

Proceso No 15514

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 077

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil tres (2003).

VISTOS

Decide la Corte sobre la demanda de casación presentada en defensa de CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA, contra la sentencia del 8 de septiembre de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior de Pereira confirmó la dictada por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esa misma ciudad, que condenó a dicho señor como autor de los delitos de secuestro simple, falsa denuncia y abandono de menores, a la pena principal de siete (7) años mas dos (2) meses de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, a indemnizar los perjuicios generados con la infracción contra la libertad personal, y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

En la unión marital de hecho sostenida por Sandra Liliana Marín Cadavid y CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA fueron concebidos Randy Steven y Yessica, quienes para la época de los sucesos contaban con 6 y 4 años, respectivamente.

Deteriorado el vínculo sentimental en la pareja, en el mes de agosto de 1997, la madre de los menores se desplazó hacia Bogotá con el propósito de laborar, y dejó los niños bajo el cuidado de la abuela materna, señora Genoveva Cadavid, en la ciudad de Pereira, donde residían.

Tal circunstancia fue aprovechada por MORALES GAVIRIA para llevarse furtivamente a Randy Steven, a quien ocultó de sus demás familiares, al punto de negar en forma repetida que lo tenía consigo; más aún, el 20 de agosto del mismo año, sintiéndose hostigado por las averiguaciones particulares de los parientes del niño, acudió a una Inspección de Policía donde denunció el supuesto secuestro del mismo, aduciendo que ignoraba su paradero.

Paralelamente, una vez se apersonó del asunto a su regreso de Bogotá, por tales acontecimientos, el mismo día 20 de agosto de 1997, la señora Sandra Liliana Marín Cadavid formuló denuncia penal contra su ex compañero, por el presunto delito de secuestro simple, ante una Unidad de Fiscalías de Pereira.

No obstante, en la tarde del 28 de agosto siguiente, una religiosa encontró al niño en una banca de la Iglesia Catedral de Pereira, sitio donde había sido dejado por su padre; y fue entregado al día siguiente a su progenitora.

Más adelante, con los datos suministrados por el menor, las autoridades establecieron que había permanecido a petición de CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA en la vivienda de una señora amiga suya, llamada Aliria Rodríguez Rodríguez, ubicada en el barrio Mejía Robledo de la ciudad de Pereira.

## ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía 14 Seccional de Pereira adelantó una indagación preliminar y con base en los resultados obtenidos, en resolución del 1° de septiembre de 1997, dispuso la apertura

de la investigación. MORALES GAVIRIA fue escuchado en indagatoria y su situación jurídica definida el 30 de septiembre de 1997, con detención preventiva, sin excarcelación, por los delitos de secuestro simple agravado (artículos 269 y 270 numeral 1º del artículo 270 del Código Penal), abandono de menores y falsa denuncia (artículos 346 y 166 ibídem), providencia confirmada el 12 de noviembre siguiente por la Fiscalía 2ª Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira, al desatar la apelación interpuesta por el defensor.

Clausurado el ciclo instructivo, la Fiscalía calificó su mérito probatorio con resolución de acusación del 29 de diciembre de 1997, donde atribuyó al procesado la autoría de los delitos imputados en la medida de aseguramiento. Esta decisión adquirió ejecutoria el 27 de enero de 1998, al ser declarada la deserción del recurso interpuesto por el apoderado del acriminado.

El Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento del juicio y después de realizar la audiencia pública, en fallo de julio 28 de 1998, profirió la sentencia de primer grado en los términos antes reseñados, confirmada mediante el fallo objeto de la impugnación extraordinaria.

Cabe anotar que el Juzgado de primera instancias concedió libertad provisional al señor CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA, mediante auto del 29 de mayo de 2001.

## LA DEMANDA

### PRIMER CARGO: Nulidad

Con carácter principal y fundamento en la causal 3ª del artículo 220 del anterior Código de Procedimiento Penal, el defensor público del sindicado acusa la sentencia de segunda instancia de haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad por afectación al debido proceso y al derecho de defensa.

Al concretar el reparo, el censor plantea que el expediente fue remitido al Tribunal Superior para desatar la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, sin incluir las dos casetes que contenían la audiencia pública de juzgamiento, cuya existencia informaba el acta respectiva, actuación durante la cual se recibieron las ampliaciones de los testimonios del menor supuestamente ofendido y de la propia denunciante, protagonistas de los sucesos investigados; esto es, las “pruebas esenciales que podían variar notoriamente el curso del acontecer judicial, hasta ese momento desfavorable a los intereses” del procesado.

El demandante alude después a la importancia del debate público, en particular en el caso examinado, donde “se aplicó el principio de contradicción sobre la prueba misma”, pues los mencionados deponentes “pudieron ser interrogados por la señora juez y contrainterrogados o repreguntados por la Fiscalía y la defensa, como en efecto ocurrió”; y asegura que esa diligencia resultaba trascendental para que el Ad quem se forjara “un juicio mejor elaborado, más rico en información que los ofrecidos por las providencias obrantes en el proceso”.

Transcribe luego un aparte del fallo impugnado, específicamente, donde el Tribunal se remite a las conclusiones de la Fiscalía y del juzgador A quo, en torno de las explicaciones del sindicato, para reprochar a renglón seguido el menoscabo del principio de imparcialidad, pues lo determinante en el juicio del fallador de instancia fue “el conjunto de interpretaciones realizadas por los diferentes funcionarios judiciales...no tomando en cuenta nada más, subestimando las pruebas recaudadas en el juicio y concretamente en la diligencia de audiencia pública, la cual no fue objeto de revisión...”.

Aduce más adelante, que el Tribunal estaba obligado a considerar la referida diligencia, porque en la sustentación de la alzada el defensor enfatizó que la conducta investigada se redujo a un problema familiar, es decir, involucró los medios demostrativos recaudados durante la audiencia pública y las argumentaciones presentadas en el curso de

la misma.

Con idéntico sentido el libelista destaca que el menor ofendido señaló en tal actuación que quería irse con su padre. Asimismo, que no estaba encerrado, salía a la calle e incluso asistía al estadio, “en otras palabras, que su facultad de locomoción no estaba limitada, que su libertad personal no había sido vulnerada”, pues únicamente estaba sujeto a las limitaciones propias de su edad en una ciudad peligrosa como lo es Pereira, prueba que no obstante su importancia resultó desestimada por completo en la decisión del Tribunal.

El demandante arguye que la vulneración del derecho a la defensa ocurrió con la “mutilación del proceso al llevarse al Tribunal de manera incompleta, sin una pieza fundamental, que la ley obliga a realizar” por regla general; irregularidad grave y de carácter sustancial pues “era menester examinar la totalidad del proceso”, de manera que el sindicado terminó condenado “sólo por el hecho de haberse llevado a su propio hijo, como si esto no fuera un acto propio del amor, del parentesco y del pleno ejercicio de sus derechos como padre”.

Por tanto, solicita declarar la nulidad a partir del envío del expediente al Tribunal para la definición de la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia.

## SEGUNDO CARGO: Violación Indirecta

Con apoyo en la causal primera de casación, el recurrente censura la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia del error de hecho en el que incurrió el Tribunal, al omitir la apreciación de pruebas fundamentales recaudadas en el juicio, concretamente, los testimonios que rindieron Liliana Marín Cadavid y Randy Steven Morales en la audiencia pública.

Si se hubiese valorado completamente el acopio probatorio, dice el censor, la decisión

final tendría un sentido diferente, pues en su opinión emergería “la necesidad de absolver al implicado por ser la conducta atípica”, estar exenta de dolo y no haber causado lesión alguna al bien jurídico tutelado de la libertad individual, sin que pueda afirmarse que el menor Randy Steven carecía de libre consentimiento porque la progenitora declara que el padre se lo llevaba sin problemas.

En punto de la trascendencia de los medios demostrativos aludidos, el libelista indica que tienen la potencialidad de cambiar el curso del acontecer judicial, porque el menor ofendido “es quien está llamado a descifrar la naturaleza de los hechos, a informar qué fue lo que real y verdaderamente ocurrido”, sin que pueda negársele mérito a su dicho en razón de la edad, carente de incidencia en el presente asunto, porque la declaración involucra a “sus seres queridos y amados”, de manera que está tamizada por la sinceridad y honestidad.

A partir del testimonio de la víctima obtenido en la audiencia pública, el recurrente sostiene que el infante “quería irse con su papá, y que esto fue lo que ocurrió”, más aún, tal medio demostrativo descubre, en su opinión y “con claridad meridiana que en ningún momento fue privado de su derecho de locomoción, ni limitado, ni encerrado...en otras palabras, se advierte en sus dichos que...no estaba sujeto una (sic) retención que le impidiera ejercer su libertad personal.”

Lo anterior sin que pueda perderse de vista además, que la denunciante relató que el sindicado “se llevaba al niño cuando quería sin problemas de ninguna índole y que ella quedaba tranquila porque estaba con él”. En fin, el contenido de estas declaraciones rendidas en la audiencia pública fue ignorado por los falladores de instancia, concluye el censor, máxime cuando la grabación en la que estaban recogidas no fue remitida al Tribunal para definir la apelación interpuesta contra la sentencia de primer grado.

Plantea también que el procesado MORALES GAVIRIA en condición de padre del menor estaba en ejercicio de una patria potestad conjunta, limitada por el rudo actuar de la abuela materna aduciendo una situación de orden económico que de modo alguno comportaba restricción en el goce de la misma, como lo reconoció aquella en su testimonio y quedó confirmado a través de otros elementos de prueba.

Por otra parte, el Tribunal coligió que el proceder de la madre y de la abuela estaba amparado en 'una custodia', pero no existe prueba en tal sentido, más aún, "si la custodia o el cuidado personal de los menores se les hubiera otorgado...por un defensor de familia, esta asignación sería mediante un acta del ICBF que no tiene fuerza coercitiva".

Critica después que el juzgador ante la ausencia de prueba documental sobre la custodia del niño Randy Steven, "basándose en el principio de libertad probatoria" pretenda sustituirla con el testimonio de Sandra Liliana Marín Cadavid, madre del mismo, lo que resultaría válido siempre que el análisis de dicho medio demostrativo "arrojara la credibilidad requerida". De todas maneras, en el caso examinado "se puede objetar que la comisaría de familia no otorga custodias derrumbándose la pretensión del juzgador de tener una prueba clave para sustentar una sentencia condenatoria".

Cita como normas quebrantadas los artículos 247 (prueba para condenar), 254 (apreciación de las pruebas), 294 (apreciación del testimonio) del anterior Código de Procedimiento Penal; y los artículos 2º (hecho punible), 3º (tipicidad), 4º (antijuridicidad), 26 (concurso), 27 (punibilidad en el concurso), 35 (formas de culpabilidad), 61 (criterios para fijar la pena), 68 (ejecución condicional) y 269 (secuestro simple) del derogado estatuto punitivo.

Por último, solicita a la Sala que case en forma parcial la sentencia condenatoria y absuelva

al sindicado del delito de secuestro simple, con la redosificación a que hubiere lugar de la pena impuesta.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

### SOBRE EL PRIMER CARGO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal (E) precisa que los testimonios del menor víctima del secuestro investigado y de su progenitora fueron practicados en la actuación, sin que el instructor estimara oportuno ampliar sus declaraciones con el propósito de dilucidar alguna inconsistencia o aclarar falencias de sus relatos, pues desde un principio narraron con detalle lo sucedido.

De otra parte, el Tribunal Superior, en la sentencia de segundo grado, luego de reseñar los motivos de inconformidad de los apelantes, discurrió sobre los aspectos planteados en estricto acatamiento del artículo 217 del estatuto procesal penal entonces vigente, y así las cosas, si bien la omitida incorporación del medio magnético que recogió los pormenores de la audiencia pública puede considerarse como una irregularidad, carece de la trascendencia necesaria para comportar una afectación del debido proceso y del derecho de defensa; máxime si lo que interesa con miras a proteger las aludidas garantías, concluye, es la realización de dicho acto con observancia a plenitud de las formas propias del juicio, exigencia que el propio censor encuentra satisfecha en el caso examinado.

En este orden de ideas, como el demandante no logra demostrar que las ampliaciones de las declaraciones de Sandra Liliana Marín Cadavid y Randy Steven Morales Marín obtenidas en la audiencia pública podrían variar la situación jurídica del procesado, el Ministerio Público sugiere a la Sala desestimar la censura.

### SOBRE EL SEGUNDO CARGO



En criterio del Procurador, para la adecuada postulación en sede de casación del error de hecho por falso juicio de existencia en la modalidad de preterición de prueba, no basta demostrar que el fallador ignoró alguno de los medios demostrativos incorporados a la actuación procesal, pues resulta ineludible acreditar también la trascendencia del desatino alegado frente a la responsabilidad predicada del sindicado, al punto que de soslayarse dicha pauta, el ataque puede resultar inocuo “en tanto existe la posibilidad de confundir el texto de una determinada diligencia, con un hecho comprobado por otros medios probatorios”, como acontece en este asunto.

En efecto, los aspectos que según el recurrente son susceptibles de verificarse a través de la versión del menor, concretamente, la voluntad de irse con el padre, las condiciones en las cuales se le mantuvo durante el lapso de ausencia del hogar materno y las actividades que le permitieron en dicho tiempo, fueron objeto de análisis del fallador, como surge ostensible en los apartes del pronunciamiento impugnado que el Ministerio Público transcribe.

Las restantes críticas del casacionista, atinentes a la competencia de las diferentes autoridades administrativas y judiciales para determinar a cuál de los padres correspondía la guarda del menor, en opinión de la Procuraduría, quedan reducidas a simples comentarios ajenos al error de hecho endilgado a los juzgadores, por demás sin incidencia alguna para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Por todo lo anterior acota que el segundo cargo tampoco debe prosperar y solicita a la Sala no casar el pronunciamiento impugnado.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### I. CUESTIÓN PREVIA

1. La Sala advierte que el transcurso del tiempo generó la extinción de la acción penal

respecto de los delitos de falsa denuncia y abandono de menores, que sancionaban los artículos 166 y 346 del Código Penal (Decreto 100 de 1980), con prisión máxima de dos (2) y seis (6) años, respectivamente, situación que es preciso declarar, pues la operancia del fenómeno de la prescripción incide en la decisión definitiva y, desde luego, en el monto de la pena a descontar, si a ello hubiere lugar.

2. Al calificar el mérito del sumario, el 29 de diciembre de 1997, la Fiscalía Catorce Seccional de Pereira profirió resolución de acusación contra MORALES GAVIRIA por los delitos de secuestro simple, falsa denuncia y abandono de menor (folio 108 cdno. 1).

3. El defensor interpuso el recurso de apelación, pero como no lo sustentó fue declarado desierto por auto del 16 de enero de 1998, el cual tampoco fue materia de impugnación, de suerte que la resolución de acusación cobró fuerza ejecutoria el 27 de enero de los mismos mes y año (folios 122 y 123 cdno. 1).

4. Como se anotó en el resumen de la actuación procesal, CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en sentencia confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, a la pena principal de siete (7) años más dos (02) meses de prisión, en calidad de autor del concurso de delitos conformado por secuestro simple, falsa denuncia y abandono de menor.

5. Confrontando la realidad procesal con las directrices previstas en los artículos 79, 80, 83 y 84 del Código Penal (Decreto 100 de 1980), se obtiene que el término prescriptivo de la acción penal para los delitos de falsa denuncia y abandono de menor, que tienen señalada pena máxima de dos (2) y seis (6) años de prisión, respectivamente, ocurrió cinco (5) años después de ejecutoriada la resolución de acusación.

De ese modo, se colige que la acción penal por los delitos de falsa denuncia y abandono de menor prescribió el 27 de enero de 2003, y así será declarado por la Corte.

6. Como consecuencia de tal declaración se cesará el procedimiento por esos delitos a favor del señor CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA, y, si a ello hubiere lugar, se reajustará la pena que debe descontar, por supuesto, teniendo en cuenta los parámetros de la sentencia de primer grado.

7. La situación anterior no varía pese a la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, pues la prescripción de la falsa denuncia y del abandono de menor puede predicarse en idénticas condiciones.

## II. SOBRE EL PRIMER CARGO: Nulidad

Al amparo de la causal tercera de casación del artículo 220 del anterior estatuto procesal penal, el demandante afirma que el fallo impugnado fue proferido en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

En la sustentación del ataque aduce que como consecuencia del omitido envío de las casetes que contenían la audiencia pública de juzgamiento, el Ad quem prescindió de los debates planteados en ella, pero además y primordialmente, de las ampliaciones de los testimonios de Randy Steven Morales Marín, y de su progenitora Sandra Liliana Marín Cadavid, pruebas que según afirma, tienen entidad para variar de manera favorable la situación del procesado en relación con el delito de secuestro simple, al demostrar la atipicidad de la conducta, la ausencia de dolo, así como la falta de lesión del bien jurídico tutelado.

En tal irregularidad soporta el alegado menoscabo de las garantías del procesado, motivo por el cual solicita a la Sala la declaratoria de nulidad a partir del envío del expediente al Tribunal para la resolución de la alzada interpuesta contra el fallo proferido por el A quo.

Evidencia la Corte que el reparo fue antitécnicamente formulado, pues el defensor

orientó la censura por la vía de la nulidad, pasando por alto que la naturaleza del yerro y sus consecuencias frente a la actuación cumplida son las que determinan la causal alegable en sede de casación.

El demandante, parece haber confundido el yerro endilgado al Tribunal, que hizo consistir en omitir el análisis de las pruebas materialmente incorporadas al proceso, que en su opinión variarían en sentido favorable la situación del acusado, con la específica circunstancia determinante de ese desatino, no otra que la remisión incompleta del expediente al Tribunal por parte del A quo, para que decidiera la apelación interpuesta contra la sentencia de primer grado, esto es, sin incluir la grabación magnetofónica de la audiencia pública donde se recibieron los testimonios que afirma fueron ignorados.

Bajo tales premisas, el afirmado yerro del Ad quem no sería de actividad sino de juicio, comprensión que al no resultarle del todo clara al libelista, lo impulsó a postular un vicio de la primera categoría mencionada y a pretender la nulidad de lo actuado, perdiendo de vista que ponderada la naturaleza que en esencia le atribuye, debió propugnar la corrección del desatino con soporte en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, como finalmente lo hizo en el cargo subsidiario.

Es que ignorar medios demostrativos allegados al proceso, con independencia de la causa u origen de un desacierto de dicho talante, configura el error de hecho por falso juicio de existencia en la modalidad de preterición de prueba, que se presenta, como es sabido, cuando el juzgador relega o no tiene en cuenta la que obra materialmente en la actuación respectiva, situación a la cual se contrae, en una de sus aristas, el ataque erigido en el caso examinado por el demandante contra la decisión del Tribunal.

A tal punto se muestra la impropiedad técnica comentada en precedencia, que de prosperar su tesis, la solución no estaría deparada por la invalidación de lo actuado, sino que sería necesario dictar un fallo de sustitución, puesto que el casacionista con

argumentos ajenos a la causal de nulidad invocada plantea un debate probatorio inherente a un motivo de impugnación distinto, esto es, de la violación indirecta de la ley sustancial, como que reclama prevalencia para la tesis que esboza en torno a lo ocurrido, extraíble en su opinión de la prueba que asegura ignoró el Ad quem, concretamente, la atipicidad de la conducta investigada porque el menor Randy Steven Morales Marín voluntariamente acompañó a su progenitor, quien además no ejercitó sobre él actos restrictivos de la libertad.

En tales condiciones, el cargo no sale adelante.

### III. SOBRE EL SEGUNDO CARGO: Violación indirecta

Por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial y apoyado en la causal primera de casación, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal anterior, el demandante acusa el fallo del Tribunal Superior de Pereira de incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia, al ignorar pruebas fundamentales allegadas en la etapa del juicio, concretamente, de los testimonios que rindieron Liliana Marín Cadavid y Randy Steven Morales Marín en la audiencia pública.

1. Si bien la presente censura no fue estructurada de modo ejemplar, ni se ciñe con precisión los lineamientos trazados para esta especie de reparo por la doctrina y la jurisprudencia, las deficiencias de técnica advertidas no revisten entidad para tornarla incomprensible o ineficaz, en orden a derruir la doble presunción de acierto y legalidad con la que arriba la sentencia impugnada a la sede extraordinaria.
2. Aunque el actor citó las disposiciones que estima transgredidas, sin indicar el sentido de la violación, de la lectura del libelo es factible entender que la protesta central radica en que los jueces de instancia aplicaron indebidamente el artículo 269 del Código Penal (Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 40 de 1993), en tanto condenaron al señor CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA por el delito de secuestro simple, pese a que

su conducta, consistente en llevar consigo a su hijo, es atípica, como tenía que concluirse si se hubiese analizado completamente el acopio probatorio, en especial el testimonio vertido en audiencia pública por el niño Randy Steven Morales Marín y por su señora madre, Sandra Liliana Marín Cadavid.

3. Antes de proferir sentencia condenatoria es imprescindible que el Juez verifique que el expediente está integrado por pruebas que conduzcan a la certeza de la realización de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, como lo establecía el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal anterior, equivalente al 232 del régimen actual.

En punto de la realización de la conducta punible, ha de tenerse en cuenta que aquella podría ocurrir únicamente cuando se trata de un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

4. La teoría del delito ha venido evolucionando de modo tal, que la tipicidad ya no se concibe como la mera constatación de los elementos que describen objetivamente un comportamiento aparentemente digno de reproche; hasta el punto de admitirse hoy, pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que la tipicidad lleva inherentes diversos matices de estirpe subjetiva; y que en ese sentido integral e integrador de la conducta humana sometida al escrutinio del juez, constituye el lindero o el marco delimitador donde empieza y termina el poder punitivo del Estado. Por ello se dice que la tipicidad cumple una función política y una función de garantía.

5. Del mismo modo, con la constitucionalización del derecho penal, en la actualidad es de unánime aceptación que el ius puniendi solo es legítimo cuando se aplica como última opción, exclusivamente para la protección de bienes jurídicos (no valores éticos, ni políticos, ni religiosos, etc.), y cuando se sujeta a los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad, evaluados en cada situación concreta

pendiente de resolver por la administración de justicia.

6. Es decir, la tipicidad señala las fronteras desde dónde y hasta dónde el Estado puede tutelar penalmente los bienes jurídicos más importantes para la colectividad; y si ello es así, sólo podrá afirmarse que una conducta es típica cuando se constate razonablemente que a través de su despliegue objetivo se ha causado una lesión al bien jurídicamente amparado, o al menos, que se ha expuesto a un riesgo considerable y desaprobado.

Bajo tales premisas, se habla entonces de injusto penal, que es una conducta típica desde el punto de vista objetivo, cuyo desvalor de resultado permanece incólume y no puede contrarrestarse en virtud de otro precepto jurídico, porque ninguna causal de justificación le es aplicable.

7. En el presente asunto, el expediente contiene pruebas, entre ellas los testimonios sobre los que se hace recaer el error del Tribunal Superior, que en sana crítica conducen a la convicción de que con su actuar el señor CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA no incurrió en un injusto penal, porque no lesionó ni puso en peligro, en modo razonable, el derecho a la libre locomoción de su hijo Randy Steven Morales Marín, de donde resulta que su conducta es atípica, o lo que es lo mismo, no se adecua en el ilícito de secuestro simple.

8. En efecto, las pruebas recaudadas permiten verificar varios aspectos, de los cuales se derivan sendas conclusiones:

8.1 Las desavenencias en la pareja conformada por Sandra Liliana Marín Cadavid y CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA los llevaron a la separación.

Empero, producida la ruptura del vínculo marital de hecho, nada hicieron por ventilar en derecho y de manera definitiva ante las autoridades competentes lo relativo al cuidado personal de los hijos comunes, entre ellos, el supuesto ofendido Randy Steven Morales

Marín.

Así lo precisaron los dos citados de manera coincidente al rendir injurada y testimonio en estas diligencias, respectivamente, de manera que bien puede colegirse, como lo hiciera incluso el Tribunal en el fallo de segunda instancia, que ninguna decisión judicial sacó los niños del cuidado personal del procesado, ni lo privó de la patria potestad respecto de ellos.

8.2 Los mencionados exconcubinos concuerdan en admitir que de hecho los menores permanecían bajo el cuidado de la abuela materna en la ciudad de Pereira; sin embargo, la conformidad de los padres con esta situación, en particular del procesado MORALES GAVIRIA, de modo alguno implica que este último hubiese perdido el derecho-deber de concurrir al cuidado personal de sus hijos, otorgado por ministerio de la ley como consecuencia misma del vínculo filial; menos aún, de ejercitar en últimas el derecho de visita con el ámbito que comporta, recuerda la Sala, la facultad “de llevar al niño por un período limitado de tiempo a un lugar distinto al de” su residencia habitual.

Lo anterior conduce a sostener que para la fecha de los sucesos, el imputado MORALES GAVIRIA mantenía no sólo la titularidad de los derechos derivados de la patria potestad, sino también los relativos al cuidado personal de su hijo, que venía ejercitando desde luego y tras el rompimiento de las relaciones de pareja, en los términos de un tácito acuerdo con la madre del niño, mediante visitas periódicas en las que podía tener en forma temporal a Randy Steven, a quien devolvía al finalizar las mismas, como lo declaran armónicamente los dos involucrados en el conflicto familiar, y también la abuela Genoveva Cadavid de Marín.

8.3 La señora Sandra Liliana Marín Cadavid, progenitora del menor Randy Steven Morales Marín, compareció a la Fiscalía Seccional de Pereira el 20 de agosto de 1997, a las diez de la mañana, para denunciar la posible comisión de un delito de secuestro



sobre el menor Randy Steven, pues, si bien intuía que se había marchado con su padre, no estaba completamente convencida de ello, porque éste lo negaba, y porque para esa fecha ignoraba las circunstancias en las cuales el niño había salido del seno de la familia materna.

8.4 Curiosamente, en la misma fecha y a la misma hora, el procesado CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA se hizo presente en una inspección de policía de Pereira, para denunciar “falsamente”, la pérdida de su hijo, anotando entre otras cosas lo siguiente:

“porque no me dan razón de él ni mi ex compañera ni mi ex suegra GENOVEVA CADAVID, al preguntarles por mi hijo dicen que soy yo quien lo tengo escondido, yo les dije que tampoco lo tenía y les pregunté que si poníamos la denuncia sobre la pérdida del niño y evadieron respuesta y salieron a agredirme con un machete, eso fue ayer a las 5 y media de la tarde cuando me dirigí a la casa de ella a preguntar por el niño.” (Folio 12 cdno. 1)

No es difícil avizorar que a las denuncias antecedió un episodio más de violencia en la antigua pareja, y que ante recriminaciones mutuas por la suerte de Randy Steven, y previas amenazas de acudir ante las autoridades, al día siguiente efectivamente lo hicieron, pero era evidente que la señora Sandra Liliana Marín Cadavid tenía suficientes motivos para pensar que el niño estaba con su padre, como lo relató ante la Fiscalía Seccional de Pereira.

8.5 En sus versiones Sandra Liliana Marín Cadavid informó que ante un despliegue de violencia de CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA contra su hija Yessica, había acudido a una Comisaría de Familia, donde según aquella, le fue discernida la patria potestad sobre la niña y también sobre Randy Steven.

Pero ocurre que, salvo lo someramente declarado por la señora Sandra Liliana, no se allegó otro tipo de prueba, documental, testimonial, etc., que hubiese facilitado determinar con claridad si ella tenía en exclusiva la custodia sobre Randy Steven, ni fue posible

esclarecer los motivos, ni los términos en que tal cuestión jurídica habría sido dirimida, ni se debatió sobre las posibles limitaciones al derecho que le concernía a su progenitor.

A lo siguiente se restringe la declaración de Sandra Liliana sobre ese tópico:

“Yo, en la comisaría de familia de la séptima, lo demandé porque él una vez me aporrió (sic) a la niña muy feo, y a la niña la mandaron para medicina legal y todo y de allí no me llegó cita ni nada, a mí allí me dijeron que él no se podía acercar más a mí, ni a los niños, eso fue en marzo hace dos años.” (Folio 1 cdno. 1).

...

“Pues yo en una época que él le pegó a la niña, me dieron la custodia de los dos niños.” (Folio 5 cdno. 1).

Nótese que el relato de la señora Sandra Liliana parece corresponder a una medida de protección de las previstas en el artículo 4° de la Ley 294 de 1996, “por la cual se desarrolla el artículo 42 de la [Constitución Política](#) y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.

Así las cosas, en materia penal, donde ninguna presunción en contra del implicado se tolera, no es factible deducir cosa diferente a que MORALES GAVIRIA no había sido despojado de la patria potestad ni de la custodia sobre sus hijos Randy Steven y Yessica, las cuales podía ejercer como lo estipulan los artículos 62, 250, 253, 288 y siguientes del Código Civil, máxime que la radicación de la custodia de un menor en cabeza de uno sólo de sus padres corresponde al Juez de Menores, y puede adoptarse como una medida temporal o definitiva, previo agotamiento de un proceso donde quien la pierde sea vencido.

8.6 El anterior aserto tiene punto de partida en la relación existente entre padres e hijos

pero, primordialmente, en los efectos que de ella se derivan en el plano jurídico, vínculo de consanguinidad por razón del cual ejercitan de manera conjunta la custodia y la patria potestad de la cual son también titulares (artículo 288 del Código Civil, modificado por el Decreto 2820 de 1974), entendida esta última además, como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (artículo 288 citado, subrogado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968).

En otros términos, como tiene precisado de antaño la Sala de Casación Civil de esta Corte<sup>1</sup>, la patria potestad “es la facultad que tienen los padres para representar a su hijo de familia, tanto procesal, como extraprocesalmente, así como para administrar su patrimonio y gozar de los frutos que éste produce”; instituto en manera alguna confundible con la custodia o el deber de su cuidado personal, que también compete “de consuno a los padres” en igualdad de condiciones, o al padre o madre sobreviviente” (artículo 253 ibídem), traducido al decir de la precitada Corporación en el proveído evocado, “en el oficio o función, mediante el cual tienen poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el filio, en el educando, en el incapaz de obrar y autorregular en forma independiente su comportamiento”, que comprende también, conforme aquí se destaca, el derecho de decidir sobre el lugar de residencia del menor.

8.7 Por manera que, CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA podía determinar, en igualdad de condiciones con su ex compañera, los diversos aspectos relacionados con la crianza de su hijo Randy Steven, entre ellos la selección del lugar de su residencia, máxime si la supuesta privación a aquél de la custodia del menor, no pasó de ser una información parcializada e incompleta suministrada por la madre del niño, con quien, por demás, el procesado sostenía una relación caracterizada por la desarmonía y la belicosidad.

En materia tan delicada como la custodia de un niño, cuyos derechos privilegia la [Constitución Política](#) en el rango de prevalentes, no es factible especular, sino que se precisa comprobar a través de los medios idóneos el estado actual de la misma, con relación a su pleno ejercicio, recorte, limitación o condicionamiento dispuestos por la autoridad competente, por algún motivo jurídicamente aceptado.

Cabe recordar que la privación o suspensión de la patria potestad tiene origen en alguna de las causales contempladas en los artículos 310, 311 y 315 del Código Civil; que el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 446 y siguientes reglamenta el procedimiento verbal para la privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, del cual conocen los jueces de familia en primera instancia, y las Sala de Familia de los Tribunales Superiores, en segunda.

8.8 Los medios demostrativos allegados a los autos permitieron reconstruir de manera cabal lo sucedido, porque luego de ser dejado el infante en la Iglesia Catedral de la ciudad de Pereira, cuando retornó al hogar, a través de su relato se estableció que CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA al encontrarlo en el exterior de la vivienda donde residía con su abuela lo convidó para que lo acompañara a la casa de habitación de Aliria Rodríguez Rodríguez y Nelly Arenas Hernández, bajo cuyo cuidado quedó el menor a petición de aquél, aunque el acusado negó después tener cualquier conocimiento sobre su paradero, según argumentó, para protegerlo del maltrato al que estaba siendo sometido por parte de la abuela materna Genoveva Cadavid de Marín.

9. En este caso particular, atendidas las precisas connotaciones que lo caracterizan, tal proceder del progenitor del menor Randy Steven, si bien puede merecer una sanción desde la legislación civil, no configura el delito de secuestro simple, por ausencia de lesión al bien jurídico que ampara el artículo 269 del Código Penal anterior, equivalente al artículo 168 del actual, debido a que, de una parte, la acción según la cual CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA llevó consigo a su hijo para prodigarle el cuidado que en

ese momento él entendió era mejor que el que le deparaba su abuela, fue una acción legítima, si se tiene en cuenta que no había sido suspendido o privado judicialmente del ejercicio de la patria potestad, ni del cuidado personal de aquél; y de otra, porque el niño no fue restringido en su derecho de locomoción, ni se le prohibió comunicarse con el exterior, ni fue confinado a una estada intramural, ni dejó de desarrollar actividades propias de un niño de seis años, claro está, dentro de las escasas posibilidades que la precaria capacidad socioeconómica de los involucrados permitían.

10. A la sazón, es bien dicente la declaración de la señora Genoveva Cadavid de Marín, abuela de Randy Steven, quien al ser interrogada sobre las razones por las cuales no buscó al niño desde el primer día que se ausentó de su casa, contestó:

“Porque yo pensé desde el primer momento que había sido el papá del niño el que se lo había llevado, porque él diario vive rondando por allá, cuando menos pienso el niño me dice “vea, por allí está mi papá” y entonces yo me tranquilicé un poco porque pensé que el papá lo tenía...”. (Folio 25 cdno. 1).

Esa relativa “tranquilidad” de la abuela, persona que cuidaba de los nietos, es correlativa al entendimiento que ella tenía acerca de que el niño seguramente estaba con su papá, y compagina también con la relativa calma que genera el saber que no iba a ser sometido a tratos incompatibles con su edad, y el reconocer que ese era un designio que bien podía recaer sobre un infante cuya madre residía en Bogotá, y cuyo padre luchaba por verlo y por tenerlo, como era su derecho.

Nótese que Randy Steven fue llevado por su padre el 7 de agosto de 1997, y que sólo el 20 del mismo mes se instauró la denuncia ante la Fiscalía Seccional de Pereira, actitud que en modo alguno revela angustia o desesperación ante la tragedia de una desaparición o de un secuestro, sino, por el contrario, que es bastante explicativa de lo razonable que era pensar que el niño estaba en buenas condiciones generales, porque su progenitor lo tenía

con él, como evidentemente ocurrió, en una situación que lejos está de semejarse a aquellas donde se lesiona o pone en peligro el bien jurídico que la norma ampara bajo el nombre iuris de secuestro simple.

Y es más, como antes se dijo, la denuncia fue instaurada al día siguiente de sostener una fuerte riña con el procesado, altercado al que la misma abuela se refiere, donde hubo palabras soeces, lanzamiento de piedras y exhibición de un machete, de suerte que la queja ante la entidad investigadora pareciera obedecer más a la retaliación que el clamor para que las autoridades competentes pusieran en marcha el aparato estatal con miras a la recuperación de un pariente secuestrado.

11. Es claro que los asertos precedentes se predicen única y exclusivamente del caso cuya casación se resuelve, pues la Corte de manera alguna desconoce que los padres, titulares o no de la patria potestad, encargados o privados del cuidado personal de sus hijos menores de edad, atendiendo los fines propuestos, los medios utilizados y las circunstancias de su actuar, bien pueden incurrir en la privación ilícita de la libertad de aquellos, acción compatible con el punible de secuestro, susceptible incluso de calificarse como extorsivo, cuando se verifica con el propósito de exigir un provecho o cualquier utilidad a cambio de su liberación.

Así lo determinó la Sala de Casación Penal en la añeja providencia invocada por los funcionarios judiciales en el curso de esta actuación, para persistir con asidero en dicho pronunciamiento en la imputación de tal reato al sindicado MORALES GAVIRIA en la modalidad de simple.<sup>2</sup>

De otro lado, el entendimiento restringido al presente caso sobre la atipicidad de la conducta, armoniza con la Carta Política de 1991, que en su artículo 42 reconoce la familia como núcleo fundamental de la sociedad e instituye como un imperativo ineludible del Estado y de la sociedad misma su protección frente a “cualquier forma de

violencia" en el interior de ella, que lo sería sin duda la que comporta una limitación a la libertad de sus integrantes, constitucionalmente considerada como "destructiva de su armonía y unidad", susceptible por lo tanto de ser "sancionada conforme a la ley".

Tampoco escapa a la atención de la Sala en este aspecto, que el artículo 44 superior le otorgó a los niños personalidad jurídica para ser titulares de derechos y obligaciones, los primeros con prevalencia incluso sobre los derechos de los demás, entre los cuales se destaca en cuanto interesa para los actuales fines, el de naturaleza fundamental consistido en "tener una familia y a no ser separados de ella". Así mismo, que con miras a la efectividad de los derechos que constitucionalmente tienen establecidos a su favor, erigida además en fin primordial e ineludible del Estado (artículo 1º ibídem), esto es, legitimante de su propia existencia, la disposición citada contempla de manera expresa un deber de protección de aquellos contra toda "forma de... secuestro", en el que se advierte de trasfondo el reconocimiento de su situación manifiesta de vulnerabilidad social, política y económica, por razón de la cual concitan un especial tratamiento que garantice su desarrollo normal y sano integral, es decir, en todo los ámbitos, concretamente, en los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral.

En desarrollo de los comentados preceptos constitucionales, no sobra agregar, se expidió la Ley 173 de 1994, aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, que como destacó la Corte Constitucional en la revisión automática de su armonía con la Carta Política, "hace parte de un conjunto mayor de tratados internacionales que procuran la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, cuando éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares"; convenio erigido entonces "en una herramienta eficaz para fortalecer el respeto por la dignidad humana, valor fundante del Estado Colombiano, y para promover la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la

Constitución Colombiana, especialmente en lo relativo a la prevalencia de los derechos del niño”<sup>3</sup>.

No cabe duda, entonces en cuanto a que, si bien se casará el fallo del Tribunal Superior de Pereira, la Sala en manera alguna avala este tipo de actitudes que colocan a los niños en el centro de las disputas de sus padres, con el deplorable estigma nocivo para los menores, proveniente paradójicamente de quienes por imperativo Superior están llamados en primer término no sólo a brindarles protección, sino también a contribuir de manera decidida a su formación y desarrollo integrales.

12. En síntesis, para la Sala, en el caso examinado, ponderadas la facultad jurídica de MORALES GAVIRIA para llevar consigo a su hijo, la ausencia física de su madre, cotitular de esos derechos, el propósito que inspiró al sindicado, y la garantía del bienestar integral del niño mientras duró alejado de la casa de su abuela, los medios y las particulares circunstancias del proceder cuestionado, no es factible encontrar en tal acontecimiento los ingredientes de un injusto penal, que pudiese encuadrarse en la conducta punible de secuestro simple.

Pues, se insiste, por su trascendencia, para la adecuación típica atrás consignada es imprescindible constatar el principio de lesividad respecto del bien jurídico consistente en la libertad personal, y para ello debe tenerse en cuenta que el derecho-deber de los padres relativo a los cuidados de la persona del niño, que involucra el poder de tenerlos bajo su conducción y guía, soportado en la relación filial reconocida en el ordenamiento jurídico, así como otro cualquiera de los derechos comprendidos en la patria potestad, de conformidad con los artículos 254, 310, 311 y 315 del Código Civil, sólo pueden ser restringidos o interrumpidos por un pronunciamiento judicial como consecuencia de la configuración de alguna causal legalmente establecidas para dicho efecto.

Por consiguiente, mal puede afirmarse la comisión de un delito de secuestro en el caso



examinado, o en otros términos, de una conducta restrictiva de la libertad individual del menor, en el proceder del sindicato consistente en llevar consigo a su hijo Randy Steven, para asumir el cuidado personal del mismo valiéndose para dicho efecto de Aliria Rodríguez Rodríguez y Nelly Arenas Hernández, pues lo alojó en la residencia de aquellas, donde lo frecuentaba y velaba por el mantenimiento del niño, exteriorizando siempre y durante esa permanencia el amor filial, aspectos atestiguados por aquellas en las versiones rendidas en las presentes diligencias, sin contrariedad en elemento demostrativo alguno (folios . 29, 31, cdno.. 1); acción que realizó, no sobra destacar, luego que la madre del infante se trasladó a la ciudad de Bogotá en busca de trabajo, dejándolo bajo la custodia de la abuela materna y sin consultar al padre de la criatura, quien además encontró obstáculo desde entonces para las visitas que habían sido convenidas de manera tácita con su antigua compañera, ante la actitud beligerante y evasiva de la parentela de aquella.

13. Se casará, entonces, el fallo impugnado para en su lugar absolver al señor CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA del delito de secuestro simple, por el que fue acusado y condenado en las instancias.

En consecuencia, el señor MORALES GAVIRIA quedará en libertad definitiva, pues ésa prerrogativa le fue restituida de manera provisional por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira.

No subsiste la condena al pago de perjuicios, que fue dispuesta en los fallos de primero y segundo grado, debido a que éstos se hicieron depender del delito por el cual se absuelve.

La cancelación de los pendientes que tenga el señor CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA, por razón exclusiva de este proceso, y la devolución de la caución que hubiese prestado, se verificarán por el Juzgado de Primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

1. DECLARAR PRESCRITA la acción penal respecto de los delitos de falsa denuncia y abandono de menor. En consecuencia, se dispone la cesación del procedimiento adelantado contra CARLOS ALBERTO MORA GAVIRIA con ocasión de esas conductas punibles.
2. CASAR el fallo impugnado y, en su lugar, absolver al procesado CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA del delito de secuestro simple, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.
3. DECLARAR que el señor CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA queda en libertad definitiva.
4. DECLARAR que no hay lugar a indemnización de perjuicios, pues éstos dependían de la conducta catalogada en las instancias como secuestro simple, el cual ya no subsiste.
5. La cancelación de los pendientes que tenga el señor CARLOS ALBERTO MORALES GAVIRIA, por razón exclusiva de este expediente, y la devolución de la caución que hubiese prestado, se verificarán por el Juzgado de primera instancia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de marzo 10 de 1987, M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

2 Sentencia de junio 1º de 1988, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas.

3 Sentencia C-402 de septiembre 7 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.