

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. INASISTENCIA ALIMENTARIA. Estructura y finalidad incriminatoria. “Se rige por la residencia del titular del derecho al momento de cometerse la infracción. Es delito de carácter permanente y de tracto sucesivo”.

“Con el objeto de favorecer a la parte desvalida quiso el legislador de 1968 (Ley 75) y lo ratifico el de 1971 (Decreto 409) que la competencia para conocer de los delitos contra la asistencia familiar se rigiera por “la residencia del titular del derecho al momento de cometerse la infracción”; sobre tal supuesto normativo, dispuso que los jueces Penales Municipales del respectivo territorio judicial conociesen en primera instancia de tales investigaciones (art. 663 del C. de P. P.). Ahora bien, 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 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.).

“De otra parte, como el de inasistencia alimentaría 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 periodo durante el cual el alimentante ha incumplido su obligación legal alimentaría, pues mientras ello ocurra el hecho punible se está cometiendo.

“Ostensiblemente aparece en el expediente (fls. 3 y 8) que al presentarse la denuncia penal, los menores alimentarios residían en la ciudad de Bogotá y que de conformidad con lo manifestado por su madre en aseveraciones no desvirtuadas en lo sustancial por el sindicado, éste no le enviaba mesadas desde hacia varios meses y la omisión persistía en la fecha de la denuncia. Resulta, pues, meridianamente claro que la competencia para conocer de

este proceso radica en el Juzgado Penal Municipal de Bogotá: En tal sentido se dirimirá la colisión planteada. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Alfonso Reyes Echandía, Acta No. 2, 18-01-83, Gaceta Judicial No. 2412, t.CLXXIII, p.10).

COMENTARIOS

Se aclara que el tipo penal permanente no puede ser identificado en relación con el momento en el que se perfecciona la acción descrita, momento que suele coincidir con la consumación delictiva; pues como hemos sostenido reiteradamente toda acción humana es por naturaleza instantánea desde los puntos de vista lógico y axiológico. Por tanto los conceptos de perfeccionamiento y consumación deben deslindarse del momento denominado de agotamiento típico, al cual hace referencia la clasificación de los tipos penales en unos de conducta instantánea y otros de conducta permanente; en los primeros con la materialización de la conducta surge la perfección y agotamiento del tipo, mientras en los segundos el agotamiento típico no se produce con la acción. La determinación del carácter permanente en un tipo penal tiene un claro contenido efectual; así, las consecuencias materiales de la acción descrita por la norma y consolidada en la realidad, se prolongan sin que pueda predicarse que la hipótesis normativa se encuentra extinguida.

TEMA II. INASISTENCIA ALIMENTARIA. COMPETENCIA. “La sustracción”, sin justa causa , a la prestación de alimentos legalmente debidos, descrita por el artículo 263 del Código Penal, naturalística y jurídicamente implica permanencia en el tiempo”.

“El delito permanente: La inconsistencia del criterio en que sustenta la decisión del Juez Penal Municipal de Bogotá para declararse incompetente de conocer este proceso, es evidente, además de ser demostrativo de la falta de claridad conceptual sobre aspectos tan básicos y elementales de derecho penal general.

“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” (Manuale di Diritto Penale, U.T.E.A., Torino, 1950, p. 238).

“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.

“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 halla cambiado de residencia por 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 I Penal Municipal de Barbosa, a la competencia a

prevención regulada por el artículo 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 el la competencia para conocer de este proceso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Lisandro Martínez Z., Acta No. 022, 09-06-89, Gaceta Judicial No. 2438, t. CXCIX, p. 347).

COMENTARIOS

Tres conceptos que deben deslindarse con nitidez para obtener una técnica y adecuada estructuración tipológica de descripciones como la presente, son los que determinan la plurisubsistencia, la consumación y la permanencia de un tipo penal; expresiones que parece confundir la presente providencia utilizándolas indistintamente como sinónimas o como receptáculos de idénticos contenidos dogmáticos doctrinales, cuando en realidad adquieren perfiles perfectamente diferenciados en técnica penal.

El delito unisubsistente no puede confundirse con el delito instantáneo, de la misma manera que el comportamiento plurisubsistente no puede ser equiparado al delito permanente. Así mismo la consumación delictual debe estar precedida del perfeccionamiento típico pero ambas culminaciones del comportamiento humano no necesariamente generan el agotamiento físico, material u ontológico de un determinado tipo penal, elemento esencial e imprescindible cuando de identificar delitos permanentes se trata.

Los delitos instantáneos no siempre son unisubsistentes -clasificación delictual, dicho sea de paso, enunciada desde CARRARA-; en aquellos la materialización de la conducta perfecciona y agota el tipo penal, en primer lugar sin que se interese el momento de producción del evento, si de tipos de resultado se trata y en segundo lugar -que para la presente explicación es lo mas importante- sin que se requiera una pluralidad de actos que se sucedan en el tiempo y en el espacio para llegar al perfeccionamiento y consumación. Mientras tanto el delito plurisubsistente la conducta -dentro del iter criminis- puede fraccionarse en el tiempo y aun en el espacio pudiendo detenerse en algún tramo de su desarrollo sin alcanzar dichos perfeccionamiento y consumación, por lo que sin duda siempre admiten la modalidad tentada. Por vía de ejemplo

simple, el homicidio es delito instantáneo pero es plurisubsistente; por lo primero la realización de la acción agota el tipo en forma instantánea aunque la muerte del sujeto pasivo se produzca con posterioridad y en cuanto a lo segundo, la acción ejecutiva puede escindirse en tramos sucesivos en los que la acción puede detenerse configurándose la tentativa.

La inasistencia alimentaria es un tipo penal permanente pues el acto inicial perfecciona el tipo -sustraerse al cumplimiento de la prestación alimentaria- y tal acto se verifica de manera instantánea, pero con el no se puede considerar agotado el tipo, sino que tal proceso de extinción ontológica del comportamiento descrito perdura en el tiempo, mientras no cese la omisión, vale decir mientras no se produzca el cumplimiento efectivo de la carga prestacional.

Pero simultáneamente es un delito unisubsistente “único acto perfeccionatorio, en clásica expresión, se perfecciona en un solo acto, es decir no requiere una pluralidad de actos ejecutivos diseminados en el tiempo o en el espacio para llegar a su perfeccionamiento y consumación; la conducta ejecutiva difícilmente puede fraccionarse en el tiempo con lo que no puede detenerse en algún tramo de su desarrollo y dar lugar a la tentativa, sin que cae en la aberración dogmática o criminológica de incriminar los actos interiores, la simple ideación criminal o los actos meramente preparatorios. Como se observa el deslinde y diferenciación de estos conceptos tiene trascendentes repercusiones técnicas.

TEMA III. INASISTENCIA ALIMENTARIA. COMPETENCIA. "La mutación territorial por la persona a quien se le debe asistencia no puede tener la capacidad de "remover" o "revocar" de suyo la competencia ya fijada."

“El delito inasistencia alimentaria objeto de este sumario cuyo conocimiento es materia de pugna entre los Jueces colisionantes, se encuentra así descrito en el artículo 263 del Código Penal:

“El que sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en...”

“Como esa “sustracción” puede permanecer en el tiempo, se ha convenido en que tal delito tiene el carácter de “permanente” y también el de ser de tracto sucesivo.

“Del verbo núcleo del citado comportamiento, despréndese también que éste entraña una omisión, una de las formas configurantes del hecho punible según el artículo 19 del Código Penal, 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 sindicato comenzó a dejar de dar a su hijo el sustento económico por ley debido.

“Y en cuanto al aspecto territorial, el artículo 13 ibidem 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 artículo 74 del Código de Procedimiento Penal el competente es “el Juez donde se realizó el hecho punible”.

“Mas 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 Código de Procedimiento Penal existe una norma que viene a avalar dichas consideraciones: Según el

artículo 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 de 9 de julio de 1989 (Magistrado ponente doctor Martínez Zúñiga):

“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 hallan 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, que “el lugar donde debió realizarse la acción omitida, es tanto Barbosa como Bogotá”.

“En estas condiciones, impera acudir, como lo afirmo acertadamente la Juez Penal Municipal de Barbosa, a la competencia a prevención regulada por el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal...”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No 14, 27-02-90, Gaceta Judicial No 2442, t. CCIII, p. 210).

COMENTARIOS

La presente providencia de definición de competencias, toca aunque de manera tangencial el tema de la omisión en el delito de asistencia alimentaria, al relacionarlo con el lugar de comisión: sitio en el que debió tener ocurrencia la acción omitida. A propósito de la comprensión sistemática de la omisión en el nuevo Código Penal -Ley 599 de 2000- realizamos las siguientes explicaciones.

El tipo omisivo -descriptor de conductas negativas- no presenta identidad objetiva de adecuación, sino que, hay una disimilitud entre la conducta exigida y realizada y la propia descripción, en atención a que la norma,

expresa o tácitamente, contiene un mandato imperativo de carácter positivo -deber-. Es el caso de la sustracción al cumplimiento de los deberes legales de naturaleza alimentaria.

La omisión tiene existencia ontológica. La omisión es una realidad susceptible de percepción sensorial. Tanto el "hacer" como el "no hacer", son datos de la naturaleza. La omisión es una realidad que preexiste en el mundo natural a la valoración jurídica y a cualquier descripción normativa. La constatación del non facere es observación de un dato de la naturaleza, tanto como lo es la constatación de un facere. Para que la omisión exista en la realidad es necesario el vínculo de causalidad entre esta y el evento ha producir.

Como consecuencia de la anterior concepción, la omisión es conducta humana negativa, que puede ser, al igual que la conducta positiva, orientada y dominada por la voluntad. La doctrina finalista considera que la omisión no existe pura y simplemente, sino que su realidad emana de una manera referenciada, respecto de una conducta positiva identificable; vale decir, que solo es posible la omisión de una acción debida, la cual debe asumir trazos de determinabilidad objetiva. Por lo anterior, la omisión será la no realización de una acción positiva identificable. Solo la acción que está sometida al dominio del hecho por parte del actor, o para el finalismo, "poder final del hecho", puede ser omitida. (Cfr. WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, p. 277).

Ahora bien, desde un punto de vista positivo y formal, la omisión se encuentra regulada, en la parte especial del Código, por tres subespecies de tipos penales:

a) Tipos de omisión propia, que contienen la inobservancia de una obligación del actor (deber), sin que en ellos sea relevante la producción o no de un determinado resultado. Son los tipos omisivos expresamente consagrados en la ley; así el delito de abandono consagrado en el artículo 346 (C.P. de 1980) y artículo 127 (nuevo Código);

b) Tipos comisión y omisión propia (mixtos), son aquellos en los que en la misma descripción se comprende tanto la acción positiva, que debe generar un resultado, -cuando menos evento naturalístico- como la omisión de evitar el mismo. Estos tipos penales contienen tanto una prohibición como una orden o mandato imperativo de actuar -deber-; el delito de omisión de

apoyo (art. 160 C. P. de 1980 y art. 424 nuevo Código) describe la conducta positiva de apoyar a la autoridad que lo solicita de acuerdo a la ley, y correlativamente la acción omisiva de rehusar o demorar indebidamente el referido apoyo;

c) Tipos de omisión impropia o comisión por omisión, en los que el mandato (deber), no está expresamente señalado en la norma, pero su transgresión genera la represión penal de la acción realizada, así, el homicidio (art 323 C.P. de 1980 y art. 103 nuevo Código) puede ser realizados por omisión.

De esta forma, podemos advertir que en nuestro sistema penal, se debe asumir el llamado criterio unitario de la omisión, en virtud del cual la expresión comportamiento humano engloba los conceptos de acción y omisión; en los tipos de omisión no se tiene una acción, sino un comportamiento; en ellos puede no presentarse acción externa, entendida como movimiento muscular, pero si se presenta un comportamiento que el derecho penal valora poniéndolo en relación con el mandato legal; este comportamiento se entiende como actitud frente al conjunto de fenómenos que rodean al agente.(Cfr. BACIGALUPO, Enrique, Manual de derecho penal, parte general. p. 226).

En el Código de 1980 el art. 19 dispuso: "El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión". A su vez el art. 20 determinó que "la conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida". Igual acontece con los artículos 25 inciso 1 y 26 del nuevo ordenamiento sustancial. La omisión se entiende entonces como deber-poder impuesto legalmente; es el deber de evitar un evento, cuando se tiene la posibilidad real y el deber jurídico de evitarlo.

Es de aclarar, en este punto, que la omisión propia tiene expresa consagración legal, principio de taxatividad; a su turno la llamada omisión impropia también debe encontrar reconocimiento taxativo, pero en los tipos penales que comprenden esta especie, la descripción incluye, a manera de modalidad la forma omisiva. Por tanto no se puede afirmar, como lo pretende el finalismo radical, que el homicidio por omisión, violente el principio de tipicidad expresa e inequívoca.

Ahora bien, los tipos de omisión propia, por la característica señalada, deben contener claramente determinado el sujeto activo: servidor público,

agente de la fuerza pública, para nuestro ejemplo respecto del delito de omisión de apoyo, o persona que tenga el deber legal de velar por el sujeto pasivo, para el delito de abandono, casos en los cuales siempre tendremos un sujeto activo con cualificación jurídica. Por el contrario, en los tipos de omisión impropia, comisión por omisión, la categoría de sujeto activo no se encuentra tan precisamente determinada, por lo que ella debe ser identificada en referencia directa al mandato-deber inmerso en la norma, faena en la cual se estudia y se ha normatizado el tema de la llamada "posición de garantía", definida como aquella especial relación del sujeto con el bien jurídico protegido, que manifiesta una específica situación de aquel -normativo positiva- en orden a su vigilancia, cuidado, custodia y no causación de riesgos.

**TEMA IV. PREVARICATO E INASISTENCIA ALIMENTARIA.
"Ningún precepto legal fija al Juez de Menores derroteros inmodificables en la tarea de cuantificar la cuota alimentaria que se debe por ley a ciertas personas."**

“Ningún precepto legal fija al Juez de Menores pautas o derroteros inmodificables en la tarea de cuantificar la cuota alimentaría que se debe por ley a ciertas personas; por el contrario, las normas que se ocupan de reglamentar dicha prestación, le otorgan un prudente y racional arbitrio en esta materia, teniendo en cuenta, entre otros factores, las facultades del alimentante y sus circunstancias domesticas, lo mismo que las capacidades del alimentario, pudiendo aumentarla o reducirla, cuando cambien las circunstancias que la motivaron (arts. 419, 420 y 423 del Código Civil).

“Y por tratarse, de cuestiones de gran contenido social, relacionadas con la asistencia y protección del menor, en las que está de por medio el orden público, el Juez no se encuentra limitado por las pretensiones de los interesados; pudiendo ir mas allá de ellas, en guarda de los intereses legalmente protegidos.

“De modo pues, que si en el caso sometido a consideración de la Sala, el Juez de Menores de Bucaramanga doctor ..., aumentó la cuota alimentaría en proporción ligeramente mayor a la inicialmente solicitada por la demandante, en consideración al alto costo de la vida que incrementó los gastos de alimentación, vestuario y educación de los menores hijos, la mejor situación económica en que se encontraba el padre demandado frente a la madre demandante encargada del cuidado personal de sus hijos

y contribuyente además en dichos gastos con el soporte de un salario mensual de \$ 58.260.00 y de manera especial al significativo hecho de que las mesadas no habían sido reajustadas en los dos últimos años por la negativa del doctor ... que alegaba una serie de obligaciones a su cargo, no se ve de qué manera con dicho proceder pudo haber contraído manifiesta o expresamente la ley, quedando incurso en el delito de prevaricato por acción.

“Contrariamente a lo que piensa el denunciante, su determinación en tal sentido se acomoda a la normatividad jurídica vigente sobre el particular haciendo atípica su conducta.

“Afirma el querellante, que el Juez inculpado fundamentó su decisión en simples presunciones incrementando la cuota alimenticia más allá de sus reales posibilidades económicas, con el único propósito de favorecer a la parte actora; pero, resulta que la resolución emitida aparece precedida de un examen crítico de los elementos de persuasión aducidos por las partes en litigio y fundad en hechos, cuya libre apreciación, llevaron al juzgador a dar establecidas las circunstancias que justifican el reajuste ordenado y por ninguna parte se vislumbra siquiera la posibilidad de que el Juez ... se hubiera parcializado a favor de la demandante.

“La Procuraduría Delegada, refiriéndose a este aspecto, dijo lo siguiente:

“En efecto, de la relación de gastos expuestos por ..., se infiere como acertadamente lo hiciera el procesado, que forzosamente los ingresos percibidos por el demandado debían sobrepasar los \$100.000.00 y además que para el momento de ser sujeto pasivo de la ley civil, poseía bienes por valor de \$16.500.000.00, con una sola hija a su cargo, en tanto que la demandante, tiene tres hijos bajo su responsabilidad, lo que justifica el incremento de la cuota alimentaría”.

“A las lógicas y razonables argumentaciones que sirven de soporte a la providencia cuestionada de ilícita, opone el acusador sus personales y subjetivas apreciaciones, como la de considerar que la cuota de alimentos debió fijarse con base a “entradas fijas” del obligado sin darle mucha preponderancia al patrimonio, olvidando que la simple disparidad de criterios o de pareceres entre el juzgador y el denunciante sobre temas que fueron materia de debate, no constituye fundamento sólido para predicar una conducta prevaricadora.

“Acertó entonces el Tribunal Superior de Bucaramanga al abstenerse de iniciar sumario contra el Juez de Menores de esa ciudad, doctor ... por atipicidad del comportamiento observado, fenómeno que igualmente se predica respecto a las restantes inculpaciones.

“Con relación a estas últimas, la Corte se identifica con los planteamientos de su colaborador Fiscal, quien expresa sobre el particular:

“La Ley 83 de 1946 establece términos perentorios para la tramitación de incidentes como el de incremento de la cuota alimenticia, lo cual impedía al Juez que a su capricho los ampliara indefinidamente hasta que el testigo ... quisiera concurrir al Despacho a rendir su declaración; en dos oportunidades fue citado y en las dos evadió su comparecencia, entonces, cuando menos inaudito resulta que ahora el quejoso venga a afirmar que no se le quiso recibir testimonio a su cuñado”.

“Motivos similares a los expuestos, sirven para justificar la no aducción al proceso de los testimonios de los progenitores del abogado demandado y ahora denunciante, pues librado oportunamente el despacho comisorio a Bogotá, estos fueron remitidos el Juez de Menores, días después de que se hubiere producido el fallo”.

“Ahora, en lo que atañe a la omisión del Juez de juramentar a los testigos, aparte de que el funcionario afirma lo contrario en la versión que rindiera en estas diligencias preliminares, ningún elemento de juicio, aparte de la aseveración del denunciante, permite darle fuerza al cargo pues no se ha demostrado la falsedad de las respectivas actas y como documentos públicos, están amparados de la presunción de veracidad”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No 22, 27-03-90, Gaceta Judicial No 2442, t. CCIII, p. 281).

COMENTARIOS

Como elemento normativo el tipo de inasistencia alimentaria incluye el concepto de “alimentos legalmente debidos”, el cual remite necesariamente al Ordenamiento extrapenal de naturaleza civil que determina y cuantifica las prestaciones en que se concreta la obligación alimentaria. El Ordenamiento civil clasifica los alimentos en congruos y necesarios, de acuerdo con lo establecido en los artículos 413 y 414 del

Estatuto civil; la norma penal al no distinguir incrimina la conducta respecto de estas dos subespecies de alimentos (a este respecto Cfr. REYES ECHANDIA, Alfonso, Delitos contra la familia, en Varios, Derecho penal especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, p. 238).

En lo atinente al tema que comentamos es de precisar que es unánime el criterio legal y jurisprudencial en cuanto que la obligación alimentaria debe simplemente proceder de la ley sin que sea necesario que se haya dictado sentencia o acto judicial que exija su observancia o cuantifique su monto. El artículo 411 enuncia los sujetos pasivos de la obligación alimentaria en expresión que debe interpretarse sistemáticamente con las limitaciones establecidas también de manera expresa en el tipo penal; vale decir que la omisión debe verificarse en directa relación con los deberes alimentarios respecto de ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivos o cónyuges. Con lo anterior no es necesario la cuantificación judicial de la obligación pero si el vínculo o relación de parentesco dentro de los márgenes fijados por el Ordenamiento punitivo; con lo anterior se establece una clara distinción entre el surgimiento de la obligación alimentaria y aquel en el que la misma es judicialmente declarada y cuantificada; en la órbita penal solo tendremos en cuenta el primer acontecimiento en estricta repercusión jurídico-normativa.

TEMA V. REVISIÓN. DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA. QUERRELLA. "Si se busca remover la intangibilidad de la cosa juzgada, en delitos contra la asistencia alimentaria acudiendo a la causal 2º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, es menester que la prescripción de la acción o la falta de querrela, aparezca como un hecho cierto, en cuanto al momento en que se inicia el incumplimiento de la obligación."

“Indudablemente que como se ha planteado si por haberse tramitado el proceso contra ..., con sujeción al anterior Código de Procedimiento Penal, el demandante podía acudir o no al vigente estatuto, para con base en el artículo 231-2 (“Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción o por falta de querrela válidamente formulada”), intentar la remoción de la cosa juzgada, es este el punto que *prima facie* importa considerar.

“Se afirma de una parte que, no obstante lo normado por el artículo 677 del actual Código de Procedimiento Penal, por razones de favorabilidad debe aplicarse el nuevo estatuto, en tanto que, de la otra, se sostiene que aceptar la interposición del recurso con fundamento en una causal contemplada en la codificación actual, comporta una mixtura inadmisibles procesalmente, pues se estarían aplicando diferentes estatutos sobre un mismo asunto, uno para la interposición del recurso y otro para la tramitación. Mas acontece que, como bien lo anota el Ministerio Público, “el recurso de revisión, extraño al proceso y que persigue remover la cosa juzgada, tiene lugar una vez agotadas las instancias, el proceso y se dirige a desvirtuar la presunción de veracidad y acierto que encierra el fallo. Como tal y por ser un medio de impugnación extraordinario ajeno al proceso, no exige para su tramitación o invocación la aplicación de la ley procesal que orientó el juicio, sino la vigente al momento de interponer la impugnación, como normas de orden público que son y de efectos generales e inmediatos. Esta la razón por la cual consideramos innecesaria la invocación en este punto del principio de favorabilidad, como que la ley procesal llamada a regentar el recurso extraordinario de revisión es la vigente al momento de su interposición (Decreto 0050 de 1987). El legislador determinó cuál era la ley aplicable a los procesos en razón del tránsito de legislación, pero culminados, definidos estos, nada se opone a la vigencia inmediata de la ley procesal actual”.

“Importa recordar que, la Corte, el 1º de septiembre de 1987, acordó aplicar el anterior Código de Procedimiento Penal únicamente a las demandas de revisión presentadas con anterioridad al 1º de julio del mismo año, fecha en que empezó la vigencia del actual ordenamiento procedimental penal, porque resultaba clara la obligatoriedad de la aplicación inmediata de este estatuto, al respecto.

“De otra parte, no es cierto que, como lo alega el representante de la parte civil, así se esté oficializando una repelente mixtura, aplicando diversas disposiciones sobre un mismo asunto. Refulge que al proceso, en cumplimiento de lo mandado por el artículo 677 del Código de Procedimiento Penal vigente, se aplicó en su integridad el estatuto derogado. Pero como él culminó con la sentencia de segundo grado, que, adquirió el carácter de cosa juzgada la aplicación ahora, para el trámite del recurso extraordinario de revisión, que busca precisamente remover aquella *res judicata*, no comporta mezcla alguna, pues este último rito se ha cumplido con sujeción estricta al nuevo estatuto procedimental.

“Así enfoca la Delegada el meollo del asunto: “Ahora bien, en cuanto al aspecto de fondo alegado como causal de revisión, y que hace relación a la invalidación de la sentencia condenatoria para en su lugar proferir auto de cesación de procedimiento, por falta de querella válidamente formulada o en subsidio por la caducidad de la querella que ... presentó contra ..., la Procuraduría Delegada estima que es el propio recurrente quien se encarga de diferenciar estos dos fenómenos (querella válidamente formulada o en subsidio por la caducidad de la misma), cuando alude a ellos como situaciones distinguibles.

“Ciertamente, los artículos 321 y 322 del Código Procesal anterior, vigente para la época de los hechos denunciados, regulaban lo relativo a la querella, estableciendo como querellante legítimo únicamente al sujeto pasivo de la infracción. Si este era incapaz o una persona jurídica, la querella debía ser presentada por el representante legal.

“Así pues la querella debe entenderse como una manifestación de voluntad del sujeto pasivo y a la vez un acto de disposición de capacidad jurídica que da lugar a la iniciación del proceso penal.

“La querella legítima hace pues relación a dos aspectos, voluntad y capacidad civil. El Ministerio Público entiende que es a esta situación a la que se refiere la causal segunda de revisión invocada por el demandante, siendo improcedente hacerle derivar por vía de interpretación a otros efectos que la ley no contempla como supuestos de legitimidad.

“Aceptamos sí, que la querella es una condición de procedibilidad como lo es el que ésta no se encuentre en situación de caducidad. El artículo 324 del Código de Procedimiento Penal establecía como término para su presentación los seis (6) meses siguientes a partir de la comisión del delito. Sin embargo, el artículo 325 consagraba como deber para el funcionario de instrucción el examinar una vez presentada la querella, si esta procedía de querellante legítimo; en caso afirmativo “procederá a instruir el correspondiente sumario si hubiere mérito para ello”. El examen sobre la oportunidad de la querella, aunque no se menciona de manera expresa como condición para la apertura del proceso, indiscutiblemente debe ser tenido en cuenta por el funcionario al momento de la apertura de la investigación. La revisión ha de constituir entonces la verificación de la

fecha del último acto constitutivo de falta (delito permanente de omisión), para contar a partir de allí el término consagrado en la ley.

“Por ello, porque en la denuncia se afirmaba la comisión del delito por parte del imputado hasta el momento de la denuncia, omisión que se prolonga inclusive hasta luego de presentada la demanda de alimentos, el funcionario procedió de conformidad hallando mérito para el adelantamiento de las diligencias.

“La anterior postura procesal es legalmente válida si se tiene en cuenta que el Juez adoptó para su decisión el criterio de no pocos tratadistas y jurisconsultos acerca de la intención del legislador por brindar a la familia una mayor protección y tutela, sancionando penalmente (sin sujeción alguna por disposición de la misma ley) a quienes incumplan el deber de asistencia a que están obligados legalmente. La normatividad penal no sujeta la naturaleza de la acción a un requisito o antecedente de carácter civil sobre alimentos. Los efectos de la omisión (que se sanciona penalmente) se prolongan en el tiempo y sólo se suspenden en la medida en que el imputado interrumpa su cumplimiento.

“La decisión acerca de la existencia o no del delito sobre el supuesto de la exigibilidad de un pronunciamiento civil sobre alimentos es cuestión que puede ventilarse válidamente dentro del proceso, ya que constituye además el otro punto de vista sostenido con argumentos igualmente valederos, pero que no guarda directa incidencia con el fenómeno de la caducidad como presupuesto de procedibilidad ni menos constituye por este aspecto causal de revisión del proceso.

“En las instancias se discutió ampliamente el tópico, fue materia de decisión en las providencias de los Juzgadores
.....

“En punto a este aspecto, que desde ya advertimos deslindamos del fenómeno de la caducidad, para relegar válidamente al debate en las instancias, afirmo el extinto honorable Magistrado Alfonso Reyes Echandia: `...´

“La discusión en torno a la existencia o no del delito, esto es respecto de la tipicidad, la diferencian del fenómeno de la caducidad, inclusive quines se muestran partidarios de la exigencia el requerimiento judicial previo,

cuando advierten que si la querrela penal no tiene el antecedente de una demanda ante el Juez civil municipal o de menores, los alimentos debidos se cuentan a partir del día en que se cumplió con dicha condición de procedibilidad. ‘La duración, característica y consecuencias de la inasistencia alimentaría con anterioridad a la primera demanda ante Juez penal, civil o de menores contribuirán a formar juicio sobre el elemento doloso, la personalidad del procesado y la integración de los efectos indemnizatorios’ (Delitos contra la asistencia alimentaría, honorable Magistrado Gustavo Gómez Velásquez).

“Lo anterior esta significando la admisión o aceptación del procedimiento adelantado hasta el momento del requerimiento civil, presupuesto que según el sector de la doctrina que sostiene la tesis del pre-requisito, permite contabilizar los alimentos, los cuales empiezan a deberse a partir de ese momento, planteamiento que excluye por sí la caducidad.

“El siguiente aparte del mismo autor, evidencia también la validez del planteamiento anterior:

“A. Omite la prestación alimentaría debida a B. su cónyuge. No media pronunciamiento civil, el Juez penal ha señalado una prestación alimentaría de \$200.00 mensuales. Durante este tramite ocurre una decisión civil que rebaja, aumenta o desconoce la obligación. Automáticamente el Juez penal acoge la corrección que implica esta resolución como delictiva. Sus funciones se acomodan al contenido y efecto de esta providencia civil que ha surgido durante el trámite del proceso penal.

“Este punto de vista es admitido igualmente por el recurrente quien con el objeto de sostener la caducidad de la querrela, llega a afirmar que no se trata de un delito permanente, por cuanto tal situación sería inequitativa al impedir la preclusión de la oportunidad para querellar. Por ello expresa que esta caduca en *tractos sucesivos* contados de a seis meses y este el motivo para que la denunciante no pueda referirse en su totalidad al lapso de omisión. Al hacerlo “configuró un todo imposible, cuya sanción debe ser el reconocimiento de la caducidad”.

“Recurrir a esta singular modalidad de caducidad para contrariar la naturaleza misma del ilícito (delito permanente de omisión), es apartarse sin razón de la opinión dominante en la doctrina: Punible monosubjetivo,

con sujeto activo y pasivo calificado, de tipo alternativo, *permanente*, doloso, de *pura omisión* y de peligro abstracto.

“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 alimentaría. 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 alimentaría, sin que consecuentemente tal postura constituya un todo imposible sólo subsanable a través de la declaratoria de caducidad.

“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 únicamente por el sujeto pasivo de la infracción (titular del derecho de la pensión alimentaría) y si este era incapaz por su representante legal; si carecía de este, 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 la anota la Delegada, compartió la opinión de un sector respetable de la doctrina que señalaba que el ilícito de inasistencia alimentaría 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 esta sentencia el obligado sigue incumpliendo su obligación, recomienza el ilícito hasta que la cumpla o se produce una nueva sentencia”. Magistrado ponente doctor Luis E. Romero Soto, agosto 23 de 1979, ver artículo 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” (Magistrado ponente doctor Álvaro Luna Gómez, agosto 28 de 1980); o “de otra parte, como el de inasistencia alimentaría 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 periodo durante el cual el alimentante ha incumplido su obligación legal alimentaría, pues mientras ello ocurre el hecho punible se está cometiendo” (Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía, enero 18 de 1983).

“No fueron ni son pocos los jurisconsultos 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 alimentaría” (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 hayan 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. Este solamente se ocupara 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 genero el delito (arts. 660 y 661 del C.P.P.). compete al Juez penal desde

luego, examinar en su oportunidad si el incumplimiento de la obligación alimentaría tiene o no fundamento en justa causa, que bien podría ser insolvencia económica insuperable (Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía, Abril 17 de 1980).

“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 obligación alimentaría, empazaba 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 validamente formulada en todos los sentidos, y a computar como periodo 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 alimentaría sin que ello signifique, dentro del marco de la tesis jurídica a que se acogió el fallador, se reitera, que se estaba dando “relevancia procesal penal a un ‘integrum’ 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 alimentaría 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 el 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 el surge realmente desde el mismo día en que existiendo para el agente la obligación alimentaría 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 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 equivoco sobre este punto, dispone el inciso final del artículo 663 del Código de Procedimiento Penal, que para iniciar acción penal por este delito no se requiere previa demanda de alimentos”.

“Se reitera, contra tal parecer doctrinario, 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 teleológico-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 interprete 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 otro, el interprete, 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 de 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”. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Roza, agosto 30 de 1983.

“Resulta claro entonces, que si se busca remover la intangibilidad de la cosa juzgada, acudiéndose a la causal 2ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No 23, 03-04-90, Gaceta Judicial No 2442, t. CCIII, p. 311).

COMENTARIOS

El tema de la cosa juzgada y el delito de inasistencia alimentaria tienen especiales incidencias en atención a lo establecido tanto por el Código de 1980 en su artículo 265 como por el Código de 2000, artículo 235; por tratarse de un delito permanente podría erróneamente comprenderse que el sujeto contra el cual se ha emitido sentencia de condena, que ha hecho transito a cosa juzgada, no tiene la posibilidad de estructurar nuevamente el punible concluyéndose la impunidad de las omisiones posteriores a la misma; no obstante con acierto las dos normas precitadas eliminan la terminología peligrosista de la “reincidencia” para hablar de “reiteración”; en significación estricta no se trata de ninguna de las dos, pues como se observa, la comisión anterior de la conducta, como circunstancia específica, no es considerada en el precepto, tanto a nivel de estructuración del comportamiento como en lo atinente a la punibilidad.

Como en cualquier otra especie delictual la persona condenada puede perfectamente realizar nuevamente la hipótesis típica con identidad circunstancial y de sujeto pasivo; pero sin duda en la nueva oportunidad se ha de surtir un cambio en el objeto material y en momento de realización del hecho, pues la prestación incumplida no puede ser la misma hipótesis en la cual estaremos frente a una manifiesta vinculación del principio de inmutabilidad de la cosa juzgada; se trata entonces de una pertinente aclaración del legislador en atención a la propia estructura comportamental incriminada, que simplemente reitera que si

el agente incurre en un nuevo hecho que configura la misma conducta típica ha de ser procesado y sancionado por el mismo.

A efectos de la caducidad de la querrela y de acuerdo con lo normado por los artículos 32 C.P.P. de 1991 y 34 C.P.P. de 2000; la norma anterior preceptuaba “La querrela debe presentarse dentro del término de un año, contado desde el momento de la comisión del hecho punible”; entre tanto la nueva norma proscribía: “La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta punible. No obstante, cuando el querellante legítimo, por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados, no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a un (1) año”.

En el marco de los presentes comentarios ambas normas fijan como momento de iniciación del término de caducidad de la querrela la comisión de la conducta punible, vale decir el momento del perfeccionamiento típico y consumación del punible, a lo cual hemos manifestado que por tratarse de un tipo permanente se perfecciona en el momento en que existiendo la obligación alimentaria esta deja de cumplirse con independencia de que medie decisión judicial civil que la reconozca y concrete su monto; de la misma manera se aclara que la infracción puede realizarse desde el momento en que nace la obligación alimentaria y es incumplida y no desde el momento en que tal deber se hace exigible civilmente, el cual depende de una declaración civil. Se concluye entonces que la comisión de la conducta punible, en forma típica de abstención u omisión, depende de la realidad ontológica del incumplimiento momento en el cual empieza a correr el término de caducidad para la presentación de la querrela, con las importantes excepciones circunstanciales que ha normatizado el nuevo Estatuto procesal.

TEMA VI. INASISTENCIA ALIMENTARIA. TIPO PERMANENTE Y QUERRELLA. "El delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente y exige querrela de parte, que sólo existe cuando esta se ha ratificado bajo la gravedad del juramento, requisito para fijar la competencia."

“Conviene, prima facie, señalar que, tanto doctrina como jurisprudencia, son pacíficas en sostener que el delito de inasistencia familiar es de carácter

permanente, como quiera que su comisión permanece hasta cuando se ejecute la prestación debida, dependiendo del culpable hacer cesar el estado de permanencia, lo que sucede en el momento mismo en que realice la conducta a que está obligado. Es, igualmente, un ilícito de los conocidos como propios de omisión, pues, paradójicamente, hay un no hacer al incumplirse la obligación impuesta por la ley.

“Para lo que viene al caso, el artículo 13 del Código Penal, señala que el hecho punible se considera realizado en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida. Pues bien, ese lugar es tanto la ciudad de Cúcuta como la de Bucaramanga porque la madre vivió con la menor en una y otra localidad y, en ninguna de ellas, ... cumplió con su obligación alimentaria. Lo anterior significa también que el delito fue perfecto en Cúcuta, esto es, que allí se consumó, igual que continuó siéndolo en Bucaramanga; de ahí su condición de permanente.

“Pero el meollo del asunto no es saber donde se consumó, sino quien es el competente para conocer del delito de inasistencia alimentaria y dado que la ley ordena –artículo 271, Código del Menor, Decreto 2737 de 1989- que conozca de él el juez municipal de la residencia del titular del derecho y habida consideración también de lo mandado por el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que la ley que determine la competencia se aplicará desde que entre a regir, para el caso marzo 1º de 1990.

“Se ha entendido, con razón, que esa residencia del titular del derecho – establecida con el objeto de favorecer a la parte desvalida-, es al momento de la presentación de la querrela, pues no es de recibo que fenómeno jurídico tan trascendental como la competencia esté variando, según los desplazamientos de residencia que, por los inconvenientes económicos mismos o factores de otra índole, haya de soportar el titular del derecho o su representante legal.

“El fenómeno de la competencia a prevención (art. 75 Código de Procedimiento Penal) sí es aplicable en estas materias, pues dado el carácter de permanente del ilícito de que se trata, bien puede, como quedó visto, realizarse, consumarse en varios sitios, en todos los cuales pudo haberse formulado la querrela y ser en su momento la residencia del titular del derecho, resultando claro que, en tal evento, el juez competente será aquel en que primero se formule aquella. Para el caso *sub exámine*, esa

solución, que es la que presenta el Juez ... Penal Municipal de Bucaramanga, no es acertada, pero simplemente porque uno de los requisitos del conocimiento a prevención no se da, cual es el de que en esta ciudad no se presentó querrela y, así, verdad de Perogrullo, no hay lugar a decir cuál fue primero.

“En el caso *sub judice*, cuando se presentó el escrito de querrela –agosto 16 de 1989-, se señaló como ciudad de residencia Cúcuta y, cuando la diligencia de ratificación y ampliación de aquel –septiembre 18 de 1989-, el sitio de residencia se ubicó en la localidad de Bucaramanga.

“Pues bien, el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, dispone:

“Querrela y petición. Cuando la ley exija querrela o petición especial para iniciar el proceso, bastará que quien tenga derecho a presentarla formule la respectiva denuncia ante la autoridad competente”.

“A, su turno, el artículo 21 *ibídem*, ordena, entre otras cosas, que “la denuncia se hará bajo juramento”. Aquí, extrañamente, obrando sólo el escrito de demanda, sin ratificación alguna bajo tal solemnidad, se destinó la apertura de la investigación penal y sólo después se cumplió con la exigencia del juramento. Eventos habrá en los cuales el requisito de la denuncia juramentada no se exigía por lo que la investigación puede marchar oficiosamente; pero, en casos como el presente, la apertura de la averiguación no es procedente, sin la ratificación de la querrela bajo la gravedad de juramento. Se puede afirmar válidamente que *strictu sensu* sólo existe jurídicamente la querrela, cuando el escrito contentivo de la misma ha sido ratificado bajo la solemnidad que se comenta.

“Así las cosas, la aquí presentada sólo tuvo vida jurídica cuando ya el titular del derecho residía en la ciudad de Bucaramanga, deviniendo, entonces, por imperio de la ley, que el competente para conocer del presente asunto es el Juez ... Penal Municipal de la capital de Santander.

“Finalmente, una vez más debe la Corte señalar que, cuando se provoca colisión de competencia negativa, el juzgado provocado –que obviamente es aquel a quien se atribuye por el provocador la facultad para conocer del asunto-, cuando no se considera competente, está en la obligación legal de aceptar el conflicto y de enviar las diligencias a la autoridad facultada para dirimir la colisión. Refulge, entonces, que, en tal evento, expresiones como

“no aceptar la colisión”, cuando es un hecho que el conflicto está trabado, o “no aceptar la competencia negativa provocada”, cuando patentemente lo que provoca es el conflicto, para el caso de que no se acepte la competencia, son absurdas, contradictorias. Igualmente es tremendo disparate afirmar que las diligencias se envían para que “se dirima la competencia”, pues lo que en realidad se dirime, esto es, se anula, termina, disuelve, es el conflicto, determinándose el funcionario competente para conocer del expediente.

COMENTARIOS

El nuevo artículo 14 (Estatuto de 2000) reitera, salvo pequeños ajustes, la consagración del principio de territorialidad para la determinación del lugar de comisión de la conducta punible, en relación con la preceptiva de 1980. En relación con el criterio de territorialidad, se reafirma que la ley penal se aplica a todas las conductas punibles, realizadas dentro del territorio del Estado, sin consideración a la nacionalidad del agente; así, continua vigente el axioma según el cual la aplicación de la ley penal es manifestación del ejercicio de la Soberanía Estatal, limitada únicamente por la órbita espacial en la que opera. El principio fija la competencia del Estado para investigar, juzgar y sancionar las conductas realizadas en su territorio -locus regit actum- sin consideración a la nacionalidad del agente, ni a que en su país de origen constituya delito.

Para la determinación del lugar de comisión, se han elaborado varias teorías, que como en la mayoría de los casos, se refunden en una fórmula ecléctica adoptada legislativamente; la teoría de la actividad afirma que el delito se considera cometido en el lugar en que se ha desplegado la actividad exterior del agente; la concepción del evento hace énfasis para la determinación del lugar de comisión, en aquel en el que se consigue el resultado de la acción; la teoría de la ubicuidad estima que el delito se considera cometido tanto donde se despliega total o parcialmente la actividad, como en el lugar donde se obtiene el resultado; finalmente, para la teoría de la actividad ampliada, el lugar de comisión es aquel en el que se ha realizado la parte esencial de la conducta delictiva. (Cfr. ANTOLISEI, Francesco, Manual de derecho penal, parte general, p. 94)

Tanto el artículo 13 (C.P. de 1980) como el 14 (C.P. de 2000) prescriben que la ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja dentro del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el

derecho internacional; se normatizan los criterios generales de la actividad (sitio en el que se despliega el comportamiento); del evento (obtención del resultado de la acción); y, de la ubicuidad (conjunción: despliegue comportamental y obtención del resultado).

El criterio de la territorialidad, dentro del claro contenido material que posee, en orden a la fijación de parámetros objetivos que permitan la identificación de los momentos de perfeccionamiento típico y consumación delictual, incorpora como se advierte, el concepto de causación del evento, sin que por ello pueda afirmarse la inclusión de nuestro sistema en la causalidad mecánica y natural.

TEMA VII. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Obligaciones. INASISTENCIA ALIMENTARIA. "Interpretar el incumplimiento de una obligación alimentaria como falta a la buena conducta familiar, es extralimitar la acepción y alcance propios de la expresión señalada en el numeral 2º del artículo 443 del Estatuto Procesal."

“La conminación es una medida asegurativa que se impone en los casos señalados en la ley (art. 416 del C. de P.P.) y consiste en suscribir un compromiso de cumplir las obligaciones que le imponga el Juez al resolverle la situación jurídica.

“Las obligaciones que puede y debe imponer el Juez son las permitidas por la ley. Categóricamente el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal señala que en los casos de conminación se le impondrán al procesado las siguientes obligaciones: 1. Presentarse cuando el Juez lo solicite; 2. Observar buena conducta individual, familiar y social, y 3. Informar todo cambio de residencia.

“No está por consiguiente, al libre talante del funcionario señalar las obligaciones a cumplir en el acta de compromiso y, menos aún, aquellas que por su propia naturaleza constituyen el objeto del proceso, pues de ser ello posible, se estaría frente a un anticipo de la sentencia lo que constituiría ciertamente, como mínimo, un abuso de autoridad.

“Interpretar el incumplimiento de la obligación alimentaria como “falta a la buena conducta familiar” es extralimitar la acepción y alcance propios de la expresión señalada en el numeral 2º del artículo 443 del Estatuto Procesal.

Con tal proceder, el objeto perseguido por el artículo 263 del Código Penal queda agotado en la suscripción de un acta que constituye fundamento de una sanción de privación de libertad, tornando un poder estrictamente disciplinario en instrumento o título de ejecución extrarápido de una obligación por demostrar con certeza en el proceso mediante un fallo de condena.

“El poder disciplinario dado al Juez Penal en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal es solamente para casos de renuencia a firmar el compromiso conminativo o de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el artículo 443 ibídem. Sancionar con tal medida otra hipótesis por interpretación extensiva puede, realmente, tipificar una detención arbitraria y ello necesariamente conduce a que se investigue el hecho sumariamente.

“Hay, desde luego, varios interrogantes que debe dilucidar el Juez imputado tales como quienes son beneficiarios de alimentos, sus edades y circunstancias económicas? (art. 420 del C.C.); cuando debe exigirse el cumplimiento de la obligación alimentaria?; qué entiende por capacidad económica y a quién incumbe su demostración?, etc., así como también los que sugiere la Delegada en su concepto. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No 84, 11-12-90, Gaceta Judicial No 2446, t. CCVII, p. 762).

COMENTARIOS

La medida de aseguramiento de conminación está regulada por el artículo 390 del Estatuto procesal de 1991 que a su texto dice: “La conminación consiste en el compromiso del sindicado de cumplir las obligaciones que le imponga el funcionario judicial al resolver su situación jurídica. Sólo procede para delitos sancionados con arresto o pena privativa de la libertad”. A su turno el artículo 356 del nuevo Estatuto procesal “Ley 600 de 2000) establece que solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Como importante modificación introducida en 1991 en relación con la medida de aseguramiento de conminación encontramos que con ella el sindicado debe asumir el compromiso de cumplir las obligaciones que le imponga el funcionario judicial al resolver su situación jurídica.

De acuerdo con el artículo 399 Idem.: “Cuando se haya negado la excarcelación, en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumple la suspensión, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.

Si pasados cinco días desde la fecha en que se solicite la suspensión, ésta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del sindicado.

Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria.

No es necesario solicitar la suspensión del cargo cuando a juicio del funcionario judicial, la privación inmediata de la libertad no perturba la buena marcha de la administración.

Si se trata de competencia de los jueces penales del circuito especializados, no es necesario solicitar la suspensión para hacer efectiva la detención”.

La especificación de la obligación que se va a imponer en virtud de la conminación se establece en el artículo 394 Idem.: “En las actas de conminación y de caución juratoria o prendaria se consignarán las obligaciones que debe cumplir el sindicado. El funcionario judicial determinará dichas obligaciones y su duración de acuerdo con la naturaleza del hecho punible y dejará constancia de las consecuencias legales de su incumplimiento”.

TEMA VIII. INASISTENCIA ALIMENTARIA. QUERRELLA. COMPETENCIA. “1. El artículo 33 del nuevo Código de Procedimiento Penal trae expresamente entre los delitos que requieren querrela de parte el de inasistencia alimentaria. 2. La competencia no varía a medida que el titular del derecho cambie de residencia, pues ella queda fijada por ese factor, a partir del momento en que se formula la querrela.

“El artículo 271 del Código del Menor, dice:

“Cuando el sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria sea un menor, la investigación se iniciará de oficio y será desistible por una sola vez. Será competente para conocer de este delito el Juez Municipal de la residencia del titular del derecho”.

“Es un hecho indiscutido, que la querellante, señora ..., reside en la ciudad de Neiva, en donde formuló la correspondiente denuncia, y que su hijo, el menor ..., quien es el titular del derecho alimentario, estudia en la ciudad de Florencia, en donde vive en compañía de una tía.

“Se sabe también, de acuerdo con la prueba hasta ahora allegada al proceso, que la permanencia del menor en la ciudad de Florencia es eminentemente transitoria, como que se traslada a ella solamente en época de estudios.

“Por su naturaleza accidental y pasajera, no puede ser éste, entonces, sino el lugar de residencia de su madre, que viene a ser también el suyo, el que debe tenerse en cuenta con miras a determinar la competencia para conocer de este asunto.

“Hechas estas precisiones, surge claro que la competencia para la investigación y juzgamiento de los hechos denunciados la tiene el Juzgado Sexto Penal Municipal de Neiva, pues, como ya se dijo, ha de entenderse que la residencia del titular del derecho en este específico caso, es la misma de su representante legal, o sea la ciudad de Neiva.

“Adviértase que en cuanto a que la investigación por ese delito sea la iniciación *oficiosa*, como dice el copiado artículo, el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) derogó ese mandato, pues en el artículo 33 trae expresamente entre los delitos que requieren querrela de parte el de inasistencia alimentaria a que se refieren los artículos 263, 264 y 265 del Código Penal.

“Téngase en cuenta, además, que la competencia no varía a medida que el titular del derecho cambie de residencia, pues ella queda fijada por ese factor, a partir del momento en que se formule la querrela. En providencia de 27 de febrero de 1990, dijo al respecto la Sala:

“Mas resulta que posteriormente madre y menor emprenden viaje a Bogotá y en esta ciudad establecen su residencia: Para la Sala es claro que esa 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” (Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 33, 01-04-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 443).

COMENTARIOS

La prescripción procesal en relación con el tema de la residencia del titular del derecho es ampliada por la presente providencia para el delito de inasistencia alimentaria al lugar de residencia del representante del titular del derecho, comprendiéndose de esta forma que es el sujeto que posee mayor idoneidad para la defensa y protección de los intereses de su representado. Por lo anterior la evaluación normativa del proceso se debe dar en relación con el desarrollo jurisprudencial de tal criterio y no con los conceptos de residencia transitoria o residencia académica, que sin duda son fijados de manera tangencial y por tanto ligera, razón por la cual puede admitir múltiples interpretaciones y aun reparos. El titular del derecho actúa judicial y extrajudicialmente por medio de su representante y es a la residencia de este último que se debe atender para la fijación de la competencia, en esta especie delictual.

TEMA IX. COLISION DE COMPETENCIA. INASISTENCIA ALIMENTARIA. “La competencia, en el delito de inasistencia alimentaria, no varía en la medida en que el titular del derecho cambie de residencia, pues ella queda fijada por ese factor, a partir del momento en que se formule la querrela.

“Se considera:

“El artículo 271 del Código del Menor dice:

“Cuando el sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria sea un menor, la investigación se iniciará de oficio y será desistible por una sola

vez. Será competente para conocer de este delito el Juez Municipal de la residencia del titular del derecho”.

“No se discute que cuando se formuló la denuncia, cuando se abrió investigación y luego durante el proceso, se estableció que los menores hijos del sindicado ... y de la quejosa ... -titulares del derecho- residían en jurisdicción de Paratebuena.

“Que posteriormente hayan cambiado esa residencia (cuestión no demostrada en autos, además), no incide para nada en la inicial competencia que se fijó correctamente con fundamento en la residencia de los menores hijos.

“Sobre el particular dijo esta Sala en auto de primero de abril último:

“Tengase en cuenta, además, que la competencia no varía a medida que el titular del derecho cambie de residencia, pues ella queda fijada por ese factor, a partir del momento en que se formule la querrela. En providencia de 27 de febrero de 1990, dijo al respecto esta Sala:

“Mas resulta que posteriormente madre y menor emprenden viaje a Bogotá y es en esta ciudad donde establecen su residencia: para la Sala es claro que esa 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 sindicado.

“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 proceso tendría que seguir a éste (jurídica y materialmente) por dondequiera que fuere, en una suerte de peregrinaje de verdad inadmisibles (M.P.: Dr. Duque Ruiz)” (destacado del texto original)

“Significa lo anterior que la competencia para conocer de este asunto es del referido Juzgado de Paratebuena, a donde se remitirá el expediente. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 101, 05-11-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 534).

COMENTARIOS

Sin duda ante cambios de residencia del menor o de su representante la defensa de los respectivos intereses se dificultará, en franco favorecimiento del infractor de la obligación alimentaria; esta la razón para que se hayan suscitado múltiples problemas interpretativos generantes de conflictos de competencia, resueltos por la Corte a favor de la determinación de la competencia por el lugar en el que se presentó la querrela inicialmente, mas no por el lugar de perfeccionamiento típico y consolidación del punible según pareciera desprenderse de la anterior providencia. No obstante es de aclarar que ante el fenómeno enunciado por la normatividad sustancial como “reiteración” vale decir nueva comisión de la conducta punible con diferenciación del objeto material y, si en el intermedio ha operado un cambio de residencia del titular del derecho o su representante la nueva querrela puede ser presentada en este nuevo sitio y ella determinará la competencia por el factor territorial. Vale decir que la competencia no queda atada al sitio de presentación de la primera querrela, sino a aquel en el que se ha surtido la querrela inicial dentro del respectivo proceso.