

EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

Apuntes para una interpretación sistemática del tipo

*Manuel Fernando Moya Vargas**

Los sistemas de derecho regulan la función pública y las relaciones entre personas privadas, dirime su origen, existencia y culminación admitiendo los efectos vinculantes de la voluntad privada, aunque normalmente los limita y casi elimina cuando halle comprometidos intereses del Estado o la sociedad, cuyo quebranto sanciona con medidas, en los casos más graves, de represión¹.

Siguiendo la tradición, la existencia de los órdenes público y privado corresponde al tipo de intereses en conflicto, con respecto al primero el Estado es sujeto activo principalmente en desempeño de sus obligaciones que le imponen garantizar el orden²,

* Abogado, comentarista de derecho penal.

1. Aventurar una explicación coherente sobre los motivos que determinan la selección de comportamientos reprimidos será siempre caprichoso, así que elongar la discusión sobre la conveniencia de eliminar el tipo penal de inasistencia alimentaria sea innecesario pues no tenemos mejores argumentos a favor o en contra, aun cuando nos sirve de pretexto para señalar que esta clase de conductas al descuido de la sociedad y el Estado más inestabilidad e incertidumbre crean a la estructura social, por lo que quienes dan al delito una importancia tan insignificante que la pasan por prescindible, marginan artificialmente al análisis un síntoma claro de desarraigo.
2. Nos referimos al *orden* no como criterio de homogeneización arbitraria de la conducta de los hombres, sino como ideal que concierne las aspiraciones sociales, sus valores, su moral, su historia, sus indiferencias, de modo que el delito es necesariamente un comportamiento inadecuado para el normal desarrollo de la comunidad, habrán ilícitos sin esa entidad que no dañan por sí solos el orden constitutivo de la sociedad *universal* y por lo mismo no generan la reacción del Estado hacia la represión.

función esencial que expresa también en el poder sancionar los comportamientos que prohíbe donde ejerce su soberanía, aun cuando su ejecución controvierte en los estados de derecho el principio de legalidad³ sin que obste la reconducción expresa y/o tácita de la descripción típica a otras exposiciones normativas, evento en que la interpretación y por supuesto la adecuación reclaman mayor *iuris-prudentia* al intérprete que encuentra exigido su entendimiento frente a varias normas y a su consecuente integración. Por cierto normalmente los juicios de responsabilidad penal son compuestos a causa de la interdependencia del derecho criminal respecto de las normas donde se consagran los derechos y obligaciones, en cuanto los tipos penales como descripciones de conductas que violan “bienes jurídicos”, entrañan la preexistencia del derecho que se protege⁴, de ahí que el delito constituye una violación no sólo penal sino también, y sobre todo, de la ley que estatuyó el derecho y la obligación que de él brotan.

La valoración del juez se inscribe en la polaridad de lo jurídico y lo que va contra derecho⁵, informada por un orden modelado en normas que confieren potestades o derechos a las personas, al paso crean obligaciones correlativas que pueden ser apenas el deber conducirse sin estropear derechos ajenos⁶ o, aquel comportamiento exigible a todos o alguien en particular, por consiguiente la esencia de la ilicitud fluye del incumplimiento de una obligación, sin desatender que no todo incumplimiento constituye conducta punible o no toda forma de incumplimiento lo es, ello no desmiente que en todo delito palpita la substracción a una obligación y es así que la antijuridicidad⁷

-
3. El principio no podría estar contraído a la exhaustiva descripción, en ocasiones la concreción del efecto del hecho resulta suficiente como por ejemplo el homicidio, en que no se tipificó una u otra forma de producir la muerte, las circunstancias en que haya ocurrido no son en sí aspecto que interese a la tipicidad, al menos en principio, sino al juicio de valor que entronizan la antijuridicidad y la culpabilidad, en cambio delitos como el que nos ocupa además de aproximar una descripción bastante rica del comportamiento rechazado, forzosamente aprehende buena parte de las normas del Código Civil sobre relaciones de familia y, naturalmente de las que regulan las obligaciones, tras haber pasado por las de la Constitución Nacional coincidentes.
 4. Los códigos criminales no se dirigen a crear derechos sino que instrumentan una de las formas posibles para su defensa.
 5. Por lo mismo no creemos en la actualidad del criterio de que nadie encuentra prohibición donde la ley expresamente no lo impuso, ya que “...todo desvío de la función social de los derechos, toda utilización de los mismos para fines contrarios a los de la comunidad es ilícita. Por consiguiente, aun cuando un acto facultativo no se halle expresamente prohibido, no siempre su ejercicio es permitido ni garantizado por el derecho”. Jorge Santos Ballesteros. *Instituciones de responsabilidad civil*. T. I, Colección Profesores Nº 21, Pontificia Universidad Javeriana, p. 38.
 6. Sobre el carácter relativo de los derechos subjetivos véase Luis Josseland. *La evolución de la responsabilidad*, Monografías Jurídicas, Edit. Temis. No queremos pasar esta exposición sin manifestar que en nuestro sentir la Constitución Nacional al consagrar la prevalencia de los intereses sociales, fundamentar la legitimidad del poder en la decisión del *pueblo*, y más explícitamente en la consagración de las obligaciones de cualquier ciudadano, impone ordenar el ejercicio de los derechos subjetivos hacia el desarrollo no sólo individual sino prevalentemente de la sociedad, en consecuencia no sólo se abusa de un derecho cuando se concreta un daño o se arriesga antijurídicamente un derecho individual ajeno, sino también y sobre todo cuando por esta vía se atenta contra la sociedad.
 7. Ver artículo 6º C. C. C.

inmediatamente la proporciona, dimensiona o delimita la obligación, en fin, el juicio de reproche compromete las facultades que incorpora el derecho presuntamente vulnerado⁸, con razón la primera fuente de consulta para el juzgador es precisamente ésta.

I. EL TIPO DE LA INASISTENCIA ALIMENTARIA

A. Elementos de la descripción

Se concretan en el artículo 263 del Código Penal⁹ al prenuiciar la responsabilidad de quien estando por ley en condición de deudor de alimentos se sustraiga a la prestación, siempre que no exista una causa justificativa del incumplimiento¹⁰, así, se encuentran erigidos como elementos la preexistencia de la obligación, su exigibilidad durante la consumación, que acontezca la substracción y sea injustificada.

a) La obligación es ciertamente la relación de dos partes donde una está asistida del poder exigir una prestación de otra; como se sabe, las obligaciones atan al deudor, de quien se reclama la prestación, al otro extremo, el acreedor, quien sin más consideración es el facultado para exigir el cumplimiento y, naturalmente, la prestación, cuyo objeto debe ser aportado –pagado– por el primero a satisfacción de éste.

En cambio el discernimiento en torno al débito y responsabilidad es menos fluido, como que es variable por la naturaleza de la obligación alimentaria, pero no escapa al análisis que de él surge uno de los presupuestos del delito, ya que en ausencia de un valor patrimonial exigible sería anodino el juicio de responsabilidad.

b) La substracción a la prestación nunca se ha entendido diversa al incumplimiento de la obligación, principalmente predicado del deudor aunque puede sustraerse así mismo el acreedor que no se allana al pago, situación nada novedosa, menos en derecho criminal que tampoco admite fraguar la propia torpeza en beneficio del responsable.

8. Desde luego en reatos como los que atentan contra el sufragio la obligación no puede ser otra que la genérica de abstenerse de impedir los derechos electorales y el normal desarrollo de los comicios, su incumplimiento no entraña una prestación de carácter patrimonial, en cambio no existe duda en otros como el de inasistencia alimentaria. Pero justamente son las obligaciones las que primeramente nos informan el comportamiento que tenemos derecho a exigir, en causa privada o pública, cuando coinciden con la penal.

9. El Código del Menor pareciera no haber alterado fundamentalmente el tipo básico, pero en verdad sí es determinante que si el sujeto pasivo es un menor, la expresión *alimentos* entraña una amplitud desconocida para los mayores de edad cuando son víctimas del punible. Ello naturalmente altera los alcances del tipo, en tanto hizo más gravosa la prestación, lo cual, de contera, cambió el Código Civil.

10. Lo que no debe confundirse con causas que exoneren de la obligación.

c) La injustificación de la falta de pago es otro elemento normativo que sólo puede tener realce si objetivamente impide el cumplimiento¹¹.

B. La obligación alimentaria

En la ley encuentra su fuente la obligación de prestar alimentos a determinadas personas, el deber de conducta exigible al deudor se encuentra regulado en el Código Civil y parcialmente en el del Menor, como vínculo jurídico en virtud del cual el acreedor puede exigir un comportamiento, la falta al deber de conducta opera cuando de acuerdo con las mismas normas puede concluirse el *incumplimiento*.

Objeto de la obligación alimentaria. Un comportamiento positivo parece ser la más satisfactoria caracterización de la prestación debida.

I. El significado natural del verbo alimentar comprende no sólo el hecho crítico de administrar alimentos a quien lo necesita sino también aprovisionarlos, a nuestro propósito el Título XXI del C. C. C. desde su rótulo, “de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas”, procura una aproximación.

El verbo *deber* expresa la existencia de un crédito, una situación de exigibilidad, al paso que el sustantivo *alimentos* se orienta a concretar el objeto de la prestación sin que la palabra cifre su significado en una cosa particular y excluyente. Aunque insuficiente es un argumento dispuesto a descartar que la prestación consista en *alimentar* en su más genuina significación de cuidado, más importantes razones nos permiten exponer la exclusión: a) el *cuidado* que deben prestarse las personas por orden legal es un comportamiento sin expresión patrimonial; b) la desnutrición podría ser un efecto de las faltas al deber de cuidado más ligadas a la alimentación, pero no es la prueba inevitable de la sustracción a la prestación de alimentos como que ninguna norma jurídica reclama del deudor acreditar que su aporte se destinó efectivamente a alimentar al acreedor, ello integraría una responsabilidad paralela predicable del que soporta su cuidado, y si coincidieran en la misma persona, las faltas al deber de cuidado no implican el incumplimiento a la asistencia alimentaria, por cierto el reproche penal que puede dirigirse contra quien no administre alimentos a una persona que lo requiere, si no estructura el delito de homicidio consumado o tentado, lesiones personales o tortura, acaso encuadraría en la descripción del artículo 272 del Código del Menor, o en la omisión de auxilio, pero no en el de inasistencia alimentaria; c) la

11. El ingrediente podría brotar de la imposibilidad material del deudor para sufragar los gastos del acreedor alimentario, pues esa situación la proyecta la ley civil con respecto al *debitum*, cuando más determina la exigibilidad, en consecuencia, es causa suficiente que exonera del deber de pagar y no habría lugar a predicamento *objetivo* de tipicidad, ya que el tipo penal lo estructura la existencia de los elementos integradores de la obligación, entre ellos, la exigibilidad del pago. De otro modo resultaría dándose entidad subjetiva a un aspecto que por su naturaleza no puede serlo, tomaríase el elemento definitivamente pleonástico y burda desasociación de la normatividad civil.

obligación se entiende satisfecha no sólo por la entrega periódica de las cosas que proporcionan la solución de la necesidad, sino por dinero para lograr el mismo efecto, la constitución de una renta, un fideicomiso, la aplicación de una parte del ingreso y, no advertimos impedimento alguno a la entrega de un bien para que de su explotación sea alimentada una persona; d) incluso, si consideráramos el cuidado en su exposición de alimentar como objeto de la obligación acuñaríamos contradicciones con muy importantes derechos constitucionales, en cuanto ser responsable de la efectiva alimentación instrumentaría la alternativa de dislocar su libre voluntad, eventualmente, verse incurso en una obligación imposible en situaciones patológicas del acreedor.

II. Teniendo por cierto lo anterior tampoco puede tratarse inevitablemente de una obligación real ni de resultado.

Aunque la asistencia alimentaria propiamente tal, sean necesarios o congruos los alimentos exigibles, haría suponer un dar en sentido técnico¹², esto es, la transmisión de la propiedad y posesión plenas sobre los bienes con que pretenda satisfacerse la obligación, una visión sistemática informa que no es la única posible, ya que la alternativa legal que faculta al juez disponer el pago mediante recibo de intereses de un capital, desmiente que se pueda tratar de una obligación real¹³.

Más próximo a la realidad social que importa regular al Estado es que se trata de una obligación de medio, información que aportan las formas de pago posibles como las restantes características, pues el pago puede verificarse por cualquier medio lícito con idoneidad al fin de proveer la alimentación del acreedor, lo cual desde luego rechaza que se trate de una obligación de resultado, máxime que el efectivo cuidado no se confunde con el aprovisionamiento de alimentos. Adicionalmente, cómo podría tratarse de una obligación real si no está previamente determinado su objeto.

Objeto de la prestación. I. Advertida la variedad de adjetivos y verbos utilizados para signar las expresiones en que se atomiza la obligación¹⁴ podríamos contraerla¹⁵ a su contenido de aprovisionamiento de alimentos, paralela a las de establecimiento, crianza y/o cuidado, pero sólo relativamente a la educación¹⁶. No obstante, el Código del

12. Artículo 1605 C. C. C.

13. Artículo 423 *Ibid.* Modificada por la del 24 de la Ley 1ª de 1976.

14. El artículo 205 del C. C. C. dispuso “proveer las necesidades de la familia común”; el hijo emancipado queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, artículo 251 *Ib.*, tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes, 252 *Ibid.*; toca de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos –artículo 253 *Ibid.*–; los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenecen a la sociedad conyugal, artículo 257 *Ibid.*

15. Artículo 257 inciso 2º, modificado por el 19 del Decreto 2820 de 1974, norma que distingue claramente entre gastos de establecimiento, crianza y educación.

16. De acuerdo con el artículo 413 del C. C. C., los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la

Menor definió los alimentos como “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”¹⁷, por ser norma de carácter especial el objeto de la prestación alimentaria es más amplio cuando se trata de éstos, derivación que importa determinar las lindes del delito cuando la víctima es un menor, pudiendo incurrir el que aporta alimentos pero deliberadamente insatisface las necesidades restantes, sean ellas las de habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral o educación, siempre y cuando se acredite que por las condiciones específicas de acreedor y deudor eran exigibles.

II. a) Que se trata de una prestación patrimonial no rivaliza con el origen de la obligación ni con su esencia humanista, pues si bien no está diseñada para estimular el tráfico de bienes entre su patrimonio y otro e independientemente de la forma que adquiera el débito, posibilitar la asistencia alimentaria implica afectar negativamente el patrimonio del deudor.

b) Si bien el objeto es indeterminado no es indeterminable a instancia de juez o partes¹⁸.

c) Muy difícil resultaría acreditar una situación de imposibilidad absoluta en razón del objeto, obviamente no incluimos las situaciones en que existiendo acuerdo o tasación de juez¹⁹ sus términos se tornen objetivamente imposibles para el deudor, previsión válida en relación con imposibilidad jurídica como material.

Distinguimos que el delito de inasistencia alimentaria únicamente se integra cuando la obligación tuvo su fuente en la ley, ya que claramente el texto de la norma indicó *alimentos legalmente debidos*, situación que excluye el incumplimiento de un débito alimentario originado en donación, entendiéndose que en tal caso opera la revocación tácita; en cambio, si quien estando obligado a prestar alimentos en virtud de la ley celebra un pacto reiterando dicha obligación su incumplimiento injustificado podría resultar típico porque la fuente sigue siendo la misma, en tal caso el acuerdo no puede ser otra cosa sino concertación del débito o del modo de pago.

III. La noción aproximativa de alimentos congruos y necesarios constituyen pauta para discriminar lo debido, lo cual será relativo al acreedor pero inevitablemente en función de las capacidades del deudor, es decir, del análisis objetivo de las posibilidades de al menos dos personas debe surgir el débito, de ahí que la contingencia de las

obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.

17. Artículo 133 *Ibid*.

18. Artículo 423 modificado por el 24 de la Ley 1ª de 1976.

19. Inciso 3º del artículo 423 C. C.

circunstancias de acreedor y deudor torne impredecible para el legislador el objeto de la prestación. Primeramente pueden determinar el débito las partes, en segundo lugar el juez con fundamento en la evaluación del patrimonio, posición social, costumbres y demás circunstancias relevantes, que permitan determinar la capacidad económica del alimentante, si las anteriores no resultan posibles se creó una presunción *iuris tantum*²⁰ de acuerdo con la cual el deudor percibe por lo menos un salario mínimo mensual²¹.

Deudores y acreedores. Importantes elementos que proyectan la procedencia de la acción penal al informar quién se encuentra facultado para instaurar la querrela y contra quién puede dirigirse, pese a que el Código del Menor, la Constitución Nacional y la jurisprudencia constitucional exoneran de ese requisito de procedibilidad cuando la víctima es un menor.

I. La condición de acreedor y deudor se adquiere o pierde si se reúnen las condiciones señaladas en el Código Civil, de manera que en primer lugar es necesario tener uno de los vínculos civil o de consanguinidad previstos²², sin embargo, para efectos penales el sujeto pasivo del delito se contrajo a los ascendientes, descendientes, adoptantes y adoptivos y cónyuge, por lo que cuando la víctima sea hermano o donante del deudor es improcedente la acción penal a causa de la injustificada sustracción a la prestación alimentaria; el grado de consanguinidad no fue limitado lo cual da realce a las normas sobre concurrencia²³, es decir, cónyuge, descendientes, ascendientes y adoptivos, y, coexistiendo ascendientes o descendientes de distintos grados, los del más próximo, de manera que la falta o insuficiencia de uno actualiza la obligación del siguiente²⁴, adelantamos que entre los deudores concurrentes no existe solidaridad.

20. Se ha reconocido por la jurisprudencia nacional que la prueba de las circunstancias especiales de los deudores y los acreedores de la obligación alimentaria, constituyen presupuesto de prosperidad de la petición de alimentos, ya que “es obvio pensar que si éste —el deudor— no se encuentra en condiciones de orden pecuniario que le permitan cumplir la obligación aludida, la condena no se le puede imponer porque la situación fáctica contemplada no corresponde entonces a los presupuestos de hecho previstos en la ley...—además— se impone aceptar que para la prosperidad de dicha pretensión se requiere justificar también que el demandante, dada su situación económica, tiene la necesidad de alimentos”. Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de marzo de 1973. Acerca del carácter residual de la presunción, *Cfr.* Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de mayo de 1990.

21. Artículo 155 D. E. 2737 de 1989, *Ibid.* Artículo 423 C. C., 136-138 D. E. 2737 de 1989. No obstante, estimamos que la primera norma quedó incompleta al estar referido apenas a la capacidad económica del alimentante, ya que de acuerdo con lo previsto en el Código Civil, es igualmente determinante la capacidad económica del alimentario. En consecuencia, debe interpretarse en concordancia con las del estatuto civil.

22. Artículo 411 del C. C. C.

23. Artículo 416 *Ibid.*

24. El artículo 260 del C. C. C. estableció que la insuficiencia de los padres actualiza la obligación de los abuelos respecto de sus nietos, pero lo cierto es que las normas sobre concurrencia permiten sustentar que la insuficiencia de cualquier deudor actualiza en lo faltante la responsabilidad del siguiente, de manera que la hipótesis es aplicable a cualquiera si se dan los requisitos restantes.

De igual modo es necesario la actualidad de la obligación en cuanto depende de las partes, es decir, para que exista exigibilidad y por consiguiente responsabilidad, el acreedor debe tener una necesidad que pueda satisfacer el deudor. La inexistencia de prueba sobre la situación del deudor se resuelve por la presunción; de otro, la injuria atroz consistente en la ejecución de delitos graves o que en todo caso atenten contra la persona del deudor de alimentos, cometidos por determinación, autoría o en complicidad del acreedor, extinguen la obligación²⁵.

II. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenecen a la sociedad conyugal²⁶. Desde luego no procede la acción penal contra personas jurídicas o entes similares, sin embargo, es posible orientarla contra uno de sus socios mientras la integren bienes suficientes para cubrir la necesidad alimentaria de los descendientes? ¿Es cierto que según doctrina conocida la sociedad conyugal surge para ser disuelta, o que habitualmente los bienes se encuentran detentados por uno de los socios, pero si la demanda de separación de bienes puede instaurarla el que cuidada del acreedor alimentario, abstenerse de ello no constituiría acaso desconocimiento de la norma superior que privilegia los derechos de los niños y los incapaces, restando importancia al que nadie puede obligarse a disolver su sociedad conyugal?²⁷.

Débito. Venimos repitiendo que el derecho del acreedor es relativo a sus condiciones y a las de los deudores²⁸. La premisa evoca un análisis cuidadoso de las posibilidades materiales de los sujetos, pues únicamente a partir de ellas puede saberse qué necesita el primero y qué puede de ese monto aportar el segundo, sustracción que arrojará el cuántum debido que puede ser nada porque el acreedor no tiene ninguna necesidad o el deudor no puede aportarle lo que precisa, es decir, no debe aun cuando se encuentra y continúa *ob ligatus*²⁹, cierto es que no parece pensable una obligación sin débito, pero la estructura fundamental no se altera como que la exigibilidad se entiende condicionada suspensivamente³⁰⁻³¹. El hecho de no existir prueba sobre este punto

25. Los dos últimos incisos del artículo 414 del C. C. C. permitirían sostener que la situación se demostrase mediante sentencia condenatoria, no obstante creemos que la cesación o preclusión por indemnización o conciliación, no tienen en sí la entidad requerida para presumir la continuación del deber alimentario, salvo expresa manifestación.

26. Artículo 257 del C. C. C. cc. Art. 1796 y 1800 *Ibid.* Modificado por el 63 del Decreto 2820 de 1974.

27. Habría que ver adicionalmente los extremos del nexo causal que demanda el artículo 21 del C. P., tanto más importante si la culpa del representante legal, que lo haría responsable, le hace perder legitimidad para instaurar la querrela.

28. En efecto, el artículo 419 del C. C. C. previó que la tasación depende de las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas, pero de otro lado no se tiene derecho sino a aquellos alimentos que el acreedor no pueda autoproporcionarse –artículo 420 *ib-*. Y creemos que la disposición es reiterada por el artículo 257 de la misma obra.

29. *Cfr.* supra nota 14.

30. Colocarse en insolvencia sea por la parte pasiva o bien la activa para soportar su pretensión o excepción de defensa respectivamente, no es jurídicamente relevante de la obligación o exigibilidad en cuanto, de un lado, la propia culpa no es defensa idónea para sí mismo y el fraude, la colusión o el delito no son fuente de derechos ni siquiera por vía de prescripción.

31. Insistimos que la actividad probatoria es definitivamente destacada y valga recordar que como las

concreto por autoridad de la jurisdicción de familia no exonera al Fiscal o Juez penal profundizar en la realidad para establecerlo, obviamente a través de prueba idónea, peritación, preferiblemente³². Por demás el carácter residual de la presunción lo reafirma la obligación de inquirir lo favorable y negativo al reo por parte del Estado, sino que específicamente la ley procesal civil, que creemos si se buscan más sustentos legales debe aplicarse análogamente, ordena que de oficio se decreten las pruebas conducentes para establecer la capacidad económica del demandado³³.

De manera que la existencia de peculio adventicio ordinario, extraordinario y profesional³⁴, extingue, limita o impide que surja la obligación alimentaria.

Cumplimiento. I. El crédito puede satisfacerse a través del mandatario o agente oficioso, y también se admite la validez del pago efectuado sin conocimiento e, incluso, sin consentimiento del deudor³⁵⁻³⁶. El pago del tercero no parece desmentir la *sustracción a la prestación* por parte del deudor de alimentos, pero adviértase que expresamente el tipo penal ni la ley civil impusieron que quien debía desatar la obligación fuese el deudor personalmente.

La tipicidad no alumbraba una solución satisfactoria, pero si a causa del incumplimiento todo el efecto *antijurídico* fue que el pago no lo efectuó el obligado, lo cual da derechos en su contra³⁷, no entraría en los límites de la responsabilidad penal por la indemnidad del bien jurídico³⁸⁻³⁹. Importa considerar que en la relación no es desplazado el deudor

circunstancias de cada una de las personas vinculadas puede variar positiva o negativamente, la necesidad de verificarlo no se elimina por el hecho de que la prueba exista.

32. Por cierto que resulta evidentemente falso que los padres deban el sustento de los hijos por exactas mitades, ya que los alcances del débito se hacen depender de las circunstancias específicas de cada uno, resultando perfectamente que uno deba 100 porque esas son sus posibilidades de asistencia, mientras el otro tan sólo 1, por la misma razón pero comprendida a su situación.
33. Artículo 448 del C. P. C., norma que no obstante tampoco refleja los alcances de la ley sustantiva que en cambio entraña determinar las necesidades del acreedor, además. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 4921 del 4 de marzo de 1998, M. P.: Carlos Esteban Jaramillo.
34. Artículo 291 C. C. C.
35. Artículos 1630 a 1632 del C. C. C.
36. Si la madre de un niño que no percibe ningún auxilio del padre de éste asume el mantenimiento, frente a la obligación que específicamente se establece entre el hijo y el padre, ella es un tercero habida cuenta de la ausencia de solidaridad entre los deudores.
37. Las normas de los artículos 1631 y 1632 informan las opciones cuando se actuó contra la voluntad del deudor o sin su conocimiento. *Cfr.* Artículo 261 *Ib*, modificado por el artículo 20 del Decreto 2820 de 1974.
38. Desde la perspectiva de la *Gesinnung* alemana el *quid pluris* que concentra el elemento subjetivo de la antijuridicidad podría entenderse satisfecho con el deliberado incumplimiento, pero estimamos que en tal caso debe acreditarse no el acontecer interior del agente orientado únicamente al propósito de la sustracción, antes que la certeza de que su acreedor de alimentos necesita su asistencia y, naturalmente, que puede satisfacerla adecuadamente, pero le es negada porque el deudor optó libremente por incumplir.
39. El artículo 268 del C. C. C. consagró explícitamente un evento de pago de tercero. “Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella (sic), deberán pagarle los costos de su crianza y educación tasados por el juez”.

lo que nos permite observar que no serán las condiciones del tercero que pague las que determinen el débito, sino que seguirán siendo las del deudor, porque nadie está obligado a lo imposible y sería un despropósito constreñirlo a un pago que no expresa su situación real.

II. El pago debe ser válido no sólo en cuanto ha de satisfacer la prestación al acreedor concreto, sino que como acto jurídico debe ser efecto de una voluntad libre de vicios, por lo menos no absolutos, tener objeto lícito y, capacidad el acreedor.

Debe pagarse al acreedor pero frecuentemente el de alimentos es un incapaz, y en estos casos es más exigente la validez del pago por el imprescindible concurso del representante legal, de suerte que no se entiende exonerado del deber quien preste alimentos a un incapaz sin que medie la *recepción* del representante⁴⁰, en cuanto a éste, su inatendible renuencia afectaría su responsabilidad pues no allanarse sin justificación válida al pago, así sea parcialmente⁴¹, podría afectarlo en cuanto el menor sufra menoscabo, al fin y al cabo desde el punto de vista constitucional del bien jurídico los derechos de los menores son privilegiados⁴², como los incapaces en cuanto quepan en la distinción del segundo párrafo del artículo trece de la Carta.

C. Incumplimiento y daño

Constatados los elementos de la obligación así como su actualidad y débito, se verificará el incumplimiento cuando el deudor no proporciona los medios para satisfacer al acreedor, o lo hace apenas parcialmente, inclusive, en algunos eventos de invalidez del pago, pero ese comportamiento interesa sancionarse sólo en cuanto haya optado el autor por la conducta pudiendo haberse dirigido en forma distinta.

Se diría que es de la clase de hechos que para estructurar su entidad criminal deberá ser expresivo de un comportamiento doloso, no obstante, es bueno estimar que una persona puede ser completamente consciente de que es antijurídico no asistir los hijos o quien por unión afectiva requiere su atención económica, y más aún, querer el resultado, pero ello no garantiza que la conducta resulte ser hecho punible puesto que es necesario que el acreedor necesite algo que el deudor le puede dar y no obstante se resiste, así que el juicio de antijuridicidad y culpabilidad desbordan los esquemas tradicionales.

I. Los bienes jurídicos están reportados tanto el Código Penal como el del Menor, es decir, se trata de la Familia, de acuerdo con la intitulación IX del Código Penal delitos contra la familia, y el capítulo IV, “de los delitos contra la asistencia alimentaria”, y el menor, evidentemente.

40. Artículo 1636 del C. C. C. en conc. Primer numeral del 415 *Ib*.

41. Nos manifestamos en relación con la norma del artículo 1649 del C. C. C.

42. Artículo 44 C. P.

No es el nudo desobedecimiento lo que motiva la sanción, ello por sí solo no altera el orden que interesa preservar o recuperarse por medio de acciones penales, de lo contrario la inobservancia de cualquier otra obligación –la oportuna cancelación del salario mínimo por ejemplo–, justificaría similar efecto. Por ello no dudamos en sostener con base en la información que aportan los códigos penal, civil y del menor, y no menos la Constitución Nacional, que la protección penal se cifra en la familia y el menor, sin restringir la palabra familia la reunión de personas que conviven en una misma unidad de vivienda, sino a las acreedoras de alimentos unidas con el deudor por vínculo civil o de consanguinidad que persiste en sus efectos emocionales –no se olvide que la injuria atroz exonera de la obligación–.

La antijuridicidad del comportamiento se hace depender de la lesión o puesta en peligro que sufran los bienes jurídicos, así que no habría cuando permanezcan indemnes durante la ejecución de la conducta típica. El daño puede componerse por la desintegración familiar, cuando existe la familia nuclear sin que necesariamente el alimentante tenga que estar haciendo parte activa de ella, los daños físicos, psicológicos, el atraso educativo, la desnutrición, son expresivos de un daño que da entidad antijurídica a la conducta, siempre que unos y otros se produzcan como consecuencia directa de la inasistencia, en cambio no cuando quien detenta el deber de cuidado abandonó a la persona acreedora de alimentos y, siempre que no constituyan un delito distinto, como el de lesiones personales, con el que puede concursar.

Ahora, se trata de un delito de peligro, quiere decirse que la responsabilidad penal no exige una lesión concreta, basta la creación de un riesgo con segura probabilidad de acontecimiento de la lesión.

II. Si el monto del crédito se contrae a la parte que requiere el alimentario y de esa la que puede objetivamente aportar el alimentante, no es satisfactorio acudir al salario mínimo para fijar el monto sino como criterio residual, habiéndose hecho la determinación, lo cual naturalmente supone que se haya concretado su exigibilidad, el pago es obligatorio.

El tipo previó que cuando concurren causales que justifiquen suficientemente la *sustracción* no se estructura el delito, obsérvese que para poder predicar la *sustracción* es necesario que preexista la obligación y un pago exigible no cumplido, así que las justificaciones a que alude el tipo son las predicables del cumplimiento y en manera alguna de la responsabilidad civil, éstas podrán ser objetivas o relativas siempre que no sean imputables al deudor y apenas suspenden la exigibilidad durante el tiempo en que impidan asumir la obligación, por lo que desfiguran el ligamen mismo antes que la tipicidad del comportamiento. En consecuencia las justificaciones aludidas en el tipo se cifran en la imposibilidad de realizar el pago, no por falta de capacidad o porque la necesidad del acreedor no lo hacen exigible sino porque el acreedor no pudo hacerlo efectivo.

El deudor de alimentos en materia civil debe responder por culpa en concreto⁴³ naturalmente también por su dolo⁴⁴, de ahí que encontramos en las siguientes hipótesis alternativas, a nuestro modo de entender, justas, de situación de inexigibilidad de la prestación⁴⁵, a) es posible que el desempleo actual torne imposible asumir el crédito, pero ello supone que el deudor al menos haya ofrecido inútilmente su capacidad de trabajo en el mercado laboral, caso en que es inoponible no haber encontrado satisfechas sus aspiraciones salariales o ciertas circunstancias laborales, siempre y cuando no atenten contra la vida del deudor; b) la incapacidad física o mental son así mismo justificaciones que impiden la exigibilidad del pago; c) el ser recluso en prisión o ingresado a las filas de los cuerpos armados del Estado, naturalmente, cuando la última labor no es remunerada; d) más completo resulta el análisis de quien alega tener una familia numerosa que alimentar, pues no se advierte que una de las deudas de alimentos tenga mejor categoría, habida cuenta del derecho a la igualdad, y tampoco se justifica el desamparo total de uno de los acreedores para no desmejorar a otro, sin que sirva de pretexto la convivencia con uno de ellos, la evaluación dependerá de la situación objetiva del alimentario, de manera que si es factible que continúe viviendo con la mera asistencia de uno de sus progenitores la deuda no se establece, pero si no es así le es exigible adecuar el monto de los aportes que viene realizando a favor de los acreedores satisfechos.

En cambio las justificaciones que pregonan el tipo penal deben ser circunstancias que hayan impedido *efectuar el pago* en el tiempo previsto para ello, que el acreedor o su representante no se allanen a recibirlo, por ejemplo, el incumplimiento del mandatario, también⁴⁶. Finalmente es bueno observar que la ignorancia de que existe la persona quien puede exigir los alimentos, no se dilucida como aspecto de culpa sino de tipicidad, ya que comporta una causa que justificadamente explicaría la falta de pago; situación que puede resultar reiterativa particularmente en los casos de concurrencia, por ejemplo, cuando los abuelos ignoran la insuficiencia de los padres del acreedor de alimentos.

43. No se trata en todo caso de un criterio subjetivo, sino que la responsabilidad estará determinada por uno objetivo delimitado por el comportamiento exigible a una persona diligente en las circunstancias del deudor.

44. Artículo 63 del C. C. C.

45. Como corolario, dichas no tienen aptitud para justificar la falta de pago, sino la inexigibilidad de la obligación. De manera que al hallarse en la realidad con una situación similar o tónica de inexigibilidad, la situación, en materia criminal, se debate como referida en forma negativa al tipo, porque no existe débito reclamable.

46. Atendiendo las características de la obligación advertimos que la indeterminación del monto no es causal idónea para abstenerse de procurar el pago. Pero se destaca que el pago parcial sólo cuando se acredite que se efectuó deliberadamente, sin justificación alguna y, de ello derivó un daño al acreedor, es punible. Por demás, la pérdida de la patria potestad no implica la cesación de la obligación alimentaria, sino hasta que el menor es adoptado –artículo 156 D. E. 2737 de 1989–.

D. Responsabilidad

Es posible que el administrador, fideicomisario, mandatario, factor, en fin la persona quien en virtud de contrato adquirió la responsabilidad de efectuar el pago de la prestación, incluso el representante legal, deliberadamente se abstengan de entregar o recibir el pago respectivamente, siendo conscientes del origen y destino de la prestación, atentando contra el bien jurídico tutelado, pero el tercero no es deudor de alimentos porque la situación es intransmisible⁴⁷, y la descripción típica previó que el delito se estructura a partir del incumplimiento de la prestación de alimentos *legalmente* debidos a *sus* ascendientes, descendientes, adoptante y adoptivo..., por lo mismo es que pareciera que la represión no se fundamenta tan sólo en el incumplimiento y por ende en el daño que de ahí provenga al menor y la familia, sino en la más grave ausencia de solidaridad cuando se verifica entre personas unidas por vínculos afectivos que persisten, cuando menos, sin graves manifestaciones de deterioro.

Los tutores de menores indigentes deberán exigir el pago al deudor correspondiente si es preciso ante instancias judiciales⁴⁸, por no ser deudores de alimentos no pueden incurrir en el delito de inasistencia, su comportamiento podría ser típico de otros reatos como lesiones personales, incluso, el homicidio, que admiten la modalidad culposa, sin dejar de lado que también pueden incurrir en la contravención de maltrato a menores.

Con respecto a la autoría es preciso estimar la ausencia de solidaridad entre los deudores concurrentes, lo que surge de la naturaleza del débito resultante de las circunstancias personales del deudor, ya que no podría lógicamente constreñirse a una persona por un débito deducido a partir de las características individuales y específicas de otro, aunque la ley distinga cuándo los padres deben de consuno, ello no implica que deban como si se tratase de uno solo⁴⁹.

47. Es importante llamar la atención sobre el hecho de que si bien las asignaciones alimenticias forzosas constituyen un crédito hereditario, ello no tiene el efecto de transmitir *mortis causa* la deuda de alimentos ya que existen órdenes legales de personas llamadas a responder por la obligación alimentaria, de modo que a falta de uno corresponde al siguiente y, por otra parte, si el alimentario heredó al alimentante, el acrecimiento del patrimonio o la conformación del peculio, hacen prever que contará con medios propios de subsistencia, de ser insuficientes tendrá que exigir el faltante a quien en la lista legal deba asumir la obligación de alimentos. Por acto entre vivos, el que un extraño a la obligación asuma la prestación no lo hace sino a título de donación y su incumplimiento no es punible, de modo que la delegación del pago no entraña la transmisión. Razones que, además, encuentran expreso sustento legal –artículo 424 del C. C. C.–. Refuerza esta idea el que sólo se haya previsto la transmisión del derecho de corrección, dejando sin mencionar las obligaciones –artículo 263 del C. C. C.–.

48. Artículo 522 C. C. C. *Cfr.* Artículo 518 C. C. C.

49. Artículo 253 del C. C. C. “Toca de *consuno* a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos”, en cambio la totalidad de la obligación es reclamable del sobreviviente, artículo 258 *Ib*–.

No creemos que exista discusión en torno a la responsabilidad del determinador ni del cómplice, en fin un deudor de alimentos puede verse orientado en su voluntad por el propósito surgido en un tercero, quien de forma efectiva logra adherirlo a su fin. También estamos en la línea de admitir que la complicidad puede surgir, *vr. gr.*, cuando a sabiendas el tercero concierta su colaboración en la distracción de bienes para evitar los montos reales de la obligación o, para eludirla, caso en el cual respondería en condición de cómplice de inasistencia agravada.

II. ASPECTOS PROCESALES

Querrela y oficiosidad. No toda acción por inasistencia alimentaria precisa querrela como requisito de procedibilidad⁵⁰, apenas cuando la víctima es un mayor de edad o un incapaz por razón distinta de la edad.

Importa insistir que la querrela es un acto jurídico que involucra los requisitos esenciales a su existencia, es decir, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitas, de suerte que a falta de uno de ellos, dependiendo si se trata de un vicio relativo o absoluto, será o no subsanable, caso este último en que por falta del acto no es procedente la acción debiendo el fiscal cerciorarse de su idoneidad antes de dar inicio al proceso⁵¹, y faltando el requisito simplemente rechazar la denuncia indicando los motivos o, en extremo, proferir decisión inhibitoria. En cuanto a la capacidad, no sólo valen las consideraciones reportadas a la calidad de acreedor agregando que si el denunciante es un incapaz debe actuar por medio de representante legal, a falta del cual podrá actuar el defensor de familia o el Ministerio Público⁵² e, incluso, el Defensor del Pueblo, quien podrá formular la querrela también cuando el autor del delito haya sido el representante legal⁵³.

50. Artículo 271 del D. E. 2737 de 1989, *Cfr.* Sentencia C-459 del 12 de octubre de 1995, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. Pese a que es desde todo punto de vista consistente la jurisprudencia con los preceptos constitucionales, no entendemos el no haberla extendido a todo caso en donde la víctima sea un incapaz, ya que de conformidad con las normas constitucionales que nos permitimos recordar en este escrito, especial protección les confirió la Carta a ellos también. Adicionalmente, la alta corporación, pese al encomiable avance que produjo con la determinación, dejó de lado importantes aspectos procesales provenientes de la exoneración del requisito de la querrela, y nos estamos refiriendo específicamente a si los delitos en que se victimó a un menor, nosotros diríamos *a un incapaz*, son susceptibles de desistimiento, conciliación y/o reparación integral. Si nos atenemos a la sentencia, diríamos que no, ya que no son desistibles sino los querellables, y sólo los desistibles son conciliables; en cuanto versa con la reparación, no está listado en el artículo 39 del C. P. P.

51. Sirva la ocasión para llamar la atención sobre los efectos desmedidamente injustos de precluir una investigación por falta de un requisito de esta naturaleza.

52. Segundo párrafo del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal.

53. Pensamos que cuando la acción penal puede involucrar al representante legal, la querrela formulada por éste podría resultar afectada de nulidad ya que rendida bajo juramento se entendería violatoria del principio constitucional de que nadie puede forzarse a declarar contra sí mismo.

Si se trata de personas capaces deberán actuar en su propio nombre y representación, o por apoderado investido del poder que lo faculte, en caso de imposibilidad se hará a través de apoderado o, se reconoce legitimidad a los perjudicados directos⁵⁴. Con respecto a la imposibilidad prevista en la hipótesis tercera del artículo 30 citado, seguramente el legislador no estimó situación diferente a la originada en causas físicas, es decir, enfermedad o cualquier circunstancia que materialmente impidiera el actor potencial poner en ejercicio la acción penal, sin embargo, la realidad social de un país como el nuestro debiera instrumentar la posibilidad de que personas ignorantes o los que no puedan sufragar los servicios de abogados privados⁵⁵ se sirvieran de este beneficio.

En cuanto tiene que ver con el consentimiento concluimos que no existe acto jurídico cuando es producto la denuncia de un vicio absoluto de voluntad, es decir, fuerza irresistible, dolo, error insuperable, y particular cuidado deben tener los despachos judiciales al citar a formular o ampliar denuncias porque bien puede ser que una orden de comparecencia vicie absolutamente el consentimiento de las personas.

No es fácil escindir eventos de ilicitud de la causa teniendo en cuenta que la facultad la proporciona la ley, aún así nos atrevemos a enunciar que cuando la querella se orienta a presionar al autor hacia fines protervos no existiría duda del vicio medular, o cuando la acción es utilizada como un medio de explotación injusta, como quien exagera la necesidad.

La eficacia de la querella estará determinada por su presentación dentro del término de un año, contado a partir del momento en que dejó de consumarse el delito y, por la determinación de su objeto, ya que creemos no puede el fiscal ni juez ampliarlo extendiendo la investigación o el juicio respectivamente, por aquellas conductas que requiriendo de querella no hayan sido expuestas por el actor oportunamente.

Prejudicialidad. Cuando en un juicio civil se está discutiendo la relación que sustenta la calidad de deudor de alimentos, puede ser impugnación de la paternidad⁵⁶, o se demanda la nulidad del vínculo matrimonial, el proceso penal no debe suspenderse en razón a que *durante* el proceso civil estaría vigente la obligación como efecto de la

54. En caso de que haya sido designado un apoderado con carácter general o especial para la actuación penal, pierden legitimidad los perjudicados directos, quienes en todo caso tendrán vigente su acción aquiliana. No obstante si concurrieren las querellas del representante y de los perjudicados, deberá preferirse la de éstos si la del primero se encuentra caduca, o resultare rechazada por infundada, ya que la actuación del mandatario, cuando es especial, tiene inicio desde que la autoridad ante la cual actúa lo reconoce y, en materia criminal, ello se da cuando tiene inicio la acción penal.

55. Lo cual es obvio pues si necesita demandar para poderse alimentar, menos estará en posibilidad de pagar un abogado.

56. Es bueno aclarar que cuando la impugnación proviene del hijo o éste está rechazando la maternidad, los deudores de alimentos no tendrían una razón suficiente para suspender la asistencia alimentaria, ya que ni aun cuando la pretensión proviene de ellos se encuentran al amparo del pago. Aunque sería absurdo que coexistieran este tipo de causas con la acción penal.

presunción que opera, así como durante el trámite de adopción⁵⁷. Tanto más claro cuando en juicio civil se debate la obligación alimentaria pues no basta la existencia de la *litis* para suspender la obligación⁵⁸, de contera no tendría que suspender el proceso penal sino a causa de la proximidad del fallo.

En cambio es viable la suspensión sin consideración al estado procesal cuando se debate la falsedad del registro civil de nacimiento, en cuanto es la prueba básica del vínculo, adicional o individualmente frente a la impugnación. Si se reclama la paternidad con base en la notoriedad creemos que el fiscal ni el juez penal cuenta con suficientes instrumentos para continuar el proceso penal mientras no se falle de fondo el civil, pues riñe la asistencia con la pretensión civil.

Prescripción. El delito empieza a consumarse desde el momento en que se verifica el primer incumplimiento doloso, es decir, desde cuando el deudor libremente optó por sustraerse a la prestación que le era exigible. Es bueno tener en cuenta que la obligación alimentaria tiene carácter permanente ya que los acreedores tienen una necesidad diaria que normalmente no pueden autosatisfacer, sostenemos que la obligación se actualiza en cuanto surja la necesidad y la correspondiente capacidad, y ello es así no porque existan tantas obligaciones como necesidades patentizadas sino porque la exigibilidad del pago se encuentra condicionada a ese evento y a que el deudor pueda cancelar, de suerte que se incurre en incumplimiento *de la misma obligación* tantas veces como se interrumpa el pago. La prescripción opera en cinco años, o si concurren circunstancias de agravación, en seis años, seis meses y seis días, contados a partir del momento en que se retome la obligación, se pierda el derecho o cese la obligación por falta de necesidad del alimentario, edad, imposibilidad del alimentante o injuria atroz. En cambio interrumpe la prescripción el efecto consuntivo de la resolución acusatoria, aun cuando no creemos que dicha determinación ni la sentencia condenatoria conlleven culminar la consumación del delito para dar paso a uno nuevo. En verdad que si el autor-deudor no cumplió la condena y/o, en todo caso, no reasumió la obligación, sigue cometiendo el ilícito que empezó a consumir desde el primer incumplimiento, lo cual supondrá actualizar los efectos de la condena ante el juez de ejecución. Piénsese tan sólo en lo inicuo que resultaría el que el acreedor se decida a denunciar cuando alcanzó la mayoría de edad a su deudor de alimentos que ha incumplido durante todo el término de vigencia de la obligación, mientras que si lo hubiese hecho antes y en repetidas oportunidades, incumplimiento tras incumplimiento de la condena, habría sido reo de varios juicios y condenado a igual número de penas. Esta situación, estimamos debe resolverse modificando el tipo en el sentido de agravar la pena en función del tiempo que duró el incumplimiento, facultando al juez de ejecución su actualización. Destacamos en todo caso que la condena penal no tiene el efecto de crear una nueva obligación, pese a la figura de la reiteración.

57. Supra nota 43.

58. De acuerdo con el artículo 417 del C. C. C.

Competencia. Si bien cualquier fiscal local puede instruir la investigación si no acusa ante el juez municipal del lugar donde el titular del derecho tiene su residencia, el juicio resultaría afectado de nulidad por falta de competencia⁵⁹, suerte que comunica el error señalado en la resolución de acusación, salvo obviamente que se trate de sujeto pasivo amparado por fuero subjetivo ante la Corte Suprema de Justicia.

Los alcances de la competencia del fiscal y el juez lo facultan para implementar una cuota provisional cuando no lo ha estimado el juez de familia, ello surge del principio del restablecimiento del derecho, lo cual importa la determinación del débito, insistiendo en la extrema inquisición probatoria de las necesidades del acreedor y las posibilidades de los deudores⁶⁰, en cambio no dudamos que el fiscal o el juez extralimitan su competencia cuando se pronuncian sobre la acción de petición de alimentos o de repetición por pago de lo no debido, encubiertas de acción aquiliana en el proceso penal.

Acción civil, dentro del proceso penal. I. La acción por responsabilidad civil extracontractual procede cuando se ha causado un daño por delito o culpa⁶¹, han sido señaladas diferencias con la responsabilidad penal, particularmente respecto del principio de tipicidad, la antijuridicidad normativa que tolera el daño y el riesgo, y aspectos de culpabilidad que en responsabilidad civil trae expresiones de culpa presunta, criterio poco recurrible en materia criminal. En todo caso, el surgimiento de la responsabilidad civil⁶² conviene demostrar la culpa como causa eficiente de un daño antijurídico que explique naturalmente el origen de la lesión en el hecho generador, producido por quienes desmandaron los márgenes de responsabilidad que les corresponde; la responsabilidad criminal se sustenta en la prueba de que el hecho del autor produjo el resultado del cual depende la existencia del delito, siempre que le sea imputable la modalidad culposa compatible con el tipo penal que cobija la descripción.

59. Artículo 273 del Código del Menor.

60. "...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 ocupará 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 originó el delito*" (destacado fuera de texto). Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de abril de 1990.

61. Artículo 2341 del C. C. C. "El que ha cometido un delito o culpa, *que ha inferido daño a otro*, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cubierto" (destacado fuera de texto) de manera que la responsabilidad criminal *puede* provocar, además, la civil extracontractual.

62. Creo que en eventos como la obligación de asistencia alimentaria, es aplicable la conceptualización de quienes estiman que el juicio de responsabilidad hace dos recorridos, de un lado, la verificación del incumplimiento y, por otro, la especificación del daño a causa de dicho incumplimiento. Estimación ideada para las obligaciones *ex contractu*, empero válida también para el tipo de obligación en estudio, ya que es bien distinta la predicación del incumplimiento de la obligación alimentaria, y la del daño surgido por esa causa, tanto más clara en función de la estructura penal.

Lo que ahora importa destacar es que la responsabilidad penal resulta completamente independiente de la civil resarcitoria a causa del delito, para apuntar que no discrepan las decisiones que concluyen la responsabilidad penal y absolución civil extracontractual o lo contrario. Es decir, puede resultar una decisión favorable al imputado liberándola de cualquier responsabilidad criminal pero condenándolo civilmente y, así mismo, es viable que pese a la condena penal haya absolución civil extracontractual.

Precisamente, en algunos eventos de justificación e, incluso, de ausencia de culpabilidad, hay lugar a la acción aquiliana, en los demás no, lo cual se encuentra denominado en el Código de Procedimiento Penal *efectos de la cosa juzgada penal absolutoria*⁶³. Al tiempo, ni siquiera en los delitos de lesión hay lugar a indemnización, mientras los perjuicios no se hayan demostrado en *su existencia*⁶⁴.

Lo anterior encuentra explicación en que si bien la fuente de la obligación civil extracontractual es el delito, que surja la responsabilidad depende de la comprobación de la existencia del daño, conforme fue concebido en la ley civil, es decir: “el que ha cometido un delito o culpa, *que ha inferido daño a otro*, es obligado a la indemnización...”, de acuerdo con lo cual el hecho punible apenas larva la responsabilidad civil, pero no es suficiente el predicamento de exigibilidad de la indemnización mientras no surja un daño proveniente directamente del delito, que pueda ser expresado pecuniariamente, ya que es la indemnización la pretensión de las acciones resarcitorias, y no se ha considerado que pueda tener objeto de otra índole, una exposición pública de desagravio, por ejemplo.

II. Concentrándonos ahora en los elementos de la responsabilidad civil extracontractual proveniente del delito de inasistencia alimentaria, no son demasiadas las dificultades ofrecidas en cuanto expone la autoría del hecho, en cambio respecto de la lesión al bien jurídico o daño distinguimos de acuerdo con lo visto situaciones en que la sustracción injustificada a la prestación alimentaria no atentan contra el menor o la familia.

También observamos que los bienes jurídicos tutelados a través del tipo penal pueden atentarse con apenas haberlos peligrado, pero ello no altera el esquema natural de la responsabilidad aquiliana, ésta reclama la prueba del daño.

Es lógico que la acción civil en el proceso penal por inasistencia alimentaria prospera cuando haya sido acreditado el daño al bien jurídico compuesto por el menor y/o la

63. El artículo 57 del C. P. P. *De la cosa juzgada penal absolutoria*, indica: “la acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa”.

64. Artículo 55 del C. P. P.

familia, y exista evaluación patrimonial del perjuicio que lo expresa, se realza que el contenido patrimonial del daño debe acreditarse para poderlo reclamar en causa aquiliana, independientemente que se trate del objetivo o subjetivo.

Mas el daño por el cual puede accionarse a través de esta vía es el proveniente directamente del delito, ya que es ésta la fuente de la obligación, sin que concurra con otras. Por tanto no creemos viable reclamar por este cauce el pago de lo no debido, ni siquiera los alimentos causados hasta el momento, porque para ello existen las acciones pertinentes, las cuales no concursan con la de responsabilidad extracontractual como paralela o subsidiaria. Entiéndase que dichos créditos no derivan del daño propio de la conducta típica en sus modalidades de lesión o peligro, sino de un acto de libre disposición y de la ley, respectivamente.

Decimos que no puede reclamarse alimentos por esta vía porque su causa es la obligación legal y no el delito. Tal vez sea diferente si el acreedor o su representante incurrieron en deudas a nombre de aquél para satisfacer la necesidad, en cuanto ello podría ser un daño causado por el riesgo del bien jurídico, pero no si el representante las tomó a nombre propio porque al cancelar con ese dinero las necesidades del pupilo, su pretensión tiene causa en un acto de voluntad que lo inviste de acciones concretas.

Existe una acción específica de alimentos⁶⁵, y la Fiscalía ni el juez penal tienen competencia para conocer de ella, en la cual expresamente se advierte que no pueden reclamarse alimentos anteriores a la demanda, lo que se explica por el hecho de que el reclamo se origina en la necesidad objetiva.

Respecto del pago realizado por un tercero, si actuó con consentimiento del deudor tendrá la acción propia del mandatario o la que deriva de la subrogación, ya que en este caso se entiende que la persona que pagó *ipso iure* se subroga en los derechos del acreedor; en cambio si no medió el consentimiento o el conocimiento del deudor, el *solvens* tiene la acción de *in rem verso* o la que le subroga el acreedor. Además en uno y otro evento contaría con la acción propia de la agencia oficiosa. Ellas, adicionales a la expresamente dispuesta en el artículo 268 del C. C. C.⁶⁶.

Pero sobre todo, debe verse que el desmedro patrimonial del *solvens* no está causado por el daño de la sustracción, sino que deriva de un acto paralelo consistente en el pago, que tiene una causa remota en el comportamiento típico, bien puede ser, en cambio, la acción aquiliana se contrae a situaciones que generan resarcimiento con fuente directa en el daño y el delito.

65. Artículo 76 de la Ley 153 de 1887, artículo 421 del C. C. C., 447 del C. P. C., 131 y ss. del D. E. 2737 de 1989.

66. *Cfr.* Artículo 261 el C. C. C.

Las consideraciones precedentes nos conducen finalmente a advertir que, desde luego, los terceros pagadores no tienen legitimidad para pretender en causa aquiliana, únicamente la víctima, siempre que se oriente a reclamar por el perjuicio y no por alimentos, caso contrario habría una inadecuada acumulación de pretensiones.