

# Contenido

Introducción.....	Pág. 9
-------------------	-----------

## Capítulo I

### EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: ÁMBITO NORMATIVO INTERNACIONAL

I.1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.....	14
---	----

## Capítulo II

### EL DERECHO DE ALIMENTOS

II.1. CLASIFICACIONES DE LOS ALIMENTOS.....	19
II.2. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A RECLAMAR ALIMENTOS.	20
II.3. PERSONAS A QUIENES SE DEBEN ALIMENTOS.....	20
II.3.1. Al cónyuge y a los compañeros permanentes.....	20
II.3.2. Alimentos para el divorciado o separado de cuerpos sin su culpa.....	22
II.3.3. Alimentos para los descendientes.....	22
II.3.4. Alimentos para los ascendientes.....	24
II.3.5. Alimentos para los hermanos legítimos.....	24
II.3.6. Alimentos para el donante.....	24
II.3.7. Alimentos de la mujer grávida.....	25
II.4. ORDEN EN QUE PROCEDE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS	25
II.5. PREFERENCIA DE LOS ALIMENTOS DE LOS MENORES SOBRE LOS CRÉDITOS DE PRIMERA CLASE, PREVISTOS EN EL	

	ARTÍCULO 2495 DEL CÓDIGO CIVIL .....	27
II.5.1.	Lo que se Comprende en la Prestación de Alimentos .....	28
II.6.	COMIENZO DE EXISTENCIA, TASACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.....	29
II.7.	PAGO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA .....	29
II.8.	CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.....	30
II.9.	ALIMENTOS VOLUNTARIOS.....	31
II.10.	PROCESO DE ALIMENTOS.....	31
II.10.1.	Conciliación.....	31
II.10.2.	Ofrecimiento de Alimentos.....	32
II.10.3.	Proceso de Alimentos de Menores.....	33
II.10.3.1.	Demandantes.....	33
II.10.3.2.	Competencia.....	33
II.10.3.3.	Requisitos de la demanda.....	33
II.10.3.4.	Admisión y traslado de la demanda.....	34
II.10.3.5.	Contestación de la demanda.....	34
II.10.3.6.	Audiencia.....	35
II.10.3.7.	Alimentos Provisionales.....	36
II.10.3.8.	Pruebas de Oficio.....	36
II.10.3.9.	Consecuencias del no cumplimiento de la obligación alimentaria .....	37
II.10.3.10.	Custodia personal.....	37
II.10.3.11.	Forma especial de pagar los alimentos.....	37
II.10.3.12.	Acumulación de procesos.....	37
II.10.3.13.	Medidas Cautelares.....	37
II.10.3.14.	Acumulación de procesos de alimentos.....	38
II.10.3.15.	Imposibilidad de demostrar ingresos del alimentante.....	38
II.11.	REFORMAS EN MATERIA DE ALIMENTOS INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA (Ley 1098 de 2006).....	39
II.11.1.	Cuota provisional de alimentos fijada en el auto admisorio de la demanda .....	39

II.11.2.	Forma especial de pago mediante la constitución de un capital.....	39
II.11.3.	Medidas Cautelares.....	40
II.11.4.	Cobro ejecutivo de alimentos pactados en arreglo privado o en conciliación extrajudicial.....	40
II.11.5.	Orden del DAS para impedir la salida del país.....	40
II.11.6.	Reajuste de la cuota alimentaria.....	41
II.11.7.	Modificación de la cuota alimentaria.....	41
II.11.8.	Obligación del deudor de cumplir la obligación alimentaria.....	41
II.11.9.	Ofrecimiento de alimentos.....	41
II.11.10.	Responsabilidad penal.....	41
II.11.11.	Medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria.....	42
II.11.12.	Acumulación de procesos de alimentos.....	42
II.11.13.	Continuidad de la obligación alimentaria.....	43
II.11.14.	Prohibiciones en relación con los alimentos.....	43
II.11.15.	Prelación de créditos por alimentos.....	43
II.11.16.	Legitimación especial.....	43
II.11.17.	Privación de la administración de los bienes del niño, niña o Adolescente .....	44
II.11.18.	Fijación de cuota alimentaria.....	44

### **Capítulo III**

#### **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS**

III.1.	VIGENCIA.....	46
III.2.	OBJETO.....	46
III.3.	APLICACIÓN.....	46
III.4.	CALIFICACIÓN DE LA MINORIDAD.....	46
III.5	LEY APLICABLE.....	47

III.6.	COMPETENCIA.....	47
III.7.	EXEQUÁTUR DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS.....	47
III.8.	CAUCIÓN.....	48
III.9.	MEDIDAS CAUTELARES.....	48
III.10.	OTRAS CONVENCIONES INTERNACIONALES.....	49

## **Capítulo IV**

### **CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1956 SOBRE LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS EN EL EXTRANJERO**

IV.1.	PROPÓSITO.....	51
IV.2.	ALCANCE DE LA CONVENCIÓN.....	51
IV.3.	DESIGNACIÓN DE ORGANISMOS.....	52
IV.4.	SOLICITUD A LA AUTORIDAD REMITENTE.....	52
IV.5.	TRANSMISIÓN DE LOS DOCUMENTOS.....	53
IV.6.	TRANSMISIÓN DE SENTENCIAS Y OTROS ACTOS JUDICIALES.	53
IV.7.	FUNCIONES DE LA INSTITUCIÓN INTERMEDIARIA.....	54
IV.8.	EXHORTOS.....	54
IV.9.	MODIFICACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES.....	55
IV.10.	EXENCIONES Y FACILIDADES.....	55
IV.11.	TRANSFERENCIAS DE FONDOS.....	56
IV.12.	OTRAS CLÁUSULAS.....	56

## **Capítulo V**

### **DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA**

V.1.	CONCEPTOS DOCTRINALES.....	57
V.1.1.	Los deberes y derechos alimentarios.....	57
V.1.1.1.	Concepto General.....	57

V.1.1.2.	La protección de la asistencia familiar.....	57
V.2.	LA INASISTENCIA ALIMENTARIA Y OTROS DEBERES FAMILIARES .....	58
V.2.1.	La protección civil y penal.....	58
V.2.1.1.	Concepción tradicional.....	58
V.2.1.2.	El principio de última ratio.....	59
V.2.2.	Inasistencia moral e inasistencia alimentaria.....	60
V.2.3.	Las obligaciones familiares y el ámbito punitivo.....	62
V.2.3.1.	Las obligaciones morales.....	62
V.2.3.2.	La doctrina nacional y la obligación moral.....	63
V.3.	EL DELITO DE ABANDONO Y LA PROTECCIÓN MATERIAL DE LA INASISTENCIA ALIMENTARIA.....	64
V.3.1.	Concepción clásica.....	65
V.3.2.	Concepción normativa.....	65
V.4.	BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.....	66
V.4.1.	El bien jurídico prevalente.....	66
V.4.2.	Contenido tutelar específico.....	66
V.5.	EVOLUCIÓN NORMATIVA.....	70
V.5.1.	Ley 83 de 1946.....	70
V.5.2.	Ley 75 de 1968.....	70
V.5.3.	Proyecto de 1974.....	71
V.5.4.	Proyecto de 1978 y Comisión Revisora.....	73
V.5.5.	Código de 1980.....	78
V.5.6.	Proyecto de 1998.....	79
V.5.7.	Código de 2000.....	81
V.6.	EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA.....	82
V.6.1.	Descripción legal.....	82
V.6.2.	Clasificación Tipológica.....	82
V.6.2.1.	Tipo de mera conducta.....	82
V.6.2.2.	Tipo básico y no subordinante.....	83
V.6.2.3.	Tipo general.....	84

V.6.2.4.	Tipo simple.....	84
V.6.2.5.	Tipo completo.....	84
V.6.2.6.	Tipo de lesión.....	85
V.6.2.7.	Tipo de conducta permanente.....	87
V.6.2.7.1.	Consumación y perfeccionamiento.....	87
V.6.2.7.2.	Nuestro criterio.....	88
V.6.2.7.3.	Consideraciones jurisprudenciales.....	89
V.6.2.8.	Tipo en blanco y dependiente.....	93
V.6.2.9.	Tipo de omisión propia.....	93
V.6.2.10.	Tipo unisubsistente.....	94
V.6.2.11.	Tipo principal.....	94
V.6.2.12.	Tipo pluriofensivo.....	94
V.6.2.13.	Tipo Objetivo.....	95
V.6.2.14.	Sujetos.....	95
V.6.2.14.1.	Sujeto activo.....	95
V.6.2.14.2.	Sujeto pasivo.....	95
V.6.2.15.	Conducta.....	96
V.6.2.15.1.	Concreción comportamental.....	96
V.6.2.15.2.	La omisión.....	97
V.6.2.16.	Objeto material.....	98
V.6.2.16.1.	Identificación.....	98
V.6.2.16.2.	La obligación alimentaria.....	100
V.6.2.16.3.	Surgimiento legal de la obligación alimentaria.....	104
V.6.2.16.4.	Surgimiento en cuanto a los sujetos.....	105
V.6.2.16.5.	La acreditación del vínculo y de la obligación.....	107
V.6.2.16.6.	El no surgimiento y la cesación de la obligación alimentaria.....	109
V.6.3.	Tentativa y perfeccionamiento.....	109
V.6.3.1.	Determinación.....	109
V.6.3.2.	Perfeccionamiento y exigibilidad.....	110
V.6.3.3.	Perfeccionamiento en la omisión y tentativa.....	111
V.6.3.4.	El perfeccionamiento en la doctrina y la jurisprudencia.....	112

V.6.3.5.	Nuestro criterio.....	117
V.6.3.6.	El lugar de comisión. Determinación Jurisprudencial.....	118
V.6.4.	Autoría y Coparticipación.....	119
V.6.4.1.	Coautoría y determinación.....	120
V.6.4.2.	Complicidad.....	121
V.6.5.	Concursos.....	121
V.6.6.	Tipo Subjetivo.....	122
V.6.6.1.	Modalidades dogmáticas.....	122
V.6.6.2.	Error de tipo. Ausencia de dolo.....	124
V.6.7.	ANTI JURIDICIDAD.....	125
V.6.7.1.	Aspecto positivo.....	125
V.6.7.1.1.	La justificación.....	125
V.6.7.1.2.	La justificación dentro de la ausencia de responsabilidad.....	126
V.6.7.2.	Aspecto negativo. Causales de justificación.....	127
V.6.7.2.1.	Consentimiento del sujeto pasivo.....	128
V.6.7.2.2.	Orden legítima de autoridad competente.....	129
V.6.7.2.3.	Estricto cumplimiento de un deber legal.....	129
V.6.7.2.4.	Ejercicio de un derecho.....	130
V.6.7.2.5.	Estado de necesidad.....	131
V.6.8.	CULPABILIDAD.....	132
V.6.8.1.	Aspecto positivo.....	132
V.6.8.2.	Aspecto negativo.....	135
V.6.9.	PUNIBILIDAD.....	136
V.6.9.1.	Forma simple.....	136
V.6.9.1.1.	Aspecto cualitativo.....	136
V.6.9.1.2.	Aspecto cuantitativo.....	137
V.6.9.2.	Forma agravada.....	139
V.6.9.2.1.	Aspectos cuantitativos.....	139
V.6.9.2.2.	Fundamento incriminatorio.....	139
V.6.9.3.	Circunstancias Especificas de Agravación.....	143
V.6.9.3.1.	Determinación.....	143
V.6.9.3.2.	El medio fraudulento.....	143

V.6.9.3.2.1.	Determinación.....	143
V.6.9.3.2.2.	Las acciones-medio.....	145
V.6.9.3.2.3.	Ausencia de complemento subjetivo.....	145
V.6.9.3.2.4.	Objeto material de la agravante.....	146
V.6.9.3.2.5.	Cuantificación punitiva de la agravante.....	147
V.6.10.	REITERACIÓN Y COSA JUZGADA.....	148
V.6.10.1.	Precepto Legal .....	148
V.6.10.2.	Fuente y contenido.....	148
V.6.10.3.	Planteamiento de la doctrina nacional.....	149
	Conclusiones.....	153
	Bibliografía.....	158

## INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que el Estado, como titular del ius puniendi, es el llamado a determinar los lineamientos de la política que en materia criminal, ha de aplicarse para hacer posible la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas, tomando como referente válido, las circunstancias históricas del momento y las diversas situaciones de orden coyuntural que se generan al interior de la comunidad, atribuibles a una dinámica social, política, económica e incluso cultural de permanente cambio, desarrollo y evolución.

En la estructura de nuestro sistema jurídico, el desarrollo de la política criminal del Estado se realiza por el procedimiento democrático de adopción de las leyes, por lo que debe entenderse que su definición y regulación corresponde exclusivamente al Congreso de la República quien, con la colaboración del Gobierno y de otras autoridades públicas, le atribuye fuerza vinculante en atención a una filosofía punitiva preestablecida.

Es de anotar, que en virtud de la cláusula general de competencia contemplada en los numerales 1º y 2º del artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso se le asigna la función específica de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y de regular en su totalidad los trámites judiciales, de manera que, en ejercicio de tal atribución, éste goza de un cierto margen de autonomía o configuración política, tanto para definir cuáles son los comportamientos humanos que merecen reproche penal - señalando la respectiva sanción e intensidad de la misma-, como para diseñar los procedimientos que conduzcan a establecer la veracidad de los hechos y la responsabilidad penal de quienes resulten involucrados en la comisión de una determinada conducta delictiva. Todo ello, cuando se llegue al convencimiento de que es imprescindible apelar al derecho penal como *última ratio* para defender determinados intereses jurídicos.

Es algo innegable que en la medida en que el propio Constituyente, se ha ocupado de incorporar al ordenamiento constitucional valores, principios, reglas, postulados y presupuestos -de contenido sustancial y procedimental-, que se proyectan sobre el conjunto de los derechos fundamentales y comportan una garantía para el ejercicio legítimo de los mismos, el margen de autonomía o discrecionalidad reconocida al legislador, en particular para ejercer el poder punitivo del Estado, no es del todo absoluto, pues se encuentra limitada y subordinada a los mandatos que en esa materia emergen de la propia Carta Política, los cuales a su vez se convierten en criterios de obligatoria observancia dentro del proceso de adopción de la legislación penal.

Es en virtud de ese poder punitivo del Estado, que se ha tipificado en nuestra legislación penal, la sustracción sin justa causa al suministro de alimentos legalmente debidos, a las personas que Constitucional y legalmente se tiene el deber jurídico de aportárselos. Pues la política criminal, que ha incrementado históricamente las penas para los infractores del bien jurídico de la Asistencia Alimentaria, se ha establecido ante el gran número de casos en que los padres abandonan en sus compañeras maritales, la obligación de suministrar a sus descendientes los recursos para su subsistencia; son muchos los eventos en que los progenitores se ocupan solo de la procreación de sus hijos, olvidándose de que ellos requieren alimentos, vestidos, protección de su salud, integridad personal, cuidados, amor y en general todos los requerimientos de una persona en formación y desarrollo. De ahí que ante la alarmante cantidad de niños abandonados, aunque también se presentan casos de personas adultas, desprotegidas de sus familiares obligados por el principio de solidaridad a mantenerlos, el ente legislativo, recurre a penalizar progresivamente esas sustracciones cuando son sin una causa justa o exonerativa de responsabilidad.

El derecho de alimentos, está protegido por la legislación colombiana y se puede definir como el poder de voluntad de una persona (alimentario), otorgado por el ordenamiento jurídico positivo, de exigir a otra (alimentante), los medios para su subsistencia cuando carece de ellos. Su fuente es de ordinario directamente la ley, pero pueden tener origen también en testamento o donación entre vivos (Art. 427 del Código Civil).

El fundamento constitucional del derecho de alimentos, es el principio de solidaridad social (Arts. 1º y 95, Num. 2) en el interior de la familia, por ser ésta la institución básica de la sociedad (Art. 5º) o el núcleo fundamental de la misma (Art. 42), por lo que, por regla general, una de sus condiciones es el parentesco de consanguinidad o civil entre alimentario y alimentante, en los grados señalados en la ley, o la calidad de cónyuge o divorciado sin su culpa.

La familia, está revestida en nuestro ordenamiento de un título muy importante, como es el ser *el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla. (art. 42 C.P.)*. Dada la importancia que se reconoce a la familia y con base en el principio de solidaridad, así como propugnando por la defensa del derecho a la vida digna en condiciones propias del ser humano, el legislador colombiano ha querido prevenir la injustificada sustracción de tal obligación y para esto ha tipificado la inasistencia alimentaria. Esta función del derecho penal se conoce como prevención especial, entendida como *el efecto de evitación de nuevos delitos que la pena debe ejercer sobre el que la sufre.*\*

Pero parte del mundo jurídico acepta que el derecho penal, por su especial campo de acción, debe utilizarse como “ultima ratio”. O sea que el Derecho Penal, es la última razón del Estado cuando han fracasado todas las otras instancias y mecanismos de control para que una persona adecúe su conducta a lo que se espera de ella socialmente. Si fracasan los medios difusos como la educación, la familia, la psicología, la religión, entonces entra a operar el Derecho, iniciando con el Derecho Administrativo, el Derecho Civil y otras ramas jurídicas, y si todas estas fracasan queda finalmente el Derecho Penal que es la última razón. Debe ser el último instrumento al que se apela por la gravedad de sus consecuencias.

El Derecho Penal, constituye una respuesta violenta del Estado, para las personas que no se comportan o conducen, como se exige y desea en la sociedad donde se

---

\* SOLER, Sebastián. “**Derecho Penal Argentino**”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992

desenvuelven. Por lo tanto, como última razón del Estado, solamente debe proteger aquellos bienes, aquellos valores, aquellos intereses sociales de máxima prioridad en una sociedad.

Por la característica de última ratio del derecho penal, hay partidarios de que se despenalice la inasistencia alimentaria, como una necesidad social, para preservar la familia y las garantías constitucionales mínimas.

Se asevera que la despenalización de la inasistencia alimentaria, es una necesidad para la víctima, y de ninguna forma un desamparo a sus derechos. Que si se saca la inasistencia alimentaria del ordenamiento penal, queda la justicia ordinaria, que brinda las garantías para quien busca la satisfacción de este derecho, con las decisiones que tasan o fijan alimentos y se efectiviza aún más, con la condena ejecutiva al pago de los mismos. Al despenalizar la inasistencia alimentaria, se pretende fortalecer la justicia ordinaria para la protección de quien necesita alimentos.

Se busca que centros de conciliación, comisarías de familia, y las Entidades vinculadas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, así como este mismo Organismo, especialicen sus funciones conciliatorias, de modo que se puedan evitar en lo posible, los procesos declarativos u ordinarios, que generan mayor obstáculo a la satisfacción del derecho de alimentos, porque después del proceso declarativo, se debe acudir al ejecutivo con base en el primero, lo que hace engorroso y problemático, el amparo por esta vía.

Entonces, si los organismos antes mencionados logran por vía de conciliación constituir títulos ejecutivos para el solicitante, éste no solo contará con una herramienta expedita para la consecución de sus fines, sino que evitará mayores confrontaciones con su alimentante, lo cual debe ser prioridad por encima de la consecución de los mismos alimentos.

No obstante, la posición del sector ya reseñada, la experiencia ha mostrado que en tratándose de progenitores que se abstienen de proporcionar alimentos a sus

descendientes, los mecanismos de la jurisdicción civil y de familia, han fracasado, son innumerables los casos de conciliaciones, en los cuales generalmente las progenitoras de los menores, perdonan gran parte de las deudas contraídas por los padres, por petición de éstos y luego no aportan los excedentes.

Es cierto que lo importante no es el llegar a como dé lugar, a la condena de alimentos sino conseguir ésta, de modo que se afecten lo mínimo posible, los vínculos familiares existentes entre alimentante y alimentario; pero cuando las madres acuden a un proceso de alimentos, es precisamente porque los vínculos filiales, se han resquebrajado y estas personas, -progenitores-, afectan a los más débiles como son sus menores hijos; pues por diferencias con las madres de sus hijos, por irresponsabilidad, falta de asumir sus compromisos como padres y a veces como una especie de venganza o retaliación con las mujeres con quienes han convivido maritalmente; no prestan apoyo a sus descendientes, motivando los procesos alimentarios, desatienden las decisiones en estas jurisdicciones civiles, y a quienes están a cargo de los menores, no les queda alternativa diferente a la de acudir a la jurisdicción penal, donde se busca sancionar a quienes sin razón válida legalmente se sustraen al cumplimiento de ese deber alimentario y en muchas ocasiones en forma dolosa, se hacen pasar por situaciones de iliquidez, con el fin de burlar la atención de sus obligaciones.

Frente a esos comportamientos debidamente comprobados en la justicia penal, resulta justo y equitativo sancionar según el ordenamiento punitivo a los alimentantes incumplidos, dada la prevalencia de los derechos fundamentales de sus menores hijos, de disfrutar una vida digna, alimentación equilibrada, salud, protección de su integridad personal, a recibir cuidados, amor y en general todo lo que su formación y desarrollo demanden, en primer lugar de sus procreadores. Pues se reitera que el fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad, que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios.

## CAPITULO I

### EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: ÁMBITO NORMATIVO INTERNACIONAL

#### I.1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

La primera Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, adoptada en el marco de la Sociedad de Naciones (Declaración de Ginebra), permite entrever de manera clara la prioridad del niño, al reconocer que la “Humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él”.

El principio del interés superior del niño, viene formulado por primera vez en estos términos, en la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de Noviembre de 1959. Esta Declaración de 1959, fue redactada como decálogo, en un estilo directo y sencillo. En el Principio 2, estipula que **“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”**.

Esta Declaración tuvo una notable influencia en la adopción posterior, en el sistema de las Naciones Unidas, de una amplia normativa destinada a regular la protección de la infancia desde distintos ámbitos. Algunos ejemplos los constituyen la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1962), la Declaración sobre los Derechos del Retrasado Mental (1971), así como en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, la Declaración sobre la Protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, del 14 de diciembre de 1974, los cuales son instrumentos

internacionales de ámbito universal, para responder al principio del interés superior del niño.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en su artículo 5º b), obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas para: **“Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de los hijos, en la inteligencia que el interés de los hijos constituirá, la consideración primordial en todos los casos”**, formulación que se reitera en el artículo 16. 1 d).

La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, en particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986). Esta Declaración recoge el principio del interés superior, tanto en el Preámbulo como en la parte dispositiva, el artículo 5º contempla que: **“En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”**.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, tiene como objetivo fundamental, definir unos derechos sustantivos de los niños, correlativos al deber de los Estados de adoptar medidas para darles cumplimiento efectivo. Supone un reconocimiento de la dignidad del niño como ser humano en mutación que por su fragilidad y vulnerabilidad exige una protección especial, de ahí que las disposiciones de la Convención están destinadas en general, a establecer unas normas universales de defensa y protección de la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos.

Para conseguir ese propósito, la CDN, se sustenta en unos principios normativos básicos, como son: **El principio de no discriminación**, en virtud del cual todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin distinción alguna, y corresponde al Estado adoptar todas las medidas necesarias para proteger al niño de cualquier forma de discriminación. (Art. 2). **El principio de subsidiariedad**, como afirma RUIZ-GIMENEZ, este principio obliga a los Estados a **“asumir esas funciones protectoras o asistenciales, cuando decaigan en el ejercicio de las mismas, las personas primariamente responsables”**.<sup>1</sup> . Este principio se deduce del conjunto de la Convención y en particular de algunas de sus disposiciones, como son los arts. 3º, 4º, 5º,9º, 18,20 y 39. Y finalmente el **principio del interés superior del niño**, que se infiere del art. 3º de la Convención. Aunque en la CDN, no viene expresamente calificado como principio, sino que se alude al **“interés superior del niño”**, puede considerarse como tal, ya que este concepto jurídico, no es un derecho subjetivo más, al igual que los demás derechos regulados por la Convención, sino que constituye un principio, que se puede calificar de principio rector de la misma, en el sentido que debería guiar las diversas formas de intervención respecto de los niños; e igualmente es un principio garantista, porque confiere a los niños una garantía de que en aquellas circunstancias que les afecten, debe primar su aplicación.

El Convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional del 29 de mayo de 1993. Este Convenio centra su finalidad en la protección del interés superior del niño en materia de adopciones internacionales. Así se expresa en el preámbulo, al señalar como fin de la misma **“la necesidad de adoptar medidas que garanticen, que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”**. Esta finalidad se reitera en el primer artículo, donde se señala que dicha necesidad, constituye el objeto del Convenio, junto con la instauración de un sistema de

---

<sup>1</sup>RUIZ-GIMENEZ, Joaquín: **La Convención de los derechos del niño**, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, p. 88.

cooperación entre los Estados Contratantes, que asegure el respeto de dichas garantías.

A nivel regional, este principio también se ha incorporado a los convenios de protección de los Derechos Humanos. Así en la *Convención Americana de Derechos Humanos de 1969*, en algunas de sus disposiciones se refiere específicamente a los derechos del niño y concretamente en el artículo 17.4, dedicado a la protección de la familia, se prevé que en caso de disolución **“se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”**.

## CAPITULO II

### EL DERECHO DE ALIMENTOS

El derecho de alimentos es un efecto del parentesco. Pero no es el único efecto del parentesco porque existen otros como la vocación hereditaria, el impedimento para casarse hasta el segundo grado y la prohibición del acceso carnal u otro acto erótico sexual con un descendiente o ascendiente; adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, lo que constituye el delito de incesto. El término alimentos tiene una acepción más amplia que en la terminología usual, porque no solo comprende el sustento diario, sino también los vestidos, la habitación y respecto a menores de edad, la enseñanza de una profesión u oficio.

Para el Tratadista LUIS CLARO SOLAR<sup>2</sup>, **“La Fuente de la Obligación legal reside así en la solidaridad de la familia, en las estrechas relaciones que deben unir a los miembros del mismo grupo familiar. La comunidad de afecciones y de intereses de toda especie que existe entre los miembros de la misma familia, impone a éstos la obligación estricta de suministrar su subsistencia a aquellos que no alcanzan a asegurarla por su trabajo personal”**.

El vínculo familiar es pues, la causa eficiente de la prestación de alimentos. Esa era la idea del derecho romano, en el cual los textos legales presentan esta obligación ex affectu, pietate, caritate sanguinis. Las leyes de Partidas, consideraban los alimentos como una obligación fundada en el derecho natural, piedad y deber natural.

Fuera de los alimentos debidos ex lege, la obligación de la prestación alimenticia puede proceder de una donación entre vivos u otro acto contractual o de una asignación testamentaria. La Doctrina acepta dos principios en esta materia. A. La obligación alimentaría es obligación ex lege, y b. Reciprocidad de la obligación alimentaría.

---

<sup>2</sup> CLARO SOLAR, Luis. **Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado**, T. II, 2ª. Ed., Santiago de Chile, Edit. El Imparcial, 1944, Ps. 387 y ss.

## II.1. CLASIFICACIONES DE LOS ALIMENTOS

Los alimentos pueden clasificarse en legales o voluntarios. Los primeros se deben por ministerio de la ley. Los voluntarios se originan en un acuerdo de las partes o la voluntad unilateral del alimentante. (arts. 411 y 427 del C. C.), respecto de los alimentos voluntarios, deberá estarse a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo. Los alimentos legales se dividen en congruos y necesarios (art. 414 del C. C.). Los congruos son los que habilitan al alimentado, para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social y los necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de 18 años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio. MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, advierte que la noción de alimentos necesarios es objetiva; en cambio la de alimentos congruos es subjetiva. En la actualidad se acepta un concepto integral de alimentos, que comprende todo lo necesario para una vida digna con plena satisfacción de las necesidades espirituales, culturales y materiales.

Los alimentos pueden clasificarse en provisionales y definitivos. Los primeros son los que se dan mientras se ventila en juicio la obligación de prestar alimentos y desde que se ofrezca fundamento plausible (art. 417 C. C.). Las pensiones alimenticias, pueden clasificarse en pensiones alimenticias devengadas, es decir, cumplidas o atrasadas, y pensiones alimenticias futuras. Mediante Sentencia C-156 de 2003, la Corte Constitucional, declaró exequible el art. 413 del C. C., también al aparte inicial del primer inciso del art. 414 del C. C., que dice “**Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los números 1, 2, 3, 4, y 10 del art. 411**”. La Corte explica los alimentos congruos así: La ley otorga alimentos congruos a quien hiciese una donación cuantiosa, mientras que a los hermanos solo da alimentos necesarios en virtud de su libertad de configuración que fue aceptada por la Corte en la Sentencia C-105 de 1994. En conclusión, la distinción entre alimentos congruos y necesarios, no contraviene la Constitución, ya que el legislador quiso hacer una legislación de acuerdo

con la cercanía personal y familiar entre algunas personas como criterio para definir el alcance de la obligación alimentaria, sin que ello implique desproteger a los hermanos.

## **II.2. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A RECLAMAR ALIMENTOS**

Los requisitos para poder reclamar alimentos son los siguientes: 1. Que el Legislador en forma expresa otorgue el derecho a exigir los alimentos; 2. Que el peticionario carezca de bienes, es decir que realmente necesite de los alimentos que solicita; y 3. Que la situación económica de la persona a quien se le piden los alimentos, le permita proporcionarlos.

Es necesario que el alimentario demuestre lo siguiente: a. Se debe probar el parentesco; b. La demanda se debe dirigir contra la persona obligada a suministrarlos; c. Quien pida alimentos debe comprobar que carece de bienes y que se encuentra en imposibilidad de trabajar. Desde luego que si el alimentario tiene medios de vida, su petición de alimentos carece de causa que la justifique. Al requisito del alimentante se refiere el art. 419 del C. C., que dice: **“En la tasación de los alimentos, se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas”**. Lo que quiere decir, que si el demandado solo tiene lo necesario para subsistir él personalmente, sería impertinente la petición de alimentos formulada por el actor.

## **II.3. PERSONAS A QUIENES SE DEBEN ALIMENTOS**

El art. 411 del C. C., determina las personas a quienes se deben alimentos:

### **II.3.1. Al cónyuge y a los compañeros permanentes**

El art. 176 del C. C., modificado por el art. 9 del Decreto 2820 de 1974, preceptúa: “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y a ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida”. Cuando el matrimonio se declara nulo, los hijos son

legítimos, “quedan bajo la potestad del padre y serán alimentados y educados a expensas de él y de la madre, a cuyo efecto contribuirán con la porción determinada de sus bienes que designe el juez; pero si el matrimonio se anuló por culpa de uno de los cónyuges, serán de cargo de éste los gastos de alimentos y educación de los hijos, si tuvieren medios para ello y de no, serán del que los tenga”.

La sociedad conyugal, es obligada al pago: “del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia” (art. 1796, numeral 5° del C. C.). Igualmente, en cuanto a las deudas concernientes a las necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, responden los cónyuges solidariamente ante terceros y proporcionalmente entre sí conforme al Código Civil (art. 2, Ley 28 de 1932).

En la sentencia C-1032 del 27 de noviembre de 2002, siendo M. P. el Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO, la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 1° del art. 411 del C. C., siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho. La Corte Constitucional se basó en la igualdad de derechos y obligaciones para los miembros de la familia constituida por el matrimonio y la conformada por la unión marital de hecho. Por tanto, hoy se deben alimentos tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por la ley para la existencia de la unión material de hecho.

La Corte dice que la obligación alimentaria se fundamenta en la solidaridad y agrega que **“Los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple**

**origen del vínculo familiar, más aun teniendo en cuenta la expresa prohibición que hace el art. 13 Superior”.**

### **II.3.2. Alimentos para el divorciado o separado de cuerpos sin su culpa**

El numeral 4 del art. 411 del C. C., modificado por el art. 23 de la Ley 1ª. De 1976, expresa que se deben alimentos: “A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa”. Si bien en el divorcio los cónyuges dejan de tener tal calidad, se estableció la obligación alimentaria al divorciado sin su culpa, como prolongación en el futuro de la obligación de socorro y ayuda y con carácter indemnizatorio. Desde luego que solo el cónyuge que no haya dado lugar al divorcio, tiene derecho a pedir alimentos. El cónyuge culpable jamás tiene tal derecho.

La Doctrina y Jurisprudencia francesas, explican la naturaleza jurídica de la obligación alimenticia entre divorciados como indemnización, por una parte y por la otra, como pensión alimenticia, o sea, prolongación del auxilio (socorro y ayuda) entre cónyuges más allá del matrimonio.<sup>3</sup> Esta tesis la comparte el Tratadista ARTURO VALENCIA ZEA, y tiene fundamento legal en los arts. 411 y ss. y 2341 y ss. del C. C., referentes a la responsabilidad civil extracontractual que supone un daño o perjuicio, conducta ilícita y una relación de causalidad entre el ilícito (dolo o culpa) y el perjuicio. Se debe agregar que, conforme al art. 422 del C. C., los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. Así mismo, debe recordarse que el art. 423 del C. C., modificado por el art. 24 de la Ley 1ª de 1976, estableció que “Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales, conforme a la ley, se determine por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas”. Estos pactos están sujetos a revisión judicial, si han cambiado las circunstancias que los motivaron, especialmente en cuanto a su cuantía (art. 423, P. 3ª. Redacción del art. 24 de la Ley 1ª de 1976).

### **II.3.3. Alimentos para los descendientes**

---

<sup>3</sup> CARBONNIER, Jean. **Derecho Civil**, P. I, Vol. II, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1960, P. 465.

El primitivo art. 411 del C. C., fue modificado por el art. 31 de la Ley 75 de 1968 y por la Ley 5ª. De 1975, sobre adopción que asimiló al adoptivo pleno al hijo legítimo y al adoptivo simple al hijo natural: Por tanto, hoy se deben alimentos: a. A los hijos legítimos y a los nietos legítimos y naturales, b. A los hijos naturales y a los nietos legítimos y naturales, a los hijos adoptivos y a sus respectivos hijos. Ya se ha dicho que la Ley 75 de 1968 (art. 31), extendió la obligación alimentaria a los hijos naturales, a su posteridad legítima y a los nietos naturales.

Mediante Sentencia C-105 de 1994, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones *legítimos*, con que se calificaba a los descendientes y a los ascendientes al determinar a quienes se deben alimentos legales, según el art. 411 del C. C..

Quedó así definido que se deben alimentos a los ascendientes y descendientes, sean estos legítimos o extramatrimoniales. Al respecto la sentencia mencionada expresó:

**“Art. 411. Es contrario al principio de igualdad el limitar el derecho a los alimentos legales a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos y a la posteridad legítima de los hijos naturales. Lo que está de acuerdo con la Constitución, es reconocer el derecho a los ascendientes y descendientes sean de cualquier clase.**

“Por el contrario, sería opuesto a la equidad extender el derecho a todos los hermanos eliminando la calidad de legítimos exigida por el numeral 9 del art. 411. Téngase en cuenta que los hermanos extramatrimoniales que únicamente son hijos del mismo padre, es posible que ni siquiera se conozcan entre sí y no serían parte de la misma familia. Además, hay que tener presente que el inciso 6º del art. 42 de la Constitución consagra la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos, no entre los hermanos.

“El demandante no demandó el ordinal 9, posiblemente teniendo en cuenta estos motivos.

“En esta materia solamente la ley, si se considera conveniente, podrá establecer los alimentos legales a favor y a cargo de los hermanos extramatrimoniales.

“Por estas razones se declararán inexecutable las palabras *legítimos* empleadas en los ordinales 2 y 3 del art. 411 y *legítima* del ordinal 5° del mismo artículo.

“Y se declarará executable la palabra *legítimos* usada en el ordinal 9° del mismo artículo”.

#### **II.3.4. Alimentos para los ascendientes**

El Código Civil regulaba la obligación de alimentos a favor de los ascendientes legítimos, de los padres naturales y de los padres adoptantes. Pero el artículo 31 de la Ley 75 de 1968, expidió la obligación a todos los ascendientes naturales. La Ley 5ª de 1975, al asimilar al adoptivo en forma plena al hijo legítimo, concedió la obligación para los ascendientes adoptantes. Lo anterior está previsto en los números 3, 6 y 8 del art. 411 del C. C..

#### **II.3.5. Alimentos para los hermanos legítimos**

El numeral 9 del art. 411 del C. C., establece la obligación alimentaria respecto de hermanos legítimos, lo cual indica que no existe esta obligación entre hermanos naturales.

#### **II.3.6. Alimentos para el donante**

El numeral 10 del art. 411 del C. C., dice que se deben alimentos: “Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiera sido rescindida o revocada. La acción del donante se regirá contra el donatario”. Es este el único caso de los contemplados en el art. 411, en que la obligación alimentaria no tiene por causa el matrimonio o el parentesco; pero tiene un fundamento en la equidad. En cuanto a la determinación de si la donación fue o no cuantiosa, se ha dicho que es una cuestión de hecho que no será apreciada por el juez, aunque algunos han sostenido que donación cuantiosa es aquella que necesita

insinuación judicial, es decir la de más de dos mil pesos. La obligación del donatario de dar alimentos, cesa si la donación ha sido revocada o rescindida, porque en estos casos los bienes donados vuelven al patrimonio del donante. El art. 1946 del C. del Comercio, determina por razones de equidad, que en el auto que declare la quiebra, se fijará una suma mensual para la subsistencia del quebrado y de las personas legalmente a su cargo, a título de alimentos necesarios y mientras dure el juicio, que se tomará de los bienes de la masa, y que si fuere objetada se regulará por el Juez con conocimiento de causa.

### **II.3.7. Alimentos de la mujer grávida**

El art. 135 del Código de Menor, preceptuaba que la mujer grávida podía reclamar alimentos respecto del hijo que está por nacer, del padre legítimo o del que haya reconocido la paternidad en el caso del hijo extra matrimonial. Para solicitar la prestación de alimentos se debe demostrar el estado de embarazo o gravidez. En este caso la obligación alimentaria comprende los gastos de embarazo y de parto, incluidos desde luego los alimentos de la madre embarazada. Esto, porque para el derecho colombiano la vida empieza con la concepción y no con el nacimiento. (arts. 93 del C. C. Colombiano y 4° de la Convención Americana sobre derechos humanos de 1969, ratificada por Colombia).

## **II.4. ORDEN EN QUE PROCEDE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS**

Una persona puede reunir varios títulos para pedir alimentos, y podría demandar a los diversos obligados a proporcionárselos. El art. 416 del C. C., preceptúa:

“El que para pedir alimentos reúna varios títulos de los expresados en el art. 411, sólo podrá hacer uso de uno de ellos, observando el siguiente orden de preferencia:

“En primer lugar, el que tenga según el inciso 10°

“En segundo, el que tenga según los incisos 1° y 4° .

“En tercero, el que tenga según los incisos 2° y 5° .

“En cuarto, el que tenga según los incisos 3° y 6°.

“En quinto, el que tenga según los incisos 7° y 8°

“El del inciso 9° no tendrá lugar sino a falta de todos los otros.

“Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los del próximo grado.

“Sólo en caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse a otro”.

La disposición de la ley es precisa y no admite lugar a dudas. Nuestro Código resolvió así expresamente, este punto sobre el cual no se pronunció el Código Francés, dando lugar a diversas opiniones.

Creemos acertada la opinión de LUIS CLARO SOLAR, que sigue la tesis dominante en el sentido de que “por su naturaleza, entre varios obligados en el mismo grado, la prestación de alimentos es naturalmente divisible en proporción a sus respectivas facultades y circunstancias domésticas; y en ningún caso puede estimarse como una obligación solidaria”. La obligación alimentaria no es, pues, indivisible ni solidaria. La acción de alimentos debe dirigirse contra todos los que se encuentran en situación legal de suministrarle alimentos al actor; y cada uno de ellos no puede ser condenado al pago de la pensión alimenticia, sino en la parte en que puede afectarlo con arreglo a las normas establecidas por la misma ley.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-919 de 2001, M. P. JAIME ARAUJO RENTERIA, declaró exequible el artículo 416 del Código Civil. La Corte Constitucional expresó que el artículo 416 del C. C., debe interpretarse conforme al inciso 6° del artículo 42 de la Constitución, que reconoció la igualdad de derechos entre los hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos norma que sigue lo previsto en la Ley 29 de 1982.

La Corte recordó la Sentencia C-105 de 1995 y por tanto expresó que: “En consecuencia, los numerales 5 y 7 se encuentran ahora incluidos dentro del 2, esto es, descendientes, y los numerales 6 y 8 dentro del 3, es decir, ascendientes, habiéndose

abolido las categorías de legítimo, natural y adoptivo, pues todos se encuentran en condiciones de igualdad para efectos del derecho de alimentos”.

Afirma la Corte que: “La norma acusada consagra pues, el orden en que se deben reclamar los alimentos, y no a quienes se deben estos, como erradamente lo afirman los actores. En este orden de ideas, la persona que tiene una sola calidad o título para exigir alimentos, debe dirigirse contra la persona obligada a brindárselos según el artículo 411, sin que nada obste para ello, como es el caso del menor, cuando sólo tiene el título de descendiente, de tal forma que, en este caso, debe pedir alimentos a sus padres o ascendientes más cercanos, situación que la norma demandada no desconoce”.

## **II.5. PREFERENCIA DE LOS ALIMENTOS DE LOS MENORES SOBRE LOS CRÉDITOS DE LA PRIMERA CLASE, PREVISTOS EN EL ARTICULO 2495 DEL CODIGO CIVIL**

Mediante Sentencia C-092 de 2002, M. P. MARIO ARAUJO RENTERIA, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “ la quinta causa de” contenida en el numeral 5 del artículo 2495 del Código Civil, adicionado por el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989, y executable en forma condicionada el resto de la misma disposición, esto es, siempre que se entienda que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y que los créditos por alimentos a favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase”.

La Corte ponderó los derechos de los niños sobre los derechos de los demás acreedores, conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Constitución.

Al respecto la Corte concluyó que “se hace necesario hacer efectiva la prevalencia otorgada a los derechos de los niños en el artículo 44 superior, entendiendo por estos a los infantes como a los adolescentes, esto es, a todo menor de dieciocho (18) años, de modo que sus créditos por concepto de alimentos prevalezcan sobre los créditos de

los demás acreedores incluidos en la primera clase, con la advertencia de que dicho concepto incluye todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor y, también, la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Decreto Ley 2737 de 1989 (Código del Menor)”.

El artículo 134 del Código de la infancia y la Adolescencia, (Ley 1098 de 2006), estableció que los créditos en alimentos a favor de menores, gozan de prelación sobre todos los demás.

#### **II.5.1. Lo que se Comprende en la Prestación de Alimentos**

La Doctrina ha dicho que con la expresión alimentos se designa todo lo necesario para la conservación de la vida: la comida, la bebida, el vestido, la habitación, la educación y los remedios en caso de enfermedad. El Código Alemán dice en el artículo 1610, que los alimentos comprenden todas las necesidades de la vida, y si se trata de una persona que tiene necesidad de ser educada, abarca también los gastos de enseñanza y preparación para una profesión u oficio. En cuanto a la enseñanza, el artículo 413, párrafo final, dice que los alimentos “comprende la obligación de proporcionar al alimentario, menor de 21 años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio. Según Valencia Zea, **“Dicha obligación debe entenderse ampliada por la costumbre, pues si un hijo tiene vocación y aptitudes de cursar carrera en una universidad, no se ve por qué el alimentante no continúe sufragando los gastos hasta la obtención del título profesional. Además, los artículos 257, 258, 264 y otros del C. C. imponen a los padres la obligación de educar a sus hijos, sin limitación alguna en cuanto a la edad”.**

Algunos consideran, que es muy difícil sostener la obligación de los padres respecto a la educación de los hijos más allá de la mayoría de edad, por cuanto dejan de estar bajo la patria potestad y autoridad del padre y porque el artículo 413 del C. C., se refiere al

hijo menor y, consiguientemente en este punto sería necesaria una reforma legislativa, debido a que la costumbre no puede ir contra la ley.

## **II.6. COMIENZO DE EXISTENCIA, TASACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**

El artículo 417 del C.C., permite pedir alimentos provisionales si se demuestra “fundamento plausible” sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria. Cesa este derecho a la restitución, contra el que de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda (C.C., art. 417). El art. 418 del C.C. dice que en caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo. En caso de sentencia condenatoria, los alimentos se deben desde la presentación de la demanda (C.C., art. 421).

Según el art. 419 del C.C., en la tasación de alimentos “se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas”.

En cuanto a la extinción de la obligación alimentaria, el art. 422 dice que los alimentos se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. La llegada de la mayoría de edad o el matrimonio de la hija extinguen la obligación alimentaria. En caso de injuria atroz, cesa la obligación de prestar alimentos (art. 414).

## **II.7. PAGO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**

El art. 423 del C.C., modificado por el art. 24 de la Ley 1ª de 1976, establece las siguientes reglas:

- 1.) El Juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne

a este efecto, en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cese la obligación.

- 2.) El Juez podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos al otro, en razón de divorcio o de separación de cuerpos, preste garantía persona o real para asegurar su cumplimiento en el futuro.
- 3.) Se otorga validez a los pactos de los cónyuges, en los cuales, conforme a la ley, se determine por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas.
- 4.) Los alimentos pueden ser revisados periódicamente, ya sea en virtud de la desvalorización de la moneda o del cambio en las circunstancias económicas del obligado o del acreedor.

## **II.8. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS**

Concordando las normas del Código Civil, con las del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), la naturaleza y características de la obligación alimentaria son las siguientes:

1. La ley solo otorga alimentos hasta que el menor cumpla dieciocho (18) años. La Corte en Sentencia del 7 de mayo de 1991 y 9 de julio de 1993, establece que se debe alimentos a los hijos mayores que estudien, siempre que no puedan subsistir por sus propios medios.
2. La prestación de alimentos es de orden público y por tanto, no puede renunciarse ni prescribir (C.C., art. 424 y 158 del Código del Menor).
3. La prestación de alimentos no es transmisible por causa de muerte, ni puede venderse, cederse, o renunciarse. El derecho de pedir alimentos es enteramente personal o personalísimo. En consecuencia no puede haber transmisión *mortis causa* o transferencia *Inter vivos* o entre vivos, sea a título oneroso o a título gratuito (art. 424 del C.C.). El artículo 133 del Código de la Infancia expresa que las pensiones alimentarias atrasadas podrán renunciarse o compensarse y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse o cederse,

con autorización judicial, sin perjuicio de la prescripción que compete alegar al deudor.

4. En cuanto a la transacción de alimentos, el artículo 2474 del C. C. dice que la transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni el juez podrá aprobarla si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 424 y 425 del C.C. No hay, pues, libertad para transigir sobre los alimentos futuros.

## **II.9. ALIMENTOS VOLUNTARIOS**

El artículo 427 del C. C. dice que “las disposiciones de este título no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo”.

Los alimentos que una persona da en vida o deja en su testamento a quien no está obligado por la ley a prestar alimentos, dependen de su exclusiva voluntad y por eso están sometidos a ella, siempre que el donante o testador no falte a alguna de las prohibiciones legales establecidas respecto de la disposición de sus bienes.

La cuantía de los alimentos voluntarios, no tiene ni puede tener más regla que la voluntad del donante o testador. La obligación en este caso no es de orden público sino de orden privado y, por tanto, son renunciables, cesibles, etc.

## **II.10. PROCESO DE ALIMENTOS DE MENORES**

Este proceso está vigente por virtud del artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 que adoptó el Código de la Infancia y la Adolescencia.

### **II.10.1. Conciliación**

El artículo 136 del Código del Menor, dice que en caso de incumplimiento de la obligación alimentaria para con un menor, cualquiera de sus padres, sus parientes, el guardador o la persona que lo tenga bajo su cuidado, podrá provocar la conciliación ante el Defensor de Familia, los jueces competentes, el Comisario de Familia, o el Inspector de los Corregimientos de la residencia del menor, o éstos de oficio. En la conciliación se determinará la cuantía de la obligación alimentaria, el lugar y forma de cumplimiento, la persona a quien debe hacerse el pago, los descuentos salariales, sus garantías y demás aspectos que se estimen necesarios.

El acta de conciliación y el auto que la apruebe, prestarán mérito ejecutivo, mediante el trámite del proceso ejecutivo de mínima cuantía ante los jueces de familia o municipales, conforme a la competencia señalada en la ley.

Además, si la persona señalada como obligada a pagar los alimentos al menor no compareciere en dos ocasiones, habiéndose dado a conocer el contenido de la petición, o si fracasare la conciliación, el funcionario respectivo fijará prudencial y provisionalmente los alimentos. El auto que señale la cuota provisional prestará mérito ejecutivo, mediante el trámite de un proceso ejecutivo de mínima cuantía.

Estas dos disposiciones son útiles, porque evitan el trámite de procesos judiciales y en forma breve y sumaria se determinan los alimentos. Desde luego, hay que acompañar a la petición, prueba sumaria del parentesco o de la obligación y de la capacidad económica del alimentante y de la necesidad del alimentario, para que el funcionario competente pueda hacer la fijación prudencial de los alimentos provisionales.

### **II.10.2. Ofrecimiento de Alimentos**

El Código del Menor, posibilita el ofrecimiento verbal o escrito para la fijación de alimentos o para su revisión. Si se acepta el ofrecimiento de alimentos se produce la conciliación, y si se rechaza, el funcionario competente los fijará prudencialmente, para

lo que debe tener en cuenta los términos de la oferta y los informes y pruebas prestados por oferente para sustentar su propuesta.

### **II.10.3. Proceso de alimentos de menores**

#### **II.10.3.1. Demandantes**

Pueden presentar demanda de alimentos: a. los representantes legales del menor; b. la persona que tenga bajo su cuidado al menor; y c. el defensor de familia. Además, el Juez competente, de oficio, puede abrir el proceso de alimentos.

#### **II.10.3.2. Competencia**

El Juez competente es el de familia o, en su defecto, el municipal del lugar de residencia del menor.

#### **II.10.3.3. Requisitos de la demanda**

La demanda debe expresar el nombre de las partes, el lugar donde se les debe notificar, el valor de los alimentos, los hechos que les sirven de fundamento y las pruebas que se desean hacer valer.

A la demanda se acompañarán los documentos que estén en poder del demandante, y podrá presentarse por escrito o verbalmente ante el secretario. En el último caso, se extenderá un acta que firmarán éste y el demandante; igualmente, mediante acta el secretario corregirá la demanda que no cumpla los requisitos legales.

Si faltare algún documento que el demandante pueda anexar a la demanda, el juez, previo informe del secretario, a solicitud de parte o de oficio, ordenará a la autoridad correspondiente que gratuitamente se expida y se remita al proceso.

Como puede observarse, se facilitó la presentación de la demanda por tratarse de un proceso de contenido social, y se evitó que el formalismo impidiera el cobro de alimentos. Si la persona carece de recursos, puede acudir al defensor de familia o presentar verbalmente la demanda, sin preocuparse por los requisitos legales puesto que el secretario está obligado a sentar el acta con la observancia de las formalidades procesales.

#### **II.10.3.4. Admisión y traslado de la demanda**

El Juez admite la demanda mediante auto que se notificará al demandado como lo disponen los arts. 314 y 315 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989. El traslado se surte entregándole al demandado copia de la demanda o del acta respectiva, con el objeto de que él la conteste dentro del término de cuatro (4) días siguientes a la notificación. Si faltare algún requisito de la demanda, el Juez ordenará por auto de cúmplase que se subsane por escrito o por acta adicional, según el caso.

Si el juez promueve de oficio el proceso de alimentos, dicta un auto en que expone los hechos de que ha tenido conocimiento y la finalidad del proceso. Este auto se notificará conforme a lo dicho anteriormente.

#### **II.10.3.5. Contestación de la demanda**

La contestación de la demanda se puede hacer por escrito o verbalmente. Si es verbal, se hace un acta que firmarán el demandado y el secretario.

Con la contestación de la demanda, deberán aportarse los documentos que se encuentren en poder del demandado y pedirse en ella las demás pruebas que se pretenda hacer valer. Si se propusieren excepciones de mérito, se dará traslado de éstas al demandante por tres (3) días, con el objeto de que pida las pruebas que estime convenientes en relación con éstas. En este proceso no podrán proponerse

excepciones previas y los hechos que las configura deberán alegarse, haciendo uso del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.

#### **II.10.3.6. Audiencia**

Vencido el término de traslado de la demanda y el de las excepciones de mérito, si se hubieren propuesto, el juez señalará fecha para la audiencia por auto que no tiene recurso, y prevendrá a las partes para que en ella presenten los documentos y testigos. La audiencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del auto. En el auto que señale fecha para la audiencia, el juez, a petición de parte o de oficio, adoptará las medidas necesarias para el saneamiento del proceso, a fin de evitar nulidades y sentencias inhibitorias. En este mismo auto citará a las partes para que en la audiencia, absuelvan sus interrogatorios.

La audiencia se celebra en la forma prevista por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 101, modificado por el Decreto 2282 de 1989. Para la conciliación se aplica lo dicho en el art. 136 del Código del Menor, antes citado, y en el parágrafo 6 del artículo 101, modificado, del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a que en la audiencia las partes fijarán los hechos, las pretensiones y las excepciones de mérito, así como los hechos susceptibles de confesión y, por ende, de conciliación.

En la misma audiencia el juez decreta y practica las pruebas pedidas por las partes o las que de oficio considere necesarias. Si no fuere posible practicarlas en su totalidad de inmediato, señalará término para ello, sin que pueda exceder de diez (10) días. En la audiencia a las partes, se les permite presentar documentos o testigos, que no pueden exceder de dos sobre los mismos hechos.

Surtida la instrucción, el Juez oye hasta por veinte minutos a cada parte y profiere la sentencia en la misma audiencia, si ello fuere posible, o en otra que convocará para dentro de los seis (6) días siguientes, en la que proferirá la sentencia, aunque no se encuentren presentes ni las partes ni sus apoderados. Cuando la sentencia sea dictada

por un juez municipal, en la misma audiencia se debe decidir sobre la concesión del recurso de apelación que se hubiere interpuesto.

En la audiencia se puede utilizar el sistema de grabación magnetofónica o electrónica, o si ello no es posible la versión escrita mecanografiada.

En el acta se deja constancia únicamente de quienes intervinieron en la audiencia, de los documentos que se hayan presentado, del auto que la suspendió, si se hubiere proferido verbalmente. El acta de la audiencia presta mérito ejecutivo.

Cualquier interesado puede pedir al secretario, la reproducción magnetofónica de las grabaciones, proporcionando los medios necesarios para ello. De las grabaciones se dejará duplicado que formará parte del archivo del juzgado.

#### **II.10.3.7. Alimentos provisionales**

Los alimentos provisionales se pueden decretar de oficio, o a petición de parte. Se decretan desde la admisión de la demanda y durante el curso del proceso. Para que se decreten se requiere que exista prueba siquiera sumaria: a. de la capacidad económica del demandado; y b. de la existencia de la obligación alimentaria.

El artículo 148 del Código del Menor, permite que el juez, al decretar los alimentos provisionales, avise a las autoridades de Emigración del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, para que el demandado no pueda ausentarse del país sin prestar garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación.

#### **II.10.3.8. Pruebas de oficio**

Igualmente, para fijar alimentos en el proceso, el juez o el defensor de familia podrán solicitar al respectivo pagador o empleados, certificación de los ingresos del demandado, y a la Administración de Impuestos Nacionales, copia de última

declaración de renta o, en su defecto, la respectiva certificación sobre ingresos y salarios, expedida por el respectivo patrono.

#### **II.10.3.9. Consecuencias del no cumplimiento de la obligación alimentaria**

Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del menor, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal y en el ejercicio de otros derechos sobre el menor.

#### **II.10.3.10. Custodia personal**

El Juez puede disponer, cuando lo considere necesario, dentro del proceso de alimentos, la custodia y cuidado del menor o menores en cuyo nombre se abrió el proceso, sin perjuicio de las autoridades judiciales pertinentes.

#### **II.10.3.11. Forma especial de pagar los alimentos**

La sentencia puede disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta los satisfaga; en tal caso, si el demandado no cumple la orden en el curso de los diez (10) días siguientes, el demandante podrá pedirle al juez, en el mismo expediente, que decrete el embargo, secuestro y remate de bienes del deudor en la cantidad necesaria para la obtención del capital fijado, por el trámite del proceso ejecutivo de mínima cuantía, sin la intervención de terceros acreedores.

#### **II.10.3.12. Acumulación de procesos**

La demanda ejecutiva de alimentos provisionales y definitivos se adelantará en el mismo expediente del proceso de alimentos, en cuaderno separado. La demanda ejecutiva antes citada se tramita como proceso ejecutivo de mínima cuantía, en el cual sólo se admite la excepción de pago.

### **II.10.3.13. Medidas cautelares**

El Juez puede decretar las siguientes medidas cautelares durante el proceso o en la sentencia:

1. Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley.

El incumplimiento de la orden hace al empleador o pagador, responsable solidario de las cantidades no descontadas.

Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, se le extenderá al pagador o Empleador la orden de pago de las cantidades no descontadas.

2. El embargo de inmuebles y el embargo y secuestro de bienes muebles o de otros derechos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los frutos que ellos produzcan. En este caso hay que demostrar que los bienes inmuebles están en cabeza del demandado, acompañando la escritura pública y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos respectivo.

### **II.10.3.14. Acumulación de procesos de alimentos**

Es posible acumular procesos de alimentos, de oficio o a solicitud de parte. Si los bienes de la persona obligada o sus ingresos están ya embargados por proceso de alimentos anterior o proceso ejecutivo para obtener el pago de ellos, el juez puede oficiosamente decretar la acumulación de procesos de alimentos. En el proceso acumulado, se señala la cuantía de las varias pensiones alimentarias, tomando en cuenta las condiciones del alimentante y las necesidades de los diferentes alimentarios.

### **II.10.3.15. Imposibilidad de demostrar ingresos del alimentante**

Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y, en general, todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso, se presumirá que devenga por lo menos el salario mínimo legal.

## **II.11. REFORMAS EN MATERIA DE ALIMENTOS INTRODUCIDAS EN EL CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (Ley 1098 de 2006)**

El artículo 217 del Código de la Infancia, derogó el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), pero dejó expresamente vigentes las normas del juicio especial de alimentos.

Por tanto quedan vigentes las normas del Código Civil y las normas del proceso de alimentos previstas en el Código del Menor, siempre que no hayan sido modificadas por el código de la infancia (Ley 1098 de 2006).

### **II.11.1. Cuota provisional de alimentos fijada en el auto admisorio de la demanda**

El artículo 129 dice que el auto que corre traslado de la demanda o del informe del defensor de familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar la capacidad económica. En todo caso se presumirá, que devenga al menos el salario mínimo legal.

### **III.11.2. Forma especial de pago mediante la constitución de un capital**

La Sentencia podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta los satisfaga. En tal caso, si el obligado no cumple la orden durante los diez (10) días hábiles siguientes el juez procederá en forma indicada más adelante.

### **II.11.3. Medidas cautelares**

El Juez deberá adoptar las medidas necesarias para que el obligado cumpla lo dispuesto en el auto que fije la cuota provisional de alimentos, en la conciliación o en la sentencia que lo señale. Con dicho fin decretará embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes o derechos de aquél, los cuales se practicarán de acuerdo a las reglas del proceso ejecutivo.

El embargo ejecutivo se levantará, si el obligado paga las cuotas atrasadas y presta caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes.

### **II.11.4. Cobro ejecutivo de alimentos pactados en arreglo privado o en conciliación extrajudicial**

Cuando se trate de arreglo privado o de conciliación extrajudicial, con la copia de aquél o del acta de la diligencia, el interesado podrá adelantar proceso ejecutivo ante el juez de familia para el cobro de las cuotas vencidas y las que en lo sucesivo se causen.

### **II.11.5. Orden del DAS para impedir la salida del país**

Cuando se tenga información de que el obligado a suministrar alimentos, ha incurrido en mora de pagar la cuota alimentaria por más de un mes, el juez que conozca o haya conocido del proceso de alimentos o el que adelante el ejecutivo dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad, ordenando impedirle la salida del país

hasta tanto preste garantías suficientes del cumplimiento de la obligación alimentaria y será reportado a las centrales de riesgo.

#### **II.11.6. Reajuste de la cuota alimentaria**

La cuota alimentaria fijada en providencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado se entenderá reajustada a partir del 1° de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al Índice de Precios al Consumidor, sin perjuicio de que el juez, o las partes de común acuerdo, establezcan otra fórmula de reajuste periódico.

#### **II.11.7. Modificación de la cuota alimentaria**

Cuando haya variado la capacidad económica del alimentante o las necesidades del alimentario, las partes de común acuerdo podrán modificar la cuota alimentaria, y cualquiera de ellas podrá pedirle al juez su modificación. En este último caso, el interesado deberá aportar con la demanda, por lo menos una copia informal de la providencia, del acta de conciliación o del acuerdo privado en que haya sido señalada.

#### **II.11.8. Obligación del deudor de cumplir la obligación alimentaria**

Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella.

#### **II.11.9. Ofrecimiento de alimentos**

Las normas anteriores se aplican al ofrecimiento de alimentos a niños, niñas o adolescentes.

#### **II.11.10. Responsabilidad penal**

El incumplimiento de la obligación alimentaria genera responsabilidad penal.

#### **II.11.11. Medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria**

Sin perjuicio de las garantías de cumplimiento que establezcan las partes o las leyes, el juez tomará las siguientes medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria:

**a.** Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el juez ordenará al respectivo superior o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley. El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquél o de este se extenderá la orden de pago.

**b.** Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones, pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, o la titularidad sobre bienes o derechos patrimoniales de cualquier otra naturaleza, en cabeza del demandado, el juez podrá decretar medidas cautelares sobre ellos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los frutos que produzca. Del embargo y secuestro, quedarán excluidos los útiles o implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria.

#### **II.11.12. Acumulación de procesos de alimentos**

Según el artículo 131, si los bienes de la persona obligada a sus ingresos se encuentran embargados por virtud de una acción anterior fundada en alimentos o afectos al cumplimiento de una sentencia de alimentos, el juez, de oficio o a solicitud de parte, al tener conocimiento del hecho en un proceso concurrente, asumirá el

conocimiento de los distintos procesos, para el solo efecto de señalar la cuantía de las varias pensiones alimentarias, tomando en cuenta las condiciones del alimentante y las necesidades de los diferentes alimentarios.

#### **II.11.13. Continuidad de la obligación alimentaria**

Según el artículo 132, cuando a los padres se imponga la sanción de suspensión o pérdida de la patria potestad, no por ello cesará la obligación alimentaria. Esta obligación terminará cuando el niño, la niña o el adolescente es entregado en adopción.

#### **II.11.14. Prohibiciones en relación con los alimentos**

El art. 133, expresa que el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. El que debe alimentos no puede oponer que el demandante le deba a él. No obstante lo anterior, las pensiones alimentarias atrasadas podrán renunciarse o compensarse y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse o cederse, con autorización judicial, sin perjuicio de la prescripción que compete alegar al deudor.

#### **II.11.15. Prelación de créditos por alimentos**

El artículo 134, dice que los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás.

#### **II.11.16. Legitimación especial**

Con el propósito de hacer efectivo el pago de la cuota alimentaria, cualquiera de los representantes del niño, niña o adolescente o el defensor de familia, podrán promover ante los jueces competentes, los procesos que sean necesarios, inclusive los

encaminados a la revocación o declaración de simulación de actos de disposición de bienes del alimentante (artículo 135).

#### **II.11.17. Privación de la administración de los bienes del niño, niña o adolescente**

El artículo 136, dice que en el proceso para la privación de la administración de los bienes del niño, niña o adolescente, el juez podrá decretar la suspensión provisional de las facultades de disposición y de administración de los bienes y la designación de un tutor o curador, según se trate.

#### **II.11.18. Fijación de cuota alimentaria**

El artículo 111 del Código de la Infancia trae estas reglas:

- a.** La mujer grávida podrá reclamar alimentos a favor del hijo que está por nacer, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad.
- b.** Siempre que se conozca la dirección donde puede recibir notificaciones el obligado a suministrar alimentos, el Defensor o Comisario de Familia lo citará a audiencia de conciliación. En caso contrario, elaborará informe que suplirá la demanda y lo remitirá al Juez de Familia para que inicie el respectivo proceso. Cuando habiendo sido debidamente citado a la audiencia el obligado no haya concurrido o habiendo concurrido no se haya logrado la conciliación, fijará cuota provisional de alimentos, pero solo se remitirá el informe al Juez, si alguna de las partes lo solicita dentro de los cinco (5) días siguientes.
- c.** Cuando se logre la conciliación, se levantará acta en la que se indicará el monto de la cuota alimentaria y la forma para su reajuste periódico, el lugar y la forma de cumplimiento, la persona a quien debe hacerse el pago, los descuentos salariales, las garantías que ofrece el obligado y los demás aspectos que se estimen necesarios para asegurar el cabal cumplimiento de la obligación

alimentaria. De ser el caso, la autoridad promoverá la conciliación sobre custodia, régimen de visitas y demás aspectos conexos.

- d.** Lo anterior se aplica al ofrecimiento de alimentos a niños, niñas o a los adolescentes.
- e.** El procedimiento para la fijación de la cuota alimentaria será el previsto en el Decreto 2737 de 1989.

## **CAPÍTULO III**

### **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS**

#### **III.1. Vigencia**

Esta convención fue suscrita en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, en la Cuarta Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado. Todavía no ha entrado en vigor internacionalmente y Colombia no la ha ratificado.

#### **III.2. Objeto**

El objeto de ella es determinar la ley aplicable a la competencia respecto a las obligaciones alimentarias, como una forma de cooperación judicial internacional.

#### **III.3. Aplicación**

En cuanto al ámbito de la Convención, se aplica no sólo respecto de obligaciones alimentarias a favor de menores sino también entre cónyuges o quienes hayan tenido la calidad de tales, pero siempre que alimentante y alimentado tengan su domicilio o residencia habitual en distintos Estados partes. Pero cada Estado parte podrá declarar al suscribir, ratificar o adherir a la Convención, que la restringe a obligaciones alimentarias respecto de menores (art. 1º).

#### **III.4. Calificación de la minoridad**

La Convención considera menor a quien no ha cumplido 18 años, pero permite extenderla a quien habiendo cumplido dicha edad, continúe siendo acreedor de prestaciones alimentarias de conformidad con la legislación aplicable. Además, los Estados al ratificar o adherir a la Convención, o con posterioridad a ella, podrán

extenderla a otros acreedores alimentarios (art. 3). La aplicación de la Convención no prejuzga relaciones de filiación y de familia entre alimentante y alimentario (art. 4º).

### **III.5. Ley aplicable**

En cuanto a la ley aplicable, se le permite a la autoridad competente aplicar la ley más favorable al interés del acreedor, entre la ley del estado del domicilio de la residencia habitual del acreedor, y la ley del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

### **III.6. Competencia**

Son competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:

- a. El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El Juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor,
- c. El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales, tales como posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados, a condición de que el demandado, en el juicio hubiera comparecido sin objetar la competencia. Se determina que los alimentos deben ser proporcionales tanto a la necesidad del alimentario como a la capacidad económica del alimentante.

### **III.7. Exequátur de las sentencias extranjeras**

Las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias tendrán eficacia extraterritorial en los Estados partes, si reúnen las siguientes condiciones:

- a. Que el Juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar el asunto;
- b. Que la sentencia y los documentos anexos que fueren necesarios estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;
- c. Que la sentencia y los documentos anexos se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto, cuando sea necesario;
- d. Que la sentencia y los documentos anexos vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;
- e. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal, de modo sustancialmente equivalente, a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia deba surtir efecto;
- f. Que se haya asegurado la defensa de las partes y
- g. Que tengan el carácter de firme en el Estado en que fueren dictadas. En caso de que existiere apelación de la sentencia, ésta no tendrá efecto suspensivo.

El control de los requisitos anteriores, corresponde directamente al juez que deba conocer de la ejecución de la sentencia alimentaria, quien actuará en forma sumaria, con audiencia de la parte obligada, mediante citación personal y con vista al Ministerio Público, sin entrar en la revisión del fondo del asunto. En caso de reposición del recurso, no se suspenderán las medidas provisionales, ni el cobro y ejecución que estuvieren en vigor.

### **III.8. Caución**

Ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos, por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado.

### **III.9. Medidas cautelares**

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados partes en la Convención, ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de parte o por conducto del agente diplomático o consular correspondiente, las medidas provisionales o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de una reclamación de alimentos pendiente o por instaurarse. Estas medidas se toman, cualquiera que sea la competencia en la esfera internacional; basta que el bien o los ingresos objeto de la medida, se encuentren dentro del territorio donde ella se promueve. El otorgamiento de medidas provisionales o cautelares, no implica el reconocimiento de la competencia en la esfera internacional del órgano jurisdiccional requirente, ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que se dictare.

Las resoluciones interlocutorias y las medidas provisionales dictadas en materia de alimentos, incluyendo aquellas dictadas por los jueces que conozcan de los procesos de nulidad, divorcio y separación de cuerpos, u otros de naturaleza similar a éstos, serán ejecutadas por la autoridad competente, aun cuando dichas resoluciones o medidas provisionales estuvieran sujetas a recurso de apelación en el Estado donde fueron dictadas. A pesar de que la Convención consagraba un exequátur abreviado, los Estados al suscribir, ratificar o adherir a Convención pueden declarar que aplicarán sus propias normas procedimentales en cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

### **III.10. Otras Convenciones Internacionales**

Existen otras convenciones que tienden a resolver el problema, cuando el reclamante de alimentos y el deudor de los mismos se encuentran radicados en diferentes Estados, o el alimentante posee capital o percibe ingresos en un Estado distinto de aquél en que tiene su residencia el acreedor alimentario. A nivel universal se pueden citar estas convenciones:

- a. Convención de la Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero, Nueva York 1956.

- b.** Convención sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias para menores, La Haya, 1956.
- c.** Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias relacionadas con obligaciones alimentarias para menores, La Haya, 1958.
- d.** Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias relacionadas con obligaciones alimentarias para menores, La Haya, 1973; y
- e.** Convención sobre ley aplicable a obligaciones alimentarias, La Haya, 1973.

A nivel bilateral hay otras convenciones como las siguientes:

- a.** Convenio sobre reclamación internacional ejecución de sentencias en materia de alimentos entre Uruguay y Perú; y
- b.** Convenio Uruguay-España, sobre conflicto de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento, ejecución de decisiones y transacciones judiciales en materia de alimentos, Montevideo, 1987.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1956 SOBRE LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS EN EL EXTRAJERO**

La Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero, fue suscrita en Nueva York el 20 de junio de 1956, fue aprobada por la Ley 471 de 1998, (Diario Oficial No. 43.360 de 11 de agosto de 1998) y esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-305 del 5 de mayo de 1999.

Las normas de esa Convención se pueden resumir así:

#### **IV.1. PROPÓSITO**

El propósito fundamental de esa Convención es resolver el “problema humanitario orientado por la situación de las personas sin recursos, que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero” como expresa el preámbulo.

Así mismo, agrega que “el ejercicio en el extranjero de acciones sobre prestación de alimentos o la ejecución en el extranjero de decisiones relativas a la obligación de prestar alimentos suscita graves dificultades legales y de orden práctico”, para lo cual precisamente la conferencia de las Naciones Unidas sobre la obligación de dar alimentos adoptó esta Convención.

#### **IV.2. ALCANCE DE LA CONVENCIÓN**

El artículo 1° de la Convención, dice que la finalidad de la Convención “es facilitar a una persona, llamada en lo sucesivo demandante, que se encuentra en el territorio de una de las partes contratantes, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona, llamada en lo sucesivo demandado, que está sujeta a la jurisdicción de otra parte contratante”.

Los medios de la Convención son adicionales y no sustitutivos del Derecho Interno o del Derecho Internacional.

#### **IV.3. DESIGNACIÓN DE ORGANISMOS**

Conforme al artículo 2º, al momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión, cada Estado contratante designará una o más autoridades judiciales o administrativas para que ejerzan en su territorio funciones de autoridades remitentes. Igualmente, en el mismo momento el Estado contratante designará un organismo público o privado que ejerza en su territorio las funciones de institución intermediaria. Estas designaciones deben ser comunicadas al Secretario General de las Naciones Unidas. Las autoridades remitentes y las instituciones intermediarias podrán comunicarse directamente con las autoridades remitentes y las instituciones intermediarias de los demás Estados contratantes.

#### **IV.4. SOLICITUD A LA AUTORIDAD REMITENTE**

El artículo 3º establece ese procedimiento:

“1. Cuando el demandante se encuentra en el territorio de una de las partes contratantes, denominada en lo sucesivo Estado del demandante, y el demandado esté sujeto a la jurisdicción de otra parte contratante, que se denominará Estado del demandado, el primero podrá presentar una solicitud a la autoridad remitente en su Estado, encaminada a obtener alimentos del demandado.

2. Cada parte contratante informará al Secretario General, acerca de los elementos de prueba normalmente exigidos por la ley del Estado de la institución intermediaria, para justificar la demanda de prestación de alimentos, de la forma en que la prueba debe ser presentada para ser admisible y de cualquier otro requisito que haya de satisfacerse de conformidad con esa ley.

3. La solicitud deberá ir acompañada de todos los documentos pertinentes, inclusive, en caso necesario, un poder que autorice a la institución intermediaria para actuar en

nombre del demandante o para designar a un tercero con ese objeto. Se acompañará también una fotografía del demandante, y de ser posible una fotografía del demandado.

4. La autoridad remitente adoptará las medidas a su alcance para asegurar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley del Estado de la institución intermediaria. Sin perjuicio de lo que disponga dicha ley, la solicitud expresará:

a). El nombre y apellido del demandante, su dirección fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación, y, en su caso, el nombre y dirección de su representante legal;

b). El nombre y apellido del demandado y, en la medida en que sean conocidas por el demandante, sus direcciones durante los últimos cinco (5) años, su fecha de nacimiento, nacionalidad y ocupación;

c). Una exposición detallada de los motivos en que se funda la pretensión del demandante y del objeto de esta y cualesquiera otros datos pertinentes, tales como los relativos a la situación económica y familiar del demandante y demandado”.

#### **IV.5. Transmisión de los documentos**

Según lo previsto en el artículo 4, la autoridad remitente transmitirá los documentos a la Institución Intermediaria del Estado demandado, a menos que se considere que la solicitud no ha sido formulada de buena fe.

La Autoridad Remitente, estudia la solicitud para determinar si reúnen los requisitos de la ley del Estado demandante. Así mismo, esta misma autoridad le hará saber a la Institución Intermediaria su concepto sobre el mérito de la pretensión y se recomienda conceder al demandante asistencia jurídica gratuita y exención de costas.

#### **IV.6. Transmisión de sentencias y otros actos judiciales**

La autoridad remitente transmite a petición del demandante cualquier decisión provisional o definitiva o cualquier otro acto judicial materia de alimentos, a favor del

demandante proferido por un Tribunal competente de cualquiera de los Estados Partes y de ser necesario y posible, copia de las actuaciones en que haya recaído esa decisión.

Estos documentos pueden ser transmitidos para reemplazar o completar los documentos exigidos en el artículo 3° y relacionado (artículo 5°).

El procedimiento previsto en el artículo 6° podrá incluir, conforme a la ley del Estado del demandado, el exequátur, o una acción basada en la decisión transmitida por la Autoridad Remitente.

#### **IV.7. Funciones de la Institución Intermediaria**

El artículo 6° determinará las funciones de la Institución Intermediaria así:

“1. La Institución Intermediaria, actuando siempre dentro de las facultades que le haya conferido el demandante, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción, y podrá, en caso necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial.

2. La Institución Intermediaria tendrá convenientemente informada a la Autoridad Remitente. Si no pudiere actuar, le hará saber los motivos de ello y le devolverá la documentación.

3. No obstante cualquier disposición de esta Convención, la ley aplicable a la resolución de las sanciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de las mismas será la ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho Internacional Privado de ese Estado”.

#### **IV.8. Exhortos**

Si las leyes de las dos partes contratantes interesadas admiten exhortos, se aplican esas disposiciones según el art. 7°.

“a. El tribunal que conozca de la acción de alimentos podrá enviar exhortos para obtener más pruebas documentales o de otra especie, al Tribunal competente de la otra parte contratante o a cualquier otra autoridad o institución designada por la parte contratante, en cuyo territorio haya de diligenciarse el exhorto;

b. A fin de que las partes puedan asistir a este procedimiento o estar representadas en él, la autoridad requerida deberá hacer saber a la institución intermediaria, a las autoridades remitentes que corresponda y al demandado, la fecha y el lugar en que hayan de practicarse las diligencias solicitadas;

c. Los exhortos deberán complementarse con la diligencia debida; y si a los cuatro meses de recibido un exhorto por la autoridad requerida no se hubiere diligenciado, deberán comunicarse a la autoridad requirente las razones a que obedezca la demora o la falta de cumplimiento;

d. La tramitación del exhorto no dará lugar al reembolso de derechos o costas de ninguna clase;

e. Solo podrá negarse la tramitación del exhorto:

1. Si no se hubiere establecido la autenticidad del documento.
2. Si la parte contratante en cuyo territorio ha de diligenciarse el exhorto, juzga que la tramitación de éste menoscabaría su soberanía o su seguridad”.

#### **IV.9. Modificación de decisiones judiciales**

La Convención se aplica a la modificación de decisiones judiciales en materia de prestación de alimentos.

#### **IV.10. Exenciones y facilidades**

Según el artículo 9° en los procedimientos regidos por la Convención, los demandantes gozan del mismo trato y de las mismas exenciones de gastos y costas otorgadas por la ley del Estado en que se efectúe el procedimiento a sus nacionales o a sus residentes. Así mismo, no podrá imponerse a los demandantes, por su condición de extranjeros o

por carecer de residencia, caución, pago o depósito alguno para garantizar el pago de costas o cualquier otro cargo.

Las Autoridades Remitentes y las Instituciones Intermediarias no percibirán remuneración de ninguna clase por los servicios prestados conforme a la Convención.

#### **IV.11. Transferencia de fondos**

Conforme al artículo 10, la Parte Contratante cuya legislación imponga restricciones a la transferencia de fondos al extranjero, concederá la máxima prioridad a la transferencia de fondos destinados al pago de alimentos o a cubrir los gastos a que den lugar los procedimientos previstos en la convención.

#### **IV.12. Otras Cláusulas**

La Convención tiene cláusulas relativas a los Estados Federales, aplicación territorial, firma, ratificación y adhesión, entrada en vigor, denuncia, solución de controversias, reservas, revisión, idiomas y depósito de la Convención.

Igualmente el artículo 18 establece la reciprocidad en esos términos:

“Una parte contratante no podrá invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otra parte contratante, sino en la medida en que ella misma está obligada”.

Por último, además de la reciprocidad, esta Convención solo puede ser invocada respecto de los Estados Parte en la misma, o sea de aquellos que han manifestado su consentimiento en obligarse internacionalmente por la misma.

## **CAPITULO V**

### **DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA**

#### **V.1. CONCEPTOS DOCTRINALES**

##### **V.1.1. Los deberes y derechos alimentarios**

###### **V.1.1.1. Concepto general**

Los denominados delitos contra la asistencia alimentaria, comprenden el incumplimiento de algunos de los fines esenciales de la institución familiar con respecto a los deberes de asistencia económica que deben ser observados entre sus miembros como desarrollo de los conceptos materiales de solidaridad, socorro y ayuda mutua que imperan en la vida intrafamiliar.

###### **V.1.1.2. La protección de la asistencia familiar**

Los compromisos, deberes y obligaciones que surjan en virtud de las relaciones de parentesco, tradicionalmente han sido consagrados y desarrollados en las legislaciones civiles, quedando en su gran mayoría por fuera del ámbito penal; así, de acuerdo con el artículo 176 del C. C., los cónyuges deben guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida; el marido debe suministrar a su mujer lo necesario y ella tendrá igual obligación cuando aquél careciere de bienes (art. 179, íd.); los padres deben atender a la crianza, educación y establecimiento de sus hijos (arts. 253 y 257, C.C.); el incumplimiento de las obligaciones emanadas del vínculo matrimonial tiene diversas formas de sanción entre ellas la de mayor trascendencia, erigirse en causal de divorcio (art. 154, Id.), también el incumplimiento de los deberes paterno filiales reseñados genera como sanción civil la emancipación judicial del hijo. La Corte Constitucional lo expresa de la siguiente manera: “Adicionalmente, las disposiciones constitucionales y legales que establecen la responsabilidad de los padres respecto de los hijos (Constitución Política, art. 42), el

deber de solidaridad familiar (Constitución Política, art. 42), y los derechos fundamentales de los menores (Constitución Política, art. 44), permiten que la sociedad albergue, con justicia, la expectativa de que quienes han decidido optar por la maternidad paternidad, estén dispuestos a hacer lo que esté a su alcance para aumentar su nivel de ingresos de forma tal, que puedan satisfacer las obligaciones que tienen para con sus hijos. En las circunstancias anotadas, resulta razonable que el legislador presuma que los padres devengan, al menos, el salario mínimo legal.

“No obstante no escapa a esta Corte, el hecho de que muchas personas no pueden conseguir un lugar de trabajo estable o se ven obligadas a trabajar en circunstancias de indignidad, recibiendo como contraprestación, sumas de dinero menores del salario mínimo legal. Sin embargo, quienes se encuentren en estas circunstancias tienen la posibilidad de demostrar, en el curso del proceso de alimentos, que su ingreso mensual no alcanza la suma establecida en la presunción que se demanda”<sup>4</sup>

Así mismo, de acuerdo con los artículos 250 a 252 del C. C., los hijos deben cuidar a sus padres y ascendientes en la ancianidad, en la enfermedad y en cualquier circunstancia en la que necesiten auxilio, y como sanción civil por el incumplimiento de esos deberes procede la declaratoria de indignidad para suceder a sus progenitores ya sea en calidad de herederos o legítimos (arts. 1025 y ss., ídem.) o el desheredamiento (art. 126 íbidem).

## **V.2. LA INASISTENCIA ALIMENTARIA Y OTROS DEBERES FAMILIARES**

### **V.2.1. La protección civil y penal**

#### **V.2.1.1. Concepción tradicional**

La tendencia clásica y por mucho tiempo tradicional en nuestro sistema punitivo fue la consideración de que las acciones puramente civiles eran de relativa o ninguna

---

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-388, 5-04-00, Expediente D-2588. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

eficacia<sup>5</sup>; ello dio paso a la punición o criminalización de múltiples hipótesis comportamentales, ante los cuales basta la eficaz y pronta acción administrativa o el procedimiento civil; así, el incumplimiento del deber de fidelidad no puede generar responsabilidad penal bajo la tipificación del adulterio; dicha conducta debe quedar en el reducto del derecho civil, o en la sanción moral o religiosa, de acuerdo con la subjetiva aceptación de los sujetos; pero por su valoración social relativa y ambivalente no puede ser elevada a categoría delictuosa; ello se reafirma por el escaso o nulo daño o alarma social que conductas como la referida pueden causar.

#### **V.2.1.2. El principio de última ratio**

La anterior comprensión, armoniza además con la moderna concepción del derecho penal como última ratio, como instrumento de control social de naturaleza residual en su sentido de regulador de consecuencias; en virtud de ello, el sistema penal actúa no por ineficacia o deficiencia en el diseño y aplicación de los cánones de control extrapenal, sino cuando éstos complementados cabalmente, son insuficientes, dadas las múltiples apreciaciones de orden criminológico, de variada naturaleza y estirpe; alarma social, daño social, naturaleza de los derechos comprometidos, ideologías dominantes y aun los rangos de frecuencia en una sociedad y momento histórico determinados. A este respecto, ha considerado la Corte Constitucional: “No se olvide que es deber especial de las personas velar por la subsistencia de aquellos a quienes la ley las obliga y que con el fin de garantizar esa obligación alimentaria se ha hecho necesario, inclusive, acudir a la consideración y uso de una jurisdicción tan excepcional (última ratio), como la penal, para amparar el bien jurídico de la familia (véase la Sentencia C-124 de 1998, que declaró exequibles los artículos 263 del Código Penal y 270 del Código del Menor.), pues con el no cumplimiento de esa obligación se falta a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, poniendo en peligro su estabilidad y así la subsistencia del beneficiario”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. ARENAS, Antonio Vicente. **Comentarios al Código Penal Colombiano**, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 265

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1064, 16-07-00, expediente D-2793, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis

En el estudio de los delitos contra la familia y sobre todo respecto al género delictivo, tradicionalmente denominado inasistencia familiar, se debe atender de manera primordial el desarrollo de este postulado, de tal suerte que no todos los atentados contra estos bienes jurídicos pueden y deben ingresar al campo punitivo, pues como se ha dejado reseñado existen muchos, eficientes y suficientes instrumentos civiles, administrativos-policivos de clara repercusión económica, social y aun moral, que pueden ejercer idóneamente el control preventivo y sancionatorio de tales comportamientos.

Según lo anterior, no se pueden tomar como única base de análisis la frecuencia y reiteración de las acciones de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar para proceder a la incriminación punitiva, sin antes no realizar un profundo examen de los mecanismos extrapenales de control; modernamente, no se puede admitir que “El incumplimiento creciente de las obligaciones de asistencia y la inocuidad de las sanciones civiles para impedir la desintegración moral y física de la familia, han movido a los legisladores de muchos países a prestarle protección más eficaz mediante la expedición de normas penales, cuya finalidad no es otra que suplir la insuficiencia de la tutela civil”<sup>7</sup>; tal comprensión, desarrollada de manera absoluta, descalifica por lo general el poder coercitivo y la fundamental misión preventiva que pueden ofrecer las instituciones civiles tanto en el ámbito sustancial como en el procesal.

### **V.2.2. Inasistencia moral e inasistencia alimentaria**

En el ámbito del fundamento incriminatorio de la inasistencia familiar, se pueden determinar dos materiales u ordenes de protección: la inasistencia moral y la inasistencia material incluida dentro de esta última la económica y alimentaria. El aspecto moral, versa sobre varias de las finalidades esenciales del núcleo familiar, tales como el auxilio mutuo, la educación, crianza y protección de los hijos, y, en general, el desarrollo del principio de solidaridad entre los miembros del grupo en todas las circunstancias de la vida; los deberes morales, por fortuna asumen una carga

---

<sup>7</sup> ARENAS, Antonio Vicente. Ob. Cit., pág. 265

axiológica subjetiva, vale decir, son de muy difícil objetivación, tanto en el ámbito normativo como en el material, primer aspecto que revela la dificultad e inconveniencia de establecer normas típicas que los prohíban y consiguientemente los sancionen, sin caer en el grave peligro de convertir el proceso de adecuación y la actividad del aparato represor en una labor de asistencia social y sociológica en el afán de desentrañar la realización o no de omisiones al auxilio mutuo o a la solidaridad familiar, por ejemplo; labor propia de las trabajadoras sociales, de las sicoterapeutas familiares, etc., que en el orden preventivo –enmarcados dentro de los deberes estatales de asistencia social- se pueden complementar con recursos técnicos y científicos aptos para remediar tales situaciones, sin que sea necesaria la necesidad de la represión penal – por sí misma inquisitiva- que, además de solucionar fenómenos y problemas sociológicos contribuirían en gran medida a profundizar en las crisis familiares y con ello a acelerar su disolución y extinción.

Nuestro ordenamiento punitivo en vigor, no acoge el sistema italiano de garantía de los deberes y obligaciones asistenciales dentro de la célula familiar, en los ámbitos material y moral, acercándose al sistema francés que otorga tutela penal de manera exclusiva a la prestación económica de orden material, cuyo contenido son los alimentos debidos en forma legal. Así, nuestra legislación se circunscribe a la asistencia de índole puramente económica correspondiente a la pensión alimentaria, debida dentro de los supuestos de ley, excluyendo de incriminación penal todo el conjunto de deberes morales, algunos con relieve y reconocimiento jurídico, relativos a la atención y al cuidado debidos a los integrantes del grupo familiar.

La Corte Constitucional enuncia de la siguiente manera el contenido general de las obligaciones de los padres por el hecho de la paternidad o maternidad: “Desde la perspectiva material o sustantiva, la presunción estudiada se orienta a hacer efectiva la ineludible responsabilidad constitucional que tienen, los padres respecto de los hijos, especialmente en cuanto respecta a la obligación de cuidarlos, sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos (según el inciso 5º del artículo 42 de la Carta: <<La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y

deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Así mismo tanto, el Código Civil como el Código del Menor, establecen las obligaciones de los padres de otorgar alimento, vivienda, educación, salud y recreación a sus hijos menores o incapaces). De la misma manera, puede afirmarse que el establecimiento de un límite mínimo para determinar la cuota alimentaria, se funda en la prelación constitucional de los derechos fundamentales de los menores. No resulta difícil comprender entonces que la disposición demandada persigue un objetivo constitucionalmente prioritario: la defensa de los derechos más elementales del menor.<sup>8</sup>

### **V.2.3. Las obligaciones familiares y el ámbito punitivo**

#### **V.2.3.1. Las obligaciones morales**

Así el contenido de la obligación familiar, cuyo incumplimiento ingrese al campo punitivo debe revestir estrictas connotaciones y contenidos materiales, características que reúne la prestación alimentaria y los deberes que pesan sobre los parientes para el suministro de vivienda, vestido, atención médica y educación por ejemplo, y connotaciones ajenas en absoluto a la omisión de los deberes afectivos, de apoyo moral, de solidaridad personal, etc., que como ha quedado explicado, no pueden tener adecuada solución normativa en el campo del derecho penal.

Tienen estricta connotación subjetiva y moral y por tanto no puede propenderse a su criminalización, acciones como la falta de ayuda en situaciones de angustia o calamidad manifestadas en la no presencia del familiar o en su absoluta indiferencia, el no disponer de momentos trascendentales para la vida, tales como el cumpleaños, el grado profesional, etc., el incumplimiento de deberes de compañía y apoyo moral o psicológico de clara incidencia como escenarios de formación y educación y demás

---

<sup>8</sup> Sobre la importancia constitucional de la obligación alimentaria y la primacía de los derechos del menor pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-19 de 1993. M. P. Dr. Ciro Angarita Barón; T-098 de 1995. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; T- 502 de 1992. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; T-212 de 1993, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; T-205 de 1994. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía; C-237 de 1997. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; C- 657 de 1997. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; C-184 de 1999, M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell; C- 305 de 1999. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Citadas por la Corte Constitucional, Sentencia C-388, 5-04-00, expediente D-2588. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

situaciones que incorporan e ingresan más en los campos actitudinales de naturaleza psicológica y cultural que pueden, si se quiere, quedar sometidos a la sanción civil o al trabajo preventivo de naturaleza administrativa, pero nunca ser sometido a la presión del derecho penal, sin grave riesgo de violencia sobre derechos fundamentales tales como la libre autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad<sup>9</sup>; en síntesis, sobre el punto, se considera que el ámbito de las relaciones familiares de amor, aprecio, ternura, solidaridad “ni se compran ni se venden”; la familia y las relaciones de parentesco en muchos aspectos caen en el ámbito de la mutua voluntad, de la afección recíproca que trae como fruto la institución familiar como remanso de paz, amor y felicidad, ideales por los que todos debemos luchar con la más plena y sincera voluntad, exigiendo al máximo el desarrollo de todas nuestras potencias afectivas, finalidades en las que también debe estar integrado el Estado, propiciando medios adecuados a los coasociados, los cuales, por su naturaleza y composición material, son en un todo ajenos al derecho punitivo.

La Corte Constitucional, tratando el delicado tema del afecto materno expuso en tal sentido: “No tendría sentido, y sería contraproducente para el propio menor, ordenar a uno cualquiera de sus padres tenerlo consigo. La ley no puede imponer a las personas determinados sentimientos, en especial los afectuosos o altruistas, pero sí les impone deberes y obligaciones, cuyo incumplimiento se sanciona hasta penalmente. Por eso, en su momento, puede acudir a mecanismos como el juicio de alimentos o la denuncia por el delito de inasistencia alimentaria, si se considera que se ha faltado a la obligación de sostener material y moralmente a su hijo, como sucede en este caso”<sup>10</sup>

#### **V.2.3.2. La doctrina nacional y la obligación moral**

El maestro REYES ECHANDIA, también se manifestó cuando se debatía la redacción del proyecto de 1974, como partidario de la incorporación de la asistencia moral, y al analizar el contenido del precepto proveniente de la Ley 75 de 1968, sostuvo que el

---

<sup>9</sup> PÉREZ, Luis Carlos. **Derecho Penal**, T, III, Pág. 299

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia S-205, 26-04-94, Expediente T-27643. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía.

auxilio moral al que se refería la norma “era el afectivo, el social y el de solidaridad conyugal, introducible en meras prestaciones pecuniarias, sobre el cual se edifica la solidez del vínculo y el respeto de la familia”<sup>11</sup>. Con posterioridad a la expedición del Código de 1980 el mismo profesor, ratificó su posición favorable a la incriminación de la inasistencia moral, pero aceptando el contenido normativo del artículo 263, ídem, que restringía la protección penal a la asistencia alimentaria: “A partir de 1968 (Ley 75), el legislador colombiano decidió tutelar penalmente, a los miembros de la institución familiar, del reprochable incumplimiento de las obligaciones de asistencia económica y moral que unos y otros se deben conforme a prescripciones legales, siguiendo así una muy antigua tradición normativa que se remonta a la legislación hammurábica<sup>12</sup>”.

Profundizando su posición sobre la necesidad de la incriminación de la asistencia moral, a renglón seguido el profesor PEREZ VELAZCO manifiesta: “Y es correcta esta posición porque hay deberes más imperativos que los de suministrar alimentos, como son los de compañía, consideración, lealtad, comprensión y, sobre todo, los de solidaridad activa en situaciones de desgracia que necesariamente han de satisfacer tratando de ayudar a superarlas, o por lo menos a reducir sus extremos de tragedia. El dolor moral aniquila tanto, si no más, que el físico”<sup>13</sup>

El último proyecto que admitió la inasistencia moral en el ámbito del derecho punitivo fue el de 1974, y en 1978 y 1979 se reafirmó su exclusión, con la exclusiva incorporación al tipo penal del incumplimiento de las prestaciones alimentarias como objeto material real y fenoménico, con claros y estrictos contenidos de orden normativo-positivo; esta fue la comprensión admitida por el Código de 1980 y reiterada con total acierto por la ley 599 de 2000.

### **V.3. EL DELITO DE ABANDONO Y LA PROTECCION MATERIAL DE LA INASISTENCIA FAMILIAR**

---

<sup>11</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. **Delitos Contra la Asistencia Familiar**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, Pág. 99.

<sup>12</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Delitos Contra la Familia**, Ob. Cit. Pág. 236.

<sup>13</sup> PEREZ VELASCO, Luis Carlos. **Derecho Penal**, ob. Cit. Págs.. 298-299

### **V.3.1. Concepción clásica**

La punición del abandono familiar, fue clásicamente comprendida como el incumplimiento de los deberes de cuidado y custodia derivados del vínculo parental, fuese consanguíneo o civil, como acción de peligro para la persona abandonada, la cual era calificada por su incapacidad para bastarse por sí misma.

Los delitos de abandono, si bien incorporan en su caracterización pluritutelar, amenaza o efectiva lesión del bien jurídico de la familia, por la inobservancia a los deberes de asistencia familiar, para el caso, protección y custodia material, en los procesos doctrinales y legislativos de graduación y jerarquización de los objetos jurídicos dignos de protección penal, se determinó que el derecho primitivamente afectado era la vida e integridad del sujeto pasivo puesto en peligro con las acciones de abandono, lo cual da lugar a su incorporación al título respectivo, no obstante que el contenido comportamental, revela que se trata de una incriminación directa de inasistencia familiar.

El Código de 1936, introdujo las anteriores consideraciones sistemáticas al introducir en el Capítulo VI del Título XV, “Delitos contra la vida y la integridad personal, el abandono y exposición de niños” (Arts. 395 y 396); tanto los proyectos de 1974 y 1978, como el Decreto 100 de 1980 conservaron la misma comprensión, tutelar, este último en sus artículos 346, 347 y 348. También dentro de la tutela a la vida e integridad, la conducta simple de abandono, el abandono de hijo fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida y el abandono seguido de lesión o muerte, todos con claros contenidos con exclusiva referencia al bien jurídico de la familia.

### **V.3.2. Concepción normativa.**

La ley 599 de 2000, conserva inalterada esta tradición legislativa al tipificar el abandono de menores y personas desvalidas y el del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas,

manteniendo así mismo el claro reflejo tutelar de estas conductas sobre la institución familiar.

En este sentido, para el tipo básico (art. 127), el agente debe tener la obligación legal de velar, socorrer, amparar, ayudar al sujeto pasivo, con lo cual se atiende la protección, por vía secundaria del vínculo familiar y el cumplimiento de los deberes de solidaridad emanados de él, y además se amplía de la tutela a deberes de amparo y protección que no proceden directamente del vínculo familiar; tal el caso de los tutores y curadores respecto de sus pupilos. Obsérvese que las obligaciones involucradas deben tener como fuente estricta y positiva la ley, por ello su componente anímico o moral es penalizado tan solo respecto de la acción material de abandono como origen del peligro para la vida e integridad personal de la víctima y sujeto pasivo del reato.

#### **V.4. BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS**

##### **V.4.1. El bien jurídico prevalente**

Como bien jurídico prevalente y general, el delito de inasistencia alimentaria protege la institución familiar, considerada constitucionalmente como núcleo fundamental de la sociedad; se advierte por este aspecto y a pesar de la expresión constitucional utilizada, no se contempla la protección genérica o específica al núcleo o grupo familiar, determinado positivamente por el artículo 1º de la Ley 294 de 1996; por ello es necesario precisar que la relación bilateral que surge con respecto a los delitos de maltrato entre los miembros del grupo familiar, corresponden exactamente al alcance del concepto de familia que para el presente caso, es ampliado para comprenderla como institución con fundamento jurídico, sociológico y cultural así pues, la protección no incluye la integración material de la familia y en ningún momento habla sobre tal aspecto, sino que la estructura normativa diseñada se refiere al concepto de familia *agnaticia* o extensiva.

##### **V.4.2. Contenido tutelar específico**

En sentido específico, se tutela el derecho a la asistencia económica debida recíprocamente en remisión circunstancial, entre todos los miembros de la familia, cuando en el orden efectual de tutela altera su composición y fines jurídico-normativos, poniendo en peligro la subsistencia y con ello la vida e integridad de los sujetos con los cuales tiene la referida carga prestacional. El atentado, también en sentido concreto no se consuma contra la solidaridad, el socorro, la ayuda mutua, etc., sino que se perpetra contra el orden legal, contra la normatividad que de manera positiva, ha determinado la naturaleza y contenido de la obligación alimentaria, las formas de prestación y reconocimiento, su contenido y alcance, y aun toda la normatividad referente a su cuantificación, contra el presente género delictuoso no se tutela la unidad y armonía de la familia, su preservación, conservación y desarrollo como parece comprenderlo el profesor Reyes Echandía<sup>14</sup>, por el contrario, se está prohibiendo bajo amenaza de pena el incumplimiento de obligaciones objetivas, materiales y susceptibles de cuantificación pecuniaria, deberes de asistencia económica que quedan al margen de cualquier consideración, afectiva o subjetiva. El sistema penal apenas correlaciona materialmente el deber legal y su inobservancia y la situación fáctica de necesidad o desprotección del sujeto pasivo, íntegramente de la familia extensa, esta última circunstancia también regulada por el ordenamiento civil.

Por último la Corte Constitucional, enuncia de la siguiente manera el contenido y naturaleza de la obligación alimentaria: “3.2. Definición jurídica de la obligación alimentaria en favor de los menores y sus garantías procesales, como resultado de la aplicación de un tratamiento jurídico especial sustentado en claros principios constitucionales.-En el presente caso, la norma acusada forma parte de la regulación que comprende el derecho del menor de edad a recibir alimentos y la obligación de suministrarlos por quienes presentan con él, un vínculo de parentesco. Ese derecho integra el patrimonio jurídico especialmente tutelado al menor, al cual se le ha reconocido un gran contenido ético y social.

---

<sup>14</sup> Cfr. Delitos Contra la Familia, en Varios, ob. Cit. Pág. 237

“Según el artículo 33 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), los alimentos son <<todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor (...)>>. Si bien, esta Corporación ha manifestado sobre los mismos, que ostentan una naturaleza prestacional-asistencial, es evidente que participan del carácter prevalente atribuible a todos los derechos de los menores y que se reafirma en el hecho mismo de que con su ejercicio se logran satisfacer y garantizar otros derechos de rango fundamental, tales como la salud, la educación, la integridad física, entre otros.

“La obligación alimentaria se caracteriza por los siguientes aspectos: (Sentencia C-237 de 1997):

“En esencia, la obligación alimentaria no difiere de las demás obligaciones civiles. Ella presupone (como las otras) la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho, v.gr., el tener descendientes y encontrarse en ciertas circunstancias económicas. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad (en Sentencia C-174 de 1996, M. P. Dr. JORGE ARANGO MEJIA, se dejó claro que: <<El deber de alimentos así como la porción conyugal, son instituciones fundadas en el principio de solidaridad que impregna el conjunto de las relaciones familiares>>) que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios.

“El deber de asistencia alimentaria, se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia.

“Los términos de la obligación aparecen regulados en la ley, que contiene normas sobre los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales (arts. 411 a 427 del Código Civil); el concepto de la obligación (de conformidad con el artículo 133 del Código del Menor,

<< Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto>>), las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto (arts. 139 a 159 del Código del Menor), y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad (arts. 435 a 440, Código de Procedimiento Civil).

“Este conjunto de disposiciones permite al beneficiario el hacer efectivos sus derechos, cuando el obligado elude su responsabilidad”.

“En síntesis, cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley le obliga. El deber de asistencia del Estado es subsidiario, y se limita a atender las necesidades de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.

“La obligación alimentaria surge a favor de los menores en el interior de la familia, como resultado de la conformación voluntaria pero responsable de la misma, ya que a partir de su creación se generan numerosas obligaciones entre sus miembros. En cuanto a la pareja, si bien ésta tiene derecho a decidir libremente sobre el número de hijos a procrear, la responsabilidad se traduce en una obligación de sostenimiento y educación de los hijos mientras sean menores o impedidos (C.P. art. 42, inc. 3º.).

“Lo anterior obtiene su fundamento tanto en el principio constitucional de la solidaridad (ver la Sentencia C-657 de 1997), del cual se derivan obligaciones y cargas susceptibles de ser reclamados coercitivamente y con el apoyo del Estado, como del principio de equidad, en la medida en que <<cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente>>.

“Ahora bien, la satisfacción de la obligación alimentaria no reposa únicamente en su reconocimiento normativo: requiere de garantías precisas y especiales que la protejan y hagan efectiva, lo cual constituye una dificultad por resolver como se expresó en la

Sentencia T-002 de 1992, al señalar que <<...el problema grave de nuestro tiempo respecto de los derechos fundamentales no es el de la justificación sino el de su protección>><sup>15</sup>.

“En este orden de ideas, la garantía que se otorgue a ese derecho debe reflejar el carácter prevalente del mismo y no puede considerar únicamente la perspectiva de la protección del menor en su mínimo vital, sino que exige extenderse a la efectividad de los principios ya mencionados, relativos al interés superior de los menores, a la solidaridad familiar, a la justicia y a la equidad”.<sup>16</sup>.

## **V.5. EVOLUCIÓN NORMATIVA**

### **V.5.1. Ley 83 de 1946**

Esta ley dispuso en su artículo 78: “El padre sentenciado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo no la cumple durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año”.

Por su parte, el artículo 77 de la misma normatividad estableció que: “La ocultación total o parcial de sueldos, jornales, o de bienes por parte del padre, patrón o empresario, será considerada como delito de estafa”

### **V.5.2. Ley 75 de 1968**

El artículo 40 de esta ley, creó el delito de “inasistencia moral y alimentaria”, consiste en el acto de sustracción a las obligaciones legales debidas a determinadas personas dentro de expresos ámbitos y grados de parentesco. La norma comprendió la asistencia moral, al elevar a categoría delictiva la falta de asistencia moral, incriminando el incumplimiento voluntario del “auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole”. Este mismo cuerpo, en su artículo 45, dispuso que la figura de la asistencia moral, quedara

---

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **El Problema de la Guerra y las Vías de la Paz**. Barcelona Gedisa, 1982, págs.. 117 y 129 y ss.

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1064, 16-07-00 Expediente D-2793. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

incorporada al Código Penal, entre las conductas atentatorias del bien jurídico de la familia, en capítulo especial denominado “Delitos contra la asistencia familiar”.

Como antecedente de la regulación penal, contenida en los artículos 40 a 49 de la Ley 75, se citan múltiples intentos de normatización penal de la conducta de abandono familiar <sup>17</sup>; como antecedente normativo inmediato se encuentra el artículo 27 del Decreto 1699 de 1964, que dispuso: “El que sin causa justificada deje sin asistencia económica o moral a personas a quienes esté obligado a prestarla, incurrirá en arresto de seis meses a dos años”.

### **V.5.3. Proyecto de 1974**

Admitió en forma expresa la incriminación de asistencia familiar de naturaleza moral, reproduciendo con ello el criterio contenido en el artículo 40 de la Ley 75 de 1968 y asumiendo con ello la protección de elementos subjetivos y actitudinales de los miembros del grupo familiar. No obstante, el proyecto contiene algunas modificaciones dogmáticas a la norma anterior, dignas de resaltar, pues manifiestan la importancia del estudio de la evolución normativa de los tipos penales, con la finalidad de alcanzar una adecuada intermediación y aplicación de la norma vigente en un momento histórico determinado.

Por el último aspecto mencionado, manifestó el comisionado REYES ECHANDIA: “Doctor Reyes: -Existe, igualmente, a través de lo estudiado por los artículos 40 y siguientes de la Ley 75 de 1968, una legislación reciente sobre los delitos que atentan contra la asistencia familiar, de tal suerte que yo creo que la comisión debería ceñirse a lo que allí se dispuso, con las reformas absolutamente necesarias. Así, por ejemplo, en el artículo 40 no está claramente tipificada la conducta del hijo adoptado con respecto a su padre adoptante. Por otra parte, creo que se debe suprimir el último inciso del mencionado artículo 40 de la ley 75 de 1968, según el cual “Cuando el sujeto pasivo

---

<sup>17</sup> Véase algunos de ellos en ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal Colombiano*, pág. 266

dice ser hijo natural, debe demostrar previamente esa calidad>>, ya que parece introducir una injusta causal previa de procedibilidad, en relación con los hijos naturales, que no se justifica, ni es cierta.

“En lo que se refiere al artículo 41 de la ley que se comenta, valdría la pena introducir la aclaración de que la conducta se sancionará en la forma allí prevista, <<si el hecho no constituye delito de mayor gravedad>>, ya que puede acontecer que el sujeto activo, no solamente malverse o dilapide, sino que se apropie de los bienes, en provecho personal o de terceros, caso en el cual podría incurrir, por ejemplo, en un delito de abuso de confianza”<sup>18</sup>.

El elemento discriminatorio del hijo natural, al que hoy la ley civil denomina *extramatrimonial*, se mantuvo bajo diversas formas hasta su abolición definitiva por la Ley 599 de 2000, en claro acatamiento del principio de igualdad dominante en la materia. Esta figura fue introducida soterradamente en el proyecto de 1978, que se constituyó en un frustrado intento de revivir atávicos criterios que propugnaban la conservación de esta irracional forma de discriminación conservada con algún paliativo en la revisión de 1979 y en el decreto 100 de 1980. No sucedió lo mismo con la propuesta relativa a introducir subsidiariedad alternativa al tipo, “si el hecho no constituye delito de mayor gravedad”, la cual fue eliminada en 1978 en forma atinada, ya que ante hipótesis como la presente, que expresan un contenido tutelar especial, debe darse margen a la aplicación causal y consecuencial de los principios generales en materia de concurso delictuoso.

La normatividad propuesta y finalmente adoptada por la Comisión para el capítulo es del siguiente tenor: “*Artículo 340*. Inasistencia económica o moral.- Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria, debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos, padres adoptantes, hijos adoptivos, o al cónyuge, aún el divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio, estará

---

<sup>18</sup> GIRALDO MARIN, Luis Carlos. *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano*, vol. II Acta No. 90, Colección Pequeño Foro, pág. 157 LUIS CARLOS GIRALDO MARIN, *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano*, vol. II Acta No. 90. Colección Pequeño Foro, pág. 157.

sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil a cincuenta mil pesos.

“La acción penal sólo recaerá sobre el pariente inmediatamente obligado, cuando no se trate de ascendencia o descendencia legítima.

“Hay falta de asistencia moral, cuando se incumplan voluntariamente las obligaciones de auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole y especialmente en los casos previstos por los artículos 42 y 43 de la ley 83 de 1946, si el estado de abandono o peligro proviene de actos u omisiones de la persona obligada”.

“*El artículo 341. Malversación o dilapidación de bienes.* El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, o los bienes del cónyuge que le hayan sido confiados en cualquier forma para su administración, incurrirá en arresto de seis meses a dos años y multa de mil a cincuenta mil pesos, si el hecho no constituye delito de mayor gravedad”.

#### **V.5.4. Proyecto de 1978 y Comisión Revisora**

Trató de hacer algunas aclaraciones que no se justificaban, al contenido preceptual, estableciendo que la protección penal se circunscribía a los alimentos necesarios y por tanto excluyendo de ella a los congruos. Se propuso de manera verdaderamente irracional, una limitación para el parentesco ilegítimo de consanguinidad, limitando en tal evento la acción penal a padres e hijos y exigiendo en forma expresa la demostración plena de dicha calidad, por sentencia judicial ejecutoriada.

Se crea la agravación para la ocultación de bienes con el fin de sustraerse a la prestación alimentaria; con la clara deficiencia dogmática que aún conserva la ley 599 de 2000, al incriminar como circunstancia de agravación una composición comportamental, que en apariencia no exige el cumplimiento de la conducta básica,

pues su ámbito gramatical se restringe a la punición de la finalidad: “propósito de sustraerse a la restricción alimentaria”, tal como se indicará oportunamente.

En precepto que en esencia también conservan los Códigos de 1980 y 2000, se introdujo de manera rescatable la aclaración normativa según la cual el pronunciamiento de sentencia condenatoria, no impide la iniciación de un nuevo proceso si la conducta de inasistencia alimentaria “persiste o es reiterada”.

Con plena aceptación de la doctrina causalista del hecho punible, se propuso incriminar una modalidad culposa inusitada desde el punto de vista criminológico, por cuanto es causación de alguno de los hechos de inasistencia alimentaria o malversación y dilapidación de bienes.

Los textos finalmente propuestos por la Comisión de 1978 son así: “*Artículo 382. Inasistencia alimentaria.* El que se sustraiga a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, o cónyuge, incurrirá en arresto de seis meses a tres años y multa de mil a cien mil pesos.

“La prestación de alimentos, para efectos penales, se circunscribe a los necesarios, aunque la obligación civil pueda comprender los congruos.

“Cuando se trate de parentesco ilegítimo de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos. En este caso dicha calidad debe demostrarse previamente por sentencia judicial ejecutoriada o por cualquiera de los otros medios establecidos por la ley civil.

“*Artículo 383. Circunstancia de agravación punitiva.* La pena señalada en el artículo anterior, se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, oculta sus bienes, rentas o salarios, se los hace embargar o secuestrar, abandona o renuncia a su trabajo o remuneración adecuadas, o

se abstiene de ejercer acciones, transige o renuncia a derechos o pretensiones que puedan mejorar su patrimonio o renta.

*“Artículo 384. Persistencia y reiteración de la conducta anterior.* El pronunciamiento de sentencia condenatoria, no impide la iniciación de nuevo proceso si la conducta de inasistencia alimentaria persiste o es reiterada con posterioridad al fallo.

*“Artículo 385. Malversación y dilapidación de bienes.* El que malverse o dilapide los bienes administrados en ejercicio de patria potestad, tutela o curatela, o los bienes del cónyuge que se le hayan confiado en cualquier forma para su administración, incurrirá en arresto de seis meses a dos años y multa de mil a cien mil pesos, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

*“Artículo 386. Modalidad culposa.* El que por imprudencia ocasione alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores, incurrirá en la pena respectiva disminuida hasta en la mitad.

*“Artículo 387. Querrela.* En los casos previstos en este capítulo se procederá mediante querrela”.

En el seno de la comisión revisora de 1979, se trató entre otros puntos de la supresión de la incriminación de la asistencia moral, acogiendo para ello acertados argumentos respetados hasta el presente. Manifestaron en aquella oportunidad los comisionados: “Doctor ESTRADA VELEZ: El capítulo cuarto del proyecto final trata << de los delitos contra la asistencia familiar>>. El artículo 382 <<inasistencia alimentaria>> puede simplificarse. Por ejemplo, la última parte del tercer inciso no debe tenerse en cuenta para efectos de la nueva redacción, porque se sobrentiende que la calidad de parentesco ilegítimo de consanguinidad siempre debe demostrarse por sentencia judicial ejecutoriada o por cualquiera de los medios establecidos por la ley civil.

“Doctor GIRALDO MARIN: Señor Presidente: me parece muy importante su última observación y estoy de acuerdo con no tener en cuenta esa última parte del tercer inciso del artículo 382 del proyecto final. En realidad, basta hacer constar en el acta la explicación de que para configurar este delito, en caso de parentesco ilegítimo de consanguinidad, se requiere siempre demostrar esta calidad.

“Por su parte, el inciso segundo se puede simplificar con una sola palabra y agregar ésta al inciso primero. Como para efectos penales la prestación de alimentos se limita a “los necesarios”, se podría decir en el primer inciso <<a la presentación de alimentos necesarios>>.

“Doctor GUTIÉRREZ ANZOLA: Me adhiero a las propuestas de los doctores ESTRADA VÉLEZ y GIRALDO MARIN. Ahora bien, el sustraerse a la prestación de alimentos necesarios debe ser siempre <<sin justa causa>>. Todos somos conscientes de que puede haber causas justificadas, para que una persona se sustraiga a la prestación de alimentos necesarios y en estos eventos no se puede hablar de inasistencia. De otra parte, del artículo debe ser <<inasistencia familiar>>, porque si bien es verdad que el contenido se refiere a sustraerse a la prestación de alimentos necesarios sin justa causa, ello conlleva en realidad a una inasistencia familiar. No quiero pasar por alto el texto del artículo 40 de la ley 75 de 1968, <<por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar>>, que se refiere también a la inasistencia moral y que no fue tenida en cuenta en el texto de los proyectos primitivo y final, con lo cual estoy de acuerdo porque resulta difícil, casi imposible, fijar el marco exacto de la inasistencia moral para darle relevancia jurídico-penal. En conclusión, mi propuesta es que el artículo se titule inasistencia familiar y empiece por el siguiente texto: <<El que se sustraiga sin justa causa...>>.

“Doctor ESTRADA VELEZ: Muy importante la observación del doctor GUTIÉRREZ ANZOLA, con relación a la inasistencia moral a que se refiere la ley 40 de 1975. Igualmente su propuesta. Dejo a consideración de la Comisión la aprobación del nuevo artículo con las propuestas consignadas.

“El secretario informa que la Comisión aprueba únicamente el nuevo artículo con las modificaciones propuestas por los doctores ESTRADA VÉLEZ, GIRALDO MARIN y GUTIÉRREZ ANZOLA y da lectura al siguiente texto: ....”<sup>19</sup>

Esta comisión revisora, también dejó constancia de las modificaciones introducidas a la circunstancia de agravación punitiva, por ocultación de bienes para sustraerse de la obligación alimentaria: “Doctor ESTRADA VÉLEZ. El artículo 383 del proyecto final <<circunstancias de agravación punitiva>> también puede simplificarse y, por eso propongo el siguiente texto: “La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta o disminuye su renta o patrimonio>>.”

“Doctor GIRALDO MARIN: Estoy de acuerdo con la propuesta del doctor ESTRADA VÉLEZ. Ahora bien, la renta o patrimonio fraudulentamente se puede ocultar, disminuir y también gravar. Por consiguiente, propongo añadir la palabra “grava” para tener en cuenta en este último evento<sup>20</sup>. Las propuestas finalmente aprobadas en la revisión hecha en 1979 son así: “*Artículo 17. Inasistencia familiar.*- El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos necesarios legalmente debidos a sus ascendientes, adoptante o adoptivo, o cónyuge, incurrirá en arresto de seis meses a tres años y multa de un mil a cien mil pesos.

“Cuando se trate de parentesco ilegítimo de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos”.

“*Artículo 18. Circunstancias de agravación punitiva.* La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio.

---

<sup>19</sup> GIRALDO MARIN, Luis Carlos, OB. CIT. VOL. II, ibídem.

<sup>20</sup> Ídem, ibídem, pág. 518.

*“Artículo 19. Persistencia y reiteración de la conducta anterior.* El pronunciamiento de sentencia condenatoria, no impide la iniciación de nuevo proceso, si la conducta de inasistencia alimentaria persiste o es reiterada con posterioridad al fallo.

*“Artículo 20. Malversación y dilapidación de bienes.* El que malverse o dilapide los bienes administrados en ejercicio de patria potestad, tutela o curatela, o los bienes del cónyuge que se le hayan confiado en cualquier forma para su administración, incurrirá en arresto de seis meses a dos años y multa de mil a cien mil pesos, siempre que el hecho no constituya otro delito.

*Artículo 21. Querrela.* En los casos previstos en este capítulo se procederá mediante querrela.

#### **VI.5.5. Código de 1980**

La comprensión definitiva de este género delictivo incorporada al Decreto 100 de 1980, modifica la denominación típica básica en clara aceptación de que lo que se pretende incriminar es el incumplimiento de prestaciones objetivas, de contenido económico, ajenas en un todo a cualquier referencia al deber moral; de ahí que se transforma la denominación del tipo básico de “inasistencia familiar” a “inasistencia alimentaria”: sobrevive su tratamiento limitado para el caso de parentesco natural de consanguinidad a padres e hijos. La circunstancia de agravación punitiva quedó sin ninguna modificación respecto del texto revisado en 1979.

El Decreto 141 de 1980, nominó acertadamente la aclaración normativa referente a la reiteración, perfilando de mejor manera su redacción. En torno al delito de malversación de bienes, el objeto material se limitó a los bienes administrados en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, excluyéndose los bienes confiados de cualquier forma por el cónyuge, aspecto que se reiteraba desde el proyecto de 1974.

La normatividad originaria de 1980 para el capítulo dice textualmente: “*Artículo 263. Inasistencia alimentaria.* El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos.

“Cuando se trate de parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos.

*Artículo 264. Circunstancia de agravación punitiva.* La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio.

“*Artículo 265. Modificado Decr. 141 de 1980, art. 1º. Reiteración.* La sentencia condenatoria ejecutoriada, no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria.

“*Artículo 266. Malversación y dilapidación de bienes.* El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años, y multa de un mil a cien mil pesos, siempre que el hecho no constituya otro delito.

“*Artículo 267. Querrela.* En los casos previstos en este capítulo se procederá mediante querrela”.

#### **V.5.6. Proyecto de 1998**

Como gran novedad, ese trabajo propuso una nueva descripción para el delito de inasistencia alimentaria, que afortunadamente no fue finalmente aceptada, haciendo necesario el reconocimiento previo de los alimentos por parte de la jurisdicción civil,

aspecto que alejaba de la realidad la tutela penal y obligaba al sujeto pasivo a acudir al adelantamiento de un proceso civil de alimentos, para poder encontrar abierta la puerta de la represión penal del comportamiento, habiéndose producido con mucha anterioridad la conducta antijurídica y con ello la afectación del bien jurídico protegido.

Esta inusitada propuesta que, se reitera menos mal no fue adoptada por nuestro sistema punitivo, se fundamentó de la siguiente manera: “El capítulo cuatro propone una nueva descripción del reato, de inasistencia alimentaria, determinando como necesaria para la configuración de la conducta el reconocimiento u ordenación previa de los alimentos por parte de las autoridades civiles, de suerte que se deja a la instancia civil el proceso de acreditar el deber, evitando que la instancia penal deba probar aspectos que no son de su órbita de competencia. La norma en comento, se presenta con la modificación efectuada por el Código del Menor que viene a ser el inciso segundo de la disposición”.<sup>21</sup>.

La propuesta normativa fue la siguiente: “*Artículo 226. Inasistencia alimentaria.*- El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos debidos y reconocidos, u ordenados por autoridad competente, a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años”.

En lo relativo al delitos de malversación y dilapidación de bienes familiares, se propuso una acertada y trascendente reforma, que procura la relación efectual de peligro y lesión sobre el bien objeto de tutela prevalente: la familia; así, el ámbito del objeto material se restringe a la administración de bienes en ejercicio de tutela o curatela dentro de la órbita familiar, trasladando las restantes hipótesis de malversación o

---

<sup>21</sup> EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, PROYECTO DE LEY NO. 40 DE 1998, Senado, Gaceta del Congreso N°. 139, pág. 13

dilapidación al campo de los atentados patrimoniales. La modificación se fundamentó en los siguientes términos: “El delito de malversación y dilapidación de bienes, en la propuesta sufre una modificación con la que se precisa que incurre en ese reato (sic), quienes ejercen la tutela o curatela circunscrita a la familia y las otras clase de tutela o curatela son trasladadas al título respectivo. La norma que consagra la querrela como condición de procesabilidad se retira del texto, dada su naturaleza eminentemente procesal”<sup>22</sup>.

La norma propuesta fue como sigue: “Artículo 229. *Malversación y dilapidación de bienes familiares*. El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela en ascendiente, adoptante, cónyuge o compañero permanente, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de uno (1) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya otro delito”.

#### **V.5.7. Código de 2000**

En lo atinente al delito de inasistencia alimentaria, se suprimió con total acierto a los clamores del proyecto que exigía que los alimentos debidos hubieran sido “reconocidos u ordenados” por autoridad competente. Se incorpora la forma agravada ya contenida en la norma proyectada y trasladada del Código del Menor, relativa a la cualificación natural de la víctima: menor de catorce años.

La Agravación por ocultamiento fraudulento del patrimonio, con el propósito de sustraerse a la obligación alimentaria, permanece inalterada acerca de la norma de 1980, reiterada también por el proyecto de 1998. También se conserva la figura de la reiteración, de acuerdo con lo acogido en el Decreto 141 de 1980.

Con gran acierto se adoptó, con relación a la malversación y dilapidación de bienes familiares, el ámbito en que se cometa el delito, referido a quienes ejerzan la tutela o

---

<sup>22</sup> Ídem, ibídem

curatela circunscrita a la familia, comprendiendo que la conducta realizada en otras clases de curaduría o tutoría, constituyen en estricto sentido atentados patrimoniales.

## **V.6. EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA**

### **V.6.1. Descripción legal**

CODIGO DE 1980, art. 263.- *El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos.*

*Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la actuación penal se limitará a padres e hijos. (Este inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, Sentencia de 27 de marzo de 1996).*

CÓDIGO DE 2000, art. 233. *Inasistencia alimentaria.- El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y la multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años.*

### **V.6.2. Clasificación Tipológica**

#### **V.6.2.1. Tipo de mera conducta**

El tipo se perfecciona, consuma y agota con sólo haberse realizado la omisión descrita; pues en el entorno de tipicidad objetiva no se exige la producción de daños, perjuicios, hechos o resultados, de índole material, jurídica o fenomenológica; o sea, que no es

necesario, para la tipificación de la conducta que, por ejemplo, se ponga en peligro o se lesione la vida, la subsistencia o la integridad personal de la víctima; tampoco que se afecten sus derechos a la educación, vivienda o vestido, mucho menos que ella haya dejado de cumplir cualquier género de obligación o se afecten sus bienes o patrimonio.

El comportamiento negativo aquí previsto, es considerado digno de punibilidad por sí mismo, con lo cual se genera un incremento del desvalor social sancionable; con ello y pese a ser el único deber de asistencia incorporado a la órbita penal, nuestro sistema ha otorgado gran importancia al bien jurídico específico aquí tutelado, en consideración legislativa de su potencial criminoso frente al objeto prevalente y general.

Se trata también de un tipo de mera conducta puro, pues en él no se hace referencia expresa o tácita a la persecución y mucho menos a la obtención de hechos o resultados con sentido jurídico; por tanto, su proposición por parte del agente es irrelevante para la tipicidad de la omisión, pero además el modelo diseñado no contiene ninguna clase de referencia a los resultados.

#### **V.6.2.2. Tipo básico y no subordinante**

Se trata, en el orden dogmático de una descripción fundamental con estructura material y adecuación típica independientes; el proceso de subsunción no exige que el intérprete se remita o desplace a elementos o aspectos descriptivos contenidos en otros tipos penales; la protección a la asistencia alimentaria con contenido y repercusión económica se realiza aquí en forma integral y completa, como ya es sabido, no contiene la tutela de la totalidad del bien jurídico específico, esto es, de los deberes de asistencia familiar, pero sí su aspecto esencial-económico-a juicio del legislador. Por las anteriores razones, -desde un punto de vista simplemente metodológico o sistemático-, el tipo encabeza el capítulo IV del Título tutelar del bien jurídico de la familia.

De la protección, más no de la estructura, se deriva otra conducta tipificada: la malversación y dilapidación de bienes familiares, que ostenta, aunque de manera autónoma, particularidades del objeto jurídico específico.

Se trata de un tipo básico no subordinante, ya que si bien comprende en integridad aspectos esenciales de la protección ante la asistencia familiar, la descripción derivada o subsiguiente se puede interpretar y adecuar con total autonomía.

#### **V.6.2.3. Tipo general**

En un tipo independiente de cuyo contenido podrían derivarse, en decisión de política legislativa, figuras específicas, por ejemplo, mediante la cualificación en un segundo rango de la víctima, del propio contenido de la prestación económica, de la forma de comisión, generando tipos penales agravados, calificados o atenuados, privilegiados; en dogmática estricta, debe considerarse que el contenido del inciso segundo de la norma, adquiere características de tipo especial, ante el tipo general consagrado en el inciso primero, de naturaleza agravada por calificación natural del sujeto pasivo.

#### **V.6.2.4. Tipo simple**

Según el alcance comprensivo del verbo utilizado -sustraerse-, la descripción contiene una sola conducta de omisión, con singularidad de núcleo rector, sin que para el caso interese que se introduzcan reiteraciones innecesarias de la justificación -elemento antijurídico negativo-, o de precisos elementos normativos dirigidos a determinar la víctima.

#### **V.6.2.5. Tipo completo**

La descripción, contiene además de los elementos estructurales esenciales del hecho punible -sujetos, objetos y conducta-, toda la estructura preceptual típica en relación

causal de efecto; quedan comprendidas aquí tanto la conducta como todas sus consecuencias jurídicas-positivas.

#### **V.6.2.6. Tipo de lesión**

En cuanto al bien jurídico específico tutelado por la norma, -cumplimiento de los deberes legales de naturaleza alimentaria-, es vulnerado manifiestamente por la realización de la conducta, lo cual se evidencia en la supresión, así sea temporal, del respectivo derecho, proclamado en cabeza de la víctima. Señalando que si bien el mencionado derecho se lesiona, ello no significa que el tipo exija la efectiva producción de daños o perjuicios específicos; estos dos conceptos tienen una naturaleza causal-efectual, acerca de la integración del hecho punible, mientras que la lesión del bien protegido es categoría unívocamente causal, y por ello emerge la conclusión según la cual se lesiona el interés tutelado, se causa daño a las personas, cosas o fenómenos y se irroga perjuicio tan solo a las personas que son titulares de específicos intereses.

La prisión por deudas, destronada de las constituciones demoliberales, en opinión de cierta doctrina,<sup>23</sup> es revivida en tipos penales que incriminen el no pago de prestaciones económicas familiares; el hecho implicaría una intromisión del derecho privado en el ámbito punitivo, que vulneraría el principio de residualidad o intervención mínima, pues se trata del simple incumplimiento patrimonial de prestaciones con contenido estrictamente económico, que deja de lado el desvalor del acto y del desvalor del resultado, esencial en el tipo del injusto.

La crítica a la tipificación del comportamiento de no pago de prestaciones económicas familiares ha sido constante, el Código Español de 1995 introdujo en el art. 487 bis el delito de *impago* de prestaciones económicas, que ha merecido los siguientes cuestionamientos por la doctrina hispana. “Es mayoritaria la crítica en relación con este nuevo delito en el sentido de su innecesariedad y su falta de oportunidad. Aunque es

---

<sup>23</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Varios cursos de derecho penal, parte especial**, Marcial PONS. Ed. Jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 1996, pág. 518.

cierto que el legislador persiguió atajar un comportamiento que parecía tener carácter generalizado, es lo cierto que existía en el ordenamiento jurídico instrumentos eficaces para su corrección sin necesidad de -perturbando el principio de intervención mínima- utilizar la ley penal como grosero instrumento intimidatorio<sup>24</sup>.

La Corte Constitucional, al declarar la constitucionalidad de la incriminación del delito de inasistencia alimentaria, caracterizó el delito a que se refiere el inciso primero del art. 263 (C. P. de 1980) de la siguiente manera: “La conducta descrita por la norma acusada es de peligro, en cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido; de ejecución continuada, dado que la violación a la norma persiste hasta tanto se de cumplimiento a la obligación; exige un sujeto activo calificado, que es la persona civilmente obligada; un sujeto pasivo, que es el beneficiario y, concretamente, los ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, y el cónyuge (es de anotar que en relación con los titulares del derecho, la norma civil es más amplia que la penal, pues comprende también a los hermanos legítimos y al que hizo una donación cuantiosa, siempre que no la haya rescindido o revocado), y un elemento adicional, contenido en la expresión <<sin justa causa>>; además, se trata de una conducta que sólo puede ser sancionada a título de dolo; por tanto, requiere que el sujeto obligado conozca la existencia del deber y decida incumplirlo<sup>25</sup>.

Algún sector de la doctrina, considera que la acción descrita no es de peligro como la califica la Corte; el derecho alimentario tutelado respecto de su incumplimiento voluntario por parte del agente, se ve en verdad conculcado; no otra puede ser la conclusión si se observa que luego del comportamiento, irremediabilmente el sujeto pasivo se ve en efecto privado de una prestación a la que tiene derecho y necesidad. El anterior criterio es asumido por el profesor REYES ECHANDIA: “Siendo un tipo de omisión no admite el grado de tentativa. Es de mera conducta y de lesión; lo primero, porque basta para su configuración que el agente omita el deber alimentario, no importa

---

<sup>24</sup>BAJO FERNANDEZ, Miguel y DIAZ- JULIO MAROTO. **Manual de Derecho Penal-Parte Especial**, tercera edición, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1995, pág. 54.

<sup>25</sup> Sentencia C-237/97, M. P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

los efectos que de ello se deriven; y lo segundo, porque tal incumplimiento lesiona efectivamente el derecho a la asistencia alimentaria de que es titular el afectado<sup>26</sup>.

#### **V.6.2.7. Tipo de conducta permanente.**

##### **V.6.2.7.1. Consumación y perfeccionamiento**

La prestación alimentaria objeto material de la infracción y a su vez especificación del objeto de protección, no se puede anular o suprimir; simplemente, se cumple o se incumple y el delito cesa cuando se suspenda dicha situación fáctica. Por tratarse de un tipo penal de mera conducta, el perfeccionamiento se da en el instante de la realización negativa; se consuma el delito de idéntica manera, pero el agotamiento o extinción típica, sólo ocurrirá cuando cesen los efectos materiales y jurídicos de la conducta; en otras palabras, el acto inicial con el que el sujeto se sustrae al cumplimiento de la obligación alimentaria, dentro de los condicionamientos estructurales, perfecciona el tipo, lo cual se verifica en forma instantánea pero el proceso de agotamiento perdura en el tiempo -lapsos más o menos amplios-, mientras no se produzcan las correlativas acciones positivas.

Sobre lo anterior manifiesta el Profesor PÉREZ VELASCO: “También es permanente, porque continúa durante el tiempo en que el sujeto mantiene ese estado antijurídico. En otras palabras, empleadas por MAGGIORE, la conducta es de consumación indefinida”<sup>27</sup>. En concepto dogmático actual, no se puede confundir el momento del perfeccionamiento típico, la consumación delictuosa y el agotamiento del modelo comportamental incriminado; este último aspecto es el único que se refiere a la naturaleza permanente de un determinado delito. “Finalmente, hemos de aclarar que ni el perfeccionamiento del tipo, ni la consumación del hecho punible, pueden adquirir carácter permanente; esas categorías coinciden ontológicamente y siempre se han de verificar en un instante determinable y determinado, a partir del cual la conducta típica

---

<sup>26</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Delitos contra la familia, Derecho Penal Especial**, Ob. Cit. Pág. 240

<sup>27</sup> PÉREZ, Luis Carlos. ob. Cit., T. III, págs.. 299-300

cae en el dominio sustancial y procesal del derecho penal, pero el tipo puede quedar perfeccionado y consumado el hecho punible, o quedar agotado -conducta instantánea- o continuar su proceso de extinción o agotamiento -conducta permanente-<sup>28</sup>

El profesor ARENAS, también incurrió en la disfunción entre consumación y agotamiento que como se ha señalado ya varias veces, es inaceptable dogmáticamente: “En segundo lugar, es delito permanente o crónico, porque la consumación se inicia cuando el sujeto principia a abstenerse conscientemente de cumplir sus obligaciones, y se prolonga durante el tiempo que la situación persista por voluntad del agente. La consumación solo termina cuando el responsable ejecuta hechos posibles que hagan imposible su persecución. Por este motivo en el proyecto elaborado por los Magistrados de la Corte, EDUARDO FERNANDEZ BOTERO y HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, se lee lo siguiente: <<La prescripción de la acción penal para el delito de abandono, que es delito, permanente (subrayamos), lo mismo que la prescripción de la pena, se contarán desde el día en que el autor reinicie el cumplimiento de sus obligaciones, etc.>>. No era necesario decirlo, y la ley no lo dice, pues corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia definir cuándo una infracción penal es delito instantáneo o permanente, para efectos de competencia, prescripción, etc.<sup>29</sup>.

#### **V.6.2.7.2. Nuestro criterio**

En primer término, hemos de reiterar que el perfeccionamiento típico, o sea, el momento en que se entiende cabalmente cumplida o realizada en efecto la conducta considerada en la hipótesis normativa y la consumación del hecho punible comprendido como el momento en el cual el comportamiento desplegado no sólo es típico sino también antijurídico y culpable, la determinación de estos dos elementos es útil para computar la prescripción de la acción penal y asumir competencia temporal; si aceptamos la tesis tradicional de que la consumación perdura, estaríamos obligados al

---

<sup>28</sup> PABÓN PARRA, Pedro Alonso. **Teoría del hecho punible, La Tipicidad**, T. I, Bogotá, D. C., Edit. Leyer, 1999, Pág. 307.

<sup>29</sup> ARENAS, Antonio Vicente. ob. Cit. Vol. Pág. 268

inicio de la acción penal, con todas sus consecuencias, por un delito que no está plenamente consumado, sino que apenas revela un “inicio de consumación”, esto parece un contrasentido y complica sin mayor motivo el análisis dogmático, pues téngase en cuenta que la actual comprensión de la tentativa se refiere directamente a que no se produzca la consumación delictuosa por circunstancias ajenas a la voluntad del agente; pero si se considera que en los delitos permanentes esta consumación no ha sucedido sino que apenas se ha iniciado, tendremos que concluir, a lo menos en el plano teórico, pero con innegables consecuencias prácticas que en estas especies típicas estamos en la modalidad tentada, mientras el agente no suspenda la conducta omisiva, es decir, no ejecute “hechos positivos que hagan imposible su prosecución”, según la doctrina tradicional que criticamos.

Es por lo anterior, que se hace necesario deslindar el contenido del concepto de consumación de la categoría del delito permanente, para así poder establecer su aplicación armónica y sistemática, ya que él es de necesaria utilización a la hora de determinar el lugar de comisión (art. 14 C. P. de 2000), el tiempo de la conducta punible (art. 26, ibíd.) y la estructuración de la modalidad tentada (art. 27 ibíd.); no obstante, aclaramos que para el presente delito no admitimos su configuración. Así, propugnamos la diferenciación entre los conceptos de perfeccionamiento típico, consumación delictuosa y agotamiento o extinción del tipo, de gran utilidad sistemática y metodológica, según ya se ha expuesto.

#### **V.6.2.7.3. Consideraciones jurisprudenciales**

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de justicia, al determinar el carácter permanente de este delito, por lo que resulta es conveniente reseñar: “... como el de inasistencia alimentaria es un delito de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto su proceso consumativo, que comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida, se prolonga durante todo el tiempo de la omisión, el <<momento de cometerse la infracción>> mencionado por el artículo 663 del Código de procedimiento penal, ha de entenderse como todo el período durante el cual el alimentante ha

incumplido su obligación legal alimentaria, pues mientras ello ocurra el hecho punible se está cometiendo”<sup>30</sup>.

En otra ocasión, al respecto expuso el Tribunal de casación: “Si se trata de un delito permanente, como en efecto es la inasistencia alimentaria, no es posible reconocer esta característica del hecho punible para dividir arbitrariamente la omisión, como lo hace este Juez, para interrumpir la permanencia y crear dos o más delitos de ejecución instantánea; la adecuación típica debe partir de un principio inmodificable en el método dogmático, como es el de respetar la conducta, activa u omisiva, conforme se haya exteriorizado.

“Esta permanencia o plurisubsistencia, como también se denomina a estos delitos en la actual literatura jurídico-penal, se predica del comportamiento que se prolonga en el tiempo, <<de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se ponga fin a la conducta>> pues como afirma el penalista italiano REMO PANNAIN, en estos casos <<se ocasiona la lesión de un bien jurídico que se produce en un momento dado y se prolonga en el tiempo a partir del momento inicial de la lesión>><sup>31</sup>.

<<La sustracción>>, sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos a ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, descrita por el artículo 263 del Código Penal, naturalística y jurídicamente implica permanencia en el tiempo, pues subsiste desde el momento en que se inicia el incumplimiento del deber alimentario, hasta que se cumpla.

En este caso, no existe duda alguna de que la omisión delictiva se empezó en Barbosa y continuó en Bogotá, y el hecho de que la querellante y su hija se hayan trasladado a esta ciudad no significa que se trate de dos hechos independientes por el cambio de residencia del sujeto pasivo; la conducta permanece en el tiempo y se trata de un solo delito.

---

<sup>30</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. M.P., Doctor ALFONSO REYES ECHANDIA, Acta N° 2, 18-01-83, Gaceta Judicial N° 2412, t. CLXXIII, Pág. 10.

<sup>31</sup> MANUALE DI DIRITTO PENALE, Torino, U.T.E.A., 1950, Pág. 238.

“Es cierto que, de conformidad con el numeral 2º del artículo 13 del Código Penal, el hecho punible se considera consumado <<en el lugar en el que debió realizarse la acción omitida>>, pero esta disposición no puede colegirse, como lo hace el Juez Penal Municipal de Bogotá, que la inasistencia alimentaria se consumó en Barbosa porque fue allí donde el procesado incumplió con sus <<obligaciones de esposo y padre>>, pues el traslado de los sujetos pasivos a Bogotá fue forzado por ese incumplimiento.

“Esta forma de reaccionar es realmente inusitada: nada tiene que ver con el motivo por el cual se haya cambiado de residencia madre e hija, para la estructuración del delito, ni mucho menos para dividir la omisión, la verdad es que ésta continuó, o sea, que <<el lugar donde debió realizarse la acción omitida>> es tanto Barbosa como Bogotá.

*“El Juez competente.-* En estas condiciones, impera acudir, como lo afirmó acertadamente la juez 1ª. Penal Municipal de Barbosa, a la competencia a prevención regulada por el art. 75 del Código de Procedimiento, siendo el Juez Penal Municipal de Bogotá el que sin más dilación debe proferir el fallo de primera instancia, pues se reúnen en él los requisitos exigidos, para fijar en él la competencia para conocer de este proceso”<sup>32</sup>.

En torno al fenómeno de la caducidad de la querrela, también la Corte desarrolló el punto en otro momento: “El tipo de conducta es permanente, se desenvuelve en el tiempo, se inicia en la fecha del incumplimiento y se prolonga mientras éste persista es decir, hasta el día en que se asuma la asistencia alimentaria. A partir de ese momento comienza a correr el lapso prescriptivo permanente.

“Por ello....podía aludir válidamente en la querrela a todo el tiempo en que el padre del menor injustamente se sustrajo a la obligación alimentaria, sin que consecuencialmente tal postura constituya un todo imposible sólo subsanable a través de la declaratoria de caducidad.

---

<sup>32</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, M. P., Dr. LISANDRO MARTINEZ Z., Acta No. 022, 09-06-89, Gaceta Judicial No. 2438, T. CXCIX, pág. 347.

“Así analiza las cosas la Corte: El fallador, obligado como estaba a determinar si se trataba o no de querellante legítimo y si el fenómeno de la caducidad de la querrela se había o no presentado, encontró que evidentemente...., en su condición de madre del menor, satisfacía a plenitud el primer requisito, como quiera que, según lo dispuesto por el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal anterior, vigente para la época de los hechos, la querrela podía ser presentada por el sujeto pasivo de la infracción (titular del derecho de la pensión alimentaria) y si éste era incapaz por su representante legal; si carecía de éste, la querrela podía formularla el incapaz con la coadyuvancia del defensor de menores y, en su defecto con la del agente del Ministerio Público. Sobre este punto no hay, pues, discusión. En cuanto al fenómeno de la caducidad de la querrela o inoportunidad de la misma, por falta de requisito previo de la demanda civil, que es la materia de desacuerdo, el juzgador no asumió un criterio arbitrario, inconsulto, sino que, como bien lo anota la delegada, compartió la opinión de un sector respetable de la doctrina que señalaba que el ilícito de inasistencia alimentaria era <<de carácter permanente, por cuanto se está cometiendo mientras no se ejecute la acción debida, dependiendo del culpable para hacer cesar ese estado de permanencia, llevando a cabo la conducta a que está obligado. Empero, esa situación se interrumpe por medio de una sentencia ejecutoriada, en que se reconoce la existencia del delito, la responsabilidad del obligado y se le impone una pena. Si a partir de la ejecutoria de esa sentencia el obligado sigue incumpliendo su obligación, recomienza el ilícito hasta que la cumpla o se produce una nueva sentencia>><sup>33</sup>. (art. 265 del Código Penal) o “...hay que tener en cuenta, como lo ha sostenido esta Sala de la Corte, que este ilícito de inasistencia familiar se prolonga en su consumación en el tiempo, lo que indica que se sigue cometiendo mientras persiste esa situación anómala que lo tipifica<sup>34</sup>>> o, <<de otra parte, como el de inasistencia alimentaria es un delito de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto su proceso consumativo, que comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida, se prolonga durante todo el tiempo de la omisión, el momento de cometerse la infracción mencionada por el artículo 663 del Código de Procedimiento Penal, ha de entenderse como todo el período durante el cual,

---

<sup>33</sup> M. P. Dr. LUIS E. ROMERO SOTO, agosto 23 de 1979, cita en la sentencia de la Corte.

<sup>34</sup> M. P. Dr. ALVARO LUNA GOMEZ, Agosto 28 de 1980. Cita de la sentencia de la Corte.

el alimentante ha incumplido su obligación<sup>35</sup> legal alimentaria, pues mientras ello ocurre el hecho punible se está cometiendo>> (M. P. Dr. ALFONSO REYES ECHANDIA, Enero 18 de 1983).

“Tratándose, el de inasistencia alimentaria, de un delito de mero peligro y de ejecución permanente o continuada, no emerge en modo alguno cuál es el interés jurídico que le asiste al actor en la propuesta de esta censura”<sup>36</sup>.

#### **V.6.2.8. Tipo en blanco y dependiente**

La descripción presenta un vacío dogmático explicable por la naturaleza del objeto material acriminado; el proceso de subsunción exige de manera tácita, aunque no por ello menos clara, el traslado del intérprete a la normatividad extrapenal que determina cuál es el contenido y el alcance de la prestación alimentaria, a quiénes se les debe; bajo qué condiciones y en qué circunstancias y cuánto se les debe; mientras este vacío se llene cabalmente a la luz del ordenamiento civil, el precepto permanecerá indeterminado y el proceso de subsunción será un imposible jurídico-normativo. Así mismo, la ley civil define cuáles son los ascendientes, descendientes, a quiénes se deben prestaciones alimentarias y precisa la asunción jurídica de las calidades de padre o madre, adoptante e hijo adoptivo y cónyuge.

Como se observa, los aspectos incompletos o de reenvío del presente tipo se erigen estructuralmente como elementos normativos de naturaleza jurídica extrapenal en referencia -como ya se advirtió-, al objeto material y a la cualificación jurídica y natural de la víctima; de esta forma, el ordenamiento civil cambia de contenido y realiza a plenitud el de la descripción.

#### **V.6.2.9. Tipo de omisión propia**

---

<sup>35</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. M. P. Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ, Acta No. 23, 03-04-90, Gaceta Judicial No. 2442, T. CCIII, pág. 311.

<sup>36</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, M.P. Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, Acta N° 114, 14-04-2010, proceso 33673.

Desde el punto de vista positivo y formal, el presente tipo contiene la inobservancia de unas obligaciones del actor, deber de prestar alimentos a varias personas integrantes de la familia extensa, sin que en ello sea relevante que se produzca determinado resultado; se trata entonces de una conducta omisiva -sustraerse-, consagrada expresamente en el tipo penal; especie típica en la que también participa el delito de abandono descrito en el artículo 127 (Código de 2000) que, como ya se advirtió, contiene así mismo protección secundaria al bien jurídico de la familia.

#### **V.6.2.10. Tipo unisubsistente**

El proceder se perfecciona en un solo acto, vale decir, que la fase ejecutiva no reviste una concatenación de actos en sucesión espacial o temporal, que se esparcen en forma sucesiva hasta llegar a la consumación; dicho en otras palabras, la conducta ejecutiva no puede fraccionarse en el tiempo o en el espacio y detenerse en algún tramo de su desarrollo sin haber alcanzado su consumación, motivo por el cual es inadmisibles la modalidad tentada en situaciones fácticas normales.

#### **V.6.2.11. Tipo principal**

El legislador no ha previsto en forma expresa ningún condicionamiento para la aplicación del tipo, esto es, que la adecuación del comportamiento no está supeditada positivamente, por ejemplo, a que éste no configure otro delito u otro ilícito sancionado con pena mayor, fórmula que-como ya lo anotamos- fue propuesta en el proyecto de 1974; el no condicionamiento para la aplicabilidad del tipo es decisión de política criminológica que deja en manos de los principios generales de exclusión o inclusión del concurso los actos de adecuación típica plural y otorga un contenido independiente a la tutela del bien jurídico-familia-; por ello, si el sustraerse a prestar alimentos legalmente debidos produce lesión o amenaza de bienes jurídicos diversos, vida, integridad personal, es perfectamente admisible el examen de la posibilidad concursal.

#### **V.6.2.12. Tipo pluriofensivo**

La omisión descrita pone en peligro la subsistencia de la víctima y lesiona varias de las finalidades esenciales de la institución familiar protegidas en el propio marco constitucional, en clara proyección sobre derechos tales como la vivienda, el vestido y la educación.

#### **V.6.2.13. Tipo Objetivo**

#### **V.6.2.14. Sujetos**

##### **V.6.2.14.1. Sujeto activo**

El sujeto activo es singular y cualificado desde el punto de vista jurídico: ascendiente, descendiente, adoptante, adoptivo o cónyuge en relación directa con la víctima; se trata entonces de una calificación correlativa de los dos sujetos que intervienen en el comportamiento en las posiciones activa y pasiva de éste: persona que esté legalmente obligada a prestaciones alimentarias para con el sujeto pasivo de la infracción.

La ascendencia se determina por la conexión en línea recta y ascendiente con el agente: padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos<sup>37</sup>.

Los descendientes son los que descienden de una persona en línea recta; el adoptante es aquel que incorpora a su familia a alguien con quien no tiene vínculo biológico, y adoptivo quien por medio del acto jurídico de adopción ingresa a una familia con la cual no lo unen vínculos naturales. Los cónyuges son los sujetos que han contraído matrimonio válido.

##### **V.6.2.14.2. Sujeto pasivo**

---

<sup>37</sup> Cfr. REYES ECHANDIA, Alfonso. **Delitos contra la familia**, en varios ob. Cit. Pág. 236

En cuanto al sujeto pasivo, la norma protege en forma específica, los derechos emanados del vínculo familiar en relación con la asistencia económica, que, dadas ciertas circunstancias, se deben mutuamente los miembros del núcleo. Tales derechos se radican en cabeza del ascendiente legítimo, descendiente legítimo adoptante, adoptivo, cónyuge, padre natural, madre natural e hijo extramatrimonial, de acuerdo con la limitación establecida en el inc. 2º de la norma. Así lo expresó la Corte Suprema: “...el titular del derecho a que se refiere tal disposición, no es otro que el de la persona del alimentario, vale decir, aquel a quien por ministerio de la ley civil (art. 411 del C. C.), le asiste el derecho de reclamar alimentos y respecto del cual el alimentante ha incumplido tal deber en condiciones señaladas por la ley penal (art. 263, C. P.)”<sup>38</sup>.

Con la determinación normativa quedan excluidos los hermanos y colaterales; la Corte Constitucional en Sentencia del 27 de marzo de 1996, declaró inexecutable el inciso 2º de la norma original de 1980, que establecía: “Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos”, razón por la cual la ascendencia y descendencia natural está plenamente incorporada a la norma, con las únicas limitaciones inherentes a los sujetos, sobre los cuales pasa la obligación alimentaria, de acuerdo con la legislación civil, en pie de igualdad con la ascendencia y descendencia legítimas.

#### **V.6.2.15. Conducta**

##### **V.6.2.15.1. Concreción comportamental**

El verbo determinador utilizado es simple: sustraerse: comportamiento negativo que significa, alternativamente: eludir, incumplir, evitar, apartarse del deber que se tiene.

Como ya quedó advertido, la acción determinada por el verbo “sustraerse” describe una conducta de omisión propia, por cuanto la abstención a los deberes del actor está

---

<sup>38</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. M. P. Dr. ALFONSO REYES ECHANDIA, Acta No. 2,18-01-01-83, Gaceta Judicial No. 2412, T. CLXXIII. Pág. 10

consagrada expresamente en el tipo; la utilización de expresiones tales como “omitir”, “abstenerse”, “no hacer”, “incumplir”, “no obedecer”, “abandonar”, corresponderían a esta especie tipológica; “esta infracción penal es delito de omisión, porque quien se sustrae a las obligaciones de asistencia familiar realiza una conducta negativa u omisiva que lo hace penalmente responsable”<sup>39</sup>. Esta doctrina considera que el proceder negativo, puede ser resultado de actos positivos, tales como el abandono del hogar, que trae como consecuencia el incumplimiento de los deberes de asistencia, en cuanto efecto natural de dicha acción positiva; también se menciona, como acto positivo, la dilapidación de bienes; con tales ejemplos tendríamos la tipificación de una omisión por acción, inferencia que no es plenamente acertada desde el punto de vista dogmático, pues dejaría por fuera, muchos casos en donde, en el incumplimiento de la obligación, no se observa una correlativa acción positiva, tanto en su causa como en su efecto: y tal postura revela una aceptación radical y univalente, según la cual la omisión solo tiene existencia real en virtud del acto positivo, que el agente realiza para sustituir aquella acción a que estaba obligado, que sin ser desacertada desde un punto de vista estricto, solo puede tener aceptación parcial; pues como se observa en el presente ilícito, para su adecuación típica no es necesario examinar los múltiples comportamientos positivos que puede cumplir el agente y que hipotéticamente podrían encontrarse en la causa del incumplimiento; ello nada tiene que ver en la composición fáctica del hecho punible.

#### **V.6.2.15.2. La omisión**

De acuerdo con lo anterior, acogiendo la postura unitaria o mixta sobre la naturaleza de la omisión, entendemos que ella es en primer término, una realidad susceptible de percepción sensorial, demostrar el no hacer es fruto del examen de un acto de la naturaleza, tanto como lo es la comprobación del hacer y, en segundo lugar, que la omisión en materia penal, se origina en un análisis de los deberes de actuación ordenados por una norma jurídico-positiva; de tal suerte que la esencia de la omisión reside en el modo de no obrar, el modo como lo ordena la ley, sin que sean relevantes

---

<sup>39</sup> ARENAS, Antonio Vicente. ob.cit. t. II pág.267

desde el punto de vista dogmático, las diversas conductas positivas ejecutadas por el agente, porque ellas pueden ser de la mas variada índole y aun no tener ninguna relación con el fundamento incriminatorio negativo, pues bien pueden ser neutras o irrelevantes para el derecho penal, quizá buenas o loables o francamente atentatorias del bien jurídico de la familia o de diversos intereses pero sobre ello no se debe indagar<sup>40</sup>; resulta del todo irrelevante para la configuración del presente tipo, que el agente incumpla sus obligaciones alimentarias y a cambio se dedique al deporte del fútbol, el dinero destinado a sus hijos lo emplee en obras de caridad o ayuda social o lo dilapide en los vicios del alcohol o del juego, siendo sólo pertinente aclarar al respecto, que si la acción sustitutiva configura otra especie delictiva atentatoria del mismo o de diferente bien jurídico en el plano causal o efectual, hay margen para el examen de eventuales conformaciones concursales homogéneas o heterogéneas, sucesivas o simultáneas.

Se reitera, la sustracción al deber consiste en eludirlo, esquivarlo, en librarse de él, sencillamente en no ejecutarlo estando obligado a ello<sup>41</sup>; pero no se trata de una conducta activa como parece insinuarlo a renglón seguido la doctrina citada, pues ninguna connotación material específica, se exige para la consolidación típica y si ésta se presenta es del todo irrelevante para la adecuación, como se ha expuesto. A este punto, se tiene que el comportamiento omisivo incriminado, sigue un criterio cualitativo, por cuanto basta no cumplir una sola obligación alimentaria, para que el tipo quede configurado en el marco objetivo.

#### **V.6.2.16. Objeto material**

##### **V.6.2.16.1. Identificación**

Se conoce por objeto material el sujeto, la cosa o el elemento natural o jurídico hacia el cual se dirige, o sobre el cual recae inmediata y directamente el comportamiento

---

<sup>40</sup> Cfr. BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal, parte general**, Bogotá, Edit Temis, 1984, pág. 226.

<sup>41</sup> Cfr. PEREZ, Luis Carlos. ob. Cit. T. III, pág. 303

representado por el verbo determinador; notamos que la acción omisiva recae en connotación jurídica sobre un aspecto jurídico específico: las obligaciones alimentarias legalmente debidas por el agente a la víctima. Sin duda, los derechos afectados corresponden a ésta, pero el incumplimiento, la inobservancia, la elusión o separación no se refieren a su ser y su persona en afectación directa e inmediata, sino que desde un punto de vista lógico, han de confrontarse la acción negativa aquí tipificada y la existencia del vínculo jurídico obligacional; en otras palabras no se “elude a la persona”, a ella no se le sustrae, a ella lógicamente “no se le puede incumplir”; por lo tanto, el verbo determinador hace directa referencia a la obligación, lo cual envuelve la afectación de los intereses de la víctima, sin que ello lo convierta en objeto material. En nuestra doctrina, el maestro REYES ECHANDIA, considera como el objeto material del presente tipo, a la persona titular de la prestación alimentaria, no obstante que en el mismo acápite estudia con detenimiento, el contenido y la naturaleza de la obligación alimentaria<sup>42</sup>, aspecto que nos obliga a realizar algunas precisiones adicionales sobre el fundamento que tenemos para considerar, que estamos ante un objeto material fenomenológico de carácter jurídico. Veamos.

En consideración elemental, es sabido que los elementos estructurales introducidos por el legislador en cada tipo penal, son de indefectible presencia en la realización fáctica del modelo, para que ella pueda adquirir la primera categoría del punible: que sea típica; de tal suerte que a falta de alguno de ellos, la conducta devendrá atípica y por tanto irrelevante para el derecho penal.

Ahora bien, los elementos esenciales de todo tipo penal son los sujetos, los objetos-jurídico y material- y la conducta; son esenciales, por cuanto todo tipo penal los debe contener para que sea reputado como tal; y todo lo anterior se debe dar en la realidad para que se pueda iniciar la derivación lógica integral del hecho punible; por ello, si la acción de “sustraerse” recayera sobre el titular del derecho, quedaría sin ubicación dogmática la propia obligación alimentaria, ya que esta no puede asumir la categoría de elemento normativo de la conducta, puesto que la acción no puede recaer sobre sí

---

<sup>42</sup> Cfr. Delitos contra la familia, en Varios, Derecho Penal Especial, ob. Cit. Págs.. 237 y ss.

misma, y si ella falta, porque no existía, y en cuanto lo incumplido sea un deber moral de educación y buena crianza, por ejemplo, caso en el cual no podría proclamarse atipicidad por carencia de conducta, pues, reiteramos, la sustracción se consolidó; tampoco por falta de sujeto activo o pasivo pues ellos existen ontológicamente y de comprenderse el último como objeto material, este también sería identificable en la realidad.

Por el contrario, en idéntica hipótesis a la considerada, si se acepta que el objeto sobre el cual recae la acción para el presente tipo es la obligación alimentaria, tendremos que la inobservancia de deberes de asistencia moral-solidaridad, compañía, etc.- son atípicas por ausencia de objeto material, pues la sustracción efectivamente se cumplió por una persona respecto de otra pero recayó sobre un objeto diverso, al considerarlo en el modelo normativo. Por último hemos de afirmar a este respecto, que la acción de sustraerse o eludir con respecto a una persona natural o jurídica, es un imposible ontológico; es decir, se incumplen las obligaciones, pero no es posible “incumplir a una persona”, por tanto la conclusión dogmática criticada tiene grave riesgo sobre el principio de inequívocidad, por cuanto envuelve la composición gramatical lógica de las oraciones típicas.

#### **V.6.2.16.2. La obligación alimentaria**

- Las clases de alimentos comprendidos en la norma

El incumplimiento considerado en la norma recae en forma directa sobre una especie obligacional especial: la obligación alimentaria que genéricamente comprende no solo la comida en sentido material, sino una serie de bienes indispensables para la supervivencia de la persona, cuya delimitación -objetiva y subjetiva-, es labor propia de la ley civil, razón por la cual estaríamos delante de un elemento normativo del objeto material. El concepto <<alimentos legalmente debidos>>, remite al ordenamiento extrapenal, que determina las prestaciones en que se concreta la obligación alimentaria.

Se tiene que el ordenamiento civil, divide los alimentos en congruos y necesarios (arts. 413 y 414 del C. C.). La doctrina más aceptada considera que la norma penal, al no distinguir, incrimina la conducta respecto de esas dos clases de alimentos. El Código Civil regula dos clases de ellos: los congruos y los necesarios; de acuerdo con el artículo 413-ibídem, son alimentos congruos **“los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”, y “son necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida”**; según la precipitada norma, ambas especies comprenden “la obligación de proporcionar al alimentario, menor de 21 años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio”.

➤ Las diversas concepciones doctrinales

En la doctrina nacional, ha existido disparidad de criterios sobre los alimentos comprendidos en este tipo penal, lo cual se reflejó en el seno de la comisión redactora del proyecto de 1974. Por este aspecto, a la luz de la norma de 1980, reproducida por el Código de 2000, la controversia sencillamente debe solucionarse aplicando el principio hermenéutico de no distinción legal, en cuya virtud, donde la ley no ha hecho distinción, esta no le es dable realizarla al intérprete; por ello, el tipo penal debe incluir tanto los alimentos congruos como los necesarios. Sin embargo, reseñamos y analizamos las diversas consideraciones que ha emitido nuestra doctrina.

En torno al contenido de la Ley 75 de 1968, en su artículo 40, el profesor GOMEZ VELASQUEZ, propugnó la comprensión en el tipo penal únicamente de los alimentos necesarios, apoyándose en los antecedentes de la referida normatividad y proponiendo algunos ejemplos sugestivos: “Ese total y estricto cumplimiento de todos los deberes, podrá ser afán y *desiderátum* de perfección doméstica, propio de la esfera civil, pero no de la penal. Para advertir la repugnancia que encierra la tesis contraria, basta imaginar el severo tratamiento de reclusión que podría imponerse a quien, prestándose generosamente a la asistencia necesaria, opusiera voluntad para disponer el servicio de automóvil particular, la incorporación a colegio o universidad de élite, vinculación a

centro social o de recreo, satisfacción de exigente moda o gusto gastronómico, o plácidas vacaciones en sitios especiales, por ejemplo”<sup>43</sup>.

Así, estudiando el proyecto inicial que dio origen a la Ley 75, la citada doctrina refiere que en él se hablaba de la omisión de proveer “a la necesaria o congrua subsistencia”, concepto que se cambió por el de asistencia alimentaria, modificación “que sólo puede interpretarse como claro ánimo de reducir la órbita de la tutela penal excluyendo lo relacionado con alimentos congruos” (ídem); no obstante, más que reducir o limitar, podría también pensarse que en aquel momento quiso recoger todas las clases de alimentos previstos en la ley civil o que en un futuro llegaran a prescribirse, esto es sin detenerse o taxativizar las diferentes especies; criterio muy aceptable en técnica dogmática para el tratamiento de los reenvíos en materia de tipos en blanco. Así por ejemplo, cuando el legislador se encuentra diseñando un tipo penal como la malversación y dilapidación de bienes (art. 236 C. P. de 2000), puede y debe con cabal criterio anunciar la acción y el objeto material bajo la fórmula “el que malverse o dilapide los bienes”, sin la especificación “bienes muebles o inmuebles”, considerándolos obviamente incluidos todos ellos.

Acertadamente el Código de 1980, modificó “obligaciones legales de asistencia alimentaria” que utilizaba la Ley 75 de 1968, por la expresión “alimentos legalmente debidos” que se mantiene en el Estatuto de 2000, por lo cual es aun más clara y acertada la conclusión a la que arribó el profesor REYES ECHANDIA: “como el tipo penal no distingue entre unos y otros alimentos, creemos que el incumplimiento de la obligación respecto de cualquiera de ellos puede generar el delito”<sup>44</sup>.

➤ Los alimentos congruos

Esta clase de alimentos se deben (al cónyuge comprendiendo también al divorciado o separado sin culpa, a los ascendientes y descendientes legítimos, a los ascendientes

---

<sup>43</sup> Cfr. LUIS CARLOS PEREZ, ob. Cit., T. III, pág. 302.

<sup>44</sup> Cfr. Delitos contra la familia, en Varios, Derecho Penal Especial, cit., pág. 238

naturales, al hijo extramatrimonial, al hijo póstumo legítimo y a los nietos naturales), de acuerdo con el contenido de los artículos 414 del C. C y 25 de la Ley 45 de 1936. A este respecto normativamente se establecen algunas salvedades.

- Que la ley los limite a los necesarios, caso en el cual el incumplimiento de la obligación se debe examinar únicamente en relación con ellos.
- En los casos en que el alimentario se haya hecho culpable de injuria grave contra el obligado, caso en el cual también se entiende que la obligación se incumple únicamente respecto de los alimentos necesarios.
- En el caso de injuria atroz, de acuerdo con el artículo 414, inc. 2, del C. C., cesará enteramente la obligación de prestar alimentos, supuesto en el cual se generará atipicidad del comportamiento por ausencia de objeto material. La norma civil se encarga de delimitar el concepto de injuria atroz: "Para los efectos de este artículo constituyen injuria atroz grave, los demás delitos leves contra cualquiera de los derechos individuales de la misma persona que debe alimentos".
- El cónyuge culpable debe alimentos congruos al divorciado o separado de cuerpos sin su culpa, aspectos como este no permiten considerar estrictamente el tipo como bilateral o de conducta recíproca.

En relación con los alimentos debidos al cónyuge advertimos, que como lo ha entendido nuestra doctrina<sup>45</sup> la expresión típica "cónyuge" abarca a las personas en situación de divorcio o separación por consideración de la norma civil (artículo 411, No. 4ª, C. C.), no obstante que en sentido estricto el divorcio disuelve el vínculo, con lo cual los sujetos ya no tienen la categoría de cónyuges, pero, como ya se advirtió, solo tiene derecho a alimentos el cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa, y estos pasan a cargo del cónyuge culpable; así las cosas, los cónyuges divorciados por mutuo consentimiento, -causal

---

<sup>45</sup> Cfr. REYES ECHANDIA, Alfonso. En Varios, ob. Cit. Pág. 238

aceptada en nuestra legislación- no están comprendidos en el tipo, pues entre ellos no pesa la obligación alimentaria.

De este modo, la norma penal contempla casi todos los vínculos familiares enunciados en el precepto civil, de acuerdo con la anterior enunciación, dado que la limitación que introducía el Código de 1980 para el parentesco natural que limitaba la acción penal exclusivamente a padres e hijos, ha sido eliminada con total acierto por el Estatuto de 2000.

Por lo anterior, la norma vigente hasta el 24 de julio de 2000, ha excluido a los ascendientes naturales –abuelos, tatarabuelos- y a los descendientes naturales –nietos, bisnietos- los cuales a partir de dicha fecha dada la supresión hecha por la Ley 599 de 2000, tutela penalmente la inobservancia de los deberes alimentarios y sobre ellos recíprocamente también empieza a pesar la represión penal por la misma causa.

No obstante, obsérvese que de los alimentos congruos está excluido el parentesco natural, pues el artículo 414 del C. C., únicamente menciona al cónyuge, descendientes legítimos, ascendientes legítimos y cónyuge divorciado o separado sin su culpa.

#### ➤ Alimentos necesarios

Se deben a las demás personas enunciadas en el artículo 411 del C. C., esto es padres adoptantes, hijos adoptivos y hermanos legítimos, estos últimos no tienen protección penal desde el Código de 1980, en decisión legislativa reiterada por el nuevo Estatuto.

#### **V.6.2.16.3. Surgimiento legal de la obligación alimentaria**

La ley rige el incumplimiento de la obligación, de ahí que no puede ser otra la interpretación del enunciado *legalmente debidos*; por esta razón quedan excluidas las

restantes causas obligacionales enunciadas por el artículo 1494 del C. C.: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”; como se observa, la ley civil ejemplifica como prototipo de las obligaciones enumeradas de la ley, aquellas que surgen del vínculo familiar inmediato.

#### **V.6.2.16.4. Surgimiento en cuanto a los sujetos**

##### ➤ Hijos legítimos y cónyuge

Pues, bien, la obligación alimentaria surge para cada uno de los sujetos comprendidos en la norma penal, en momentos diferentes que coinciden con la iniciación del vínculo parental; con el cónyuge, desde la fecha del matrimonio legal o válido, ante los hijos legítimos, desde su nacimiento, sin que en relación con éstas exista condicionamiento alguno, ya que, de acuerdo con el artículo 213 del C. C., el hijo concebido dentro del matrimonio es legítimo y se encuentra amparado por la presunción legal contenida en el artículo 214. “el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días siguientes al matrimonio se reputa concebido en él y tiene por padre al marido”.

##### ➤ Hijos legitimados

Respecto de los hijos legitimados, obran también las reglas prescritas en el ordenamiento civil, por ello la obligación alimentaria surgirá en el momento en que procede la respectiva legitimación, sea que ella actúe *ipso jure* o que requiera manifestación de voluntad. Son legítimos los hijos concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres. La legitimación tiene efecto *ipso jure* sobre los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos en éste, admitiéndose para ello prueba en contrario por parte del padre. Así mismo, el

matrimonio de los padres, legítima *ipso jure* a los hijos reconocidos con anterioridad como hijos naturales de ambos (arts. 236, 237 y 238 del C. C.).

Los hijos que se encuentran en situación diferente de las dos ya reseñadas, no obtienen su legitimación por el simple hecho del matrimonio posterior de los padres, para ellos es necesario además, el reconocimiento voluntario consignado en el acta de matrimonio o en escritura pública (art. 239 del C. C.). De esta forma, la obligación alimentaria surgirá bajo las reglas de los hijos extramatrimoniales, durante el período anterior a la legitimación.

#### ➤ Hijo póstumo

La obligación alimentaria respecto del hijo póstumo, surge en el momento de la denuncia realizada por la mujer, al tenor del artículo 232 C. C., momento desde el cual la madre tiene derecho sobre los bienes que puedan corresponder al póstumo, que se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto; este hecho consideramos que está excluido de la protección penal, ya que la obligación alimentaria pesaría sobre el padre difunto, ante el cual es un imposible ontológico y jurídico pregonar que hay incumplimiento o sustracción, comprendiendo que las personas obligadas no se encuentran dentro de los rangos establecidos por el tipo penal.

#### ➤ Hijos extramatrimoniales

Respecto a los hijos extramatrimoniales, conforme al artículo 250 C. C., adicionado por el artículo 1º de la Ley 29 de 1982, tienen iguales derechos y obligaciones que los hijos legítimos y adoptivos: “los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”. No obstante este reconocimiento legal, el hijo extramatrimonial no está amparado por la presunción que protege al hijo legítimo; lo ha definido el artículo 52 del C. C., como el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí y su filiación depende del reconocimiento voluntario o de la declaración judicial de su condición en cuanto a la paternidad,

momento en el cual depende el surgimiento de la obligación alimentaria, respecto de ascendientes, descendientes, no así respecto de la maternidad natural, pues como lo establece la misma norma, se tiene la calidad de hijo natural (extramatrimonial), respecto de la madre soltera y viuda por el solo hecho de nacimiento, momento a partir del cual surgirán las recíprocas obligaciones alimentarias.

➤ Parentesco civil

En lo tocante al parentesco civil por adopción, y en torno a padres adoptantes e hijos adoptivos, la obligación alimentaria recíproca surge con el perfeccionamiento del acto de adopción; momento en el cual el adoptivo ingresa a la familia del adoptante en calidad de hijo legítimo con plenitud de derechos y obligaciones. Ante los restantes familiares, la obligación alimentaria surge cuando están en imposibilidad de atender por sí mismos a su sostenimiento.

A partir de cualquiera de los momentos reseñados, al surgir la obligación alimentaria puede configurarse el incumplimiento de ésta y con ello su demanda y reconocimiento ante la jurisdicción civil; pero adicional, simultánea o sucesivamente, como podremos estudiarlo acerca del perfeccionamiento típico, puede darse inicio a la vía penal de protección según unánime criterio doctrinal y jurisprudencial en nuestro medio.

#### **V.6.2.16.5. La acreditación del vínculo y de la obligación**

En el proceso penal, en primer término -hablando en sentido lógico, no cronológico-, se examinará que todos y cada uno de los elementos estructurales del tipo se haya verificado en la realidad y dentro de ellos, con capital importancia, procede el estudio de la existencia o no de la obligación alimentaria, pues de ello, debe surgir ineludiblemente la especificación de los sujetos y la propia realización de la acción negativa incriminada; en otras palabras, en el confirmar la existencia de la obligación alimentaria depende la conformación de los restantes elementos del tipo, por su examen debe ser

el primer paso que debe dar el intérprete *ad portas* de dar aplicación al presente tipo penal.

Por lo anterior, es necesaria la demostración del vínculo parental; y con ello de la existencia de la obligación alimentaria en cabeza del agente, aspecto que debe comprender no solo la filiación extramatrimonial, sino todos los órdenes familiares incluidos en la norma, dentro de los condicionamientos impuestos por la legislación civil. Así, la condición de ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo o cónyuge, debe ser plenamente acreditada incluidas además, las relaciones paterno-filiales, sean matrimoniales o extramatrimoniales, pues se trata de condiciones típicas objetivas. El escenario punitivo que en últimas comienza su fase de concreción con el inicio de la acción penal, no es el ámbito propio ni legal para determinar la filiación o el debate judicial sobre ésta, él es propio y natural de la jurisdicción civil de familia y de los instrumentos jurídicos-administrativos de control, confirmación de prueba del estado civil de las personas, la base en donde no debe entrometerse el derecho punitivo sin grave riesgo de desvirtuar sus fines y funciones, además de incurrir en duplicidad y contradicción de decisiones.

Por lo demás, los ejemplos referidos por el Magistrado GOMEZ VELASQUEZ, no se incluyeron en la determinación legal de los alimentos congruos, como lo expone el profesor PÉREZ de muy clara manera: “Esta obligación legal es la que establece y gradúa el art. 413 del C. C., que no impone adquisición de vehículos, ni matrículas en colegios y universidades elitistas, ni acciones en clubes sociales, ni descansos en sitios especiales o refinamientos gastronómicos. La ley civil define los alimentos congruos como los que habilitan para subsistir modestamente, de acuerdo con la posición social”<sup>46</sup>.

La aceptación de incluir los alimentos congruos y necesarios no implica por supuesto, la uniformidad de la prestación para todos los casos, pues ella depende de múltiples factores establecidos en la ley civil, referentes a las circunstancias y condiciones de los

---

<sup>46</sup> PEREZ, Luis Carlos. ob. Cit. T. III, pág. 303

sujetos involucrados tanto de naturaleza personal como económica; por tanto, vistas económicamente, las prestaciones pueden ser unas mas caras o altas que otras, pero ello en nada incide en el proceso de tipificación objetiva; así mismo, los alimentos congruos están limitados en dos ámbitos en primer término, según el artículo 414 del C. C., determina los beneficiarios de esta clase de alimentos que son únicamente los indicados en el artículo 411, ibídem; y en segundo lugar, la norma penal lo reduce –para los fines exclusivamente punitivos-, a los ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo o cónyuge.

#### **V.6.2.16.6. El no surgimiento y la cesación de la obligación alimentaria**

Las causales de cesación, exclusión o no surgimiento de la obligación alimentaria rigen plenamente en el orden punitivo, de acuerdo con lo cual, acciones delictuosas del alimentario cometidas en contra del alimentante y establecidas en el art. 414 del C. C., generan la existencia de la obligación y con ello la atipicidad del comportamiento por ausencia del objeto material.

#### **V.6.3. Tentativa y perfeccionamiento**

##### **V.6.3.1. Determinación**

Por ser un tipo de conducta permanente, se perfecciona en el momento en que, existiendo la obligación alimentaria, deja de cumplirse, aparte de que medie decisión judicial que la reconozca o concrete su monto; pero dicho perfeccionamiento no agota el tipo, sino que éste perdura en el tiempo mientras dure la materialización de la acción negativa descrita. Esta característica fue delimitada por la Corte Suprema: “Del verbo núcleo del citado comportamiento, despréndase también que éste entraña una omisión, una de las formas configurantes del hecho punible según el art. 19 del C. P., cuyo artículo 20 en su inciso 2º, dispone que << la conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida>>, la que en este caso sería

cuando el sindicado comenzó a dejar de dar a su hijo el sustento económico por ley de vida”<sup>47</sup>.

### **V.6.3.2. Perfeccionamiento y exigibilidad**

La infracción puede cometerse desde el momento en que nace para la gente la obligación alimentaria y no desde cuando tal obligación es exigible civilmente, esto depende de la declaración judicial y de la configuración del tipo de la realidad ontológica del incumplimiento.

Citando reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, la Corte Constitucional, por vía de tutela abordó el tema: “En el presente caso, una vez puesto en conocimiento de los hechos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través (sic) del defensor de familia, no sólo puede declarar las situaciones de abandono o de peligro en que se encuentre el menor, y ordenar las medidas de protección correspondientes, sino que por medio del citado defensor podrá formular, si a ello hubiere lugar, denuncia penal por el posible delito de inasistencia alimentaria. Es de observar, que como esta clase de delito requiere querrela, se hace importante la intervención del defensor de familia (art. 267 del C. P.).

“El delito de inasistencia alimentaria está contemplado en el artículo 263 del Código Penal. Dice la norma: (...).

“Además, el Código Civil, en el artículo 411, establece a quiénes se debe alimentos; el Código de Procedimiento Civil, señala el procedimiento a seguir, y los jueces de familia conocen de los procesos de alimentos, de la ejecución de alimentos y de su oferta (Decreto 2272 de 1989). “Vale la pena señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 3 de abril de 1990, manifestó que no es necesario en la configuración del delito de inasistencia alimentaria, la previa declaración judicial

---

<sup>47</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, M. P. Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ, Acta No. 14, 27-02-90, Gaceta Judicial No. 2442, t. CCIII, pág. 210

de alimentos. Dice la sentencia en lo pertinente: <<...A partir de uno cualquiera de los momentos precedentemente señalados, puede iniciarse el incumplimiento de la obligación alimentaria, y, por ende, el reconocimiento judicial por la vía civil del débito económico, en el monto que corresponda a la respectiva situación; la no cancelación de las mesadas, provisionalmente decretadas por el Juez Civil o de Menores, ubica al incumplidor en el marco de este tipo penal; lo que no significa que la configuración del hecho punible dependa de la declaración judicial de alimentos o del no pago de las mesadas decretadas, pues él surge realmente desde el mismo día en que existiendo para el agente la obligación alimentaria, deja de satisfacerla, independientemente de que una decisión judicial haya reconocido la existencia de aquel deber y haya decretado el monto de las mesadas. Necesario es entonces, distinguir el momento en que nace para el agente la obligación de suministrar alimentos y aquel en que tal obligación es judicialmente declarada; si bien la exigibilidad civil de aquella nace a partir del segundo momento, la configuración material del hecho punible emerge desde el primero, porque es el que naturalísticamente corresponde, a la omisión del deber legal de la asistencia económica o que el legislador quiso penalmente sancionar...>><sup>48</sup>.

#### **V.6.3.3. Perfeccionamiento en la omisión y tentativa**

El momento en que queda perfeccionado el tipo penal está aclarado por vía normativa, así; según el artículo 26 (C.P de 2000), la conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida; por tanto, para adelantar la acción penal por inasistencia alimentaria, no es necesario que previamente se adelante proceso civil de alimentos.

Por tratarse de un tipo unisubsistente de omisión no admite la tentativa<sup>49</sup>, no obstante, aclaramos que este efecto no surge efectivamente de la naturaleza omisiva del tipo respecto de la acción descrita, como parece expresar la doctrina citada, pues tal afirmación induciría a pensar que ningún tipo de omisión admite el grado de tentativa

---

<sup>48</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de tutela, 26-04-94, expediente T-27643. M.P. Doc. JORGE ARANGO MEJIA.

<sup>49</sup> En el mismo sentido ALFONSO REYES ECHANDIA, **Delitos contra la familia**, en varios, ob. cit. pág. 240.

cuando en los tipos impropios de omisión y en los de comisión por omisión es perfectamente pertinente realizar dicho examen. Así, la conducta se perfecciona en un solo acto, sin graduación óptica, espacio temporal y con la simple omisión del deber alimentario- mera conducta-.

#### **V.6.3.4. El perfeccionamiento en la doctrina y la jurisprudencia**

Ahora bien, el tema del perfeccionamiento típico y la consumación delictiva, nada tiene que ver con el agotamiento de la conducta, dada la naturaleza permanente del delito, y esto ha sido trabajado con intensidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacionales. Sobre estos dos momentos hipotéticos, se aceptan para el perfeccionamiento del tipo: en primer término, que la obligación alimentaria haya sido reconocida y cuantificada judicialmente, en cuyo caso el ilícito se perfecciona por la no cancelación de las mesadas provisionales o definitivas fijadas por la jurisdicción civil; pero, en segundo lugar el perfeccionamiento del tipo y correspondiente consumación delictiva no depende de una previa declaración judicial de alimentos y mucho menos de su cuantificación también judicial, que devendría por el no pago de las mesadas decretadas, en atención a la forma como se encuentra diseñado ahora el tipo penal. Se tiene que:

La norma, al cualificar el objeto material habla de los alimentos “legalmente debidos” como ya lo explicamos en su momento, y que la obligación tiene su origen en la ley, con expresa exclusión de las restantes fuentes, entre ellas la declaración judicial; por ello, con lo que la obligación especifica que aquí se trata, no nace por una declaración judicial que así lo manifieste, sino por ministerio de la ley; dicho decreto actúa para su reconocimiento, en orden a su cuantificación, aspectos bien diferentes de su existencia; este último momento es el que interesa al derecho punitivo; el punible surge desde el instante en que pesa sobre el agente la obligación alimentaria y la incumple o deja de cumplirla, hipótesis fácticas alternativas, pues basta la sustracción indefinida con o sin previa observancia.

Doctrinalmente, y con total acierto y precisión REYES ECHANDIA, adopta y desarrolla el anterior criterio: “Necesario es, entonces, distinguir el momento en que nace para el agente la obligación de suministrar alimentos y aquel en que tal obligación es judicialmente declarada; si bien la exigibilidad civil de aquélla nace a partir de este segundo momento, la configuración material del hecho punible emerge desde el primero, porque es el que naturalísticamente corresponde a la omisión del deber legal de asistencia económica que el legislador quiso penalmente sancionar”<sup>50</sup>.

La interpretación contraria pudo surgir del artículo 40 de la Ley 75 de 1968, que en mala hora prescribía: “Cuando el sujeto pasivo dice ser hijo natural, debe demostrar previamente esa calidad”; pero tal requisito no imponía el adelantamiento previo de un proceso de alimentos, sino la simple acreditación de las calidades exigidas tanto al sujeto activo como al pasivo, que, por lo demás, por ser elemento normativo del tipo debe obrar para todos los sujetos inmersos en la norma.

El proyecto de ley N° 40 de 1998 pretendió sin éxito, exigir normativamente para la configuración de la conducta, el reconocimiento u ordenación previa de los alimentos por parte del juez civil, asumiendo erróneamente que la obligación alimentaria surge por el reconocimiento judicial, cuando ésta no es la comprensión del ordenamiento sustancial civil, con la norma propuesta se dejaba a la instancia civil la acreditación del deber; con ello se procuraba que la justicia penal debiera probar aspectos que podrían ser considerados ajenos a su órbita, funciones y finalidad, pero a un mismo tiempo se desvirtuaba la naturaleza de la obligación; además, no cabe duda de que, en materia de tipos en blanco, necesarios y aceptados en el estado actual de desarrollo de la disciplina, la instancia penal debe examinar y determinar siempre los presupuestos objetivos de la norma de reenvío, sin que por ello pueda considerarse válidamente que está probando aspectos que no sean de su competencia, pues en verdad ingresan legítimamente a este campo, por estar inmersos en la estructura típica respectiva.

---

<sup>50</sup> Delitos contra la familia en varios, ob.cit pág.239.

Al abordar el punto, la Corte Suprema manifestó las siguientes detenidas consideraciones: “No fueron ni son pocos los jurisprudencias que sostuvieron y sostienen que la normatividad penal no sujeta la naturaleza de la acción a un requisito o antecedente de carácter civil sobre alimentos y que cuando el legislador alude a <<alimentos legalmente debidos>> (terminología actual: art 263 del C.P.), o a <<obligación legal alimentaria>> (ley 75 de 1968, art. 40), en fin, no está significando que deba existir una previa demanda de alimentos, sino que se trata de obligaciones legales por tener su fuente en la ley misma, como propias de un orden legal a la familia, el que no es solamente particular o privado, sino esencialmente social (el título XXI de C.C. precisamente tiene por encabezado <<De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas>>). Al respecto señaló la Corte: <<...3. Para iniciar proceso penal por inasistencia familiar económica, no es necesario que se haya adelantado previamente acción civil de alimentos ni que en tal sede, se fije el monto de las mesadas que ha de pagar el alimentante; pero cuando ello ocurre, el juez penal deberá atenerse a la determinación tomada por la jurisdicción civil o de menores, según el caso, porque son las llamadas preferencialmente a decidir sobre estas cuestiones. Si eso sucede, y el alimentante; considera que el monto de las mesadas es excesivo en razón de su precaria disponibilidad económica, ante aquellas jurisdicciones ha de acudir para impetrar su rebaja y no ante el juez penal que conoce del respectivo delito. Éste solamente se ocupa de fijar el monto de las mesadas, cuando tal determinación no haya sido tomada por el juez civil ordinario o de menores y sea indispensable para conocer y decretar las medidas de suspensión de la acción penal, libertad provisional o condena de ejecución condicional, en cuanto ellas exigen que el procesado garantice el cumplimiento de aquellas obligaciones alimentarias cuya violación generó el delito (arts. 660 y 661 del C.P.P.). Compete al juez penal, desde luego, examinar en su oportunidad si el incumplimiento de su obligación alimentaria tiene o no fundamento en justa causa, que bien podría ser insolvencia económica insuperable<sup>51</sup>.

“Esta tendencia doctrinaria, seguida por el juzgador de ese entonces, consideraba muy sensatamente, que sólo a partir del momento en el cual se asumía el cumplimiento de la

---

<sup>51</sup> Magistrado ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía, Abril 17 de 1980. Cita de la Corte.

obligación alimentaría, empezaba a correr el periodo prescriptivo de la acción penal, en tratándose del ilícito que se comenta o el de caducidad de la querrela respectiva. Y como con anterioridad a ésta e inclusive con posterioridad a la misma, el incumplimiento era una realidad insoslayable, en ese orden de ideas, nada se oponía a tener la querrela como válidamente formulada en todos los sentidos, y a computar como período propio de la vulneración al bien jurídico protegido, todo el tiempo en el que el padre del menor, sin justa causa, se sustrajo a la satisfacción de obligación alimentaria sin que ello signifique, dentro del marco de la tesis jurídica a que se acogió el fallador, que se estaba dando <<relevancia procesal penal a un “íntegrum” acomodaticio y hasta caprichoso>>, como lo asegura el recurrente.

“En la sentencia condenatoria de segunda instancia, se trae a colación un aparte doctrinario del doctor REYES ECHANDIA, en su obra *Delitos contra la asistencia familiar*, que es reproducido por la delegada así:

“<<A partir de uno cualquiera de los momentos precedentemente señalados, puede iniciarse el incumplimiento de la obligación alimentaria y, por ende, el reconocimiento judicial por la vía civil del débito económico, en el monto que corresponda a la respectiva situación; la no cancelación de las mesadas, provisional o definitivamente decretadas por el Juez Civil o de Menores, ubica al incumplidor en el marco de este tipo penal; lo que no significa que la configuración del hecho punible, dependa de la declaración judicial de alimentos o del no pago de las mesadas decretadas, pues él surge realmente desde el mismo día en que existiendo para el agente la obligación alimentaria, deja de satisfacerla, independientemente de que una decisión judicial haya reconocido la existencia de aquél deber y haya decretado el monto de las mesadas. Necesario es entonces, distinguir el momento en que nace para el agente la obligación de suministrar alimentos y aquél en que tal obligación es judicialmente declarada; si bien la exigibilidad civil de aquella nace a partir de este segundo momento, la configuración material del hecho punible, emerge desde el primero, porque es el que naturalísticamente corresponde a la omisión del deber legal de asistencia económica o que el legislador quiso penalmente sancionar. Para despejar cualquier equívoco sobre

este punto, dispone el inciso final del art. 663 del C. de P. P., que para iniciar acción penal por ese delito no se requiere previa demanda de alimentos>>.

“Se reitera, contra tal parecer doctrinario, que otros presentaron opinión distinta; pero ello mal puede conducir a remover decisiones con carácter de cosa juzgada. La intangibilidad de ésta no puede estar supeditada a tal acaecimiento, pues así se destruiría la seguridad jurídica porque como es sabido, el derecho es campo fértil para la discusión doctrinaria. Con razón se ha dicho:

“<<El derecho no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas: Su naturaleza teleológica-valorativa, enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula deben ser objeto de interpretación.

“<<Interpretar o desentrañar el sentido de la norma es tarea esencialmente personal en la que la ley y el intérprete se interrelacionan e influyen mutuamente para la solución de un caso particular. De una parte, la ley con su mandato general y abstracto concebida de manera estática en cláusulas gramaticales, de otra, el intérprete, influido por sus propias vivencias culturales y por la concepción que tiene del derecho, que busca darle dinámica a esa ley, particularizando para el caso concreto el mandato en ella subyacente”>>

“<<En atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea interpretativa, es fácilmente comprensible que con relación a un mismo punto jurídico, puedan darse respuestas diversas, bien porque se tomen distintas fuentes de solución, bien porque se difiere en el método interpretativo que se escoge. Sin embargo, esta es una constante del derecho, de modo que acoger una tesis concreta, con mayor razón cuando cuenta con respaldo en el criterio de autoridad, es actitud que no merece de suyo reproche jurídico-penal>><sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Magistrado Ponente Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, Agosto 30 de 1983. Cita de la Corte.

“Resulta claro, entonces, que si se busca remover la intangibilidad de la cosa juzgada, acudiéndose a la causal 2ª. Del artículo 231 del C. de P. P., es menester que esa prescripción de la acción o esa falta de querrela válidamente formulada aparezca como un hecho cierto, indubitable, indiscutible, no que tales fenómenos puedan negarse con respaldo en posición doctrinal respetable, porque así las cosas, a nadie se le ocurriría decir que se está manteniendo un fallo inicuo, constitutivo de factor de alarma social, de recelo y desconfianza en las instituciones o de desafuero de la administración de justicia. No habría allí razón para atacar la fe de los asociados en el acierto, y certeza de la justicia”<sup>53</sup>.

#### **V.6.3.5. Nuestro criterio**

Se colige, que la decisión depende de la estructura sistemática que el ordenamiento general ha dado a la obligación alimentaria, pero tiene clara incidencia en el orden criminológico, ya que el legislador de 2000, además de no aceptar el condicionamiento que se critica, optó por no imponer al sujeto pasivo la necesidad de acudir previamente al proceso judicial civil, en ocasiones lento, engorroso y sobre todo poco coercitivo, para que se le abrieran las puertas del ámbito penal que por su naturaleza y consecuencias genera mayor coactividad frente al agente, con lo cual el sistema adoptado tiene clara incidencia en los órdenes preventivo y disuasivo e implica gran valoración de los intereses jurídicos en juego por parte del legislador. De todas formas no pasamos por alto que, tal como se ha venido diseñando la protección, para algunos puede constituir violencia al principio de residualidad e intervención mínima y tolerancia normativa a la ineficacia y lentitud del mecanismo de control civil, al cual puede dotársele de instrumentos plenos de efectividad como la caución o garantía, luego que se han reconocido y cuantificado los alimentos.

---

<sup>53</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, M. P. Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ, Acta No. 23, 03-04-90, Gaceta Judicial No. 2442, T. CCIII, pág. 311

Por lo demás, también hay que aceptar que al ingresar al campo penal el incumplimiento de los deberes de asistencia alimentaria, puede generar -y de hecho ha generado situaciones de abuso-, ante las cuales debe estar atento el funcionario judicial: proceder a la querrela penal reiterada y cumplirse por simple rechazo o utilizar este instrumento penal como amenaza permanente para la persona obligada, con el fin de obtener la satisfacción de caprichos o prestaciones no incluidas en el deber legal, o sencillamente, intimidar con la puesta en marcha del aparato penal con ánimo vindicador o coactivo de eventuales incumplimientos de deberes morales o afectivos,

#### **V.6.3.6. El lugar de comisión. Determinación Jurisprudencial**

Finalmente, con respecto al lugar de comisión y para atender la fijación de la competencia territorial la Corte Suprema expresó: “Y en cuanto al aspecto territorial, el art. 13, ibídem señala que el hecho punible se considera realizado, <<2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida>>.

“El menor en cuestión, residía con su madre en la ciudad de Florencia, siendo entonces este lugar donde el acusado estaba obligado a cumplir con su manutención; de ahí que fuera en esa ciudad donde la esposa formuló la correspondiente denuncia, ya que según el art. 74 del C. de P: P., el competente es <<el juez donde se realizó el hecho punible>>.

“Más resulta que posteriormente madre y menor emprenden viaje a Bogotá y en esta ciudad establecen su residencia: para la Sala es claro que esta mutación territorial no puede tener la capacidad de “remover o revocar” de suyo, la competencia que por tal factor había echado raíces en el lugar debido, es decir en Florencia, donde -como se vio- nació y <<empezó a permanecer>> la acción omisiva que en este proceso se le reprocha al acusado.

“Si se pensara de modo diferente, como lo hace el Juez de Florencia, tendría que admitirse que en estos casos la competencia estaría al vaivén o al mero capricho del

titular del derecho, y que el procesado tendría que seguir a éste (jurídica y materialmente) por donde quiera que fuere, en una suerte de peregrinaje de verdad inadmisibles.

“Estas consideraciones bastarían para no admitir al cambio de competencia alegado por el Juez de Florencia. Empero, en el C. de P. P., existe una norma que viene a avalar dichas consideraciones: según el art. 75 del referido estatuto, <<cuando el hecho se haya realizado en varios sitios>>, conocerá de él, el Juez del territorio donde primero se formule la denuncia o el que primero haya abierto investigación.

“En la actualidad, que es cuando se discute la competencia en este proceso, es perfectamente dable sostener que el presunto delito de inasistencia alimentaria endilgado al señor ....., ha tenido ocurrencia en varios sitios (Florencia y Bogotá), y que puede seguir transitando por otros lugares, en la medida en que (subsistiendo el cargo de “sustracción”), el menor acreedor de los alimentos continúe cambiando de residencia.

“Esta Sala, al tratar un caso análogo al presente, dijo en auto del 9 de julio de 1989<sup>54</sup>:

“<<En este caso no existe duda de que la omisión delictiva se empezó en Barbosa y continuó en Bogotá, y el hecho de que la querellante y su hija se hayan trasladado a esta ciudad, no significa que se trate de dos hechos independientes por el cambio de residencia del sujeto pasivo; la conducta permanece en el tiempo y se trata de un solo delito.... La verdad es que ésta (la omisión) continuó, o sea, “el lugar donde debió realizarse la acción omitida, es tanto Barbosa como Bogotá”>>.

“En estas condiciones, impera acudir, como lo afirmó acertadamente la Juez Penal de Barbosa, a la competencia a prevención regulada por el artículo 75 del C. de P. P. ...”<sup>55</sup>.

#### **V.6.4. Autoría y Coparticipación**

---

<sup>54</sup> M. P. Dr. MARTINEZ ZUÑIGA. Cita de la Corte.

<sup>55</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. M. P. Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ, Acta No., 14, 27-02-90, Gaceta Judicial No. 2442, T CCIII, pág. 210.

#### **V.6.4.1. Coautoría y determinación**

Aunque se trata de un tipo penal monosubjetivo, tanto en la parte activa como pasiva, por lo primero basta que una sola persona realice el comportamiento descrito; es perfectamente admisible la coparticipación criminal en grados de complicidad y determinación.

La figura del determinador, nominalmente llamado *actor integral*, provocador, inductor, instigador, se radica por lo común en quien provoca con eficacia, en otro sujeto el acto criminoso, desde su propia ideación quedando el dominio del hecho en el ámbito del determinado y con ello la ejecución material del ilícito, medios de determinación aplicables al presente tipo penal que pueden ser el mandato, el consejo, la orden, el convenio o la promesa remuneratoria, el determinador debe aparecer como causa eficiente del delito.

Además, en el presente caso, para que surja la figura del *determinador*, el hecho típico debe haberse perfeccionando o el acto punible integral, haberse consumado pues al tratarse de un tipo unisubsistente de omisión, no admite la ejecución imperfecta; si el tipo no ha alcanzado el referido rango de consolidación, la actuación del instigador o provocador sólo podrá eventualmente ser inculpada con base en el tipo especial de instigación para delinquir. De igual forma debe admitirse la posibilidad de la codeterminación; en ésta, una pluralidad de sujetos -muy frecuente en nuestro medio por parte de miembros del núcleo familiar del agente-, realizan acciones idóneas de condicionamiento o instigación para que el agente se sustraiga al cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. No obstante, aclaramos que la recomendación, concepto, opinión o simple consejo sobre el no cumplimiento del deber, quedan al margen de la figura de la instigación, pues por regla general no revisten las características de idoneidad y eficacia, aspectos que, obviamente, deben ser examinados en el caso concreto.

También como ya es sabido, el tipo es de sujeto activo calificado en los órdenes jurídico y natural, aspecto que no impide aceptar la coparticipación en forma delictiva, si el copartícipe -determinador o cómplice- no reúne las calidades específicas referidas, es decir, no se encuentra dentro de las relaciones jurídicas familiares impuestas normativamente, para la configuración del tipo (*extraneus*), en directa aplicación del art. 30 numeral 4º (C. P. de 2000), que precisamente permite la atenuación punitiva para el interviniente *extraneus* en lo relativo a determinadores y cómplices.

#### **V.6.4.2. Complicidad**

Esta figura también es aplicable y pretende incriminar la conducta de quien sin tener las específicas y concretas calidades exigidas al sujeto activo en relación con la víctima, presta ayuda al actor, directo o inmediato, con la consciencia de que actúa ayudando o colaborando en la realización de un hecho punible perfeccionado y consumado por aquél. Por ello, procede cualquiera de las clases y grados de complicidad previstas en el artículo 30, inciso 3º (C. P. de 2000). La hipótesis de la complicidad será frecuente, cuando estamos delante de la modalidad agravada prevista en el art. 234, por la ocultación fraudulenta, disminución o gravamen de la renta o patrimonio del agente, cuando se interviene a título de ayuda en la realización de alguna de tales acciones, con el propósito determinado en la norma.

#### **V.6.5. Concursos**

En las discusiones que dieron origen al proyecto de 1974, se propuso sin éxito la introducción de la cláusula legal de reserva: “Salvo que el hecho no constituya delito más grave”, lo cual excluiría muchas hipótesis de concurso heterogéneo, homogéneo o sucesivo. En realidad, los elementos normativos de reenvío a la legislación civil, que contiene el tipo, pregonan su total independencia de adecuación, pudiéndose tan sólo proclamar el fenómeno concursal en los órdenes causal, efectual y de medio afín, por el aspecto simultáneo o de una sola conducta. Así, habrá concurso material heterogéneo por el medio, si para sustraerse a la prestación alimentaria, el agente

incurre en falsedad documental al alterar, suprimir o falsificar documento público que pruebe su relación parental con el alimentado. En la causa del presente delito comprendida en su aspecto material, podemos encontrar concurso material con el delito de violencia intrafamiliar, si el incumplimiento de la obligación alimentaria ha sido precedido de maltrato físico, psicológico o moral. En el orden efectual, podría pensarse en el atentado contra la integridad personal, lesiones personales, efectivamente producidas, por el simple hecho de omitir el deber legal, que afectarían la integridad corporal o la salud del sujeto pasivo, y aún más, que se erigiesen en amenaza contra su vida, aceptando que tal suceso sólo puede configurarse materialmente, en hipótesis límite del todo excepcionales, que deben ser examinadas, tanto a la luz de la causalidad -nexo efectual estricto-, como respecto del incremento o desbordamiento del riesgo creado sobre el bien jurídico protegido en el orden efectual.

#### **V.6.6. Tipo Subjetivo**

##### **V.6.6.1. Modalidades dogmáticas**

La acción exclusivamente dolosa por determinación normativa; la configuración material u objetiva del comportamiento descrito, admite perfectamente la realización por imprudencia; no obstante, el descuido y la negligencia no entran en la cobertura penal, por no haber sido incriminados en forma expresa. Tan sólo en el proyecto de 1978, se contempló la posibilidad de la represión penal de la omisión alimentaria a título de culpa, propuesta que no tuvo acogida en los textos definitivamente adoptados en 1980 y al parecer no fue ni siquiera estudiada en el proceso de preparación del Proyecto de Ley No. 40 de 1998, que culminó con la expedición de la Ley 599 de 2000. A este respecto ha manifestado la Corte Constitucional: “Como lo ha señalado la Corte, se trata de una conducta activa que exige dolo o intención. Por lo tanto, la inobservancia del deber queda justificada si se produjo como efecto de un acontecimiento que imposibilitaba su cumplimiento o que lo excusaba temporalmente<sup>56</sup>, como sería, por

---

<sup>56</sup> Al respecto, Cfr. La Sentencia T-502/92. M... P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Cita de la Corte

ejemplo, contar con un patrimonio notoriamente menor a aquel que se tuvo como base para determinar la correspondiente obligación<sup>57</sup>.

El dolo presente en este delito, exige el conocimiento de la existencia de la obligación alimentaria en cabeza del sujeto pasivo, unido al agente por vínculo familiar dentro de los límites fijados tanto por la normatividad civil como en la segunda restricción hecha en el propio precepto punitivo. De esta forma, el elemento cognoscitivo exigido en la nueva comprensión del dolo adoptada en el art. 22 del Código de 2000, no debe incluir el conocimiento de la ilicitud, pues sólo se refiere a la parte objetiva del comportamiento o supuesto de hecho típico. Por el aspecto volitivo, la modalidad dolosa de omisión, exige la expresión voluntaria, el querer idóneo y efectivo de sustraerse a cumplir la obligación alimentaria de origen legal; en este caso la omisión puede ser dirigida y concretada en los órdenes causal y final por la voluntad; por tanto, el agente debe querer la realización del tipo objetivo esto es, que la obligación alimentaria quede en efecto inobservada o incumplida al recaer sobre alguno de los sujetos pasivos comprendido por la norma y regir esa voluntad a obtener dicho propósito.

En el momento cognoscitivo se requiere entonces, para que la omisión aquí considerada sea típica en fase subjetiva, el hecho de que se conozcan todos los incidentes objetivos del tipo: que se está omitiendo el desarrollo de unas acciones positivas concretas y determinadas, que esa omisión recaiga sobre una obligación alimentaria de origen legal y que el titular de dicha prestación sea un familiar ubicado dentro del marco típico, vale decir, que sea un ascendiente, descendiente, adoptante adoptivo o cónyuge, y no un extraño al vínculo familiar no incluido en la norma; por ejemplo, hermano, primo, etc.. El momento volitivo supone tres requisitos: generar la realización del hecho típico, que esta voluntad pueda manifestarse idóneamente, esto es, que el agente está en posibilidad de realizar lo querido, y en tercer lugar, que lo deseado sea cabalmente conocido, de acuerdo con lo cual, la voluntad supone el conocimiento y la posibilidad real o material de alcanzar el fin.

---

<sup>57</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia, C-388, 5-04-02, expediente D-2588. M. P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

### V.6.6.2. Error de tipo. Ausencia de dolo

El error sobre el tipo o sobre cualquiera de las causales excluyentes de responsabilidad penal, puede también configurarse en el delito de inasistencia alimentaria. Así, el agente se sustrae al cumplimiento de la obligación, con el convencimiento errado e invencible, de que en su actuar no concurre alguno de los elementos de la descripción y sin embargo ésta efectivamente se configura; será frecuente el error sobre la propia inasistencia de la obligación alimentaria, el cual ha de ser esencial e invencible, o a su vez puede derivarse del error sobre las calidades exigidas por el tipo penal, al sujeto pasivo; el error sobre alguna de las causas de ausencia de responsabilidad, puede ocurrir si el agente incumple la obligación, convencido en forma errónea e invencible de que está amparado por una causal de justificación o exculpación que en verdad no está consagrada; o de la actuación en error también invencible acerca de alguno de los requisitos necesarios, para configurar la respectiva justificante o eximente o, en suma, por haber juzgado también erróneamente la realidad del hecho generador de una causal de falta de responsabilidad; así, por ejemplo, la existencia del peligro actual, inminente y no evitable de otra manera, para el caso del estado de necesidad que se acepta como admisible ante el hecho típico y antijurídico de la inasistencia.

Igual puede acontecer, en cuanto al convencimiento erróneo e invencible sobre la validez del consentimiento del sujeto pasivo, que renuncia de manera formal a la prestación, sin que al agente le sea dable advertir plenamente la indisponibilidad de este derecho que establece la normatividad sustancial civil.

Ante el error sobre los presupuestos objetivos de alguna de las causales de falta de responsabilidad, el nuevo estatuto le da el tratamiento equivalente al otorgado al error de tipo, con trascendentes consecuencias prácticas y contrariando la doctrina más acatada que propende a dar a ellas, el tratamiento de error de prohibición o error sobre la licitud, bajo el válido argumento de que en tales casos se está en la creencia errónea de obrar lícitamente<sup>58</sup>; el punto revela un tratamiento inadecuado del error de

---

<sup>58</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, **Derecho Penal, Parte General**. Ob. cit. pág. 287

prohibición en nuestra normatividad, con graves efectos en el orden punitivo, pues si al fenómeno se lo considera como error de tipo, la exclusión de la responsabilidad es absoluta y solo se mantiene si es vencible y la conducta ha sido prevista como culposa, mientras que si se le otorga el tratamiento de error de prohibición y es vencible, el dolo se mantiene y la pena se rebaja tan solo a la mitad.

## **V.6.7. ANTIJURIDICIDAD**

### **V.6.7.1. Aspecto positivo**

Se ha establecido que el delito de Inasistencia Alimentaria, es un tipo de lesión, por cuanto el bien jurídico específicamente tutelado -cumplimiento cabal y oportuno de los deberes legales de naturaleza alimentaria-, es en verdad vulnerado por la realización del comportamiento; de suerte que la antijuridicidad, en su aspecto positivo material, se especifica en la referida lesión, la cual no trasciende a la relación concreta del sujeto pasivo, pues el presente tipo no protege en forma inmediata sus derechos personales, sino la observancia cabal, se reitera, de los deberes económicos familiares del agente, o sea, que la víctima bien puede ver satisfechos los recursos que necesita para su subsistencia por caminos bien diferentes: la caridad pública, su esfuerzo laboral, su buena suerte, etc., casos en los cuales no se ven afectados los referidos intereses, y todo ello durante el tiempo de ejecución de la conducta por parte del agente, y, sin embargo, al interés familiar tutelado en forma específica se le lesiona efectivamente, lo cual integra la nota de antijuridicidad positiva.

#### **V.6.7.1.1. La justificación**

La expresión "sin justa causa", remite a todo el ordenamiento jurídico, incluida la legislación civil (arts. 411 y ss. del C. C.), la cual especifica las condiciones en que puede darse, la autorización legal del comportamiento y hace las exclusiones pertinentes; a su vez, la expresión denota una reiteración del elemento antijurídico que se puede aceptar con afán legislativo de darle claridad a la oración típica.

Por el aspecto negativo se colige entonces, que la conducta típica en el plano objetivo, debe además de lesionar el bien jurídico tutelado, hacerlo sin justa causa, expresiones utilizadas de igual manera y con alcances idénticos tanto en el art. 11 (C. P. de 2000) como en el presente artículo 232, ídem; en el primer caso, como principio general rector, aplicable y válido para todos los tipos penales descritos en la parte especial, y en el segundo, como una reiteración que sólo puede tener como fundamento, asignarle relieve delictuoso a la oración típica, pero que es del todo innecesaria, puesto que la omisión descrita no es por sí misma lícita o jurídica, sino que en su propio contenido alberga una carga antijurídica tanto en lo formal como en lo material, es decir, en cuanto condición conducta-derecho y ataque al bien jurídico protegido -lesión o por lo menos peligro-. Por ello, se trata de una introducción del elemento antijurídico en la estructura material del tipo objetivo, que tan solo recuerda al intérprete la necesidad de realizar el juicio negativo de antijuridicidad o no justificación de la conducta típica y antijurídica, desde el punto de vista material o positivo, lo cual nos introduce en el tema de la justificación, aplicada en el delito de inasistencia alimentaria.

#### **V.6.7.1.2. La justificación dentro de la ausencia de responsabilidad**

Se conoce que la justificación, tiene la virtud de convertir una conducta típica en justa y no apenas en excusable, convierte el hecho, típico y antijurídico materialmente, en lícito y jurídico, ante una “justa causa”, tanto la realización del tipo objetivo -para el caso, la sustracción al deber alimentario dentro de los presupuestos de la norma, con pleno conocimiento de todos sus elementos y perfecta voluntad para su realización-, como la efectiva lesión al bien jurídico protegido, se tornan permitidos o autorizados por el ordenamiento; se debe interrumpir la derivación integral del hecho punible, impidiendo no sólo la imposición de pena al agente, sino que surge de cualquiera de las consecuencias propias de la responsabilidad penal; se reitera, en síntesis la justa causa tiene el poder de convertir el hecho en lícito en todo el sentido de la expresión.

Ahora bien, acerca del tema, los proponentes y redactores del Código de 2000, tuvieron la pretensión de no matricularlo en determinada corriente dogmática, en desarrollo de la

cual se agruparon en una sola disposición rotulada como “ausencia de responsabilidad” (art. 32 íd.), las que el Código de 1980 llamó *causales de justificación e inculpabilidad* (arts. 29 y 40 íd.), lo cual no significa que pierdan su naturaleza o asuman otra nueva por simple obra de la nominación legislativa; se trató tan solo de agruparlas bajo su último común denominador, pues todas al unísono ocasionan la no responsabilidad del agente, y con lo anterior, dan margen a la elaboración doctrinal que sistemáticamente las ubica en distintas esferas del hecho punible, dependiendo del punto de partida que se tiene respecto de la naturaleza de la conducta, que corresponderá a diversos contenidos de los diferentes elementos de aquel hecho: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; por ello las diferentes vertientes doctrinales califican indistintamente las llamadas *causas de ausencia de responsabilidad*, ya como causas de atipicidad, causas de justificación o circunstancias exculpantes, pero siempre entrañan la no ideación de responsabilidad penal.

#### **V.6.7.2. Aspecto negativo. Causales de justificación**

Dentro de la sistemática del conjunto de causales de ausencia de responsabilidad, adoptada por nosotros y recogidas en el art. 42, son justificantes: el consentimiento del sujeto pasivo, el cumplimiento de un deber legal, la orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho, actividad lícita o ejercicio de cargo público, la legítima defensa y el estado de necesidad; pero esta enunciación normativa no se puede considerar exhaustiva o limitativa, por dos razones fundamentales: la primera que la justificación es materia permisiva y por tanto admite la aplicación extensiva, conforme al inciso 3º del art. 6º (C.P. de 2000), y segunda, por la propia comprensión dogmática del tema, pues la juridicidad y su polo opuesto remite a todo el contenido del ordenamiento, entendido como sistema, el cual es utilizado para estos propósitos como simple instrumento del derecho penal; así, cualquier considerando lícito, vale decir, autorizado o por lo menos permitido, cuando no ordenado e impuesto, desde el punto de vista positivo por cualquier rama del derecho -civil, comercial, administrativo, etc.-, produce necesariamente la justificación en el ámbito penal, esto es, puede estructurar la justa causa; por lo tanto, se debe colegir que la justificante

generadora de la juridicidad de la conducta puede tener su origen en cualquier disposición, de cuya aplicación se derive la autorización de la conducta típica. Esta comprensión es de trascendencia, a la hora de analizar el elemento antijurídico en el delito de inasistencia alimentaria, como pasamos a estudiarla, en referencia simultánea a las justificantes consagradas en el art. 32 (C. P. de 2000) y a las justas causas entronizadas por el ordenamiento civil.

#### **V.6.7.2.1. Consentimiento del sujeto pasivo**

El numeral 2º del precitado artículo 32, dispone que no habrá responsabilidad penal si se actúa con el consentimiento válidamente emitido por el titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer de aquél. Sobre el punto consideramos que la causal, relaciona de manera directa, el consentimiento con el objeto de protección ello hace aconsejable tratarla, en la mayoría de los casos, dentro de aquellos en que se incluye claramente el delito de inasistencia alimentaria, como motivo de justificación, por disparidad a la doctrina que estudia la manifestación de voluntad del sujeto pasivo como elemento del tipo de injusto, puesto que, los tipos penales se construirán sobre la oposición del titular del derecho; con ello su consentimiento generaría falta de acción, concepto que no aceptamos, por que todos los tipos penales tendrían la misma característica, con lo cual la ubicación sistemática nada aporta al juicio de tipicidad objetiva y sí trae como consecuencia el descuido en el estudio del objeto de protección. Partiendo de la anterior premisa, analicemos la procedencia o improcedencia del consentimiento del titular del derecho alimentario como causal de justificación de la conducta omisiva efectivamente realizada.

Los requisitos para que el consentimiento llegue a ser justificante es que sea claro e inequívoco, admitiéndose tanto el expreso como el tácito; en segundo lugar, ha de ser válido, es decir, que esté exento de vicio de la voluntad de quien lo emite por error, coacción o engaño, en tercer lugar se requiere la capacidad del sujeto para consentir la disposición del bien jurídico y, en cuarto lugar, encontramos la disponibilidad del derecho respecto del cual se da el consentimiento, aspecto este último que impone la

inadmisibilidad de la justificante ante el delito de inasistencia alimentaria, pues se trata de un derecho irrenunciable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 424 C.C. “el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”; o sea, que la disponibilidad del derecho como requisito para la estructuración de la justificante, está expresamente prohibida por el ordenamiento.

#### **V.6.7.2.2. Orden legítima de autoridad competente**

Ésta será de difícil configuración ante el incumplimiento del deber alimentario, puesto que esta especie obligacional tiene prevalencia sobre cualquier otra obligación civil o comercial asumida por el agente; no obstante, en hipótesis límite podría configurarse el acatamiento del embargo y secuestro de bienes, que deja al agente en imposibilidad temporal de cumplir con sus obligaciones alimentarias, y sólo durante el tiempo en el cual se tramite la respectiva reducción de la medida cautelar de naturaleza civil.

#### **V.6.7.2.3. Estricto cumplimiento de un deber legal**

Ello puede también configurarse de manera excepcional, cuando se trata de obligaciones prevalentes sobre el deber alimentario, y puede ocurrir si respecto del agente pesan obligaciones alimentarias hacia diversas personas; el cumplimiento de una de ellas puede generar justificadamente, la inobservancia de las restantes, lo cual, por la naturaleza permanente del comportamiento, asumirá siempre el carácter de justificación temporal, esto es, podrá ser admitida mientras se cumple la adecuación judicial respectiva; en el caso en que se deban prestaciones alimentarias a varios sujetos y la jurisdicción civil establezca que el agente deberá atender a uno de ellos, respecto de la omisión que acontezca acerca de los restantes, debe proceder el reconocimiento de la justificante por cumplimiento de un deber legal, ya que, como lo admiten mayoritariamente doctrina y jurisprudencia, la inobservancia del deber alimentario no requiere su previo reconocimiento y cuantificación judicial, sino que

emanan directamente de la ley, aspecto que además no condiciona el ejercicio de la acción penal.

#### **V.6.7.2.4. Ejercicio de un derecho**

Se puede tener como de imposible configuración, la justificante por ejercicio de un derecho, actividad lícita o cargo público, por la prevalencia que la norma civil le da al surgimiento de la obligación alimentaria y su correspondiente cumplimiento; ante lo cual la normatividad no puede, sin grave contradicción que podría llevar a su inconstitucionalidad, establecer el derecho de algún sujeto para no cumplir sus obligaciones alimentarias; las eventuales hipótesis en las que la obligación, por ministerio de la ley, se suspende o extingue, no pueden ser sistematizadas en la referida causal de justificación, ni incorporadas dentro de la genérica expresión de “justa causa” introducida sin necesidad en el tipo objetivo, pues ellas, como ya se estudió, congloban un supuesto de inexistencia de la obligación, lo cual impone su tratamiento como casos de atipicidad por falta de objeto material.

Tal es el caso de todas las hipótesis de extinción o supresión del deber alimentario: injurias atroces del alimentario contra el alimentante (art. 44,C.C.), el cumplimiento de la edad de veintiún años del varón a quien se deban, salvo que esté incapacitado para atender su propia subsistencia (art. 422 del C.C.) y la muerte del alimentado (art.424, C.C.); suspenden la obligación, el matrimonio de la hija sobre quien proscribire el deber de asistencia económica del alimentado, o la cesación de la incapacidad para atender la propia subsistencia en el varón de veintiún años (art.422, inc. 2º,C.C.); las anteriores causas por haberse extinguido o cesado la obligación alimentaria han sido estudiadas tradicionalmente por nuestra doctrina y jurisprudencia como “justas causas” para la realización del comportamiento<sup>59</sup>; no obstante, ese criterio debe ser modificado, pues en realidad, dichos supuestos corresponden a una causa de atipicidad por falta de objeto material y por ello se ha incorporado su estudio, en el acápite correspondiente a

---

<sup>59</sup> Véase Luis Carlos Pérez, Derecho penal, t.III, pág. 304, Alfonso Reyes Echandía, Delitos contra la familia en Varios, Derecho penal especial, pág. 240 y Gustavo Gómez Velásquez, Delitos contra la asistencia familiar, ob.

la justa causa o justificación que, jurídicamente atendible, presupone la existencia y vigencia de la obligación; no es posible sustraerse al cumplimiento de una obligación que no existe o se encuentra suspendida, pues en tal caso la omisión puede realizarse en forma justificada o injustificada con justa o sin justa causa, ello es del todo irrelevante, pues siempre recaerá sobre algo que no tiene existencia jurídica, y así, desde la propia estructura típica, el comportamiento descrito será de imposible consolidación.

Para que se haga necesario el examen de la justa causa, es preciso que la obligación alimentaria, resida en cabeza del sujeto pasivo en plenitud de vigencia y validez, para el momento en que tenga lugar la acción negativa, la cual sólo puede ocurrir cuando se ha de observar el correspondiente deber, aspectos de imposible acontecer ontológico si la obligación no ha surgido, se ha extinguido o está suspendida. En otras palabras, si no hay obligación no puede haber incumplimiento o sustracción, y sólo si hay obligación el incumplimiento puede surgir amparado por una justa causa o una justificación jurídicamente atendible.

#### **V.6.7.2.5. Estado de necesidad**

Ésta, es causal que con gran frecuencia hace prosperar el juicio negativo de antijuridicidad para la conducta de inasistencia alimentaria. Ante el supuesto de hecho tipificado, puede perfectamente aparecer un conflicto de intereses afrontados por el agente en determinado momento, de los cuales se le dificulte salir sin sustraerse al cumplimiento de las obligaciones alimentarias que tiene a su cargo.

Para el caso, la justificación por necesidad, siempre se ha de referir a la confrontación de los derechos del alimentario con los del alimentante, así, la necesidad económica de éste que no le permita cumplir la prestación sin grave deterioro de su propia subsistencia, o la situación de peligro para la vida, la integridad o la salud del agente que no sea evitable de otra manera, si no sustrayéndose al pago de los alimentos debidos, debe generar justificación del comportamiento; el hecho, por ejemplo, de una

cirugía costosa que debe ser practicada al padre en forma pronta y urgente, so pena de riesgo para su vida y que ha de ser sufragada por éste, puede ocasionar el no cumplimiento por un lapso mas o menos amplio, de las prestaciones económicas debidas a su hijo, caso en el cual se considera procedente, el reconocimiento de su obrar, al amparo de una justificación jurídicamente atendible. Lo anterior como es obvio, exige el examen estricto de todos y cada uno de los requisitos dogmáticos del estado de necesidad: necesidad de proteger un derecho propio o ajeno; que éste se encuentre en peligro actual o inminente, no evitable de otra manera; que el agente no haya causado el peligro de manera intencional o imprudente; que no está obligado jurídicamente a afrontar el peligro y que por lo menos haya equivalencia entre la situación de peligro, padecida por el agente o el tercero –hipótesis también aceptable-y la lesión causada.

Por último, respecto de la admisibilidad de la justificación del comportamiento, ha manifestado la Corte Constitucional: “Las disposiciones que prevén el delito de inasistencia alimentaria, son meridianamente claras al establecer que incurre en responsabilidad penal, quien se sustraiga *sin justa causa* a la prestación de alimentos legalmente debidos (artículo 263 del C. P.), cuyo primer inciso fue declarado exequible por una sentencia de la Corte)<sup>60</sup>. Como lo ha señalado la Corte, se trata de una conducta activa que exige dolo o intención. Por lo tanto, la inobservancia del deber, queda justificada si se produjo como efecto de un acontecimiento, que imposibilitaba su cumplimiento o que lo excusaba temporalmente<sup>61</sup>. Como sería, por ejemplo, contar con un patrimonio notoriamente menor a aquél que se tuvo como base para determinar la correspondiente obligación<sup>62</sup>.

## **V.6.8. CULPABILIDAD**

### **V.6.8.1. Aspecto positivo**

---

<sup>60</sup> Sentencia C-237 de 1997, M. P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, Cita de la Corte.

<sup>61</sup> AL RESPECTO, Cfr. La Sentencia T-502 de 1992, M. P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CBALLERO. Cita de la Corte.

<sup>62</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-388, 5-04-0, expediente D-2588, Magistrado Ponente Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

La doctrina general, trata de la represión que sobre el tercer elemento del hecho punible, trae la comprensión del dolo natural en nuestro sistema normativo y su determinación como simple modalidad de la conducta punible (arts. 21 y 22 del C. P. de 2000), contra las exigencias o condiciones para que una conducta típica, antijurídica, no justificada sea culpable y con el punible, en la capacidad y la exigibilidad de otra conducta.

Así, en primer término, el sujeto debe estar, en el momento de ejecutar comportamiento negativo aquí considerado, en una situación que le permita regir su conducta de acuerdo con la prohibición normativa; por ello, no cumplirán con este requisito los sujetos en minoría de edad, inmadurez psicológica, inadaptación socio-cultural- indígenas no civilizados, o patologías síquicas, estados que manifiestan la incapacidad de motivación del sujeto por la norma infringida.

Según la sistemática adoptada por el nuevo estatuto sustancial, se ha de exigir que el agente tenga conocimiento de la ilicitud de su proceder, vale decir, que comprenda la antijuridicidad, que en este caso se concreta en la teoría de la motivación, como el motivo que tiene el agente para cumplir con la prestación alimentaria sin eludirla o sustraerse a ella; si tal consciencia no existe, no habrá motivación y la acción típica y antijurídica no adquirirá la calidad de culpable. Además, se erige en requisito para la derivación de la culpabilidad, la no exigibilidad de un comportamiento diferente, de tal suerte que el sujeto debe hallarse dentro de unos límites tangibles que hagan que en el ordenamiento, se exija el pago de la prestación alimentaria debida, de tal suerte que el cumplimiento de la misma, no puede situar a la gente en el ámbito de lo imposible o de lo heroico; este aspecto, pues, debe contemplar la solvencia o capacidad económica normal del obligado, en el momento de ejecutar la conducta negativa.

Si el agente no tiene la posibilidad económica para cumplir, el Estado no le puede ordenar una actuación diferente a la de sustraerse a dicho cumplimiento; así, por ejemplo, la situación de desempleo del agente puede propiciar la perfecta adecuación típica objetiva y subjetiva del comportamiento, antijuridicidad por efectiva lesión del bien

jurídico específicamente protegido, y aun su no justificación, pues en tal supuesto pueden no reunirse a cabalidad los estrictos requisitos del estado de necesidad, pero el agente está en absoluta imposibilidad de cumplir, no solo con las prestaciones alimentarias, sino con todo género de cargas obligacionales y aún en franca situación de no poder atender a los gastos de su propia subsistencia, y, por el contrario *ad portas* de solicitar la ayuda y solidaridad económica, a la cual recíprocamente están obligados sus familiares; en tal urgencia el Estado no podrá sancionar la omisión realizada por no hallarse en ella culpabilidad, ni por esto tratarse del surgimiento de la responsabilidad penal y, por ende, de todas sus consecuencias.

Lo anterior es ratificado por la Corte Constitucional: **“En suma, nada en las disposiciones legales estudiadas permite aseverar que el deudor será condenado a pagar una suma que le resultaría imposible sufragar y que el correspondiente incumplimiento va a culminar con una sanción penal en su contra. Por el contrario, la imposibilidad de pagar por insuficiencia de recursos debidamente documentada, constituye justa causa para disminución o suspensión temporal de la obligación alimentaria y sirve para desvirtuar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria”**<sup>63</sup>.

En la misma providencia, la Corte se limita a afirmar el contenido material de las circunstancias de incumplimiento, que pueden dar lugar a ausencia de responsabilidad penal, sin adentrarse en la discusión de técnica jurídica: “Cualquiera sea la postura dogmática que se asuma, lo cierto es que la carencia de recursos económicos no sólo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino *-a fortiori-* la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (art. 40-1 C. P); en consecuencia, tampoco este último cargo está llamado a prosperar”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-388, 5-04-00: expediente D-2588. M. P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

<sup>64</sup> Sentencia C-237 de 1997. M. P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

En suma, muy aplicable a los presupuestos objetivos del delito de inasistencia alimentaria, cabe afirmar con MIR PUIG: “La culpabilidad no solo falta cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones síquicas distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal, a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que se ha obrado en situación de <<no exigibilidad>>, porque se entiende que el derecho no considera exigible a nadie resistir una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar”<sup>65</sup>; en tales situaciones, -la conducta no se torna jurídica o lícita -efecto propio de las causales de justificación que eliminan la nota de antijuridicidad-, sino que simplemente el Estado la excusa de manera absoluta, teniendo en cuenta la anormalidad de la circunstancia, bajo la cual se ha realizado, atendiendo exclusivamente a la posición subjetiva del agente.

#### **V.6.8.2. Aspecto negativo**

Dentro de la enunciación de las causas de falta de responsabilidad penal, por no exigibilidad de la conducta podemos incluir la fuerza mayor, el caso fortuito y la insuperable coacción ajena, perfectamente admisible para el delito de inasistencia alimentaria; situaciones de calamidad pública o privada pueden exculpar el comportamiento por fuerza mayor, por la enfermedad del agente; éstas se pueden tornar inevitables o irresistibles, en cuyo caso debe quedar eliminada la culpabilidad por no exigibilidad del comportamiento. También la insuperable coacción ajena que, ejercida sobre el cuerpo o la psiquis del agente, si por su magnitud o intensidad doblega su voluntad; para que actúe como exculpante, la coacción ha de ser insuperable, a tal punto que se note la incapacidad de liberarse de la fuerza, violencia, amenaza, temor o ataduras materiales o morales que le impone el coaccionador; actos muy frecuentes a los que se puede llegar en el deterioro de las relaciones entre familiares o intrafamiliares.

---

<sup>65</sup> SANTIAGO MIR PUIG, **Derecho Penal Parte General**, pág. 644

El error de prohibición, es también admisible para el presente delito, en aquellos casos en que el agente se sustrae a cumplir la obligación alimentaria, creyendo que actúa lícitamente; el conocimiento de la ilicitud o consciencia de la antijuridicidad, se entiende ampliado, según la nueva norma sustancial (art. 32, No. 11), cuando la persona ha tenido la oportunidad, en términos razonables de actualizar el conocimiento de lo justo de su conducta. Se presentará esta clase de error en forma directa, cuando no se conoce la norma -tanto civil como penal, se trata de un tipo en blanco que en observancia del principio de legalidad, exige la misma caracterización dogmática de las norma de reenvío- y el agente considera erradamente que no debe cumplir ninguna prestación alimentaria respecto del sujeto pasivo, caso en el cual el error recaerá sobre la propia existencia de la prohibición. No sobra reiterar que esta forma de error se ubicó dentro del error *juris nocet*, al considerarse que no debía prevalecer en ningún caso -la ignorancia de la ley no sirve de excusa-, concepto que se ha tenido como injusto y que por lo demás desconoce la existencia en el propio tipo objetivo de remisiones al ordenamiento extrapenal -tipos en blanco-, como en el presente caso. Si el error sobre la licitud es invencible, se genera falta de culpabilidad y, por ende, de responsabilidad, y si es vencible, tan solo debe obrar la disminución de la pena a la mitad. Consideramos que para la aplicación de este error, debe haber una expresa claridad probatoria de su existencia, pues es de poca operancia en realidad.

## **V.6.9. PUNIBILIDAD**

### **V.6.9.1. Forma simple**

#### **V.6.9.1.1. Aspecto cualitativo**

La norma de 1980, disponía una pena de arresto entre seis meses y tres años y multa entre un mil y cien mil pesos. El artículo 233 del Estatuto de 2000, prescribió la pena de prisión, entre uno y tres años y multa entre diez y veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes. La modificación se hace por las siguientes razones:

En el nuevo estatuto, con total acierto se elimina la pena de arresto que, en la anterior preceptividad era privación de la libertad de locomoción hasta por un máximo de ocho años, según la modificación introducida por el art. 3 de la Ley 365 de 1967; esta pena corporal tan solo presentaba diferencias formales y teóricas con la de prisión, pero visto esto en el plano ontológico, la limitación absoluta de la libertad de locomoción es un fenómeno que no admite diferencias nominales; así, el arresto se erigió en una simple elaboración alejada de la realidad, y por lo demás, el propio legislador de 1980 aceptó implícitamente la inutilidad de la pena, cuando la definió de idéntica manera a la prisión: "...consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en los lugares y formas previstos en la ley" (arts. 45 ídem); las diferentes condiciones materiales de cumplimiento del arresto elaboradas tan sólo a título teórico y nominal, nunca se llevan a la práctica; las condiciones inhumanas de reclusión y el régimen administrativo en nada diversifican entre el arresto y la prisión. La modificación habría sido planteada de tiempo atrás por la doctrina más autorizada. ....".

#### **V.6.9.1.2. Aspecto cuantitativo**

Por el aspecto cuantitativo, en el nuevo estatuto se instituyó la exclusiva modificación del mínimo de pena corporal; éste se eleva de seis meses a un año, en aparente desarrollo del criterio criminológico adoptado en la motivación, según el cual, se procuraba eliminar las penas corporales de corta duración que según la concepción positivista eran ineficaces y con muy poco margen disuasivo y preventivo; pero algunos piensan que si el anterior criterio, se hubiera llevado a sus últimas y reales consecuencias, para especies delictivas como la presente, lo lógico hubiera sido la eliminación de la pena privativa de la libertad y su sustitución por una pena pecuniaria severa de claros y positivos efectos en el orden preventivo-disuasivo; acerca de esto hay quienes consideran, que por medio del tipo de inasistencia alimentaria, se incrimina el incumplimiento de una prestación económica, perfectamente reprimible y sancionable bajo formas de punibilidad que revisten la misma naturaleza. Por lo demás, se anota que en el criterio de severidad de la pena privativa de la libertad, nada aporta a la solución de los conflictos familiares que subyacen en esta expresión delictuosa. En

cuanto a la cuantificación de la pena de multa, que ha ocurrido en el nuevo estatuto, observamos que se ha cumplido la adecuación al sistema de unidades de multa especificadas en salarios mínimos legales mensuales, del todo pertinente por cuanto esta especie de pena se tornó ineficaz, a causa de que los sistemas de cuantificación y cumplimiento diseñados en el Código de 1980, la regulación de un máximo y un mínimo concretos, basados en unidades monetarias de un mil a cien mil pesos, la hacen a todas luces inconveniente, pues la inestabilidad económica, muy propia del estado de desarrollo del país, tiene su primer asomo en la devaluación monetaria, haciendo que los topes establecidos se desactualizaran rápidamente, hasta convertirlos en sumas irrisorias de nulo valor represivo y preventivo.

En cuanto a la aplicación de la pena pecuniaria, el sistema establecido en el artículo 26, prescribía tan sólo pautas generales de cuya observancia subjetiva por el juzgador se derivan situaciones de desigualdad, por no consultar de manera objetiva la real situación económica del condenado ni las obligaciones a su cargo, sancionando bajo el mismo proceso situaciones materiales francamente desiguales. Para remediar las anteriores desigualdades, el nuevo estatuto prevé dos modalidades de la pena pecuniaria: en primer término, si va acompañada de la pena de prisión, el tipo penal consagra su monto mínimo y máximo en unidades de salario mínimo legal mensual; en segundo lugar, se dispone la modalidad progresiva de unidad de multa, caso en el cual el tipo penal sólo menciona, aquella pena cuya cuantificación se realiza por grados determinados por los ingresos promedio del condenado en el último año, según las reglas establecidas en el numeral 2º del artículo 39 del C. P. de 2000; a la propia clase de pena pecuniaria corresponde la establecida para el delito de inasistencia alimentaria, la cual ha de individualizar en forma moderada el juez, teniendo en cuenta el daño causado, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto de delito, para el presente caso, el monto de la obligación alimentaria o el beneficio representado por el ilícito y, finalmente, teniendo en cuenta la situación económica del condenado, cánones que pueden parecer de una excesiva determinación subjetiva.

Es importante anotar, que el art. 233 del C.P. de 2000, fue modificado por el art. 1º de la Ley 1181 de 2007, indicando en el primer inciso de la norma, la sanción para quien incurra en el ilícito de Inasistencia Alimentaria, señalando prisión de dieciséis a cincuenta y cuatro meses y multa de trece punto treinta y tres a treinta salarios mínimos legales mensuales vigentes; esto cuando la prestación alimentaria se debe a ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente. Y en el segundo inciso del precepto, se contempla una sanción de prisión de treinta y dos a setenta y dos meses y multa de veinte a treinta y siete punto cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

#### **V.6.9.2. Forma agravada**

##### **V.6.9.2.1. Aspectos cuantitativos**

La agravación punitiva contemplada en el segundo inciso del artículo 233 (C.P. de 2000), fue introducida primero por el Decreto 2737 de 1989 –Código del Menor-, en su artículo 270, que estableció la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de uno a cien días de salarios mínimos legales mensuales, cuando el hecho se cometa contra un menor. Y luego se mantiene esa agravación por el art. 1º de la Ley 1181 de 2007.

##### **V.6.9.2.2. Fundamento incriminatorio**

Se trata de un desarrollo de la superior protección que el ordenamiento otorga al menor, al establecer que sus derechos prevalecen sobre los demás; la Corte Constitucional ha desarrollado el tema muchas veces. En relación con el principio del interés supremo manifiesto: “La prevalencia de los derechos de los menores de edad y la protección especial de los mismos como desarrollo del principio del <<interés jurídico supremo del menor>>

“3.1. Un tratamiento jurídico especial y preferente para los menores como resultado de la aplicación del principio del interés supremo, regla de derecho de orden internacional y nacional. –En el Estado Social de Derecho Colombiano, constituye un fin esencial adelantar precisas acciones que permitan a los menores de edad, alcanzar un desarrollo armónico e integral, en los aspectos de orden biológico, físico, síquico, intelectual, familiar y social. La población infantil es vulnerable y la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento, agravan su indefensión.

“Son considerados como grupo destinatario de una atención especial estatal, que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico superior, que irradia todo el ordenamiento jurídico y que, en términos muy generales consiste en lo siguiente <sup>66</sup>.

“<<(…)se trata de un principio de naturaleza constitucional, que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se les defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad<sup>67</sup>.

“Dicho interés supremo del menor, se revela como un principio, el cual implica una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucra, el cual obtiene reconocimiento en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional como nacional.

---

<sup>66</sup> Sentencia T-556 de 1998. Cita de la Corte

<sup>67</sup> Cfr. Sentencias T-408 del 14 de Sep. De 1995 y T-514 del 21 de Sept. De 1998

“Efectivamente, en los instrumentos internacionales vigentes (en la sentencia C-019 de 1993, se hizo mención de la Declaración de los Derechos del Niño del año de 1959, en el principio 2º., de la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.10) así como de los estatutos e instrumentos de los organismos internacionales especializados, que se ocupan del bienestar del niño, al igual que de la Convención sobre derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 (Ley 12 de 1991); se observan recogidos los propósitos generales aludidos para la protección de este grupo social.

“Y, particularmente, la vigencia de dicho principio se estipula en el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño, de la siguiente manera *convención sobre los derechos del niño* Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Aprobada internamente mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991. Diario Oficial N° 39640. Cita de la Corte<sup>68</sup>:

“<<<(…).

“>> Artículo 3:

“>> 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

“>>(…)>>. (Subraya la Sala).

“el ordenamiento constitucional nacional y la legislación colombiana del menor también se someten a la vigencia del principio protector del menor, a través de un tratamiento especial que los beneficia.

---

<sup>68</sup> Convención sobre los derechos del niño Adoptada por a Asamblea General de las Naciones Unidad el 20 de noviembre de 1989. Aprobada internamente mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991 Diario Oficial N° 39640. Cita de la Corte.

“por una parte, el artículo 44 de la Constitución reconoce a los menores como titulares de derechos específicos que prevalecen sobre los derechos de los demás. También como destinatarios beneficiarios de las obligaciones de asistencia y de protección a cargo de la familia, la sociedad y el Estado. La observancia de esos compromisos y la sanción por su incumplimiento, se erige como un deber general de la colectividad entera. Además, la enunciación que en esa preceptiva superior se hace de los derechos de los menores, no excluye el goce que ellos tienen respecto de los demás derechos reconocidos constitucional y legalmente, así como en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano.

“Así, el constituyente de 1991, en ese artículo 44 superior señaló lo siguiente: (...)

La definición que en esa norma se adopta de los derechos de los menores como de naturaleza fundamental, debe entenderse como el resultado de la incorporación de ese principio del interés supremo del menor en el orden constitucional, el cual no sólo configura un énfasis materializado para garantizar su eficacia<sup>69</sup> sino también como parte de la estructura del sistema normativo, pues se incluye como un precepto <<en el punto más alto de la escala axiológica contenida en el texto constitucional>><sup>70</sup> que guía la interpretación y definición de otros derechos.

“Por último, la normatividad legal vigente, del mismo modo, reproduce el principio que impone la protección de los menores. Así, se observa en el art. 20 del Decreto extraordinario 2737 de 1989, lo siguiente:

“<<Las personas y las entidades, tanto públicas como privadas, que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta, sobre toda otra consideración, el interés superior del menor >>. (subraya la Sala).

---

<sup>69</sup> Sentencia T-124 de 1994. Cita de la Corte.

<sup>70</sup> Sentencia C-544 de 1992. Cita de la Corte

“En consecuencia, la regulación que se expida sobre los derechos de los menores, deberá reflejar la dimensión normativa antes expuesta, no solo desde el punto de vista sustancial sino también procedimental, con miras a la efectividad y garantía de sus derechos y su desarrollo integral y armónico como así lo quiso el constituyente de 1991”<sup>71</sup>.

### **V.6.9.3. Circunstancias Específicas de Agravación**

#### **V.6.9.3.1. Determinación**

El artículo 234 (C. P. de 2000), reproduce la circunstancia específica de agravación para quien con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculte, disminuya o grave su renta o patrimonio. En primer término, se observa que la norma establece un tipo dependiente y subordinado de naturaleza agravada por el medio omisivo, pero la redacción no es del todo afortunada y puede, por lo menos, inducir a confusión, pues no remite en forma expresa a la conducta de inasistencia alimentaria sino a su punibilidad y al propósito de sustracción o incumplimiento del deber. Hay partidarios de que la disposición habría ganado en claridad y precisión de haberse redactado así:

“La pena señalada para la conducta contemplada en el artículo anterior, se aumentará hasta en una tercera parte, si el obligado, fraudulentamente grava, oculta, disminuye su patrimonio”. Con lo anterior se reafirmará normativamente la naturaleza dependiente y subordinada de la acción descrita. La acción continúa siendo la sustracción a la prestación de alimentos legalmente debidos.

#### **V.6.9.3.2. El medio fraudulento**

##### **V.6.9.3.2.1. Determinación**

---

<sup>71</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1064, 16-08-00, expediente D-2793, M. P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Se agrava justificadamente la punibilidad, por el medio utilizado que ha de constituir en una maniobra fraudulenta o maliciosa, en virtud de la cual se oculta, disminuye o grava el patrimonio; tales maniobras adquieren de ordinario la forma de actos jurídicos simulados, por ejemplo, ventas, hipotecas o prendas ficticias, cuando no la creación de procesos ejecutivos simulados en contra del obligado cuyas medidas cautelares - embargo y secuestro-, logran prevalecer y en múltiples ocasiones mediante el remate de bienes, alcanzan a burlar la obligación alimentaria.

La agravante se justifica plenamente, ya que tal circunstancia entraña resolución manifiesta para ejecutar la acción negativa descrita; otra posición doctrinal afirma que los hechos descritos son los procedimientos para sustraerse a la obligación, y como ésta es elemento del delito, no puede constituir circunstancia de agravación, con lo cual la presente norma violaría el principio *non bis in ídem*.

Por lo tanto, en estricto sentido, no se trata de una forma agravada por especificación de complemento subjetivo, que si bien es posible dogmáticamente, siempre se debe referir a una finalidad propuesta determinada, que para efectos de la tipicidad objetiva es irrelevante que en efecto se alcance o no, ello es simple: basta que el agente revele dicho propósito en el momento de la realización de la conducta típica. No sucede lo mismo en el artículo que se comenta, pues pese a la deficiente redacción normativa el propósito incorporado debe ser efectivamente logrado; en otras palabras, el fraudulento ocultamiento, disminución o grabación patrimonial, se debe realizar con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, objetivo que debe ser logrado en efecto, es decir, debe alcanzarse el incumplimiento de la prestación, pues si no se cumple en su integridad, el tipo básico y subordinante no puede generar agravante y por ello se debe concluir que resulta del todo irrelevante y aun inconducente la mención al propósito, pues ella no cumple ninguna función dogmática, puesto que es eficaz no por la finalidad propuesta sino por el medio utilizado; el aspecto finalístico no es el importante, sino que, -reiteramos-, se incrimina a título agravado un medio especial de comisión para perpetrar la conducta básica, la cual debe consolidarse plenamente.

#### **V.6.9.3.2.2. Las acciones - medio**

Las acciones medio, incriminadas en forma alternativa equivalen a la producción de la insolvencia simulada o fraudulenta del agente, produciéndose –mediante ellas- la sustracción al cumplimiento de las prestaciones alimentarias. Se concretan de muy diversos modos, por el traslado material o jurídico de bienes en su guarda o en la simulada o fraudulenta imposición de gravámenes a ellos; en su traspaso ficticio o en la disminución patrimonial simulada mediante, por ejemplo, la asunción de compromisos o deudas irreales. Por un primer aspecto, se puede tratar entonces de la provocación del estado de insolvencia, en una connotación más jurídica que material; sin embargo, estimamos que para la configuración agravada, no es necesaria la insolvencia material; objetiva y absoluta; basta la disminución patrimonial hecha de modo fraudulento, como medio para cumplir eficazmente el deber alimentario; se pueden mencionar también las hipótesis de la realización agravada, la destrucción de bienes, su inutilización o daño, su desaparecimiento, la disminución de su valor, expresiones comportamentales agravadas por los verbos *ocultar, disminuir o gravar*.

Además, el utilizar el medio fraudulento dentro de presupuestos objetivos de la norma, fundamenta la incriminación agravada. Se penaliza la maniobra, “maña” o argucia de que se vale el agente, para sustraerse al cumplimiento del deber legal reseñado por el tipo básico.

#### **V.6.9.3.2.3. Ausencia de complemento subjetivo**

No sobra reafirmar una vez, que este tipo agravado no puede contener complemento subjetivo, ya que –no obstante la controvertida redacción de la norma- el agente no debe proponerse como finalidad específica el incumplir la obligación alimentaria con amenaza de los derechos del sujeto pasivo, pues de ser así, estaríamos delante de un tipo autónomo de peligro en el que sería irrelevante la efectiva obtención de dicha finalidad, cuando lo cierto es que la norma adquiere sentido dogmático, si la

sustracción al deber alimentario, se ha producido mediante la fraudulenta ocultación, disminución o agravación patrimonial.

La acción-medio de naturaleza fraudulenta debe recaer, para que surja la agravación punitiva, sobre la masa patrimonial del agente, constituida tanto por los bienes sobre los que se deben derechos reales específicos, como sobre sus frutos o utilidades - rentas- así como sobre el pasivo pues sobre ambos aspectos es viable la realización de maniobras fraudulentas de disminución, ficción, traspaso, endoso, enajenación, etc., todas ellas incriminadas por la norma. El objeto sobre el cual recaiga la maniobra fraudulenta, pueden ser bienes materiales o derechos incorporales, muebles o inmuebles sin restricciones o condicionamiento alguno.

#### **V.6.9.3.2.4. Objeto material de la agravante**

Es necesario aclarar, que la acción incriminada a título agravado apenas comprende los bienes, la renta y patrimonio del agente del delito de inasistencia alimentaria, pero no su persona; es decir, que aquel pueda utilizarse para realizar el tipo básico, o sea, el desaparecer, ocultarse o disfrazarse, maniobras que siguen revistiendo la calidad de fraudulentas y servir de medio idóneo para ejecutar el resto de ellas, pero no están acriminadas a título agravado, pues delante de aquéllas deberá derivarse exclusivamente la forma simple, ya que el presente canon, hace estricta referencia al elemento real, renta o patrimonio del agente.

Por último, advertimos que las circunstancias de agravación específica, significan estructuralmente cualificación o modificación de alguno de los elementos esenciales de la conducta básica o simple, que en concepto del legislador intensifica la gravedad de la conducta por incremento de la lesión, el daño o la reprochabilidad social; por ello se comprende que en presente caso, se establece agravación por la naturaleza del medio utilizado; lo cual no puede siquiera inducir a pensar que el precepto implica violación al principio de *non bis in ídem*, como lo consideró en nuestra doctrina el Profesor ARENAS: “Nos parece discutible, porque los hechos descritos son una manera o

procedimiento para *sustraerse* al cumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, y como éste es elemento del delito no puede tenerse en cuenta también como circunstancia de agravación. Nos inclinamos a pensar que este aspecto de la reforma es violatorio del <sup>72</sup>principio *nos bis in ídem*”.

*El profesor PEREZ, analizando tan sólo la naturaleza del elemento objetivo de la agravante y su fundamento de acriminación, reafirma el criterio dogmático que hemos dejado expuesto: “Son conductas calificadas especialmente por el fraude para ocultar los bienes propios, para disminuirlos o para gravar la renta o el patrimonio, y deben estar dirigidas a esos objetivos. No es lo mismo dejar de pagar los alimentos porque así le viene en gana al obligado, que realizar esa omisión, hipotecando el patrimonio, o dando en prenda una renta u ocultándolos, verbigracia, con ventas ficticias o entregas de confianza. Hay entonces una maniobra, una trampa, una complejidad maliciosa para abstenerse de cumplir. En otras palabras, se produce un empobrecimiento mentiroso, que bien merece la agravante. De modo que no se quebranta el principio invocado por ARENAS”<sup>73</sup>.*

#### **V.6.9.3.2.5. Cuantificación punitiva de la agravante**

El incumplimiento punitivo se verifica “hasta en una tercera parte”, aspecto por el cual es necesario aplicar la primera regla contenida en el art. 60 (C. P. de 2000), en cuanto por la presente norma se opera una variación a los límites mínimos y máximos en los que el juzgador se ha de mover; la modificación, como se observa, se refiere a determinada proporción: una tercera parte; esta modalidad, de acuerdo con la regla enunciada, afecta tanto al mínimo como al máximo de la pena en la proporción indicada por la norma. Así, la forma básica o simple tenía indicada una pena de prisión entre uno y tres años, tales límites se debían aumentar en una tercera parte, es decir, que ante la circunstancia agravante, la pena para imponer oscilaría sin la modificación de la Ley 1181 de 2007, entre dieciséis meses (un año más su tercera parte) y cuarenta y

---

<sup>72</sup> ARENAS, Antonio Vicente. **Comentarios al Código Penal Colombiano**, T II, Bogotá, Edit. Temis, pág. 271

<sup>73</sup> PEREZ, Luis Carlos. **Derecho Penal, T. III**, ob. cit. pág. 306

ocho meses -4 años- (3 años más su tercera parte) de prisión. Igual procedimiento se ha de verificar, acerca de la pena pecuniaria, el cual debe oscilar entre 13.3 salarios mínimos legales mensuales (diez, más su tercera parte) y 26.6 salarios mínimos legales mensuales (veinte, más su tercera parte). Se aclara que la anterior determinación, la verifica el juzgador, antes de iniciar el proceso individualizador, al tenor del referido artículo, que en lo pertinente dice: “Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

“1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica”.

## **V.6.10. REITERACIÓN Y COSA JUZGADA**

### **V.6.10.1. Precepto Legal**

*LEGISLACION ANTERIOR, art. 265 -modificado Decr. 141 de 1980, art. 1º -Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otros procesos si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria.*

*CÓDIGO DE 2000, art. 235. –Reiteración. La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria.*

### **V.6.10.2. Fuente y contenido**

El legislador procura evitar aquí el término *reincidencia*, de claro origen peligrosista, institución que se pretendió eliminar desde 1980. En virtud de la norma, si el agente, luego de ser condenado, vuelve a realizar el acto omisivo, siendo esta una conducta similar a la ya juzgada, puede ser sometido a nuevo proceso penal.

Esta disposición es de índole procesal, incluida dentro de las disposiciones sustanciales, para salir al paso a discusiones doctrinales generadas por la legislación anterior, en las que se interpretaba el nuevo proceso como una violación al principio de la cosa juzgada.

### **V.6.10.3. Planteamiento de la doctrina nacional**

La doctrina nacional, se ha dividido respecto de la nueva conducta incriminada de manera excepcional por la presente norma. El profesor REYES ECHANDIA manifiesta: “El hecho de que éste sea un delito de tracto sucesivo, es decir de carácter permanente, pudiera llevar a la falsa conclusión de que una vez culminado un proceso con tal sindicación mediante sentencia de condena, cesa para el alimentante la posibilidad de delinquir de nuevo respecto de este mismo hecho punible, pues ya habría satisfecho su “deuda” con la justicia; nada más equivocado; el delito es comportamiento irreversible, pero su consumación no impide al autor reincidir, a pesar de que el nuevo Código Penal eliminó con razón los efectos punitivos de la reincidencia. Resulta, entonces, posible que una persona condenada por delito de inasistencia alimentaria, incurra de nuevo en tal comportamiento, en la medida en que persista en el injustificado incumplimiento de sus obligaciones de asistencia alimentaria, en cuyo caso –siempre por querrela de parte –ha de iniciarse otra vez la acción penal correspondiente”<sup>74</sup>.

Como se observa, el inolvidable maestro externadista, muy a regañadientes, considera la norma como una excepcional incriminación de la reincidencia; asimilando el nuevo comportamiento al anterior y resaltando el insoslayable fundamento incriminatorio que tiene la norma.

Por su parte, el profesor ARENAS, comprendió la norma como una excepción al principio de cosa juzgada, manifestando a la luz de la sistemática del Código de 1980: “Esta norma es una excepción al principio consagrado en el artículo 9º, según el cual <<el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por

---

<sup>74</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. **Delitos contra la Familia, en Varios, Derecho Penal Especial** ob. cit. pág. 242.

juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por el mismo hecho, aunque a éste se le dé una denominación distinta>>”.

Como se ve, tales consideraciones también se derivan de la comprensión según la cual la nueva conducta, el nuevo hecho realizado en identidad de sujetos, es el mismo que aquel que haya sido objeto de juzgamiento y sentencia condenatoria, conclusión que, como es obvio, de ser aceptada haría inaplicable la norma por manifiesta violación al debido proceso, derecho fundamental de rango constitucional, pues las doctrinas precitadas, están explícitamente reconociendo que el legislador podría instaurar excepciones a derechos fundamentales reconocidos, por el ordenamiento superior a título absoluto, ilimitado e ilimitante; por lo anterior la norma no puede tener el carácter de excepción ante el origen constitucional, ni aun acudiendo a la figura positivista de la reincidencia, no sólo en el ámbito legal sino también desde la propia Carta Política, que asume integralmente en el art.- 29 el derecho penal de acto, desarrollado tanto en el art. 9º del Código de 1980, como en el art. 8º del Estatuto de 2000, en virtud del cual la imputación penal se verifica no por lo que el hombre es, sino por lo que hace dentro de los presupuestos normativos; su conducta objetiva y concreta es lo único que ingresa al ámbito penal, no su peligrosidad o temibilidad personal o social.

A su vez el Profesor PEREZ, rompió acertadamente con las anteriores concepciones, aclarando que la presente norma patentiza la incriminación de un hecho diferente de una nueva conducta: “Esta disposición no exceptúa el principio del art. 9º, porque no se trata de un mismo hecho, sino de hechos distintos. Sustraerse a la obligación alimentaria impuesta en fallo penal, es conducta que tiene la naturaleza del hecho punible anterior, pero que es distinta en el tiempo y aún en el espacio. Es como realizar un hurto o un peculado en distintas circunstancias, y en perjuicio del mismo sujeto pasivo, después de la sentencia. Ello no impide procesar al agente por el nuevo hecho y más bien ocasiona la agravante por el concurso de que trata el art. 26.

“Además, conforme el art. 20 la conducta omisiva, se considera realizada en el momento en que debió darse cumplimiento a la acción omitida. Si hay varias omisiones

sucesivas, la reiteración, esto es, la nueva inasistencia, debe examinarse con la autonomía que le es propia. Mejor, si, como afirma el texto, la inasistencia nueva, nuevo ha de ser también el juzgamiento”<sup>75</sup>.

El tratadista doctor MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS, sobre la tipificación del punible de Inasistencia Alimentaria ha sostenido lo siguiente: “Dentro de los diversos esquemas de seguridad social, América Latina, tiende a la corresponsabilidad, es decir al modelo que traslada al sector privado y entre él a la familia, algún nivel significativo de atención de los individuos por cuanto, sustentado en una política financista, el Estado procura evitar verse gravado. Si bien con anterioridad a la década de los ochenta se buscaba una mayor intervención del Estado, en la actualidad la tendencia es a hacer descansar en la familia un significativo nivel de riesgo, como dijera Sunkel, lo cual contrasta con el desarrollo de la institución, pues la familia proveedora no es la familia con vocación de perecimiento.

Cuando se hace descansar en la familia un volumen significativo de riesgos sin el apoyo de una red de solidaridad social, la familia corre un riesgo significativo por la movilización de activos a los que se ve abocada. Conclusión compartida tanto por los estudios de Planeación Nacional, como por los realizados por la CEPAL en cabeza de Sunkel.

En el caso colombiano, se ha empleado la obligación alimentaria como un mecanismo de evasión de la corresponsabilidad del Estado, de suerte que no asume una verdadera política de objetivación del riesgo mediante un sistema de seguridad social, sino que entrega a las personas necesitadas un grupo de deudores virtuales de alimentos, a los cuales debería suceder en caso de incapacidad de pago. Pese a ello, tampoco ha habido manifestaciones de reclamo ordenadas a exigir el cumplimiento de esta obligación estatal, por cierto de origen constitucional, lo cual resulta beneficiado por el manejo que dan los operadores judiciales a la obligación, pues al prescindir de los límites extensionales legislativos, no se ocupan en indagar si los que creen son

---

<sup>75</sup> PEREZ, Luis Carlos. **Derecho Penal**, Tomo III, ob. cit. pág. 306

deudores de alimentos, realmente lo son al amparo de la ley, inundando la Administración de Justicia de un sinnúmero de sentencias condenatorias contra personas, que se insiste, no puede saberse si en verdad incurrieron en el delito de inasistencia alimentaria”.<sup>76</sup>

Frente a este respetable planteamiento del doctor MOYA VARGAS, consideramos que sería de gran utilidad no solo para los acreedores de alimentos, sino para la sociedad en general, que el Estado asumiera de manera eficaz esa responsabilidad, cuando no la cumplen los familiares llamados en primer lugar a satisfacerla. Esto atendiendo el principio de solidaridad y los recursos que emanan de los contribuyentes, con los cuales se podía atender esa necesidad primaria de los necesitados de alimentos. Pero lo que no se comparte es que los operadores judiciales, beneficien esa evasión de la corresponsabilidad del Estado, creando deudores virtuales; pues se conoce el principio de legalidad de los delitos y las penas y la Inasistencia Alimentaria está consagrada como conducta punible en el Código Penal, sin que en su descripción típica se halle el Estado como sujeto activo del ilícito, y respetando el debido proceso, recibida la noticia criminal, a través de las querellas, es obligación de la Fiscalía adelantar las labores investigativas, para establecer si se ha infringido o no la ley penal, las circunstancias de los hechos y sus autores. Es obvio que hay que determinar si el deudor alimentario tiene o no capacidad de pago, si la sustracción al deber es justificado o no. Cuando se llega a una sentencia de condena, es porque se ha obtenido el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, cuando se han desarrollado todas las etapas del proceso, o cuando ha habido allanamiento o aceptación de los cargos, según los artículos 293 y 381 del Código de Procedimiento Penal expedido mediante la Ley 906 de 2004. De no cumplirse esos presupuestos indubitables de la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundados en pruebas debidamente recopiladas, lo procedente es la emisión de una sentencia absolutoria. Pues los jueces no pueden actuar arbitrariamente, desconociendo la Constitución, principalmente en su artículo 29,

---

<sup>76</sup> MOYA VARGAS, Manuel Fernando. **Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria**. Universidad Santo Tomás, Editorial y Publicaciones, Bogotá, Colombia, 2007. p. 277-278.

y la legislación penal; para ello se encuentran los sujetos intervinientes, como los representantes legales de la víctima, el Defensor del procesado, el Fiscal y los Agentes del Ministerio Público, quienes pueden hacer uso de los recursos legalmente establecidos, cuando discrepan de las decisiones. Pero los Jueces, no pueden ni deben, condenar a alguien porque sí, sin pruebas y de manera ilegal. Se colige que si los sujetos intervinientes, no impugnan una decisión, es porque están de acuerdo con ella. Y se tiene que al emitir una sentencia contra un deudor de alimentos, con las formalidades y presupuestos legales, se están protegiendo los derechos fundamentales de los menores víctimas, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, como son la vida en condiciones dignas, alimentación equilibrada, educación entre otros. Pues son muchos los casos en que con el llamado de la sentencia, los deudores alimentarios se ponen al día en sus obligaciones, aunque sea por el temor a una sanción penal. También hay eventos en que se sigue el incumplimiento de las acreencias alimentarias, por que los padres se insolventan resentidos por haber sido querellados, o gracias al llamado judicial, deciden pagar lo adeudado en cuotas, hasta ponerse al día en plazos; pero de todas maneras, es importante que si el Estado no cumple satisfaciendo las necesidades primarias de sus habitantes, se les recuerde a los llamados por ley natural a atender los requerimientos de manutención de sus familiares y con más razón a los padres respecto a sus hijos. De lo contrario sería mayor el caos, y la descomposición social, al permitir que ni el Estado ni la propia familia se ocupen de solidarizarse con quienes tienen prelación en sus derechos fundamentales como son los menores hijos de los progenitores quienes desafortunadamente, han ignorado la satisfacción de sus deberes.

Coincidimos con la posición del Doctor JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS FERNANDEZ, al hablar de la legitimación material del Derecho Penal, diciendo que el Derecho Penal, **“pretende evitar la realización de comportamientos que supongan una gran perturbación para el sistema social, disminuyendo la violencia extrapenal. Este objetivo se alcanza a través de dos funciones: La función de motivación, evitando la realización de determinadas conductas, y la función de protección, protegiendo los intereses sociales que se consideran**

**fundamentales”**.<sup>77</sup> Es cierto que al establecer el tipo penal de Inasistencia Alimentaria, en personas con respeto por su dignidad, y la de sus allegados, se motivan absteniéndose de desarrollar esa conducta reprochable por la sociedad, puede ser por miedo al rechazo y recriminación de sus semejantes y si hay esa prevención, al mismo tiempo se protege ese bien jurídico de la asistencia alimentaria, tan esencial e indispensable para el desarrollo y mantenimiento no solo de las familias, sino de la propia humanidad.

---

<sup>77</sup> SERRANO PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. **Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005. p. 69.

## CONCLUSIONES

1. De conformidad con el artículo Primero de la Constitución Política de Colombia, nuestro país es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, se refiere a que toda persona merece un trato especial, por ser persona. Implica además la facultad de exigir de los demás, un trato acorde con su condición humana. La Dignidad es una prerrogativa fundamental de la persona, y el Estado tiene la obligación de hacerla efectiva, tanto a quienes resulten como sujetos activos de conductas delictivas, como a los sujetos pasivos de las mismas.

Sobre la Dignidad Humana sostuvo la Tratadista del Derecho, doctora GLORIA BERNAL ACEVEDO: “No debe entenderse a la persona humana como un ser individualista propio de una concepción de Estado guardián, ni como el ser en que el Estado intervencionista, debía supeditarse a los requerimientos de la sociedad, ni como aquel ser aislado de los regímenes totalitaristas, sino como un ser que ante el Estado y el derecho, posee un reconocimiento a su dignidad humana que la rodea de atributos inherentes a su condición humana como es su libertad en todo sentido, físico, ideológico, político, religioso. Un ser que puede proyectarse libremente y desarrollar su personalidad enlazada a su entorno social, que le permite actuar sin más límites que los que le impongan los derechos de los demás en el orden jurídico. Un ser que puede expresarse, ser autónomo y participativo, un ser que se compromete con su sociedad. Un ser dotado de dignidad, desplazando al ente administrativo estatal como centro de la estructura social, para darle paso a la persona humana. Al primar el hombre debe respetarse sus derechos y su dignidad que están consagrados en la Constitución que será una de las fuentes del derecho a la cual se deben integrar todos los Tratados y Convenios Internacionales.”<sup>78</sup>

También expresó la doctora BERNAL ACEVEDO, que: “La política criminal como cimiento de la legislación penal, debe estar acorde con la política general del Estado al

---

<sup>78</sup> BERNAL ACEVEDO, Gloria. **Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Colombia 2002, p. 146-147.

cual le sirve. Así entonces en un Estado social y democrático de derecho, debe estructurarse una política criminal de respeto a la dignidad humana; fundamentada en la necesidad de proteger a través del derecho penal, solo aquellos bienes fundamentales para la coexistencia, denominados bienes jurídicos; debe limitar el derecho penal, sujetarlo a parámetros de mínima intervención, a principios de legalidad, igualdad, favorabilidad entre otros. En esta concepción son innegables las relaciones que deben existir entre el derecho penal y la política criminal. Incluso, la legislación penal es el reflejo de la política criminal existente y que es acorde con el modelo de Estado.”<sup>79</sup>

2. Consideramos que el Estado debe garantizar esa prerrogativa inherente al ser humano, como es la Dignidad, facilitando a las personas, medios de educación, para que se preparen y formen integralmente, para que puedan acceder a las fuentes de trabajo, en condiciones de igualdad y proporcionales a su capacitación. De esta manera se generan recursos económicos para proporcionarse a sí mismo el sustento diario, la satisfacción de las necesidades de alimentación, recreación, salud en condiciones dignas, vestido, y en general las propias de un desarrollo y sostenimiento acorde con el ser humano.

3. Es natural y lógico que si una persona goza de los beneficios de una vida digna de su naturaleza, con la mayor voluntad y amor por sus semejantes, va a propender porque a sus descendientes y especialmente a sus hijos, no les falte nada para su formación y desarrollo como ser humano. Si un niño cuenta con los elementos propios para formarse y crecer adecuadamente, va a multiplicar con su descendencia en el futuro, esos frutos que recibe de sus padres, en su niñez, adolescencia y juventud. Pero cuando los padres deciden engendrarlos únicamente, sin importar que ese hecho tan trascendental y significativo de dar al mundo un nuevo ser, una nueva vida, conlleva el deber y la obligación, de propiciarles una manutención integral; es cuando se hace necesario que el Estado Social de Derecho, les recuerde a través de sus autoridades judiciales, que deben cumplir oportunamente ese deber alimentario integral, sin dejar en

---

<sup>79</sup> BERNAL ACEVEDO, Gloria. **Iniciación al Nuevo Saber Penal**. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Colombia 2002, p. 81-82.

cabeza del otro progenitor, -que en Colombia en la mayoría de los casos son las madres-, la satisfacción de ese deber.

**4.** En la experiencia como Juez Penal Municipal, se erige como el mayor número de procesos la Inasistencia Alimentaria, pues los padres generalmente aducen su incapacidad económica para atender la obligación de proveer alimentos a sus hijos. Sin embargo, en esa misma experiencia, se observa que cuentan con medios para ingerir bebidas alcohólicas con frecuencia, tienen hogares formalmente integrados, prodigándoles a sus hijos allí procreados todo cuanto requieren; pero a los hijos que han engendrado al parecer de manera inesperada, los abandonan a su suerte, recurriendo a una serie de disculpas sin fundamento válido, para negarles ese apoyo que necesariamente deben suministrarles.

**5.** Hay otros casos en que los padres realizan trabajos esporádicos, y de lo poco que obtienen, aportan algo a su prole; desdibujándose el delito de Inasistencia Alimentaria, porque existe el ánimo y la manifestación de cumplir sus deberes como padres. Pero hay también los eventos donde contando con medios económicos escasos pero suficientes para demostrar su intención de contribuir con la manutención de sus hijos, dejan ese deber, en cabeza de las madres, quienes también son del mismo estrato social y condiciones económicas, pero ellas por lo general nunca recurren a excusas o subterfugios para evadir la atención de sus descendientes.

**6.** Es bien sabido que los niños, que se forman en condiciones infrahumanas, sin los cuidados, atención y amor de sus progenitores, son en el futuro personas resentidas, envidiosas, delincuentes comunes, subversivos o paramilitares, que se van a grupos ilegales, en busca según ellos de otras oportunidades para sobrevivir. De ahí que es obligación de los padres, contribuir de manera decidida a la formación, crecimiento y desarrollo de sus hijos, para que éstos sean en el mañana ejemplo y apoyo para sus congéneres y no individuos que la sociedad tenga que rechazar. De ahí la necesidad de que si las normas naturales, civiles y de familia, no son suficientes para concientizar a los padres y madres irresponsables con sus hijos, de que deben propender por su

manutención integral, el derecho penal, cumpla esa misión de recordarles esa obligación, aunque desafortunadamente sea con la imposición de unas sanciones. Es cierto que algunos opinan que la intervención del derecho penal, origina un resquebrajamiento en las relaciones filiales entre padre e hijo; pero en el fondo ese rompimiento ya estaba; pues de lo contrario no se habría tenido que recurrir a las autoridades, precisamente porque el padre estaba atendiendo sus deberes como tal. Los progenitores olvidan que lo que siembren hoy, recogerán en el mañana, pues en muchas situaciones, los hijos que descuidan cuando pequeños, pueden ser su apoyo cuando ellos carezcan de las fuerzas y medios para sostenerse en su vida de adulto mayor; por eso se reitera la necesidad de la atención de ese deber alimentario, no solo por el bien de sus hijos y familiares, sino por lo que esa situación significa y redundante para la sociedad en general.

**7.** Existe un gran número de tratadistas del derecho penal, que critica la acción de las autoridades judiciales, al investigar y juzgar a los responsables del punible de Inasistencia Alimentaria, pues sobreponen los intereses de los procesados, buscando por sobre todo su defensa; restando importancia a un principio universal, de que el interés superior del niño debe regir la actuación de los poderes y servicios públicos e instituciones privadas en el ámbito de la infancia. El buen funcionamiento de los servicios de atención a la infancia, es uno de los indicadores más importantes del nivel de desarrollo humano de una sociedad.

**8.** A pesar de que existen campañas tendientes a concientizar a la sociedad, del deber de velar por la prevalencia de los derechos de los menores, como se prevé en nuestra Constitución Política en su artículo 44 y en Tratados Internacionales como los arriba citados, son muchos los abusos contra los menores y su desprotección continúa sobre todo en países pobres económicamente. Es lamentable que los Estados no asuman de manera responsable, y completa, la obligación de atender integralmente a los menores carentes de recursos para su manutención; pero al existir esa falencia estatal, debe exigirse a los progenitores o personas obligadas de conformidad con nuestra legislación penal, que cumplan con ese principio y deber de solidaridad con los miembros de su

propia familia, y prevalentemente con los menores de edad. Pues siendo los niños el presente de una realidad, la protección de sus derechos fundamentales no admite dilaciones.

## BIBLIOGRAFIA

ARENAS, Antonio Vicente. **Comentarios al Código Penal Colombiano**, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal, Parte General**, Bogotá, Edit. Temis, 1984,

BAJO FERNANDEZ, Miguel y DIAZ- JULIO MAROTO. **Manual de Derecho Penal- Parte Especial**, tercera edición, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1995.

BERNAL ACEVEDO, Gloria. **Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Colombia 2002.

BERNAL ACEVEDO, Gloria. **Iniciación al Nuevo Saber Penal**. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Colombia 2002.

BOBBIO, Norberto. **El Problema de la Guerra y las Vías de la Paz**. Barcelona Gedisa, 1982.

CARBONNIER, Jean. **Derecho Civil, P. I**, Vol. II, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1960.

CELIS MELGAREJO, Yecid. **La Inasistencia Alimentaria de los Menores en el Sistema Penal Acusatorio**. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2006.

CLARO SOLAR, Luis. **Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, T. II**, 2ª. Ed., Santiago de Chile, Edit. El Imparcial, 1944.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 1991, Artículo 29.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 1991, Artículo 44.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237 de 1997. M. P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388, 5-04-00, Expediente D-2588. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064, 16-07-00, expediente D-2793, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-19 de 1993. M. P. Dr. Ciro Angarita Barón; T-098 de 1995. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; T- 502 de 1992. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; T-212 de 1993, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; T-205 de 1994. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía; C-237 de 1997. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; C- 657 de 1997. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; C-184 de 1999, M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell; C- 305 de 1999. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Citadas por la Corte Constitucional, Sentencia C-388, 5-04-00, expediente D-2588. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia S-205, 26-04-94, Expediente T-27643. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064, 16-07-00 Expediente D-2793. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237/97, M. P. Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388, 5-04-0, expediente D-2588, Magistrado Ponente Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388, 5-04-00: expediente D-2588. M. P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064, 16-08-00, expediente D-2793, M. P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela, 26-04-94, expediente T-27643. M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, M. P., Dr. LISANDRO MARTINEZ Z., Acta No. 022, 09-06-89, Gaceta Judicial No. 2438, T. CXCIX, pág. 347.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, M. P. Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ, Acta No. 14, 27-02-90, Gaceta Judicial No. 2442, t. CCIII, pág. 210.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, M. P. Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ, Acta No. 23, 03-04-90, Gaceta Judicial No. 2442, T. CCIII, pág. 311.

Convención Sobre los Derechos del Niño Adoptada por a Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Aprobada internamente mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991 Diario Oficial N° 39640.

Exposición de Motivos, Proyecto de Ley No. 40 de 1998, Senado, Gaceta del Congreso N°. 139, pág. 13

GIRALDO MARIN, Luis Carlos. **Actas del Nuevo Código Penal Colombiano**, vol. II Acta No. 90, Colección Pequeño Foro.

MOYA VARGAS, Manuel Fernando. **Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria**. Universidad Santo Tomás, Editorial y Publicaciones, Bogotá, Colombia, 2007.

MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, **Derecho Penal, Parte General**.

PABÓN PARRA, Pedro Alonso. **Teoría del hecho punible, La Tipicidad, T. I**, Bogotá, D. C., Edit. Leyer, 1999.

PADIAL ALBÁS, Adoración María, y TOLDRÁ ROCA, María Dolors. **Estudios Jurídicos Sobre la Protección de la Infancia y de la Adolescencia**. Universitat de Lleida, Tirant Monografías, Valencia 2007.

PÉREZ, Luis Carlos. **Derecho Penal, T, III**.

PEREZ VELASCO, Luis Carlos. **Derecho Penal**.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Varios cursos de derecho penal, parte especial**, Marcial PONS. Ed. Jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 1996,

REYES ECHANDIA, Alfonso. **Delitos Contra la Asistencia Familiar**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, Pág. 99.

RUIZ-GIMENEZ, Joaquín. **La Convención de los derechos del niño**, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, p. 88.

SANTIAGO MIR PUIG, **Derecho Penal Parte General**.

SOLER, Sebastián. **“Derecho Penal Argentino”**, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.