

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP162-2018

Radicación n° 48273

(Aprobado Acta n° 6)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de enero de dos mil dieciocho.

Con el fin de verificar si reúne los requisitos formales que condicionan su admisión, bajo la ritualidad de la Ley 906 de 2004, la Sala examina la demanda de casación presentada por la Fiscalía General de la Nación en contra del fallo proferido el 15 de marzo de 2016 por el Tribunal Superior de Popayán, que revocó la sentencia condenatoria emitida el 27 de agosto de 2015 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Patía (El Bordo) –Cauca-.

HECHOS

En el fallo de primera instancia se declaró probado que JESÚS DAVID CERÓN SANDOVAL se sustrajo sin justa causa al cumplimiento de la obligación alimentaria que tiene para con su hijo Juan David Cerón Balcazar, nacido el 15 de julio de 2009. Lo anterior a pesar de que el 8 de julio de 2013 un juzgado de familia estableció en \$80.000 la cuota con la que debía contribuir para la manutención del menor.

ACTUACIÓN RELEVANTE

El 28 de abril de 2014 la Fiscalía formuló imputación en contra de CERÓN SANDOVAL por el

delito de inasistencia alimentaria, previsto en el artículo 233 del Código Penal. El 11 de septiembre siguiente lo acusó bajo los mismos presupuestos fáctico y jurídico.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el 27 de agosto de 2015 el Juzgado Promiscuo Municipal de Patía (El Bordo) –Cauca- lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 40 meses, tras hallarlo penalmente responsable del delito incluido en la acusación. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el Tribunal Superior de Popayán revocó la sentencia condenatoria, mediante proveído del 28 de marzo de 2016, que fue objeto del recurso de casación presentado por la Fiscalía General de la Nación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El impugnante incluyó tres cargos en la demanda.

Primer cargo: violación directa de la ley sustancial.

Plantea que el Tribunal interpretó erradamente el artículo 233 del Código Penal, en la medida en que confundió la justa causa a que hace alusión la norma, con la demostración de la capacidad económica del procesado. Además de referirse a varios ejemplos de motivaciones para el incumplimiento de la obligación alimentaria que no pueden tenerse como justificación, hace hincapié en que si se exigiera la demostración de la capacidad económica del obligado no sería posible condenar por este delito a quienes son juzgados en ausencia, ni podría imponerse la sanción cuando la Fiscalía no logre demostrar ese aspecto, lo que afectaría gravemente los derechos de los menores. Dijo:

[a] la Fiscalía en principio simplemente le compete demostrar en la conducta de inasistencia alimentaria, que una persona se está sustrayendo sin causa que lo justifique de la obligación

alimentaria que tiene hacia otra persona. Que probatoriamente no emerge una razón que permita estimar fundada o excusable la omisión. La norma jamás se refiere, ni de ella se desprende que, por ende, la Fiscalía siempre tenga que demostrar que la persona tiene capacidad económica para pagar. De hecho, en principio únicamente bastaría enunciar, como lo dice la Corte, que se incumplió “sin un motivo, sin razón que lo justifique”, la obligación alimentaria.

De acuerdo con la norma, de existir una justa causa, ¿a quién entonces compete aducirla e incluso demostrarla, sino es a aquél que la conoce? Solo cuando la persona acusada o a través de pruebas fidedignas vertidas en el juicio se señala existencia de una justa causa, y en ello entra en grado de discusión la alegación de incapacidad económica que haga el obligado, podría decirse que la Fiscalía tenga que probar solvencia económica.

Segundo cargo: violación directa de la ley sustancial.

En su opinión, al absolver al procesado por las dudas no disipadas sobre su capacidad económica, el Tribunal violó directamente las diversas normas del ordenamiento jurídico que consagran la prevalencia del interés del menor y obligan a su protección, entre ellas el artículo 44 de la [Constitución Política](#), y los artículos 2, 5, 8, 9, 11, 14, 24, 129, 192 y 193 de la Ley 1098 de 2006.

Tercer cargo: “desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”.

Resalta que la Fiscalía demostró la capacidad económica del procesado con los testimonios de César Alberto Rendón Grijalba, Dina Marcela Balcazar Rengifo y Rosanita Balcazar Rengifo, así como con lo expresado por CERÓN SANDOVAL en el trámite surtido en el juzgado de familia que tuvo a cargo la fijación de la cuota alimentaria, en el sentido de que devengaba un salario de veinte mil pesos diarios.

Hizo hincapié en que el investigador Rendón Grijalba verificó en la empresa ALKANOS que el procesado al parecer trabajo con uno de los contratistas, y que varios obreros de la misma le comentaron que recibían “buena quincena”. Igualmente mencionó que la testigo Rosanita Balcazar dijo que el procesado no veía al niño desde hacía un año, “y desde ese tiempo atrás, vivía en El Bordo, tiempo en el cual había trabajado abriendo unas chambas, precisando que no recordaba en qué tiempo”. Agregó:

De esta afirmación de la testigo está precisamente reluciendo la actualidad laboral del acusado atrás pregonada, concerniente al periodo imputado, ya que cuando declara la testigo, lo hace apenas un poco más de un año del momento en que JESÚS DAVID CERÓN laboraba abriendo unas chambas, fecha para la cual había sido instaurada la denuncia, la cual data de octubre de 2013, fecha coincidente con el tiempo en que el investigador CÉSAR ALBERTO RENDÓN GRIJALBA supo que estaba trabajando, solo que al momento de verificar éste había dejado de trabajar. En otras palabras, la testigo dio a entender claramente que hace aproximadamente un año atrás a su declaración, JESÚS DAVID CERÓN SANDOVAL trabajaba abriendo chambas, lo cual hace inexacto las afirmaciones del Tribunal.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado, “para en su lugar ratificar la condena impuesta en primera instancia”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Corte encuentra oportuno reiterar que el recurso extraordinario de casación, conforme a los lineamientos del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede como un control constitucional y legal de las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos y garantías fundamentales, por los motivos señalados en las causales previstas por el legislador.

De la misma manera, recalca cómo el inciso segundo del artículo 184, ibídem, establece

que no será seleccionada la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

2. Bajo las anteriores pautas, la demanda presentada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación no reúne los requisitos para su admisión. La Sala analizará los cargos en el orden propuesto por el impugnante.

Primer cargo: Violación directa de la ley sustancial.

Aunque orientó la censura por la senda de la causal de casación prevista en el artículo 184, numeral 1º, de la Ley 906 de 2004, el censor no explicó por qué el Tribunal interpretó erradamente el artículo 233 del Código Penal, al concluir que: (i) la ausencia de justa causa es un elemento estructural de ese tipo penal; y (ii) por tanto, debe constatarse que el sujeto activo contaba con los recursos económicos para cumplir su obligación y a pesar de ello optó por no hacerlo. Al efecto, debe resaltarse que el Tribunal hizo una copiosa relación de la jurisprudencia de esta Corporación sobre ese aspecto en particular.

En lugar de proponer la interpretación jurídica que considera correcta, el impugnante se limitó a traer ejemplos de motivaciones que no podrían tenerse como justa causa del incumplimiento de la obligación alimentaria, entre ellas, la destinación de los recursos al consumo de drogas o alcohol, el hecho de que la ex pareja haya iniciado una nueva relación sentimental, etcétera. Sin embargo, elude el asunto de fondo, esto es, la demostración de que el procesado contaba con recursos económicos, lo que haría pertinente el debate sobre las razones para incumplir la obligación a pesar de estar en capacidad de asumirla.

De otro lado, se refirió a las dificultades que tendría la Fiscalía para investigar este elemento estructural del tipo penal, y resaltó que de exigírsele la demostración de la capacidad económica del procesado no sería posible condenar por este delito a quienes sean

juzgados en ausencia. Estos razonamientos tampoco pueden tenerse como sustentación adecuada del recurso extraordinario de casación, no solo porque no atañen directamente a la interpretación de la ley penal, sino además porque desconocen lo que de tiempo atrás ha establecido esta Corporación en el sentido de que el Estado, que cuenta con amplias posibilidades en materia de investigación y tiene la posibilidad de utilizar diversos medios de conocimiento, en virtud del principio de libertad probatoria, no puede eludir la demostración de los elementos estructurales de la conducta punible ni puede invertir la carga de la prueba, tal y como lo insinúa el impugnante cuando plantea que es al procesado a quien le corresponde demostrar que no contaba con recursos para asistir económicamente a su hijo (CSJSP, 18 Ene. 2017, Rad. 40120, entre otras).

En síntesis, aunque el Tribunal explicó, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SP, 23 Mar. 2006, Rad. 21161, entre otras), que el elemento “sin justa causa” hace parte del tipo consagrado en el artículo 233 del Código Penal, lo que hace imperioso demostrar que el procesado estaba en capacidad de brindar los alimentos debidos, el impugnante se limitó a lo siguiente: (i) enunciar algunos ejemplos de justificaciones inaceptables, sin considerar que todos ellos parten del presupuesto de la capacidad económica del procesado; (ii) opinar sobre las dificultades investigativas y hacer énfasis en la posibilidad de que los procesados en ausencia no puedan ser condenados; y (iii) argüir que es al procesado a quien le compete demostrar la falta de recursos, sin considerar la decisión legislativa de incluir el referido elemento estructural del tipo penal y sin atender los lineamientos jurisprudenciales atrás citados. Por tanto, sus argumentos no pueden tenerse como sustentación adecuada del recurso extraordinario de casación.

Segundo cargo: violación directa de la ley sustancial.

El censor se limitó a afirmar que la postura asumida por el Tribunal resulta violatoria de las normas que consagran los derechos de los niños y disponen su carácter prevalente. En su escueta disertación no explicó por qué se violan los derechos de los menores por el hecho

de exigirle a la Fiscalía que demuestre todos los elementos estructurales de la conducta punible, ni tuvo en cuenta que esa protección puede lograrse si esa institución cumple a cabalidad sus obligaciones constitucionales y legales (CSJ SP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899).

En suma, su disertación está estructurada sobre la idea, tácita por demás, de que la protección de los menores de edad en el ámbito del proceso penal justifica la inversión de la carga de la prueba y, en general, la violación de las garantías del procesado, lo que resulta inadmisibles como sustentación del recurso extraordinario de casación. Esa protección, se insiste, solo puede lograrse a través de investigaciones debidamente estructuradas, que le permitan a la Fiscalía demostrar suficientemente la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida en la acusación.

Tercer cargo: “desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”.

El Tribunal explicó por qué las pruebas presentadas por la Fiscalía son insuficientes para demostrar que el procesado estaba en capacidad de brindarle alimentos a su hijo y que, por tanto, su omisión no tiene una justa causa. Hizo alusión a las precarias actividades realizadas por el investigador Rendón Grijalba, quien obtuvo información de que CERÓN SANDOVAL al parecer trabajaba con un contratista de la empresa ALKANOS, pero nunca la constató, y se limitó a referir en su informe que algunos trabajadores de esa empresa, a quienes no identificó, dijeron estar satisfechos con la remuneración que recibían. Igualmente, hizo énfasis en que la testigo Balcazar Rengifo se mostró dubitativa cuando se refirió a la ubicación del procesado y a la actividad laboral que este realizó durante el tiempo en que incumplió la obligación que tiene con su hijo.

Ante esta realidad procesal, el censor no explicó en qué consistieron los errores del fallador de segundo grado al valorar los medios de prueba, esto es, si cercenó, tergiversó o adicionó alguno de ellos (falso juicio de identidad), si omitió valorar pruebas practicadas durante el

juicio oral o consideró alguna que no haya sido incorporada (falso juicio de existencia), etcétera. En lugar de ello, se limitó a emitir sus opiniones sobre la forma como las pruebas deben ser valoradas y eludió analizar las consideraciones del Tribunal sobre la precaria investigación adelantada por la Fiscalía.

Tampoco explicó por qué las expresiones del procesado durante el trámite adelantado en el Juzgado Promiscuo de Familia podrían tenerse como prueba en el proceso penal, y por qué las mismas serían suficientes para demostrar su capacidad económica. En el mismo sentido, eludió referirse a la admisibilidad de los comentarios que supuestamente escuchó el investigador de la Fiscalía en torno a la posible vinculación laboral de CERÓN SANDOVAL con un contratista de la empresa ALKANOS (lo que no fue objeto de constatación). Lo mismo sucedió con las manifestaciones de unos trabajadores –que no fueron identificados– sobre su conformidad con los salarios que allí recibían.

Las anteriores son razones suficientes para inadmitir a demanda por este cargo en particular.

3. Por último, de la revisión del expediente no se advierte la vulneración de alguna garantía fundamental que amerite el ejercicio de las facultades oficiosas de la Corte y la lleve a pronunciarse en camino a su protección.

4. De conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra el presente auto procede el mecanismo especial de insistencia, dentro de los términos y parámetros desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ AP, 5 Sep. 2012, Rad. 36578; 27 Feb 2013, Rad. 37948, entre otros).

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

RESUELVE

1.- Inadmitir la demanda de casación presentada por la Fiscalía General de la Nación por conducto por fiscal 02 local del municipio de Patía (El Bordo) -Cauca-.

2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia, según lo indicado en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria