

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP1984-2018
Radicación N° 47.107
(Aprobado Acta N° 171)

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Culminada la audiencia de sustentación del art. 184 inc. 4° de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia del 10 de septiembre de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca. A través de esta decisión, se revocó el fallo condenatorio dictado por el Juzgado 2° Penal Municipal de Conocimiento de Zipaquirá y, en consecuencia, se absolvió a JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN por el delito de inasistencia alimentaria.

I. HECHOS

En audiencia de conciliación llevada a cabo el 26 de abril de 2005 en el I.C.B.F. de Zipaquirá, JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN acordó con Mily Johana Gutiérrez Veloza que, en lo sucesivo, suministraría alimentos a su menor hija K.G.C.G.¹ de la siguiente manera: i) mediante el pago de una cuota alimentaria por la suma de \$105.000 mensuales; ii) a través del suministro de tres mudas de ropa anuales y iii) asumiendo el 50% de los costos de salud y educación.

Desde septiembre de 2009, JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN dejó de cumplir con el referido acuerdo, motivo por el cual el 28 de abril de 2010 la señora Gutiérrez Veloza, madre de la niña, formuló querrela en contra de aquél por el delito de inasistencia alimentaria.

Con el fin de agotar el requisito de procedibilidad previsto en el art. 522 del C.P.P., el 12 de febrero de 2013 se efectuó otra conciliación, en la Fiscalía. Esta vez, el señor CASTRO BALLÉN se obligó a pagar \$7.000.000 en 12 cuotas mensuales, compromiso que tampoco cumplió.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Con fundamento en los referidos hechos, el 21 de noviembre de 2013, ante el Juzgado 4° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Zipaquirá, la Fiscalía formuló imputación a JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN como posible autor del delito de inasistencia alimentaria (art.

¹ Cuyo nombre se omite para preservar su derecho a la intimidad (art. 15 y 44 de la Constitución y art. 33 del Código de Infancia y Adolescencia).

233 del C.P.), cargo que no fue aceptado por el imputado, sin que éste fuere afectado con medida de aseguramiento alguna.

Presentado el respectivo escrito, el 9 de abril de 2014 ante el Juzgado 2° Penal Municipal con Función de Conocimiento de Zipaquirá, la Fiscalía acusó a JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN como probable autor del mencionado cargo.

El acusado optó por ejercer su derecho a ser juzgado públicamente. Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, el juez dictó sentencia el 18 de agosto de 2015. Por estimar acreditada la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria, condenó a JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 32 meses, junto a la de multa en cuantía de 20 s.m.l.m. De otro lado, concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por el defensor contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2015, lo revocó y absolvió al acusado.

Dentro del término legal, el apoderado de víctima interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, cuya admisión dispuso la Corte por medio de auto del 13 de diciembre de 2017. En sesión del 5 de abril de 2018 se celebró la audiencia de sustentación del recurso de casación, donde participaron la Fiscal 2ª delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el apoderado de la víctima, la defensora de familia, la Procuradora 2ª delegada para la Casación Penal y el defensor del acusado.

III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

3.1 Por la vía del art. 181-3 del C.P.P., el apoderado de la víctima formuló un único cargo por violación indirecta de la ley sustancial, por manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, fundado en falsos juicio de existencia e identidad y falso raciocinio.

En sustento de tal planteamiento, afirma, en el juicio se acreditó que JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN tenía capacidad económica para cumplir con el pago de las cuotas alimentarias, pero dolosamente y sin justificación alguna se sustrajo del deber de proporcionar alimentos a su menor hija. Empero, enfatiza, el *ad quem* le dio un distinto alcance persuasivo a “la prueba”, distorsionando su contenido objetivo.

Las labores investigativas dirigidas a establecer el arraigo y capacidad económica del procesado, prosigue, quedaron consignadas en el respectivo informe de policía judicial que fue incorporado en el juicio oral. Allí, destaca, el investigador Bejarano Buitrago dio cuenta del arraigo laboral de JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN, quien ejercía el oficio de panadero, por el cual devengaba un salario mínimo mensual. Además, subraya, se probó que el acusado es copropietario de 3 lotes ubicados en Ubaté, de acuerdo con la información suministrada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

De otro lado, expone, los pagos *parciales* hechos por el procesado corroboran que sí tenía capacidad económica para

atender y satisfacer la obligación alimentaria; de lo contrario no habría podido efectuar dichos abonos. Cuestión distinta, añade, es que aquél injustificada y dolosamente hubiera desatendido su deber alimentario en su totalidad.

Que el investigador no hubiera podido determinar la actividad económica del procesado al momento de proferir sentencia de segunda instancia, puntualiza, es algo intrascendente para determinar su responsabilidad penal por los hechos constitutivos de *la acusación*, toda vez que lo que se pretendía establecer era a qué se dedicaba aquél en el tiempo comprendido entre la presentación de la querella y la formulación de la imputación.

El Tribunal, afirma, incurrió en *falso juicio de identidad* en el “*análisis y valoración testimonial*”, por cuanto al fijar el contenido de las declaraciones de los testigos, lo distorsionó y cercenó. Ello se hace evidente, resalta, cuando se concluye que el investigador judicial no logró determinar cuál era la actividad económica del procesado, cuestionando si ejercía o no el oficio de panadero.

El *ad quem*, continúa, recalcó en que el informe de policía judicial no indica que los lotes en los que JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN aparece como copropietario generan algún fruto por arrendamiento, cultivos o cualquier otra actividad. Empero, cuestiona, ello carece de trascendencia a fin de analizar la justa o injusta causa del incumplimiento de la obligación alimentaria, pues para tal fin es que la persona debe disponer de su patrimonio.

Según el Tribunal, agrega, no existe prueba de la capacidad económica del procesado ni de que se hubiera

sustraído injustificadamente de su obligación. En ese sentido, enfatiza, si bien Blanca Inés Ballén, progenitora del acusado, clarificó en el juicio que no le constaba cuánto devengaba su hijo como panadero, los juzgadores de instancia -en su sentir- debieron aplicar la presunción legal de que aquél devengaba por lo menos un salario mínimo legal mensual para determinar la capacidad económica, en conjunción con las demás pruebas que acreditaban tal situación.

Además, continúa, la prenombrada testigo afirmó que le daba dinero a su hijo para que cumpliera con la cuota alimentaria. Sin embargo, subraya, a fin de respaldar su hipótesis de duda probatoria, el Tribunal se focalizó en que, según Blanca Ballén, su hijo era quien cuidaba de ella, su esposo y un tío, velando por su alimentación, pero a tal aspecto, sostiene, no debe dársele credibilidad por su evidente interés de favorecer injustamente al procesado.

En tal virtud, solicita a la corte casar la sentencia de segundo grado a fin de que recobre vigencia la condena dictada en primera instancia.

Esa petición fue reiterada en la audiencia de sustentación del recurso de casación, en cuyo marco el impugnante recalcó en que la apreciación y valoración de los testimonios del patrullero Bejarano Buitrago, del procesado JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN y de Blanca Inés Ballén se ven invalidadas por falsos juicios de identidad y falso raciocinio. Así mismo, enfatizó en que se acreditó debidamente la capacidad económica del acusado.

3.2 Por su parte, **la fiscal** demanda que la Corte acoja las peticiones del libelo y, por consiguiente, valide la sentencia

condenatoria de primera instancia. El Tribunal, destaca, confundió la actividad laboral del procesado con su capacidad para trabajar, toda vez que ésta consiste en el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de orden físico, mental y social que permiten desarrollarse en un trabajo, por lo cual, a su modo de ver, el *ad quem* erró al sostener que no se constató la actividad diaria que desempeñaba el acusado.

Aunado a la anterior, resalta, los falladores de segunda instancia se equivocaron al afirmar la existencia de dudas sobre la capacidad laboral y económica del señor CASTRO BALLÉN ante la presunta escasez de ingresos. En este mismo sentido, sostiene, las propiedades de cabeza de aquél y sus hermanos acreditan la existencia de un patrimonio del cual derivaba su capacidad de sufragar alimentos para su hija menor de edad.

3.3. A su turno, **la procuradora para la casación penal** expone que, pese al falso juicio de identidad y falso raciocinio que pudieron haberse cometido al apreciar y valorar las pruebas, el fallo impugnado no debe casarse debido a que no subsiste prueba suficiente para condenar.

La delegada del Ministerio Público considera que, contrario a lo planteado por el demandante, el análisis *en conjunto* de los elementos de juicio necesariamente ha de conducir a la conclusión fijada por el Tribunal. En su criterio, puntualiza, la Fiscalía no acreditó más allá de toda duda que el procesado tenía capacidad económica para cumplir con la cuota alimentaria a la que se obligó mediante acuerdo conciliatorio.

Lo cierto es que, expone, la carencia de recursos económicos de JOSÉ MAURICIO CASTRO le impidió cumplir con la obligación, dado que la sustracción no fue por su deseo de incumplir, sino que derivó de su incapacidad para pagar. Al respecto, destaca, hubo cumplimiento parcial de la obligación, al tiempo que no recibe sueldo sino dinero de su madre para manejar una buseta.

Cuando el agente se sustrae del cumplimiento de la obligación alimentaria por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, concluye, no es dable afirmar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria. Por tal razón, en su criterio, la sentencia impugnada no debe ser casada.

3.4 De otro lado, **la defensora de familia** solicita a la Corte casar la sentencia, toda vez que los arts. 42 y 44 de la Constitución establecen que a los menores les asiste el derecho de recibir alimentos por parte de sus progenitores.

Los derechos constitucionales a la vida, a la integridad física, a la educación, a la cultura, a la salud y a una alimentación equilibrada, subraya, sólo pueden garantizarse con el cabal suministro de alimentos, no con pagos parciales, esporádicos e irrisorios como en el presente caso.

De otro lado, resalta, el acusado no tiene ningún nivel de discapacidad física ni cuenta con un dictamen médico que determine que está en imposibilidad de laborar; y es por ello que, sostiene, ha de presumirse que tiene las capacidades para ejercer un arte u oficio, con el fin de cumplir tal obligación.

También, subraya, se estaría vulnerando el principio de corresponsabilidad contenido en el art. 10 de la Ley 1098 de 2006 por parte del progenitor, debido al incumplimiento de la obligación alimentaria que le corresponde, así como por el Estado, pues, según su entendimiento, no debe absolverse a quien legal y físicamente es capaz de proporcionar alimentos.

3.5 Por último, el **defensor** del acusado expone que el cargo formulado no debe prosperar, bajo el entendido que si la prueba que -se dice- fue incorporada en el juicio se dejó de valorar, el error en el que se incurriría sería en el de falso juicio de existencia y no en falso raciocinio. En ese sentido, resalta, mal podría afirmarse que el informe de investigador de campo dejó de apreciarse, pues es claro que se valoró el testimonio del patrullero con el cual se introdujo.

De otro lado, destaca, quien suscribió el informe de policía judicial y testificó en el juicio oral fue el patrullero Bejarano Buitrago, pero quienes realizaron las labores de campo en relación con el arraigo del procesado y su capacidad económica -no laboral-, fueron funcionarios subcomisionados por aquél. Y estos últimos, puntualiza, no declararon en el juicio oral. Por lo tanto, concluye, el patrullero Bejarano Buitrago sólo es un testigo “*circunstancial*”.

Además, expone, no es dable que para estructurar la responsabilidad penal se presuma la capacidad económica del procesado ni, mucho menos, el dolo en su conducta. Como no existe certeza sobre tales aspectos, señala, se debe aplicar la presunción de inocencia y absolver al acusado, como lo hizo el Tribunal, por lo que pide a la Corte abstenerse de casar la sentencia de segunda instancia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda se declaró ajustada a las exigencias previstas en el art. 184 del C.P.P., la Sala analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, especialmente las dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación y la reparación de los agravios inferidos a las partes, según lo establecido en el artículo 180 *idem*.

4.1 De acuerdo con el art. 181-3 *idem*, la casación procede cuando se afecten garantías fundamentales, producto del manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación *de la prueba* sobre la cual se ha fundado la sentencia de segunda instancia. Allí se encuentra consagrada la modalidad de infracción *indirecta* o *mediata* de la ley sustancial, por errores en la construcción de la premisa *fáctica* del silogismo jurídico.

Los errores *de hecho* implican el desconocimiento de una situación fáctica, producto de la incursión en falsos juicios de existencia, de identidad o falso raciocinio.

La primera de dichas hipótesis -falso juicio de existencia- se presenta cuando, al proferir la sentencia impugnada, el fallador desconoce por completo el contenido material de una prueba debidamente incorporada a la actuación; también, cuando le concede valor probatorio a una que jamás fue recaudada, suponiendo su existencia.

En segundo término, el falso juicio de identidad tiene ocurrencia cuando en el fallo confutado el juzgador distorsiona o

tergiversa el contenido fáctico de determinado medio de conocimiento, haciéndole decir lo que en realidad no dice, bien sea porque realiza una *lectura* equivocada de su texto, le agrega circunstancias que no contiene u omite considerar aspectos relevantes del mismo.

En tercer lugar, el falso raciocinio se configura cuando el Tribunal observa la prueba en su integridad, pero *al valorarla o escrutarla* desconoce los postulados de la sana crítica, es decir, una concreta ley científica, un principio lógico o una máxima de la experiencia.

A efectos de acreditar la existencia del yerro, tiene dicho la Sala, el censor ha de señalar la prueba o inferencia en la cual recayó el error. Posteriormente, debe identificar el principio lógico, la máxima de experiencia o el postulado científico que, en concreto, el juzgador desconoció en el proceso de *valoración* probatoria, con indicación clara y precisa de las razones por las cuales su aplicación resultaba necesaria para la corrección de la conclusión cuestionada en el caso concreto.

Cualquiera de los mencionados yerros debe ser *trascendente* desde el punto de vista jurídico, esto es, que frente a la valoración conjunta de la prueba realizada por el Tribunal, su exclusión debería conducir a adoptar una decisión *sustancialmente diversa* a la recurrida.

4.2 Pues bien, a fin de verificar si el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley por errores *de hecho* en la fijación de los enunciados fácticos con fundamento en los cuales declaró la responsabilidad del acusado como autor del delito de inasistencia alimentaria, la Sala procederá, en primer lugar, a

reconstruir la estructura probatoria del fallo impugnado (num. 4.2.1 *infra*). En segundo término, precisará algunos elementos pertenecientes a la descripción típica del delito previsto en el art. 233 del C.P. (num. 4.2.2 *infra*). Con esa base, en tercer orden, verificará si el escrutinio probatorio da cuenta de alguna infracción constitutiva de yerro fáctico (num. 4.2.3 *infra*) y, de ser así, si los errores de apreciación o valoración impactan las bases fundantes de la absolución (num. 4.2.4 *infra*).

4.2.1 Según se extracta de la sentencia de segunda instancia, de acuerdo con el respectivo certificado de registro civil, está probado que el acusado es el padre de K.G.C.G., nacida el 26 de mayo de 2004. Así mismo, que ante la Defensora de Familia de Zipaquirá, en el año 2005, aquél se obligó a pagar como cuota alimentaria mensual la suma de \$105.000, que se incrementaría de conformidad con el IPC, así como a suministrar tres mudas de ropa anualmente y a la mitad de los gastos de educación y salud.

En cuanto a si el incumplimiento parcial de la referida cuota alimentaria por parte de JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN es o no injustificado, el Tribunal puso de presente que Mily Johana Gutiérrez Veloza expuso en el juicio que cuando conoció al procesado, éste se desempeñaba como panadero, que actualmente tiene finca y que, desde el mes de septiembre de 2009 a la fecha de la audiencia de imputación (21.11.2013), no aporta cumplidamente la cuota alimentaria acordada, sino que cancela lo que quiere, o sea, “*sumas insignificantes*” a través de *Efecty*, motivo por el cual ella, con la ayuda de su esposo, responde por los gastos de su hija, incluida la seguridad social.

De otro lado, el *ad quem* reseñó que María del Pilar Veloza, madre de la querellante, expuso que cuando su hija conoció al procesado, éste laboraba en una panadería. También, que lo ha visto transportando niños en una ruta escolar, que es propietario de fincas y que, en algunas ocasiones, aportaba dinero para la manutención de K.G.C.G., eventualidad en la cual ella firmó recibos, sin que sepa cuánto adeuda por alimentos.

Por su parte, prosigue la sentencia, el investigador Wilson Fernando Bejarano Buitrago declaró que para establecer el arraigo del señor CASTRO BALLÉN indagó en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Ubaté, logrando establecer que aquél figura como dueño de bienes inmuebles, pero no determinó qué actividad desempeñaba.

A su turno, señala el *ad quem*, Blanca Inés Ballén aseveró que su hijo JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN cuida de ella, su esposo y un tío, todos adultos mayores enfermos, que fue panadero “*hace rato*” en un local de ella que terminó dando en arriendo por \$300.000, los cuales destina para alimentación, medicamentos y pago de servicios. Además, que su hijo presta el servicio de transporte escolar a tres niños que pagan cada uno \$50.000. La testigo igualmente sostuvo, de acuerdo con la sentencia, que se vio “*obligada a escriturarle*” unos lotes a sus hijos, entre ellos, JOSÉ MAURICIO, para evitar que los remataran por una deuda. También, se resalta, la señora Ballén aseguró que le ha dado dinero a su hijo para la cuota alimentaria de su nieta.

Del testimonio del acusado, el Tribunal destacó que aquél aseveró haber cumplido con la cuota alimentaria, como consta en los recibos de las consignaciones de la empresa de giros *Efecty* y otros firmados por la mamá y la abuela de la niña, así mismo, que cuida de sus padres y su tío abuelo enfermos, que presta el servicio de ruta escolar a tres niños que pagan mensualmente \$50.000 cada uno y que no se dedica a la panadería porque su madre arrendó el local. Es ella, según el señor CASTRO BALLÉN, quien le da dinero para hacer el recorrido escolar que destina para cubrir la cuota alimentaria a favor de su hija, de ahí que a veces pague más o menos de lo pactado.

Como pruebas documentales, enfatiza el *ad quem*, se incorporaron tres certificados de tradición y libertad de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ubaté, pertenecientes a tres inmuebles con folios de matrícula N° 5595, 14904, 18712, donde aparece como titular de una cuota parte el procesado JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLEEN. Igualmente, resalta, se aportaron recibos suscritos por la denunciante o su madre, de pagos parciales mencionados por el procesado y una certificación de *Efecty*, donde se especifica por mes, año y valor lo girado por el procesado.

Reseñado de esa manera el *contenido* de las pruebas, en punto de valoración, el Tribunal descartó que la sustracción parcial de la obligación alimentaria obedeciera a una injusta causa. En sustento de tal aserto, expuso lo siguiente:

Éste contexto probatorio evidencia que la Fiscalía no acreditó más allá de toda duda que el procesado tiene **capacidad económica** para cumplir rigurosamente con la cuota alimentaria conciliada y que los incumplimientos

parciales obedecen a deliberado propósito de omitir tal obligación y en perjuicio de su menor hija [...]

En efecto, como lo argumenta el apelante, en punto a que el procesado ha incumplido con la cuota de alimentos, sin justa causa, ha de señalarse que la Fiscalía no profundizó en la investigación, puesto que no se constató por parte del investigador judicial cuál es la actividad diaria que desempeña el procesado, cuánto devenga u obtiene como ingreso semanal o mensual, si la cuota parte que tiene en los “*lotes*” o “*fincas*” le reporta utilidades, pues se ignora si son productivos, bien sea por cultivos o arriendo. Tampoco se desvirtuó su versión respaldada por el testimonio de su progenitora, de que fueron escriturados a sus hijos para eludir acreencias por ella contraídas, y menos que el acusado cuida de sus padres y un tío dado que son de edad avanzada y padecen enfermedad. En este orden, resulta inadmisibles concluir sin temor a equivocarse que JOSÉ MAURICIO tiene suficiente capacidad económica para cumplir en su totalidad y sin demoras con la cuota de alimentos, y si no lo hace es porque intencionalmente quiere omitir dicha obligación para con su descendiente.

Ciertamente, lo único que se estableció es que el procesado, en un vehículo de propiedad de su madre, transporta tres niños en ruta escolar por \$150.000 mensuales, obteniendo por tal labor una remuneración que depende de lo que aquélla le entrega, ingreso del cual consigna cantidades variables para cumplir con la cuota de alimentos de su hija.

Así las cosas, no es dable para estructurar la responsabilidad penal del procesado presumir la capacidad económica ni que su conducta es dolosa, como lo hizo el juez de primera instancia invocando el art. 129 de la Ley 1098 de 2006, en cuanto dispone que “*en todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal mensual*”, la cual tiene aplicación en la jurisdicción de familia para los efectos de fijar la cuota alimentaria, cuando “*no se tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante*”.

En resumen, no existiendo certeza sobre la capacidad económica del procesado ni que dolosamente se ha sustraído parcialmente de la obligación de suministrar alimentos a su hija, se impone estarse al principio universal de presunción de inocencia [...] por consiguiente, se revocará la sentencia de condena de primera instancia, sin perjuicio de que si persiste el incumplimiento injustificado, por tratarse de nuevos hechos se inicie nueva investigación.

En síntesis, para el Tribunal la falta de acreditación de la capacidad económica del procesado, en tanto supuesto fundamental para evaluar la sustracción injustificada al pago de alimentos, se reduce a tres asertos: i) que no se demostró la actividad laboral *diaria* realizada por éste; ii) que no se probaron los ingresos semanales o mensuales del señor CASTRO BALLÉN y iii) que si bien el acusado es propietario de múltiples bienes inmuebles, no se determinó si por ellos recibía algún tipo de utilidad, bien sea por arrendamientos o cultivos.

4.2.2 Previamente a examinar si en la construcción de las mencionadas conclusiones probatorias se presentó algún error fáctico constitutivo de violación indirecta de la ley sustancial, la Sala ha de precisar algunos elementos del tipo objetivo de inasistencia alimentaria, pues la debida comprensión de sus ingredientes normativos, así como del ámbito de protección de la norma, entendido desde la finalidad de amparo de bienes jurídicos, naturalmente influye en el entendimiento y raciocinio que el juez ha de aplicar a la actividad probatoria.

De acuerdo con el art. 233 del C.P., 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. La pena, valga destacar, se agravará cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

Entre otros elementos del tipo, dadas las particularidades del asunto bajo examen, la Sala ha de focalizar su análisis en dos aspectos fundamentales: i) el

entendimiento de la inasistencia alimentaria como delito de *infracción de deber* y ii) la debida comprensión del elemento “*sin justa causa*”.

La inasistencia alimentaria se distingue por ser un delito *de peligro*², por cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido. Éste, valga precisar, corresponde a un interés de tutela supraindividual, cuya existencia deriva de la institución constitucional de la familia como el núcleo fundamental de la sociedad (art. 42 inc. 1°), a partir del cual se generan *deberes especiales* de solidaridad y asistencia entre sus integrantes, como la obligación de amparar mediante la prestación de alimentos (arts. 411 del C.C. y 24 de la Ley 1098 de 2006).

Bien se ve, entonces, que la dañosidad social de la conducta, al margen de los perjuicios concretos que puedan producirse en quien se ve desprovisto de alimentos por su alimentante, radica en la desestructuración de uno de los componentes esenciales de la familia en tanto institución social, a saber el deber de asistencia entre sus integrantes.

Esa es la razón por la cual la inasistencia alimentaria, como delito de infracción de deber, no se orienta al resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor. De ahí que el legislador no atienda a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial³; en este caso, el de alimentante.

² CSJ AP 28 mar.2012, rad. 38.094; AP 28 ago. 2013, rad. 41.634 y AP 11 sep. 2013, rad. 41.584.

³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 29.

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 familia⁴.

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).

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. 9° Ley 1098 de 2006).

Frente al examen sobre el carácter justo o injusto de la infracción al *deber* de asistencia alimentaria, resulta fundamental la determinación de las posibilidades fácticas y jurídicas del obligado para suministrar alimentos. Sobre el

⁴ SCC. C-237 de 1997.

particular, la Sala, siguiendo la jurisprudencia constitucional (C-237/97), ha precisado que el deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la *capacidad económica del deudor*, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, *sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia* (CSJ SP 19 ene. 2006, rad. 21.023).

En ese entendido, la carencia de recursos económicos impide la deducción de responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae el cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia de fuerza mayor como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible (CSJ SP 4 dic. 2008, rad. 28.813). Esto, por cuanto la punibilidad de la sustracción a la obligación de prestar alimentos no puede transgredir el principio jurídico cifrado en que nadie está obligado a lo imposible.

4.2.3 Pues bien, contrastada la apreciación y valoración de las pruebas aplicada por el *ad quem* con las anteriores premisas (num. 4.2.2 *supra*) saltan a la vista múltiples errores de hecho que invalidan la estructura probatoria de la sentencia impugnada.

En primer lugar, al escrutinio probatorio aplicado por el Tribunal subyace un aserto del todo equivocado por contrariar las reglas de la experiencia, a saber, que tener bienes no implica tener capacidad económica. Como se reseñó, el núcleo de la absolución dictada por el Tribunal estriba en que si bien se probó que el acusado tiene bienes inmuebles, la Fiscalía no determinó si percibía algún ingreso mensual por alguna actividad lucrativa que los involucrara. Mas no tenía por qué

hacerlo, como quiera que la titularidad de los mismos en cabeza del acusado es prueba de que tiene capacidad económica.

De acuerdo a la experiencia, por lo general, quien tiene bienes inmuebles es porque tiene capacidad económica para adquirirlos. Además, ser el titular del derecho de dominio de ese tipo de bienes *implica* tener capacidad económica, pues es claro que la posibilidad de enajenarlos a título *oneroso* trae consigo ingresos económicos.

El patrimonio corresponde al conjunto de derechos y obligaciones de una persona. Así mismo, tiene una inherente significación *económica y pecuniaria* que da lugar a relaciones jurídicas *valorables en dinero* (derechos reales y derechos de crédito). En ese entendido, es inobjetable que quien tiene el derecho de dominio sobre bienes inmuebles tiene capacidad económica y, por ende, está en *posibilidad* de negociarlos para cumplir con sus obligaciones, cuando se es deudor.

En esa dirección, el *ad quem* incurre en falso raciocinio al sostener que si bien el acusado es titular de derechos reales de dominio sobre bienes inmuebles, carece de capacidad económica porque no se probó que de ellos recibiera algún ingreso mensual por su explotación comercial.

Para que se configure la injusta causa para proporcionar alimentos no se exige *liquidez monetaria*, sino capacidad económica, que la tiene todo aquél dueño de bienes inmuebles. En ese entendido, si la Fiscalía acredita que el procesado, por una parte, se ha sustraído total o parcialmente a la obligación de proporcionar alimentos a quien por ley los debe; y por otra, que es titular del derecho de dominio de

bienes inmuebles de los cuales *no dispone para obtener recursos* que le permitan sufragar sus deudas alimentarias, están dados los supuestos para afirmar la tipicidad objetiva del delito de inasistencia alimentaria. Un aserto en esos términos permite afirmar con suficiencia que el sujeto activo de la conducta ha infringido su deber de procurar los medios para cumplir con su obligación, pese a que tiene capacidad económica, derivada de la posibilidad de transformarlos en dinero para ser destinado a pagar las deudas por alimentos.

Lo hasta aquí expuesto muestra, de igual manera, que el raciocinio aplicado por el *ad quem* igualmente atenta contra las reglas de la lógica. Sostener que JOSÉ MAURICIO CASTRO, pese a ser titular del derecho de dominio de tres inmuebles rurales, no tiene capacidad económica para proporcionarle alimentos a su hija con suficiencia, porque no se probó que de ellos recibe dinero por arrendamientos o “cultivos” implicaría validar consecuencias insostenibles. Aplicando un razonamiento *ad absurdum*, sería tanto como, por apenas citar un ejemplo, afirmar que si bien alguien es dueño de tres automóviles de alta gama, no tiene capacidad económica porque no los alquila ni los emplea en actividades que le reporten ingresos dinerarios.

El convertir los bienes en dinero para sufragar las deudas, valga precisar, es un comportamiento *activo o positivo* que depende del deudor de la obligación alimentaria. La hipótesis delictiva mal podría acreditar que el acusado *no* desplegó ningún comportamiento para obtener recursos por enajenación de bienes, pues bien se sabe que las *negaciones* indefinidas no son objeto de prueba. Probado que el agente tiene capacidad económica derivada de ser el propietario de bienes, *prima facie* se descarta una justa causa del

incumplimiento. Cuestión distinta es que el acusado pruebe que, pese a tener bienes, hizo lo posible por transformarlos en activos líquidos que le permitieran pagar sus deudas alimentarias, pero que por cuestiones ajenas a su voluntad no lo logró.

De suerte que, no habiéndose cuestionado que el acusado incumplió su obligación de suministrarle alimentos a su hija menor de edad, por cuanto lo hizo de forma insuficiente e incompleta, y habiéndose establecido que aquél sí tenía capacidad económica, es inobjetable que le asiste responsabilidad penal por inasistencia alimentaria.

El error del *ad quem* al sostener lo contrario no sólo es palpable por los mencionados yerros de *valoración* por falso raciocinio, sino que, como a continuación se pondrá de manifiesto, concurren otros errores de apreciación probatoria por cercenamiento del contenido objetivo de pruebas documentales y testimoniales.

En efecto, pese a que fueron incorporados debidamente al juicio a través del investigador judicial y que el Tribunal no los inobservó por completo, los certificados de tradición y libertad de los inmuebles de los cuales el procesado es copropietario no fueron apreciados en su integridad. Por ese motivo, los juzgadores de segunda instancia dejaron de observar detalles sumamente relevantes sobre la capacidad económica del señor CASTRO BALLÉN.

Los predios rurales en los que tiene parte el procesado han sido objeto de contratos que dan cuenta de que con ellos se solían hacer negocios y pagar deudas de naturaleza distinta a la alimentaria.

En primer lugar, en relación con el lote denominado El Diamante, ubicado en Fúquene, se advierte que, en el año 2002, éste fue adquirido por JOSÉ MAURICIO CASTRO BALLÉN y sus dos hermanos, a título oneroso (adquisición por compraventa) por un valor de \$1'500.000. Y si bien no se aportó un avalúo comercial del inmueble, es claro que, de acuerdo a la experiencia y teniendo en cuenta su extensión superficial (3.270 metros cuadrados), su precio hubo de ser mayor para la época de ocurrencia de los hechos. De suerte que el acusado tuvo un activo al figurar como copropietario del mismo.⁵

En segundo término, en lo que concierne al lote El Recuerdo, también localizado en Fúquene, el Tribunal inadvirtió que el inmueble fue adquirido por los hermanos CASTRO BALLÉN por \$3'000.000 en el año 2004 y que sobre el mismo se constituyeron varias hipotecas que fueron canceladas, por valores de \$6'000.000 y \$9'000.000, respectivamente.⁶ Ello permite inferir, desde luego, que el procesado ha utilizado sus bienes para celebrar negocios jurídicos y cumplir con obligaciones civiles de otro tipo.

En tercer orden, se aprecia que el lote Casa de Teja, ubicado en Ubaté, también pertenece al procesado y sus hermanos, quienes lo recibieron en donación de su señora madre en el año 2000, negocio jurídico que se estimó en \$5'780.000⁷.

Ahora bien, de las sentencias de instancia se deduce que la defensa no probó que el acusado hubiera realizado algún intento de enajenación de su cuota parte en los inmuebles, como tampoco que hubiera realizado alguna gestión para obtener ingresos dinerarios de los mismos. Por consiguiente,

⁵ Cfr. fl. 103 carpeta juicio oral.

⁶ Cfr. fls. 100-102 *ídem*.

⁷ Cfr. fls. 98-99 *ídem*.

es irrefutable que su comportamiento omisivo en ese sentido implica la infracción de su deber de disponer de sus bienes para destinarlos al cumplimiento de su obligación alimentaria, la cual, resáltase, ha de entenderse prioritaria y prevalente sobre cualquier otra, dada la condición de menor de edad del alimentado. La falta de *liquidez* afirmada por el Tribunal le es atribuible a la desidia del acusado, quien no puso de presente ningún comportamiento activo destinado a convertir la capacidad económica inherente a su titularidad de derechos de dominio en dinero destinado al cumplimiento de la deuda alimentaria.

Además, no sólo esa razón existía para afirmar la capacidad económica del señor CASTRO BALLÉN y, por esa vía, descartar una justa causa para sustraerse al cumplimiento de su obligación. El *ad quem* desconoció, por una parte, que Blanca Inés Ballén le daba dinero a su hijo JOSÉ MAURICIO para que pagara la cuota alimentaria pactada a favor de su hija, así como que, según aquélla y el mismo procesado, éste prestaba el servicio de ruta escolar a tres niños, por lo que recibía la remuneración de \$150.000 mensuales.

Ahora, es jurídicamente inadmisibile que el *ad quem* de alguna manera justificara la conducta del acusado en el cuidado que éste les daba a su progenitora y a sus tíos de la tercera edad, como quiera que, sin dudarlo, el derecho a percibir alimentos por parte de su hija ostenta prevalencia, por ser ella menor de edad. Mientras que es insostenible, también, que el Tribunal adujera que no se descartó por la Fiscalía la explicación cifrada en que la mamá del procesado le “*escribió*” los bienes para eludir obligaciones. De los tres inmuebles, dos fueron adquiridos por el procesado sin que

alguna vez hubieran pertenecido a su progenitora, mientras que, en lo jurídico, mal podría admitirse que el bien donado por aquélla a sus hijos sea usado para defraudar acreedores y no para el cumplimiento de obligaciones alimentarias en favor de menores de edad.

Así que, contrario a lo concluido por el Tribunal, para la Corte existe evidencia suficiente sobre la capacidad económica del acusado para cumplir con la cuota de alimentos a la que se obligó por conciliación a favor de su hija menor de edad. Tal aspecto fáctico descarta que, en lo jurídico, aplique una causa que justifique la proporción insuficiente e incompleta de alimentos, ya que ello se hizo esporádicamente y por valores inferiores a los adeudados.

4.2.4 Por consiguiente, la remoción de los yerros de apreciación y valoración probatoria detectados conlleva a declarar probado que la sustracción de la obligación alimentaria por el acusado careció de justa causa y obedeció a la falta de voluntad de aquél para cumplir en su totalidad la deuda que reconoció en la conciliación. Ello implica que está acreditada la tipicidad tanto objetiva como subjetiva de su conducta en el art. 233 del C.P. Así, entonces, habiéndose afirmado por el *a quo* la antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento, sin que el Tribunal hubiera negado la responsabilidad por ausencia de tales categorías, es claro que el acusado debe ser condenado como autor de inasistencia alimentaria.

No sobra aclarar que los fundamentos probatorios de la afirmación de la responsabilidad penal son los mencionados en esta decisión (cfr. num. 4.2.3 *supra*), de ninguna manera la presunción aplicada por el *a quo* en el sentido que el acusado

contaba por lo menos con un salario mínimo legal mensual para proporcionar alimentos. Tal presunción, aclara la Sala, puede tener vigencia en procesos de familia para regular alimentos, pero nunca en el proceso penal, pues en éste rige la presunción constitucional de inocencia (art. 29 inc. 4° de la Constitución).

4.3 En consecuencia, habiéndose establecido que los errores de hecho cometidos por el *ad quem* en la valoración probatoria son de tal entidad que obligan a variar el sentido de la decisión, la Sala habrá de casar el fallo impugnado y, en consecuencia, validará la sentencia condenatoria dictada en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CASAR la sentencia impugnada. En consecuencia, la sentencia condenatoria proferida en primera instancia recobra vigencia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

