

RADICADO: CASACIÓN NÚMERO INTERNO 53084 (CUI 76147600017120140092501).

Victor Florez <vflorez@defensoria.edu.co>

Lun 13/12/2021 6:53 PM

Para: Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Señor:

HONORABLES MAGISTRADOS

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

E. S. D.

RADICADO: CASACIÓN NÚMERO INTERNO 53084 (CUI 76147600017120140092501).

IMPUTADO: DEIBY YOHANNI OSPINA.

DELITO. : INASISTENCIA ALIMENTARIA

ASUNTO: ALEGATOS DE SUSTENTACIÓN COMO NO RECURRENTE EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR G.S.O.Z

Yo, **VICTOR HUGO FLOREZ CUCUNUBA**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado civilmente y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de defensor público de la Oficina Especial de Apoyo y Representante de Víctima, en representación de la menor G.S.O.Z, me permito presentar dentro del término otorgado por su despacho los alegatos de sustentación del recurso extraordinario de casación como no recurrente dentro del proceso de la referencia.

VICTOR HUGO FLOREZ CUCUNUBA.

Defensor Público Representante de Víctimas.

Defensoría del Pueblo.

Correo Electrónico vflorez@defensoria.edu.co

Bogotá D.C. Diciembre de 2021.

Señor:

HONORABLES MAGISTRADOS

SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

E. S. D.

RADICADO: CASACIÓN NÚMERO INTERNO 53084 (CUI 76147600017120140092501).

IMPUTADO: DEIBY YOHANNI OSPINA.

DELITO. : INASISTENCIA ALIMENTARIA

ASUNTO: ALEGATOS DE SUSTENTACIÓN COMO NO RECURRENTE EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR G.S.O.Z

Yo, **VICTOR HUGO FLOREZ CUCUNUBA**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado civilmente y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de defensor público de la Oficina Especial de Apoyo y Representante de Víctima, en representación de la menor G.S.O.Z, me permito presentar dentro del término otorgado por su despacho los alegatos de sustentación del recurso extraordinario de casación como no recurrente dentro del proceso de la referencia.

I. SITUACIÓN FACTICA

De los hechos se depende que para el 31 de octubre de 2014 la señora **NELLYRED ANDREA ZAPATA VÉLEZ** denunció al señor **DEIBY JOHANNY OSPINA**, por no suministrar los alimentos debidos a su menor hija G.S.O.Z., en virtud de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2014 por el Juzgado Segundo Radicado: 76147-60-00-171-2014-00925-01 (AC-127-18), por medio de la cual ordenó inscribir a la niña como hija del acusado **DEIBY JOHANNY OSPINA**.

II. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. 14 de mayo de 2015 la Fiscalía formuló imputación contra DEIBY JOHANNY OSPINA, el delito de inasistencia, de acuerdo con lo relatado en denuncia de querrela por parte de la señora NELLYRED ANDREA ZAPATA VELEZ, se han presentado desde el mes de agosto del dos mil catorce (2.014), fecha desde la cual el señor DEIBY YOHANNI OSPINA, se ha sustraído sin justa causa a la prestación de los alimentos debidos a la menor GABRIELA SARAY OSPINA ZAPATA, cargo que no fue aceptado por acusado.

2. El 18 de agosto de 2015 la Fiscalía presentó escrito de acusación contra el señor DEIBY JOHANNI OSPINA por la conducta punible de INASISTENCIA ALIMENTARIA; asunto asignado al Juez Promiscuo Municipal de Ansermanuevo, funcionario que el 16 de noviembre de 2016 celebró la audiencia de formulación de acusación y el 7 de junio de 2017 la preparatoria.
3. El 24 de enero de 2018 se surtió el juicio oral, el juez emitió sentido de fallo de carácter condenatorio.

III: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la sentencia de primera instancia el Juzgado concluye:

“(...) En primer lugar se cuenta con la querrela que la señora NELLYRED ANDREA ZAPATA VELEZ, formulara ante el despacho de la Fiscalía 17 de Cartago, en la cual denunció la conducta omisiva del Enjuiciado, sostiene y precisa que desde agosto de 2014 no le proporciona los alimentos a la menor, siempre se ha negado, dice que no le dará ni un peso, la trata mal y la amenaza, luego la conducta de incumplimiento se ha presentado desde esa fecha (...).

“El relato entregado por la Querellante adquiere respaldo en el testimonio rendido por ella y el de FRANCY ELENA ZAPATA VELEZ, con los que se verifica la situación económica de la querellante y su hija, ahora la progenitora declara sobre el incumplimiento del señor DEIBY YOHANNI OSPINA, hacia sus deberes de padre, tanto en el campo económico, como en el campo afectivo, miremos que fue el Juzgado Segundo de Familia de Cartago que en sentencia que está en firme, la autoridad que ordena el reconocimiento de la paternidad y la inscripción en el Registro Civil de Nacimiento de la menor GABRIELA SARAY OSPINA ZAPATA como hija de DEIBY YOFIANNI OSPINA, pero adquiere mayor relevancia cuando esa determinación se toma con fundamento en la prueba científica de ADN”

“Considera este Servidor Judicial, que tal como lo sostuvo la Fiscal delegada, los dos requisitos de que da cuenta el artículo 381 del estatuto adjetivo penal para el proferimiento de sentencia condenatoria, se cumplen, como quiera que la condición de alimentario de la menor por parte el señor DEIBY YOHANNI OSPINA, se encuentra acreditado a través de documentos idóneos, como la sentencia número 94 del 29/08/2014 del Juzgado Segundo de Familia de Cartago, el registro civil de

nacimiento de GABRIELA SARAY OSPINA ZAPATA, quien a la fecha cuentan con cuatro (4) años y ocho (8) meses de edad, de donde se deriva, según la legislación civil, la obligación para sus progenitores de velar por su subsistencia, hasta tanto se encuentre capacitada para hacerlo por sus propios medios; de otra parte, también se ha comprobado mediante las pruebas relacionadas, que su progenitor nunca ha provisto la proporción que le corresponde, los recursos necesarios para su congrua subsistencia, habiendo descargado toda la obligación en la señora NELLIRED ANDREA ZAPATA VELEZ. En ese orden de ideas no puede reconocerse a su favor ninguna causal excluyente de responsabilidad y en consecuencia se comparten íntegramente los planteamientos y la solicitud, presentada por la delegada de la Fiscalía y acompañada por la Representante de Víctimas".

Concluyendo el Juzgado de Instancia en un fallo condenatorio de acuerdo con las pruebas arrimadas y practicadas en sede de juicio.

V. DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA- SALA DE DECISIÓN PENAL

Señalo el alto Tribunal en cuanto a lo sucedido frente a los hechos:

- "Pretende la defensa que se conceda a favor de su representado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a lo cual la Sala no accederá por expresa prohibición legal, ya que el numeral 6° del artículo 193 del Código de la infancia y la Adolescencia establece que: "Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados".

"En efecto, no aparece elemento material probatorio del que se pueda inferir que el señor Deiby Johanni Ospina, hubiera indemnizado a la menor afectada, antes por el contrario, lo que demostraron las pruebas practicadas y aducidas al juicio oral, es el total desprendimiento e incumplimiento de manera injustificada del pago de la cuota alimentaria para el sostenimiento de la niña (...)"

"Considera la Sala que cuando el legislador dispuso que en los delitos en los que la víctima sea un menor de edad, sólo se podrá acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, si se han reparado los perjuicios causados, lo que hizo fue ratificar que los derechos

fundamentales de aquellos tienen un plus que le dan prevalencia sobre los demás y una de las formas de garantizarlos o de disminuir las consecuencias de los perjuicios causados por una acción antijurídica y culpable, es haciendo menos gravosa su situación, la que se logra cuando el responsable indemniza los daños ocasionados”.

“(…) Además, en la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Deiby Johanni Ospina, no se explicó cuáles eran las razones por las cuales debía revocarse la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues se limitó a indicar que había indemnizado integralmente al consignar \$1.000.000.00, suma que en criterio de la representante legal de la víctima no la indemniza, ni equivale a las cuotas alimentarias adeudadas, en el entendido que el acusado siempre se ha negado a cumplir con su deber(…).

Concluye el alto Tribunal confirmando la decisión del Juzgado de Primera Instancia.

VI. DEL RECURSO DE CASACIÓN.

UNICO CARGO FORMULADO:

“Se acusa a la sentencia demandada de violar directamente la ley sustancial, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 181, numeral 1° de la ley 906 de 2004, por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 193, numeral 6° de la ley 1098 de 206 y falta de aplicación del artículo 63 del Código penal, al haber negado al señor DEIBY YOHANNI OSPINA, la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, con lo cual se vulneró la garantía de la libertad mi prohijado, quien carece de antecedentes penales y no necesita tratamiento penitenciario. Además se desconoció el interés superior del menor, (nombre del menor) pues al privar a su padre de la libertad, se le impide trabajar, por lo que mi mandante le será físicamente imposible satisfacer sus necesidades primarias de alimentación y educación”.

VII. ALEGATOS AL CARGO UNICO COMO NO RECURRENTE EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR GABRIELA SARAY OSPINA ZAPATA (G.S.O.Z).

Sea lo primero en advertir por parte del suscrito apoderado de víctimas de la Defensoría Pública, que el cargo señalado por parte del Casacionista, no está llamado a prosperar, por las siguientes circunstancias que a continuación me permito exponer:

Lo primero que anotamos al respecto es que el presente caso en particular el acusado DEIBY YOHANNI OSPINA, no ha cumplido con sus obligaciones de padre con la menor **(G.S.O.Z)**; está demostrado durante la actividad probatoria que se aportó al proceso de marras, que el condenado solo acepto que era el padre de la menor cuando fue conminado por parte de la sentencia judicial proferida el 29 de agosto de 2014, por parte del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Cartago. Radicado: 76147-60-00-171-2014-00925-01 (AC-127-18), por medio de la cual ordenó inscribir a la niña como hija del acusado **DEIBY JOHANNY OSPINA**.

Como consecuencia de lo anterior y en vista del reiterado incumplimiento la madre de la menor NELLYRED ANDREA ZAPATA VELEZ, presento denuncia penal el 31 de octubre de 2014 ante la Fiscalía 17 Local de la ciudad de Cartago- Valle del Cauca; hecho este que el condenado no acepto y siguió incumpliendo con sus obligaciones de padre de la menor, es decir no tuvo en consideración que se iniciaba contra este un proceso penal que podría tener consecuencias jurídicas a futuro del indiciado, lo cual le restó importancia a este hecho.

La carta política de nuestro país consagra los derechos fundamentales del menor de edad, en su art. 44¹ en tal sentido estos derechos son conculcados no solo para

¹ **Son derechos fundamentales de los niños:** la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

el entorno familiar, sino también para el Estado y la sociedad, es decir si existe un cumplimiento de estos deberes y derechos para con los menores de edad, como sustraer de dichas obligaciones con lleva al incumplimiento de estos, por lo que en nuestra legislación se procede a sancionar.

Ahora bien en cuanto a lo expresado por el Casacionista de que se viola el derecho del condenado en el sentido de que se da aplicación indebida del artículo 193, numeral 6º de la ley 1098 de 206 y falta de aplicación del artículo 63 del Código penal, al haber negado al señor DEIBY YOHANNI OSPINA, la suspensión condicional, es importante anotar lo siguiente:

Nuestra legislación es clara en precisar que cuando está de por medio los derechos de los menores y en especial cuando se atenta contra sus derechos, imprime la protección a favor del menor de edad, en tal sentido recalca la norma que le es prohibido al operador judicial conceder beneficios a favor de los victimarios, pues de esta manera se obliga a estos mismos a cumplir con sus derechos y obligaciones a favor de los menores de edad, desconocer este principio garantista es ir en contra de la Carta Política y del mismo principio de legalidad impuesto en la norma en comento.

El suscrito comparte las apreciaciones y argumentos esbozados en la sentencia de segunda instancia proferida por el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA- SALA DE DECISIÓN PENAL**, en el sentido de dejar en claro que en lo que corresponde al recurso de apelación en lo que tiene que ver con la falta de aplicación del artículo 63 del Código Penal:

“Además, en la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Deiby Johanni Ospina, no se explicó cuáles eran las razones por las cuales debía revocarse la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues se limitó a indicar que había indemnizado integralmente al consignar \$1.000.000.00, suma que en criterio de la representante legal de la víctima no la indemniza, ni equivale a las cuotas alimentarias

adeudadas, en el entendido que el acusado siempre se ha negado a cumplir con su deber".²

Es oportuno indicar que contrario a lo que presenta el libelista en su demanda de casación en donde indica que la **privación de la libertad de su cliente afectaría los interés del menor** en el sentido de que el menor no podría acceder a los derechos de alimentación, a tener una familia a no ser separado de ella, derecho a la vida y un ambiente sano; es precisamente esos derechos los que se ha venido sustrayendo y vulnerando el condenado, pues recalco que para aceptar su obligación como padre del menor se dio fue por medio de la la sentencia proferida el 29 de agosto de 2014 por el **Juzgado Segundo Radicado: 76147-60-00-171-2014-00925-01 (AC-127-18), por medio de la cual ordenó inscribir a la niña como hija del acusado DEIBY JOHANNY OSPINA.**

En tal sentido solicito de manera muy respetuosa se desatienda el presente cargo.

Bajo los presentes argumentos presento los alegatos de conclusión a favor de la víctima **(G.S.O.Z)**, solicitando no casar la sentencia recurrida.

Notificaciones en la Secretaria de su despacho o en la Cra. 88 A. No.21-42. Apto 344. Int. 2. Conjunto Residencial Bosques de Hayuelos de esta ciudad. Correo electrónico: vflorez@defensoria.edu.co

Atte.



VICTOR HUGO FLOREZ CUCUNUBA.

Defensor Público Representante de Víctimas.

Defensoría del Pueblo.

Correo Electrónico vflorez@defensoria.edu.co

² (pag.8. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA SALA DE DECISIÓN PENAL. Radicado: 76147-60-00-171-2014-00925-01 (AC-127-18) Acusado: Deiby Yohanni Ospina Delito: Inasistencia alimentaria).