



SALA PENAL

Radicado: 05212-60-00201-2007-00086
Procesado: Claudia Patricia Bertel Ruíz
Delito: Ejercicio arbitrario de la custodia de
hijo menor
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. P.: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 191

Medellín, cinco de agosto de dos mil ocho

Hora: 2:30 p.m.

1. VISTOS

Escuchadas la alegación de la defensa y el Ministerio Público, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusieron en contra de la sentencia proferida el 4 de junio de 2008 por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Medellín.

2. EL HECHO

La señora *Claudia Patricia Bertel Ruiz* y el señor *Juan Camilo Restrepo* sostuvieron una relación amorosa hace varios años, de la cual nació el 27 de octubre del 2001, el menor *Santiago Restrepo Bertel*. Luego de su separación, la madre del menor se radicó en la ciudad de Bogotá, dejando a su hijo al cuidado del padre, por acuerdo mutuo, es decir, sin mediar decisión judicial o administrativa que le confiera exclusivamente al padre la custodia del menor.

El 20 de diciembre de 2006, la señora *Claudia Bertel* llegó a la vivienda en donde se encontraba el menor y se lo llevó, privando al padre de la custodia y cuidado personal del menor. Meses después, la madre le devolvió el hijo a su padre y volvió a ausentarse.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

3.1. La defensa se encuentra inconforme con la sentencia condenatoria, pues la fiscalía no probó su teoría del caso, al no demostrar la existencia del delito ni la responsabilidad de su defendida.

Señala que es cierto que la madre se llevó a su hijo sin el consentimiento del padre, el día 20 de diciembre de 2006, pero que actuó de ésta manera porque el señor *Juan Camilo Restrepo* le negaba ver al menor y sólo la dejaba hacerlo si accedía a sus apetencias sexuales. Esta situación constituiría una insuperable coacción ajena ejercida sobre la procesada, quien afligida sólo vino a romper el silencio en la audiencia del juicio sobre la instrumentalización del menor por parte de su padre para obtener favores sexuales.

Alega, así mismo, que no existió dolo por parte de la señora *Claudia Patricia*, pues sólo en una hora decidió llevarse al menor para Bogotá, motivada por el mal estado de salud y de alimentación en que su hijo se encontraba, queriendo así protegerlo. Con esto, la defensa plantea la ausencia de responsabilidad y un error invencible.

Estima el defensor que no existió lesividad material para el bien jurídicamente tutelado, pues considera que la familia en abstracto no existe; asevera que los derechos del menor prevalecen sobre el de los

padres, e insiste en que la madre sintió el deber de proteger los derechos de su hijo con su actuar.

Por lo anterior, el recurrente invoca la posible presencia de dos causales de ausencia de responsabilidad de la procesada, contempladas en el artículo 32 del Código Penal, en sus numerales 1° y 7°, esto es, fuerza mayor y la necesidad de proteger un derecho ajeno, en este caso el del menor.

3.2. El agente del ministerio público solicita a su vez, la revocación de la sentencia condenatoria, puesto que el juez al fundamentarla simplemente narró los hechos indicando que de manera arbitraria la madre tomó a su hijo para llevárselo a la ciudad de Bogotá, realizando la adecuación típica de la conducta, pero no analizó las pruebas del juicio, ni tuvo en cuenta las solicitudes del ministerio público para que no se limitara a mirar la norma desde el punto de vista objetivo.

Estima que el comportamiento de la señora *Claudia Patricia* estuvo justificado por los antecedentes presentados en su relación de pareja con el señor *Juan Camilo*, pues asevera el procurador que existía violencia intrafamiliar.

Resalta que el juez debió darle credibilidad al testimonio de la madre en donde explica su comportamiento, señalando que no quería afectar el bien jurídico tutelado y mucho menos al menor, simplemente perseguía fortalecer su relación de madre e hijo y protegerlo de la situación de peligro en que se encontraba, pues a su juicio se logró demostrar que el menor había sido descuidado por su progenitor, ya que poco se ocupaba de él.

Como efecto de lo anterior, estima que se debe hacer un análisis de la culpabilidad, pues considera que el actuar de la señora *Bertel Ruiz* no fue de manera dolosa.

4. EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER Y LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR

Pese a que las censuras en contra de la sentencia se dirigen a cuestionar la responsabilidad de la señora *Claudia Patricia Bertel Ruiz*, ya sea por la presencia de alguna causal de exclusión de la misma o por falta de dolo, la Sala deberá verificar como asunto previo la tipicidad de la infracción.

El juez de primera instancia, con base en una lectura literal del tipo contenido en el artículo 230 A del Código Penal, encontró configurada la tipicidad de la infracción bajo la modalidad de retener pues estimó que la procesada ejecutó esa conducta por 9 meses sobre el menor *Santiago Restrepo Bertel*, tal como se acredita con la declaración rendida por el padre del menor, el respectivo registro civil de nacimiento y aun la declaración rendida por la señora *Bertel Ruiz*, quien afirmó que se llevó al menor sin el consentimiento del padre.

Con estas mismas pruebas, dedujo la responsabilidad de la acusada ya que le otorgó plena credibilidad a *Juan Camilo Restrepo Pérez*, pues su dicho no tiene contradicciones y es objetivo; mientras no le creyó a la procesada y a su madre, la señora *Nelly de Jesús Ruiz Carmona*, por considerar que sus atestaciones no se ajustaban a la realidad, pues según los testimonios de los abuelos paternos y de la madre comunitaria, el padre era quien se encargaba de custodiar y brindar los cuidados al menor.

En cuanto a los señalamientos de la procesada acerca de los comportamientos delictivos del padre del menor, estimó el juez que no existe constancia previa al respecto, pues ni siquiera se formularon las denuncias pertinentes.

Sostuvo el sentenciador que la señora *Bertel Ruiz* tenía conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento ya que en un principio no informó que se había llevado al menor a la ciudad de Bogotá, actuando así dolosamente para ocultar la verdad a *Juan Camilo Restrepo Pérez*; por consiguiente, concluye el juez que la madre obró con la intención de retener a *Santiago Restrepo*, sin padecer un error invencible.

En consecuencia, la condenó a descontar 15 meses de prisión y a pagar una multa de \$600.000 como autora responsable de Ejercicio Arbitrario de Custodia de Hijo Menor, inhabilitándola para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. No obstante, le otorgó la suspensión condicional de la pena.

5. LA SALA CONSIDERA

Previo al examen de los motivos de impugnación, que como ya se dijo apuntan a desvirtuar la culpabilidad o responsabilidad de la acusada, por prioridad lógica, conforme a la dogmática jurídico penal, así sea de modo oficioso, le compete a la Sala determinar si el juicio de tipicidad efectuado por el juez con base en la literalidad del 230 A del Código Penal es acertado. En otras palabras, prioritario resulta establecer si la conducta desarrollada por *Claudia Patricia Bertel Ruiz* está prohibida penalmente.

Dice así la norma que se estimó trasgredida:

ARTÍCULO 230-A. EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD. <Artículo adicionado por el artículo 7 de la Ley 890 de 2004> 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.

Un análisis de la disposición citada para determinar el sujeto activo de la conducta punible, lleva a considerar que éste debe ser el padre o la madre del menor, que además debe tener el ejercicio de la patria potestad y adicionalmente, que no haya sido privado de la custodia o cuidado personal del menor por decisión judicial o administrativa en relación con el período de tiempo en que arrebate, sustraiga, retenga u oculte al menor. Esto último está insito en la finalidad con que se deben realizar cualquiera de los verbos rectores alternativos establecidos para la configuración de la conducta punible. Dicho de otro modo, para poder considerar que objetivamente se está actuando para privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal del hijo menor, es de presuponer que éste tiene el derecho exclusivo de ello, o lo que es lo mismo, en sentido contrario, que coetáneamente no lo tenga el aparente infractor de dicha norma, pues en este último caso no habría forma de dejar de considerar que simplemente está ejerciendo sus derechos a custodiar o cuidar personalmente a su hijo.

Lo anterior es efecto de que ambos padres, salvo una regulación o privación de sus derechos, tienen en conjunto o alternativamente el derecho a la custodia del hijo. Por consiguiente, si como en el caso presente, no había mediado una definición judicial de la custodia, el hecho de que se tuviera consigo al hijo, no puede dejar de considerarse que el fin de ese acto sea el propio, esto es, el de ejercer un derecho y no el de privar a otro de un derecho cuya exigibilidad no estaría establecida.

Esta interpretación de la norma fija su alcance acorde al sentido sistemático de la misma y se compagina con los principios de lesividad y de derecho penal mínimo, como bien lo sostuvo otra Sala de este mismo Tribunal, con ponencia del Dr. Oscar Bustamante Hernández, (sentencia del 11 de diciembre de 2006, Rd. 05360- 6000 – 203- 2006-770), de la que trascribimos los siguientes apartes:

“La norma contiene un elemento subjetivo y finalístico bastante complicado para la constitución de la conducta, que la acción se oriente a privar al otro padre de la custodia y el cuidado personal. En otras palabras, insistimos, la acción debe estar orientada a que el otro padre no tenga la posibilidad de acceder a su hijo por puro y simple capricho del autor de la conducta, ello impone que debe existir una clara delimitación de cuál de los padres tiene la custodia y el cuidado personal y, en fin, se debe determinar con claridad, en qué consiste la custodia y quién la otorga. Por ley ambos padres tienen la custodia y el cuidado personal es desarrollo del mismo derecho-deber de la patria potestad.

...

Como inicial elemento que no compartimos con la decisión de primera instancia es que la custodia, como figura jurídica, esté solo en cabeza de la madre como quedó acordado. Si entendemos por ésta el derecho y el deber de los padres para dirigir directamente la formación, educación y crecimiento de sus hijos, es claro que ambos padres tienen esta carga, solo cuando existe una decisión judicial dictada por el juez de familia o de menores, o cuando existe una medida administrativa dictada por el defensor de menores, se puede hablar que uno de los padres está privado en forma definitiva o provisional de la custodia del menor.¹ No es cierto que el Comisario de familia tenga posibilidad de tomar decisiones de esta índole. Según sus funciones estas son más de carácter policivo y no de carácter decisorio, en especial frente a la problemática que se plantea en este caso². Jurídicamente ambos padres tienen ese

¹ Véase como el Código del Menor regula el punto en los siguientes artículos: SECCIÓN SEGUNDA DE LA CUSTODIA O CUIDADO PERSONAL.

ARTÍCULO 70.

Sin perjuicio de las acciones judiciales correspondientes, el Defensor de Familia podrá asignar provisionalmente la custodia o cuidado personal del menor a aquel de los parientes señalados en el artículo 61 del Código Civil, que ofrezca mayores garantías para su desarrollo integral.

ARTÍCULO 71.

De la diligencia de entrega del menor se elaborará acta, suscrita por el Defensor de Familia y las demás personas que intervengan en ella, en la que se harán constar las obligaciones y derechos que competen a quienes asumen la custodia del menor, así como las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las primeras.

ARTÍCULO 72.

El incumplimiento de la orden de asignación provisional de la custodia o cuidado personal del menor, así como de las obligaciones contraídas en el acta de entrega, dará lugar a la imposición, por parte del Defensor de Familia, de las siguientes sanciones:

1. Multa de hasta cien (100) salarios mínimos diarios legales convertibles en arresto, a razón de un (1) día por cada salario diario mínimo legal de multa
2. Arresto inmutable hasta de sesenta (60) días.

PARÁGRAFO. La reincidencia o la renuencia a darle cumplimiento a la orden de asignación de que tratan los artículos anteriores, constituye causal de suspensión de la patria potestad.

² En suma, puede afirmarse que el elenco de funciones que, en virtud del artículo 299 del Decreto-Ley 2737 de 1989, corresponde cumplir a los comisarios de familia tiende a la preservación de la tranquilidad pública y propende a la convivencia social, toda vez que están dirigidas a la sanción y prevención de aquellos actos que atenten contra la integridad de los menores de edad y del núcleo familiar. Por lo tanto, se concluye que los comisarios de familia cumplen funciones administrativas de carácter policivo.
Sentencia C-406/97

derecho y lo ejerce mientras no sea debidamente privado del mismo.

...

En conclusión, el acta de regulación de visitas tiene ese contenido, más no puede extenderse y afirmar que con el se tiene o se regula la custodia de la menor. Lógico es que si ambos padres tienen la custodia, solo cuando existe una decisión administrativa o judicial que otorga a uno de los padres la custodia y el otro, ahí sí arbitrariamente y por fuera de la ley pretende tener ese derecho en perjuicio del padre que actuó conforme a ley, sí se configuraría el delito. La verdad es que la falta de indeterminación de esta conducta respecto a estos casos y en respeto del principio de legalidad estricta de los delitos y las penas, que la conducta sea clara, imponen esta conclusión."

Quizás sea pertinente explicar que la exigencia señalada se ubica en la tipicidad, pues pese a que literalmente de modo expreso no lo consagra la descripción normativa, el hecho es que ingresa por un elemento normativo del tipo, que admite y, más que ello, demanda este tipo de valoraciones.

Fijado este marco normativo, se tiene que no hay duda que no ha existido una definición judicial de la custodia del menor y ni siquiera de orden administrativo, no sólo porque así lo señala la denuncia y las pruebas, sino porque la acusación parte de que la custodia la tenía el padre por mutuo acuerdo.

Este último hecho no puede significar veda para ejercer la custodia en cualquier momento, pues ese informal evento no puede constituirse en la renuncia indefinida a un derecho-deber que no solo está establecido a favor de los progenitores sino esencialmente en interés superior del menor.

En síntesis, si la madre del menor no estaba privada legalmente de tener su hijo bajo custodia por el tiempo que lo tuvo a su cargo no es admisible pensar que el fin de su conducta fuera el de privar al

padre de su derecho a la custodia, al tiempo que no puede predicarse que sustrajera, retuviera u ocultara a su hijo pues no estaba obligada a no tenerlo consigo o devolverlo, salvo regulación válida en contrario.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, absolver a la Sra. *Claudia Patricia Bertel Ruiz*, de condiciones civiles y personales ya conocidas, de los cargos que por el delito de Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor le fueron atribuidos en la acusación.

Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que, acorde con el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, se podrá interponer, mediante demanda, ante este Tribunal dentro del término común de 60 días.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

JUAN GUILLERMO JARAMILLO DÍAZ
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO