ÁREA PENAL

SALA PENAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA RELATORÍA ABRIL DE 2021

PRESENTACIÓN

La Relatoría del Tribunal Superior de Neiva tiene el agrado de poner a disposición de los abogados litigantes, funcionarios, empleados judiciales, estudiantes de derecho, comunidad académica y público en general, el presente boletín jurisprudencial con el fin de dar a conocer las principales providencias proferidas por las diferentes Salas de Decisión Laboral de la Sala Civil, Familia y Laboral de ésta Colegiatura y de esta forma generar espacios de actualización y transferencia de nuevos conocimientos jurisprudenciales mediante el uso de y aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

El texto que aparece relacionado a continuación es fruto de la gestión desplegada por la Relatoría en cumplimiento de su labor de clasificar, titular y extractar las providencias de la Corporación ceñida a los principios de imparcialidad y veracidad, garantizando el acceso a la información al gremio de juristas y afines y la comunidad en general para, de esta forma, propiciar espacios académicos y de investigación socio jurídica.

No obstante, no corresponde a citas textuales de las decisiones relacionadas, ni a transcripciones precisas de su contenido, razón por la cual el destinatario o beneficiario de la información deberá en todo caso acceder la providencia para confrontar su literalidad.

CONTENIDO

presentación 2

SENTENCIA DEL DOCE (12) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA NO. 1166. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO. 2013 00211 01 5

TESTIMONIO DE MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES – Credibilidad 5

TESTIMONIO DE MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES – Ponderación 5

ACUSACIÓN – Falta de precisión en la fecha de los hechos 6

SENTENCIA DEL TREINTA (30) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA N° 1228. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO 2010 - 0060 01 6

PREACUERDOS – Características 6

PREACUERDOS – Labor del juez 6

PREACUERDOS – Variación en el tratamiento jurisprudencial 7

EXTORSIÓN – Prohibiciones 7

PREACUERDOS – Restitución del objeto material del delito 7

PREACUERDOS – Variación en el tratamiento jurisprudencial 7

EXTORSIÓN – Prohibiciones 7

PREACUERDOS – Restitución del objeto material del delito 7

REPARACIÓN ARTÍCULO 269 – Improcedencia cuando se trata de delitos no consagrados en los capítulos I al VIII del Título VII del Código Penal 8

SENTENCIA DEL NUEVE (9) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA N° 1052 MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO 2018 - 02460 05 8

PROCESADO – Derecho a comparecer al proceso 8

PROCESADO – Derecho a decidir sobre su comparecencia o no 9

LEY 600 DE 2000 - Derecho a comparecer 9

LEY 906 DE 2004 – Derecho a comparecer 10

DEBIDO PROCESO – El derecho a comparecer es uno de sus componentes 2

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19 – No es excusa para la no comparecencia del procesado. 2

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19 – No puede ser utilizada para desconocer derechos y garantías fundamentales 2

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19 – No es excusa para la no comparecencia del procesado. 2

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19 – No puede ser utilizada para desconocer derechos y garantías fundamentales 2

SENTENCIA DEL TRES (3) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA N° 1249. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO 2018 80152 01 2

RECURSO DE APELACIÓN – Interés para recurrir 2
PREACUERDOS – Labor del juez 2
PREACUERDOS – Reconocimiento de circunstancias de menor punibilidad del artículo 56 del Código Penal 2
PREACUERDOS – Labor del juez 2
PREACUERDOS – Reconocimiento de circunstancias de menor punibilidad del artículo 56 del Código Penal 2
DIRECTIVA 01 DE 2018 – Fija lineamientos para imputar o preacordar circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 del Código Penal. 2
CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD – Soporte probatorio 2
PREACUERDOS – Límites a la variación de la calificación jurídica 2
FISCALÍA – Carga argumentativa en materia de preacuerdos 2
DIRECTIVA 01 DE 2018 – Prohibiciones en materia de preacuerdos 2
FISCALÍA – Carga argumentativa en materia de preacuerdos 2
MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMA – Diferencias 2
REBAJA DEL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO PENAL – Puede resultar desproporcionada 2
SENTENCIA DEL VEINTE (20) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA N° 1189. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO 2019 80046 01 2
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD – Gobierna las relaciones familiares 2
INASISTENCIA ALIMENTARIA – Límite temporal 2
PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO – Límite temporal tratándose de delitos de tracto sucesivo. 2
FISCALÍA – Debe acreditar los elementos normativos del tipo penal 2
INASISTENCIA ALIMENTARIA – Sin Justa causal alcance 2
FISCALÍA – Debe acreditar los elementos normativos del tipo 18
INASISTENCIA ALIMENTARIA – Sin Justa causal alcance 18
FISCALÍA – Carga probatoria mínima en el punible de inasistencia alimentaria 19
FISCALÍA – Carga probatoria mínima en el punible de inasistencia alimentaria 19
FISCALÍA – Carga probatoria mínima en el punible de inasistencia alimentaria 2

SENTENCIA DEL DOCE (12) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA NO. 1166. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO. 2013 00211 01

TESTIMONIO DE MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES – CREDIBILIDAD

Pasando ahora al estudio de la credibilidad a conferírsele al testimonio rendido por la menor víctima de delitos sexuales, recuérdese que de antaño la jurisprudencia reclama ciertas condiciones a efectos de generar en el fallador el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado. Tales exigencias son las siguientes:

"a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor–agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

"b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

"c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones"[1].

TESTIMONIO DE MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES – PONDERACIÓN

Incluso, recientemente la misma Corte Suprema de Justicia ofreció la siguiente enseñanza en relación con la ponderación del testimonio del menor víctima:

"4.2. Cuando se trata de delitos sexuales perpetrados sobre menores de edad, la Corte ha hecho énfasis en la necesidad de examinar su testimonio de manera sosegada y ponderada bajo el tamiz de la sana crítica, atendiendo no solo lo depuesto en juicio, sino ello en conjunto con sus declaraciones anteriores, debidamente incorporadas al debate oral a través de los mecanismos de impugnación de credibilidad o refrescamiento de memoria, o, incluso, frente a aquellas que solo tengan el carácter de referencia, a efectos de determinar su credibilidad (cfr. CSJ SP4329-2019, Rad. 50825; CSJ SP791-2019, rad. 47140; CSJ SP2709-2018, rad. 50637 y CSJ SP14844-2015, rad. 44056).

"En esa línea, será necesario constatar una serie de características en su narración, referidas a la manera en que describe y ofrece los detalles del abuso, la forma en que representa el contexto en el que se produjo y las eventuales contradicciones o vacíos que contenga su relato.

De igual manera, la Sala ha señalado que, en esa labor judicial, no se puede dejar de lado que, cuando el testigo agrega o precisa algunos aspectos puntuales relacionados con el acontecer delictual, ello por sí solo no torna inverosímil o mentirosa su declaración ni «puede equivaler a la falta de veracidad, pues ello encontraría una primera explicación en el paso del tiempo, ámbito propicio para rememorar u olvidar un hecho» (CSJ SP16905-2016, rad. 44312)

De cualquier manera, es imperioso tener en cuenta que los aspectos que se dejen de contar o que se añadan no sean trascendentes y se restrinjan tan solo a detalles, no al hecho en sí mismo, porque, de ser así, su credibilidad estará socavada".[1]

ACUSACIÓN – FALTA DE PRECISIÓN EN LA FECHA DE LOS HECHOS

Si bien se esperaría que la fecha de un acontecimiento como el narrado por la menor quedara registrado en su mente y fuese facialmente evocado, lo cierto es que su escasa edad pudo impedirle guardarlo en su memoria, pues de un lado, los niños suelen no darle la misma importancia que los adultos a la ubicación temporal de los hechos, y de otro, los 13 años de edad, aún puede ser dificultoso recordar temporalmente un suceso luego de pasados días o meses de su ocurrencia. Por lo tanto, tratándose de una menor, no podría aplicarse la lógica invocada por el apelante, según la cual, ella debía tener capacidad mental para haber indicado hora, día, mes y año de perpetración de los hechos; pues se reitera, la facultad de evocación temporal de los menores nunca será igual a la predicable respecto de los adultos.

(…)

En todo caso, esa imprecisión sobre el día de comisión del delito pierde importancia si se analiza la coherencia del relato de la víctima en cuanto las condiciones de modo y lugar bajo las cuales se desenvolvieron los hechos, así como sus circunstancias previas y posteriores, las cuales encuentran sólida confirmación periférica en otros medios de prueba.

SENTENCIA DEL TREINTA (30) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA N° 1228. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO 2010 - 0060 01

PREACUERDOS – CARACTERÍSTICAS

(…)[L]a humanización de la actuación procesal y las penas, el logro de una pronta justicia, el hallazgo de solución a los conflictos sociales que emergen del delito, y el permitir la participación del imputado en la definición de su caso; legitiman a la Fiscalía y al procesado a celebrar preacuerdos tendientes a la terminación anticipada del proceso. Sin embargo, según voces del inciso 2º del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, "el funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento".

PREACUERDOS – LABOR DEL JUEZ

[A] efectos de la aprobación del preacuerdo, el juez debe constatar que la aceptación del imputado sea libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con el debido asesoramiento, según mandato del artículo 131 del C.P.P. Adicionalmente, téngase presente que, cuando el procesado se allana a cargos o suscribe preacuerdo, ello equivale al escrito de acusación, en los expresos términos del artículo 293 de la Ley 906 de 2004[1]. Finalmente, el artículo 349 *ibidem*

dispone que en los delitos en los cuales el agente haya obtenido incremento patrimonial fruto del delito, no se podrá celebrar preacuerdos hasta tanto se reintegre, al menos, el 50% del valor equivalente al incremento y se asegure el pago del remanente.

PREACUERDOS – VARIACIÓN EN EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Recuérdese que el tratamiento jurisprudencial que se venía dando a los preacuerdos, fue modificado o ajustado por la sentencia SU 479 de 2019, según la cual, la Fiscalía debe respetar los hechos imputados y acatar los límites impuestos por la ley y las Directivas de la Fiscalía General de la Nación. Agregó que el control judicial sobre tales negociaciones no debe ser meramente formal.

Esta nueva posición fue recientemente acogida por la Corte Suprema de Justicia en Providencia SP 2073-2020, proferida en el radicado 52.227, donde se definió que los fiscales no están facultados para conceder ilimitados beneficios a los procesados a través de los preacuerdos.

EXTORSIÓN – PROHIBICIONES

(…) declárese de entrada haberle asistido al *a quo* toda la razón en su improbación; pues pese a lo expresado por la Fiscalía en torno a que a la luz del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, no procedía ningún descuento o rebaja punitiva para el imputado con ocasión del preacuerdo celebrado, a la postre terminó concediéndole una generosa pero inaplicable reducción de pena, la cual no podía ser legítimamente avalada, ni como resultado de la previsión del artículo 269 del Código Penal, menos como producto de la negociación de marras.

PREACUERDOS – RESTITUCIÓN DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Obsérvese que según decantada y pacífica posición jurisprudencial, tratándose de ilícitos contra el patrimonio económico, entre ellos la *extorsión*, si antes de proferirse fallo de primera o única instancia, el responsable restituye el objeto material del delito e indemniza los perjuicios ocasionados a la víctima, el juez debe disminuir las penas de la mitad a las tres cuartas partes.

Recuérdese que, por tratarse de un factor postdelictual, ninguna incidencia tiene en la dosificación punitiva, es decir, no influye en la delimitación de los extremos represivos sino ya en la sanción individualizada. Sobre las características de esta rebaja, ilustrativa resulta la siguiente enseñanza jurisprudencial:

"La reparación integral, consagrada en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que tiene su antecedente en el artículo 374 del Decreto Ley 100 de 1980, es un derecho, que no un beneficio, consistente en una reducción de la mitad a las tres cuartas partes de la pena en favor de quien hubiere sido condenado por delitos contra el patrimonio económico, siempre que haya restituido el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado, antes del fallo de primera o única instancia.

Para mayor claridad, es oportuno puntualizar que la norma en cuestión, expresamente, delimita la posibilidad de reconocer esta garantía respecto de «las

penas señaladas en los capítulos anteriores», refiriéndose con ello a los delitos consagrados en los capítulos I al VIII del Título VII del Código Penal, lo cual podría sugerir, en sentido literal, que única y exclusivamente los injustos allí reglados son los llamados a ser objeto de tal descuento legal"

REPARACIÓN ARTÍCULO 269 – IMPROCEDENCIA CUANDO SE TRATA DE DELITOS NO CONSAGRADOS EN LOS CAPÍTULOS I AL VIII DEL TÍTULO VII DEL CÓDIGO PENAL

Al margen de si en verdad hubo o no indemnización integral de perjuicios a la víctima, refulge con nitidez que, si a R.C. no solo se le endilgó la comisión de un delito contra el patrimonio económico sino uno contra la seguridad pública; si según lo prevé el artículo 31 del Código Penal, en caso de concurso de conductas punibles el autor o partícipe *"quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas"*; si lo anterior impone dosificar o individualizar la pena a imponer por cada conducta punible, para luego sí seleccionar cuál es la sanción más severa, labor esta no cumplida por las partes en el preacuerdo en comento, pues se tiene la errada costumbre de escoger la sanción más grave, guiados solo por los extremos punitivos más elevados; y si pese a lo anterior, lo cierto es que la pena más drástica-si se parte del tope o extremo mínimo de cada delito-, lo sería la señalada para el punible de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego agravado*, esto es, la atentatoria contra la seguridad pública, no contra el patrimonio económico; no hay duda que la rebaja punitiva del artículo 269 del Código Penal no era aplicable respecto del delito seleccionado como fundamento para dosificar la sanción, pues el legislador, por obvias razones, no previó que en esta modalidad delictual pudiera darse una indemnización de perjuicios, menos si no hay víctima identificable y se trata de una conducta punible de peligro. Por lo tanto, aun cuando se estaba de cara a dos delitos ejecutados coetáneamente, inviable resultaba conceder la mentada reducción, son pena de violentarse el principio de legalidad.
(..)
si las partes pretendían obtener el descuento punitivo consagrado en el artículo 269 del Código Penal, debieron hacerlo exclusivamente respecto de la pena señalada para la *tentativa de extorsión agravada*, lo que en últimas no le significaba ningún beneficio punitivo al encartado, por cuanto el delito base para dosificar la pena lo era el de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas*.

SENTENCIA DEL NUEVE (9) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA N° 1052 MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO 2018 - 02460 05

PROCESADO – DERECHO A COMPARECER AL PROCESO

(…) [S]i bien los artículos 339, 355 y 367 del Código de Procedimiento Penal no exigen como presupuesto de validez o requisito inexorable para la celebración de las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, respectivamente, la presencia del procesado, al punto que de antaño la jurisprudencia dilucidó la posibilidad de evacuar el proceso en ausencia del encartado, ello no puede entenderse como una autorización abstracta y genera

PROCESADO – DERECHO A DECIDIR SOBRE SU COMPARECENCIA O NO

Obsérvese que en decisión adoptada el cuatro de diciembre de 2019 en el radicado 52.701, aunque la Corte Suprema de Justicia no analizó un caso idéntico al aquí estudiado, sino el de un procesado que pese a tener conocimiento sobre la existencia de otra investigación en su contra, decidió no acudir a las audiencias, sentó las siguientes reglas con potencialidad para dilucidar nuestra situación:

"Al tenor de lo señalado en los artículos 127, 289, 339, 355 y 367 las audiencias de imputación, acusación, preparatoria y de juicio oral comportan como estricto requisito de validez la presencia del juez, fiscal y abogado defensor. Al imputado se le garantiza la posibilidad de comparecer y ejercer sus derechos, como también la de renunciar a esa prerrogativa, empero no se le puede coaccionar para que haga presencia y tampoco su ausencia puede derivar en la parálisis del procedimiento.

(…)

Se debe partir entonces del postulado según el cual "al enjuiciado le asiste la facultad de determinar si asiste o no a las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, contempladas en el trámite propio del sistema acusatorio penal", discrecionalidad que supone, se itera, el conocimiento de la actuación adelantada, más dado que en algunos casos el interesado no se encuentra al tanto de la investigación, existe un tratamiento procesal particular.

Es claro que, en opinión de la Corte, al procesado se le debe preservar el derecho a comparecer al juicio, así como la potestad de renunciar a esa prerrogativa, pues no puede ser forzado a presentarse ni tampoco es factible paralizar el trámite hasta cuando decida asistir a las audiencias, sin embargo, no se alude a la autorización para marginarlo de su juicio por razones administrativas en cabeza de las autoridades penitenciarias. La Alta Corporación solo prevé como causales de no comparecencia la declaratoria de persona ausente y la contumacia, no así la indisponibilidad del acusado por razones ajenas a su voluntad o diferentes a la imposibilidad de su ubicación.

LEY 600 DE 2000 - DERECHO A COMPARECER

Refiriéndose a la asistencia del procesado a la audiencia pública de juzgamiento bajo el sistema de la Ley 600 de 2000, cuyo artículo 408 no exigía su presencia como requisito de validez, por cuanto solo la calificaba de necesaria si estuviese privado de la libertad, la Corte Suprema de Justicia recientemente señaló:

"(…)[S]i el enjuiciado privado de la libertad no es citado y conducido por las autoridades carcelarias a tan trascendental diligencia, que se constituye incluso en el último escenario posible para acogerse a sentencia anticipada, se estará ante una evidente violación del derecho a la defensa material, en tanto se habrá cercenado la facultad del presunto infractor penal de decidir libremente si se acude o no al proceso.

Como puede observarse, cuando la jurisprudencia de esta Corporación se refiere al carácter circunstancial y de garantía del acto de comparecencia del procesado a la audiencia pública, de manera alguna propugna por la discrecionalidad del funcionario judicial para determinar si la presencia del sindicado es o no necesaria

para la actuación. Por el contrario, lo hace en relación con la disponibilidad que el investigado debe tener para asistir o no al acto procesal, lo cual tiene como condición consustancial que el juzgador le brinde la oportunidad real de optar por estar o no presente en la diligencia.

En ese orden, este acto será de libre disposición del procesado, únicamente cuando cuente con la posibilidad material –no formal- de asistir a la audiencia. Por el contrario, si el fallador por negligencia o por deficiencias de carácter administrativo realiza la audiencia pública sin lograr la asistencia del procesado, por ejemplo, por i) dificultad para efectuar el traslado del recluso, ii) falta de presupuesto o de logística, o iii) omisión en el deber permanente de verificar la situación jurídica actual del declarado persona ausente, que, mientras tanto, pudo haber ingresado a prisión o detención preventiva, es nítida la existencia de un defecto sustancial que evidencia una franca violación de los derechos de defensa y debido proceso, que necesariamente resulta insubsanable por la gran entidad de la falencia.

Entonces, si se comprueba que el juez no le brindó al investigado la oportunidad de comparecer al juicio y que su no intervención en el mismo no obedeció a un acto de disposición de la garantía sino a la obstrucción de la misma por el juez de la causa, no habrá otro remedio jurídico que declarar la nulidad de lo actuado"

LEY 906 DE 2004 – DERECHO A COMPARECER

Las anteriores conclusiones resultan aplicables a la sistemática de la Ley 906 de 2004, pues igual que sucedía con el artículo 408 de la Ley 600 de 2000, el artículo 367 del actual Código de Procedimiento Penal, no consagra la presencia del encartado como presupuesto de validez del juicio, sin embargo, ello no puede entenderse como la autorización para prescindirse por voluntad del juzgado o de las autoridades penitenciarias de su comparecencia, pues el derecho a participar en el proceso se deriva del artículo 8º idem y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y por ende, se trata de una prerrogativa personal y subjetiva, solo renunciable por su titular.

Si lo anterior es así en el régimen inquisitivo diseñado por la Ley 600 de 2000, ms lo será en la nueva sistemática penal con tendencia acusatoria, caracterizada por ser extremadamente garantista y protectora de los derechos del acusado.

DEBIDO PROCESO – EL DERECHO A COMPARECER ES UNO DE SUS COMPONENTES

El derecho a que la actuación se siga según las formas previstas en la ley, la prerrogativa de ser oído y estar presente en el proceso, la potestad de conocer y controvertir las pruebas y el ejercicio de la defensa material, son derechos que hacen parte de la prerrogativa superior denominada debido proceso, cuyo desconocimiento puede generar la nulidad de la actuación. Si bien la celebración del juicio en presencia del abogado defensor materializa el derecho a la defensa técnica, no satisface la inalienable garantía procesal y fundamental de la autodefensa, cuyo ejercicio está en cabeza directa y personal del procesado, quien en últimas es quien puede renunciar a la misma.

Nótese que según enseñanza jurisprudencial, todo procesado tiene derecho a presentarse personalmente al juicio, enfrentar los cargos enrostrados en su contra, dar su versión de los hechos, oponerse a las pruebas de la contraparte, escoger si guarda o no silencio, interrogar a los testigos de la Fiscalía y dar instrucciones a su abogado, entre otras prerrogativas, las cuales se tornan imposibles de ejercer si no es llevado a las audiencias, así sea virtualmente.

Es contrario al principio de dignidad humana y resulta ser un contrasentido que, a la persona más interesada en las resultas del proceso y que está privado de su libertad por cuenta de la respectiva causa, no se le preserve el derecho a acudir a la actuación, menos con excusas de índole logístico o administrativas, ajenas a su voluntad, y lo peor, que el juicio se adelante no en una ocasión sino durante varias sesiones sin su presencia, como si el acusado fuese un objeto y no un sujeto de derechos. En otras palabras, tramitar el juicio al margen del procesado cuando se halla en condiciones de indefensión en razón a su privación de su libertad y sin haber renunciado a su derecho a estar presente, convierte el proceso en una serie de canutos sin sentido y significancia, so pretexto de imprimirle celeridad a la actuación y resolver prontamente la situación de otros procesados privados de la libertad.

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19 – NO ES EXCUSA PARA LA NO COMPARECENCIA DEL PROCESADO.

Tampoco puede avalarse la no comparecencia de los acusados a su juicio a raíz de la emergencia decretada por el Gobierno Nacional con ocasión del virus COVID19, pues si bien la Sala entiende que en principio podría existir una justificación para no remitirse virtualmente a los encartados por los centros de reclusión, esta circunstancia no autoriza al juez a continuar sin más ni más el proceso en abierta contravía de las garantías de los acusados. Es decir, aunque la situación de salud pública actual podría constituir un caso de fuerza mayor, lo sería respecto a la garantía del plazo razonable para evacuar prontamente el procedimiento, esto es, de cara a un eventual vencimiento de términos por incumplimiento de los plazos legales para el juzgamiento, mas no frente a la celebración del juicio en ausencia de los procesados. Incluso, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en la decisión AHP1343-2020, proferida en el radicado 57784, citada por el a quo, cuando aseguró que si la actuación estuvo suspendida por cuenta de la declaratoria del estado de emergencia, no podía atribuírsele a la administración de justicia a efectos de declarar el vencimiento de términos, por ser un hecho externo constitutivo de fuerza mayor, situación ésta no aplicable como motivo para justificar el seguir adelante un juicio de espalda o en ausencia de los procesados privados de la libertad.

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID 19 – NO PUEDE SER UTILIZADA PARA DESCONOCER DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

Adicionalmente, recuérdese que con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política y mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional a fin de contrarrestar el virus COVID 19, medida vigente en la actualidad, sin embargo, esta circunstancia no habilita el desconocimiento de las garantías fundamentales de las personas privadas de la libertad; pues a la luz del artículo 95 de la Carta, “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los

estados de excepción, prevalecen en el orden interno". Además, el artículo 3º del Código de Procedimiento Penal consagra como principio rector que "en la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad".

NULIDAD – Principios rectores

Corolario de lo expuesto, la Sala encuentra cumplidos los principios rectores de la declaratoria de nulidades[1], a saber: i) Taxatividad, pues el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal consagra como causal de nulidad la violación a garantías fundamentales. ii) Protección, ya que ni la defensa ni los procesados dieron lugar a la configuración del motivo invalidatorio, sino las autoridades penitenciarias. iii) Convalidación, en la medida que los perjudicados no han prestado su consentimiento expreso o tácito respecto de la irregularidad estructurada. iv) Trascendencia, pues el recurrente demostró que la ausencia de sus prohijados a las audiencias de juicio oral ha afectado su derecho a ser oídos, comparecer al proceso, ejercer su defensa material y conocer y controvertir directamente las pruebas, ya que no han escuchado las manifestaciones de los testigos ni han podido contrainterrogarlos, desconociéndose así la base fundamental del juzgamiento. v) Instrumentalidad por cuanto el juicio oral no ha cumplido la finalidad a que estaba destinado, pues no se ha garantizado el derecho de los encartados a presenciar la práctica probatoria ni a ejercer el contradictorio de forma personal, anulándose por completo su derecho a la defensa material. vi) Residualidad, ya que no existe otro remedio distinto a la declaratoria de nulidad a fin de subsanar la irregularidad advertida, pues si los procesados no renunciaron a su derecho a comparecer al proceso y era su deseo presenciar la práctica probatoria, solo la repetición de las audiencias podría materializar sus garantías conculcadas.

SENTENCIA DEL TRES (3) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA N° 1249. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO 2018 80152 01

RECURSO DE APELACIÓN – INTERÉS PARA RECURRIR

(…) sobre la legitimidad en la causa o interés para recurrir como presupuestos de procedencia del recurso de apelación, la jurisprudencia, refiriéndose a la sentencia, pero con argumentos aplicables cuando se trata de autos, declaró lo siguiente:

"*2.1. De tiempo atrás, esta Corporación (CSJ AP, 20 oct. 2005, Rad. 24026) viene señalando que ese aspecto está vinculado con el concepto de agravio, de tal manera que, si el sujeto procesal ha sufrido perjuicio con la sentencia, en principio, tendrá derecho a impugnarla. Pero, si la decisión satisface a cabalidad sus aspiraciones, «bien porque acoge sus pretensiones defensivas, o porque se dicta en total correspondencia con los acuerdos que ha realizado dentro de los marcos de la justicia consensuada», no tendrá interés para recurrir y, tampoco, cuando siendo desfavorable, es consentida por el afectado"*

AUTO QUE IMPRUEBA UN PREACUERDO – Interés para recurrir

Respecto a la posibilidad de la defensa de apelar el auto a través del cual se imprueba un preacuerdo, así la Fiscalía no haya procedido en idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia ha trazado la siguiente clara directriz:

"En efecto, conforme a las pruebas allegadas al trámite constitucional, observa la Sala que el Representante de la defensa interpuso recurso de apelación contra el auto del 2 de noviembre de 2018, siendo sustentado en la respectiva audiencia, según lo dispuesto en el precitado artículo 179.

(…)
Así las cosas, los motivos de la Corporación judicial para no pronunciarse en relación con quien recurrió la improbación del preacuerdo resultan arbitrarios, carentes de respaldo legal y lesivos de las garantías del debido proceso y a la doble instancia que le asisten al demandante, pues que la Fiscalía no apele la decisión mediante la cual el juez imprueba un preacuerdo, no deshace lo acordado entre procesado, defensa y ente investigador, a menos que éste último se retracte del convenio de manera expresa"

PREACUERDOS – LABOR DEL JUEZ

a efectos de la aprobación del preacuerdo, el juez debe constatar que la aceptación del imputado sea libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con el debido asesoramiento, según mandato del artículo 131 del C.P.P. Adicionalmente, téngase presente que, cuando el procesado se allana a cargos o suscribe preacuerdo, ello equivale al escrito de acusación, en los expresos términos del artículo 293 de la Ley 906 de 20047. Finalmente, el artículo 349 ibidem dispone que en los delitos en los cuales el agente haya obtenido incremento patrimonial fruto del delito, no se podrá celebrar preacuerdos hasta tanto se reintegre, al menos, el 50% del valor equivalente al incremento y se asegure el pago del remanente.

PREACUERDOS – RECONOCIMIENTO DE CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD DEL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO PENAL

En relación con los preacuerdos a través de los cuales se reconoce la circunstancia de menor punibilidad consagrada en el artículo 56 del Código Penal, en la citada providencia SU 479 de 2019 la Corte Constitucional, luego de poner de presente que su reconocimiento debe darse en los siguientes casos: "(i) el procesado se encontraba en 'profundas' situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (ii) estas situaciones influyeron directamente en la ejecución del delito; y (ii) las mismas no tenían la entidad suficiente para excluir la responsabilidad", avaló la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de declarar que, las circunstancias del artículo 56 del Código Penal solo son admisibles en un preacuerdo "en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad"[1], debiendo por lo tanto estar acreditadas y apoyadas en elementos materiales probatorios, pues "(…) reconocer una atenuante punitiva que en nada se relaciona con la situación fáctica imputada y aceptada, implica vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de los afectados con tan lamentable suceso, en tanto proceder de esta manera

desnaturaliza la conducta cometida, las circunstancias que la rodearon, a más de desconocer los precisos lineamientos que en materia de preacuerdos, impartió para la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional en Sentencia C-1260 de 2005"[1].

DIRECTIVA 01 DE 2018 – FIJA LINEAMIENTOS PARA IMPUTAR O PREACORDAR CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO PENAL.

También explicó que, precisamente esa tesis la respalda la Directiva 01 de 2018 de la FGN, mediante la cual se indicó que, para celebrar este tipo de preacuerdos el fiscal delegado debe: "(i) presentar argumentos fácticos y jurídicos que configuran la circunstancia, los cuales no se podrán limitar a la indicación de la ocupación, el grado de escolaridad o el lugar de domicilio y (ii) explicar cómo la circunstancia influyó en la ejecución de la conducta punible. Además, (iii) indicar elementos materiales probatorios, es decir, evidencia física en la que soporta la imputación de la circunstancia de menor punibilidad alegada. Señala expresamente que "en ningún caso se imputarán circunstancias de menor punibilidad que no estén debidamente acreditadas fáctica y jurídicamente".

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD – SOPORTE PROBATORIO

Además, sobre el soporte probatorio exigido para la aprobación de esta clase de negociaciones, explicó:

"…cuando se invoca la causal como atenuante punitivo en los casos de aceptación temprana de la responsabilidad y celebración de preacuerdo, la carga del Estado de acreditar la existencia de la causal se flexibiliza, lo que no quiere decir que no exista un deber del ente acusador de aportar un mínimo de evidencia de la circunstancia que alega. En esta etapa procesal, el aporte de elementos materiales probatorios no obedece a un aporte de "pruebas" en el sentido estricto y técnico del C.P.P., sino que hace referencia a cualquier evidencia que prima facie indique una relación de coherencia con la causal de atenuación punitiva que se pretende reconocer, la cual se tiene como evidencia suficiente para su reconocimiento. (…)

A partir de lo anterior, considera la Sala que, así como se requiere un mínimo de evidencia que permita inferir la autoría de la conducta por parte del imputado o acusado para que no se comprometa la presunción de inocencia del procesado y se pueda realizar el preacuerdo, también se requieren elementos materiales probatorios o evidencias físicas al menos sumarias que acrediten las circunstancias de menor punibilidad que se alega influyeron en la perpetración del delito."

PREACUERDOS – LÍMITES A LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

"En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir;

(ii) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; (iii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio; y (iv) además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados"

FISCALÍA – CARGA ARGUMENTATIVA EN MATERIA DE PREACUERDOS

Sobre el tema es preciso indicar que a fin de justificar esta negociación, ningún esfuerzo argumentativo desplegó el señor fiscal, pues se limitó a indicar que se reconocía el artículo 56 del Código Penal y se fijaba la pena en el quantum indicado. Por lo tanto, nunca se declaró si la referencia al artículo 56 del Código Penal se hacía porque la marginalidad y pobreza tenían una base fáctica y se pretendía reconocerlas por vía del preacuerdo, esto es, si se trataba de un cambio en la calificación jurídica con sustento en los elementos materiales probatorios, o si por el contrario, se aludía a esa norma no porque se tratara de una hipótesis factual aceptada, sino solo con miras a definir el monto de rebaja punitiva a ser concedida. Ambas modalidades de preacuerdo son permitidas, la primera tiene como límite la existencia de respaldo probatorio en los términos del inciso final del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, y la segunda, que el descuento concedido en aplicación de la norma favorable no lleve inmerso una rebaja punitiva desproporcionada.

DIRECTIVA 01 DE 2018 – PROHIBICIONES EN MATERIA DE PREACUERDOS

Además, recuérdese que la Directiva 01 de 2018 de la FGN, prohíbe preacordar alguna de las circunstancias del artículo 56 del Código Penal cuando se procede por delitos contra la salud pública, como el aquí endilgado a la procesada, y la Directiva 001 de 2015, solo permite que excepcionalmente los fiscales puedan alejarse del contenido de las directivas, entre otros casos, cuando se ponga en riesgo las garantías y derechos fundamentales de personas vinculadas a investigaciones penales, para lo cual deberá desplegarse una carga de argumentación y transparencia que ofrezca una justificación razonable y proporcional orientada a construir la respuesta más adecuada al problema jurídico, carga no cumplida por la Fiscalía en el presente caso.

FISCALÍA – CARGA ARGUMENTATIVA EN MATERIA DE PREACUERDOS

Sobre el tema es preciso indicar que a fin de justificar esta negociación, ningún esfuerzo argumentativo desplegó el señor fiscal, pues se limitó a indicar que se reconocía el artículo 56 del Código Penal y se fijaba la pena en el quantum indicado. Por lo tanto, nunca se declaró si la referencia al artículo 56 del Código Penal se hacía porque la marginalidad y pobreza tenían una base fáctica y se pretendía reconocerlas por vía del preacuerdo, esto es, si se trataba de un cambio en la calificación jurídica con sustento en los elementos materiales probatorios, o si por el contrario, se aludía a esa norma no porque se tratara de una hipótesis factual aceptada, sino solo con miras a definir el monto de rebaja punitiva a ser concedida. Ambas modalidades de preacuerdo son permitidas, la primera tiene como límite la existencia de respaldo probatorio en los términos del inciso final del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, y la segunda, que el descuento concedido en

aplicación de la norma favorable no lleve inmerso una rebaja punitiva desproporcionada.

MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMA – DIFERENCIAS

Es que según lo ha entendido la jurisprudencia, i) La marginalidad constituye "un fenómeno sociológico que depende de ciertos factores de marginación por la pertenencia de una persona a un determinado grupo social -excluido o discriminado-14"15; ii) la ignorancia "corresponde a la falta de conocimientos respecto de un ámbito específico, es decir, no se conoce algo o no se comprende…, el desconocimiento no debe ser de tal magnitud que, por ejemplo, configure un error de prohibición capaz de sustentar la exclusión de responsabilidad" 16; y iii) cuando se alude a la pobreza "se debe distinguir entre aquella situación en la cual se consiguen los recursos económicos necesarios para subsistir, de la miseria (pobreza extrema o indigencia), en la que media total incertidumbre acerca de la satisfacción mínima de las necesidades básicas (salud, alimentación, vivienda, vestido, agua potable, aseo y asistencia sanitaria, educación, electricidad, entretenimiento, etc.), siempre que, a la luz del artículo 56 del Código Penal, no configure una causal de exclusión de responsabilidad, por ejemplo, un estado de necesidad disculpante"[1].

Por consiguiente, debió el fiscal indicar en el preacuerdo cuál o cuáles de las circunstancias del artículo 56 del Código Penal estaba reconociendo, sin embargo, se refirió indistintamente a dos situaciones. Si bien nada obsta para la estructuración simultánea de las mismas, debió brindar alguna explicación sobre el motivo o razón por la cual concurría cada una, en lugar de invocarlas en forma genérica. Además, debía denotar la naturaleza extrema de esas condiciones de la procesada, pero tampoco lo hizo, pues no basta con concurrir la marginalidad y pobreza, sino que las mismas deben ser "profundas" y "extremas" a fin de tener inequívoca incidencia en el delito perpetrado, es decir, tener especial connotación o entidad.

En ese orden de ideas, la Sala advierte que el reconocimiento de las consecuencias previstas en el artículo 56 del Código Penal en el presente caso, no solo adoleció de serias falencias argumentativas de la Fiscalía, sino que careció de una efectiva base fáctica, por lo que razón le asistió al a quo en la decisión de improbar la negociación sometida a su control.

REBAJA DEL ARTÍCULO 56 DEL CÓDIGO PENAL – PUEDE RESULTAR DESPROPORCIONADA

Si se entendiera que el reconocimiento del artículo 56 del Código Penal se hizo no porque tuviera una base factual sino como norma no regulatoria del caso, pero aplicable con el único fin de establecer el monto de rebaja punitiva concedida en virtud del preacuerdo, tampoco podría avalarse, porque con esa práctica se estaría dando un descuento del 75% de la pena, el cual resulta a todas luces desproporcionado, inaceptable, deshonroso para la administración de justicia y contrario a los recientes lineamientos jurisprudenciales sobre la materia.

SENTENCIA DEL VEINTE (20) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) APROBADO ACTA N° 1189. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS. RADICADO 2019 80046 01

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD – GOBIERNA LAS RELACIONES FAMILIARES

a la luz del artículo 42 de la Constitución Política, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y por ello las relaciones familiares se basan en el principio de solidaridad, según el cual, sus integrantes tienen la obligación de contribuir a la subsistencia de aquellos miembros de la misma que no estén en condiciones de proveérsela por sí mismos. Sobre el tema la jurisprudencia ha dicho lo siguiente: "(…) el fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios"[1].

INASISTENCIA ALIMENTARIA – LÍMITE TEMPORAL

Precísese que si bien la Fiscalía aseguró que los hechos materia de juzgamiento se iniciaron a consumar el 10 de junio de 2017, prolongándose hasta el 31 de julio de 2020, cuando se celebró la audiencia concentrada, la Sala, en aras de preservar las garantías fundamentales del acusado, considera necesario precisar que, atendiendo la directriz jurisprudencial vigente sobre la materia, los hechos aquí juzgados se extendieron hasta cuando se surtió el traslado del escrito de acusación, es decir, el 20 de febrero de 2020.

Obsérvese que si bien en principio se decía que, tratándose de un delito de tracto sucesivo, la conducta continuaba cometiéndose hasta cuando se radicara el escrito de acusación, la jurisprudencia[1] precisó que el límite temporal de perpetración de ese ilícito lo delimitaba la audiencia de formulación de imputación, momento a partir del cual las omisiones alimentarias debían ser materia de nueva investigación. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia concluyó:

"…se ha precisado que su consumación comienza «desde que el alimentante deja de satisfacer la carga legal de suministrar alimentos o de proveer lo necesario para el sostenimiento integral del alimentado"[1] y «perdura en el tiempo hasta el último acto consumativo o hasta que se formule la imputación del cargo, salvo que materialmente la obligación alimentaria termine con antelación»[1], razón por la cual durante el lapso en que el alimentante evada la obligación, el punible de inasistencia alimentaria se materializa[1]"

PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO – LÍMITE TEMPORAL TRATÁNDOSE DE DELITOS DE TRACTO SUCESIVO.

En este orden de ideas, si en el procedimiento especial abreviado se suprimió la audiencia de formulación de imputación, sin embargo, el Parágrafo 4º del artículo 536 del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el artículo 13 de la Ley 1826 de 2017, dispone que, "*para todos los efectos procesales el traslado de la acusación equivaldrá a la formulación de imputación de la que trata la Ley 906 de 2004";* significa que, tratándose de ilícitos de tracto sucesivo o ejecución permanente, cuyo

Juzgamiento lo regula la Ley 1826 de 2017, la conducta se prolonga hasta cuando se realice el traslado del escrito de acusación, no hasta la audiencia concentrada, como lo entendieron las partes y el a quo.

FISCALÍA – DEBE ACREDITAR LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

Adicionalmente, téngase en cuenta la fragilidad de la prueba de cargo, pues la Fiscalía no solo se contentó con llevar dos testigos carentes de todo conocimiento directo y personal sobre el oficio o trabajo ejercido por el procesado, sino que se limitó a formular preguntas innecesarias, vagas y ajenas a los temas de pruebas, como lo era, el elemento normativo del respectivo tipo penal, pues nunca les preguntó en concreto a las deponentes sobre la actividad laboral desplegada por Rodríguez durante el periodo objeto de acusación, y escasamente aludió al respecto en forma muy gaseosa y genérica, como si no fuese necesario acreditar las condiciones económicas del procesado en un interregno específico. Olvidó la Fiscalía que un testigo difícilmente podría declarar y dar fidedigna cuenta de lo sucedido durante toda la existencia de una persona. Además, esa ambigüedad impide llegar al estándar probatorio exigido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para edificar con solidez una sentencia condenatoria.

INASISTENCIA ALIMENTARIA – SIN JUSTA CAUSAL ALCANCE

Como la sola omisión o sustracción alimentaria no es suficiente para deducirle a un acusado responsabilidad penal, pues se exige demostrar que la misma se dio sin justa causa, valiosa resulta la siguiente ilustración jurisprudencial:

"5. En términos similares a los expuestos en esta sentencia, sobre la "causa injustificada" la Corte Constitucional ha dicho que El verbo "sustraer", que constituye el núcleo de la conducta punible, expresa la idea de separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir ésta. Es una conducta activa, maliciosa, claramente regulada, de modo que deja de incriminarse cuando ocurren descuidos involuntarios o cuando se presentan inconvenientes de los que pueden incluirse dentro de las justas causas.

Se entiende por justa causa todo acontecimiento previsto en la ley, o existente fuera de ella, que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente, y cuya realización desintegra el tipo penal.

También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compromisos a pesar de que no quiere actuar de esa manera.

La justicia de la causa es determinación razonable, explicable, aceptable y hace desaparecer la incriminación, cualquiera fuera su origen o lo oportunidad de su ocurrencia (Sentencia T-502 del 21 de agosto de 1992).

6. Cabe precisar que la inclusión de ese elemento dentro de la definición del comportamiento hace que los motivos conocidos tradicionalmente como causales de justificación y de inculpabilidad - ahora causas de no responsabilidad-, y que al lado de otros pueden constituir la "justa causa", sean desplazados desde sus sedes al ámbito de la tipicidad.

Así, es claro que concurriendo alguna de ellas, se disuelve la tipicidad y no la antijuridicidad o la culpabilidad.

Tratándose de la primera de esas exigencias, la tipicidad, es menester verificar si el agente ha recorrido en su integridad todos los elementos contenidos en el tipo penal, esto es, "las características básicas estructurales" que la ley ha definido "de manera inequívoca, expresa y clara".

Frente al delito que ocupa la atención de la Sala, entonces, el funcionario judicial debe comprobar, con base en las pruebas legalmente practicadas, si el agente se ha sustraído "a la prestación de alimentos legalmente debidos", " sin justa causa" .
La razón lícita debe ser encontrada, o excluida, a partir de los aspectos ya tratados, que apuntan a que los alimentos deben ser prestados, en forma equitativa, por el padre y la madre, pues se trata, sin duda, de una obligación solidaria"

FISCALÍA – CARGA PROBATORIA MÍNIMA EN EL PUNIBLE DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

Es que si la Fiscalía le enrostró al acusado el delito de inasistencia alimentaria consumada durante un amplio lapso determinable, concretamente, entre el 10 de junio de 2017 y el 20 de febrero de 2020, debió llevar al juicio pruebas inequívocas sobre la solvencia económica o capacidad de pago del alimentante durante todo ese periodo, en vez de presumir, como en efecto lo hizo, que aquél se sustrajo injustificadamente a pagar totalmente su obligación alimentaria. Recuérdese que, sobre los elementos estructurales del tipo penal, los mismos deben acreditarse, no suponerse, menos si respecto del delito consagrado en el artículo 233 del Código Penal, el legislador estableció como elemento normativo del tipo, la inexistencia de justa causa, trasladándolo así de las demás categorías dogmáticas del delito a la tipicidad. Por lo tanto, la carga de probar la ausencia de justificación en la omisión alimentaria recaía en el ente acusador, por no tratarse de una de las causales de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 32 del Código Penal, sino de un elemento normativo y de índole subjetivo del mismo tipo penal.

La Sala no podría válidamente pasar inadvertidas las anteriores deficiencias probatorias, por cuanto le compete a la Fiscalía recaudar los elementos de conocimiento a fin de demostrar más allá de toda duda, la existencia material del delito y la responsabilidad del acusado; y de otro, el ente acusador tenía a su disposición herramientas de investigación idóneas para dilucidar lo atinente con la omisión alimentaria injustificada, como habría sido librar misiones de trabajo a fin de ubicar donde laboraba el encartado, entrevistar a su empleador o compañeros de oficio, establecer cuáles eran sus ingresos, verificar las fechas de su desempeño en las labores en el campo, y detectar si existían vehículos o inmuebles a su nombre, para luego incorporar los documentos y practicar los respectivos testimonios en el juicio. Pero si eventualmente esas labores no daban resultados, pudo abordar esas temáticas con sus testigos o refutar lo afirmado por el procesado en su testimonio, y así, en desarrollo del principio de libertad probatoria, haber demostrado todos estos aspectos de interés para el proceso, con miras a no dejar duda sobre la configuración del elemento normativo del tipo en cuestión.

FISCALÍA – CARGA PROBATORIA MÍNIMA EN EL PUNIBLE DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

No se exige que la Fiscalía averigüe en detalle todas las vicisitudes o acontecimientos de la vida del procesado, sino que al menos, indague y acredite en grado de certeza racional lo concerniente con su injustificado proceder; pues en casos similares al presente, se ha podido deducir responsabilidad penal contra el acusado, cuando se advierte, así sea someramente que, durante el periodo de la sustracción alimentaria o la mayor parte del mismo, laboró en una particular actividad productiva y obtuvo ciertos ingresos que le permitirían cumplir su deber alimentario, por lo que, no habiéndolo hecho, su incumplimiento deviene en voluntario o deliberado, y por lo tanto injustificado, presupuestos no acreditados en el caso en estudio.