



SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO/ INASISTENCIA ALIMENTARIA/NULIDADES/... En tratándose de nulidades por presunta violación al debido proceso, quien la invoque está en la obligación de acreditar la existencia de una irregularidad sustancial de tal magnitud que socave las bases de la actuación o de la estructura lógica del proceso y cuando se esté frente a nulidades originadas en vulneraciones al derecho de defensa, se deben determinar los defectos que lo lesionan dada su gravedad y trascendencia.,,”

SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO/ INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Estipulaciones Probatorias/... la naturaleza consensual de las estipulaciones probatorias no exime de la carga que el convenio celebrado para dar por probados hechos o circunstancias sea claro, concreto y específico ya que la estipulación probatoria es prueba en sí misma y por ello no necesita documento o documentos que la respalden, cuya validez por el contrario si está supeditada a la prohibición de afectar garantías constitucionales, límite impuesto por el legislador y sobre el cual el juez de conocimiento hace control material.

SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO/ INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Causa Injustificada/... Bien distinto es sustraerse de manera intencional al cumplimiento de la obligación, pudiendo y debiendo hacerlo, que incumplirla cuando no se tiene la posibilidad o la suficiente capacidad económica pues nadie está obligado a lo imposible...”



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2016-0809-01
Procesado: José Eduardo Suárez Velandia
Delito: Inasistencia alimentaria.

Magistrado Ponente: **Dr. Edgar Kurmen Gómez.**

Aprobado: Acta **140**, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja octubre dieciocho (18) de dos mil diecisiete (2017). Hora: dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del procesado José Eduardo Suárez Velandia contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Muzo el 10 de noviembre de 2016 mediante la cual lo condenó a 36 meses de prisión y multa de 20 S.M.L.M.V., al encontrarlo responsable del delito de inasistencia alimentaria, tomando otras determinaciones.

HECHOS

El primero (1) de octubre de dos mil trece (2013) Luisa Ángela Méndez Santana denunció por el delito de inasistencia alimentaria para con sus menores hijos Dania Valentina y Carlos Alberto Suárez Méndez a su progenitor José Eduardo Suarez Velandia, por haberse sustraído a pagar la cuota alimentaria acordada en audiencia de conciliación, adeudándole la suma de 6'123.146.00, cuando se realizó la audiencia de acusación.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

José Eduardo Suárez Velandia se identifica con la C.C. 1.057.014.914 expedida en Muzo (Boyacá), natural del mismo municipio donde nació el 18 octubre 1985; hijo de Luz Marlen Velandia e Israel Suarez; cursó hasta primero de bachillerato y reside en Muzo.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 21 de octubre de 2014 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quípama con funciones de control de garantías se le imputó el delito de inasistencia alimentaria a José Eduardo Suárez Velandia.

El 19 de agosto de 2015 se presentó escrito de acusación, repartiéndose las diligencias al Juzgado Promiscuo Municipal de Muzo con funciones de conocimiento. La audiencia de formulación de acusación se surtió el 30 de julio de 2015; la preparatoria se realizó el 19 de agosto de 2015 y el juicio oral se adelantó durante el 16 de junio de 2016, anunciándose a su finalización sentido de fallo condenatorio. La sentencia se leyó el 10 de noviembre de 2016 y contra ella la defensa interpuso recurso de apelación que oportunamente sustentó por escrito.

En la audiencia preparatoria, en virtud de lo establecido en el numeral 4 del art. 356 de la Ley 906 de 2004, la juez de conocimiento le concedió la palabra al Fiscal del caso, quien propuso como estipulaciones probatorias¹

- Arraigo e identificación plena del acusado José Eduardo Suárez Velandia.
- Certificado de la oficina de registro de instrumentos públicos de Chiquinquirá para probar que José Eduardo Velandia adquirió bienes inmuebles con matrícula 072-16403 en la ciudad de Chiquinquirá.
- Certificación emitida por el Juzgado sobre las sumas adeudadas por el acusado.
- Registro civiles de nacimiento para probar el grado de consanguinidad entre el padre, la madre y los menores víctimas.

La defensa, manifestó que estaba de acuerdo en estipular como hechos probados² los siguientes:

- El arraigo e identificación plena del acusado José Eduardo Suarez Velandia.
- Registro civiles de nacimiento de los menores para probar el grado de consanguinidad.

En lo concerniente al certificado de registro de instrumentos públicos de Chiquinquirá señaló que no estaba de acuerdo que se incorporara y que el hecho que se pretendía dar por probado debía probarlo la fiscalía en el juicio oral³.

¹ 20:44' audiencia preparatoria, sesión 19 de agosto de 2015.

² 23:26' audiencia preparatoria, sesión 19 de agosto de 2015.

³ 26:00' audiencia preparatoria, sesión 19 de agosto de 2015.

En los términos mencionados, la Juez aprobó y admitió las estipulaciones probatorias acordadas entre fiscalía y defensa en consideración a que no se violaron garantías fundamentales.

Acto seguido, como pruebas documentales decretó el Certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá del bien inmueble identificado con matrícula 072-16403 y el certificado de la deuda alimentaria expida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Muzo

El 16 de junio de 2016 en desarrollo del juicio oral, al momento de incorporar las estipulaciones probatorias, el ente acusador manifestó⁴ que en audiencia preparatoria las partes estipularon “cuatro documentos” correspondientes a la fotocopia de la C.C. de José Eduardo Suarez Velandia 1.057.014.914 de Muzo (Boyacá) que indica que nació el 8 de octubre de 1985 y es natural de Muzo; venta de gananciales y derechos herenciales que traspasó Jairo Baracelino a Suarez Velandia José Eduardo y Ana Milena Velandia Suarez; fotocopia informal de registro civil nacimiento de Dania y Carlos Alberto Suárez Méndez que prueba el grado de consanguinidad entre padres e hijos; e individualización y arraigo de José Eduardo Suárez Velandía. La defensa no se opuso⁵, por lo que las estipulaciones probatorias fueron incorporadas y serán valoradas para proferir sentencia respectiva. Eso significa que la propiedad de los derechos herenciales en cabeza del procesado fue estipulada, debido a que esa parte guardó silencio en el traslado respectivo y porque el Juez terminó aceptándola como parte del haz probatorio.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

⁴ 1:31:50’ audio 1, sesión 16 de junio de 2016).

⁵ 1:38:41’ audio 1, sesión 16 de junio de 2016).

1.- De la providencia impugnada.

El Juez Promiscuo Municipal de Muzo condenó a José Eduardo Suárez Velandia a 36 meses de prisión y multa de 20 S.M.L.M.V. como autor del punible de inasistencia alimentaria y a la pena accesorio de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal; le concedió la prisión domiciliaria y ordenó compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación para investigar el delito de falso testimonio, fraude procesal o alzamiento de bienes.

Consideró que la conducta de inasistencia alimentaria se tipifica porque se probó que el acusado es el padre de D.V.S.M y C.A.S.M y que ha omitido, de forma dolosa, injustificadamente el cumplimiento de la obligación alimentaria impuesta, y por ello se cumple a cabalidad con el ingrediente normativo.

Resulta probado que José Eduardo Suárez Velandia desde el año 2013 realizó dos o tres abonos a la cuota alimentaria fijada por valor de \$250.000.00 mensual a favor de sus hijos, circunstancia que no se compadece con la alta suma acumulada en cuotas superiores a \$10.000.000.00.

José Eduardo Suarez bajo gravedad de juramento aseguró no tener bienes pero consta en el expediente que para el 2013, fecha en la cual estaba desentendiendo la obligación alimentaría, figuraba como titular de derechos gananciales o herenciales sobre el predio rural "LAS CASAS" ubicado en la vereda SABANECA del Municipio de San Miguel de Sema, como consta en el folio de matrícula inmobiliaria 072-16403 y 072-16404, lo que demuestra que el procesado si tiene capacidad económica, en la medida en que puede disponer de ese bien y obtener dinero para cancelar la obligación, pero no lo hizo.

En el presente caso no media justa causa para la insatisfacción de la obligación a cargo de José Eduardo Suarez Velandia desde el año 2013, lo cual desvirtúa la afirmación del defensor consistió en demostrar que nunca ha faltado a su obligación por el hecho de haber realizado 2 o 3 abonos en los últimos años.

2.- Del motivo de impugnación.

El defensor del acusado José Eduardo Suarez Velandia solicita la revocatoria de la providencia impugnada, con los siguientes argumentos:

Expone que la suma de \$250.000.00 fijada por la Comisaria era muy alta para alguien que se desempeña como ayudante de construcción y guaquero y que ante la Fiscalía de Muzo (Boyacá) se concilió la deuda pero no le fue posible cumplir con la obligación para con sus menores hijos.

En lo concerniente al desarrollo de la etapa de juzgamiento, el recurrente alegó la violación a los protocolos señalados por parte del despacho al proferir la sentencia condenatoria con base en estipulaciones probatorias que no fueron presentadas por escrito, lo que produjo que la defensa errara al estipular que el señor usuario era dueño de unos predios, hecho con base en el cual se condenó a José Eduardo Suarez Velandia quien carece de capacidad económica y contra quien se compulsaron copias por los delitos de falso testimonio y levantamiento de bienes, conductas que no son ciertas.

De otro lado esgrime que los derechos de las víctimas fueron vulnerados porque en la totalidad de las actuaciones el apoderado de víctimas adscrito a la defensoría del pueblo designado no estuvo presente.

Como tercer argumento afirmó que el ente acusatorio no entregó todo el material probatorio, vulnerando el debido proceso, copias que debían haberse expedido de manera gratuita.

Finalmente alega que no le fue entregada inmediatamente la sentencia leída en juicio, de manera que se vulneró el derecho a sustentar el recurso de apelación.

En lo correspondiente a la valoración probatoria, tildó de amañadas las declaraciones rendidas por Luisa Ángela Méndez Santana y Nubia Méndez y esgrimió que la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal le corresponde al órgano de persecución, que no fue probada y por el contrario durante el juicio se demostró que desde que comenzaron a vivir José Eduardo Suarez Velandia ha colaborado con la manutención de sus menores hijos.

Aclaró que cuando nació el primer hijo, José Eduardo Suarez Velandia trabajó como ayudante de construcción, devengando \$25.000.00 diarios, labores esporádicas que realizaba y cuando nació su segundo hijo, pese a que buscó los medios para subsistir no le fue posible y por eso devino la separación.

Excusó el incumplimiento de la cuota alimentaria por parte José Eduardo Suarez Velandia en la falta de trabajo, quien se ha dedicado a la gaaquería que consiste en escavar la tierra que bota la empresa minera para buscar alguna chispa, lo cual genera ingresos esporádicamente.

Argumenta que su comportamiento no es doloso, porque a pesar de no tener estabilidad económica solvente ha colaborado en lo posible con la manutención de la sus hijos.

Sostiene que la fiscalía no presentó la liquidación de los alimentos debidos, afirmando que son doce (12) millones pero no se probó que se hubieran tenido en cuenta los aportes efectuados.

La fiscalía no probó la capacidad económica del procesado José Eduardo Suarez Velandia y tampoco la sustracción injustificada, a diferencia de la defensa que demostró que la causa del incumplimiento era la falta de trabajo.

Además su prohijado esporádicamente ha colaborado con la manutención. Incluso en el recurso de apelación, el defensor público afirma que en octubre de ese año, José Eduardo Suarez Velandia se empleó en labores de construcción y le entregó a la madre de las victimas la suma de 2'800.000.00

Concluye la impugnación afirmando que la fiscalía no probó la capacidad económica del acusado, los ingresos percibidos, su periodicidad y la sustracción injustificada atribuida a una capacidad económica solvente. Por el contrario se demostró que José Eduardo era desempleado, analfabeta y que vivía de la gaaquería y limpieza de parcelas en Quipama, donde no hay suficientes fuentes de empleo.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS PRUEBAS

1.- Estipulaciones probatorias.

La fiscalía y la defensa estipularon los siguientes elementos materiales probatorios:

- Identificación plena y arraigo del acusado, hecho demostrado con reporte de informe de consulta Web acerca de la identificación de José Eduardo Suarez (folio 4) y reseña del acusado (folios del 13 al 15).
- Registro Civil de Nacimiento de Dania Valentina Suarez Méndez (folio 10), del cual se colige que nació el 25 de noviembre de 2010 y es hija

de José Eduardo Suarez, identificado con C.C. 1.057.014.914 y de Luisa Ángela Méndez Santana, identificada con C.C. 1.030.539.450. Tiene el indicativo serial 44106657.

- Aunque en la audiencia preparatoria fiscalía y defensa no estipularon que el procesado fuera titular de derechos herenciales o gananciales sobre un inmueble ubicado en la vereda Sabaneca del municipio de San Miguel de Sema, al culminar el testimonio del procesado al final del juicio oral la fiscalía señaló, equivocadamente, que ese hecho había sido estipulado desde la audiencia preparatoria y que estaba respaldado con el folio de matrícula inmobiliaria 07216403 anotación número 4. Sin embargo, previo traslado, la defensa no se opuso y el juez ordenó su incorporación, de tal manera que la Sala considera, que con ese irregular procedimiento, ese hecho sí fue estipulado.

2.- Pruebas de la Fiscalía.

2.1. Luisa Ángela Méndez Santana (21:55' audio 1, sesión 16 de junio de 2016).

Denunció a José Eduardo Suarez Velandia a quien conoció en Muzo 13 años atrás y con quien concibió a sus dos hijos porque después de la separación no le ha colaborado con la manutención de sus menores hijos pese a que ante la Comisaria de Familia se fijó una cuota de \$250.000.00 mensuales y durante los meses de diciembre, febrero y junio de \$350.000.00 para vestuario, acuerdo que ha incumplido desde cuando acordó lo pactado en la comisaria de familia.

Actualmente sus hijos, Carlos Alberto Suárez Méndez de 9 años y Dania Valentina de 5 años estudian en el colegio y siempre han estado a su cuidado. Cuando convivió con José Eduardo Suarez Velandia durante 10 años ya habían nacido los menores.

Con el sueldo que recibe en una empresa de minería, trabajando 8 horas bajo tierra, desde hace 3 meses paga el arriendo donde viven, por \$150.000.00. Antes de eso, trabajó en una frutería donde le pagaban \$260.000.00. La manutención de sus hijos asciende a más de \$800.000.00. No convive con nadie ni tiene a alguien que le ayude.

Cuando José Eduardo Suarez Velandia convivió con ella trabajó como ayudante de construcción y trabajaba en minerías de carbón en Ubaté, devengado entre \$800.000.00 y \$900.000.00 quincenalmente pero él regularmente no cumplía con la manutención porque gastaba el dinero en comprar trago. En Muzo convivieron entre 6 y 7 años, durante los cuales José Eduardo Suarez Velandia trabajaba como ayudante de construcción. Sus menores hijos dependen totalmente de ella. El 30 de enero de 2014 hicieron un acuerdo ante la fiscalía con José Eduardo Suarez Velandia, quien sólo pagó 2 cuotas y no más, simplemente no cumplió. Supone que José Eduardo Suarez Velandia está trabajando actualmente porque lo vio trabajando en la minería hace 20 días.

Contrainterrogada por la defensa⁶ indicó que la mamá de José Eduardo Suarez Velandia le entregó dinero. Reiteró que cuando convivieron esporádicamente le daba dinero, esto era cuando le sobraba y que lo vio trabajando en la minería. Sabe que tenía una finca de propiedad de él.

En redirecto aclaró que la mamá de José Eduardo Suarez Velandia le dio la suma de \$100.000.00 para la navidad del año pasado por órdenes de José Eduardo Suarez Velandia. A la fecha no le ha dado más.

2.2. Nubia Eugenia Méndez Santana (43' audio 1, sesión 16 de junio de 2016).

⁶ 38:39' audio 1, sesión 16 de junio de 2016).

Es hermana de la denunciante Luisa Ángela Méndez Santana y viven en el mismo barrio en Muzo. Hace 15 años conoce a José Eduardo Suarez Velandia porque vivió con su hermana y tuvieron dos hijos: Carlos de 9 años y la niña de 6 años, quienes viven con la mamá en arriendo y estudian en la institución educativa del municipio. Él trabajó de ayudante de construcción en Muzo, época en la que devengaba \$25.000.00 diarios. No lo ha visto trabajando en otras labores. El arriendo que se paga asciende a \$150.000.00. José Eduardo Suarez Velandia, hace un mes que regresó a la mina y volvió a tener contacto con los hijos, a quienes no veía desde hacía tres años

Visita con frecuencia a los hijos de su hermana Luisa Ángela Méndez Santana quien le comentó que desde que se separaron no le colaboraba para suplir las necesidades de los niños. Lo primero que hizo fue demandarlo en la Comisaria de Familia donde fijaron una cuota.

Para la época en que vivía Luisa Ángela Méndez Santana con José Eduardo Suarez a veces cumplía las necesidades de sus hijos porque él tomaba, lo que en ocasiones le impedía cumplir. Nunca le ha ayudado a su hermana con dinero. Sabe que actualmente José Eduardo Suarez Velandia vive en la mina y labora como guaquero, pero no sabe si percibe ingresos y tampoco cuánto. Actualmente asciende a doce (12) millones lo adeudado.

Contrainterrogada por la defensa⁷ contestó que ha visto a José Eduardo Suarez Velandia trabajar como guaquero en la mina.

3.- Pruebas de la defensa.

3.1 José Eduardo Suarez Velandia (63' audio 1, sesión 16 de junio de

⁷ 58:39' audio 1, sesión 16 de junio de 2016).

2016). Se dedica a la g.uaquería y no tiene contrato laboral. Conoció a Luisa Ángela Méndez Santana cuando estaban en el colegio y vivieron juntos un tiempo. Cuando nació el niño, era portero y con eso pagaban el arriendo de una pieza y la comida. Luego de hacer el acuerdo ante la comisaria seguían conviviendo y ella trabaja en la frutería. Dice que llegó a Muzo hace dos meses, ha buscado trabajo pero aún no tiene y vive de “arrimado” donde su mamá. Hace tres semanas vio a los niños. Hace dos meses “no sabe que es una moneda”.

En lo que lleva la denuncia le ha entregado a Luisa Ángela Méndez Santana dinero por medio de su mamá. Tiene SISBEN y se dedica a la g.uaquería. No tiene propiedades ni ha tenido y los predios que señalan de su propiedad son una herencia de su papá y tíos. Es consciente que debe alimentos a sus hijos hasta los 18 años. Hace dos años les colaboraba pero de esa época para acá si tenía para la comida no tenía para pagar el arriendo en Bogotá, que era donde vivía

Cuando trabajó en la construcción se alimentaba él, su hijo y la madre de su infante. Hace 15 días pasó la hoja de vida para buscar trabajo pero aún no lo han contactado. Su compañera hace 4 años lo denunció, cuando se separaron, época para la cual se ganaba \$12.000.00 diarios.

En contrainterrogatorio de la Fiscalía⁸ aclaró que tiene 31 años, no tiene impedimento físico, lleva 2 meses viviendo con su mamá y que después de la separación vivió en Bogotá con una muchacha y trabajaba en la construcción, ganando entre \$25.000.00 y \$30.000.00.

Ante la Comisaria acordó cuota de alimentos de \$250.000.00 porque vivía con Luisa Ángela Méndez Santana. Nunca pagó la cuota completa porque trabajaba en el campo y no labora todos los días. Cuando había trabajo le

⁸ 1:17:33' audio 1, sesión 16 de junio de 2016).

pagaba, a ella le consta porque había días que permanecía en la casa. En Diciembre del año pasado le entregó \$100.000.00 a Luisa Ángela Méndez Santana para el regalo de los menores y en febrero alrededor de \$250.000.00; desde ahí no ha podido mandarle más. En este momento, lo mantiene su mamá. No tiene conocimiento a cuánto ascienden los gastos de manutención de sus hijos.

En el redirecto⁹ José Eduardo Suarez Velandia manifestó que cuando vivió en Bogotá y trabajaba como “ruso” y una vez le mandó \$25.000.00.

Análisis Probatorio.

Con base en la prueba la documental y testimonial practicada en el juicio oral, damos por establecidos los siguientes hechos:

1.- Dania Valentina Suárez Méndez y Carlos Alberto Suárez Méndez son hijos de José Eduardo Suarez Velandia y Luisa Ángela Méndez Santana conforme a los registros civiles de nacimiento con indicativo serial 44106657 y 3982568, respectivamente y conforme a las declaraciones rendidas en juicio por Luisa Ángela Méndez Santana, Nubia Eugenia Méndez Santana y el mismo acusado.

Es evidente entonces que José Eduardo Suarez Velandia tiene el deber natural y legal de suministrar alimentos, entre otros, a sus hijos Dania Valentina Suárez Méndez y Carlos Alberto Suárez Méndez, nacidos el 25 de noviembre de 2010 y 6 de febrero de 2007, respectivamente, en virtud de los artículos 411 del Código Civil numeral 2°, ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia y artículos 42 y 44 de la Constitución Política.

2.- De acuerdo con las declaraciones de Luisa Ángela Méndez Santana y José Eduardo Suarez Velandia se estableció que ante la comisaria de familia, José Eduardo Suarez Velandia se obligó a suministrar una cuota

⁹ 1:30:00’ audio 1, sesión 16 de junio de 2016).

alimentaria a favor de sus hijos Dania Valentina y Carlos Alberto por valor oscilante de \$250.000.00 y que el 30 de enero de 2014 ante la Fiscalía se realizó otro acuerdo entre Luisa Ángela Méndez Santana y el hoy procesado José Eduardo Suarez Velandia que no cumplió, pues sólo realizó el pago de dos cuotas y no más.

3.- Se probó que el procesado era titular de unos derechos herenciales sobre un inmueble ubicado en la vereda Sabaneca del municipio de San Miguel de Sema, pero la fiscalía no demostró que el inmueble le produjera rendimientos económicos ni mucho menos los cuantificó.

4. Debido al incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de José Eduardo Suarez Velandia para con sus menores hijos Dania Valentina y Carlos Alberto, la madre de los afectados formuló la respectiva denuncia por el presunto delito de inasistencia alimentaria descrito en el artículo 233 del Código Penal.

5. En referencia al cumplimiento de las obligaciones alimentarias obra la declaración de Luisa Ángela Méndez Santana, madre de Dania Valentina y Carlos Alberto, quien señaló que los acuerdos celebrados sobre la cuota alimentaria ante la Comisaria de Familia y Fiscalía no fueron cumplidos; que los menores siempre han estado a su cuidado dependiendo totalmente de ella y que ha asumido sola la totalidad de los gastos, entre los que se encuentra el arriendo donde viven por valor de \$150.000.00 y la manutención de sus hijos que asciende a \$800.000.00.

En el contrainterrogatorio realizado por la defensa indicó que la mamá de José Eduardo Suarez Velandia le ha dado dinero esporádicamente y para navidad del año pasado le entregó \$100.000.00 por órdenes del procesado, pero a la fecha no le ha dado más.

Por otra parte, Nubia Eugenia Méndez, quien visita frecuentemente a sus sobrinos Dania Valentina y Carlos Alberto, indicó que ellos viven con su

hermana Luisa Ángela Méndez en arriendo que asciende a \$150.000.00 y estudian en la institución educativa del municipio.

Que para la época que en que Luisa Ángela Méndez vivía con el procesado José Eduardo Suarez Velandia a veces cumplía con las necesidades de sus menores hijos y que nunca le ha ayudado a su hermana con dinero.

Es evidente que el procesado José Eduardo Suarez Velandia ha cancelado parcialmente y en mínima parte la cuota alimentaria que le corresponde con sus hijos Dania Valentina y Carlos Alberto y por consiguiente el incumplimiento está acreditado.

5.- Respecto a la capacidad económica del procesado José Eduardo Suarez Velandia, la señora Luisa Ángela Méndez madre de Dania Valentina y Carlos Alberto, señala que cuando el acusado convivió con ella trabajó como ayudante de construcción y trabajaba en minería de carbón en Ubaté. Que actualmente está trabajando y hace 20 días lo vio trabajando en la minería.

Nubia Eugenia Méndez dijo que José Eduardo Suarez Velandia vive en la mina y labora como gUAQUERO pero no sabe si percibe ingresos ni cuánto.

El procesado José Eduardo Suarez Velandia rindió testimonio en el juicio oral señalando que se dedica a la gUAQUERÍA, actividad que esporádicamente le deja algo; que no tiene contrato laboral actual; que llegó a Muzo hace dos meses; que ha buscado trabajo pero aún no tiene y que su progenitora es quien le ha brindado vivienda. No tiene propiedades, trabajo ni dinero. Hace quince (15) días pasó la hoja de vida a una empresa minera pero no lo han llamado, afirmaciones que no fueron desvirtuadas con ningún otro medio probatorio.

Indicó que hace dos años le colaboraba a Luisa Ángela Méndez con la manutención de sus hijos pero que desde esa época para acá, si tenía para la comida no había para el arriendo.

Cuando se separó de Luisa Ángela Méndez trabajó en construcción, percibiendo entre \$25.000.00 y \$30.000.00, pero nada advirtió si para esa época o no le colaboraba con la cuota alimentaria fijada por la Comisaría de Familia.

Además se probó que es titular de derechos herenciales sobre el inmueble enunciado precedentemente pero no se demostró que le produjera rendimientos económicos ni mucho menos la cuantía de los mismos.

De la prueba señalada anteriormente se establece que el procesado José Eduardo Suarez Velandia no tiene trabajo actualmente, que desde hace dos meses busca laborar en Muzo y que mientras tanto está dedicado a la guaquería, actividad económica que esporádicamente le genera ingresos.

No se estableció la cuantía de lo devengado por el procesado desde cuando fue denunciado, pues se ha dedicado a realizar diversas actividades laborales de forma esporádica.

Aunque Luisa Ángela Méndez señaló que el acusado tenía una finca, éste aclaró que correspondía a una herencia que pertenece a su padre y tíos que recibieron por la sucesión de su abuelo. No se demostró que José Eduardo Suarez Velandia la explotara económicamente, trabajará o percibiera de ella recursos económicos.

En síntesis la Sala estima que la fiscalía no probó que el procesado hubiese estado en posibilidad de asumir la obligación alimentaria por la

que fue denunciado y que por tanto se haya apartado voluntariamente de su cumplimiento.

Recordemos que el tipo penal de inasistencia alimentaria tipifica como delictual la sustracción "*sin justa causa*" que hace el sujeto activo del comportamiento a la prestación de alimentos legalmente debidos, entre otros, a sus descendientes, lo que significa que es imprescindible y necesario establecer la capacidad económica del deudor para de contera determinar si el incumplimiento fue o no justificado. Dicho de mejor manera, sólo podrá ser sancionado como autor responsable de este delito quien pudiendo prestar los alimentos legalmente debidos, dolosa o intencionalmente se niega a ello. Si este aspecto no encuentra demostración probatoria, sancionar al procesado por el simple incumplimiento de la obligación de suministrar alimentos debidos equivaldría a imponer sanciones con responsabilidad objetiva, proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

En sistemas adversariales de partes contendientes, le corresponde al ente acusador la carga de probar los elementos estructurales de la conducta punible y a la defensa las causales que lo exoneren de responsabilidad o por lo menos que se la atenúen.

Si bien es cierto se probó que el procesado ha desarrollado actividad económica, pues ha trabajado en labores del campo, construcción y gUAQUERÍA, el producido de tales actividades no logró cuantificarse para demostrar si estuvo en capacidad de sufragar la correspondiente cuota alimentaria y voluntariamente no lo hizo.

Este último aspecto reviste singular importancia porque nadie puede ser obligado a lo imposible, lo que indica que la fiscalía no demostró que el procesado estuviera en posibilidad de proporcionar alimentos a sus hijos desde la fecha en que fue obligado a ello.

Si la fiscalía no probó la capacidad económica del procesado mal se puede inferir o deducir que éste hubiera evadido voluntariamente el cumplimiento de su obligación alimentaria.

Esto es lo que en síntesis se demostró en el juicio.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- De las irregularidades planteadas por la defensa.

El art. 29 de la Constitución Política entroniza como derecho ius fundamental el del debido proceso, que es una manifestación del modelo del Estado Social de Derecho y que contiene un plexo de garantías que se erigen en límite del poder punitivo del Estado y al mismo tiempo se constituyen en derechos para los coasociados sometidos a procesos judiciales o administrativos.

Por eso en el debido proceso se contemplan un conjunto de garantías sustanciales y procesales, que propenden por la transparencia, eficacia y legalidad de la actividad jurisdiccional durante la investigación y el juzgamiento que se adelanta por la posible comisión de comportamientos punibles, en miras a la protección de la libertad, el buen nombre, la intimidad, entre otros derechos fundamentales, que pueden resultar afectados con su accionar.

El núcleo esencial del debido proceso lo integran los siguientes principios: (i) legalidad; (ii) juez natural; (iii) presunción de inocencia; (iv) favorabilidad y; (v) derecho a la defensa. Dentro de este último se pregonan (a) el derecho a la asistencia de un abogado, (b) derecho a un debido proceso

sin dilaciones injustificadas, (c) el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, (d) derecho a un proceso público y (e) el derecho a presentar y controvertir pruebas.

En tratándose de nulidades por presunta violación al debido proceso, quien la invoque está en la obligación de acreditar la existencia de una irregularidad sustancial de tal magnitud que socave las bases de la actuación o de la estructura lógica del proceso y cuando se esté frente a nulidades originadas en vulneraciones al derecho de defensa, se deben determinar los defectos que lo lesionan dada su gravedad y trascendencia. Respecto de esta causal, ha indicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Tiene dicho la Sala, que si se alega el desconocimiento del debido proceso, se debe acreditar el acaecimiento de trascendentes desafueros en alguna de las etapas o eslabones concatenados, con capacidad de alterar su estructura, bien sea, en la formulación de la imputación o de la acusación, en las audiencias correspondientes, en el desarrollo del juicio oral o en las sentencias proferidas en primera y segunda instancias.

Si se trata de la vulneración de garantías fundamentales, será necesario evidenciar, razonadamente, la real ocurrencia de irregularidades sustanciales que conduzcan a la invalidación del proceso, bien por desconocimiento del derecho a la defensa, en el entendido que no fue posible ejercer el contradictorio, o se desatendió el principio de imparcialidad, o por deficiencias en materia probatoria.

Adicionalmente, es preciso atender a los principios que rigen el instituto, así como a los motivos de nulidad taxativamente consagrados en la ley, porque no se trata de enlistar todas aquellas actuaciones que el impugnante advierta irregulares, ni de fundamentar la solicitud en criterios puramente subjetivos y ajenos al acontecer procesal.” (cfr. CSJ AP, 31 de ago. 2016, rad. 48166 y 30 de jun. 2010, rad. 33255).

Es importante indicar que en el presente caso el recurrente denunció la afectación de la garantía al debido proceso que le asiste a las partes, con fundamento en las siguientes irregularidades:

En primer lugar señaló que las estipulaciones probatorias base de la sentencia condenatoria no fueron presentadas por escrito. Al respecto debe advertir esta Corporación que no le asiste razón en atención a que esta clase de acuerdos son de carácter consensual y no están condicionados a formalidad alguna como se desprende de la lectura del art. 10 del C.P.P que faculta al juez para autorizar las estipulaciones probatorias y del art. 356 (núm. 4) que dispone acerca del momento en que las partes deben manifestar su interés en hacer estipulaciones probatorias y que reza que “se entiende por estipulación probatoria los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”.

Como se explicó, la naturaleza consensual de las estipulaciones probatorias no exime de la carga que el convenio celebrado para dar por probados hechos o circunstancias sea claro, concreto y específico ya que la estipulación probatoria es prueba en sí misma y por ello no necesita documento o documentos que la respalden, cuya validez por el contrario si está supeditada a la prohibición de afectar garantías constitucionales, límite impuesto por el legislador y sobre el cual el juez de conocimiento hace control material.

La Sala estima que aunque en la audiencia preparatoria no se estipuló que el procesado fuera titular de derechos herenciales sobre un inmueble, cuando la fiscalía refirió los hechos estipulados, consignó el antes anunciado, y la defensa no se opuso por lo que el Juez dio por probado ese hecho. Sin embargo la fiscalía no probó que el predio le generara rendimientos económicos ni mucho menos la cuantía de los mismos.

En lo concerniente a que el apoderado de víctimas adscrito a la defensoría del pueblo designado no estuvo presente en todas las actuaciones penales; que la fiscalía cuando realizó el descubrimiento del material probatorio no lo hizo en su totalidad y que no le fue entregada de forma inmediata la sentencia leída en juicio, advierte esta Sala que no se sustentó en debida forma cómo estas irregularidades afectaron de manera sustancial el derecho al debido proceso pues el recurrente sustentó en tiempo la impugnación, no demostró cuales medios de prueba no fueron descubiertos y puestos a su disposición y cómo se afectó la defensa de los intereses del procesado. Además tampoco se observa que las garantías de las víctimas se hubieran transgredido con la ausencia del representante de víctimas en la audiencia preparatoria, de manera que se impone rechazar las anomalías procesales sustentadas como nulidades, como se ordenará oportunamente.

2.- Estudio del comportamiento punible.

Exige el art. 381 del C. de P.P. que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Tipifica el art. 233 del Código Penal el delito de inasistencia alimentaria, para quien se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos, entre otros, a sus descendientes.

La conducta, como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia¹⁰, es de peligro, porque no requiere lesión efectiva al bien jurídico protegido; de ejecución continuada en cuanto la violación al deber de proporcionar

¹⁰ Proceso 21023. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 19 de enero de 2006.

alimentos subsiste hasta cuando se cumpla con tal precepto; de sujeto pasivo cualificado en razón a que la persona tiene que estar civilmente obligada a la prestación de alimentos a favor de un sujeto activo que es el beneficiario; exige un ingrediente normativo del tipo objetivo consistente en que la sustracción al deber de proporcionar alimentos sea “*sin justa causa*”, lo que implica que esta sea una conducta de naturaleza dolosa. El deber de suministrar alimentos se deriva del contenido de los arts. 42 y 44 de la Constitución Política, en concordancia con las normas pertinentes del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Este es un delito de los denominados de omisión propia, en los que subsiste el desconocimiento de una obligación, o dicho de otra manera, la sustracción al deber constitucional y legal de suministrar alimentos, entre otros, a sus descendientes.

En el proceso penal está demostrado el origen y la naturaleza de la obligación alimentaria que tiene José Eduardo Suárez Velandia para con sus hijos menores de edad por la época de los hechos, de quien también se demostró la condición de descendientes de aquel.

Se probó que el hoy procesado incumplió con la obligación alimentaria, pero sin embargo, como se adujo al analizar la prueba practicada en el juicio oral, la fiscalía no probó la capacidad económica del procesado y por ende si la sustracción al cumplimiento de su obligación alimentaria fue intencional o dolosa.

Bien distinto es sustraerse de manera intencional al cumplimiento de la obligación, pudiendo y debiendo hacerlo, que incumplirla cuando no se tiene la posibilidad o la suficiente capacidad económica pues nadie está obligado a lo imposible.

La Honorable Corte Suprema de Justicia en referencia a este tema ha señalado lo siguiente¹¹:

“...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 la 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

¹¹ Proceso 21023. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 19 de enero de 2.006.

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.

7. De la Constitución Política y de las normas que rigen las legislaciones penal y procesal penal, se desprende que una persona solamente puede ser juzgada y sancionada después de un juicio plenamente respetuoso del debido proceso, dentro del cual se demuestre que cometió una conducta punible, esto es, típica, antijurídica y culpable.

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.”

De lo analizado en el proceso la Sala concluye que no se probó la capacidad económica del procesado y por tanto que el procesado se haya sustraído injustificadamente al cumplimiento de los sus obligaciones, lo

que implica que la fiscalía no logro desvirtuar la presunción de inocencia con la que está amparado el procesado y que por lo menos emerge duda a este respecto.

La Corte Suprema de Justicia al respecto ha señalado lo siguiente¹²:

“La duda es un estado insalvable del conocimiento, tiene que aparecer fundamentada en insuperable condición probatoria, tanto para absolver por falta de prueba que demuestre con suficiencia la inocencia del procesado, como para condenar por falta de prueba que con suficiencia permita declarar la certeza de la responsabilidad; de lo contrario, en uno y en otro caso la sentencia de mérito debe ser absolutoria o condenatoria.”

Por lo dicho a lo largo de esta providencia, los motivos de impugnación están llamados a prosperar en referencia a este aspecto y por tanto se impone la revocatoria de la providencia impugnada para en su lugar absolver de los cargos formulados al procesado por atipicidad de la conducta.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de decisión penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR que el proceso no se encuentra viciado de nulidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia impugnada, excepto el ordinal séptimo, para en su lugar **ABSOLVER** al procesado **José Eduardo**

¹² Proceso No 26411. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. 8 de noviembre de 2007.

Suarez Velandia de los cargos formulados en el presente juicio, por lo expuesto en las motivaciones de esta providencia.

TERCERO.- Por secretaría expídase la boleta de libertad en razón de los cargos que le fueron formulados en este proceso.

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

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ

Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ

Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ

Secretario