



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintinueve (29) de enero de dos mil trece (2013).

Aprobado en la fecha, acta Nro.09

Radicado Nro. 05266-60-00204-2008-00627 (201)

Delito: Inasistencia Alimentaria

Sentencia de Segunda Instancia Nro.002

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Hora de lectura: 10:00 a.m.

Se procede en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2012, por medio de la cual el Juzgado Segundo (2º) Promiscuo Municipal de Caldas, Antioquia, condenó, luego de un juicio oral, al acusado Luis Humberto Puerta Zapata, como autor del delito de inasistencia alimentaria.

ACONTECER FÁCTICO

En el mes de abril de 2008, la señora María Gladis Tobón Echeverri instauró denuncia penal en contra de su ex esposo, el señor Luis Humberto Puerta Zapata, indicando que desde enero de 2008 no paga la cuota alimentaria a sus dos hijas a pesar de que labora como carnicero y de que en noviembre de 2007 habían llegado a un acuerdo conciliatorio. Añade que únicamente en enero de 2008 aportó una cuota de setenta mil pesos (\$70.000) y en

diciembre de 2010 de cincuenta mil pesos (\$50.000), siendo ella la única responsable de velar económicamente por sus hijas.

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante la señora Juez Primera (1°) Promiscuo Municipal de Caldas, Antioquia, con función de Control de Garantías, se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación donde previamente se declaró contumaz al señor Luis Humberto Puerta Zapata.

El delito imputado al procesado fue el de inasistencia alimentaria, previsto en el artículo 233 inciso 2° del Código Penal en concurso homogéneo por ser dos víctimas.

Luego de que la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del imputado, con fundamento en el cargo antes endilgado, correspondieron las diligencias al Juzgado Segundo (2°) Promiscuo Municipal de Caldas, Antioquia, despacho ante el cual se adelantó el respectivo juzgamiento que culminó con un fallo condenatorio.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El a-quo, al valorar en su conjunto la prueba legalmente practicada en el juicio, llega a la conclusión, que efectivamente el señor Luis Humberto Puerta Zapata, en forma injusta, se ha sustraído al cumplimiento de la obligación alimentaria frente a sus hijas F.M.P.T y D.P.T., puesto que recibe ingresos económicos por su empleo como carnicero con los que puede satisfacer las necesidades económicas de sus menores hijas, desmejorando la calidad de vida de aquellas sin que hubiere demostrado al despacho la existencia de una causal de justificación o de fuerza mayor que atenuara su conducta.

Para tasar la pena a imponer, el fallador partió del primer cuarto mínimo imponiendo cuarenta y dos (42) meses de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, concediéndole la oportunidad de pagar la multa en un plazo de dos años, en un total de veinticuatro cuotas.

No concedió el Funcionario Judicial la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, por no cumplirse el requisito objetivo del artículo 63 del Código Penal y además, por ser los sujetos pasivos de la conducta dos menores de edad, por expresa prohibición legal, no es posible su otorgamiento cuando no se ha indemnizado o resarcido los perjuicios, conforme al artículo 193 numeral 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

En la sustentación del recurso de alzada, el defensor del acusado expone inicialmente que se presentó una vulneración a las garantías fundamentales que le asisten a su defendido desde que fue declarado contumaz, lo cual se deduce al revisar la carpeta donde se observa que las notificaciones se realizaron a través de personas que decían tener algún vínculo con él, pero nunca se tuvo certeza de que recibía de manera personal los mensajes.

Como segundo punto, aduce el impugnante que no se probó que la sustracción de la obligación alimentaria se realizó sin justa causa, conclusión a la que llegó el juez a través de un silogismo; tampoco se tuvo en cuenta que su defendido debe responder por otro núcleo familiar.

Finalmente, no está conforme el abogado con la apreciación del juzgador en cuanto encontró probado el concurso homogéneo de delitos de inasistencia alimentaria, presentándose una sola obligación de suministrar alimentos a dos menores de edad, existiendo una unidad de acción que pone en peligro un único bien jurídico y cuya acción persigue una sola finalidad.

EL NO RECURRENTE

El Fiscal Doscientos Noventa y Uno (291°) Local en calidad de sujeto procesal no recurrente, frente al primer motivo de inconformidad alegado por el impugnante argumenta que durante la audiencia respectiva, se encontraba presente el entonces abogado del hoy condenado, sin que adujera nada en

relación con la declaratoria de contumacia, por lo que esta etapa procesal fue superada.

Igualmente, expone el Fiscal que el artículo 172 de la Ley 906 de 2004 no exige que las citaciones se realicen de manera personal, sino de la manera más rápida y verificando que el implicado haya tenido conocimiento de la comunicación, situación que se cumplió en este evento, especialmente cuando el señor Puerta Zapata asistió a una de las diligencias siendo notificado través del abonado telefónico 3037912, pero desde aquella fecha tomó una actitud rebelde y de desobediencia.

En relación con el segundo reparo del recurrente, el Fiscal manifiesta que probó que el procesado tuvo una vinculación laboral con varios expendios de carnes de manera interrumpida, tal como se desprende de los testimonios escuchados en el juicio oral, obteniendo los recursos económicos para cubrir la obligación legal alimentaria, sin que la defensa haya probado alguna causal de ausencia de responsabilidad. Ahora, si el señor tiene otras obligaciones con su actual familia, ello no justifica el incumplimiento frente a sus propias hijas.

Finalmente, reitera que si existe en este caso un concurso homogéneo de conductas punibles, pues con la omisión del penado se vulneró dos veces el bien jurídico de la familia en cabeza de dos víctimas, infringiendo dos veces la misma norma.

Por los anteriores argumentos, solicita negar la solicitud de nulidad y confirmar la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Segundo (2°) Promiscuo Municipal de Caldas, Antioquia.

CONSIDERACIONES

Conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer y decidir la alzada interpuesta.

Son tres los puntos de disenso que expone el señor defensor y que serán abordados en esta instancia; el primero hace relación con la declaratoria de contumacia del señor Luis Humberto Puerta Zapata; el segundo, la falta de prueba sobre la ausencia de justa causa respecto a la inasistencia alimentaria, y tercero, la no configuración de un concurso homogéneo de delitos.

Declaratoria de Contumacia

Revisados los documentos que conforman la carpeta, la Sala encuentra que no le asiste razón al defensor del condenado, por lo cual no decretará la nulidad de lo actuado, toda vez que no se avizora un procedimiento irregular que atente contra los derechos del implicado.

El artículo 291 del Código de Procedimiento Penal relativo a la contumacia, señala lo siguiente:

“Artículo 291. Contumacia. Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriera a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación.”

Dicha norma presupone que la Fiscalía ya tiene plenamente identificado al indiciado y que lo ha localizado sin equívocos, o que cuenta con los elementos necesarios y suficientes para su ubicación en un lugar específico, información que es entregada al Juez de Control de Garantías para que por intermedio de la secretaría cite al indiciado a la diligencia respectiva, bajo la observancia de lo contemplado en los artículos 171, 172 y 173 del Código de Procedimiento Penal.

De esta manera, es evidente que en este asunto fueron aportados dos abonados telefónicos en los que podría localizarse al indiciado, logrando su ubicación por parte del despacho en el número 303 79 12 (fl.17), donde su hermano Eliécer Puerta manifestó darle el mensaje, el cual sin duda alguna fue entregado puesto que el señor Puerta Zapata se presentó a la diligencia

programada para el 25 de noviembre de 2010 (fl.18), pero la audiencia de imputación no se realizó por ausencia del abogado defensor.

Con posterioridad a esta fecha, se intentó realizar la audiencia el 6 de diciembre de 2010 y el 1° de febrero de 2011 (fls. 24 y 33), notificando al señor Luis Humberto Puerta en el mismo abonado a través de su cuñada de nombre Ángela Martínez; sin embargo, el indiciado no se presentó, requiriendo el Juez que se verificara si los mensajes habían sido entregados por sus familiares. El 28 de febrero de 2011 (fl. 38), la escribiente del juzgado se comunicó al mismo número telefónico donde un sobrino de nombre Fabián le informó que sus familiares si le daban las razones a Luis Humberto Puerta, pero que era éste quien no se quería presentar, por lo que se comprometió a avisarle sobre la nueva fecha y aportó la dirección de la residencia. No obstante lo anterior, el escribiente logró comunicarse con otro hermano del indiciado solicitándole le informara sobre la nueva fecha en que debía presentarse, además de que se le envió el oficio nro. 162 a la dirección aportada (fl.39).

Una vez llegada la hora y fecha de la audiencia de formulación de imputación, el implicado no se presentó sin allegar excusa alguna, motivo por el cual fue declarado contumaz (fl. 40).

De esta manera, es claro que la Juez de Control de Garantías tenía suficientes motivos para concluir en modo razonable que Luis Humberto Puerta Zapata sí había sido localizado y estaba perfectamente enterado de que era requerido para llevar a cabo la audiencia preliminar programada en varias oportunidades, es evidente que el despacho realizó las citaciones por los medios más expeditos y que sus familiares efectivamente dieron los mensajes a su destinatario, pero fue él quien de manera injustificada no atendió los diferentes llamados, pese a que en una oportunidad sí se había presentado, estando enterado del proceso penal que se adelantaba en su contra y de la necesidad de mantenerse al tanto del mismo.

En el anterior orden de ideas, fue correcta la decisión de declarar la contumacia del indiciado Luis Humberto Puerta Zapata, sin que el impugnante

en este asunto haya presentado un argumento suficientemente contundente que lleve a que la Sala concluya lo contrario.

De la prueba de la sustracción sin justa causa de la prestación de alimentos

Durante el juicio oral llevado a cabo en este proceso se realizaron varias estipulaciones probatorias acreditando como hecho probado la conciliación que suscribieron los señores María Gladis Tobón Echeverri en representación de sus dos hijas menores y el procesado el 27 de noviembre de 2007, en el que el último se comprometió a darle a sus hijas la suma de sesenta mil pesos (\$60.000) quincenales, al igual que dos mudas de ropa completas en el año, el 50% en las primas de julio y diciembre y el subsidio familiar; así mismo, se estipuló con los registros civiles de nacimiento de las menores, el vínculo de consanguinidad entre el señor Luis Humberto Puerta Zapata con F.M.P.T. y D.A.P.T.

Se escuchó también en el estrado judicial a varios testigos, entre ellos la señora María Gladis Tobón Echeverri, ex esposa del señor Puerta Zapata y madre de las menores ofendidas. Sobre el ilícito investigado básicamente indicó que ella misma ha llevado todos los gastos de manutención de las niñas porque el acusado pese a que suscribió una conciliación, tan solo dio inicialmente la primera cuota, posteriormente dio setenta mil pesos (\$70.000) y hace aproximadamente un año les entregó cincuenta mil pesos (\$50.000). Concretamente incumple desde el año 2004 fecha en la que se separaron. No tiene conocimiento de cuáles son las razones por las que él incumple cuando sabe que es carnicero y tiene conocimiento de que laboró en una carnicería ubicada en Sabaneta. Añadió la declarante que el acusado no tiene más hijos, no se comunica con las niñas, no las visita y aunque él las tuvo afiliadas a la Caja de Compensación Familiar Comfama, no ha entregado los subsidios a las menores, aunque ella los reclamó en dos oportunidades. Finalmente pone de presente que la hija mayor tuvo un intento de suicidio sin que hubiera forma de ubicar a su padre para que se enterara y reitera que ha sido ella quien, con el salario mínimo que devenga, ha suplido todas las necesidades de sus hijas, recibiendo únicamente la ayuda de su padre.

Resulta importante recordar que el señor Argemiro Hernández Gil, propietario de una Carnicería, en calidad de testigo, manifestó que el acusado laboró por tres meses en su negocio en el año 2008, cancelándole la suma de ciento ochenta (\$180.000) a doscientos mil pesos (\$200.000) semanales y la relación laboral culminó porque faltó en unas tres veces a su trabajo, enterándose que era por el licor. Allí lo tuvo vinculado con todas las prestaciones sociales. Aduce que de Luis Humberto Puerta conoce que tiene dos hijas y que vive con una señora viuda que tiene dos hijos, que es muy bebedor pero tenía un buen comportamiento con el público y después de que terminó su relación laboral, se enteró por un empleado que el acusado se fue a trabajar en otra carnicería de una persona llamada Walter.

La señora María Claudia Montaña Gaitán, investigadora del CTI que laboró en la Fiscalía de Caldas, Antioquia, con respecto al caso realizó varias labores investigativas determinando que el señor Luis Humberto Puerta Zapata se encontraba afiliado, para la fecha del juicio oral, a Comfama en calidad de trabajador beneficiario de la cuota monetaria del subsidio familiar por intermedio del empleador Walter Alberto Aristizabal Hoyos, desde el 10 de diciembre de 2009. También pudo determinar la investigadora que el acusado ha estado afiliado a la EPS Sura en calidad de cotizante con cinco empleadores entre los años 2007 a 2010, con ingresos básicos de cotización superiores al salario mínimo legal mensual vigente.

De este breve recuento probatorio sea lo primero advertir que la cuota alimentaria de sesenta mil pesos (\$ 60.000) quincenales, se fijó de común acuerdo entre los padres de las menores, en una diligencia de conciliación llevada a cabo el 27 de noviembre de 2007, ante la Defensora de Familia del I.C.B.F. en Caldas, Antioquia, en la cual, el padre, Luis Humberto Puerta Zapata, se comprometió voluntariamente a entregar como cuota alimentaria esa suma además de dos vestuarios anuales, el 50% de la primas de julio y diciembre y el subsidio familiar.

Sobre el incumplimiento de ese compromiso que voluntariamente aceptó y asumió el procesado, se instauró la respectiva denuncia por inasistencia alimentaria, que según lo afirma la madre, la deuda asciende a más de cuatro

millones de pesos (\$4.000.000), de los cuales el procesado únicamente realizó tres abonos, el inicial de manera completa, con posterioridad solo consignó setenta mil pesos (\$70.000) y recientemente cincuenta mil pesos (\$50.000), cantidades estas que resultan insignificantes frente a la suma de la deuda y las necesidades alimentarias de sus dos menores hijas.

Recuerda la Sala que el delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto a su proceso de consumación, comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida, fijada por acuerdo de las partes o por un juez de familia y se prolonga todo el tiempo de la omisión, de suerte que durante el período en el cual el alimentante evade su obligación el delito se está cometiendo, lo cual puede ocurrir en distintos lugares y en diversas épocas.

El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia. Cabe anotar se trata de una conducta dolosa que requiere que el sujeto obligado conozca la existencia del deber y decida incumplirlo de manera injustificada, entendiendo por justa causa:

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

También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compromisos a pesar de que no quiere actuar de esa manera¹”.

Lo cierto es que la justa causa cualquiera que sea, corresponde probarla a quien la alega, no siendo esto lo que ocurrió en este caso, pues el abogado de la defensa ningún elemento probatorio allegó al proceso que permita eximir a su prohijado de responsabilidad; por el contrario, como se dijo en precedencia, resultó probada la capacidad económica del alimentante quien ha estado vinculado laboralmente y ha percibido ingresos suficientes, y no solo se ha sustraído de sus deberes económicos, sino que ha dejado a sus

¹ Corte Constitucional en sentencia C-237 del 20 de mayo de 1997

hijas desprotegidas relevando en cabeza únicamente de su madre todos los deberes que tiene para con ellas, la cual se ha visto obligada a esforzarse de manera desproporcionada para brindarle a las niñas lo necesario con un salario mínimo legal que devenga.

Ahora, si lo que pretende el impugnante es escudar la conducta de su defendido atendiendo a las posibles obligaciones que este tiene con su nueva compañera y los hijos de aquella, puede pedir la modificación de la cuota alimentaria que se le ha fijado sea para aumentarla o disminuirla, lo que igualmente puede efectuarse sea por conciliación o por decisión judicial, pero que en ningún momento lo exonera de responsabilidad en este caso.

Se reitera pues que no hubo prueba alguna que indicara siquiera una posible incapacidad económica del acusado o cualquier otra causal de justificación, motivo por el cual el juez a-quo emitió un fallo adverso a sus intereses, sin que su decisión obedezca a un simple silogismo, sino a la verdad de los hechos revelada a través de las pruebas practicadas en el juicio oral.

Concurso de conductas punibles

Ciertamente, en el caso bajo estudio el Fiscal formuló acusación y solicitó condena penal por el concurso homogéneo de delitos de inasistencia alimentaria, planteamiento recogido por el juez aparentemente en la sentencia de condena, aunque de una lectura de la misma poco se entiende sobre la tasación de la pena que realizó, pues solo en la parte resolutive hace mención del artículo 31 del Código Penal sin ninguna explicación, es más, en el numeral primero en mención también alude a la disminución de una tercera parte en razón del allanamiento a cargos, situación que no se presentó en este caso.

El concurso de conductas punibles tiene lugar, según lo definido en el artículo 31 del Código Penal, cuando con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se infringe varias disposiciones de ley, o varias veces la misma disposición, caso en el cual el sujeto activo quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro

tanto, sin que la pena a imponer pueda ser superior a la suma aritmética de la que corresponda a cada una de las conductas, debidamente dosificada.

Pues bien, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido que existen varias clases de concursos: el concurso material, tiene lugar cuando hay pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o varios tipos penales realizadas por la misma persona y que concurren para ser juzgadas en un mismo proceso, o cuando con una sola acción se presenta pluralidad homogénea de adecuaciones típicas –tal como acontece en el caso presente-; el concurso ideal, se presenta cuando una sola acción puede adecuarse penalmente a varios supuestos de hechos o tipos penales que no se excluyen entre sí; y, el concurso aparente, cuando a primera vista una conducta puede encajarse en varios tipos penales, pero el análisis detallado privilegia la aplicación de uno o algunos de ellos que se excluyen en virtud de los principios de especialidad, consunción, subsidiariedad, hecho acompañante o alternatividad.

Ahora, el delito de inasistencia alimentaria tal como lo define el artículo 233 del Código Penal cobija a quien se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente. Se trata de un delito de ejecución permanente que protege el bien jurídico en abstracto de la familia y no del patrimonio económico, pues el fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia individual de los beneficiarios.

Se reitera entonces que en el caso analizado se acreditó el incumplimiento por parte del señor Luis Humberto Puerta Zapata del deber alimentario nacido del vínculo jurídico con sus dos hijas, deber que se concretó al ser aceptado por él a través de una cuota monetaria fijada en sesenta mil pesos (\$60.000) quincenales que entregaría a las menores, compromiso que adquirió el 17 de noviembre de 2007 ante la Comisaría de Familia de Caldas, Antioquia y que efectivamente ha incumplido.

Pese a los argumentos presentados por el abogado defensor, atinado resultó el análisis de la Fiscalía cuando formuló la acusación por un concurso homogéneo de inasistencia alimentaria, razonamiento que comparte la Sala al observar que no obstante se ha incumplido con una cuota alimentaria fijada a través de un acuerdo conciliatorio, la omisión en que ha incurrido el procesado respecto a cada una de sus hijas, configura dos hechos punibles autónomos, posibles de ser separados física y mentalmente como construcciones típicas. Ahora, si bien es cierto que el bien jurídico que se protege en el Capítulo I del Título VI del Código Penal es la Familia, no menos lo es que con el artículo 233 ibídem se salvaguarda el derecho a recibir alimentos, en este caso de dos descendientes menores de edad, derecho que es personalísimo e individual, es decir que le pertenece a cada una de las niñas por compartir un vínculo de consanguinidad con el señor Puerta Zapata, con independencia de que este tenga obligaciones alimentarias con otras personas y de que las cumpla o no, pues se reitera, la acción típica recae sobre un sujeto particularmente considerado, y afecta derechos personalísimos, al ser el objeto material de la infracción de carácter personal.

Se trata pues de un derecho autónomo que le asiste tanto a F.M.P.T. como a D.A.P.T., por lo que su incumplimiento frente a cada una de ellas genera la configuración del ilícito de inasistencia alimentaria individualmente considerado, de manera que en este caso, con una sola omisión se está infringiendo varias veces la misma disposición, con la posibilidad de separar cada ilícito, tanto es así que si Luis Humberto Puerta Zapata incumple con la cuota únicamente frente a una de las dos niñas, la conducta típica también se configuraría.

Por manera que con su comportamiento el procesado avasalló el bien jurídico de la familia, desde luego de manera injustificada y mediando conocimiento y voluntad, obrando como sujetos pasivos de su omisión dos menores de edad, de ahí que en este asunto se debe predicar el concurso homogéneo de conductas punibles de inasistencia alimentaria, en la medida en que estamos frente a un tipo penal con objeto material de carácter personal; es decir, que por cada sujeto respecto de quien se incumpla la obligación alimentaria, es sobre quien recae en forma directa la acción típica de manera individual.

*Una vez agotados todos los temas de impugnación, no le queda otro camino a la Sala que confirmar íntegramente la sentencia recurrida. En mérito de lo expuesto y no siendo otro el motivo de la inconformidad, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 18 de julio de 2012 por el Juzgado Segundo (2°) Promiscuo Municipal de Caldas, Antioquia en contra del condenado **LUIS HUMBERTO PUERTA ZAPATA**

SEGUNDO: *Contra esta decisión procede el recurso de casación, el que debe interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.*

TERCERO: *Esta sentencia queda notificada en estrados.*

CUARTO: *Remítase copia de esta decisión al Juzgado de instancia.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE