

INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Estipulaciones Probatorias/Alcance...” no se trata de estipular medios de conocimiento sino hechos o circunstancias que por estar incontrovertidos por las partes no ameritan el ejercicio del contradictorio inherente al juicio oral, de manera que a este se llegue en economía del proceso a discutir y probar esos tópicos en que las partes no encuentran consenso y que resultan jurídicamente relevantes para definir la controversia, pues a contrario sensu carece de sentido llegar a probar aquello que la parte contraria reconoce sin hacer oposición. Las estipulaciones probatorias, como manifestación de un esquema de juzgamiento adversarial, son el producto del acuerdo de las partes que dan por probados hechos que no tienen interés en discutir porque los aceptan y así lo reconocen ante el juez del conflicto, en una verdadera excepción a los principios de oportunidad de las pruebas (art. 374), publicidad (art 377) e inmediación (art. 379), pues el juez queda vinculado por ese acuerdo y dará por probados los hechos admitidos sin que sea menester que para acreditar esos hechos se practiquen pruebas en el juicio oral. Desde luego, esos hechos o circunstancias que se dan por probados muy seguramente reposan en medios de conocimiento que las partes han recaudado, pero no son los medios o si se quiere para mejor entender el continente lo que es objeto de estipulación sino su contenido, esto es, el hecho de que ese medio informa o da cuenta...”

INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Carga de la prueba/ ...”Es deber del ente acusador probar cada uno de los elementos del tipo penal, incluido por supuesto en lo que al delito de inasistencia alimentaria atañe que la persona ha estado en condiciones de cumplir su obligación alimentaria, por lo que no surge justificación a su omisión en el pago de la prestación debida, y para esos efectos podrá acudir a cualquiera de los medios probatorios permitidos a la luz de nuestro ordenamiento (art. 275 y 382 ley 906), pero, eso sí, sin que pueda suplir sus cargas probatorias con presunciones que le trasladen el onus probandi a quien como procesado se presume inocente. Al respecto huelga mencionar que aunque se encuentra acreditada la existencia de la obligación del procesado respecto de la menor, el ente acusador no probó cual era el monto fijado por concepto de estos alimentos, situación que dificulta establecer el grado de responsabilidad que recae sobre el acusado...”

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

SALA DE DECISIÓN PENAL

SENTENCIA P- N° 0014

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ

APROBADA ACTA N° 014 del trece (13) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

TUNJA, veintiuno (21) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 2:30 p.m.

ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa de JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ contra la sentencia condenatoria de 25 de agosto de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Tunja.

HECHOS

EMILCE SUAREZ VANEGAS, en representación de su menor hija N.V.H.S¹ nacida el 10 de octubre de 2009, formuló denuncia penal en contra de JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ, padre del infante, ante el incumplimiento de la prestación alimentaria.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia preliminar celebrada el 25 de febrero de 2014, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Tunja se formuló imputación en contra de JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ, por el punible de INASISTENCIA ALIMENTARIA, los cuales no fueron aceptados².

El 23 de abril de 2014, la Fiscalía 28 Seccional presentó el escrito de acusación, siendo asignado el conocimiento al Juzgado Cuarto Penal Municipal de Tunja, que el 21 de mayo siguiente celebró la audiencia correspondiente³.

¹ El nombre se reserva en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 47 de la ley 1098 de 2006

² Acta de audiencia de imputación FI 6 Cuad fallador.

³ Acta de audiencia de acusación FI 40 Cuad fallador.

El 05 de febrero de 2015⁴ se surtió la audiencia preparatoria y el juicio oral comenzó el 26 de marzo siguiente y se escenificó en dos sesiones más que se agotaron los días 11 de junio y 29 de julio de 2015⁵ a cuya conclusión se anunció el sentido condenatorio del fallo, al que se dio lectura el 25 de agosto siguiente⁶.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Con sentencia del 25 de agosto de 2015, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de conocimiento de Tunja condenó a JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ como autor responsable del punible de INASISTENCIA ALIMENTARIA a la pena principal de treinta y dos 32 meses de prisión y multa equivalente a veinte (20) S.M.L.M.V y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal, siendo concedida la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Luego de hacer una síntesis sobre la naturaleza y elementos del punible, el fallador sostuvo que el comportamiento del acusado se adecuaba completamente al punible atribuido, como quiera que se estableció que la menor víctima era su hija, conforme lo acredita el registro civil de nacimiento y porque es el mismo acusado el que acepta que ha incumplido su obligación.

Explica que no vislumbra actitud que demuestre su preocupación por cubrir las mesadas atrasadas, aun cuando se demuestra que la mayor parte del tiempo ha trabajado como conductor de un tractor y como jornalero, actividades que le permitieron generar los ingresos suficientes para solventar los alimentos de su hija.

Expresa que con el dicho de la denunciante encuentra acreditado que el acusado pagó abonos a las cuotas alimentarias adeudadas, luego de haber

⁴ Acta de audiencia de preparatoria Fl 62 Cuad fallador.

⁵ Acta de audiencia de juicio oral Fls 83 y 110 Cuad fallador, respectivamente.

⁶ Acta de audiencia de lectura de sentencia Fl 128 Cuad Fallador. .

sido requerido por la Fiscalía, no obstante, dichos aportes resultaron mínimos respecto de las necesidades reales de la menor.

Arguye que la capacidad económica del acusado se encuentra plenamente acreditada, por cuanto, los testigos al unísono expresaron que trabajaba como conductor de un tractor, con el que ejercía labores de rastrillador sobre los cultivos y, además, el acusado reconoció que como en esa actividad durante los meses de marzo, abril y mayo no se generaba ningún tipo de empleo, debía vincularse como jornalero, es decir, ha contado con la posibilidad de asumir sus responsabilidades.

Explica que los continuos atrasos en el pago de la cuota de alimentos agotó el tipo penal pues no existe justificación frente a su conducta omisiva la cual ocurrió desde el mismo momento en que nació su menor hija y la cual mantuvo aun cuando una decisión judicial le adjudicó la paternidad, que no halló impedimento físico que le limitara el cumplir su obligación alimentaria.

DEL MOTIVO DE APELACIÓN

El apoderado de HERNÁNDEZ LÓPEZ interpuso el recurso de apelación contra la sentencia, criticando la valoración probatoria efectuada por el juez de instancia que dejó de sopesar las contradicciones en el dicho de la demandante y de los testigos de cargo, que adecuadamente valorados descartan responsabilidad de su prohijado.

Explica que EMILCE SUAREZ VANEGAS indicó que el acusado aportó por concepto de cuotas de alimentos la suma de \$1'400.000, por lo tanto, solo adeuda un total de \$6'000.000; que ella también afirmó que JOSÉ ERISMEL tenía un tractor, sin embargo, tras conocer que el mismo no era de su propiedad adujo que conocía que le pagan por operarlo un salario mínimo, pero admitió que había meses en que ello no ocurría por cuanto no se sembraba.

Los dichos de CAROLINA BARRETO, YUBER VARGAS y APOLONIO ROBERTO, establecen que el acusado trabaja por periodos, cada 5 o 6 meses y a su vez por horas, que recibe entre \$20.000 y \$50.000 por cada hora laborada, y que el tractor con el que ejecutaba su trabajo no es de su propiedad, lo cual corresponde con lo que aduce su prohijado en cuanto a que la situación del campo es precaria y que ese dinero al que se alude lo entrega al propietario de la máquina quien apenas le paga un pequeño porcentaje de lo que recibía.

Estima que era al ente acusador al que le correspondía recaudar un mínimo probatorio que le permitirá sostener los hechos objeto de investigación, es decir, aquellos que indicaran más allá de toda duda razonable la materialidad del delito que se le atribuye a su defendido, no obstante, ello no ocurrió por cuanto su labor se limitó a demostrar exclusivamente el vínculo que existe entre este y la menor N.V.H.V.

Arguye que JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ se sustrajo justificadamente de su obligación, que su obrar no fue intencional, pues su conducta estuvo determinada por sus precarias condiciones económicas en labores del campo y que no pudo ganar dinero suficiente para cumplir con la totalidad de la obligación alimentaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Por mandato del numeral 1º del artículo 34 de la ley 906 de 2004, la Sala es competente funcionalmente para conocer y decidir el recurso de apelación, por tratarse de una sentencia penal proferida por un Juez Promiscuo Municipal adscrito a este distrito judicial, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado.

2. Del delito de Inasistencia Alimentaria.

Nuestra Carta Política en sus artículos 1º y 2º proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran cuyos fines son garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la normativa superior además de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Un primerísimo deber social de los particulares es el de la paternidad responsable, en la medida que constituyendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, su conformación tiene lugar por la voluntad libre de un hombre y una mujer a quienes el Estado les ha reconocido el derecho a integrarla, pero, así mismo, les impone el deber correlativo de atender la crianza integral de su prole. Por eso, la obligación de asistir y proteger a los hijos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos es principalmente de los padres.

Diversos mecanismos jurídicos ha diseñado el legislador para proteger la institución familiar, sin embargo, ante la eventualidad de que resulten insuficientes los alcances tutelares de las normas del derecho civil y de familia para asegurar el respeto de los deberes familiares se ha previsto la consagración de un catálogo de dispositivos que tipifican como delictivos diferentes comportamientos que atentan contra los derechos o que riñen con los deberes existentes entre personas ligadas por un vínculo filial.

La normativa de protección penal a la institución familiar define los comportamientos merecedores de censura criminal por su profunda incidencia en la estructura de la sociedad y de la familia. Así, el artículo 233 del Código Penal vigente rotula como INASISTENCIA ALIMENTARIA la conducta de quien se sustrae sin justa causa a la prestación de alimentos

legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge.

La conducta de esa manera definida revela claramente por su verbo rector que estamos ante un tipo penal de omisión porque presupone de parte del sujeto activo una abstención, un comportamiento negativo, un dejar de hacer cuando el orden jurídico y el orden natural le imponen un acto positivo: prestar los alimentos a aquellos que necesitándolos se encuentran a él vinculados por una relación filial o conyugal.

Este un tipo de peligro, basta para configurar el injusto que se ponga en riesgo de lesión el objeto jurídico de tutela, sin que se reclame como necesario un daño cierto y concreto al menor por alimentar, que de producirse bien podría estructurar un delito diferente.

La desatención del deber que les asiste a los padres y demás obligados a prestar alimentos es el fundamento del reproche contenido en el delito de inasistencia alimentaria que no surge en pos de conseguir la cancelación de una acreencia patrimonial, sino que está instituido como conducta que propende por proteger el bien jurídico de la asistencia familiar. Así lo anotó la Corte Constitucional:

"...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. El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario" (C.Const.Sent.C-237 mayo 20 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

De acuerdo a las disposiciones de la ley civil, a la cual se debe acudir para dar contenido al elemento normativo del tipo penal referido a "la prestación de alimentos legalmente debidos", se deben entre otras personas, por mandato del numeral 2º del artículo 411 del Código Civil, a los descendientes.

Con respecto al elemento normativo contenido en el tipo penal como circunstancia modal de la conducta omisiva relativo a que se deje de prestar la asistencia alimentaria "sin justa causa" tiene dicho la jurisprudencia:

"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 la oportunidad de su ocurrencia⁷.

3. De lo discutido y probado en el juicio

⁷ C.C. sentencia T-502 de 1992; M.P. Alejandro Martínez Caballero

Por orientarse la impugnación a una crítica a la ponderación de los medios de prueba efectuada por el a quo, le corresponde a la Sala examinar en conjunto el acervo probatorio del proceso con estribo en las reglas de la sana crítica y del método técnico científico para desde su perspectiva efectuar el análisis de legalidad y acierto del fallo atacado.

El comportamiento omisivo a que se contrae el delito de Inasistencia Alimentaría, indiscutida como lo está la obligación de prestar alimentos a cargo del justiciable y a favor de N.V.H.S lo quiso demostrar la Fiscalía con los siguientes medios de convicción:

3.1. Estipulaciones probatorias.

i) Se da por probada la identidad plena del acusado JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ y sus condiciones personales en sustento de lo cual se arriba el informe de individualización, arraigo y tarjeta decadactilar⁸.

ii) Se da por probado en vínculo parental existente entre JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ y la menor N.V.H.S. y la minoría de edad de esta última, quien nació el día 10 de octubre de 2009.

iii) Se aportan recibos de consignación de fecha 25 de julio de 2012, depósitos judiciales N° 139725743 por la suma de \$200.000; N° 137617627 de 12 de mayo de 2012, por la suma de \$100.000; N° 142091957 del 26 de septiembre de 2012 por la suma de \$200.000; N° 148071261 del 06 de junio de 2013 por la suma de \$100.000; del 05 de julio de 2013 por la suma de \$400.000 y del 25 de febrero de 2014, por un monto de \$400.000.

3.2. Testimoniales

⁸ FI 105-107 Cuad fallador.

i) EMILCE SUAREZ VANEGAS⁹: denunciante, madre de la menor N.V.H.S. de 31 años de edad.

Manifiesta que JOSÉ ERISMEL es el padre de su hija, que instauró en su contra una denuncia aproximadamente en el año 2010 para que este asumiera su responsabilidad y el pago de las cuotas de alimentos a razón de \$133.900 mensuales, sin embargo, no lo hizo.

Expresa que al momento de instaurar la denuncia JOSÉ ERISMEL no había hecho abonos a su obligación alimentaria, no obstante, cuando se dio impulso al proceso y tuvo que asistir a las diferentes audiencias, en el año 2014, le entregó unas sumas de dinero de manera sucesiva hasta el año 2015, cuyo monto representó la suma de \$1.400.000, que se abonan a la deuda de \$7'899.000.

Afirma que ella se dedica a las ventas por catálogo y presta sus servicios haciendo aseos en inmuebles; que su hija cursa el grado transición y que JOSÉ ERISMEL tiene un tractor con el que labora y por cuyo trabajo le pagan un salario mínimo; que en alguna ocasión el prenombrado hizo un trabajo en su casa, que trabaja por horas y que cada hora la pagan aproximadamente a \$26.000; que dicha labor la ejecuta todos los días menos en los meses de enero y julio por cuanto son épocas del año en las que no se siembra.

En conainterrogatorio¹⁰ expresa que el tractor con el que trabaja JOSÉ ERISMEL es de propiedad de una Cooperativa; sin embargo, sabe que le pagan un salario mínimo, pero aclara que personalmente no le consta esa situación.

ii) CAROLINA ROBERTO ECHEVERRÍA¹¹.

⁹ Sesión de juicio oral del 11 de junio de 2015 Min 26:29

¹⁰ Sesión de juicio oral del 11 de junio de 2015 Min 44:59

¹¹ Sesión de juicio oral del 11 de junio de 2015 Min 54:38

Manifiesta que conoce a JOSÉ ERISMEL hace aproximadamente 3 años, cuando vivía en el municipio de Motavita y en esa época aquel trabaja para su papá arando con un tractor, una labor que ejecutaba cada seis meses y por la que recibía alrededor de \$20.000 por hora y en la que empleaba unas 4 o 5 horas.

Manifiesta que JOSE ERISMEL reside en la vereda Sote Panelas del municipio de Motavita, ubicada a una hora de la vereda en la que ella residió, que aparte del trabajo ya descrito, no le consta que este hubiere ejecutado otros.

En el contrainterrogatorio¹² aduce que ella jamás contrató de manera personal a JOSE ERISMEL, que quienes lo hacían eran sus hermanos o su padre, que lo dicho sobre lo que este ganaba era por comentarios de terceros, dice que es amiga de EMILCE desde el colegio, año 2007 y que mantienen una buena amistad.

En redirecto afirma que le consta que cuando sus hermanos contrataban a JOSÉ ERISMEL, ellos le pagaban.

iii) YUBER ERNESTO VARGAS VANEGAS¹³:

Manifiesta que conoce a JOSE ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ, desde hace aproximadamente 6 años ya que este era conductor de un tractor y hacía trabajos de arado en la vereda puente piedra en la fincas de propiedad de su padre, explica que le consta esa situación, que contrataban a JOSÉ ERISMEL cada cuatro o seis meses, a veces por cuatro o cinco horas por dos días, la hora se pagaba a \$40.000 o \$50.000 para los años 2009 o 2010.

Asevera que quien contrataba y le pagaba a ERISMEL era su papá, que le consta que este trabaja en otros lugares pues él lo veía ejecutando esas tareas y afirma que el tractor que conducía era propiedad del señor CIRO BARÓN, que no sabe si JOSE ERISMEL cancelaba algún tipo de alquiler y que

¹² Sesión de juicio oral del 11 de junio de 2015 hora 01 Min 01:32

¹³ Sesión de juicio oral del 11 de junio de 2015- audio N° 2 Min 02:46

le consta que el señor BARON pagaba al acusado por la labor desempeñada y que también trabajó para LUIS VARGAS.

En el contrainterrogatorio¹⁴ reitera que JOSE ERISMEL trabajaba en su finca cada 6 meses, que trabajaba por un término de 10 horas en dos días, que recibía una suma aproximada de \$500.000, que le consta que este ejecutaba labores en otros predios, que no le consta cuanto le pagaba CIRO al acusado por su trabajo y que la suma de dinero a cancelar se entregaba a JOSÉ ERISMEL pero supone que el mismo lo entregaba al propietario del vehículo.

Explica que hace 3 años aproximadamente dejó la agricultura por tanto no conoce si el procesado continuó trabajando con su padre

iv) APOLONIO ROBERTO MOLINA¹⁵: testigo de 71 años de edad, dedicado a las labores del campo.

Conoce a JOSÉ ERISMEL dado que este le prestó sus servicios con un tractor hace aproximadamente 2 años, que fue contratado en dos o tres ocasiones para arar, que se le pagaban entre \$40.000 y \$45.000 por hora y le consta que trabajó para el señor OMAR PINEDA.

Expresa que el tractor con el que trabajaba era propiedad de una cooperativa.

En contrainterrogatorio¹⁶ expresa que al acusado se le pagaba aproximadamente \$45.000, que dicho dinero lo enviaban a través de esta a la cooperativa y en algunas ocasiones el pago se hacía a un delegado de esta.

v) JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ¹⁷: procesado, 35 años de edad, cursó hasta tercero de primaria y vive en unión libre y en esa relación tiene tres hijos de 14, 10 y 4 años.

¹⁴ Sesión de juicio oral del 11 de junio de 2015- audio N° 2 Min 13-52

¹⁵ Sesión de juicio oral del 11 de junio de 2015- audio N° 3 Min 13-52

¹⁶ Sesión de juicio oral del 11 de junio de 2015- audio N° 3 Min 11:20

¹⁷ Sesión de juicio oral del 29 de julio de 2015- audio N° 1 Min 08:54

Arguye que tiene otra hija de nombre N.V. de 5 años de edad, que ha cubierto algunas cuotas alimentarias para ella pero lo hace solo cuando puede pues no cuenta con recursos económicos suficientes porque su situación laboral es precaria; dice que trabaja con un tractor pero solo por temporadas, que a la fecha se encuentra desempleado y viviendo en Bogotá con un familiar; explica que trabajó por días con un tractor de propiedad de CIRO BARÓN, esa labor se ejecutaba cada seis meses en temporada de cosecha, el dinero recaudado era para el dueño y por hora se cobraban \$30.000 de lo cual le correspondía a él \$1500.

Explica que cuando no se dedicaba a trabajar con el tractor se empleaba como jornalero y en épocas en las que no había cosecha no hacía nada, que no sabe otros oficios y cuando está desempleado son sus papás y su suegra Emilina García quienes le colaboraban con su sustento y que también le ayudan para la educación de sus hijos.

Indica que jamás trabajó para YUBER VARGAS, ni para sus hijos que para APOLONIO si trabajó en alguna ocasión.

En el conainterrogatorio¹⁸aduce que no sabe con exactitud la fecha de nacimiento de su hija N.V. pues se enteró de su existencia tiempo después que naciera, que vive hace 7 meses en Bogotá en casa de un familiar y que allí ha trabajado podando pasto, por lo que recibe entre \$10.000 y \$15.000.

Explica que para los meses de marzo, abril y mayo no hay cosechas; que los meses de noviembre, diciembre y enero, junio y julio eran los meses en los que se le llamaba para hacer relevos en la conducción del tractor, que en esa época le ayudaba a su hija N.V., que siempre ha intentado ayudar a su hija.

Expresa que le ayudaba a su hija N.V. cuando lo citaban a la Fiscalía, que no sabe el monto de la cuota de alimentos que se le fijó pues jamás se le notificó dicha situación, que recuerda que fue citado al proceso de paternidad, que

¹⁸ Sesión de juicio oral del 29 de julio de 2015- audio N° 1 Min 20:20

no ha podido acercarse a su hija por la actitud de la madre y que no sabe nada sobre ella.

4. De las conclusiones de la Sala.

(i) Está debidamente demostrada la existencia del vínculo de consanguinidad de primer grado entre el acusado JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ y la menor N.V.H.S. según el respectivo registro civil de nacimiento, que demuestra que aquel es el padre y que esta nació el 10 de octubre de 2009.

De ese vínculo y la minoría de edad de la víctima se desprende la existencia de la obligación legal del acriminado de suministrar alimentos a su hija, de conformidad con lo establecido en ordenamiento jurídico Colombiano y las demás disposiciones a él integradas por el bloque de Constitucionalidad.

(ii) Si bien se encuentra acreditada la obligación alimentaria del demandante respecto de su menor hija N.V.H.S. no ocurre lo mismo con el monto de la misma, pues ninguno de los elementos legalmente aportados en el juicio oral permiten determinar dicho valor.

Quizá la Fiscalía pretendía probar ese monto al aportar, como respaldo de la estipulación probatoria acerca de la paternidad de N.V., la sentencia emitida por el Juzgado Primero de Familia de Tunja en la que se declaró la paternidad del acusado y se fijó una cuota alimentaria, pero, el hecho admitido mediante la estipulación solo lo es la paternidad.

Dicha estipulación reza así: "*sentencia del Juzgado Primero de Familia de Tunja, donde se reconoce que NV Suarez Vanegas es hija del acusado José Erismel Hernández López*".

Como se ve, de ese contenido no se produce el efecto de tener como probado el monto de la cuota alimentaria, pues no es un hecho que fuere estipulado

por las partes como probado y acudir a la sentencia para extraer esa información es lisa y llanamente introducir un medio de prueba ilegal.

De conformidad con el artículo 356 numeral 4º de la ley 906, las partes pueden hacer estipulaciones probatorias, entendiéndose por tales, a voces del párrafo de la misma disposición, *“los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”*

Una lectura atenta del precepto es suficiente para entender que no se trata de estipular medios de conocimiento sino hechos o circunstancias que por estar incontrovertidos por las partes no ameritan el ejercicio del contradictorio inherente al juicio oral, de manera que a este se llegue en economía del proceso a discutir y probar esos tópicos en que las partes no encuentran consenso y que resultan jurídicamente relevantes para definir la controversia, pues a contrario sensu carece de sentido llegar a probar aquello que la parte contraria reconoce sin hacer oposición.

Las estipulaciones probatorias, como manifestación de un esquema de juzgamiento adversarial, son el producto del acuerdo de las partes que dan por probados hechos que no tienen interés en discutir porque los aceptan y así lo reconocen ante el juez del conflicto, en una verdadera excepción a los principios de oportunidad de las pruebas (art. 374), publicidad (art 377) e inmediación (art. 379), pues el juez queda vinculado por ese acuerdo y dará por probados los hechos admitidos sin que sea menester que para acreditar esos hechos se practiquen pruebas en el juicio oral.

Desde luego, esos hechos o circunstancias que se dan por probados muy seguramente reposan en medios de conocimiento que las partes han recaudado, pero no son los medios o si se quiere para mejor entender el continente lo que es objeto de estipulación sino su contenido, esto es, el hecho de que ese medio informa o da cuenta.

Con muy buen criterio la H. Corte Suprema ha indicado que cuando se presentan estipulaciones probatorias no es necesario acompañar elemento probatorio alguno para sustentarlo, pues el sustento en el consenso de las partes, incluso diría la Sala se torna en una práctica farragosa y contraria a la economía del proceso que termina saturado de elementos carentes de utilidad porque no podrán ser consultados.

Así lo ha dicho el alto Tribunal¹⁹:

*"Una estipulación es un convenio, un acuerdo que, en este caso, comporta que las partes dan por demostrados, por verificados, los aspectos reseñados taxativamente en la norma, de lo cual surge que los mismos quedan excluidos de someterlos al sistema probatorio dentro del juicio, razón por la cual **la estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho o circunstancia**, de donde deriva que no existe la carga de anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, por lo cual se tiene que **si las partes tuvieron a bien aportar algún soporte en respaldo del pacto, el mismo no tiene incidencia alguna, pues no puede probar ni menos ni más de lo acordado.***

Por tanto, si alguna consideración puede darse a ese anexo, que no debe serlo pues la prueba es la estipulación, la misma apunta única y exclusivamente al hecho, a la circunstancia que expresamente convinieron las partes.

Si el anexo allegado inoficiosamente como soporte de la estipulación refiere aspectos diversos del hecho concreto acordado, estos no pueden ser apreciados en ningún sentido, por la razón simple pero evidente de que ese anexo no es prueba alguna, en la medida en que no ha sido introducido bajo los lineamientos del proceso penal, esto es, no ha sido descubierto, enunciado, ni pedido

¹⁹ CSJ , Sentencia de 6 de febrero de 2013, R. 38975

como prueba, ni, menos, allegado como tal dentro del debate oral, público y contradictorio.

En ese contexto, si el funcionario soporta su decisión en un elemento allegado como soporte de la estipulación, por fuera de lo expresamente acordado, deriva incontrastable que falsea el contenido real de la prueba, que no es cosa diversa al hecho estipulado. A la par, como hipótesis puede considerarse que esa forma de apreciación lo que hace, en esencia, es suponer una prueba inexistente, en tanto ese anexo no tiene connotación de prueba, menos si se lo usa para acreditar aspectos no convenidos". (lo resaltado es nuestro)

(iii) Encuentra la Sala como un hecho cierto que el procesado no ha brindado de manera permanente e integral los alimentos a su menor hija N.V.H. S. situación que se extrae de su propio dicho, así como el de la señora EMILCE SUAREZ VANEGAS, madre de la menor, quien afirma que HERNÁNDEZ LÓPEZ no cumple con ese deber alimentario desde el año 2011.

Las atestaciones de los prenombrados unívocamente expresan que ha existido una sustracción en las obligaciones que le asisten a HERNÁNDEZ LÓPEZ, como progenitor de N.V.H.S. aspecto que él mismo admitió.

(iv) Para la Sala, la Fiscalía tampoco demostró el elemento normativo referido a que el obrar omisivo del acusado lo haya sido sin mediar una justa causa, por cuanto no vemos probada su capacidad económica y su injustificada omisión.

Es deber del ente acusador probar cada uno de los elementos del tipo penal, incluido por supuesto en lo que al delito de inasistencia alimentaria atañe que la persona ha estado en condiciones de cumplir su obligación alimentaria, por lo que no surge justificación a su omisión en el pago de la prestación debida, y para esos efectos podrá acudir a cualquiera de los medios probatorios permitidos a la luz de nuestro ordenamiento (art. 275 y 382 ley 906), pero,

eso sí, sin que pueda suplir sus cargas probatorias con presunciones que le trasladen el onus probandi a quien como procesado se presume inocente.

Al respecto huelga mencionar que aunque se encuentra acreditada la existencia de la obligación del procesado respecto de la menor, el ente acusador no probó cual era el monto fijado por concepto de estos alimentos, situación que dificulta establecer el grado de responsabilidad que recae sobre el acusado.

A esos efectos vale recordar que en su testimonio la señora EMILCE SUAREZ VANEGAS informa que JOSÉ ERISMEL trabajaba con un tractor, pero, era una actividad temporal relacionada con la siembra, información que fue reproducida también por YUBER ERNESTO VARGAS VANEGAS, APOLONIO ROBERTO MOLINA y el propio acusado.

Estos mismos testigos YUBER ERNESTO VARGAS VANEGAS y APOLONIO ROBERTO MOLINA son los que afirman que JOSÉ ERISMEL les prestó sus servicios de arado y que por dicha labor recibía una suma que oscilaba entre los \$20.000 y los \$50.000 por hora; no obstante, los testigos de cargo admiten dos hechos relevantes: (i) la actividad se cumplía cada seis meses y lo contrataban apenas por horas en jornadas de uno o dos días y (ii) el tractor no era de propiedad del acusado – unos dicen que era de una cooperativa y otros que era de Ciro Barón –.

Ahora, con respecto a los ingresos del acusado la denunciante EMILCE SUAREZ dice que gana un salario mínimo pero no le consta; a CAROLINA ROBERTO no le consta que suma le pagaba su padre al acusado por esa labor; YUBER VARGAS, hijo de otro contratante a destajo del acusado, tampoco puede dar fe de cuanto recibía este por sus tareas con el tractor y especula cifras que entrañan contenidos de referencia inadmisibles porque la fuente de la información es su padre; APOLONIO ROBERTO, quien sí lo contrató personalmente dos o tres veces, afirma que pagó a \$40.000 o \$45.000 por hora de trabajo del tractor pero es claro en que ese dinero era

con destino a la cooperativa dueña del aparato y, el acusado HERNANDEZ LOPEZ sostiene que a él solo le pagaban por hora laborada la suma de \$1.500 y que era conductor de relevo en la operación del tractor y por ende su ocupación no era constante y solo ocurría en determinadas épocas del año.

En resumen, la prueba de cargo no demuestra un ingreso constante por parte del acusado ni que este fuese suficiente para garantizar su propia subsistencia y de sus otros tres hijos; de hecho, ante la ausencia de prueba en contrario, tampoco se logró desvirtuar la afirmación de JOSE ERISMEL de que solo recibía mil quinientos pesos por cada hora de trabajo con el tractor y que esa era una labor discontinua, lo cual, por demás, aparece ratificado por todos los testigos.

Es apenas lógico que eso ocurra, en buena medida porque la Fiscalía enfrenta los procesos sin conocer que saben sus testigos, llega a juicio a sorprenderse, con lo que deja su acusación sometidas a vicisitudes como esas en las que sus testigos de cargo acuden a ofrecer versiones de oídas, a replicar hechos que no han percibido de manera directa, a hacer suposiciones que no podrán ser fundamento jamás de un conocimiento cierto. Al efecto, véase como sus testigos al unísono señalan que el tractor era propiedad de otra persona o de una cooperativa, pero, nada se hizo por contactar a ese propietario que podía ofrecer un testimonio con base cierta tanto de la ocupación laboral como del ingreso percibido por el acusado. Como eso no se hizo, lo que queda en pie es la afirmación de HERNANDEZ LOPEZ sobre su exigua remuneración, porque nada lo controvierte.

Pero además, recuérdese que es la misma denunciante quien indica que JOSÉ ERISMEL ha entregado por concepto de cuotas alimentarias diversas sumas de dinero que suman un total de \$1'400.000, lo cual indica que en la medida de sus posibilidades el acusado ha hecho los esfuerzos para ayudar en la manutención de su menor hija.

El acusado, al intervenir en el juicio como testigo, explicó las dificultades que ha tenido para conseguir un trabajo estable que le permita cubrir no solo las necesidades de N.V.H.S sino de sus otros tres hijos con quienes convive y a quienes ha sacado adelante con la ayuda y aporte económico que prestan sus familiares.

Lo expuesto deja en claro dos cosas: una, que no se demostró la suma de dinero que debía cancelar mensualmente el acusado por concepto de la cuota alimentaria debida a su menor hija N.V.H.S, y dos, que no se acreditó que el acusado haya contado con el flujo de ingresos suficientes para atender la obligación alimentaria de mejor forma a como lo ha hecho porque esa capacidad económica no se puede presumir ni suponer para efectos penales.

Así las cosas, puesto que no se solventó la carga probatoria que gravita sobre el órgano persecutor estatal para desvirtuar la garantía ius fundamental de la presunción de inocencia, esto es, no se demostró más allá de toda duda que el acusado HERNÁNDEZ LÓPEZ se hubiese sustraído sin justa causa de prestar los alimentos debidos a su hija N.V.H.S., no queda a la Sala más que revocar la sentencia condenatoria proferida en su contra.

Son esas razones suficientes para que esta Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVA

PRIMERO. REVOCAR íntegramente la sentencia de data, procedencia y contenido reseñados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. ABSOLVER a JOSÉ ERISMEL HERNÁNDEZ LÓPEZ de los cargos por los cuales fue acusado en calidad de autor del delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA en perjuicio de la menor N.V.H.S.

TERCERO. Cancélese todos los pendientes que en razón de este proceso tenga el acusado. Líbrense las comunicaciones respectivas.

CUARTO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

QUINTO. Devuélvase las diligencias al despacho de origen, una vez adquiriera ejecutoria esta sentencia.

LO DECIDIDO SE NOTIFICA EN ESTRADOS

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ
Magistrado

CÂNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS
Magistrada

EDGAR KURMEN GÓMEZ
Magistrado

ROSA YANETH WALTEROS CARVAJAL
Secretaria