

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 458.

Bogotá, D.C., doce de diciembre de dos mil doce.

V I S T O S

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación que, por la vía discrecional, presenta el defensor del procesado FABIÁN ANDRÉS VÁSQUEZ MELO, contra el fallo de segunda instancia proferido el 16 de julio de 2012, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá (Valle del Cauca), mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida el 31 de enero anterior por el Juzgado Primero Penal Municipal de esa municipalidad, en disfavor de su representado legal, a quien estimó responsable del delito de inasistencia alimentaria y le impuso pena principal de 28 meses de prisión y multa en cuantía de 15 salarios mínimos legales mensuales. En la misma decisión se decretó la pena accesorio de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones y públicas, por lapso igual a la pena aflictiva de la libertad. Además, se ordenó el pago, en favor de la menor afectada, de la suma de \$7.799.040, en calidad de daño material, y 1 salario mínimo legal mensual vigente, a título de perjuicios morales. Al procesado, así mismo, le fue otorgado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

H E C H O S

Fueron narrados en la sentencia de segundo grado, del siguiente tenor:

“La actuación procesal se inicia mediante querella legítima instaurada por la señora LUZ KARIME PEDROZA, en su condición de madre de la menor ofendida KAROL NATALIA VÁSQUEZ PEDROZA, mediante la cual entera a las autoridades correspondientes que el señor FABIÁN ANDRÉS VÁSQUEZ como padre de su hija, se ha sustraído al suministro de alimentos debidos a la misma, muy a pesar de haber firmado acta donde se comprometía a darle una cuota mensual de ciento cincuenta mil pesos, lo que nunca cumplió, desde el nacimiento de su hija.”

DECURSO PROCESAL

La querella fue instaurada el 4 de septiembre de 2007, ante la Comisaría Permanente de Familia de Tuluá.

Luego de fracasado intento conciliatorio realizado el 12 de septiembre de 2007, el 15 de enero de 2008 fue abierta formal investigación, disponiéndose escuchar en indagatoria a FABIÁN ANDRÉS VÁSQUEZ MELO, diligencia que se cumplió el 14 de abril de 2008.

El 17 de diciembre de 2008, fue cerrada la investigación. Consecuentemente, el 19 de enero de 2009, se calificó el mérito del sumario. Allí, se dispuso proferir resolución de acusación contra FABIÁN ANDRÉS VÁSQUEZ MELO, en calidad de autor del delito de inasistencia alimentaria.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado Primero Penal Municipal de Depuración con Funciones de Descongestión de Tuluá, el 30 de enero de 2009.

El 19 de marzo de 2009, tuvo lugar la audiencia preparatoria.

El día 10 de noviembre de 2009, se celebró la audiencia pública de juzgamiento.

El 14 de diciembre de 2009, se profirió por primera ocasión fallo condenatorio de primer grado, oportunamente apelado por el defensor del procesado.

En decisión del 18 de junio de 2010, el Juzgado tercero Penal del Circuito de Tuluá, decide decretar la nulidad de lo actuado durante todo el juicio, por entender que el procesado careció por completo de defensa técnica.

Conforme lo decidido, se reanudó la fase enjuiciatoria, celebrándose la audiencia preparatoria el 9 de febrero de 2011.

La audiencia pública de juzgamiento tuvo lugar el 31 de agosto de 2011.

El fallo de primera instancia se profirió el 31 de enero de 2012.

Como quiera que el defensor del procesado presentó y sustentó oportunamente el recurso de apelación, con fecha del 16 de julio de 2012 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá emitió la sentencia de segundo grado que confirmó íntegramente lo decidido por el A quo.

Descontento con lo resuelto, el defensor del acusado presentó oportunamente, por el camino discrecional, demanda de casación que ahora se analiza en su legitimación, corrección argumental y debida fundamentación.

LA DEMANDA

Dado que se trata de un proceso que involucra como fallador de segunda instancia a un juzgado de circuito y cuya pena máxima no supera los 4 años de prisión, no se cubren las exigencias consagradas en el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, normatividad que regula el caso, para facultar acudir a la vía ordinaria de la casación.

Empero, ninguna acotación hace el demandante para justificar la admisión de la demanda, limitándose a anotar que acude al camino discrecional.

Cargo Primero

Dice el demandante que acude a la violación indirecta de la ley sustancial, aunque “se trata de un error in procedendo”.

Para explicar el cargo advierte el recurrente que el Tribunal omitió pronunciarse acerca de todos los extremos consignados en el alegato de apelación, en el cual ampliamente razonó acerca de la poca credibilidad de la querellante y su testigo de cargos, al tanto que se hizo ver cómo los testigos de descargos dicen la verdad.

Tampoco el Ad quem, agrega el casacionista, se refirió a aspectos tales como la renuncia de la madre de la querellante a recibir el pago de los alimentos y el informe del CTI que refiere carente de trabajo en una época al acusado o que este quebró en una pequeña empresa, al punto de dejar de honrar las deudas y registrársele en calidad de deudor moroso por DATACRÉDITO.

En fin, estima el recurrente que el Tribunal omitió referirse a todos los argumentos expuestos para demostrar justificada la omisión del procesado, lo cual se debe asumir violatorio del derecho de defensa y, en particular, de la obligación expresa contenida en el numeral 4° del artículo 170 de la Ley 600 de 2000.

Cargo Segundo

Lo inscribe el demandante como un error de hecho por falso juicio de identidad.

Para su soporte, el impugnante señala que el Juez del Circuito toma lo dicho por la querellante y el procesado en su indagatoria, acerca de que la primera se negó a recibir el

pago de alimentos, pero extiende el efecto de esos dichos hacia los testigos de descargos, como si estos certificaran esa circunstancia, pasando por alto que tales declarantes añadieron que la menor recibió apoyo de los abuelos paternos –que ofrecieron su casa como refugio- en los días en que quedó sin trabajo el acusado e incluso recibió apoyo de ellos cuando su madre decidió abandonar esa residencia.

Añade el casacionista que si bien, su representado judicial estuvo impedido de pagar el dinero aceptado en la conciliación, no puede pasarse por alto que la querellante se negó a recibir la suma que dentro del campo de las posibilidades podía entregarle él.

A manera de conclusión conjunta para ambos cargos, el demandante relaciona: “Lo anterior conduce a solicitar con el mayor respeto a al Honorable Corte Suprema de Justicia, se disponga imprimir el trámite respectivo, admitiendo la presente demanda de casación por vía excepcional o discrecional, dictándose la decisión correspondiente para obtener los derechos fundamentales del procesado no continúen vulnerándose”.

CONSIDERACIONES

Es necesario destacar, en primer lugar, que en atención a los requisitos legales consagrados para acudir al mecanismo extraordinario de la casación, el asunto examinado obliga recurrir a la vía discrecional, dado el monto de pena dispuesto para el delito por el cual se condenó al representado judicial del recurrente –oscila entre 2 y 4 años de prisión, conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 233 del C.P., del cual se valieron las instancias para delimitar la conducta punible y sus consecuencias – y, primordialmente, el origen del fallo de segundo grado, emitido no por un tribunal, sino por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá.

En este sentido, el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, regula que el recurso extraordinario procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los

tribunales de distrito judicial o el tribunal superior militar, para delitos cuya pena privativa de la libertad exceda de ocho años.

Entonces, cerrada la vía ordinaria dado que la sentencia no proviene de un tribunal y la pena establecida legalmente para el delito es con mucho inferior a ocho años, era menester que el demandante especificase la necesidad de intervención de la Corte, ya para garantizar derechos fundamentales, ora en el cometido de desarrollar la jurisprudencia, como así lo impone el artículo 205, inciso último, de la Ley 600 de 2000.

Nada dijo el recurrente y eso por sí mismo es suficiente para inadmitir la demanda, pues, si ya la casación, con el cumplimiento de los requisitos de legitimidad que la habilitan, demanda de una carga argumental profunda, como quiera que los fallos de instancia arriban a la Corte prevalidos de una doble connotación de acierto y legalidad, esa exigencia se superlativiza respecto de asuntos que normalmente no permiten acceder al recurso, en postulación excepcionalísima que por esa misma condición reclama de justificación amplia y suficiente.

Desde luego, si sucede que lo alegado por el impugnante es que se violaron garantías fundamentales del procesado, siempre será posible aducir que ello por sí mismo permite acudir al camino discrecional.

Pero, se repite, la simple afirmación no exonera de la carga procesal de explicar la necesidad de esa intervención discrecional de la Corte, como quiera que se trata de dos exigencias y niveles de argumentación diferentes, de manera que en primer lugar se justifique el requerimiento para que la Sala aborde el conocimiento del asunto, y en segundo término, se sustente adecuada y suficientemente la existencia del vicio o yerro trascendente que obliga modificar o revocar la decisión a favor del recurrente.

Se reitera, si ya por sí mismo el recurso de casación asoma extraordinario, en cuya razón la admisión de la demanda opera consecuencia de que se cumplan unas pautas

argumentales y de sustentación exigentes, el tópico deriva hacia escenarios excepcionalísimos cuando se verifica que, en sentido general, el asunto no admite de esa especial forma de impugnación, tornándose imperioso delimitar amplia y suficientemente la materialización de una de las dos circunstancias que habilitan el examen de la Corte: vulneración de garantías fundamentales o necesidad de desarrollar la jurisprudencia.

En otras palabras, cuando el delito por el cual se condena contempla una pena legalmente establecida inferior a 8 años o la segunda instancia del proceso corresponde a un juzgado, lo normal es que el trámite termine con el fallo del Ad quem, y sólo cuando el recurrente argumenta de manera expresa y suficiente que se impone la intervención de la Sala para restañar garantías vulneradas o hacer dinámica la jurisprudencia, es posible, desde luego, si además se fundamenta cabalmente la existencia de un error trascendente, admitir la demanda de casación. Lo contrario significa tornar general lo que excepcional se ha fijado.

Pero, ni siquiera el impugnante postuló que se hallase en busca de proteger derechos fundamentales y lo que de su demanda se deduce es apenas el interés por hacer prevalecer su criterio, en contra del más autorizado de la segunda instancia.

De esta manera, si la Corte no advierte, porque el recurrente se abstuvo de plantear esos tópicos así fuese de forma adjetiva, que deban protegerse derechos fundamentales o haya de desarrollarse la jurisprudencia, mal puede admitir una demanda que no se aviene con las exigencias formales establecidas.

Ahora, aún en el evento que se dijera superado ese primer escollo, para la Sala es claro que los cargos postulados por el casacionista no resisten un primer análisis de adecuada fundamentación, pues, bajo el ropaje de las causales de casación contempladas en la norma legal, esconde su intención de contraponer sus juicios

valorativos a los del juzgado de segunda instancia, pretendiendo entronizarlos como más contundentes, aunque no alcanza a perfilar una concreta violación que por su trascendencia obligue declarar la absolución pretendida.

Así, cuando el casacionista dice, en el primer cargo, que se vulneró de manera indirecta la ley sustancial, necesariamente remite a errores de hecho en la apreciación probatoria.

Sin embargo, nunca el cargo se enfila por esta senda, dado que lo pretendido entronizar es un factor nulificante, producto de la falta de sustento del fallo de segundo grado.

Además, en ese primer cargo advierte que todas sus argumentaciones, plasmadas en el recurso de apelación surtido contra la decisión de primer grado, no fueron examinadas a despacio por el Ad quem, prefigurándose así violación al derecho de defensa.

Empero, esa sola manifestación no constituye basamento suficiente para estimar que, en efecto, la segunda instancia omitió lo establecido en el numeral 4° del artículo 170 de la Ley 600 de 2000, que obliga del juez incluir en el fallo “El análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión”.

Si lo atacado es el contenido de la decisión de segunda instancia, olvida el recurrente que las exigencias contenidas en el artículo 170 en reseña, operan en toda su extensión para las sentencias de primer grado, pues, los fallos de segunda instancia se encuentran signados por el principio de limitación referenciado en el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, a cuyo cobijo el pronunciamiento sólo puede abarcar el objeto de impugnación y los tópicos “inescindiblemente vinculados al mismo”.

En estricto sentido, lo discutido por el impugnante no es tanto que el ad quem abordase o no el examen de lo dicho por los testigos de descargos, sino que diera a sus

afirmaciones un alcance probatorio diferente al que otorgó interesadamente él, en típico alegato de instancia por completo ajeno a la sede casacional.

Y, si se verifica que el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, se ocupó de forma farragosa y extensa de analizar los testimonios de cargos y de descargos para significar la poca credibilidad de los primeros y la absoluta veracidad de los segundos, ello no significa que el Ad quem debiese abordar uno a uno tales fundamentos y responda también individualmente a lo cuestionado.

La decisión de la instancia nunca puede reclamar ese detalle o minuciosidad, sino que responda adecuadamente a lo pretendido, así las manifestaciones abarquen un espectro más amplio del establecido por el recurrente o utilicen un formato que se aparte del utilizado por este.

Por lo demás, si el fallo de segundo grado acoge en su integridad la tesis de condena propuesta por el A quo, y los fundamentos de la misma, bien puede valerse de esos soportes argumentales consignados en el fallo atacado, sin que sea necesario reiterarlos, ni mucho menos, abordar de nuevo, como parece exigirlo el casacionista, el examen de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Lo importante es que el fallador a quien corresponda desatar la alzada responda suficientemente la pretensión del recurrente y el soporte básico de la misma, como efectivamente sucedió aquí, en tanto, el ad quem claramente se refirió a las pruebas de cargos y descargos, solo que otorgó plena credibilidad a las primeras y desestimó las segundas.

De igual manera, el tópico referido a que la querellante, madre del menor afectado, se abstuvo de recibir una de las cuotas ofrecidas por el procesado, fue también suficientemente tratado en la sentencia de segunda instancia, aunque se limitó su efecto y no se otorgaron al hecho las resultas generales que pretende el demandante.

Y, por último, similar tratamiento argumentativo se entregó a la tesis defensiva referida a la insolvencia económica del acusado, que no entendió el juzgado ad quem suficiente para desvirtuar el delito, o mejor, configurar la exigencia de “justa causa” que obliga absolver; entre otras razones, porque se estimó que la omisión de entregar lo necesario para la manutención del menor obedeció al querer de pasar por alto lo aceptado en diligencia conciliatoria y no a la inexistencia de medios económicos para el efecto.

En fin, que todas las cuestiones problemáticas consignadas en la apelación fueron objeto de examen por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, así ellas no satisfagan las pretensiones del recurrente.

Ahora bien, respecto del segundo cargo postulado en la demanda de casación, apenas cabe reseñar que allí se evidencia más clara la intención del casacionista de anteponer su particular óptica probatoria a la más autorizada del ad quem, como quiera que si bien, prefigura supuestamente existente un vicio de hecho por falso juicio de identidad, nunca demuestra su cabal materialización.

Ya la Corte tiene edificada sólida y reiterada jurisprudencia referida a la forma en que deben sustentarse lógico-jurídicamente los errores de hecho y, en particular, el falso juicio de identidad que, en cuanto error objetivo reclama una postulación si se quiere elemental que obliga del demandante citar lo que en concreto contiene la prueba para después contrastarlo con lo que de ella leyó el fallador, demostrando así la disonancia entre el contenido real y el asumido.

Entonces, para el caso concreto, si lo reclamado por el casacionista es que el Juzgado del Circuito dejó de lado apartados trascendentes de lo dicho por algunos testigos de descargos, era menester citar expresamente lo que manifestó cada testigo, individualmente considerado, en su atestación jurada, para después delimitar

específicamente qué leyó de ello el juzgador ad quem y así establecer la disonancia.

Después de ese inicial ejercicio, cabe agregar, era necesario que se abordase el examen integral de lo recogido probatoriamente, eliminado el yerro de cercenamiento, a efectos de demostrar que esa omisión fue de tal trascendencia que cambia el panorama suasorio, al punto de obligar modificar la condena por absolución.

Esa no fue una tarea que adelantase siquiera de soslayo el demandante y por ello lo propuesto se encamina indefectiblemente al fracaso, no solo en virtud de que el principio de limitación impide de la Corte construir adecuadamente el cargo, sino porque asoma ostensible la pretensión del impugnante de entronizar su alegación de instancia, sin demostrar siquiera por asomo un error trascendente en casación que obligue la intervención de la Corte.

Así las cosas, la carencia de sustentación adecuada de la demanda y, primordialmente, la completa ausencia de argumentos que demuestren necesaria la vía discrecional, se erigen en factores ineludibles que tornan imperiosa su inadmisión.

DE LA CASACIÓN OFICIOSA

Si bien la Sala, ante las inocultables falencias de fundamentación, inadmitió la demanda presentada por el defensor del procesado, ello no implica que frente a su labor de velar por la protección de garantías fundamentales, deba pasar por alto la evidente vulneración en que incurrieron las instancias al momento de dosificar la pena impuesta al procesado.

Ya la Corte tiene sentado de manera pacífica y reiterada, razón por la cual no se hace necesario, por farragoso, transcribir lo que debiera ser suficientemente conocido por las distintas instancias judiciales, que todas las circunstancias referidas al delito, con incidencia en la determinación final de la pena aplicable al procesado, han de ser

incluidas en la resolución de acusación, pues, sólo así se garantizan, además del principio de congruencia, los de contradicción, debido proceso y derecho de defensa, en tanto, mal puede decirse consonante un fallo que tome en cuenta, para desmejorar la situación del acusado, elementos agravantes no consignados en la acusación, mismos que, por lo demás, no fueron objeto de controversia o contradicción, en tanto, desconocidos por el procesado y su defensor, en ese sentido sorprendidos con la decisión condenatoria que los hace valer.

Ello, sobra recordar, dice relación no sólo con las circunstancias que modifican límites punitivos –dígase calificantes o agravantes específicas del delito-, sino respecto de aquellas que facultan la definición del cuarto dentro del ámbito punitivo de movilidad en que ha de ubicarse el funcionario para la correspondiente individualización –vale decir, las dispuestas en el artículo 58 del C.P.-

De esta manera, se observa que en el auto a través del cual se calificó el mérito del sumario, dentro del acápite destinado a la calificación jurídica del delito atribuido al procesado, expresamente se señala:

“La conducta por la cual se procede se encuentra descrita y sancionada en el código penal vigente, ley 599 de 2000, libro segundo, título VI DELITOS CONTRA LA FAMILIA, Capítulo Cuarto, “De los delitos contra la Asistencia Alimentaria”, Artículo 233 –INASISTENCIA ALIMENTARIA, sancionada con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Sobra advertir que el inciso primero del artículo 133 en cita, efectivamente rotula así la conducta y su consecuencia punitiva.

Empero, al momento de dosificar la sanción, el juez A quo, expresamente señaló, luego de transcribir los dos incisos del artículo 133 del Código Penal: “En el sub lite se dará aplicación al inciso segundo del citado canon, toda vez que quien obra como

ofendida en las presentes diligencias es una menor de edad.”

El inciso segundo del artículo 133 en reseña, contempla:

“La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”.

Y, en seguimiento de lo que el inciso segundo consagra, el fallador A quo procedió a fijar la pena en un rango que oscila entre 2 y 4 años de prisión y multa entre 15 y 25 salarios mínimos legales mensuales, hasta derivar, dentro del cuarto inferior, en sanción de 28 meses de prisión y multa en cuantía de 15 salarios mínimos mensuales, en otras palabras, determinó el mínimo imponible de la pecuniaria e incrementó en 4 meses la aflictiva de libertad.

El fallo de segundo grado ratificó lo expuesto por el inferior funcional, en punto de la dosificación de la sanción, de la siguiente forma:

“Por lo demás, se encuentran apropiadas las reflexiones y conclusiones concernientes a las penas impuestas (acompañadas al artículo 233 del Código Penal), pues, la pena corporal de veintiocho (28) meses de prisión, aplicada al procesado, hace parte del cuarto mínimo de movilidad correlativo a la norma violada, ya que la inasistencia alimentaria” se cometió “contra un menor de catorce (14) años”.

No se duda que, en efecto, la víctima del delito corresponde a un infante, para el momento de los hechos.

Sin embargo, esa no fue una calidad que tuviese en cuenta el Fiscal al momento de formular la acusación, pues, de la sola transcripción de lo consignado en el acápite de “CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL”, se verifica inconcusa la definición de que lo

actuado no comporta esa circunstancia de agravación referida a la edad de la víctima, limitando el hecho a la calificación general establecida en el inciso primero del artículo 233 de la Ley 599 de 2000, al punto que incluso transcribió la penalidad allí inserta (1 a 3 años de prisión y multa entre 10 y 20 salarios mínimos).

Entonces, independientemente de lo que objetivamente se registra, es lo cierto que ni fáctica ni jurídicamente la minoría de edad de la víctima fue objeto de la acusación.

Si así ocurre, desde luego que ostensible se aprecia el desbordamiento en que incurrieron ambas instancias al momento de definir típicamente la conducta objeto de condena y proceder después a delimitar la sanción, en clara vulneración de los principios de congruencia y debido proceso, a más de los derechos de defensa y contradicción.

Debe, por ello, restañarse el daño causado dosificando la sanción en consonancia con lo que fue objeto de acusación, esto es, dentro de un rango de pena de 1 a 3 años de prisión y multa en cuantía de 10 a 20 salarios mínimos legales mensuales.

Para respetar los criterios tomados en cuenta por el a quo, la sanción pecuniaria se fija en el mínimo, esto es, 10 salarios mínimos legales mensuales.

Como en la sanción aflictiva de la libertad el juez de primera instancia incrementó, por la gravedad del hecho, 4 meses sobre el mínimo de 24 meses, se entiende que ello equivale a un aumento del 16.8 por ciento, que aplicado a 12 meses, corresponde a 2 meses, hasta derivar en pena de prisión de 14 meses. En igual lapso se determina la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor, en el proceso que por el delito de inasistencia alimentaria culminó en las instancias con fallo condenatorio en contra de FABIÁN ANDRÉS VÁSQUEZ MELO.

SEGUNDO: CASAR oficiosamente el fallo. En consecuencia, la pena que deberá descontar el acusado VÁSQUEZ MELO, se reduce a CATORCE (14) MESES DE PRISIÓN y multa en cuantía de 10 salarios mínimos legales mensuales. En el mismo lapso de la pena de prisión se fija la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo demás rige lo dispuesto por las instancias.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria