

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

AP5395-2019

Radicación N° 55812.

Acta 331.

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

## V I S T O S

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Freddy Eduardo Flórez Ocampo, contra el fallo de segundo grado proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de mayo de 2019, mediante el cual confirmó con modificaciones la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, el 22 de marzo de ese mismo años, que lo condenó a 32 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, luego de hallarlo autor responsable del delito de inasistencia alimentaria.

## A N T E C E D E N T E S

### 1. Fácticos

Freddy Eduardo Flórez Sierra, en el período comprendido entre enero de 1998 al primero

de junio de 2016, se sustrajo sin justa causa de la obligación de suministrarle alimentos a su hija J.T.F.O., quien cumplió la mayoría de edad el 31 de marzo de 2014.

Excepto en los períodos comprendidos entre (i) mayo a diciembre de 2011; (ii) febrero, abril, mayo, julio, agosto, octubre y noviembre de 2012; (iii) septiembre, octubre y noviembre de 2013; y (iv) enero y marzo de 2014, dado que la defensa acreditó que para esas fechas el procesado cumplió con su obligación.

## 2. Procesales

Previo a la solicitud<sup>1</sup> del Fiscal 236 Local de la Unidad de Inasistencia Alimentaria, el 1 de junio de 2016 se celebró ante el Juzgado 23 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, la audiencia preliminar de formulación de imputación contra Freddy Eduardo Flórez Sierra, a quien se le imputó la comisión del delito de inasistencia alimentaria, en calidad de autor (artículo 233, inciso 2º de la Ley 599 de 2000)<sup>2</sup>, cargo que no fue aceptado por el implicado<sup>3</sup>.

El 7 de julio de 2016, la Fiscal delegada presentó escrito de acusación<sup>4</sup>, que correspondió al Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, ante el cual se llevó a cabo la audiencia para tal fin el 10 de octubre de 2017, oportunidad en la que se atribuyó a Freddy Eduardo Flórez Sierra el mismo delito que le fue imputado, y se reconoció la calidad de víctima a Jessica Tatiana Flórez Ocampo.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 26 de diciembre de 2017. El juicio oral inició el 11 de septiembre de 2018, oportunidad en la que se agotaron los testimonios de la Fiscalía y se recibió la declaración de un testigo de la defensa, no obstante, en la sesión siguiente, llevada a cabo el 8 de marzo de 2019, la Juez ordenó repetir el juicio porque la anterior diligencia no quedó grabada, por problemas técnicos; finalmente el 11 siguiente se anunció

sentido del fallo condenatorio.

La lectura de la sentencia<sup>5</sup> tuvo lugar el 22 de marzo de 2019; por intermedio de esta se condenó a Freddy Eduardo Flórez Sierra, como autor responsable del delito de inasistencia alimentaria, a 38 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa en cuantía equivalente a 20 s.m.l.m.v. Se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se concedió la prisión domiciliaria.

Recurrida la decisión por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de mayo de 2019<sup>6</sup>, revocó parcialmente el fallo confutado, para en su lugar absolver al procesado del cargo de inasistencia alimentaria por los siguientes períodos: (i) mayo a diciembre de 2011; (ii) febrero, abril, mayo, julio, agosto, octubre y noviembre de 2012; (iii) septiembre, octubre y noviembre de 2013; y (iv) enero y marzo de 2014. Por lo tanto, se redosificaron las penas y fueron impuestas por el término de 32 meses, al tiempo que se concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Contra la anterior providencia, la defensora de Freddy Eduardo Flórez Sierra interpuso recurso extraordinario de casación; la demanda fue presentada posteriormente y ahora se analiza en su corrección argumentativa y debida fundamentación.

## EL RECURSO

Luego de identificar los sujetos procesales, la sentencia impugnada, los hechos juzgados y la actuación procesal, la recurrente formula un único cargo con fundamento en la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, concretamente, por desconocimiento del debido proceso, por afectación sustancial de su estructura, en cuanto, se pasaron por alto «los principios de igualdad, legalidad y defensa».

En orden a fundamentar su censura, la recurrente asevera que en la sesión del juicio celebrada el 11 de septiembre de 2018, se agotaron todas las pruebas de la Fiscalía y se

recibió el testimonio de Marybel Ocampo Parra, solicitado por la defensa, pero por lo avanzado de la hora, la misma fue suspendida y se continuó el 8 de marzo de ese mismo año, oportunidad en la que la Juez ordenó «repetir el juicio oral en razón a que era la nueva titular del Despacho y según su manifestación que los audios de la audiencia anterior no tenía registro de audio».

Tal decisión, en sentir de la libelista, vulneró el principio de igualdad, porque (i) le dio la oportunidad a la Fiscalía de conocer las preguntas que la defensa iba a hacer en el contrainterrogatorio; y (ii) el ente acusador no introdujo los mismos documentos que había incorporado en la sesión del 11 de septiembre de 2018, «que daban cuenta de informaciones ambiguas y que habían sido objeto de impugnación por parte de la defensa», siendo éstos los siguientes: (a) la documentación da cuenta que el procesado se encontraba afiliado a dos fondos de pensiones, lo cual «no es posible en nuestro régimen de seguridad social pensional, luego esos documentos no ofrecen credibilidad»; y (b) los documentos «RUA, FOSYGA y CERTIFICACIÓN DE AFILIACIÓN A SALUD TOTAL EPS» ofrecen fechas de afiliación diferentes.

Por otra parte, refiere que la testigo Marybel Ocampo Parra, en la primera sesión del juicio oral rindió una declaración diametralmente distinta a la segunda. En efecto, en la declaración que rindió el 11 de septiembre de 2018 adujo que cuando se pactó la cuota alimentaria tenía una cuenta en el banco AV Villas, donde el procesado realizó las primeras consignaciones, pero que no recordaba si para el período comprendido entre el año 2010 y 2013, estaba vigente, ni tampoco los depósitos que hizo el implicado entre los años 2011 a 2014. Y, en la que rindió el 8 de marzo de 2019, recordó toda la información que en la primera sesión no pudo rememorar, lo que evidencia que la testigo fue preparada por la Fiscalía.

Finalmente, adujo que se vulneró el principio de legalidad, porque la juez ordenó la repetición del juicio sin decretar la nulidad de lo actuado, además, no permitió que su

decisión fuera recurrida, pese a que contra tal determinación procedían los recursos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176 y 178 de la Ley 906 de 2004, lo que se constituyó en una violación al derecho de defensa.

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la sesión del juicio oral celebrada el 11 de septiembre de 2018, para que se rehaga el juicio con un funcionario judicial distinto.

## CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la Corte examina la demanda de casación interpuesta por la defensora de Freddy Eduardo Flórez Sierra, con el objeto de determinar si es admisible o no, lo cual dependerá del cumplimiento de los requisitos consagrados en el citado estatuto para ese acto procesal, que se refieren, básicamente, a la existencia de interés jurídico, al señalamiento de la causal de casación, al desarrollo de los cargos de sustentación y a la necesidad del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

### 1. Único cargo: Solicitud de nulidad

La Jurisprudencia de la Sala ha señalado que la nulidad, como causal de casación establecida en el numeral segundo del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, no exige en su redacción formas específicas para su proposición y desarrollo. Sin embargo, ello no significa que la demanda se constituya en un alegato de libre confección, pues, al igual que en las otras causales, debe ajustarse a determinados parámetros lógicos, de modo que se comprendan, con claridad y precisión, las irregularidades sustanciales alegadas y la manera como quebrantan la estructura del proceso o afectan las garantías de las partes e intervinientes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, los motivos que generan esta causal son taxativos y se refieren a la invalidez derivada de la prueba ilícita y la cláusula de exclusión; por incompetencia del Juez; y, por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (artículos 23 y 455, 456 y 457, respectivamente).

En punto a su debida argumentación y demostración, la Corte ha señalado de manera clara que cuando se alega dicha causal, el impugnante debe acudir a los principios que orientan la declaración de las nulidades, enfatizar la entidad del yerro, precisar las normas que se estiman conculcadas, especificar el momento de la actuación en que se produjo el agravio y demostrar que las irregularidades cometidas en el desarrollo del proceso e inadvertidas en el fallo, lo viciaban al punto que para remediar el efecto nocivo no existe alternativa diferente que invalidar las diligencias. (CSJ AP4952-2014, rad. 43216).

Así mismo, le corresponde al recurrente demostrar que no contribuyó a la producción del acto tachado de irregular, salvo que se trate de la ausencia de defensa técnica –principio de protección–, ni que por una actuación posterior de su parte hubiese dado lugar a la ratificación de dicha irregularidad –principio de convalidación–.

## 2. Caso concreto

En el acta de audiencia del 11 de septiembre de 2018 – visible en el folio 79 de la carpeta del juzgado–, suscrita por la escribiente del Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, se consignó que la diligencia fue presidida por el Juez Giovanni Gutiérrez Medina, oportunidad en la que se dio inicio al juicio oral con la teoría del caso de la Fiscalía, y se dejó expresa constancia que la defensa no hizo ejercicio de este derecho. Luego, se estipuló la plena identidad del procesado y se dio apertura al debate probatorio con las pruebas de la Fiscalía, por lo que se recibieron los testimonios de Maribel Ocampo

Parra, Jessica Tatiana Flórez Ocampo y Luis Yovanny Moreno Rodríguez.

Luego, se continuó con las pruebas de la defensa, oportunidad en la que se recibió la declaración de Maribel Ocampo Parra. La defensora renunció al testimonio de la víctima y solicitó el aplazamiento de la audiencia porque no se hicieron presentes cuatro testigos.

Ahora bien, anexo a la carpeta se encuentra un CD que dice contener el desarrollo de la referida sesión del juicio oral, el cual registra tres audios en archivo WMA, así: (i) número 1100160000202013011900\_110014009011\_1, con una duración de 01:12:54; (ii) el número 1100160000202013011900\_110014009011\_2, con una duración de 00:06; y (iii) el identificado con el número 1100160000202013011900\_110014009011\_3, con una duración de 01:48:38.

No obstante, al reproducir los tres audios se advierte que los dos primeros están desprovistos de contenido y el último, sólo es audible a partir del minuto 24:41, hasta el record 01:48:38, que contiene una parte del testimonio del investigador Luis Yovanni Moreno Rodríguez<sup>7</sup> – con quien la Fiscalía incorporó un sinnúmero de documentos- y la declaración de Maribel Ocampo Parra<sup>8</sup>, como testigo directo de la defensa.

Lo anterior quiere significar que, por causas desconocidas, no quedó grabada la argumentación de la Fiscalía respecto de su teoría del caso, los testimonios de Maribel Ocampo Parra y Jessica Tatiana Flórez Ocampo – testigos de la Fiscalía-, ni una parte de la declaración de Luis Yovanny Moreno Rodríguez, por lo que no es posible conocer el contenido de la mayoría de los medios de convicción del ente acusador.

Ahora bien, el 3 de diciembre de 2018 se posesionó una nueva Juez en el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, quien, en la sesión del juicio oral celebrada el 8 de marzo de 2019, le dio a conocer a las partes e intervinientes la anterior situación y, ante la imposibilidad de conocer el contenido de las pruebas de la Fiscalía, ordenó «repetir la práctica probatoria»<sup>9</sup> y la devolución de los documentos «allegados

tanto por la delegada de la Fiscalía como por la defensa, para que en su momento los incorporen nuevamente con las declaraciones de los testigos pertinentes»<sup>10</sup>, lo que en efecto sucedió, pese a las constantes oposiciones de la defensa, quien consideró que se debía decretar la nulidad de la sesión del juicio oral celebrada el 11 de septiembre de 2018, decisión en contra de la cual procedían los recursos de ley.

Pues bien, el que la sesión del juicio oral celebrada el 11 de septiembre de 2018, no haya quedado grabada por causas desconocidas, no significa que la misma no exista en el mundo de lo fenomenológico. En efecto, el acta suscrita por la escribiente del Juzgado da cuenta de su realización y el tercer registro de audio del CD contiene una parte del testimonio del investigador Luis Yovanny Moreno Rodríguez, con quien se incorporó a la actuación sendos documentos, y la declaración de Maribel Ocampo Parra, como testigo directo de la defensa.

Por lo tanto, para repetir el juicio oral – que ya había iniciado en la sesión del 11 de septiembre de 2018-, se hacía necesario invalidar lo actuado a partir de esa fecha, pues, primero debía dejarse sin efecto lo que ocurrió en esa oportunidad, ante la ausencia de un registro fidedigno de la práctica probatoria realizada en esa sesión.

Así lo expresó la Corte, en la decisión CSJ SP, 12 dic. 2012, Rad. 38512:

«Desde luego, en todos los casos, independientemente que se afecten otros derechos de mayor calado o se trate de una situación obligada de sustitución del funcionario, si no existe registro de la práctica probatoria realizada en la audiencia de juicio oral, o la fidelidad del mismo es tan precaria que impide verificar cabalmente lo ocurrido con las pruebas, es menester anular lo actuado y repetir el juicio a partir del momento en que se inicia la presentación de las pruebas».

Es cierto, entonces, que la funcionaria judicial no procedió de la forma debida; sin embargo, la omisión en la que incurrió la Juez es intrascendente, en tanto que no se afectó ninguna

garantía fundamental ni se desconoció las bases fundamentales del proceso, pues, lo cierto es que la sesión del juicio oral se repitió y se llevó cabo de la misma forma como se había realizado en la primera oportunidad, en tanto que se escucharon los mismos testimonios; conclusión a la que se arriba luego de comparar el acta de la audiencia del 11 de septiembre de 2018, de la cual no existe registro de audio, y la sesión de audiencia del juicio oral del 8 de marzo de 2019.

Luego, disponer la nulidad de la actuación para que nuevamente se repita el juicio oral, porque en su momento, la Juez de Conocimiento no decretó la nulidad de lo actuado con el mismo fin, no sólo resulta contrario al principio de instrumentalidad, conforme con el cual la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado, sino que, además, sería contrario a los principios de economía procesal, celeridad, y pronta y cumplida justicia.

Por lo demás, la demandante no explica cómo, de acudir al fenómeno de la nulidad o permitirse impugnar su eventual declaratoria, la situación sería otra, desde luego, con beneficio para la defensa o el acusado.

Lo expresado en precedencia permite advertir cómo, dada la naturaleza de lo dejado de consignar en la grabación y la fortuita presencia de un nuevo juez encargado de resolver el objeto del proceso, el único mecanismo lo representaba, precisamente, la reiteración de las pruebas, así que, resalta la Sala, el que ello se hubiese dispuesto, o se haga ahora, por el camino de la nulidad, nada modificaría.

De otro lado, dice la libelista que la repetición de la sesión del juicio oral celebrada el 11 de septiembre de 2018, vulneró el principio de igualdad, porque la Fiscalía (i) tuvo la oportunidad de conocer las preguntas que la defensa iba a ser en el contrainterrogatorio; (ii) no introdujo los mismos documentos que había incorporado en la sesión del 11 de septiembre de 2018; y (iii) tuvo la oportunidad de preparar a la testigo Marybel Ocampo

Parra, quien en la primera sesión del juicio oral rindió una declaración diametralmente distinta a la segunda.

Pues bien, la ausencia de un registro fidedigno de la sesión del juicio oral celebrada el 11 de septiembre de 2018, impedía verificar la actuación cumplida en esa fecha, lo que hacía imposible que se adoptara cualquier decisión al interior de esta actuación, al desconocerse el contenido de la intervención de los testigos que declararon en esa oportunidad, asunto que resulta incompatible con el principio de necesidad de la prueba, que se deduce del artículo 372 Ibídem, el cual dispone que «las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe».

Además, ello impediría la resolución de los recursos, de conformidad con lo expuesto en el numeral 4º del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, norma que establece: «El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación».

Por causa de la ausencia de esos registros se vulneraría el derecho al debido proceso, frente a la valoración de la prueba, ya que el artículo 404 ibídem, señala lo siguiente «para apreciar el testimonio el juez tendrá en cuenta los principios técnico y científicos sobre la percepción de la memoria y especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad», situaciones que obviamente no se pueden advertir a través de un simple proceso de evocación de las partes, influenciado por sus intereses particulares frente al proceso.

Además, resultaba insoslayable la repetición de las pruebas practicadas en el juicio oral,

ante la indisponibilidad del registro de audio, a fin de garantizar los principios de imparcialidad, oralidad, contradicción e inmediación.

Entonces, aunque es cierto que la avería de los registros de audio de la sesión del juicio oral celebrada el 11 de septiembre de 2018, les permitió a las partes – fiscalía y defensa- conocer de manera anticipada el contenido de las pruebas que posteriormente, en la sesión del 8 de marzo de 2019, nuevamente se llevaron a cabo, no obstante, ello de ningún modo significó una violación a las garantías de las partes, como lo asegura la defensa, pues, lo cierto es que ambos se encontraban en igualdad de condiciones, el juicio lo adelantó un Juez de Conocimiento distinto a aquél que presidió la sesión de la cual no existen registros magnetofónicos, y, finalmente, era inevitable que se repitiera el juicio oral dada la imposibilidad de conocer el contenido de las pruebas.

En conclusión, la causal de nulidad invocada por la defensora de Freddy Eduardo Flórez Sierra carece de fundamento, porque la repetición de la sesión del juicio oral celebrada el 11 de septiembre de 2018 no significó una violación a las garantías fundamentales de las partes. Por ello, el cargo será inadmitido.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte en reiteradas decisiones (CSJ, SP, 12 de dic de 2005, rad. 24322; CSJ, SP, 28 de sep 2011, rad. 33181; CSJ, SP, 17 de oct 2012, rad. 34946, entre otras).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

## R E S U E L V E

Primero: Inadmitir la demanda de casación presentada por la defensora de Freddy Eduardo Flórez Sierra.

Segundo: De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra esta providencia procede el mecanismo de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

- 1        A        folio 21, carpeta del juzgado.
- 2        A        partir del record 7:03.
- 3        A        partir del record 26:58.
- 4        A        folios 26 a 30, carpeta del juzgado.
- 5        A folios 178 a 193, carpeta del juzgado.
- 6        A folios 11 a 20, carpeta del Tribunal.
- 7        A        partir del record 24:40.
- 8        A        partir del record 1:18:26.

9        A        partir del record 2:52.

10      A        partir del record 16:11.