000.

Las declaraciones de los testigos de la defensa, esto es la esposa y hermana del procesado, no desvirtúan la prueba de cargo llevada a juicio por la Fiscalía, pues lo único diferente que pudieron aportar, sin que pudiera ser corroborado con fechas, cantidades y periodicidad, era que el señor Elkin Mario Buitrago sí les otorgó alimentos a sus congéneres, pues fueron testigos que les llevó arroz, lentejas, frijoles, papas. Pese a ello, no fueron específicas en la fecha de entrega, la periodicidad de ello, como tampoco en las cantidades, lo que también fue manifestado por la señora Ofelia, quien sí indicó que el procesado fue a la casa a llevarles cosas fue por dos o tres veces, y lo que llevó no era suficiente, por manera que esas declaraciones lo que pretendían era beneficiar a su familiar, mas no pudieron, como ya se dijo, desvirtuar el dicho de la excompañera e hija del procesado.

Por otro lado, tampoco quedó demostrado el accidente que sufrió el procesado y que según la defensa le generó una pérdida de capacidad laboral del 54.98%, en tanto la única que se refirió a él fue su compañera permanente al precisar que fue un bus de servicios especiales

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

el que lo accidentó, pero no se señaló una fecha exacta de ocurrencia del mismo, no se acreditó una historia clínica que demostrara las lesiones y la causa de las mismas, así como la incapacidad definitiva. En todo caso, lo cierto es que el señor Elkin Mario en ningún momento estuvo desvinculado de la empresa Colanta, pues acorde a la estipulación probatoria No. 5, se certificó por dicha empresa que estuvo vinculado a la misma entre el 1° de junio de 1998 y el 5 de enero de 2018, es decir, 20 años, sin que hubiera una interrupción en ese interregno, por manera que así estuviese incapacitado, seguía devengando salario, y pese a ello no se preocupó por brindar, así fuera mínimamente, una mejor calidad de vida a sus condescendientes, en tanto fue la madre de estos la que tuvo que suplir sus necesidades.

Podría decirse que en virtud que el señor Elkin Mario Buitrago adquirió un bien inmueble que entregó para que tanto su ex compañera como sus hijos vivieran, habría un cumplimiento de la obligación que como padre le asistía de propender por la manutención de sus hijos, y que sí él les aportaba el techo, con lo que podría suplirse el arriendo, a la madre le correspondía los alimentos y demás. No obstante, ese deber de alimentos para con sus hijos debe ser total, y el proveer ese techo, no supe en su totalidad la parte que le correspondería como padre asumir, pues sus hijos quedaron en total desprotección frente a lo que comprende la alimentación, vestido, recreación, salud, educación, quedando a cargo de la madre todos estos suministros, los que precariamente y acorde a sus ingresos podía otorgarles.

Mírese que a los jóvenes víctimas les tenía que prestar uniformes, sólo tenían acceso a uno o dos alimentos al día con lo que su madre podía brindarles derivado de lo que devengaba en las confecciones en las que trabajaba, no tenían dinero para el pasaje y desplazarse a sus lugares de estudio, por manera que era mayor la carga con la que quedó la madre que la que asumió el padre con sólo brindarles techo, cuando esa carga de suministro de alimentos a los hijos debía ser equitativa entre ambos padres.

Es claro que hubo un suministro parcial de alimentos del procesado para con sus hijos, el cual debía ser integral, es decir, de manera equitativa a la obligación que le correspondió asumir a la madre, en aras de brindarles a sus hijos una mejor calidad de vida, pese a tener la capacidad económica para ello, pero fue su decisión sustraerse a dicha obligación y es esa conducta la que merece un juicio de reproche. Resalta la Sala que el deber de solidaridad que genera la obligación alimentaria, tiene que analizarse conforme la situación

ASUNTO: Sentencia de 2º Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

concreta del alimentante y el alimentado, de sus condiciones especiales, de sus posibilidades y del plexo de obligaciones que el imputado efectivamente puede otorgarles a sus hijos y no lo hace, no es solo una obligación dineraria, también se generan compromisos afectivos, en educación, en seguridad social, en alimentos, de apoyo, etc. En este caso es claro que el acusado no quiso desplegar el deber que esas relaciones de consanguinidad le imponían, sobre todo teniendo la efectiva posibilidad de hacerlo, incluso, sin costo alguno, como fue el hecho de desafiliar a sus hijos de la seguridad social, hecho absolutamente injustificado y que denota su expresa voluntad de sustraerse de sus obligaciones para con sus hijos.

Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP1984-2018 radicado 47.107 con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuéllar, señaló:

“Es por ello que la Corte Constitucional, al precisar los contornos del bien jurídico protegido con el delito de inasistencia alimentaria, puntualizó:

La inasistencia alimentaria tiene como fundamento el deber de solidaridad que une a los miembros de una familia y, como finalidad, garantizar la subsistencia de los beneficiarios; por tanto, el bien jurídico que se protege no es el del patrimonio económico sino el de la familia, pues pese a que la obligación finalmente se traduce en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un compromiso nacido del vínculo de parentesco que pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala ha clarificado que la mencionada conducta punible tiene como elementos constitutivos 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, es decir, que la estructuración del incumplimiento ocurra sin motivo o razón que lo justifique (CSJ SP 29 nov. 2017, rad. 44.758).” Resaltos de la Sala.

Esa justificación, valga precisar, no puede ser de cualquier índole, sino que ha de ser constitucional y legalmente admisible, tanto más cuanto si el afectado es un menor de edad, cuyos derechos fundamentales se reputan prevalentes (art. 44 de la Constitución), dando lugar al principio de interés superior del menor (art. 9º Ley 1098 de 2006).

Así mismo, en el auto AP-10861-2018, radicado 51.607 del 22 de agosto de 2018, ponencia del Dr. José Francisco Acuña Vizcaya, se indicó:

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

“La Corte precisa necesario resaltar, tal como se realizó en los acápite anteriores, que el punible de inasistencia alimentaria es de tracto sucesivo; por ello, el mismo se consuma cada vez que el obligado se sustrae injustificadamente del cumplimiento de la obligación de proveer alimentos. Esto implica a su vez, que los incumplimientos temporales o parciales son suficientes para perfeccionar el delito.

(...)

*Es importante precisar que la controversia que plantea en este cargo el demandante, según la cual el cuadro elaborado por el juez de segundo grado y las declaraciones de la señora Godoy Mora, reflejan que hubo algunos aportes por parte del procesado, resulta intrascendente, puesto que además de que así se reconoció, **tal y como lo ha decantado esta Sala en anteriores oportunidades⁷, los cumplimientos parciales son insuficientes y adecúan típicamente la conducta ilícita.***

(...)

Igualmente debe reafirmarse que los cumplimientos parciales de los deberes alimentarios son contrarios a la preservación de la integridad del menor, pues los alimentos se actualizan diariamente, ya que tienden a satisfacer las necesidades de subsistencia, razón por la cual no pueden quedar al arbitrio del obligado, proporcionándolos en los tiempos y cantidades que subjetivamente estime adecuadas y necesarias.” (lo resaltado es nuestro)

Por último, en un caso en el que el procesado brindaba la cuota alimentaria pactada, pero dejó de cancelar la medicina prepagada a sus hijos, la Corte estimó que la conciliación era de obligatorio cumplimiento y ese pago estaba consensuado, por lo que los incumplimientos parciales eran suficientes para que se perfeccionara el delito de inasistencia alimentaria.

Así lo señaló en la sentencia SP4182-2020, Radicado 57859 del 28 de octubre de 2020 con ponencia del Dr. Eugenio Fernández Carlier:

“Ahora, aunque el pago de medicina pre pagada puede entenderse como un gasto suntuoso, tal como lo alegó la defensa, lo cierto es que fue un aspecto consensuado y libremente ofrecido por RÁUL FERNANDO BELTRÁN MORALES ante la Comisaría 5° de Familia de Barranquilla, por lo que hacía parte integral de la cuota de alimentos que éste debía a sus hijos M.M.B.S. y N.A.B.S., de tal forma que no podía simplemente dejar de pagarla desconociendo la vinculatoriedad de la conciliación.

(...)

De suerte que no le era permitido a (...) simplemente dejar de pagar la totalidad de la cuota alimentaria que había pactado, con todos sus ítems y, brindar parte de ella, olvidando el acuerdo celebrado y las necesidades de sus menores hijos.

⁷ Cfr. CSJ. SP. de 23 de marzo de 2006, Rad. 21161.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Bajo este panorama, conviene recordar que como el punible de inasistencia alimentaria es de tracto sucesivo, se consume cada vez que el obligado a dar alimentos se sustrae sin justa causa de su deber, por lo que los incumplimientos parciales son suficientes para perfeccionar el delito.” (lo resaltado es nuestro)

Cuestiona la defensa que, pese a que el señor Elkin Mario en virtud el accidente padecido estuvo muy mal durante cinco años, sus hijos nunca se hicieron presentes para ayudarlo, brindarle apoyo, pues estaba en silla de ruedas y hasta usaba pañales, sin que tuviera ese apoyo de sus descendientes. Frente a ello, ningún reproche merecen los menores para ese momento, ya que cómo pretende la defensa que ellos se acercaran a su padre si fue precisamente Elkin Mario quien decidió abandonarlos y formar otro hogar, siendo su voluntad no brindarles la asistencia necesaria que requerían para poder de una manera digna continuar sus estudios y tener al menos los tres alimentos del día. No obstante, así no tuviese la presencia de sus hijos, ese hecho no lo relevaba de la responsabilidad alimentaria adquirida para con sus hijos, en tanto ese deber surgía del parentesco y no estaba supeditado a que sus hijos lo visitaran.

Cierto es que nadie está obligado a lo imposible, y que, en materia de alimentos, los mismos se otorgan en la medida de las capacidades de los padres, pero en este caso en particular quedó probado que al menos, el señor Elkin Mario Buitrago devengaba un salario mínimo con el cual podía de alguna manera colaborar con la manutención de sus hijos, mientras que la señora Ofelia, sin un ingreso fijo ni un trabajo, veló porque sus hijos pudieran estudiar y tener al menos una comida al día.

Realizado el examen en conjunto de la prueba recaudada en juicio oral, se demostró el incumplimiento parcial del procesado con su obligación legal de suministrar alimentos de manera completa a sus hijos **JOHAN SEBASTIÁN BUITRAGO RESTREPO** y **YESSICA ELIANA BUITRAGO RESTREPO**, no existiendo causal alguna de justificación para dicho incumplimiento, ya que como se pudo ver con las estipulaciones probatorias, la Fiscalía constató cuál era en concreto la actividad laboral que desempeñaba el acusado, cuál era su salario y a cuanto ascendían sus ingresos permanentes, lo que permite a la Sala la confirmación del fallo de condena.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Así las cosas, la prueba aportada es suficiente para concluir que el señor **ELKIN MARIO BUITRAGO** sin justa causa se sustrajo a la obligación de brindar la asistencia alimentaria a sus hijos **JOHAN SEBASTIÁN BUITRAGO RESTREPO** y **YESSICA ELIANA BUITRAGO RESTREPO**, existiendo elementos para inferir que esa omisión es de carácter intencional, pues contaba con empleo fijo e ingresos permanentes desde el año 1998.

En este sentido, censurable resulta su conducta a nivel familiar y social del acusado al probarse su capacidad económica y ello permite estructurar la responsabilidad penal, así como el dolo, lo que permite la emisión de un juicio de reproche en contra del señor **ELKIN MARIO BUITRAGO**, toda vez que se desvirtuó la presunción de inocencia que lo cobija, en tanto que la Fiscalía cumplió con su obligación de demostrar el elemento normativo esencial que estructura la conducta del artículo 233 del Código Penal, esto es, sustraerse “**SIN JUSTA CAUSA**” de la obligación alimentaria. De ahí que la Sala no tenga otra alternativa que **CONFIRMAR** en su integridad el fallo condenatorio proferido en favor del citado ciudadano por el delito endilgado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia objeto de apelación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

TERCERO: Copia de esta providencia será enviada a la Juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

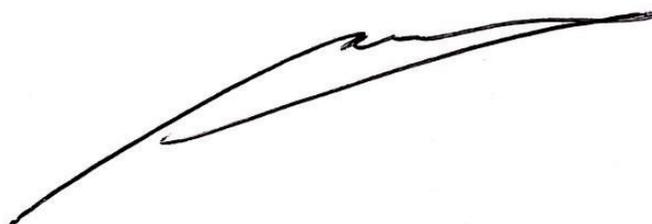
ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado
(Con salvamento de voto)



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

ASUNTO: Sentencia de 2º Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA



SALA PENAL

Medellín, cuatro (04) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO	ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO	INASISTENCIA ALIMENTARIA
TRÁMITE	PROCEDIMIENTO ABREVIADO
ASUNTO	APELACIÓN SENTENCIA
PROCEDENCIA	JUZGADO 37 PENAL MUNICIPAL DE CONOCIMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO.

Con el acostumbrado respeto de siempre, en esta ocasión me permito manifestar mi desacuerdo con mis colegas de Sala que han resuelto confirmar la sentencia condenatoria en contra del señor **Elkin Mario Buitrago** por el delito de inasistencia alimentaria, en tanto dieron por demostrado que el procesado de manera injustificada su sustrajo al cumplimiento de sus deberes alimentarios para con sus dos hijos Sebastián y Jéssica.

Mi discrepancia radica en que, en mi criterio, dentro del proceso no se demostraron todos los elementos constitutivos del delito de inasistencia, como paso a sustentar:

Este delito, como bien se explica en la sentencia, se materializa cuando quien por ley deba suministrar alimentos, se abstiene de ello de manera injustificada, por lo que son elementos constitutivos del mismo i.) la obligación de dar alimentos, ii) capacidad económica del alimentante, iii) incapacidad económica del alimentario y iv) que la omisión del deber sea dolosa e injustificada.

ASUNTO: Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Es cierto que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha establecido que el incumplimiento parcial de los alimentos puede dar lugar al delito de inasistencia alimentaria, pero esto en clave de antijuricidad implica que no cualquier incumplimiento puede estructurar el reato, en tanto la omisión parcial **debe ser significativa**, sustancial, de tal manera que ponga en peligro el bienestar y la vida digna del alimentario.

Esto es de fácil percepción cuando hay una cuota alimentaria fijada bien de manera consensuada o impuesta judicial o administrativamente; pero se complejiza cuando ello no es así, lo que no significa, de ninguna manera, que el delito no se pueda estructurar, puesto que si hay lugar a ello; pero el juez penal debe ser sumamente cuidadoso al analizar este aspecto.

En el caso *sub examine* nunca hubo fijación de cuota alimentaria por lo que no se sabe a ciencia cierta cuál era el monto de dinero o en especie que debía suministrar el procesado a sus hijos periódicamente; no obstante, como ello no es óbice para no estructurar el delito, es deber del juez penal, tanto en primera como en segunda instancia, entonces, determinar tal aspecto con base en lo alegado y probado en el juicio.

De lo que se probó en la vista pública se tiene que el procesado aparte de estos dos hijos tiene otros dos más y que devengaba, como operario de la empresa Colanta, aproximadamente un salario mínimo, lo que indica realmente que la cuota alimentaria que podía suministrar a los dos primeros no podía ascender más allá del 30 o, a lo sumo, del 40% del salario mínimo legal mensual vigente, en tanto no podía comprometer la subsistencia de sus otros dos hijos, la de su compañera actual y la propia. En ese sentido es pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación como de la Corte Constitucional en punto que a lo imposible nadie está obligado y, por tanto, el alimentante solo puede ser sancionado penalmente cuando teniendo la capacidad económica no suministre los correspondientes alimentos.

Ahora bien, si se tiene que el procesado dada su condición económica no se le podía fijar una cuota alimentaria por encima del 40% del salario mínimo legal mensual vigente y que aquel les suministró a sus dos hijos una casa para que la habitaran junto con su madre y que incluso en ella se arrendaba una habitación por la suma de \$150.000,00, considero que su conducta es atípica porque no hay omisión en el deber alimentario si se tiene en cuenta que uno de los mayores gastos que tiene una familia es el pago del arrendamiento de una vivienda.

La Sala mayoritaria explica que esto no era suficiente; pero ¿de dónde se saca esta conclusión, si se debe decidir con base en lo probado en el juicio y lo probado fue que el procesado devengaba un salario mínimo y tenía 4 hijos a quienes suministrar alimentos?

ASUNTO: Sentencia de 2º Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2017-14243
PROCESADO: ELKIN MARIO BUITRAGO
DELITO: INASISTENCIA ALIMENTARIA

Es cierto, como se dijo, que la Sala de Casación Penal, ha condenado por inasistencia alimentaria en casos de cumplimientos parciales, pero también lo es que para que haya lugar a ello, el incumplimiento debe ser sustancial respecto de la cuota pactada o fijada, lo cual no viene a este caso en donde nunca hubo una fijación de cuota alimentaria.

Cuando menos la Sala debió declarar que hay una duda sustancial respecto de si el suministro de la vivienda no era suficiente aporte como cuota alimentaria y la misma decidirla a favor del procesado con lo cual también se debió llegar a una absolución del mismo.

Así queda planteado mi disentimiento.

Fecha ut supra,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'L. E. Cerón Eraso', written over a light blue grid background.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado