El siguiente es el documento presentado por el Magistrado ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del proceso de a referencia. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría.

**INCUMPLIMIENTO RÉGIMEN DE VISITAS / CONDUCTA ÁTIPICA / EJERCICIO ARBITRARIO CUSTODIA HIJO MENOR DE EDAD / MIEDO INSUPERABLE / EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD**

“Así las cosas, no obstante que ha existido un incumplimiento por parte de la hoy acusada en cuanto al régimen de visitas que fue dispuesto a favor del padre de L.M.C., con posterioridad a que a esta se le otorgara la custodia y cuidado personal de su niña, no es menos cierto que tal conducta, aunque reprochable por supuesto, no alcanza a configurar per se un ilícito penal, como así lo refirió la Corte Constitucional en la Sentencia C-239/14, por medio del cual se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el canon 230A C.P.

Significa lo expuesto, que ante una manifiesta inobservancia del régimen de visitas en que ha incurrido la señora BRCH, no es la jurisdicción penal, como última ratio, la que debe intervenir, en tanto el sistema judicial colombiano tiene a disposición de los padres en conflicto diferentes mecanismos ante los cuales pueden acudir con miras a poner fin a tal situación, máxime que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado, como igualmente lo tiene decantado la Corte Constitucional.”

(…)

“Lo sucedido antes de la intervención de la jurisdicción de familia, que al tenor de lo aseverado por las partes recurrentes sí es indicativo de infracción a la ley penal por parte de la señora BRCH, parte de una premisa válida y consiste en que en realidad no hay duda según se clarificó en la audiencia de juicio oral, que la señora BRCH, amén de los inconvenientes surgidos con su esposo JCMO en el mes de enero de 2010, tomó la decisión de alejarse de él y radicarse en Bogotá donde había conseguido una oportunidad laboral en una fundación, a cuyo efecto se llevó a la menor L.M.C. sin que su padre conociera su lugar de residencia, y el único contacto que tuvo con la pequeña en esa anualidad se presentó unos 16 días después, cuando ambos se encontraron nuevamente ante la Comisaría de Familia de Cuba, lugar donde se llevó a cabo una audiencia de conciliación -aunque se desconocen los términos de la misma, en tanto de ello no se aportó prueba alguna al juicio-. A partir de allí el padre no volvió a ver a su hija durante ese año, pese a que en junio 25 de 2010 se dictó sentencia que reguló el tema de visitas, como se explicó en precedencia.”

(…)

“Mírese que en la psiquis de la señora BRCH, muy seguramente estaba arraigada la idea de que el señor JCMO podría tomar alguna represalia en su contra o la de su hija L.M.C., en tanto la misma, como así lo refirió en juicio y lo ratificó el denunciante, solo le permitía verla en sitios donde hubiera concurrencia de público, como en los centros comerciales, en lugares donde existieran cámaras de vigilancia o presencia de uniformados de la Policía Nacional, es decir, donde sintiera seguridad que nada les ocurriría.

Y ese temor sobre las posibles represalias que el padre de su hija podría tomar, no era infundado, porque el episodio acaecido en enero 7 donde el señor JCMO se llevó a la fuerza a la menor para la casa de su señora madre sin importarle la presencia de la autoridad de policía, o su comportamiento agresivo al tratar de ingresar a su vivienda de manera violenta -como se corroboró en juicio-, además de los maltratos de toda índole ya referidos, le generaban la convicción de que al darle a conocer al señor JCMO el lugar de residencia podría acarrear de parte de éste una conducta de igual naturaleza.”

(…)

“En conclusión, si bien podría considerarse que no fue correcto el proceder de la señora BRCH, o que pudo obrar de mejor manera ante una situación conflictiva, sin tener que llevarse consigo la menor L.M.C. en perjuicio de los derechos que como padre ostentaba el señor JCMO, dicha actuación carece de dolo en su obrar, ya que según se ha indicado, más que encaminar su propósito a privar al padre de la niña del derecho de custodia y cuidado personal, que es el fin último de tal comportamiento típico, ella obró para salvaguardar su integridad y la de su hija ante las difíciles situaciones vividas.

Al evidenciarse entonces que la providencia adoptada por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Pereira (Rda.) se encuentra ajustada a derecho, se dispondrá su confirmación, pero por las razones indicadas en precedencia.”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

 **ACTA DE APROBACIÓN N° 969**

 **SEGUNDA INSTANCIA**

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Octubre 25 de 2016, 9:40 a.m. |
| Acusada:  | BRCH |
| Cédula de ciudadanía: |  |
| Delito: | Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad |
| Víctima: | Menor L.M.C. y JCMO |
| Procedencia: | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Fiscalía y apoderada de víctimas contra el fallo absolutorio de junio 24 de 2015. **SE CONFIRMA** |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos objeto de investigación fueron plasmados por la funcionaria a quo en el fallo de primera instancia, de la siguiente manera:

“Los señores JCMO y BRCH tuvieron matrimonio civil y dentro de él procrearon una hija que nació el 26 de febrero de 2008. Luego de varios años de convivencia, en el mes de enero de 2010, la mujer decidió marcharse de esta ciudad hacia Bogotá llevando consigo a su pequeña, sin que el padre conociera la dirección donde ambas se ubicaron.

Más adelante, de mutuo acuerdo, ellos decidieron poner fin a su matrimonio. Para ello acudieron ante el juzgado de familia que decretó su divorcio el 15 de junio de 2010. En la sentencia quedó decretada la custodia a favor de la madre y se regularon las visitas del padre, según lo convenido entre la pareja.

Desde la separación de BRCH y JCMO se han presentado distintos inconvenientes para que el padre pueda ver a la niña en las épocas fijadas entre ambos, quedando incluso él con los pasajes comprados para el traslado desde Bogotá donde ella reside, hasta esta ciudad.”

1.2.- Adelantado el trámite averiguatorio y a instancias de la Fiscalía, se llevaron a cabo ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías de esta capital las audiencias preliminares (4 de abril de 2014) por medio de las cuales se declaró en contumacia a la señora BRCH y se le formuló imputación a título de autora del punible de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 230A C.P.

1.3.- A consecuencia de lo anterior la Fiscalía radicó escrito de acusación (mayo 30 de 2014) cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (agosto 12 de 2014), preparatoria (noviembre 19 de 2014), y juicio oral (marzo 12 y mayo 25 de 2015), al cabo del cual se emitió sentido de fallo de carácter absolutorio, y en junio 24 de 2015 se dictó la respectiva sentencia.

Las razones que tuvo la a quo para soportar su decisión de absolución se pueden concretar en lo siguiente:

- Si bien la señora **BRCH** sustrajo a la niña del lado de su padre en el mes de enero de 2010, lo hizo para poner una barrera entre ella y su ex cónyuge como mecanismo para desprenderse de una relación maltrecha en la que no quería persistir, y fue así como decidió marcharse para la ciudad de Bogotá al aceptar una opción laboral que le permitía dejar atrás lo que ya le causaba daño por trascender de los agravios verbales a las vías de hecho, como un acto desesperado de su parte.

- **BRCH** reconocía los derechos del señor JCMO como padre, y cuando asistió a atender una convocatoria de la Comisaría de Familia en enero 25 de 2010 lo hizo con su hija y permitió que su progenitor compartiera con la pequeña. Posteriormente se establecieron los términos del divorcio donde se acordó el régimen de visitas, y no obstante que ella tomó precauciones para que el hoy denunciante no conociera su lugar de residencia con miras a salvaguardar su tranquilidad, facilitó que éste y la niña pudieran verse y comunicarse. De ese modo estima que fue el no cumplimiento riguroso de lo convenido lo que motivó la investigación penal.

- Observa que en este caso ha existido un manejo caprichoso de la madre de la niña sobre las fechas en que el padre puede verla, pero ello no se traduce en una retención u ocultamiento, en tanto siempre ha tenido una línea telefónica disponible, por medio de la cual la menor puede tener contacto con el papá. Y si bien la señora **BRCH** no suministró su dirección obedeció a razones de autoprotección, lo cual no ha sido causa para que JCMO no haya podido ver a la infante ni disfrutar de su compañía.

- Se evidencia que la acusada ha aprovechado que tiene la custodia de L.M.C. para cambiar las fechas de ese disfrute, y precisamente ello conlleva a predicar que los padres de la niña están en mora de someter sus diferencias a la jurisdicción de familia, para dirimir la controversia y modificar la regulación de visitas inicialmente pactada, más cuando éstos no tienen pensado hacer cesar sus discrepancias mediante el diálogo.

- En este caso no era necesario acudir a la Fiscalía, sino a un trámite de regulación de visitas, en tanto el juez penal no puede invadir otras órbitas, máxime que el derecho penal es la *última ratio,* en tanto en juicio se demostró que papá e hija pueden comunicarse telefónicamente -así sea a regañadientes-, y que la acusada le ha permitido ver a la niña en algunas épocas convenidas y en otras diferentes, por lo que el problema radica con respecto a los días de fin de año que L.M.C. va a estar con su padre, frente a lo cual no hay acuerdo. Está claro por tanto que es eso lo que tiene molesto al señor JCMO y a sus familiares, como situación difícil de solucionar porque la estadía de la menor durante esa época del año debe ser acordada y cada cual quiere imponer su criterio, pero mal puede pretenderse que ello se soluciones por la senda del derecho penal.

Señala finalmente la juzgadora, que el reproche penal está diseñado para el padre que con cualquiera de esas conductas burla a aquél que tiene la custodia o cuidado personal, lo cual no acontece en este caso, porque acá por el contrario lo que se aprecia es que existe un aparente desafío de quien tiene la custodia, sin que ello encuentre asidero en el tipo penal.

1.4.- Inconforme con el fallo adoptado, la Fiscalía y la representante de víctimas impugnaron tal determinación e indicaron que la sustentación la efectuarían por escrito.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscalía -como recurrente*-*

- Expresa que en el presente asunto se deben distinguir dos períodos: el primero desde enero 8 de 2010 cuando se originó el disgusto entre la pareja, y el transcurrido a partir de junio 15 de 2010 cuando se profirió la sentencia de divorcio. Ello por cuanto con antelación a dicha providencia ambos padres ejercían la custodia de L.M.C. y la señora **BRCH** se la llevó desde enero 9 sin decir para dónde, la ocultó, la retuvo y solo la dejó ver por espacio de 20 minutos en enero 25 de 2010 durante la conciliación ante la Comisaría de Familia del barrio Cuba, y desde ese momento hasta que se dictó el fallo de divorcio, JCMO no supo nada de la niña quien tenía solo 2 años de edad.

- La acusada sí incurrió en la conducta denunciada porque para esas calendas ambos padres tenían la custodia de la pequeña en tanto **BRCH** privó a JCMO de tal derecho, sin que sea justificante que la procesada hubiera solicitado medida de protección porque su cónyuge era agresivo y por ende se fue para Bogotá, ya que ello no es cierto, en cuanto de haber sido ese el motivo no se entiende la razón por la cual no lo denunció o le comentó a la familia de tal comportamiento. A la imputada no le importó privar a la menor del amor y afecto de su padre, al punto que la niña ya empezaba a olvidarlo y por eso ante la psiquiatra no dibujó a su padre biológico sino al padrastro.

- Aduce que la Fiscalía entendería la absolución por lo sucedido a partir de la decisión de junio 15 de 2010, por cuanto el hecho de que la madre, quien para ese momento ya tenía la custodia, haya obstaculizado las visitas al padre, no constituiría en verdad delito alguno; empero, en el interregno de enero 9 a junio 15 de 2010 sí se cometió la conducta punible, no obstante la juez le dio credibilidad a lo dicho por ésta sin tener en cuenta que tenía todo preparado para irse a conseguir trabajo en Bogotá y exagerar al decir que JCMO era agresivo y violento. Sin contar que lo ocurrido en su hogar fue provocado por ella misma porque desde temprano buscó la pelea, además que vendió la casa, el carro y se quedó con el dinero, haciéndose pasar como víctima sin importarle el daño que causaba.

Pide en consecuencia se revoque la sentencia absolutoria y en su reemplazo se dicte fallo condenatorio en contra de **BRCH**.

**2.2.-** La apoderada de víctimas - recurrente-

- La a quo absolvió a la procesada sin tener en cuenta que ésta de manera premeditada arregló todas las cosas para irse para la ciudad de Bogotá, por cuanto había vendido la casa y no había razón para huir o protegerse como lo dio a entender. Por lo demás, no obra prueba de las supuestas agresiones propinadas porque en momento alguno fue vista con moretones o golpes, con mayor razón cuando de los testimonios llevados a juicio se tiene que la relación como esposos era normal, y fue una sorpresa para la familia que la señora **BRCH** abandonara el hogar como lo hizo. Por todo ello no existe justificación para que sustrajera a L.M.C. del lado de su padre.

- Si bien el fallo se basó en la atipicidad de la conducta por cuanto el padre ha podido ver a la menor en la Comisaría de Familia, en algunos centros comerciales de Bogotá e incluso pudo ir a la clausura de su colegio, además de haberle dado un celular para comunicarse con ella, se tiene que entre enero 9 y enero 25 el señor JCMO no tuvo ningún contacto con la niña y por ello se vio obligado a denunciarla, sin que del material probatorio se observe que éste hubiere requerido a su ex esposa para que volviera con él o evitar el divorcio, pues solo le interesa compartir con L.M.C. y darle amor de padre.

- Es cierto que el señor JCMO compartió unos minutos en enero 25 de 2010 con su hija, pero no lo pudo hacer más durante ese año, y en el 2011 solo fue un breve lapso en la terminal de Manizales, pues cuando viajaba a Bogotá para ver la niña la señora **BRCH** apagaba su celular y le quitaba la posibilidad de verla. Y el hecho de que la acusada no suministrara la dirección de residencia de su hija constituye un ocultamiento sin importar que haya dado la misma a la Fiscalía, en tanto la pequeña no vive en un parque o en un centro comercial para que las visitas debieran darse en esos lugares.

- Pese a que la juez dice que se debe acudir a la jurisdicción de familia para regular las visitas, en providencia de junio 15 de 2010 ello se reguló; sin embargo quedó demostrado que la señora **BRCH** no ha respetado lo convenido.

Solicita en consecuencia se revoque la sentencia adoptada y en su lugar se dicte fallo de condena en contra de la señora **BRCH**.

**2.2.-** Defensa – no recurrente-

- Su prohijada no incurrió en el tipo penal endilgado porque ante los malos tratos verbales y físicos de su esposo decidió abandonarlo, y al no tener familia en esta ciudad, se vio obligada a ubicarse laboralmente en Bogotá para continuar su vida con su hija L.M.C., lugar en el cual comenzó una nueva relación afectiva con el señor EESV con quien procreó otra hija, y logró ser por fin una persona feliz. Tal acontecimiento no ha podido ser superado por el señor JCMO.

- De conformidad con lo plasmado por la Fiscalía en la acusación, se observa que la procesada suministró la dirección para efectos de notificación, y por ende se desprende que su cliente nunca tuvo interés en ocultar a su hija L.M.C., y además la custodia que ejerce sobre ella fue concedida por orden judicial en junio 15 de 2010 por el Juzgado Tercero de Familia, con lo cual se desdibuja el tipo penal imputado.

- Pese a ser consciente que por la distancia del lugar donde vive la menor y el domicilio del padre éste no ha podido verla con la frecuencia deseada, aunado a que la niña estudia, tales situaciones dificultan acordar las fechas y horarios para su desplazamiento a esta capital. No obstante, como así lo dijo la a quo, tales desacuerdos deben ser ventilados por la jurisdicción de familia y no por la vía penal, toda vez que el delito no existió.

Pide en consecuencia se confirme el fallo confutado.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, el juez a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y apropiadamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía y la representante de víctimas-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal determinar si la decisión de absolución declarada en favor de la acusada **BRCH** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo al proferimiento de una sentencia condenatoria como lo solicitan las recurrentes.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se vislumbra, ni ha sido tema objeto de controversia, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Como se indicó al comienzo de esta providencia, los hechos que dieron origen a esta actuación tuvieron su génesis en enero 9 de 2010 -según denuncia formulada el 18 de ese mismo mes-, cuando luego de que se hubiera presentado una discusión entre los esposos **BRCH** y JCMO, lo que motivó la intervención de la policía nacional ante la solicitud de la señora BRCH, ésta decidió ausentarse de su residencia llevándose consigo a su menor hija L.M.C. -de 2 años de edad, para la época de los hechos- y radicarse en Bogotá sin haberle informado al padre la dirección donde permanecería con la pequeña. El progenitor solo pudo verla nuevamente unos pocos minutos en enero 25 de 2010 cuando se llevó a cabo una audiencia de conciliación ante la Comisaría de Familia del barrio Cuba de esta capital, sin que en el transcurso de esa anualidad hubiera tenido contacto alguno con la niña. En junio 25 de 2010 el Juzgado Tercero de Familia de Pereira dispuso en sentencia de divorcio que la infante compartiría con su señor padre las vacaciones de semana santa, de mitad de año, y diciembre, todo lo cual se haría de común acuerdo entre ambos padres; y adicional a ello se plasmó que en el evento de poder viajar el señor JCMO a la ciudad de Bogotá donde reside la menor, y si su deseo era visitarla, la madre lo debía permitir.

Para la funcionaria a quo, no se logró demostrar por parte de la Fiscalía que la señora **BRCH** incursionó en la conducta contenida en el canon 230A C.P., esto es, el ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, en tanto si bien la misma ha desconocido lo consignado en el fallo que le otorgó la custodia de la niña L.M.C., esa mera circunstancia no la hace merecedora de reproche penal, máxime que el padre de la infante ha tenido posibilidad de compartir algunos espacios con su descendiente. Además, tal dispositivo penal, en su sentir, va dirigido contra el padre que impide la relación del hijo con el otro padre que ostenta la custodia, situación que en este caso no tiene ocurrencia.

De conformidad con las pruebas arrimadas a la audiencia de juicio oral, se tiene que en efecto luego de las situaciones que se presentaron entre **BRCH** y el señor JCMO entre enero 6 y 8 de 2010, las que incluso motivaron la intervención de la policía nacional, la primera decidió irse con L.M.C. para Bogotá, sin manifestarle a su consorte ni a ninguno de sus familiares el lugar de ubicación, y solo regresó a Pereira el 25 de ese mismo mes con el fin de cumplir la cita dada por la Comisaría de Familia del Barrio Cuba, a la cual asistió con la pequeña, siendo esa la última ocasión que el padre la vio durante esa anualidad (2010).

Así mismo se logró establecer que en la Semana Santa del año 2011 sucedió una situación similar en la cual el señor JCMO tuvo contacto con su descendiente en el terminal de transportes de Manizales (Cdas.), cuando su ex cónyuge le informó que si quería ver a la pequeña se desplazara hasta esa ciudad, toda vez que la menor estaba en la residencia de sus abuelos maternos, oportunidad ésta en la que hoy denunciante pudo compartir con su hija por unos breves minutos.

Durante el año 2012 se le permitió ver a L.M.C. en Bogotá y pudo traerla a Pereira en la Semana Santa y en el receso escolar del mes de octubre de esa misma anualidad, de igual modo en el mes de diciembre, pero como quiera que el señor JCMO no la regresó a Bogotá en el plazo acordado con la señora **BRCH**, y al parecer por la falta de comunicación con la niña, la madre viajó hasta Pereira presentándose en la casa de los padres del señor JCMO acompañada de la policía al aducir que su hija había sido objeto de secuestro, todo lo cual dio lugar a que tuviera que acudir a la Fiscalía en donde se concertó que la señora **BRCH** se llevara nuevamente a su hija y la regresara antes de finalizar ese mes de Diciembre, sin que ello hubiere tenido ocurrencia.

En el año 2013 también pudo traer a su hija en Semana Santa y en las vacaciones del mes de octubre. Y, finalmente, para el año 2014 la menor no fue enviada por la madre a esta capital y el padre solo tuvo acercamiento con la misma al asistir a la clausura de su colegio en el mes de diciembre de ese año 2014.

De ese sucinto recuento se extrae lo siguiente: (i) que en efecto la señora **BRCH** se ausentó con su hija desde enero 9 de 2010, y solo permitió que el padre viera a la infante en la audiencia de conciliación ante la Comisaría de Familia en enero 25 de 2010; y (ii) que no obstante habérsele otorgado la custodia a la hoy acusada desde junio 25 de 2010 por el Juzgado Tercero de Familia de esta capital, con ocasión de la sentencia de divorcio, tampoco ha dado cumplimiento a los términos allí convenidos para que la pequeña comparta tiempo con el padre, aunque ello sí se ha dado de manera esporádica. Todo lo dicho quedó demostrado en la audiencia del juicio oral, no solo con la manifestación esgrimida por el señor JCMO, sino igualmente por lo ratificado por su hermana MIMO, e incluso con lo narrado por la señora **BRCH**, quien renunció al derecho constitucional a guardar silencio.

De conformidad con lo reglado en el canon 381 C.P. para emitir una sentencia de condena se requiere que el funcionario judicial llegue al conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y de la responsabilidad del acusado, con fundamento en las pruebas debatidas en juicio oral.

La conducta que le fue imputada a la señora **BRCH** se encuentra tipificado en el canon 230A C.P. que textualmente dispone:

“Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El 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, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

En este asunto, y como así lo mencionó la fiscal en su recurso, existen dos momentos que deben ser objeto de análisis para establecer si la señora **BRCH** está inmersa en la conducta que le fue imputada: El primero hace referencia a la situación acaecida entre enero 8 de 2010 y el 25 de junio de 2010; y el segundo, el presentado con posterioridad a ese 25 de junio de 2010 cuando se dictó la sentencia de divorcio donde se le otorgó la custodia y cuidado personal de la menor L.M.C. a la hoy acusada, decisión en la cual se reguló el tema de visitas a favor del señor JCMO.

Para efectos prácticos empezará la Sala por dilucidar el segundo aspecto mencionado, y respecto de él se dirá que acorde con lo arrimado al juicio es evidente, como así quedó probado, que pese a que el Juzgado Tercero de Familia de Pereira dictó sentencia de divorcio en junio 25 de 2010 por medio de la cual se regularon las épocas del año en las cuales el señor JCMO compartiría tiempo con su hija L.M.C., así como la posibilidad que éste tenía de visitarla en la ciudad de Bogotá cuando tuviera la oportunidad de hacerlo, a todo ello no se ha dado cabal cumplimiento por parte de la señora **BRCH**.

Para llegar a esa conclusión anticipada, basta mirar que no obstante que dicho funcionario judicial estableció que la menor podría compartir con su padre el lapso comprendido de Semana Santa, vacaciones de mitad de año, y las de diciembre -aunque éstas últimas debían ser compartidas entre los dos ascendientes-, la señora **BRCH** no ha consentido que el señor JCMO pueda estar en cada una de esas épocas con su hija. Sin embargo, también es verdad que ello no ha sido una constante, como quiera que fue el propio denunciante quien admitió que ha podido traer a su hija desde Bogotá a Pereira en Semana Santa de algunos años, durante el receso escolar del mes de octubre, e incluso en diciembre, pero ha sido esta época de fin de año la que más traumatismos ha generado entre los padres, en tanto como así lo indicó la acusada, no ha existido acuerdo para los días que en dicho período disfrutará con cada uno de ellos. Tanto así, que únicamente en el mes de diciembre de 2012 pudo estar con su hija, ya que a raíz de que el padre no la regresó en la oportunidad acordada para ese mismo 2012, la señora **BRCH** se vino por ella asistida de la Policía Nacional.

Así mismo y en relación con el tema de las visitas, es evidente que éstas solo se han surtido siempre y cuando el señor JCMO se adapte a los requerimientos exigidos por la madre de L.M.C., pues al no haberle entregado dirección alguna de residencia, tal contacto se ha presentado en centros comerciales o cerca a algún CAI en la capital de la República.

Vemos por tanto, que aunque por parte de la señora **BRCH** no se ha acatado de manera taxativa lo ordenado por la jurisdicción de familia, tampoco puede predicarse que la misma ha ocultado o impedido al señor JCMO tener acercamiento alguno con la menor, lo que incluso puede hacer por llamadas vía celular, en tanto como igualmente quedó plasmado en la conciliación al progenitor se le aprobó dotar a su hija de un aparato telefónico con tal finalidad, aunque al parecer es poco el contacto por este medio.

Así las cosas, no obstante que ha existido un incumplimiento por parte de la hoy acusada en cuanto al régimen de visitas que fue dispuesto a favor del padre de L.M.C., con posterioridad a que a esta se le otorgara la custodia y cuidado personal de su niña, no es menos cierto que tal conducta, aunque reprochable por supuesto, no alcanza a configurar *per se* un ilícito penal, como así lo refirió la Corte Constitucional en la Sentencia C-239/14, por medio del cual se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el canon 230A C.P. En dicha providencia se indicó:

“3.8.7. 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**.

3.8.7.1. 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[[1]](#footnote-1), 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[[2]](#footnote-2), para proteger el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella**”. -negrillas y subrayado de la Sala-

Significa lo expuesto, que ante una manifiesta inobservancia del régimen de visitas en que ha incurrido la señora **BRCH**, no es la jurisdicción penal, como *última ratio*, la que debe intervenir, en tanto el sistema judicial colombiano tiene a disposición de los padres en conflicto diferentes mecanismos ante los cuales pueden acudir con miras a poner fin a tal situación, máxime que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado, como igualmente lo tiene decantado la Corte Constitucional[[3]](#footnote-3).

Bajo esas circunstancias no procede reproche penal en contra de la señora **BRCH** por el incumplimiento de los períodos de visita que le fueron otorgados al señor JCMO para compartir con su hija L.M.C. a partir de ese fallo judicial, al menos en lo que tiene que ver con el concreto punible de “ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad” al que se contrae el artículo 230 A C.P.P. y que fue el ilícito elegido por la Fiscalía General de la Nación para formular la acusación en su contra[[4]](#footnote-4).

Ahora bien, en relación con el otro parámetro temporal aludido, es decir, el que transcurrió entre el día en que la hoy procesada abandonó el hogar para irse a vivir Bogotá con su hija en las condiciones ya conocidas, y el momento del susodicho fallo, el Tribunal tiene para decir lo siguiente:

Lo sucedido antes de la intervención de la jurisdicción de familia, que al tenor de lo aseverado por las partes recurrentes sí es indicativo de infracción a la ley penal por parte de la señora **BRCH**, parte de una premisa válida y consiste en que en realidad no hay duda según se clarificó en la audiencia de juicio oral, que la señora **BRCH**, amén de los inconvenientes surgidos con su esposo JCMO en el mes de enero de 2010, tomó la decisión de alejarse de él y radicarse en Bogotá donde había conseguido una oportunidad laboral en una fundación, a cuyo efecto se llevó a la menor L.M.C. sin que su padre conociera su lugar de residencia, y el único contacto que tuvo con la pequeña en esa anualidad se presentó unos 16 días después, cuando ambos se encontraron nuevamente ante la Comisaría de Familia de Cuba, lugar donde se llevó a cabo una audiencia de conciliación -aunque se desconocen los términos de la misma, en tanto de ello no se aportó prueba alguna al juicio-. A partir de allí el padre no volvió a ver a su hija durante ese año, pese a que en junio 25 de 2010 se dictó sentencia que reguló el tema de visitas, como se explicó en precedencia.

El punto álgido de la controversia se hace consistir en el hecho de que durante ese período, a diferencia de lo sucedido con posterioridad al proferimiento del fallo en la jurisdicción de familia, tanto la señora **BRCH** como el señor JCMO conservaban mancomunadamente la custodia y cuidado personal de la menor, y por ende el hecho de que la madre se hubiera ausentado de Pereira y radicado en Bogotá constituye, en criterio de las recurrentes, un ocultamiento y retención en detrimento de los derechos del padre quien durante esos seis meses subsiguientes solo pudo ver a su hija por unos 20 minutos aproximadamente en la Comisaría de Familia de Cuba.

Para comenzar a dilucidar el asunto, se dirá que el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia- dispone en su artículo 23 lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”.

Ello significa que la custodia del menor 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 diferentes ámbitos, lo que nos permite predicar que, si la conducta de alguno de ellos se adecua a los verbos rectores del canon 230A, se puede enmarcar dentro del propósito del ilícito que no es otro distinto al de “privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal”.

Para las recurrentes, ello y nada diferente fue lo que tuvo ocurrencia en este caso, ya que la intención de la señora **BRCH** era la de ocultar o retener a la menor L.M.C. en perjuicio del derecho de custodia que para instante ostentaba en forma mancomunada o solidaria el señor JCMO, más aun cuando durante dicho interregno el padre de la niña no tuvo contacto alguno ni conocimiento directo del lugar de su residencia en la ciudad capital, y en efecto tal situación es la que en principio observa esta Colegiatura, al ser evidente, como así lo aclaró la misma procesada, que luego de haber tomado la determinación de ausentarse de su vivienda en enero 9 de 2010, se llevó consigo a la menor y solo días después en una conciliación pudo verla el progenitor, situación que no volvió a suceder en el transcurso de ese año.

Para la Corporación entonces, contrario a lo indicado por la a quo, la señora **BRCH** sí ingresó en los linderos del canon 230A C.P. quien con su proceder privó al padre de L.M.C. de ostentar la custodia y cuidado personal a que también tenía derecho durante ese lapso, en tanto ambos compartían tal beneficio, lo que a todas luces implica que su comportamiento es típico y antijurídico, pues con éste se lesionó o puso en peligro el bien jurídico de la familia que la norma pretende proteger.

Pero sucede, que para la imposición de una sanción penal lo dicho no es suficiente, porque adicionalmente debe verificarse si la inculpada penetró en el campo de la culpabilidad, más concretamente si la señora **BRCH** obró con conocimiento y voluntad de acción en la realización del injusto, o si en ella concurre una causal de inculpabilidad.

En esa dirección se observa que muy a pesar que en el curso del juicio oral no se allegó elemento material alguno que enseñara las agresiones verbales, psicológicas y físicas de las que dio cuenta la señora **BRCH** en juicio, y de las cuales endilga responsabilidad a su ex esposo, si existen otras situaciones probadas en la vista pública que conllevan a predicar que el miedo que sentía la hoy procesada frente a alguna reacción por parte de JCMO no solo contra ella sino contra la pequeña L.M.C., era real; y, en consecuencia, es atinado sostener que en su caso operó la causal de ausencia de responsabilidad por miedo insuperable a la que se contrae el numeral 9º del artículo 32 C.P.

Mírese que el señor JCMO narró en juicio el episodio acaecido en la mañana de enero 7 de 2010, y explicó que como era costumbre se dirigió en su carro a trasladar a la hija al hogar infantil del barrio “El Jardín” de Pereira y posteriormente a **BRCH** a su trabajo en Bienestar Familiar. En ese trayecto su ex esposa recibió una llamada que le pareció extraña y cuando tanqueaba el vehículo en la bomba de combustible contigua a la estación de policía de la Avenida Sur, ella empezó “a ponerle problemas” y a pedir ayuda a la policía, ante lo cual él tomó a la niña, se bajó del carro, pero la señora **BRCH** “lo atrapó con uno de los vidrios” y ante dicho forcejeo se acercó un policial quien le dijo que le entregara la pequeña, a lo cual se negó para a continuación tomar una buseta y dirigirse a la residencia de su señora madre donde llevó a la menor.

Así mismo narró el episodio posterior en el que luego de que no le abrieran en su casa y al observar que sus ex suegros empacaban sus cosas, golpeó la puerta con una piedra y ello ameritó su aprehensión por la policía. Fue liberado al día siguiente donde regresó a su vivienda y allí estaba la señora BRCH y los padres de ésta, y aunque se le permitió ingresar para bañarse, nuevamente llamaron a la policía porque la señora **BRCH** les manifestó que él la había agredido y había dañado la puerta, por lo que fue nuevamente retenido y permaneció el día 8 de enero en la URI, sin que a partir del día siguiente hubiera vuelto a saber de su hija.

Es evidente por tanto que la situación que acaeció en el interior de ese núcleo familiar para esas calendas, fue el detonante que llevó a la señora **BRCH** a alejarse de su cónyuge para residenciarse en Bogotá, con miras a buscar su protección por estar cansada de los malos tratos tanto físicos como psicológico de los que era víctima, según lo narró en juicio.

La inestabilidad afectiva, que según la señora **BRCH** sucedía de tiempo atrás, pudo traer como consecuencia que ésta buscara la opción de irse del lado de su compañero con destino a Bogotá, pero sin darle la dirección donde establecería su domicilio en compañía de la menor L.M.C., para evitar tener alguna cercanía con éste y procurar su tranquilidad y la de su hija.

Mírese que en la psiquis de la señora **BRCH**, muy seguramente estaba arraigada la idea de que el señor JCMO podría tomar alguna represalia en su contra o la de su hija L.M.C., en tanto la misma, como así lo refirió en juicio y lo ratificó el denunciante, solo le permitía verla en sitios donde hubiera concurrencia de público, como en los centros comerciales, en lugares donde existieran cámaras de vigilancia o presencia de uniformados de la Policía Nacional, es decir, donde sintiera seguridad que nada les ocurriría.

Y ese temor sobre las posibles represalias que el padre de su hija podría tomar, no era infundado, porque el episodio acaecido en enero 7 donde el señor JCMO se llevó a la fuerza a la menor para la casa de su señora madre sin importarle la presencia de la autoridad de policía, o su comportamiento agresivo al tratar de ingresar a su vivienda de manera violenta -como se corroboró en juicio-, además de los maltratos de toda índole ya referidos, le generaban la convicción de que al darle a conocer al señor JCMO el lugar de residencia podría acarrear de parte de éste una conducta de igual naturaleza.

Es bien cierto lo indicado por las recurrentes en el sentido que la acusada planificó todo con antelación al momento en que decidió llevarse a la niña, por cuanto vendió el carro y la casa de la pareja; pero contrario a tal postura, la lectura que a dicha actuación le da el Tribunal es que la situación anómala que ocurría en el interior de dicha familia no fue solamente durante unos pocos días, sino que venía forjándose de tiempo atrás, situación que por supuesto motivó a la señora **BRCH** a obrar como lo hizo, con miras a procurar un distanciamiento.

No puede desconocer la Corporación que a raíz del conocimiento profesional de la señora **BRCH** como trabajadora social y quien para esa fecha era contratista del I.C.B.F., podría pregonarse que tenía claro cuál era el procedimiento a seguir para abordar esta clase de asuntos, donde estaba en juego el bienestar de la menor y el suyo propio, máxime que era versada en los derechos que le asistían tanto a ella como al padre de su hija.

No obstante, quizá por evitar que personas de la entidad para la cual laboraba se enteraran de lo sucedido en su núcleo familiar –así lo dio a entender la procesada en juicio-, guardó silencio y tan solo acudió ante la Comisaría de Familia con ocasión de los últimos acontecimientos, quienes para tal efecto fijaron como fecha para la conciliación la de enero 25 de 2010, a la que comparecieron los comprometidos y donde tuvo oportunidad de ver a su hija el señor JCMO.

Precisamente por su experiencia laboral en el I.C.B.F., sabía la señora **BRCH** que a consecuencia de la situación vivida podía solicitar que de manera provisional se le otorgara la custodia y cuidado personal de L.M.C., al ser ésta una de las funciones de la Comisaría de Familia tal cual lo establece el numeral 5° del artículo 86 de la Ley 1098/96[[5]](#footnote-5). Ella concurrió allí con antelación a tomar la determinación de irse de Pereira, para poner en conocimiento de dicha autoridad los malos tratos de los que fue víctima por parte del señor JCMO.

En conclusión, si bien podría considerarse que no fue correcto el proceder de la señora **BRCH,** o que pudo obrar de mejor manera ante una situación conflictiva, sin tener que llevarse consigo la menor L.M.C. en perjuicio de los derechos que como padre ostentaba el señor JCMO, dicha actuación carece de dolo en su obrar, ya que según se ha indicado, más que encaminar su propósito a privar al padre de la niña del derecho de custodia y cuidado personal, que es el fin último de tal comportamiento típico, ella obró para salvaguardar su integridad y la de su hija ante las difíciles situaciones vividas.

Al evidenciarse entonces que la providencia adoptada por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Pereira (Rda.) se encuentra ajustada a derecho, se dispondrá su confirmación, pero por las razones indicadas en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de recurso.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

La Secretaria de la Sala,

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

1. Supra 3.6.2. [↑](#footnote-ref-1)
2. El régimen de visitas puede ser acordado por ambos padres o, a falta de acuerdo, puede ser reglamentado por el Comisario de Familia (art. 86.5 del Código de la Infancia y de la Adolescencia). Si el acuerdo o la reglamentación no se cumplen, existen mecanismos como el incidente de reglamentación de visitas o las acciones correspondientes ante la jurisdicción de Familia (art. 5, literal d del Decreto Ley 2272 de 1989). [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Podría pensarse incluso que se estaría en presencia de un error en la calificación, en cuanto quizá el comportamiento que debió atribuirse no debió ser el de “ejercicio arbitrario de la custodia de menor”, sino más bien el de *fraude a resolución judicial* por impedir el cumplimiento efectivo de un fallo judicial. Y si ello es así, entonces la sanción procesal por ese error en la calificación no es la nulidad como sucedida en el procedimiento de la Ley 600/00, sino la absolución, tal cual lo tiene decantado la jurisprudencia del órgano de cierre en materia penal, muy concretamente en casación penal del 03-06-09, radicación 28649. [↑](#footnote-ref-4)
5. **&$“**5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.” [↑](#footnote-ref-5)