

Bogotá, D.C., agosto 11 de 2020

Señor Magistrado
HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente - Sala de Casación Penal
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad

REF. Rad. 110016000050201304527. Injusto penal: Inasistencia alimentaria Acusado: Ricardo Meneses Quintana Tema: Respuesta por escrito a la demanda de casación interpuesta por el apoderado de la víctima Oyuntsetseg Gurdorj.
--

JORGE ORLANDO CAICEDO ROJAS, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi condición de defensor técnico de confianza del ciudadano Ricardo Meneses Quintana, procedo a expresar mi punto de vista jurídico con relación a la demanda de casación presentada por el señor apoderado de la víctima y admitida por la Sala de Casación Penal.

Respetuosamente, solicito a usted no casar la sentencia de Segunda Instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 2 de agosto de 2018, de acuerdo a las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Sobre el primer cargo

1.1. El censor, luego del recuento procesal de lo ocurrido en este asunto, ha invocado la causal 1ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la cual rotuló "*Falta de aplicación de una norma constitucional y legal, llamada a regular el caso*".

Consideró el libelista que la pluralidad de testimonios, y sobre todo, la decisión proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, donde se le fijó a mi asistido una cuota de alimentos para la manutención de su excónyuge Oyuntsetseg Gurdorj, tuvieron que ser valorados por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, al momento de revocar la sentencia de condena. Que al no realizar ese juicio axiológico, el Ad-quem dejó de "[...] aplicar los derroteros del artículo 29 de la Constitución Nacional...".

Luego de transcribir por completo el artículo 29 del Código Superior y, comentar que la Segunda Instancia no tuvo en cuenta la denuncia de su poderdante, el censor señala, que de acuerdo a los elementos materiales de prueba, evidencia

física e información legalmente obtenida, se establecía la responsabilidad penal del ciudadano Ricardo Meneses Quintana.

Que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá no observó las formas propias del juicio, como lo ordena el precepto constitucional transcrito, lo que se traduce en la omisión de un análisis del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, básicamente en el tópico de “el conocimiento más allá de toda duda”, situación que le permitió considerar, y así las enuncia, varias dudas no tenidas en cuenta para su valoración.

Que al soslayar lo anterior, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá dejó de aplicar el artículo 233 de la Ley 599 de 2000.

2. Sobre el Segundo Cargo

2.1. Lo hizo consistir en la enunciación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, relacionado con la “*Interpretación errónea de una norma legal llamada a regular el caso*”.

Dice que el Ad-quem interpretó de manera errónea la atipicidad de la conducta. Según el censor no podía existir la atipicidad porque de acuerdo a un proceso civil se condenó al señor Ricardo Meneses Quintana a pagar una cuota alimentaria a su excónyuge, de ahí que la razón de ser de este proceso penal fuera la de condenar a mi prohijado por no cumplir con la decisión del Juzgado Segundo de Familia de Bogotá.

En el nomenclador 6 de la demanda, el que tituló “*TRASCENDENCIA*”, el libelista avizoró un falso juicio de existencia por el desconocimiento de los hechos materia de prueba.

3. Sea lo primero señalar que la demanda de casación adolece de la más mínima técnica, cuando aborda y desarrolla cada uno de los cargos. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica en señalar que quien pretende elaborar una demanda de casación, no le es dable utilizar un discurso de libre composición, esto es, un alegato como si fuera una tercera instancia donde se puedan debatir aquellos aspectos que fueron materia de controversia y, así, de manera ilimitada solicitar o sugerir la revisión de lo acontecido en los respectivos estadios procesales.

3.1. La presente impugnación extraordinaria en orden a demostrar el primer cargo, por violación directa de la ley, supuestamente por falta de aplicación de una norma constitucional y legal llamada a regular el caso, no estuvo investida de coherencia, claridad y precisión, principios que han venido gobernando la casación, además de sustentación suficiente y crítica vinculante que hubiese permitido demostrar que, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, incurrió en el error de violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma que regulara el caso.

Presentó incoherencia y desde luego falta de claridad y precisión, en la presentación del primer cargo, cuando según el censor en la enunciación del mismo, no se aplicó una norma constitucional ora legal.

La falta de aquella norma constitucional que no legal, el libelista la hace consistir en un apéndice del artículo 29 de la Constitución Política -las formas propias del juicio-, precepto que de haberse inobservado, su demostración se ocuparía de hacerle ver a la Sala que el Tribunal se apartó de manera ostensible y grosera del procedimiento al pretermitir algún estanco del mismo, por lo que, el ataque en sede de casación ya no sería la causal 1ª, sino la consignada en el numeral 2º del artículo 181 del estatuto adjetivo penal que gobernó la presente actuación, es decir, la causal de nulidad por el desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de la garantía debida.

Aquí en este asunto no se pretermitieron las formas propias del juicio como garantía del derecho fundamental al debido proceso, en la forma como lo sostiene de manera errada el libelista. No, si hubiese sido claro el cargo en lo anterior, es decir, la omisión en la aplicación del artículo 381 ejusdem, conocimiento para condenar, se ha debido ir por la senda de la causal 3ª del artículo 181ib, y estructurar el cargo por una violación indirecta a la ley sustancial, por error de derecho, bien por violación del debido proceso probatorio -falso juicio de legalidad-, o, por el falso juicio de convicción, demostrando que la Segunda Instancia estaba en la obligación de apreciar en conjunto los elementos de conocimiento. Al elegir el casacionista la falta de aplicación de un precepto de nuestra constitución política inmersa al interior del artículo 29 su elección fue equivocada, pues el desconocimiento a las formas propias del juicio, nada tiene que ver con el juicio axiológico que hace el dispensador de justicia, en este caso por vía de la apelación de una sentencia de condena, donde la pretermisión de las formas propias del juicio, tan sólo se encuentran limitadas a dar lectura del fallo de segunda instancia, vale decir, confirmando, revocando, modificando o declarando la nulidad.

Ahora bien, cuáles son las normas de estirpe constitucional desarrolladas en el ámbito legal, que se deben aplicar, pero se soslayan por parte del Ad-quem y que pueden ser objeto de reproche en sede extraordinaria bajo la causal 1ª del artículo 181. De acuerdo con el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, son dos: a) la presunción de inocencia y, b) el in dubio pro reo. Ninguno de estos dos institutos que se encuentran al interior del artículo 29 de la Carta Política mereció la atención del censor, desde luego, porque los mismos no eran objeto de su interés jurídico en esta demanda dada su condición de apoderado de la víctima.

Resta por tratar si en realidad la propuesta de la falta de aplicación del artículo 233 del estatuto represivo, aquí ocurrió.

Antes de entrar a considerar esa parte del cargo primero, expuesta como violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma llamada a regular

el caso, es pertinente recordar que, también de manera pacífica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de antaño ha manifestado que cuando se acude a esa causal, el libelista tiene que aceptar los hechos declarados en la sentencia recurrida en casación y, desde luego, abstenerse de cuestionar la valoración probatoria que realizaron los sentenciadores de instancia, dado que la impugnación extraordinaria se debe circunscribir a la aplicación del derecho, donde para nada ingresarán aspectos relacionados con la credibilidad de los elementos incorporados al juicio ni mucho menos con la situación fáctica.

Pues bien, del contenido de la demanda de casación se infiere que el libelista para apoyar la demostración del cargo por violación directa de la ley sustancial - en su falta de aplicación-, procedió a consignar en una apretada síntesis lo que dijeron unos declarantes en la audiencia de juicio oral, como también, previa transcripción en negrillas lo que decidió el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá. Que después de transcribir el artículo 29 Superior, comentar sin argumentos la omisión de las formas propias del juicio y elaborar un listado de dudas, concluyó la falta de aplicación del artículo que define y sanciona el injusto penal de Inasistencia Alimentaria.

Véase que esa llamada conclusión del demandante extraordinario es una diáfana muestra de la incoherencia y poca claridad como aspectos negativos que pugnan con la técnica casacional.

Se le olvidó al censor que la jurisprudencia enseña como atacar la sentencia de segundo grado por la causal 1ª de casación. Aquí no tenía porque enunciar y referirse el libelista a los elementos materiales de prueba. No, si en verdad su reproche contra la sentencia que absolvió al ciudadano Ricardo Meneses Quintana fue por la falta de aplicación del artículo 233 de la Ley 599 de 2000, su ataque inexorablemente tenía que dirigirse al por qué la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, no tuvo en cuenta ese precepto sustancial, esto es, por qué consideró la Segunda instancia que la conducta no era atípica en términos objetivos. Debió el censor hacer un planteamiento dogmático de la norma sustantiva especial, descendiendo al tema de la tipicidad o estricta legalidad, buscando convencer a la Sala que la señora Oyuntsetseg Guardorj, al ostentar la condición de **EXCÓNYUGE del señor Ricardo Meneses Quintana se encontraba dentro del núcleo familiar que la ley penal tiene como sujeto pasivo del respectivo tipo penal.**

Ya la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el radicado 46389 del 29 de abril de 2020, se refirió al ingrediente normativo del tipo penal que se comenta, así: “[...] 56. *La jurisprudencia de la Sala¹, por su parte, ha definido como elementos constitutivos de este ilícito, 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, de modo que el incumplimiento de las obligaciones alimenticias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique².*”

¹ CSJ- SP, 04 dic. 2008 Rad. 28.813; SP19806-2017, 23 nov. 2017 Rad. 44.758; SP1984-2018, 30 may. 2018, Rad. 47.107; AP10861-2018 y 22 agt. 2018, Rad. 51.607.

² Más ampliamente sobre la justa causa en: CSJ - SP1984-2018, 30 may. 2018, Rad. 47.107 y SP3029-2019, 3 jul. 2019, Rad. 51. 530.

Lo anterior para aseverar que, la condición de excónyuge no se encuentra en la lista de aquellas personas que poseen un vínculo o parentesco, entre el sujeto pasivo de la acción penal y la víctima.

Algo más, siendo la familia el bien jurídico tutelado de acuerdo al artículo 233 del Código Penal, la condición de excónyuge no hace parte del entorno familiar que pueda ser alcanzado y protegido por la norma sustantiva especial.

Sobre este particular, en la sentencia citada de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, se dijo: “[...] 57. *Con relación al bien jurídico protegido³, esta Corporación ha decantado que no se trata del patrimonio económico, pues lo que se sanciona no es la defraudación económica del capital ajeno, sino que pretende proteger a la familia -no sólo como institución, sino que incluye los diferentes vínculos y relaciones entre sus miembros-⁴, puniendo la falta de cumplimiento total o parcial de los compromisos que emergen del vínculo de parentesco, por cuanto ello pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia⁵.*

En esta línea de ideas, faltó la labor de demostración del vicio orientada a evidenciar que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, seleccionó una norma que no era la llamada a gobernar el asunto por aplicación indebida. Para demostrar el mencionado yerro en relación con una determinada disposición, el esfuerzo ha de orientarse a constatar la defectuosa adecuación del supuesto fáctico probado, respecto de la hipótesis contemplada en el respectivo precepto. De esto el libelista no dijo absolutamente nada.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, procedió a aplicar la consecuencia jurídica luego de analizar que los hechos nunca fueron jurídicamente relevantes, consideró que lo expuesto en la premisa fáctica no

³ CSJ- SP. 03 agt. 2005, Rad. 23.998; SP- 19 ene. 2006, Rad. 21.023; SP 28 nov.2007, Rad. 28.740; SP, 04 dic. 2008 Rad. 28.813; SP19806-2017, 23 nov. 2017 Rad. 44.758; SP1984-2018, 30 may. 2018, Rad. 47.107 y AP10861-2018, 22 agt. 2018, Rad. 51.607.

⁴ Sobre el concepto de protección a la familia, como bien jurídico protegido en un *sentido amplio*, se puede identificar dicha postura en otras legislaciones. Ejemplo de ello: *i*) en el *Código Penal Español* se consagran dos tipos de inasistencia, uno *moral* (Art. 226) relacionado con los deberes de cuidado y protección a los familiares, y el *económico* (Art. 227), el cual hace la exigencia de prestaciones dinerarias en favor de su cónyuge e hijos; *ii*) En el *Código Penal Alemán (StGB)* § 170 regula el deber de prestar alimentos, mencionando que el alcance del bien jurídico es el amparo de las obligaciones de mantenimiento frente a las necesidades de vida, entre quienes tienen lazos familiares y de sangre. En: SATZGER, Helmut; SCHLUCKEBIER, Wilhelm; WIDMEIER, Gunter: *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*. 2ª Edición. Carl Heymanns Verlag. Köln. 2014. Pág. 1089 Lit. A § 1.

⁵ CSJ. SP19806-2017, 23 nov. 2017, Rad. 44.758; SP1984-2018, 30 may. 2018, Rad. 47.107; SP3029-2019, 3.jul.2019, Rad. 51.530 y CC - C-237/97. De igual manera la Corte Constitucional manifestó en C- 840/10, reiterada por C-022/15 frente a el valor constitucional de protección a la armonía y la estabilidad familiar: “Ese ámbito de protección especial, se manifiesta, entre otros aspectos: (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de **preservar la armonía y unidad de la familia**, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma;(...)

Además de lo antes expuesto, el artículo 42 de la Constitución dispone que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley” y en esta línea el Legislador previó una serie de mecanismos legales para prevenir, proteger y restablecer los derechos vulnerados de la familia (...)-Negrillas fuera de texto-

tenía asidero en la respectiva premisa normativa, definida y sancionada como “Inasistencia Alimentaria”.

La sentencia de segundo grado no omitió el artículo 233 del actual estatuto represor. Por el contrario, en su condición de garante del principio de la estricta legalidad, estimo de manera objetiva que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito, que la conducta era atípica, por eso revocó la sentencia condenatoria de primera instancia.

Así las cosas, estimo que el cargo no está llamado a prosperar.

3.2. Sobre el segundo cargo, también bajo la égida de la violación directa de la ley por interpretación errónea llamada a regular el caso, debo manifestar que tampoco está llamado a prosperar, como quiera que, al igual que el primer cargo tuvo un común denominador, la postura subjetiva del censor. Aquí también desconocío la técnica casacional cuando de atacar la sentencia de segundo grado se trata por la senda de la violación directa de la ley, en este caso, por una interpretación errónea del precepto sustantivo legal, de la parte especial del estatuto represivo.

No es admisible entonces, en esta sede alegar la violación directa de la ley y para ello se tenga que comentar, que no refutar, lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, que la denuncia instaurada por la señora Oyuntsetseg Guardorj pretendió que un funcionario de la jurisdicción penal, procediera a condenar por el incumplimiento del acusado en el pago de la cuota alimentaria fijada por el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá.

No es posible atender el señalamiento que hace el censor, cuando afirma que el divorcio entre la denunciante y mi defendido no tenía por qué ser objeto de análisis por parte del Ad-quem. Claro que para los efectos del respectivo ejercicio de adecuación típica fue importante analizar el contenido del artículo 233 de la Ley 599 de 2000, en punto a establecer cuáles son aquellas personas del núcleo familiar que pueden, a través de la jurisdicción penal, exigir la prestación de alimentos cuando éstos, sin justa causa, no son atendidos por quien tiene la obligación legal de suministrarlos.

Sobre la interpretación errónea de la norma, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶, acotó:

“Adicionalmente, es preciso mencionar que como la interpretación errónea parte de la base de que la disposición vulnerada fue correctamente seleccionada, no debe confundirse con los casos en donde por dársele un alcance equivocado, no es aplicada o se utiliza en forma indebida.

En efecto, es pertinente recordar que la aplicación indebida o la exclusión de una norma se pueden dar a consecuencia de su errónea interpretación.

⁶ Rad. 39989, 11 de diciembre de 2013.

En estos eventos, el yerro de hermenéutica conduce, en punto de la aplicación indebida, a desbordar el verdadero sentido de la disposición y, por ello, se la pone a gobernar un asunto que no contempla. En cuanto hace a la exclusión de su aplicación, el error en la exégesis del precepto lleva a restringir sus efectos jurídicos y por eso no se la utiliza.

Ahora, cuando se alega que como fruto de la interpretación de la norma se incurre en su aplicación indebida, corresponde al impugnante (i) precisar el aspecto de derecho objeto del ataque y establecer la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, puntualizando su ubicación en el ordenamiento positivo, (ii) especificar cuál fue la exégesis dada en la sentencia al mismo, (iii) indicar las razones por las que ella resulta equivocada y (iv) explicar por qué la comprensión propuesta en la demanda es la correcta, lo que impone demostrar la coherencia de la interpretación formulada por el actor frente a las categorías jurídicas relacionadas con la temática y respecto del universo regulatorio inherente al punto de derecho cuestionado.

No hubo, en consecuencia, una interpretación errónea del artículo 233 del Código Penal, la misma fue fiel al principio de reserva como al de legalidad.

Con todo, el impugnante extraordinario en sus precarios argumentos no acudió a criterios de autoridad o de la doctrina para apoyar sus tesis, pero sí, a su personal comprensión del injusto penal, que por lo visto, con tan sólo su lectura literal hubiera comprendido que su prohijada no era sujeto pasivo para reclamar alimentos de su excónyuge, en el ámbito penal.

Concluyendo, de acuerdo con las consideraciones que preceden, como no se demostró en el libelo puesto a mi consideración para la respectiva refutación, la configuración de vicios con la capacidad de enervar la sentencia de segundo grado, la que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la presunción de legalidad y acierto que la arroja, se impone solicitarle al Señor Magistrado Ponente NO CASAR LA SENTENCIA recurrida, ni tampoco acudir a la facultad oficiosa que le asiste a la Sala por cuanto no se violaron derechos ni garantías fundamentales de los intervinientes.

Atentamente,



JORGE ORLANDO CAICEDO ROJAS
C.C. 17.315.796 de Villavicencio
T.P. 52.948 Consejo Superior de la Judicatura