



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

SP1670-2020

Radicación n° 53969

(Aprobado Acta No. 130)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora de LORENA ROZO MUÑOZ, contra la sentencia del 17 de julio de 2018 del Tribunal Superior de Buga, mediante la cual revoca el fallo absolutorio del 16 de mayo del mismo año proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Sevilla Valle, y en su lugar, la condena a doce (12) meses de prisión por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

HECHOS

Luis Bernardo Garzón Reyes y LORENA ROZO MUÑOZ padres de J.J.G.R., nacido el 13 de septiembre de 1999, luego de su separación, al parecer acordaron en la Comisaría de Familia de Sevilla Valle que la custodia del menor la tendría su madre. En fecha desconocida de 2009, ésta salió del país y se radicó en Venezuela junto con su hijo hasta el 2015, por lo cual fue denunciada de haber privado al padre de la custodia y cuidado personal del menor.

ANTECEDENTES

El 17 de mayo de 2016 en audiencia preliminar ante el Juez 3º Penal Municipal de Sevilla con funciones de control de garantías, la fiscalía le imputó a ROZO MUÑOZ el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad – art. 230A del Código Penal-, cargo que no aceptó.

El 5 de agosto del mismo año, la Fiscalía radicó el escrito de acusación; y, en audiencia del 9 de noviembre de 2016, ante la Juez Penal del Circuito de esa ciudad, la verbalizó.

El 16 de mayo de 2018, la Juez en consonancia con el anuncio del sentido del fallo absolvió a la acusada, decisión que el 17 de julio del mismo año por apelación de la Fiscalía revocó el Tribunal Superior de Buga, al condenarla a la pena de 12 meses de prisión y concederle la suspensión

condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Con sustento en la causal 3^a del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurrente aduce un (1) cargo principal por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

Señala que el vicio recae en la apreciación del testimonio de Luis Bernardo Garzón Reyes, que no es claro ni coherente con respecto a lo acontecido, mientras las inferencias del ad quem desconocen las reglas de la sana crítica, al determinar la responsabilidad penal de la implicada con fundamento en él.

Expresa que el mérito suasorio otorgado por el Tribunal a tal declaración fue desestimado por la a quo, razón por la cual aquél aplicó indebidamente el postulado de la lógica, lo que origina el error de hecho por falso raciocinio.

Agrega que, ante las inconsistencias de lo declarado por Garzón Reyes, y la falta de valoración de la prueba practicada en el juicio oral, el Tribunal no llegó al conocimiento más allá de toda duda. Por el contrario, emerge la atipicidad de la conducta y así ha debido reconocerse en la sentencia de segunda instancia.

Añade que el ad quem presumió la culpabilidad de la acusada en vez de su inocencia; la fiscalía no asumió la carga probatoria que le correspondía y la invirtió al exigir a la defensa probar esa garantía.

Pide casar la sentencia y, en su lugar, dejar en firme la absolución proferida en primera instancia a favor de LORENA ROZO MUÑOZ.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La Recurrente.

Señala que conforme con la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 se propone un único cargo contra la sentencia del Tribunal que condenó a la acusada, al deducir de los testimonios de Luis Bernardo Garzón, LORENA ROZO y su hijo J.J.G.R., que al sacar del país al menor sin permiso de su progenitor e impedirle que ejerciera sus obligaciones de padre, se configura la lesión del bien jurídico de la familia desde el punto de vista formal y material.

Refiere los fundamentos que tuvo el a quo para absolver a la mujer, ausencia de antijuridicidad y error de prohibición, y los cuestionamientos del ad quem a los mismos, para indicar que el error consiste en que la segunda instancia no valoró la prueba testimonial de acuerdo con los principios

que rigen el sistema adversarial, tales como los de contradicción, inmediación y publicidad.

Considera que la declaración de Garzón Reyes no ofrece el mérito suasorio suficiente para que el Tribunal revocara el fallo favorable a la inculpada. El vicio trascendente a su valoración llevó al ad quem a desconocer el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, por falta de aplicación de la duda probatoria, al condenar a una persona de especial protección por el Estado colombiano, en su condición de víctima de violencia doméstica, cuando debía mantener la absolución dada la atipicidad de la conducta investigada.

La casacionista agrega que, para condenar, el juez debe tener certeza de la existencia del hecho, la realización de la conducta del autor o de su participación, la transgresión de la ley y de estar inmersa en el catálogo de los delitos y de las penas, esto es, que aflore típica, antijurídica y con culpabilidad, conforme se infiere del citado artículo 381.

Añade que del principio de presunción de inocencia se desprenden dos garantías: in dubio pro reo y la carga de la prueba. Es evidente entonces que después de la práctica de las pruebas, al momento de la decisión, el juez cuando los medios de conocimiento le impidan la certeza sobre el delito, la autoría o la responsabilidad, debe reconocer la duda.

Finalmente añade que al no acreditarse el requisito de antijuridicidad necesario para que la conducta atribuida a la inculpada sea punible, además de configurarse un error de

prohibición invencible, sin tener argumentos adicionales a la demanda de casación, solicita casar la sentencia de segunda instancia y dejar en firme la de primera, en la que se absuelve a LORENA ROZO MUÑOZ con sustento en la duda razonable.

2. Los no recurrentes.

2.1 La Fiscalía.

El Fiscal Delegado pide no casar la sentencia, manifestando que lo que debe dilucidarse es si la conducta de LORENA ROZO en verdad es antijurídica o si en realidad obró en una situación de error de prohibición invencible.

Desde la perspectiva de la antijuridicidad, para la fiscalía el material probatorio es suficiente para predicar que con su actuar, la acusada lesionó el bien jurídico tutelado en el artículo 230A del Código Penal.

En primer lugar, porque el relato del señor Garzón Reyes es detallado, diáfano, y ausente de contradicciones sobre las circunstancias en que perdió contacto con su hijo y las gestiones que realizó para ubicarlo, y, cómo se enteró, que su consanguíneo se encontraba fuera del país, lo cual permite concluir razonablemente y sin vacilación alguna que su hijo, fue sacado del país sin su consentimiento y autorización.

Además, se trató de una situación en la que le mintieron inicialmente y, por ende, se le ocultó su paradero para sustraerlo de las posibilidades que él ejerciera como padre su cuidado y tutela y, de otro lado, que real y materialmente, su hijo, sin su consentimiento estaba viviendo en la República de Venezuela desde el año 2009 hasta el 2015, lo cual efectivamente le impidió ejercer la custodia como padre.

Conforme con ello, contrario a las críticas de la defensa, se trata de medios adecuadamente valorados por el Tribunal, que encontraron soporte en las mismas pruebas de descargo introducidas en el juicio. Sobre el particular, basta traer a colación lo afirmado por Doraida Muñoz Ramírez, abuela del menor y madre de la acusada, quien, en declaración, para justificar el comportamiento de su hija, terminó corroborando que ella en realidad no solicitó al ahora denunciante autorización para sacar a su hijo del país.

La propia madre del menor, quien en el juicio oral renunció a su derecho de guardar silencio, en su exposición señaló que se llevó al menor a Venezuela y lo mantuvo allí desde el año 2009 al 2015. Por su parte, el menor, J.J.G.R, indicó que los contactos con su padre desde el 2009, se limitaron a unas esporádicas conversaciones telefónicas.

Es decir, se trata de unas circunstancias fácticas, objetivas, relevantes e inequívocas que fueron dadas a conocer por el denunciante, y que, en conjunto, dan fe de la

ausencia de consentimiento del progenitor por el lapso señalado y de la lacónica relación sostenida por el hijo con su padre en ese período.

En ese contexto, debe rechazarse la censura hecha en la demanda de estar en presencia de una versión del denunciante contradictoria e incoherente, cuando lo observado por el contrario es su veracidad y convergencia acerca de los hechos denunciados.

Existiendo la situación de clandestinidad y mentira, en la medida que como el mismo denunciante lo relató, i) cuando intentó comunicarse con LORENA ROZO MUÑOZ no contestó el teléfono, con lo cual deja en evidencia su estrategia, para facilitar el ocultamiento del menor; ii) cuando busca a su hijo y a LORENA ROZO, la madre de esta, doña Doraida le señala que ella se encontraba en Pereira, circunstancia indicativa de la decisión colectiva de ocultar el paradero del menor y iii) a través de la propia Doraida, tiempo después se entera que su hijo se encontraba en Venezuela.

Incluso para estos efectos, tampoco puede pasarse por alto que, en la aludida declaración de Garzón Reyes, este deja en evidencia el ocultamiento y la ausencia del menor, cuando se vio forzado a ir a buscarlo a San Cristóbal, realizando labores de campo por todos los colegios para intentar ubicarlo.

Acerca de la lesión del bien jurídico ha de decirse que resulta indiscutible la acreditación del injusto, en su doble dimensión objetiva y subjetiva, y además el evidente daño del comportamiento sobre el padre y el menor, siendo así necio negar que la conducta de LORENA ROZO no lesionó el bien jurídico tutelado, ya que no solo vulneró los intereses del padre que son los que se tutela con este injusto, sino además, los del menor, ya que por ser una conducta pluriofensiva, también se sienten lesionados y se lesionan con el actuar de la madre en sustraer al adolescente de la interacción con su progenitor.

Y desde el bien jurídico, como se advirtió, se trata de un injusto de naturaleza pluriofensiva que, por lo tanto, también afecta no solo la armonía y la unidad familiar sino el derecho de los niños, el derecho a la libertad, el derecho a la custodia y al cuidado del menor, todos estos, que se vieron afectados, y lesionados con la conducta de la señora madre del adolescente, la que como lo decidió el Tribunal, es típicamente antijurídica.

Y en lo probatorio, si obró en una situación de error de prohibición invencible, en honor a la verdad se equivocó el a quo al valorar la conducta de esa manera, cuando claramente confunde algo que no tiene sentido de cara al delito.

En este caso, si obró o no con permiso del padre del menor, es asunto que no puede confundirse con el tipo penal que nos está ocupando. Será un ingrediente, un

indicio sobre la conducta, pero no la conducta misma sobre la que recae el error. Pues, la que se está juzgando y por la cual se condenó a LORENA ROZO MUÑOZ, es la de haber ocultado al menor y sustraerlo de las posibilidades materiales de su padre de ejercer la custodia, de interactuar, darle la orientación y tutela a su hijo.

Sobre esa conducta de ocultamiento que imposibilita al padre la custodia, es que ha debido recaer el error y no en un tema accidental y circunstancial, sobre si tenía o no permiso para sacarlo del país. Luego estructuralmente se plantea mal el error y el sustrato en que se pretende edificarlo.

Pero aún, en gracia de discusión, si se aceptara que esa es una circunstancia relevante de cara a la consolidación del reproche, también hay que descartarlo porque estamos frente a una madre que posteriormente pudo actualizar su conducta cuando fue a tratar de sacar a su hijo de Venezuela y le advirtieron que necesitaba el permiso del padre. Por ende, incluso, en el consulado le sugirieron, que debía conciliar con él frente a la situación irregular presentada.

No obstante, dichas advertencias, mantuvo su conducta deplorable, al margen de la ley y continuó persistiendo en sustraer al menor de la tutela del padre. En estas condiciones y frente a lo que son las dos posibilidades planteadas en la demanda, el Fiscal solicita no casar la sentencia.

2.2 Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación, expresa que el cargo propuesto en la demanda no está llamado a prosperar; sin embargo, pide a la Corte estudiar la posibilidad de reconocer en este caso el error de tipo vencible con el que obró la acusada.

Primero, está demostrado que los elementos de convicción allegados al juicio oral muestran que el menor efectivamente permaneció por un amplio lapso, siete años, en Venezuela.

Segundo, la persona que lo llevó a vivir a ese país fue su madre. Tercero, entre los requisitos para la configuración del delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, está el dolo específico del autor, que es el propósito de arrebatarse, sustraer, detener u ocultar al hijo menor sobre el que ejerza la patria potestad, para privar al otro padre del derecho a la custodia y cuidado personal de su hijo.

Para el Tribunal, la acusada tenía pleno conocimiento que sacar al hijo del país sin la autorización de su padre, era un acto irregular que estructura la tipicidad y así lo destacó, en la sentencia a partir del folio 95.

Da por establecido que el menor estuvo con su mamá, por el período de siete años, en Venezuela. Y según lo dicho por la acusada, solo pudo darse cuenta de que requería del

permiso para sacar al niño, cuando al viajar en avión le exigieron el permiso, lo cual la llevó al consulado nacional en ese país, donde la abogada de esta oficina le recomendó conciliar con el padre del menor.

Así mismo, el juez de segunda instancia indica que la a quo se equivocó al considerar la existencia del error de prohibición, por la forma en que la acusada salió del país por la frontera, sin ningún problema. Encuentra que la decisión no se ajusta a derecho, debido a que, en la época de los hechos, los controles de inmigración de ambos países eran rigurosos, por lo tanto, la salida del niño fue irregular.

Para la Delegada, en la sentencia de primera instancia se menciona que existía una relación disfuncional entre el denunciante y la acusada, sus relaciones eran malas, ya que la mujer sufría recurrentes agresiones verbales, físicas, aún en el momento en que se encontraba trabajando y buscando el sustento y manutención de su hijo como manicurista. De hecho, frente a sus clientes también era agredida, y la ultrajaba tal como lo consignó el juzgado de primera instancia al folio 59.

De los elementos materiales probatorios arrimados al proceso, no se mostró más allá de toda duda, que la acusada hubiera actuado con dolo, para llevarse a su hijo a Venezuela y sustraer al menor del cuidado en perjuicio de su progenitor.

De ese modo, quedó demostrada la intencionalidad de LORENA ROZO MUÑOZ de buscar nuevas oportunidades por su precariedad económica y personal, y un empleo en otro país.

Entonces la prueba, en este caso, no enseña el actuar doloso de la acusada. Además, teniendo en cuenta las condiciones personales de la procesada, una mujer con escaso nivel de escolaridad, que creció en el campo, y como lo dijo el a quo, al parecer tuvo relaciones con el denunciante desde antes de los catorce años, cuando decide llevarse al hijo, en concreto, no logró representarse que esa conducta, desde una perspectiva ex ante, fuera constitutiva de delito.

En conclusión, i) la fiscalía no logró demostrar el dolo en grado de certeza; ii) el menor no fue sacado del país por un comportamiento ilícito de su progenitora, después de cuatro años acude al consulado y se entera, que requiere el permiso adicional; iii) no se estableció la fecha de ocurrencia del delito y cómo salió del país, y, iv) las autoridades del país no registraron la salida de Colombia.

Las consideraciones anteriores, permiten a la Delegada señalar que la conducta en este caso sería culposa, y al no existir el tipo culposo, solicita a la Corte estudiar la atipicidad del comportamiento.

CONSIDERACIONES

Con sustento en la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la demandante pide casar la sentencia por error de hecho originado en falso raciocinio por desconocimiento de la sana crítica en la apreciación del testimonio de Luis Bernardo Garzón Reyes e indebida valoración de la prueba testimonial de descargo, que condujo al Tribunal a desconocer la duda sobre la tipicidad de la conducta atribuida a LORENA ROZO MUÑOZ.

En consideración al reproche propuesto y la de asegurar a la acusada la garantía de doble conformidad judicial, la Sala en orden a determinar la legalidad de la sentencia de segunda instancia, inicialmente abordará el estudio dogmático del tipo penal al cual se adecuó la conducta de aquella, y luego, lo confrontará con el contenido de la prueba practicada en el juicio oral.

1. Del hecho punible.

El delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, tipificado en el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, fue adicionado al Código Penal como artículo 230-A.

En la exposición de motivos del proyecto, la necesidad de su consagración legal se justificó en la utilización indebida por los padres de los hijos en sus conflictos de pareja, que llevaba a uno a privar al otro de tener contacto con ellos o a impedirle saber y conocer los sitios a donde

eran llevados, conducta que solía denunciarse como secuestro, sin tener en cuenta que tal proceder realmente afectaba a la familia, núcleo fundamental de la sociedad y de especial protección constitucional, según lo previsto en el artículo 42 de la Carta Política.

Se adujo que ese tratamiento punitivo comprometía a los entes investigativos sin requerir en su resolución nivel de especialización alguno y distorsionaba los datos estadísticos del número de secuestrados y rescatados, siendo conveniente erigir en delito autónomo ese comportamiento, estableciendo una sanción acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, modificando el bien jurídico objeto de tutela y procurando, de ese modo, la descongestión de la unidad de fiscalía dedicada a su indagación¹.

“con el propósito de descongestionar la unidad de fiscalía dedicada a la investigación del secuestro, se crea un delito autónomo (el ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor) que tiene el propósito de castigar al padre que con el propósito de privar al otro padre del derecho a la custodia y cuidado personal que se ejerce sobre los hijos menores "arrebate, sustraiga, retenga u oculte" a uno de ellos. Por esta vía, se intenta contribuir a la rápida reacción estatal frente a conductas que "al calificarse equivocadamente como secuestros, afectan gravemente la familia, núcleo fundamental de la

¹ Gaceta del Congreso 345 de 2003.

sociedad, que goza de especial protección constitucional (artículo 42 Constitución Política)". Adicionalmente, como consecuencia del tratamiento penal que se le está dando a esta problemática "los entes investigativos se han visto obligados a conocer estas conductas, que no requieren su nivel de especialización para ser resueltas" (artículo 10 del pliego)"².

El tipo penal, sanciona con prisión de uno a tres años y multa de uno a dieciséis salarios mínimos legales mensuales vigentes, al *"padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal"*.

El delito es de conducta alternativa: arrebatar, sustraer, retener u ocultar. Para su ejecución, basta la realización de cualquiera de los verbos rectores que la describen.

Exige sujeto activo calificado: solo quien tiene la calidad de padre y ejerce la patria potestad, puede privar al otro de la custodia y cuidado personal.

De acuerdo con la ley civil, la patria potestad *"es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el*

² Ponencia para primer debate, Gaceta del Congreso 642 de 2003,

cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.”³, se suspende o termina en los casos previstos por la ley⁴, y es independiente a la existencia de un vínculo matrimonial o de unión libre, pues la patria potestad se consagra en interés superior del hijo.

Y, el objeto material sobre el cual recae la acción es personal, en este caso, el hijo menor de dieciocho años.

El Código Penal en la denominación o descripción de algunos tipos penales utiliza el término menor de edad⁵ o menor⁶, pero no señala a quién se tiene por tal. En otros, y también como circunstancia de agravación punitiva, alude al menor de doce años⁷, menor de catorce⁸ y menor de 18⁹.

Por menor, para efectos de la configuración típica, se entiende al “*menor de edad, o simplemente menor*” que no ha cumplido los dieciocho años, conforme se deduce del artículo 34 del Código Civil, en concordancia con la Ley 27 de 1977¹⁰, que fija la mayoría de edad. En la Convención sobre los derechos del niño, incorporada al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 12 de 1991, en su artículo primero “*entiende por niño todo ser humano menor de*

³ Código Civil, artículo 288.

⁴ Ídem, artículos 310 y siguientes del Código Civil.

⁵ Código Penal, artículos 213, 230.

⁶ Ídem, 127, 441. En ambos, fue declarada inexecutable la expresión 12 años de edad.

⁷ Ídem, artículos 188B, 219.

⁸ Ídem, artículos 138A, 139A, 187, 188D, 208, 209, 211.4 216.1, 217A,

⁹ Ídem, artículos 104B, 166.3, 170.1, 179.3, 181.2, 188.B, 188D, 213A, 217A, 218, 219C, 344.

¹⁰ Artículo 1o. Para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años.

dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

El sujeto pasivo de la conducta es también calificado; lo es el padre que tiene derecho a la custodia y cuidado personal del hijo menor de edad.

La custodia impone a los padres el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos¹¹; mientras las obligaciones de cuidado pueden extenderse “*a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales*”¹².

Ahora, el padre que ejerce la patria potestad sobre el hijo o hijos no siempre posee la custodia y el cuidado personal. Esta, puede estar en radcada en el otro progenitor, o, incluso, puede ser asignada a una persona distinta de éstos, por inhabilidad física o moral de ambos padres¹³, u otorgada provisionalmente por el Comisario de Familia en los casos de violencia intrafamiliar o por el Defensor de familia al aprobar la conciliación sobre quien la asume.

En ese orden de ideas, como lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C- 239 de 2014, al estudiar los elementos del tipo penal consagrado en el artículo 230 A del Código Penal:

¹¹ Código Civil, artículo 253.

¹² Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 23.

¹³ Ídem, artículo 254.

“la custodia puede ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, y el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales, como lo prevé el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Cuando la custodia sea compartida por ambos padres, la conducta de cualquiera de ellos, si se adecúa a los verbos rectores del tipo penal en comento, se puede enmarcar dentro del propósito de “privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal”. Ni la custodia ni el cuidado personal del niño se otorgan a los padres o a las personas que conviven con él en los antedichos ámbitos en su provecho personal, sino en el interés superior del niño.

3.8.5. Como ya se vio¹⁴, uno de los eventos más traumáticos para los miembros de una familia es el de su separación, en especial si se trata de los niños. Esta separación puede ocurrir por diversas causas, como por el maltrato o descuido del niño por parte de sus padres o porque éstos vivan separados, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño.

3.8.5.1. Ante la decisión de los padres de separarse, ni el Estado ni la sociedad pueden imponerles como obligación el “mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección integral del menor”¹⁵. La separación no implica ni puede implicar la ruptura de la convivencia del niño con sus padres y demás familiares, pues el niño tiene el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo, la ruptura de la convivencia diaria, dada por la

¹⁴ Supra 3.6.2.

¹⁵ Cfr. Sentencia T-024 de 2009.

circunstancia de que los dos padres ya no viven juntos, hace necesario adoptar una decisión sobre el lugar de residencia del niño, que debe tomarse y justificarse sobre la base del interés superior del niño¹⁶. Esta decisión debería ser tomada por los padres, pero a falta de acuerdo entre ellos, le corresponde intervenir al Estado para tomarla.

Ante la circunstancia de la separación, el niño debe proseguir su vida viviendo con uno de sus padres, a quien le corresponde la custodia y cuidado personal, pero sin perder el contacto y los vínculos con el padre con el cual ya no va a convivir diariamente, a quien tiene el derecho a ver con frecuencia. Y es que la finalidad principal de la custodia y cuidado personal, como se precisa en la Sentencia T-557 de 2011, es “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, pues la custodia y cuidado personal implican una responsabilidad permanente en el tiempo para el padre que convive diariamente con el niño, mientras que la finalidad principal del régimen de visitas, como se advierte en la Sentencia T-500 de 1993, al aludir a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de octubre de 1984, es “el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo”.

3.8.5.2. Conviene no perder de vista que en estos eventos, que deberían ser excepcionales, tanto los padres como la familia y el Estado deben pensar por y en función del interés

¹⁶ Supra 3.7.

*superior del niño*¹⁷, antes que en cualquier otra consideración. Empero, al ser también la separación un evento traumático para los padres, éstos pueden llegar a omitir dicho interés y, por tanto, a olvidar su responsabilidad como padres, para asumir que sus hijos son un “instrumento de manipulación y destrucción recíproca”¹⁸, con lo que se produce graves daños al niño y a sus derechos.

3.8.5.3. En este contexto, en algunos eventos se puede decidir que la custodia será compartida por ambos padres y, en otros, se puede decidir que a uno de ellos le corresponde la custodia y el cuidado personal y al otro las visitas. La segunda situación, relevante para el caso sub judice, implica revisar cómo se decide la custodia y cuidado personal del niño. Para este propósito conviene tener en cuenta lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁹, así: (i) la custodia y el cuidado personal del niño deben ser asumidos, en forma permanente y solidaria y de manera directa y oportuna por ambos padres (art. 23); (ii) en principio la decisión sobre la custodia corresponde a los padres, que pueden conciliar sobre esta materia y someter esta conciliación a la aprobación del Defensor de Familia (art. 82.9); (iii) en caso de no haber acuerdo, la decisión provisional sobre la custodia y cuidado personal le corresponde al Comisario de Familia (art. 86.5); (iv) esta decisión debe remitirse al juez de familia para homologar el fallo (art. 100).

3.8.5.4. La decisión sobre la custodia y cuidado personal del niño se funda –y se debe fundar siempre– en el interés superior del niño. Cuando no hay acuerdo entre las partes,

¹⁷ Supra 3.7.3.

¹⁸ Cfr. Sentencias T-523 de 1992 y T-500 de 1993.

¹⁹ Cfr. Sentencia T-557 de 2011.

que en un acto generoso y responsable deciden pensar en lo mejor para su hijo, esta decisión es el resultado de un proceso administrativo y de un proceso judicial, “a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños”²⁰. En estos procesos corresponde a las autoridades administrativas y judiciales “analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar”²¹ (subrayado fuera de texto).

De manera que, para que se estructure el tipo penal en comento se requiere que el padre tenga la custodia y cuidado personal del hijo menor, bien porque la misma se ejerza en conjunción con el otro progenitor, ora, porque se materialice por uno de ellos en solitario. Entendiendo estos conceptos –custodia y cuidado personal- como el rol de protección, crianza, educación, conducción, formación en valores, orientación, disciplina y corrección que el padre brinda al hijo en el diario vivir.

Por lo tanto, no existe el delito en cuestión, cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, bien porque haya renunciado a ella en favor del otro, o no la posea en virtud de decisión administrativa o judicial.

²⁰ Cfr. Sentencias T-024 de 2009 y T-884 de 2011.

²¹ Cfr. Sentencia T-884 de 2011.

La finalidad de la conducta o elemento subjetivo es la de privar al otro del derecho a la custodia y cuidado personal. Privar, en sentido naturalístico es “despojar a alguien de algo que poseía”²². Y se priva de un derecho a quien lo tiene y lo ejerce.

Basta privar del derecho al otro padre, para que se considere ejecutada la conducta, al prescribir el tipo penal que “por ese solo hecho”, se incurre en ella.

Por lo demás, el bien jurídico objeto de tutela es pluriofensivo. Además de la familia, como núcleo esencial de la sociedad, está integrado también por los derechos de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, como sujetos de especial protección.

Finalmente, es una conducta esencialmente dolosa que no admite la modalidad culposa.

Ahora bien, el padre que impide u obstaculiza el régimen de visitas, que es distinto a la custodia y el cuidado personal, fijado por convenio o regulado por el juez de familia a falta de acuerdo entre los padres, no incurre en el tipo penal descrito en el artículo 230A del Estatuto Punitivo.

La Corte Constitucional al resolver sobre la exequibilidad del citado tipo penal, invocando la libertad de configuración del legislador en materia penal, frente a la

²² Diccionario de la lengua española, Real Academia Española.

acusación del demandante para quien la conducta descrita en el artículo 230 A del Código Penal, al no involucrar el actuar de la persona que impide u obstaculiza el régimen de las visitas del padre al hijo menor, desconoce el principio de igualdad y los derechos de los niños a tener una familia y no ser separada de ella, señaló que dicho régimen –visitas– no está comprendido en la figura delictiva, sin desconocer que tal conducta resulta dañina para el niño y la familia.

Al no ser equiparables los dos supuestos de hecho, no es posible sostener, como lo hace la demanda, que la norma demandada discrimine de alguna manera a los padres que no tienen la custodia y cuidado del niño, sino las visitas, y mucho menos que esta discriminación sea injustificada. Por lo tanto, al no haber excluido la norma demandada de sus consecuencias supuestos de hecho asimilables, dado que no lo son los planteados en el caso sub examine, no se satisfacen los presupuestos de la omisión legislativa relativa. Así, pues, en cuanto atañe a la vulneración del artículo 13 de la Constitución el cargo no está llamado a prosperar.

*Si bien la conducta del padre que no respeta el régimen de visitas es censurable y merece reproche, porque vulnera el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, y el derecho del otro padre a mantener una relación con su hijo, de ello no se sigue que su conducta se pueda equiparar a la del padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos para privar al otro padre de la custodia y cuidado del niño, y menos aún que esta conducta deba criminalizarse. **Y no puede equipararse porque el niño vive la mayor parte del tiempo con el padre que tiene la custodia y el cuidado, que en vista de esta circunstancia, en rigor no lo puede arrebatar, ni sustraer, ni retener, ni ocultar.** (subrayado fuera de texto).*

“Irrespetar el régimen de visitas u obstaculizar su realización, es una conducta nociva para el niño y para su familia, de esto no hay

duda. Al afectar derechos fundamentales, frente a tal conducta este tribunal no ha vacilado en sostener que procede la acción de tutela, como un mecanismo de protección expedito y eficaz de estos derechos. Así, pues, de la mera circunstancia de que la conducta no se tipifique como delito, que es lo que argumenta la demanda, no se sigue que esta conducta no pueda ser sometida al conocimiento y control de las autoridades, por medio de diversos mecanismos administrativos y judiciales, para proteger el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella”²³.

La Corte acorde con la jurisprudencia y doctrina actuales que reclaman la intervención mínima del derecho penal en la solución de los conflictos individuales y sociales, propugnan porque no todo comportamiento sea criminalizado y abogan por instrumentos que produzcan el menor daño posible a las personas en su resolución, considera que aquél como última ratio en una sociedad democrática y en un estado social de derecho, no pune la violación de régimen de visitas de los padres frente a sus hijos.

En consonancia con lo expuesto por la Sala, la Corte Constitucional en la sentencia que viene citándose, destacó:

“Ante tal evidencia, dado que la criminalización de la conducta es la última ratio, la existencia de un medio de control menos gravoso y de alta eficacia, como es la acción de tutela, el pretender proteger este derecho <régimen de visitas> por medio del derecho penal no responde al principio de necesidad, que es uno de los límites al amplio margen de configuración del legislador”²⁴.

²³ CC, C-239/14.

²⁴ Ídem. C-289/14.

A partir de las consideraciones dogmáticas anteriores acerca del tipo penal cuestionado, la Sala entrará a decidir lo pertinente.

2. El caso concreto.

La Sala no casará la sentencia por el cargo propuesto en la demanda, por no tener vocación de prosperidad. El Tribunal no incurre en el error de raciocinio que le atribuye la casacionista, quien no demuestra que las inferencias hechas a partir de la declaración de Luis Bernardo Garzón traicionen los principios de la sana crítica, y por esa vía, los postulados de la lógica.

El reclamo al ad quem de desconocer la presunción de inocencia de la inculpada, y a la fiscalía de haber invertido la carga de la prueba, son afirmaciones que no acreditan el error de hecho alegado. Lo que en realidad evidencia la sentencia, es la tergiversación de los medios de conocimiento, que llevaron al juez de segunda instancia a fijar un alcance y contenido equivocado a la literalidad de la prueba testimonial sobre la cual edifica la condena.

Haciendo prevalente el criterio de justicia material, la Sala se aparta de las razones de la a quo para absolver a la acusada, fundadas en la falta de lesividad del bien jurídico y del error de prohibición bajo el cual habría actuado, en razón a que de la prueba emerge la duda sobre la configuración de la conducta típica atribuida a la procesada, por no estar probado que Luis Bernardo Garzón Reyes tuviera **la custodia**

y cuidado personal de su hijo J.J.G.R, exigencia ineludible del tipo penal de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, para su estructuración.

En el escrito de acusación, la Fiscalía señala que en la Comisaría de Sevilla *“le dieron la custodia del menor a la madre”*, mientras en la presentación de la teoría del caso²⁵, el fiscal indica que luego de la separación de LORENA ROZO y Luis Bernardo Garzón Reyes, quienes durante su relación de pareja procrearon a J.J.G.R., ella quedó *“al cuidado de su menor hijo”*.

En esa línea, encuentra la Corte que los medios de convicción allegados al juicio oral, no prueban, más allá de toda duda, que el denunciante tuviera la custodia y cuidado personal de su hijo J.J.G.R.

En efecto, Luis Bernardo Garzón Reyes y LORENA ROZO MUÑOZ, fueron pareja por cuatro años, desde el año 1998, cuando ella tenía 13 años, hasta el 2002. De esa relación, producto de la unión libre, nació el 13 de septiembre de 1999 J.J.G.R.

A raíz de su separación, en fechas desconocidas y por múltiples agresiones físicas y verbales de las cuales era víctima la mujer, según lo relatado por Doraida Muñoz Ramírez²⁶ (madre de la acusada), ambos acudieron en distintas oportunidades a la Comisaría de Familia de Sevilla

²⁵ Primea sesión; récord, min. 05:28 del audio.

²⁶ Declaración del 10 de agosto de 2017; sesión segunda del juicio oral, récord min. 03:43 del cd 2.

(Valle), según Garzón Reyes para que le suministraran la cuenta a la cual debía consignar lo correspondiente a alimentos, por no ser de su interés pelear *“la custodia de su hijo”*.

Al parecer, no fue probado fehacientemente en el juicio oral, a LORENA ROZO MUÑOZ y a su señora madre Doraida Muñoz, les fue entregada por esa Comisaría la custodia del menor J.J.G.R, cuando interrogada la segunda por el fiscal sobre las razones que motivaron el viaje de su hija a Venezuela respondió *“Pues francamente, ella se fue, fue huyendo de él, por huir de él, ella se consiguió un trabajo y se fue a trabajar, porque acá estaba sin trabajo”* y *“me dejó el niño a mí, porque teníamos la custodia las dos por medio de la doctora Sonia”*²⁷.

Al margen de lo manifestado por el adolescente J.J.G.R a la juez, a pregunta complementaria, de que su padre pidió la custodia en la Comisaría de Familia de Sevilla, y lo expresado por Luis Bernardo Garzón Reyes, *“a estas alturas de la vida yo ya que voy a pelear por la custodia de un muchacho de 17 años”*²⁸, este aspecto medular en la configuración del tipo penal, no constituyó tema de averiguación en el juicio oral ni fue constatado debidamente por los intervinientes.

La acusada, renunció a su derecho de guardar silencio, en el curso de su testimonio, fue interrogada sobre

²⁷ Récord, min. 21:00 de su declaración.

²⁸ Récord, min. 35:35 del audio

su viaje a Venezuela, país donde vivió 7 años con J.J.G.R, las circunstancias y manera en que lo hizo por no contar con el permiso de su padre, pero nunca se le preguntó si Garzón Reyes tenía la custodia y cuidado personal de su hijo.

El debate probatorio se centró en establecer cómo salió el menor del país, la forma en que inicialmente se le ocultó a Garzón Reyes que se encontraba en otro Estado, el conocimiento de la acusada sobre la necesidad del permiso de salida otorgado por el padre, el régimen de visitas, el cumplimiento de la obligación alimentaria de Garzón Reyes, el maltrato de la mujer, las causas de la separación y la edad en que la inculpada tuvo relaciones sexuales con su expareja, conforme se constata en los testimonios de Luis Bernardo Garzón Reyes, Doraida Muñoz Ramírez, el adolescente J.J.G.R. y LORENA ROZO MUÑOZ.

Sin embargo, el delito del cual se acusa a la inculpada no era el de inasistencia alimentaria, tampoco el de violencia intrafamiliar y menos el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sino el de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

El sistema acogido en la Ley 906 de 2004, obliga a los funcionarios judiciales a no olvidar los elementos del tipo penal atribuido al acusado, aportando los medios de convicción que los acrediten, siendo deber establecer en principio la tipicidad como estrato analítico del punible vinculado con el principio de legalidad.

Debido a dicho extravío, los jueces de instancia no se ocuparon de determinar con fundamento en la prueba la tipicidad de la conducta, estableciendo la custodia y cuidado personal de J.J.G.R. también en cabeza de su padre Luis Bernardo Garzón.

Ahora bien, el Tribunal, para afirmar la antijuridicidad de la conducta dijo que *“independientemente del miedo que profesa le tiene al padre del menor como excusa para no avisarle de su intención de sacar al niño del país, configura la intención que tenía de privar al papá de su patria potestad en una forma ilegal”*²⁹, y estima que la comunicación esporádica entre padre e hijo *“no es una circunstancia que permita exonerar de lesividad el bien jurídicamente tutelado de la familia, en virtud a que lo ideal en este tipo de casos es que, el padre ejerza su plena patria potestad”*³⁰.

Y para descartar la tesis del error de prohibición señala *“que la acusada si se (sic) tenía pleno conocimiento de que sacar del país a su menor hijo sin la autorización de su padre era un acto irregular”*³¹.

El ad quem confunde la patria potestad con la custodia y cuidado personal, dando por establecido, aunque la prueba indica otra cosa, que Luis Bernardo Garzón Reyes tenía la de su hijo J.J.G.R. En la sentencia pasa por alto este ingrediente normativo de carácter jurídico, necesario, como se ha dicho, para la configuración típica.

²⁹ Sentencia de segunda instancia, folio 8.

³⁰ Ídem, folio 9.

³¹ Ídem, folio 11.

Es evidente, así lo manifestó en algún momento de su declaración Garzón Reyes, que él tiene la patria potestad de J.J.G.R., dado que no se conoce que hubiera sido despojada de ella o se hallara suspendida, por alguno de los motivos expresados en la ley. Pero no quiere significar que el ejercicio de la patria potestad implique necesariamente la tenencia de la custodia y cuidado personal de su menor hijo.

Ya se dijo en precedencia, que un padre puede ejercer la patria potestad, pero no tener la custodia y cuidado personal de su menor hijo.

Todo parece indicar, aun cuando a ninguno de los testigos se le interrogó de manera clara y precisa sobre dicho aspecto, que la custodia y cuidado personal de J.J.G.R la había asumido LORENA ROZO MUÑOZ y su madre Doraida Muñoz por disposición de la Comisaria de Familia de Sevilla, tal vez, la doctora Sonia, como lo expresó la abuela del menor.

Además, Luis Bernardo Garzón Reyes expresó en su declaración que él *“no pelió la custodia de su hijo”*, manifestando más adelante que *“yo ya que voy a pelear por la custodia de un muchacho de 17 años”*, sugiriendo que desde que se separó de LORENA ROZO no la tiene.

Las esporádicas visitas de Luis Bernardo Garzón a J.J.G.R., así como su trabajo en lugares distantes a donde éste vivía, lo que le impedía que fueran más frecuentes,

enseñan que tampoco estaba bajo su cuidado personal, con mayor razón cuando en virtud de la separación, el menor desde los cuatro años no convivía con él, pues lo hacía con su abuela y su señora madre, de modo que el ámbito familiar y social compartido era mínimo o casi inexistente.

De este modo, Garzón Reyes no podía ser privado de un derecho que la evidencia procesal no acredita que poseía u ostentaba. En tales, condiciones existe la duda sobre la tipicidad de la conducta, que de acuerdo con el principio universal de in dubio pro reo, ha de ser resuelta a favor de la acusada.

De otro lado, el comportamiento de sacar del país a su hijo J.J.G.R sin autorización de su padre, que constituyó el eje del debate probatorio y el fundamento del fallo atacado, no se adecua al tipo penal de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, bajo el verbo rector de ocultar.

Primero, por no estar probado que el denunciante tuviera la custodia y cuidado personal de su hijo. A ROZO MUÑOZ se le acusa es de haber privado de ese derecho a Garzón Reyes, no de haber viajado a otro país con su descendiente sin el permiso de salida otorgado por su padre.

Segundo, las consecuencias de haber actuado sin dicho permiso no son punitivas sino de otra índole, que no son distintas a la imposibilidad del menor de viajar al

exterior, hasta tanto el juez de familia no decidiera lo pertinente ante el desacuerdo de los padres, siempre y cuando tuvieran la facultad para otorgarlo, dado que el mismo no es requerido del que tiene suspendida o ha sido privado de la patria potestad.

Tercero, la salida irregular del menor no constituye delito alguno. Bien fue informada la acusada en el Consulado del país en Venezuela, cuando se le negó viajar por avión en compañía de su hijo por ausencia del permiso, de la necesidad de formalizar la residencia del menor mediante la conciliación con el padre de él.

Cuarto, la custodia y cuidado especial tampoco puede confundirse con el régimen de visitas, como derecho de todo niño, niña o adolescente de tener contacto con el padre que no comparte el mismo techo, por la separación de los padres.

Quinto, el viaje de J.J.G.R con su madre a Venezuela lo privó de las visitas de su padre. De manera que, si ese hecho obstaculizó o impidió a Luis Bernardo Garzón Reyes el derecho a tener contacto con su hijo, esta conducta no se enmarca en el tipo penal del ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

En consecuencia, dado que existe duda sobre la tipicidad de la conducta endilgada a la procesada, en tanto no se demostró que el denunciante hubiese sido privado del derecho a de custodia y cuidado personal de su hijo

J.J.G.R, la Sala revocará la condena proferida en segunda instancia y confirmará la sentencia absolutoria del a quo, bajo las razones indicadas en este fallo.

RESUELVE

1. No casar el fallo del 17 de julio de 2018 del Tribunal Superior de Buga, con fundamento en el reparo propuesto en la demanda.

2. Revocar la sentencia condenatoria proferida el 17 de julio de 2018 por el Tribunal de Buga, y en su lugar, confirmar la absolución de LORENA ROZO MUÑOZ del delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

IMPEDIDO

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal 2020