

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP2641-2018

Radicación: 52807

Aprobado Acta N. 211

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Sala en punto de la demanda de casación presentada por la defensa de Oscar Alexander Mora Hernández contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 6 de marzo de 2018, confirmatoria del fallo de primera instancia del Juzgado 11 Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado como autor del delito de inasistencia alimentaria.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos fueron consignados en la sentencia de segunda instancia así:

Del matrimonio católico entre Sonia Alexandra Ruiz Rodríguez y Oscar Alexander Mora Hernández, nació el 14 de agosto de 1997, María José Mora Ruíz. Luego de que se suscribiera escritura pública N. 1170 de 20 de mayo de 2011, de cesación de los efectos civiles del referido vínculo matrimonial por mutuo acuerdo de los conyugues, el padre de María José Mora Ruíz, se comprometió a pagar a la progenitora para el sostenimiento de

aquella, la suma de \$500.000 mensuales con el incremento anual correspondiente al IPC, junto con tres mudas de ropa por valor de \$500.000 cada una con el ya indicado incremento y la mitad de los gastos de educación y salud que escapen a lo contemplado en el POS.

La investigación se inició por cuanto Oscar Alexander Mora Hernández no ha suministrado alimentos a su descendiente de manera injustificada en el período comprendido entre el mes de junio de 2011 y el 14 de mayo de 2015, fecha en que tuvo lugar la formulación de imputación.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Los hechos narrados motivaron que luego de agotada la fase de conciliación y al resultar fallida la misma, se formulara imputación a Oscar Alexander Mora Hernández como autor de delito de inasistencia alimentaria, actuación que se llevó a cabo en audiencia de 14 de mayo de 2015 ante el Juez Primero Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá.

El investigado rechazó los cargos.

2. El escrito de acusación se radicó el 26 de junio de 2015 en el que se reiteró el cargo atribuido en la audiencia preliminar. Su formulación se realizó en audiencia de 4 de septiembre siguiente, la cual estuvo presidida por el Juzgado 11 Penal Municipal de Conocimiento.

3. La audiencia preparatoria se surtió el 15 de marzo de 2016 y la de juicio oral

culminó el 27 de octubre de 2017, con anuncio de sentido de fallo condenatorio.

4. La sentencia adversa se profirió el 20 de noviembre de 2017, en la que se impuso la pena de 32 meses de prisión, multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 32 meses.

La pena de prisión intramural fue sustituida por domiciliaria.

5. Contra el fallo de primera instancia se alzó en apelación la defensa, recurso que motivó el pronunciamiento del Tribunal de Bogotá que en sentencia de 6 de marzo de 2018, confirmó integralmente la decisión del a quo.

6. Recurre en casación la defensa de Oscar Alexander Mora Hernández.

LA DEMANDA

Se postulan dos cargos contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, así:

En primer término se ocupa el censor de resumir los hechos, los antecedentes procesales, los fallos de instancia y los argumentos expuestos en el recurso de apelación promovido por la defensa contra el fallo de segundo grado. Luego se ocupa de exponer el interés en recurrir la sentencia condenatoria del Tribunal y la finalidad que persigue con la casación.

Frente a los reparos contra el fallo demandado en sede extraordinaria propone un falso

juicio de identidad al haber edificado la sentencia en prueba testimonial existente, pero ignorando que se vulneró el derecho a la defensa material que se negó la posibilidad de ser escuchado en declaración bajo la gravedad del juramento como el juez de primera instancia lo había decretado, bajo la falsa motivación de que las diferentes ocasiones en que la audiencia no se realizó fue por su no comparecencia.

Agrega que existe duda en torno a la responsabilidad del acusado por no haberse escuchado el testimonio de éste.

Cita las sentencias C-793 de 2014 y SU 215 de 2016 para demandar el derecho a apelar la sentencia condenatoria de segunda instancia, tema frente al cual, ante la ausencia de reglamentación, considera necesario el pronunciamiento de la Corte.

Precisa que son dos los cargos que promueve contra la sentencia; el primero de violación indirecta de la ley con el fin de que se case la sentencia decretando la nulidad del fallo; el segundo, subsidiario, nulidad por violación del debido proceso que abarque desde la notificación de la sentencia de primera instancia con el fin de restablecer el derecho a la defensa material.

El primero de los reparos el censor lo hace consistir en que el fallo se sustentó en los testimonios de cargo, sin tener en cuenta lo que el acusado tenía que decir a través de su testimonio, el cual nunca se practicó, ya que asumió el fallador que no era su deseo rendir declaración por no haberse hecho presente a la sesión de audiencia en la que sí lo hicieron los testigos ofrecidos por la Fiscalía y se agotó la fase probatoria del juicio.

El recurrente considera que es obligación del juez escuchar al acusado cuando éste ha decidido declarar en su propio juicio.

Hace un recuento sobre lo acontecido en el proceso desde la audiencia de formulación de imputación y al referirse al juicio oral, precisa que la sesión de junio de 2016 fue aplazada

por solicitud del representante de víctimas; la de junio 27 de 2016, por quebrantos de salud del juez; la prevista para el 11 de octubre ante la insistencia de las partes; el 9 de febrero de 2017 no se realizó la diligencia por la no comparecencia de los testigos.

Agrega que la audiencia finalmente se realizó el 27 de octubre de 2017, pese a que la defensa había solicitado el aplazamiento para atender otro compromiso judicial; sin embargo, la petición fue negada y se llevó a cabo la audiencia sin la comparecencia del acusado debido a que con anterioridad su defensor le informó que había solicitado aplazamiento, motivo por el que el procesado dispuso de ese día para salir de la ciudad.

Narra el demandante que en esa fecha se culminó con la práctica probatoria del juicio a pesar de que la defensa solicitó que la audiencia se postergara con el fin de que el acusado compareciera a rendir testimonio, a lo que se negó el juez de conocimiento, dando paso a las alegaciones de conclusión.

En seguida se ocupa de las pruebas practicadas en el juicio oral tales como el testimonio de Sonia Alexandra Ruíz Rodríguez, madre de la víctima, quien refirió que el procesado incumplió el acuerdo de alimentos, pues aunque consigna dinero esporádicamente, son cantidades insignificantes. Se refiere igualmente al testimonio de la ofendida que avala lo manifestado por su progenitora.

Expone algunos párrafos en los que se alude a un hecho relacionado con un accidente de tránsito y unas lesiones personales, para luego retomar la conducta de inasistencia alimentaria e indicar que los testimonios que fundan la condena son interesados y que el fallo se produjo en claro desconocimiento del derecho de defensa material, puesto que de haberse permitido que el acusado rindiera testimonio, este se hubiera podido confrontar con lo manifestado por la víctima y la denunciante.

Señala que los testimonios no se apreciaron en su real contenido, ya que fueron tergiversados «haciéndoles producir efectos jurídicos que objetivamente no se establecen

en dicho medio de prueba».

Como conclusión frente a este reparo, afirma el demandante que emerge duda sobre la ocurrencia del hecho «o para predicar responsabilidad del acusado»; por tal motivo solicita que se case la sentencia para que se deje en firme la absolución emitida por la primera instancia.

Respecto de la segunda censura de nulidad, la cual se propone como subsidiaria, alega el recurrente la falta de aplicación del artículo 29 de la [Constitución Política](#) que contempla la facultad de impugnar la sentencia condenatoria.

La petición se concreta en que se anule el proceso a partir de la audiencia en la que se dio inicio al juicio oral, 27 de octubre de 2017, para que se permita al procesado ser escuchado en testimonio.

El desconocimiento de la ley sustancial, se precisa así: «violación del debido proceso con trascendencia sustancial y por esa vía, conculcarse el derecho de defensa, al haberse condenado a mi representado en primera y segunda, sin habersele permitido ejercer su defensa material a través del recurso ordinario de apelación». En soporte de la queja, refiere varias normas que contemplan la posibilidad de impugnar el fallo de responsabilidad penal, al igual que la sentencia C 792 de 2014, ya citada por el libelista.

Al aludir a la trascendencia de la irregularidad denunciada, manifiesta el defensor que se causó un perjuicio al acusado «al habersele condenado, al resolver la apelación interpuesta por esta defensa confirmar esa determinación estando viciada de nulidad». También porque se impidió controvertir los aspectos fácticos y jurídicos expuestos en la sentencia condenatoria a través de un recurso ordinario como el de la apelación que no exige requisitos técnicos que sí se predicen de la casación como presupuestos para obtener un pronunciamiento de fondo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente a establecer los presupuestos de forma de la demanda de casación presentada a nombre de Oscar Alexander Mora Hernández, cabe precisar que cualquiera que sea la causal invocada, el libelo no es un escrito de libre elaboración en tanto debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, consistentes en citar las normas que se consideran infringidas, determinar la clase de quebrantamiento, indicar los fundamentos completos con claridad, precisión y lógica, en armonía con la naturaleza del vicio reprochado, además de demostrar la trascendencia del yerro en la decisión, absteniéndose de atacar el poder demostrativo otorgado por el fallador a los medios de convicción, para imponer la personal estimación que respecto de éstos le merece a quien acude a la sede extraordinaria.

Calificación de la Demanda

1. Frente al primer reproche que se postula como un falso juicio de identidad, en realidad la pretensión del recurrente es acreditar la violación del debido proceso por falta de defensa material. Tal aspecto tenía que proponerse por la vía de la causal segunda de nulidad demostrando que el hecho de que el testimonio del procesado no se practicara, implica una irregularidad sustancial insubsanable que requiere retrotraer el trámite, en orden a restablecer la garantía fundamental conculcada.

El soporte de la inconformidad planteada, nada tiene que ver con la violación indirecta de la ley, la cual supone incorrecciones en la apreciación de las pruebas que pueden derivarse de errores de hecho o de derecho. A la primera de dichas categorías pertenece el falso juicio de identidad mencionado por el demandante que supone la identificación del medio de convicción apreciado equivocadamente y la precisión en torno a si su contenido fue cercenado, tergiversado o trasmutado por el juez de segunda instancia que producto de la viciada valoración del contenido de la prueba, adopta una conclusión errada y trascendente

en el sentido en la sentencia.

Aquí la supuesta irregularidad no se relaciona con errores en la apreciación de una prueba, pues ni siquiera se menciona de cuál medio de convicción se trata, por lo mismo, se desconoce su contenido y si este fue apreciado parcialmente, se le hicieron agregados que no se derivan de su texto o si éste fue mal interpretado.

La queja simplemente se funda en que el testimonio del procesado no fue practicado y que por ello surge duda en torno a su responsabilidad. Obsérvese la incorrección lógica del censor, puesto que a partir de una prueba no practicada cuyo contenido se desconoce, pretende formular un estado de incertidumbre respecto de testimonios que sí fueron acopiados al juicio y que señalan al acusado de incurrir en el delito de inasistencia alimentaria, es decir, no surge prueba que con la misma fuerza demostrativa, indique lo contrario como para que emerja la duda.

El criterio del recurrente consiste en que a falta del testimonio del acusado se configura la violación de su derecho a la defensa, pero no demuestra que esta sea una prerrogativa ineludible en el juicio, cuya omisión conlleve a la nulidad del proceso, como si ocurre, por ejemplo, con la ausencia de defensor técnico que en todo caso genera la invalidación del trámite. De allí que sea facultativo del acusado declarar en su propio juicio.

Dentro de esta misma queja busca restar mérito a los testimonios de la víctima y de su progenitora por estimarlos parcializados, pero no identifica algún tipo de error en su apreciación aparte de su personal postura en torno a que son amañados, ya que las deponentes buscan obtener un beneficio personal.

A pesar de que menciona una tergiversación en estos medios de convicción, se queda en el terreno enunciativo, toda vez que no expone en qué consistió tal vicio ni pone de presente el real contenido de los testimonios y de lo que de ellos dijo el fallador con el fin de hacer palpable este tipo de error de hecho.

El primer reparo contra el fallo del Tribunal de Bogotá se aparta de los presupuestos de correcta argumentación que exige la sede extraordinaria, puesto que se acude a la violación indirecta de la ley para demostrar un reparo de nulidad que no guarda relación con la valoración de las pruebas. Ahora, frente a la presunta irregularidad procesal con efectos sustanciales denunciada, no demuestra el censor que al no haberse practicado el testimonio del acusado, éste hubiere quedado huérfano de defensa.

En últimas el recurrente relega al testimonio del acusado, la única forma en la que es posible controvertir las pruebas de cargo, pasando por alto que el ejercicio del derecho a la defensa contempla una serie de posibilidades, entre ellas, el aportar cualquier medio de prueba, encaminado, en este caso, a demostrar que el procesado sí cumplió con la cuota alimentaria que concilió con la madre de su hija, de donde el testimonio del acusado no es presupuesto de validez de la actuación como para que su ausencia genere nulidad.

2. Ahora, respecto al segundo reproche, pese a la confusa exposición del censor, la Corte advierte que lo que se propone es la nulidad del proceso por haberse impedido apelar la condena contra el acusado, de acuerdo con el derecho reconocido jurisprudencialmente de la doble conformidad.

Pese a que el censor cita las sentencias de constitucionalidad que desarrollan el tema, en una errada comprensión sobre los presupuestos que permiten activar la citada prerrogativa, asume que contra la sentencia condenatoria de segunda instancia, además del recurso de casación, procede su impugnación ordinaria a modo de un recurso de apelación, pero no tiene en cuenta que el derecho a la doble conformidad se predica de la opción que tiene el procesado de impugnar la sentencia condenatoria que profiere por primera vez la segunda instancia.

Esta situación no es la propia de este caso, ya que el acusado fue condenado en ambas instancias por manera que el único recurso que procede contra la sentencia es el

extraordinario de casación, el cual impone desarrollar las inconformidades con apego a las causales de casación y a los fundamentos de cada una.

El derecho presuntamente conculcado de apelar la sentencia condenatoria a través de un escrito libremente elaborado, fue plenamente garantizado a Oscar Alexander Mora Hernández cuando impugnó el fallo adverso proferido por el juez de primera instancia, obteniendo un pronunciamiento de fondo respecto de todos los aspectos postulados por el apelante, motivo por el que la sentencia de segundo grado que avaló la decisión condenatoria de primera instancia, solo puede ser recurrida en forma extraordinaria por vía de la casación y a través de un escrito que cumpla las exigencias propias de este medio de oposición.

Por lo anterior, es claro que el soporte fáctico en el que se funda la solicitud de nulidad se aparta de los antecedentes de este proceso y por ello falla en el cumplimiento de uno de los presupuestos para proponer este reparo en casación, ya que no señala con objetividad los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya el pedido de nulidad (principio de acreditación).

De acuerdo con lo expuesto la Corte encuentra que la demanda de casación se aparta por completo de los requisitos argumentativos para solicitar un pronunciamiento de fondo respecto de la sentencia del Tribunal de Bogotá, la cual viene revestida de la presunción de acierto y legalidad que el libelista no logra derruir.

Tampoco advierte la Corte la transgresión de garantías fundamentales que conduzcan a ejercer su facultad oficiosa en orden a restablecerlas.

En caso de que se acuda al mecanismo de insistencia, deberán seguirse los parámetros fijados en el CSJ, AP 12 de Dic. 2005, Radicado 24.322.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Oscar Alexander Mora Hernández.

Contra esta decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria