

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP4412-2019

Radicado n.º 54598

Acta 274

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la garantía de doble conformidad de la primera sentencia condenatoria proferida contra **Ángel María Gómez Rangel**.

HECHOS:

Teodora Chaparro Velandia tuvo dos hijos con **Ángel María Gómez Rangel**: Juan David y Julián Ricardo, ambos menores de edad. El Juzgado Promiscuo de Familia de Soatá, Boyacá, mediante sentencias del 27 de abril de 2011 y 9 de noviembre de 2012, le fijó al padre una cuota alimentaria de \$ 90.000.00 mensuales para cada niño. El padre incumplió parcialmente su deber alimentario.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- El 27 de marzo de 2016, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Susacón, la Fiscalía Local de Soatá le imputó a **Ángel María Gómez Rangel** el delito de inasistencia alimentaria (*artículo 233 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley 1181 de 2007*).

2.- El 29 de abril de 2016 la fiscalía radicó el escrito de acusación y el 16 de agosto de 2016 el Juzgado Promiscuo Municipal de Soatá realizó la audiencia de formulación correspondiente.

La audiencia preparatoria se realizó el 23 de marzo de 2017, y el juicio oral entre el 12 de septiembre siguiente y el 23 de mayo de 2018, fecha en que se anunció el sentido absolutorio del fallo, el cual se concretó en la sentencia del 25 de julio siguiente.

3.- El 28 de septiembre de 2018, la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, el defensor de víctimas y la Procuraduría, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenó a **Ángel María Gómez Rangel**, a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de 20 s.m.l.m.v., como autor del delito de inasistencia alimentaria.

Le negó el subrogado de la suspensión condicional de la pena.

4.- El defensor del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación.

5.- La Corte, mediante providencia del 27 de febrero de 2019 inadmitió la demanda, pero dispuso, por tratarse de una sentencia condenatoria impuesta por primera vez en segunda instancia, que agotado el trámite de insistencia, el asunto regresara al despacho para resolver lo atinente a la garantía de doble conformidad.

6.- Con posterioridad, el defensor del acusado solicitó que se acepte la conciliación a la que llegaron el acusado y la madre de los menores y que, en consecuencia, se termine la actuación y se ordene la libertad del procesado por indemnización integral.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero. En concordancia con la ley vigente contra la primera sentencia condenatoria procede su impugnación, sea cual fuere la instancia en que se profiera. Así lo entendió la Sala al inadmitir el recurso extraordinario de casación contra la condena impuesta por primera vez en segunda

instancia, al acceder a la revisión de dicho pronunciamiento por vía de la garantía de la doble conformidad.

En ese orden, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C 794 de 2014 y SU 217 de 2019, la Sala examinará si los requisitos del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 se cumplen para mantener la primera condena impuesta al acusado por el delito de inasistencia alimentaria que le fue imputado.

Segundo. El delito de inasistencia alimentaria es una conducta ilícita de infracción al deber. El artículo 233 de la Ley 599 de 2000 la describe en los siguientes términos:

“El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Desde el punto de vista meramente objetivo la conducta descrita en el artículo mencionado no tiene mayor dificultad en cuanto a probar su incumplimiento, si por tal se entiende el no pago de la cuota alimentaria, sobre todo cuando esta es impuesta y cuantificada en una decisión judicial, como ocurre en el presente caso.

Acerca de este punto, el Tribunal Superior señaló lo siguiente:

"Ahora bien, de los documentos que militan en el expediente se aprecia a folios 157 a 165 copia de las providencias judiciales donde le fijaron cuotas alimentarias respecto de cada uno de sus hijos, sentencias en las que se estableció como obligación el pago de \$ 90.000 pesos mensuales por concepto de cuota alimentaria en favor de cada uno de sus menores hijos.

En cuanto al tiempo de evasión de la obligación alimentaria se tiene que en los fundamentos de la querella la señora Teodora Chaparro Velandia madre de los menores, señaló que el procesado ha incumplido con la cuota alimentaria y demás compromisos que le fueron asignados por el Juzgado promiscuo de Familia de Soatá desde el mes de julio del año 2015, hasta el mes de octubre de 2016, adeudando a la fecha de la audiencia aproximadamente \$ 1.180.000, señalando además que en alguna ocasión el procesado le dio \$ 200.000, pero nunca más le colaboró en la crianza de los menores al punto que no tiene trato algunos con ellos."

Tercero. El tema del incumplimiento *parcial* de los alimentos no está en duda. El núcleo de la discusión gira en torno del ingrediente normativo "*sin justa causa*", expresión con la cual se da a entender que no basta con probar la omisión, sino que es necesario establecer si las concretas situaciones o circunstancias que inciden en tal proceder lo explican razonablemente.

En este caso, el defensor aduce como justa causa de incumplimiento la carencia de recursos económicos y la imposibilidad de conseguirlos.

En cuanto a este tema, la Corte, en la SP del 23 de marzo de 2006, Rad. 21161, señaló lo siguiente:

"Es de destacar que la expresión "sin justa causa", es considerada por un sector de la doctrina como un elemento superfluo, producto de una falta de técnica legislativa, que en nada modifica la descripción de la conducta, pues se refiere a la misma exigencia de la antijuridicidad, en tanto que para otros autores, es un elemento normativo del tipo que permite al juez eximir de responsabilidad a quien incurra en la conducta de inasistencia alimentaria, con fundamento en causales legales o extralegales, distintas a las de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, y que impiden al obligado la satisfacción de su compromiso, a pesar de su voluntad. "

En esa línea, bajo el entendido que los tipos penales describen conductas antijurídicas y no comportamientos lícitos, la expresión "sin justa causa" que a manera de ingrediente normativo se incorpora al tipo penal, no se puede equiparar a las causas de justificación de la conducta referidas en el artículo 32 del Código Penal (*cumplimiento de un deber legal, orden de autoridad competente, obrar en legítimo ejercicio de un derecho, necesidad de defender un derecho de una agresión injusta o necesidad de proteger un derecho*), sino a situaciones o circunstancias objetivas diferentes a dichas causas de justificación, que explican razonablemente la omisión alimentaria, como ocurre por ejemplo con la imposibilidad económica de hacerlo.

De otra parte, a partir del principio de solidaridad, tan esencial y afín al concepto del bien jurídico que se estudia, en la SP del 30 de mayo de 2018, Rad. 47107, la Sala señaló lo siguiente:

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

La Corte, entonces, examinará, de acuerdo con esos planteamientos, si más allá de toda duda razonable, se probó la responsabilidad del acusado.

Cuarto. En la sentencia de primera instancia se afirmó que el acusado realizaba algunos trabajos ocasionales para doña Matilde Gómez, y que según el patrullero de la Policía Nacional, Omar Fabián Ochoa Fonseca, **Ángel María Gómez** se encontraba afiliado al Régimen de Salud Subsidiado y al Fondo de Pensiones Porvenir, según lo pudo comprobar vía internet.

Igualmente se adujo que Teodora Chaparro Velandia, madre de los menores, declaró no saber en qué trabaja el padre de sus hijos y que en alguna ocasión le entregó \$ 200.000.00, único gesto que ha tenido con sus hijos con quienes el acusado no tiene ningún trato.

Por último, el juzgado destacó que Matilde Gómez refirió que ocasionalmente el acusado realiza algunos trabajos para ella, de lo que obtiene una remuneración de \$ 6.000 por dos horas de riego o de \$ 12.000 cuando trabaja cuatro horas. De sus actividades económicas la testigo no dio mayores detalles, supo que hace algunos años sembraba tabaco, y no

sabe si la casa donde vive **Ángel María Gómez** sea de su propiedad.

De todo ello el juzgado concluyó que no se demostró que el acusado tuviera la capacidad económica para cumplir con el deber de asistencia alimentaria.

Quinto. Con base en los mismos elementos de juicio, el Tribunal Superior en segunda instancia resolvió el asunto en sentido contrario. Consideró que a partir de la posesión material de un inmueble —tema que encontró probado con la documentación del Registro de Instrumentos Públicos— y del testimonio de su ocasional contratante sobre su trabajo eventual, se podía inferir la capacidad económica de **Gómez Rangel**. Esto sostuvo el Tribunal:

“En el presente caso se da la presencia de bienes que posee en falsa tradición el procesado, producto de la sucesión de sus padres tal como así se acreditó, respecto de los cuales no ha dispuesto las medidas necesarias a efectos de materializar su existencia en ingresos económicos, por ejemplo, adelantamiento de acciones tales como el adelantamiento de un proceso sucesoral a efectos de garantizar el dominio y la posesión plena del bien, así como tampoco ha encauzado las acciones necesarias a efectos de obtener un beneficio económico de la posesión material que detenta respecto de los terrenos.

*“En estas condiciones puede afirmarse que más que una falta de capacidad o de condiciones para la producción económica, lo que ha estado ausente por parte del señor **Gómez Rangel** es la disposición y la voluntad necesarias para asumir, a través de su trabajo y del rédito económico que él mismo pueda generar, las obligaciones de carácter económico para con sus menores hijos.”*

A partir de estos razonamientos dijo:

"A juicio de esta instancia, no se probó ninguna causal que justifique el ilícito proceder, pues resulta evidente que el procesado es una persona absolutamente capaz, quien por espacio de varios años ha omitido cumplir con sus obligaciones alimentarias, no obstante, contar con una ocupación que le ha prodigado un mínimo de recursos para asumirlos, de los cuales podía aportar así fuese una menor cantidad para la subsistencia de sus hijos, así como la posibilidad de disponer de las labores necesarias para generar producción a través de los bienes que materialmente posee y tomar las acciones pertinentes para disponer plenamente por parte de los mismos, configurando su existencia de disponibilidad económica."

Sexto. El Tribunal distorsionó el contenido de la prueba testimonial. A partir de ese error, para acreditar la capacidad económica del acusado, enlazó la reflexión que hizo de la declaración de Matilde Gómez de Blanco con el hecho de que el acusado tuviese la posesión de una casa de habitación, hecho que declaró probado con base en documentos que no fueron incorporados al juicio, incurriendo también en un error de hecho por falso juicio de existencia.

Al analizar la prueba, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"... Resulta evidente que el procesado es una persona absolutamente capaz, quien por espacio de varios años ha omitido cumplir con sus obligaciones alimentarias, no obstante contar con una ocupación que le ha prodigado un mínimo de recursos para asumirlos, de los cuales podía aportar así fuese una menor cantidad para la subsistencia de sus hijos."

La prueba objetivamente demuestra lo contrario. La única persona que se refirió a la actividad económica de

Ángel María Gómez Rangel fue Matilde Gómez de Blanco. A partir del minuto 42.10 de la audiencia de juicio oral declaró lo siguiente:

P: Indique si vive cerca de donde **Ángel María Gómez**.

C: No, yo vivo en el centro.

P: ¿Sabe si vive en un predio de él o paga arriendo?

C: Pues ahí si yo no podría contestarle de quién es la propiedad ahí, si es en sucesión o cómo es no sabría.

P: ¿A qué se dedica el señor **Ángel María**, qué labor hace?

C: Pues ahorita actualmente la verdad no sé si tendrá cultivos, si hará algo (sic) cosa, a mí de vez en cuando me ayuda a regar que son pocas horas de agua, depende porque ahí son dos horas, cuatro horas, seis horas; yo le pago según las horas que me ayuda regar.

P: ¿Es semanal o diarias?

C: Eso prácticamente es, las tandas de agua van de intermedio de ocho a diez días y hay una tanda que son dos horas, prácticamente son como cuatro tandas al mes.

P: ¿Cuánto le cancela por éste trabajo?

C: Depende el día por dos horas son \$ 6000, si son cuatro horas \$ 10.000, eso depende de las horas para poder cancelar.

P: Usted habla de cultivos, ¿a qué se refiere?

C: Porque yo hace mucho tiempo a la casa de él no voy, no se si sembrará algo o no, no sé.

P: ¿En alguna oportunidad sabía que tenía cultivos o no?

C: Aproximadamente hace como diez años él sembraba tabaco. No sé si tiene animales.

P: ¿Sabe a qué otras personas les colabora en agricultura?

Pues no, es que ahora poco se cultiva, son más pastos."

Según la declarante, los pagos al acusado son o eran ocasionales. No tiene mayores detalles acerca de su situación económica, si tiene o no propiedades, ni si trabaja al jornal para otras personas, lo que significa que la información que tiene la testigo acerca de la actividad económica de **Gómez Rangel** es bastante precaria. Si así es, es evidente que el Tribunal distorsionó el contenido del testimonio. En efecto, consideró que con esa declaración se acreditó que el acusado desempeñaba una actividad económica continua, lo cual no corresponde a la objetividad del medio probatorio.

En ese sentido reafirmó, con base en el testimonio de Ana Matilde Gómez, que se acreditó la capacidad económica del acusado, siendo que la testigo dijo que era un trabajo de veras ocasional que le procuraba unos ingresos ínfimos y, en segundo lugar, aseveró que a pesar de que *"podía aportar así fuese una menor cantidad para la subsistencia de sus hijos,"* el acusado no lo hizo, desconociendo lo que dijo la madre de los menores, quien reconoció que alguna vez hizo aportes pero en menor cantidad a la debida; cercenó en este sentido el testimonio de la madre de los menores.

Además, como se dijo, apreció otras *"pruebas"* que jurídicamente no obran en el expediente para concluir que el acusado tenía la solvencia económica para cumplir con su deber, con el fin de conferirle coherencia a un razonamiento artificial.

Con base en certificados del Registro de Instrumentos Públicos, relacionados con la posesión irregular de un bien inmueble, el Tribunal dedujo que el acusado tenía la solvencia económica para cumplir un deber que no había satisfecho. Solventó su juicio en lo dicho en la Sentencia SP del 30 de mayo de 2018, Rad. 47107, en la cual se indicó lo siguiente:

“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.

... Probado que el agente tiene capacidad económica derivada de ser el propietario de bienes, prima facie se descarta una justa causa del incumplimiento.”

Pues bien, de un hecho probado se puede inferir el hecho por establecer, dice la teoría indiciaria, y eso es lo que la providencia de la Corte enseña. Pero como todo indicio, la inferencia parte de un hecho que debe estar probado: en este caso, que el acusado es propietario o poseedor material de bienes inmuebles. En este caso, no obstante, el error la segunda instancia incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia sobre la prueba del hecho indicador. Esta situación se presenta toda vez que la prueba de la propiedad de los bienes, regular o en falsa tradición, no fue acreditada

legalmente, debido a que los documentos con los cuales la fiscalía pretendía acreditar ese hecho no fueron descubiertos ni incorporados legalmente al juicio, por lo cual el juez no los decretó como prueba. En sus términos, no con la ortodoxia del lenguaje que se emplea en estas materias, decidió:

"Excluir los documentos relacionados con el certificado de registro de Instrumentos Públicos que no fueron descubiertos en la audiencia de formulación de acusación y tampoco en la audiencia preparatoria fueron decretados como prueba."

Sin embargo, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"En el presente caso se da la presencia de bienes que posee en falsa tradición el procesado producto de la sucesión de sus padres tal como así se acreditó, respecto de los cuales no ha dispuesto las medidas necesarias a efectos de materializar su existencia en ingresos económicos, por ejemplo, acciones tales como el adelantamiento de un proceso de carácter sucesoral a efectos de garantizar el dominio y disposición plena del bien, así como tampoco ha encauzado las actividades necesarias a efectos de obtener un beneficio económico de la posesión material que detenta respecto de los terrenos." (Se subraya)

Este tipo de juicios en los que incluso se recrimina al acusado por conductas que en criterio del juez plural ha debido realizar, a veces entrando en la no muy aconsejable confusión entre derecho y moral, tienen el problema de que se sustentan en pruebas que legalmente no fueron incorporadas al proceso, lo cual en rigor se traduce en un

falso juicio de existencia sobre la prueba del hecho indicador que vicia la construcción de la inferencia.

Adicionalmente conjeturas sobre la eventualidad de realizar acciones para materializar en efectivo una propiedad, es un tema que la Corte, en la misma providencia indicada, aclaró que no se puede solventar en afirmaciones indefinidas, en el entendido de que no cabe acreditar la conducta punible de inasistencia alimentaria aduciendo *"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."*

Séptimo. No se discute que en un escenario como el que se juzga subyace la mayor preocupación por los efectos que puede generar una situación de desamparo provocada por la omisión de un deber legal, sobre todo tratándose de menores por el carácter prevalente de sus derechos y su estado de indefensión. Pero así mismo es inaceptable que este tipo de actuaciones se tramiten mecánicamente y con despreocupación por llevar al juez al conocimiento más allá de toda sobre la responsabilidad del acusado, pese a la relativa facilidad que implica establecer el supuesto de hecho y la responsabilidad en esta clase de conductas.

Al no hacerlo con la diligencia que se requiere, se cae en el prurito de recurrir a juicios de contenido moral o se le

confiere a la prueba un sentido más allá de lo que ella objetivamente expresa, con tal de remediar una situación evidentemente disfuncional.

Octavo. Hay que entender entonces, para lo que ahora es de interés, que todo acusado, por el delito que fuere y cualquiera sea su gravedad, tiene el derecho inderogable a ser juzgado conforme a un proceso como es debido, es decir, a que se presuma su inocencia como punto de partida de la actuación judicial, y a ser vencido conforme a reglas pre establecidas, entre las que se incluye el derecho a que solo las pruebas previamente descubiertas e incorporadas al juicio pueden ser valoradas a la hora de decidir su situación judicial.

Al no hacerlo, como se ha puesto en evidencia, el Tribunal para inculpar al acusado de la conducta imputada cayó en la tentación de distorsionar y mutilar la prueba testimonial, y de suponer una prueba que jurídicamente no obra en el expediente, con tal de asegurar que el enjuiciado contaba con las condiciones económicas suficientes para cumplir el deber de solidaridad con sus hijos.

No se llega, entonces, al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad, como lo impone el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto, en garantía de la doble conformidad, se revocará la decisión

del Tribunal Superior y en su lugar se confirmará la sentencia absolutoria de primera instancia.

Noveno. El defensor solicita ahora que se acepte la transacción a la que llegaron la madre de los menores y el acusado, y que según la solicitud acreditan la indemnización integral.

Como consecuencia de la decisión que se adoptará carece de razón pronunciarse de fondo sobre dicha petición en tanto que, como se ha dicho, se revocará la decisión para mantener la absolutoria de primera instancia.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la república de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

Revocar la sentencia condenatoria que por primera vez profirió el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 28 de septiembre de 2018, mediante la cual condenó a **Ángel María Gómez Rangel** como autor del delito de inasistencia alimentaria, y en su lugar dejar en firme la sentencia absolutoria de primera instancia.

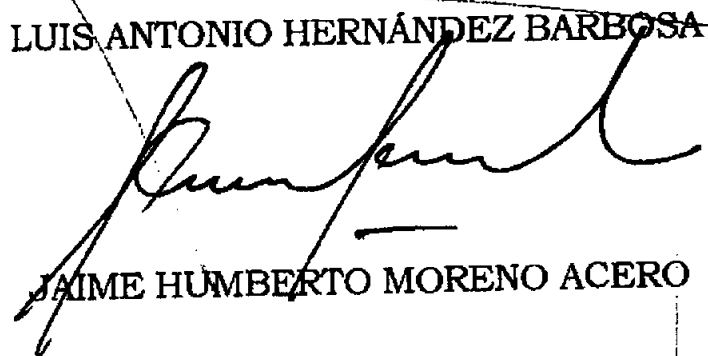
Girar inmediatamente la orden de libertad por cuenta de éste proceso.

Notifiquese y Cúmplase


EYDER PATIÑO CABRERA


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

PERMISO
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García
NÚBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria