



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

SP263-2023

Radicado 53862

CUI: 11001-6000050-2013-04572-01

Aprobado Acta Nro. 124

Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil veintitrés
(2023)

I. VISTOS

Se profiere fallo de casación luego de admitir la demanda de casación presentada por el apoderado de la víctima **OG**, en contra de la sentencia absolutoria proferida el 13 de julio de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó el fallo condenatorio que por el punible de inasistencia alimentaria emitió el Juzgado 17

Penal Municipal de Conocimiento de esta ciudad, en contra de **RMQ**.

II. HECHOS

Fueron consignados en la sentencia recurrida de la siguiente forma:

*“**RMQ** contrajo matrimonio con **OG** el 24 de diciembre de 1990, acto que se llevó a cabo en la embajada de la República de Mongolia con sede en Moscú, Federación de Rusia [...]. **OG** y **RMQ** se divorciaron el 28 de mayo de 2003, mediante una sentencia proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá en la cual se fijó una cuota de alimentos por valor de \$150.000, a cargo de **RMQ** y en favor de su hijo **AMG**.*

*Posteriormente, el 2 de octubre de 2006, el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá fijó, en favor de la denunciante **OG**, una cuota alimentaria de \$250.000, también a cargo (sic.) de su ex esposo **RMQ**, la cual debía aumentarse cada año conforme al incremento del salario mínimo. Con todo, **RMQ** nunca realizó pago alguno por ese concepto.”*

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 30 de noviembre de 2015, en el Juzgado 13 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá se imputó a **RMQ** el delito de inasistencia alimentaria (art. 233 Código Penal -en adelante C.P.-).

3.2. El escrito de acusación se presentó el 26 de febrero de 2016, y su formulación se realizó en el Juzgado 17 Penal

Municipal de Conocimiento de Bogotá el 10 de marzo de 2017, sin cambios en la calificación jurídica.

3.3. La audiencia preparatoria se verificó el 10 de noviembre de 2017, el juicio oral inició el 23 de marzo de 2017 y culminó el 2 de abril de 2018 con sentido de fallo condenatorio.

3.4. La sentencia se profirió el 23 de abril de 2018, condenando a **RMQ** a las penas principales de 24 meses de prisión y multa de 16 s.m.l.m.v.; la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se fijó por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

Consideró la Juez que el deber de dar alimentos subsiste después de finalizado el matrimonio, pues el artículo 233 del C.P. se refiere a los «alimentos legalmente debidos», y el artículo 411 del Código Civil -en adelante CCC- indica que se deben alimentos al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa.

3.5. Apelada la decisión por la defensa de **RMQ**, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 13 de julio de 2018 revocó la condena y absolvió.

El Juez Colegiado de segunda instancia entendió que la Fiscalía imputó únicamente el hecho consistente en incumplir la cuota de alimentos fijada por el Juzgado 2º de Familia en favor de su ex esposa **OG** y concluyó que a ella no

le asiste la calidad exigida por el tipo penal pues se divorció del acusado en 2003, de modo que no es cónyuge y por tanto deviene atípica la conducta.

Explicó que el tipo penal de inasistencia alimentaria no es de los denominados en blanco pues describe claramente los sujetos activos y pasivos así como la naturaleza de la conducta omisiva que recae, de forma exclusiva y excluyente, sobre los ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge, compañera o compañero permanente. Aclaró que la expresión «legalmente debidos», se aplica taxativamente al grupo de personas que describe el tipo. Del extenso catálogo de personas incluidas en la legislación civil (Art. 411 del CCC) como sujetos reclamantes de alimentos, el legislador decidió seleccionar solo una parte de aquellas para protegerlas por vía penal mediante el artículo 233 del C.P., desarrollando así el carácter de *ultima ratio*.

3.6. La víctima interpuso la casación y su apoderado presentó la demanda que fue admitida el 9 de diciembre de 2019. La audiencia de sustentación se programó para el 18 de mayo de 2020 pero no se realizó por la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional. En auto del 2 de julio de 2020 se dio aplicación a las directrices fijadas en el Acuerdo 20 del 29 de abril de 2020 emitido por la Sala de Casación Penal y se corrió traslado a partes e intervinientes para que por escrito presentaran sus alegatos.

IV. LA DEMANDA

4.1. Primer cargo.

Lo fundamentó en lo que llamó cuerpo primero del numeral 1° del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004 -en adelante CPP-. *“Falta de aplicación de una norma constitucional y legal, llamada a regular el caso”*.

Para sustentar el cargo expuso que con las declaraciones de **OG**, **AMG**, Alina Cecilia Machado Porras, Gladys Muñoz de Saquero y Cristina de Jesús Bustos Porto se demostraba la capacidad económica de **RMQ** la necesidad de los alimentos de la denunciante por insuficiencia de capacidades económicas.

Aseguró que la segunda instancia no valoró la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia que decidió fijar como cuota de alimentos a **RMQ** y en favor de **OG** la suma de \$250.000 mensuales.

También expuso el casacionista que se desconoció la denuncia instaurada por **OG**, donde existen elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, suficientes, para establecer que el señor **RMQ** es responsable del delito de inasistencia alimentaria.

Otras falencias que destacó el casacionista en la demanda tienen que ver con la falta de aplicación del artículo 381 de C.P.P. de 2004, pues existían pruebas que permitían establecer la responsabilidad de procesado más allá de toda

duda razonable. Además, sostuvo el recurrente “*es indiscutible que se presentan varias dudas, que nunca fueron resueltas en el trascurso del juzgamiento del señor **RMQ** y que de haberse aplicado por el juzgador de segunda instancia, había conducido a una sentencia de carácter condenatorio*”

4.2. Segundo cargo.

Indicó que acudía al cuerpo segundo del artículo 181.1 del CPP: “*interpretación errónea de una norma legal llamada a regular el caso*”.

En este cargo controvertió la decisión de segunda instancia en tanto sostuvo que los hechos imputados fueron entre el 20 de octubre de 2006 y el 30 de noviembre de 2015 (fecha de la imputación), pero como **OG** se había divorciado de **RMQ** el 28 de mayo de 2003, la conducta era atípica porque aquella no era sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria pues no tenía la calidad de cónyuge. Para el censor esta afirmación se hizo “*sin que exista prueba de soporte para ello*”.

El recurrente sostuvo que el Tribunal no entendió el objeto de la litis, el cual era condenar a **RMQ** por incumplir una orden de un Juez de la República que lo había condenado a pagar los alimentos a su excónyuge.

La trascendencia de los cargos la hizo consistir en la incursión por parte del Tribunal en un falso juicio de existencia por desconocer los hechos y omitir la valoración

de todas las pruebas que demostraban que **RMQ** incumplió con el pago de la cuota alimentaria decretada, incurriendo de esa manera en el delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA. Además, desconoció el Tribunal que su procurada tenía derecho a exigir a través de la justicia ordinaria el pago de la cuota alimentaria que le fue señalada por un juzgado.

V. ALEGATOS EN CASACIÓN

En cumplimiento de las directrices fijadas en el Acuerdo 20 del 29 de abril de 2020 emitido por la Sala y el auto del 2 de julio de 2020, las partes e intervinientes presentaron los siguientes alegatos sustentando sus posiciones en casación:

5.1. Representante de Víctimas

Expuso que debía aclarar los cargos formulados.

5.1.1. Del primer cargo expresó que la obligación alimentaria estaba regulada de manera general en la legislación civil, donde se consagró que se deben alimentos, a cargo del cónyuge culpable (**RMQ**), al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa (**OG**), tal como lo prevé el artículo 411.4 del Código Civil, normatividad que no fue aplicada por el Tribunal, desconociendo que la excónyuge también puede acudir “*en sede penal a reclamar los alimentos dejados de percibir*”

Insistió que con los elementos materiales probatorios se estableció la sustracción total de alimentos ordenada por un juez de familia, que lo condenó a pagar mensualmente la suma de \$250.000 dentro de los cinco primeros días de cada mes.

5.1.2. Del cargo segundo reiteró los argumentos expuestos en la demanda aclarando que la interpretación errónea del Tribunal tiene relación con lo expuesto en el artículo 411 del Código Civil, pues los alimentos también se deben al cónyuge divorciado o separado.

5.2. Fiscalía

Solicitó que no se casara la sentencia, debido a que el recurrente concluyó que el Tribunal no tuvo en cuenta la sentencia del Juzgado de Familia, lo que no fue cierto. El *Ad Quem* sí consideró ese aspecto, pero concluyó que su incumplimiento no lo protegía el tipo penal.

Aseveró que en el artículo 233 del C.P. la tipicidad sólo opera cuando el agente activo dirige su actuar en contra de la cónyuge, no de la ex cónyuge. Pensar lo contrario llevaría una aplicación de la analogía in *malam partem*, desconociendo que la norma penal debe interpretarse conforme el principio del *favor rei*.

5.3. Ministerio Público

Solicitó no casar la sentencia. Frente al primer cargo expuso que **OG** y **RMQ** se divorciaron el 28 de mayo de 2003, al dejar de ser cónyuges, la vía penal no era la llamada a amparar los derechos que reclamaba la denunciante (el pago de alimentos fijados por la jurisdicción de familia), debido a que perdió la calidad que requiere el tipo objetivo para que se configure el delito de inasistencia alimentaria.

En el segundo cargo concluyó que lo actuado por el tribunal se ajustó a las Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004, porque tuvo en cuenta que a **RMQ** la fiscalía lo acusó por haber incumplido la obligación impuesta por el Juzgado de Familia. Con base en esa descripción factual decidió que los hechos no encuadraban en la estructura del delito de inasistencia alimentaria.

5.4. Defensa

El defensor de **RMQ**, solicitó que no se casara el fallo.

Del primer cargo consideró que la demanda faltó al principio de claridad, debido a que acudió a la causal primera pero lo sustentó atacando la prueba, por lo que debió formularse por la causal tercera del artículo 181 del C.P.P. de 2004.

Para la defensa el recurrente debía convencer a la Sala que **OG** Guardorj, al ostentar la condición de “EXCÓNYUGE” de **RMQ** se encontraba dentro del núcleo familiar que la ley

penal tiene como sujeto pasivo del respectivo tipo penal, aspecto que no logró demostrar.

Del segundo cargo también sostuvo que desconoció la técnica de la casación. Además, expuso que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 233 del C.P., puesto que el recurrente sostuvo que el divorcio no tenía por qué ser objeto de análisis por parte del *Ad Quem*, lo que era falso pues para la adecuación típica se debía establecer que personas del núcleo familiar podían acudir a la jurisdicción.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. De la competencia

La Sala es competente para resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de víctimas en contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme los artículos 32.1 y 181 del C.P.P.

El casacionista promovió dos cargos contra la sentencia de segunda instancia acudiendo al artículo 181.1 del C.P.P. La falta de técnica de la demanda es evidente, empero, su admisión obliga a la Sala a pronunciarse de fondo.

6.2.1. Primer cargo.

Lo primero que debe recordarse, muy someramente, al demandante es que al acudir a la causal primera de casación bien sea por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida (artículo 181.1 del CPP), está en la obligación de aceptar los hechos como los estableció el Tribunal, sin que tampoco le sea permitido controvertir la valoración probatoria. Si la violación es directa, el censor tiene la carga de demostrar que entre el juzgador y la norma violentada hubo una desconexión al momento de aplicar la norma llamada a regular el caso. Es un tema de puro derecho que no pasa por las pruebas.

En este asunto el recurrente asegura que las pruebas recaudadas en el juicio demostraban la precaria situación económica de **OG** y que **RMQ** incurrió en el delito de inasistencia alimentaria. También se alegó que no se valoró la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia y que se desconoció la denuncia instaurada por **OG**, donde se aportaron elementos materiales probatorios y evidencia física para demostrar la responsabilidad del procesado. Todos estos argumentos se han debido controvertir por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial acudiendo a la causal tercera del artículo 181 del CPP.

En cuanto a la falta de aplicación del artículo 381 de C.P.P. de 2004, alegada por el recurrente, su argumento se torna más que contradictorio cuando sostiene que en el presente asunto *“se presentan varias dudas, que nunca fueron resueltas en el trascurso del juzgamiento del señor **RMQ** y que de haberse aplicado por el juzgador de segunda*

instancia, había conducido a una sentencia de carácter condenatorio”.

Es manifiesta la contradicción del recurrente pues el artículo 381 del CPP establece el estándar de conocimiento para condenar, fijándolo “más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. La norma así establecida es desarrollo natural de la garantía de la presunción de inocencia que solo puede derrumbarse a partir de las “pruebas debatidas en el juicio” que en todo caso deben ser sopesadas conforme al principio universal del *in dubio pro reo* que obliga resolver las dudas en favor del procesado (artículo 7 CPP). De modo que si el censor parte en su alegato del reconocimiento de dudas, su conclusión, por esa vía de ataque, conducía necesariamente a la absolución del procesado, tal como aquí ocurrió en segunda instancia.

Ahora bien, desde su rol procesal, es posible plantear ese tipo de cargo, por ejemplo, cuando el Tribunal considera que existen pruebas suficientes para condenar y resuelve absolver, en ese caso la falta de aplicación del artículo 381 debe proponerse por la vía indirecta acudiendo a la causal tercera de casación (artículo 181.3 del CPP). O si de lo que se queja es de la falta de diligencia investigativa para demostrar hechos que se quedaron sin serlo, pudiendo haberlo hecho, también pudo demandarlo, caso en el cual su deber era demostrar la negligencia probatoria comprobando que no le era imputable a él como interviniente, con acreditación de cuál fue el medio dejado de practicar y fundamentación de

las razones por las que no se llevó a juicio y cuál su trascendencia en las resultas del proceso.

Aunque en la sustentación del recurso el defensor trató de corregir los yerros del primer cargo, termina exponiendo que el Tribunal desconoció que la excónyuge también puede acudir a la jurisdicción penal para “*reclamar los alimentos dejados de percibir*”, y vuelve a incurrir en el error de sustentar controvirtiendo la valoración probatoria.

Ahora, independientemente, de si existía o no prueba para condenar, el Tribunal terminó absolviendo por cuanto “*la conducta omisiva desplegada por **RMQ** deviene en atípica*”, al considerar que la excónyuge no es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria, el estudio en segunda instancia fue netamente jurídico, concentrando su atención exclusivamente en aspectos de tipicidad de la conducta (que serán estudiado en el siguiente cargo).

Los argumentos expuestos por el casacionista resultan equivocados y, en consecuencia, el cargo no prospera.

6.2.2. Segundo cargo. Interpretación errónea.

En este cargo el apoderado de víctimas planteó su inconformidad respecto de “*la atipicidad de la conducta*”, la que, para su entender, fue mal interpretada por el Tribunal cuando consideró que la denunciante ya no era la cónyuge

de **RMQ**, lo que impedía tenerla como sujeto pasivo de la conducta.

Si bien esgrimió el apoderado que a esa conclusión se llegó sin prueba que la soportara, en la respuesta al primer cargo quedó establecido que es incorrecto acudir a la causal primera del artículo 181 del CPP, controvirtiendo los hechos y los medios probatorios, empero, este defecto quedó subsanado con la admisión de la demanda, por lo que se debe establecer si la conducta por la cual fue acusado **RMQ** es típica o atípica.

En este cargo debe resolverse el siguiente problema jurídico: ¿La excónyuge es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria establecido en el artículo 233 del Código Penal?. Para tal efecto se repasarán los elementos del tipo de inasistencia alimentaria.

El artículo 233 del C.P. define el tipo penal de inasistencia alimentaria de la siguiente forma:

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

Nos encontramos ante un tipo penal de “*infracción al deber*” como lo ha definido la jurisprudencia,¹ que cuenta con las siguientes exigencias para su configuración: “[i] la

¹ CSJ SP1995-2021 (radicado 57245) entre otras

existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado, [ii] la sustracción total o parcial de la obligación, y [iii] la inexistencia de una justa causa, de modo que del incumplimiento de las obligaciones alimenticias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique”, según providencias SP del 17 de noviembre de 2017 (radicado 44758), AP10861-2018 (radicado 51607), SP1984-2018 (radicado 47107) y SP3029-2019 (radicado 51530).

En cuanto a los elementos del tipo objetivo (el subjetivo lo compone el dolo en este delito), nos encontramos ante un verbo rector que es “sustraer” (apartarse de una obligación); un sujeto activo semicualificado en razón a que no es indeterminado porque es aquél sobre el que pesa la obligación de dar alimentos (reconocidos o no en decisión judicial o administrativa), quien además, debe tener un vínculo o parentesco con el sujeto pasivo; el ingrediente normativo lo constituye la expresión “*sin justa causa*”². El bien jurídico es la familia y el objeto material es de naturaleza personal debido a que es el sujeto acreedor de la obligación alimentaria sobre el que recae la omisión.

En cuanto a los sujetos pasivos de la conducta el tipo penal establece que son las siguientes personas: (i) ascendientes, (ii) descendientes, (iii) adoptantes, (iv) adoptivos, (v) cónyuge o (vi) compañero o compañera permanente. También se exige de estos en vínculo o parentesco con el sujeto activo.

² CSJ SP 23/03/2006 (radicado 21161) reiterada en SP3029-2019 (radicado 51530) entre otras

De manera diáfana puede observarse que los “excónyuges” no están descritos en el tipo penal de inasistencia alimentaria. Entonces, en el presente asunto el problema jurídico debe resolverse en aplicación del principio de estricta tipicidad establecido como una garantía para el procesado en el artículo 10 del Código Penal: *“La ley penal definirá de manera **inequívoca, expresa y clara** las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.”* (subrayado de la Sala).

En un Estado Social de Derecho, como el que adoptó la República de Colombia, el legislador cuenta con la potestad de configurar delitos, limitado claro está, por los valores y principios superiores establecidos en la Constitución. Esa facultad legislativa en materia penal está sometida a la claridad y concreción para que los tipos penales sean unívocos y la definición del delito sea precisa.

La tipicidad como elemento esencial de la conducta punible junto con la antijuridicidad y la culpabilidad (artículo 9 C.P.) encuentra su justificación en el principio de legalidad de los delitos y las penas, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, prohibiendo además, la aplicación de la llamada analogía *in malam partem*, (artículos 29 de la Constitución Política, 6° del C.P. y 6° del C.P.P) –aspecto

importante que coadyuva en la resolución del actual problema jurídico—.

El principio de legalidad ordena que no debe haber delitos sin que previamente estén definidos en la ley de manera clara e inequívoca, y ello es así por cuanto un Estado Social de Derecho *“debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria y excesiva del «Estado Leviatán»*”³

Así las cosas, debe entenderse que el principio de legalidad es poder y límite del Estado. Expresa la potestad del Estado para sancionar conductas que en su parecer merecen reproche penal por su gravedad en el ordenamiento social, pero es también su propia barrera para que únicamente se castigue a quien realice los comportamientos censurables bajo las estrictas circunstancias descritas por el legislador, no otras ni algunas parecidas, sino solo aquellas que se ajusten a la adecuación típica previamente señalada por el legislador. De contera, se garantiza la seguridad jurídica en sus asociados, quienes conociendo previamente la ley penal están en capacidad como ciudadanos libres en una democracia para determinar su comportamiento.

³ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Ed. Civitas. Pag. 137

Dentro de las varias conductas reprochables que se puedan presentar en el conglomerado social, el legislador le brinda a los asociados distintas formas para proteger sus derechos. Así es como, en el ordenamiento jurídico se consagran múltiples y disímiles herramientas para acudir ante el Estado en busca de amparo, el que responde con diversos ámbitos de protección, jerarquía normativa y estructura institucional a los requerimientos de la comunidad.

La protección de los bienes jurídicos de los asociados se garantiza en distintas jurisdicciones, las cuales responden a los distintos supuestos fácticos de los que se derivan consecuencias jurídicas diversas que comprometen los intereses de los ciudadanos, o del Estado mismo.

Lo cierto es que, desde el derecho penal demoliberal nacido de la ilustración hasta nuestros tiempos, se considera al derecho penal como un instrumento invasivo para el mantenimiento de la convivencia social, pues en todo caso ejerce una potestad coercitiva en los asociados para sancionarlos por el incumplimiento de la ley, imponiendo penas que restringen la libertad (e incluso la vida en algunas legislaciones foráneas) de quienes realizan las circunstancias de hecho establecidas previamente en la ley.

Semejante poder tan invasivo del Estado a través del derecho penal, lo obliga a no acudir a esa solución más extrema para el ciudadano sino a, en lo posible, establecer y preferir otra clase de herramientas dentro del ordenamiento

jurídico que permitan la protección de los derechos conculcados y restablezcan de mejor manera el tejido social roto con la infracción penal.

De esa manera se acude al derecho penal solo cuando sea la última y extrema alternativa de solución de conflictos (derecho penal de *última ratio*). Así, no es deseable que todas las conductas reprochables y que causen perjuicio a la sociedad sean estructuradas como delitos, sino que, dentro de todas las vulneraciones que puedan acaecer, se tipifiquen como tales exclusivamente las que se consideren en realidad más graves (principio de residualidad) para la estructura social en un momento histórico determinado. Ese carácter fragmentario del derecho penal es el que impone la necesidad para el legislador de limitarlo al máximo, pues no puede huirse hacia el derecho penal cada vez que surja algún problema conyuntural de relevancia social discutible.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha avalado estos principios básicos y garantistas del derecho penal y ha sostenido:

“De ahí que la aplicación de una sanción penal, cuando se ha demostrado que existió una conciliación entre miembros de una familia -sin perjudicar a los alimentarios-, debe propender por proteger valores constitucionales amparando el bien jurídico de la familia -con sus diferentes manifestaciones-, a fin de que se busque la aplicación del derecho penal como ultima ratio, y no como un mecanismo de respuesta para judicializar todas las emociones humanas.

El derecho penal debe ser -en términos de Roxin- “(...) la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema -como la acción

civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.”⁴

A las consideraciones plasmadas en la anterior providencia, debe agregarse, que el mismo autor al desarrollar los principios de última ratio y de naturaleza fragmentaria del derecho penal, agregó:

“En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del derecho penal.

[...]

A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en el que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juegos al arbitrio del legislador. Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso; pero en la práctica hay que negar la inconstitucionalidad mientras el legislador tenga disponibles para infracciones de escasa gravedad penas correlativamente benignas. Y si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones civiles) prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuida además una prerrogativa de estimación. Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz político criminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación”⁵

No puede perderse de vista que existen varias formas de asumir el derecho penal. La primera, como un conjunto de normas que describen conductas y sanciones. Es una definición formal y un tanto descriptiva. Otra, definirlo como un conjunto de límites al poder punitivo del Estado. En esta

⁴ CSJ SP 29/04/2020 (radicado 46.389)

⁵ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Ed. Civitas. Pag. 66

concepción es esencial considerar que el Derecho Penal protege bienes jurídicos y no expectativas sociales.

Por tal razón, el bien jurídico, entendido como relación social, le confiere sentido al tipo penal y deslinda la materia de prohibición. Eso implica, a su vez, que la tipicidad no se pueda interpretar extensiva, sino restrictivamente. Así mismo, que existen diversos medios de protección, no todos necesariamente penales, como corresponde al principio de progresividad de protección de bienes jurídicos.

En materia penal, no puede aceptarse que existen diversas lecturas de los tipos penales, como para sostener que, desde una perspectiva legal, la protección civil en materia de alimentos para la excónyuge la complementa necesariamente el derecho penal. Tampoco sería de recibo señalar que es discriminatorio proteger al cónyuge y no al excónyuge, máxime si ello se hace exclusivamente desde una visión de género.

El derecho penal demoliberal y garantista (frente al poder punitivo del Estado), permite sostener que el principio de protección progresiva de bienes jurídicos implica que existen diversos niveles de tutela y, por lo tanto, tratamientos diferentes entre el injusto civil y el injusto penal. No toda solución debe ser necesariamente penal.

El delito de inasistencia alimentaria es un delito contra el *bien jurídico* de la familia, que según la Sala se concibe como un proyecto *colectivo* de vida. Por eso es importante el

“vínculo” como lo ha señalado la Corte en las providencias ya referidas al estudiar los elementos estructurales del tipo penal. En consecuencia, tratándose de un delito contra la familia, resulta que al no existir vínculo, a causa del divorcio de los cónyuges, el proyecto de vida colectivo terminó. No frente a los hijos, obviamente, pero si en lo que hace relación a quienes fueron esposos. Por eso, la protección penal es para quienes conforman la familia, no para los que no hacen parte de ella. Si la protección penal incluyera a *todos los que fueron parte de la familia*, también sería discriminatorio el aparte final del artículo 233 que se analiza, el cual señala:

“Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

Acerca de esta disposición, la Corte Constitucional en la sentencia C-029 de 2009, señaló:

“La obligación de asistencia alimentaria se enfatiza en el deber de solidaridad que se predica entre el obligado y sus beneficiarios, y no cabe establecer una diferencia entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo que hayan optado por realizar un proyecto de vida común...” (se subraya)

En dicha decisión la Corte enfatizó en el proyecto de vida en común. Donde esa condición no existe, la obligación entre excónyuges, no la protege el derecho penal.

Ampliar la prohibición por fuera de la relación social que constituye el bien jurídico, con base en la cláusula de discriminación, constituye una ampliación de la prohibición

a situaciones que son amparadas por la legislación civil, en manifiesta contradicción con el principio de tipicidad estricta.

Incluso, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia indicada,

“Para determinar si una diferencia de trato resulta discriminatoria, es preciso establecer, en primer lugar, si los supuestos de hecho son asimilables; en segundo lugar, debe indagarse sobre la finalidad del tratamiento diferenciado; a continuación debe determinarse si esa finalidad es razonable y, por consiguiente, constitucionalmente admisible; a renglón seguido debe indagarse sobre la adecuación del medio a los fines perseguidos, para, finalmente, superados los anteriores pasos, establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad.” (Subrayado fuera del texto original).

En este caso, el supuesto de hecho es diferente: la protección penal es para los integrantes de la familia, no para quienes no hacen parte de ella.

En eso, al aislar el análisis desde una perspectiva funcional como derecho penal de expectativas, ni siquiera se consulta la diferencia de la base fáctica que también el derecho considera para dispensar diferentes niveles de protección, lo cual no se puede evadir ni siquiera con una visión de género.

Descendiendo al caso concreto, en Colombia el legislador estableció en el artículo 411 del CCC, la titularidad del derecho de alimentos, como una protección del Estado a las personas que deben acudir ante las autoridades judiciales o administrativas para hacer valer ese derecho,

encontrando los siguientes acreedores a quienes se deben alimentos por ley:

- 1°. Al cónyuge.
- 2°. A los descendientes
- 3°. A los ascendientes
- 4°. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.
- 5°. *“A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales”*.⁶
- 6°. *“A los Ascendientes naturales”*.
- 7°. *“A los hijos adoptivos”*.
- 8°. *“A los padres adoptantes”*.
- 9° A los hermanos legítimos.
- 10° Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

El legislador consagró en el Código Penal, como bien jurídico objeto de protección el de “La Familia” (Título VI C.P.) como también está protegida en el CCC. Sin embargo, dentro de sus extensas facultades, como lo sostuvo Roxin al hablar de *“un amplio margen de juegos al arbitrio del legislador”*, consagró como delito la inasistencia alimentaria (Capítulo IV ibidem), para establecer que, desde el punto de vista del derecho punitivo, incurre en este delito quien *“se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos”*, a las siguientes personas:

⁶ Entiéndase “hijos extramatrimoniales” de conformidad con el artículo primero de la ley 29 de 1982, que modificó el 250 del C.C.C.

- 1°. Los ascendientes
- 2°. Los descendientes
- 3°. Los adoptantes
- 4°. Los adoptivos
- 5°. El o la cónyuge. O el compañero o la compañera permanente

El principio de fragmentariedad del derecho penal se ve claramente materializado en el presente caso, donde se observa que el ordenamiento jurídico dispone de varios mecanismos para brindar protección a sus coasociados. El área civil establece a quienes se deben alimentos y los mecanismos para acudir a la jurisdicción civil cuando se requiera una autoridad que los regule.

Por su parte el Derecho penal estableció la conducta punible de la inasistencia alimentaria en el artículo 233 del C.P., pero del catálogo de diez acreedores del derecho de alimentos consagrado en el CCC, sólo se limitó a determinar de manera clara e inequívoca como sujetos pasivos del delito a cinco de ellos. El legislador consideró que frente a éstos (ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañeros permanentes -integrados en el artículo 411 del CCC en virtud de la sentencia C-1033 de 2002-) el derecho penal debe brindar una especial protección por alterar de manera más sensible las relaciones sociales, porque entre ellos existe un parentesco y un vínculo actual con el deudor de la obligación alimentaria. Recuérdese que por ser la inasistencia alimentaria un tipo penal de “*infracción al*

deber", el vínculo es uno de los requisitos para su configuración.

El legislador penal excluyó como sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria, contenidos en el Artículo 411 del CCC, entre otras, a las siguientes personas: 1.- Al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa, 2.- A los hermanos, y 3.- Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

No es como lo da a entender el recurrente, que la excónyuge quede sin protección por parte del Estado. La protección si existe, pero está ubicada en la jurisdicción civil e incluso por la vía penal, en cuanto una cuota alimentaria fijada por sentencia de la que se sustrae su cumplimiento, puede ser eventualmente estructurada como Fraude a Resolución Judicial. Empero, el Derecho penal al ser de última ratio (subsidiario), interviene cuando los demás medios de protección han fracasado, pero exclusivamente frente a las conductas que considera son más graves y que atentan contra la pacífica convivencia como fin del Estado.

Para el legislador, el sustraerse sin justa causa de la obligación de dar los alimentos legalmente debidos al excónyuge (así sea el culpable), no constituye una conducta de tal gravedad como para que amerite la intervención del Derecho Penal dentro del tipo penal de inasistencia alimentaria.

Semejante decisión del legislador no es tampoco extraña ni irrazonable, pues dentro de un derecho penal de bienes jurídicos, el tipo penal de inasistencia alimentaria se inscribe dentro del título de los “delitos contra la familia” de modo que excluir de amparo penal a quién ya no es miembro de la familia, por no existir parentesco y no ser el vínculo de afinidad actual entre ellos, no es contrario al orden de las cosas.

Para el caso que nos ocupa, también es importante señalar que existen razones históricas para concluir que legislador dispuso excluir de la protección penal al cónyuge divorciado. Veamos:

La primera disposición que tipificó la inasistencia alimentaria fue la Ley 83 de 1946, donde se sancionaba el abandono de familia ocasionado mediante la ocultación de sueldos, jornales o bienes por parte del padre, patrono o empresario y, según el artículo 77 de la misma, también *“El padre sentenciado a servir una pensión alimentaria y que pudiendo no la cumpla durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año.”*

En 1956 Bernardo Gaitán Mahecha presentó un proyecto que tipificaría el abandono familiar, precisando entre los sujetos pasivos al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa: “Al que sin justa causa, deje de proveer, aún sin mediar sentencia judicial, a la subsistencia del cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa,

a la de los hijos legítimos menores de diez y ocho años, a la del ascendiente inválido o necesitado (...)"

En 1958 Bernardo Ceballos Uribe realizó un intento similar. Su proyecto contempló al cónyuge cuando no se hallare separado por culpa de éste: *"El que, sin justa causa, dejare de suministrar medios de subsistencia a sus descendientes menores de diez y ocho años no emancipados, o mayores de dicha edad incapaces para el trabajo, a sus ascendientes necesitados o a su cónyuge cuando no se hallare separado por culpa de éste, incurrirá en arresto de dos a seis meses."*

En 1963 con ponencia de Felio Andrade Manrique y Gerardo Jurado se presentó un proyecto de ley que en la inasistencia alimentaria, excluía al cónyuge divorciado: *"El que con su conducta violare alguna obligación moral o material, de las inherentes a la patria potestad, guarda legal de menores o a la calidad de cónyuge, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años. En la misma sanción incurrirá quien se sustrajere a tales obligaciones, abandonando sin causa legítima su domicilio familiar y el cónyuge que con su comportamiento induzca al otro cónyuge a abandonar el hogar."*

Posteriormente el Decreto 1699 de 1964, señaló: *"El que sin causa justificada, deje sin asistencia económica o moral a personas a quienes esté obligado a prestarla, incurrirá en arresto de seis (6) a dos (2) años"*, caso en el cual el cónyuge divorciado sí entraba en la descripción.

Luego, la Ley 75 de 1968 previó como sujetos pasivos a toda persona a quien se le debiesen alimentos congruos, incluso la mujer que hubiese sido embarazada por el sujeto activo o deudor: Artículo 48. *“Quien deje sin asistencia moral o no provea a la necesaria o congrua subsistencia, según el caso, de las personas a quienes está legalmente obligado a prestarla, incurrirá en la pena de seis meses a dos años de arresto [...] Artículo 49. Quien no provea a la congrua subsistencia de la mujer que haya puesto en Estado de gravidez, incurrirá en la pena de seis meses de arresto [...]”*

Los doctores Eduardo Fernández Botero y Humberto Barrera Domínguez, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, señalaron el exceso de cobijar como autor del delito a quien deje sin asistencia moral o congrua sustentación a todas las personas a quienes por orden legal deba prestársela. Su propuesta indicó: *“Artículo 48. El que se sustraiga, sin justa causa y pudiendo proveer, a las obligaciones legales de asistencia moral o de congrua sustentación inherentes a la patria potestad, a la paternidad natural, a la adopción, a la calidad de hijo o de cónyuge, incurrirá en arresto de seis meses a dos años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos.”* Ahora bien, no se acogió la iniciativa y por ello expresamente se incluyó al cónyuge divorciado: *“Artículo 40. Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o al cónyuge, aún el divorciado por su culpa o que*

no haya incurrido en adulterio *estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto [...]*”

Contra esta norma se formuló demanda de inconstitucionalidad con fundamento en un argumento anunciado desde 1964, esto es, la penalización de una deuda civil. La Corte Suprema de Justicia descartó la censura al considerar que la obligación alimentaria si bien mantenía las características de cualquier obligación privada, iba más allá porque el cumplimiento de los deberes intrafamiliares tenían proyección social y política, en la medida que afectaba a su célula madre.⁷

La siguiente reforma, esto es, el Decreto Ley 100 de 1980 reformó considerablemente el artículo 40 de la Ley 75 de 1968, y estableció: “*Artículo 263. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos*”, zanjando toda duda, pues su concreción frente a los sujetos pasivos, excluye radicalmente a la excónyuge o a la cónyuge divorciada.

Finalmente, debe decirse que de aceptarse que la “ex cónyuge” es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria, se estaría admitiendo la analogía en el ordenamiento jurídico penal, sistema de interpretación que

⁷ Sentencia del 15 de abril de 1973.

es absolutamente inaceptable en materia de tipicidad, máxime que iría en contra de los intereses y las garantías del procesado.

La analogía, entendida como la aplicación de *“una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)”*⁸, está totalmente prohibida en el ordenamiento jurídico penal colombiano cuando se aplica en contra del procesado (*in malam partem*), tal como lo ordena el artículo 6° del C.P.: *“La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”*.

Tratar de acomodar como sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria a la *“ex cónyuge”*, desconocería que el principio de legalidad estricta garantiza que *“Aquellos casos cercanos, es decir, análogos, pero no contenidos en el tipo penal, queden por fuera del poder penal del Estado”*⁹

Con base en los anteriores argumentos, la Sala concluye que la *“ex cónyuge”* (para este caso la señora **OG**) no es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria establecido en el artículo 233 del Código Penal. En consecuencia, la conducta por la cual se investigó y juzgó a **RMQ** es atípica, lo que impone no casar la sentencia recurrida en casación.

⁸ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Ed. Civitas. Pag. 140

⁹ BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales del derecho penal. Hammurabi. Pag. 77

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia absolutoria proferida el 13 de julio de 2018, por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la condena impuesta a **RMQ** por el punible de inasistencia alimentaria por el Juzgado 17 Penal Municipal de Conocimiento de esta ciudad.

Contra esta decisión no cabe recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HUGO QUINTERO BERNATE
Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Salvamento de voto

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Salvamento de voto

GERSON CHAVERRA CASTRO
Salvamento de voto

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Salvamento de voto

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

JUAN CARLOS PRIAS BERNAL

Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@2023

SALVAMENTO DE LOS MAGISTRADOS

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN, GERSON CHAVERRA CASTRO,

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN y FERNANDO

LEÓN BOLAÑOS PALACIOS,

A LA SENTENCIA CSJ SP263-2023, rad. 53862

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, nos permitimos exponer las razones por las cuales nos apartamos de la Sentencia CSJ SP263-2023, rad. 53862.

1. La mayoría concluyó que el incumplimiento de proporcionar alimentos legalmente debidos al cónyuge divorciado no constituye delito de inasistencia alimentaria. Sostuvo que, de los diez acreedores de alimentos desde el derecho civil (Art. 411 del Código Civil), el Legislador determinó como sujetos pasivos del delito solamente a cinco de ellos, dentro de los cuales no se encuentra el “ex cónyuge”. En sustancia, la Sala tuvo en cuenta dos premisas para llegar a la conclusión anterior.

2. Por un lado, consideró que, al no existir ya el vínculo matrimonial a causa del divorcio, el proyecto de vida colectiva termina y, en consecuencia, no se produce la vulneración al bien jurídico de la familia. En este sentido, determinó que sustraerse sin justa causa a cumplir la obligación de suministrar alimentos legalmente debidos al ex cónyuge no constituye una conducta grave que amerite la intervención del derecho penal, en su carácter de última ratio. Por otro lado, señaló que, históricamente, existe evidencia de que el Legislador excluyó de la protección penal dispensada por la referida conducta punible al cónyuge divorciado.

3. A continuación, señalamos las razones por las cuales consideramos que los dos argumentos anteriores son insostenibles (i). Luego, exponemos los fundamentos que conducían a una aproximación opuesta a la acogida por la

mayoría. Elementos básicos de técnica de la interpretación jurídica y razones de naturaleza constitucional, ligadas al principio de no discriminación, justificaban una decisión distinta (ii).

(i) El bien jurídico de la familia y el argumento histórico

4. *Sobre el bien jurídico.* La mayoría de la Sala consideró que el bien jurídico amparado en el título de los delitos contra la familia presupone la existencia formal del vínculo conyugal o de la convivencia de hecho. Por lo tanto, finalizado el contrato o la vida en común, termina la familia y no existen intereses constitucionales que el derecho penal deba proteger. A nuestro juicio, esta es una visión reducida sobre el bien jurídico en cuestión.

5. Lo pretendido con estos delitos es resguardar las relaciones familiares, no en un sentido clásico u ortodoxo («que no se disuelva el matrimonio» o «que no se deshaga la unión de hecho»). Es también, y más especialmente, proteger la «*armonía*» en el seno del fuero interno. Dicho de otro modo, el fin objetivo no es únicamente mantener los vínculos sino la armonía que debe permear las relaciones familiares, incluyendo especialmente aquellos casos en los cuales aquellas se mantienen por la existencia de descendencia común. Aunque la pareja y sus hijos constituyen una familia, también lo es la madre (soltera o divorciada) y su(s) hijo(s) o el padre (soltero o divorciado) y sus hijos (s).

6. Por ende, atenta contra la armonía familiar que el cónyuge divorciado, a cargo de quien se han decretado alimentos, se sustraiga y ponga en riesgo el mínimo vital de quien sigue conservando una familia, originada en la relación previa con el alimentante. Ello es especialmente claro en casos como el juzgado en este asunto, pues la víctima fue dejada en el más evidente abandono, el cual ha afectado la estabilidad misma de las relaciones familiares con su hijo, habido dentro del matrimonio. En estas condiciones, la lesión al bien jurídico era evidente.

7. *El argumento histórico.* No es muy claro a qué se refiere el fallo al afirmar que existen “razones históricas” para concluir que Legislador quiso excluir de la protección penal al cónyuge divorciado. Pareciera darse a entender que, de tiempo atrás, la tradición legislativa ha propendido, de forma estable, por restringir el uso del derecho penal únicamente para amparar a quien mantiene el vínculo vigente, no al divorciado, de la inasistencia alimentaria. El desarrollo del planteamiento, sin embargo, no muestra de ningún modo lo anterior.

8. Por el contrario, la sentencia deja ver que desde 1946 hasta la actualidad, la inclusión expresa del cónyuge divorciado dentro del sujetos pasivos del delito ha sido variable. Mientras que en algunos casos no se incluyó explícitamente (artículo 78 de la Ley 83 de 1946), en otras normas se contempló inequívocamente como víctima (Decreto 1699 de 1964 y artículo 40 de la Ley 75 de 1968).

Además, la exposición ilustra cierto debate en la cultura jurídica nacional entre las dos posturas al respecto.

9. Así mismo, el fallo muestra que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia de 1973 citada, consideró que la obligación alimentaria hacia el cónyuge divorciado era compatible con la Constitución de 1986. La Corte de ese entonces concluyó que, si bien era una obligación civil, *“el cumplimiento de los deberes intrafamiliares tenía proyección social y política, en la medida que afectaban a su célula madre”*. Con esta fundamentación, la providencia de la que nos apartamos, en lugar de proporcionar razones en sustento de la tesis defendida, parece más armónica con nuestra idea del bien jurídico de la armonía familiar expuesta párrafos atrás.

10. Adicionalmente, “el argumento histórico” concluye afirmando que, con la consagración del delito de inasistencia alimentaria en el Código Penal de 1980, se zanjó *“toda duda, pues su concreción frente a los sujetos pasivos, excluye radicalmente a la excónyuge o a la cónyuge divorciada”*. Si se observa el texto del actual artículo 233 de la Ley 599 de 2000, sobre inasistencia alimentaria¹⁰, el Legislador utiliza, como lo hizo en 1980, solo la expresión “cónyuge”, sin otro calificativo, y es ello, precisamente, lo que generó el debate interpretativo del presente caso.

¹⁰ “El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, **cónyuge** o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión...” (negrillas fuera de texto).

11. En consecuencia, el enunciado normativo de 1980 no clarificó ni precisó cuestión relevante alguna. De hecho, como lo subrayamos más adelante, en la Sentencia C-388 de 2000, la Corte Constitucional interpretó la disposición de 1980 y le adscribió un significado completamente opuesto al que, según la mayoría, inequívoca y claramente posee. De este modo, la consagración del delito en el Código de 1980 no brinda elementos para considerar que la intención del Legislador fue excluir de la protección penal al cónyuge divorciado.

12. En este orden de ideas, el argumento histórico no aporta realmente razones para demostrar la consistencia de la conclusión que la sentencia defiende.

(ii) El “cónyuge divorciado” es sujeto pasivo de la obligación alimentaria

13. Desde nuestro punto de vista, existen dos razones suficientes para considerar que la expresión “cónyuge”, contenida en el tipo de inasistencia alimentaria, se refiere no solamente al cónyuge con vínculo vigente sino, también, al cónyuge divorciado: una razón de técnica de la interpretación jurídica y una consideración de naturaleza constitucional, vinculada al principio de no discriminación (Art. 13 de la Constitución).

14. *La razón de técnica de la interpretación jurídica.* Además de los tipos penales en blanco, el principio de estricta

tipicidad convive con los tipos penales abiertos¹¹. En estos, el Legislador utiliza expresiones con un contenido semántico amplio. No se predica, como en los tipos en blanco, la remisión a unas reglas específicamente destinadas a llenar el espacio de regulación dejado por la norma penal. En cambio, el sentido de los enunciados normativos presenta cierta indeterminación, la cual, en todo caso, es moderada y razonablemente superable¹².

15. Los tipos abiertos respetan el principio de tipicidad, entre otras condiciones, en cuanto existan referentes normativos para ‘cerrar’ la indeterminación. Tales referentes pueden provenir de una fuente con autoridad para proyectarse sobre la Ley y deben ser accesibles para los destinatarios. En este sentido, cuentan, entre otras, normas legales y constitucionales y la interpretación jurídica de las altas Cortes¹³.

16. La indeterminación puede provenir de su vaguedad. La vaguedad de los términos hace que, pese a que una circunstancia fáctica se subsuma ciertamente en una expresión legislativa, no exista esa misma certeza en cuanto a si otra situación de hecho se halla dentro de su campo de aplicación¹⁴. Se trata de un problema frecuente en el lenguaje

¹¹ Ver Sentencias C-041 de 2017, C-091 de 2017 y C-591 de 2016.

¹² Sentencia C-091 de 2017.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Expresiones como “imputaciones deshonrosas” contenidas en el enunciado normativo que establece el delito de injuria son vagas, pues mientras ciertos señalamientos tienen, inequívocamente, tal carácter, puede haber dudas sobre si otros alcanzan a poseerlo. Esa indeterminación es superada, generalmente, a partir de las reglas interpretativas construidas al respecto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. CSJ SCP Sentencia de 8 de octubre de 2008, rad. 29428.

jurídico. Sin embargo, los textos en sí mismos, a nivel abstracto, también pueden presentar equivocidad. Pueden ser equívocos, verbigracia, debido a la ambigüedad de uno de los términos incorporados en la disposición (ambigüedad semántica) o de la disposición en su conjunto (ambigüedad contextual)¹⁵, entre otros supuestos¹⁶.

17. Así, en el marco del delito de inasistencia alimentaria, el párrafo del artículo 233 del Código Penal establecía: *“Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990”*. La disposición era susceptible de dos interpretaciones: (i) al mencionar al hombre y la mujer, hace referencia a uniones maritales de carácter heterosexual y, por ende, excluye las parejas del mismo sexo; (ii) pese a la mención al hombre y a la mujer, el enunciado comprende *también* a parejas del mismo sexo. En la Sentencia C-798 de 2008, la Corte

¹⁵ Ver Sentencia C-163 de 2019.

¹⁶ Guastini, Riccardo, Interpretare e argomentare (Interpretar y argumentar), Giuffrè, Milano, 2011, pp. 39-52, citado en la Sentencia C-163 de 2019. Ver, así mismo, las sentencias C-041 de 2017, C-742 de 2012 y C-350 de 2009. El artículo 241.2 del Código Penal agrava la pena para el hurto cuando el apoderamiento se lleva a cabo “aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente”. La jurisprudencia de la Sala ha señalado de manera reiterada que la “confianza”, en cuanto sentimiento, sólo puede ser personal, es decir, predicable exclusivamente del ser humano. Por esta razón, se excluyen los “votos de confianza”, el prestigio, buen crédito o buen nombre que puedan tenerse en virtud del desempeño, el cumplimiento o la solvencia de una institución o de una persona jurídica en particular (en la Sentencia SP14549-2016, rad. 46032, se realiza la reconstrucción del precedente). De esta manera, el tipo penal en mención presenta una ambigüedad semántica, en la medida en que la expresión “confianza” puede tener al menos dos significados en el ámbito jurídico. Puede entenderse como: (i) sentimiento de carácter esencialmente personal, (ii) solvencia, buen crédito o reputación hacia una persona. La Sala ha reducido su indeterminación y ha aclarado que el significado adecuado es únicamente el primero, pues la agravante adquiere sentido, en tanto el sujeto pasivo asume, en virtud de tal sentimiento, que el agente cuidará o administrará, como si fueran propios, los bienes ajenos, de modo que no se apoderará o dará lugar a que otro lo haga. Sentencia SP14549-2016, rad. 46032.

Constitucional determinó que el primer significado de la frase era inconstitucional por violación al principio de no discriminación. En consecuencia, condicionó la exequibilidad de la disposición a la segunda interpretación¹⁷.

18. La disposición presentaba una equivocidad, pero esta no se derivaba de una palabra en particular. El texto normativo era contextualmente ambiguo¹⁸. Podía entenderse que, en su conjunto, el Legislador hacía referencia, exclusivamente, a las parejas heterosexuales. O, así mismo, un segundo alcance consistía en que, *también*, comprendía a las parejas del mismo sexo, significado al cual se condicionó su exequibilidad.

19. En el presente asunto, desde nuestra perspectiva, el tipo penal de inasistencia alimentaria contiene una ambigüedad contextual respecto del alcance de la expresión “*cónyuge*”, como sujeto pasivo de la conducta punible. Tal expresión puede tener dos significados: (i) exclusivamente el *cónyuge con vínculo vigente*, no el *cónyuge divorciado*, es sujeto pasivo de inasistencia alimentaria: (ii) además del *cónyuge con vínculo vigente*, *también* el *cónyuge divorciado* es víctima del delito.

20. Obsérvese que ambos significados se derivan del texto legal y, por ende, ni siquiera el significado “(ii)” es fruto de analogía, como se seguiría de la argumentación de la mayoría de la Sala. La expresión “*cónyuge divorciado*” no es similar ni

¹⁷ Así mismo, para asegurar el sentido de la decisión declaró inexecutable la expresión “únicamente” presente en la misma norma.

¹⁸ Al respecto, ver la Sentencia C-163 de 2019.

hace referencia a alguien con una condición semejante a la de “cónyuge”. El problema lingüístico es diferente. La cuestión está en que el Legislador introdujo únicamente la expresión “cónyuge” y esta puede ser interpretada en los dos sentidos indicados con anterioridad.

21. Pues bien, consideramos que la interpretación acertada es aquella, según la cual, la expresión “cónyuge” designa tanto al *cónyuge con vínculo vigente* como al *cónyuge divorciado*, como sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria. Existen referentes normativos que permitan ‘cerrar’ la indeterminación. Para clarificar el sentido de la prohibición en este caso, es preciso acudir, en primer lugar, al artículo 411 del Código Civil, que establece las personas a quienes se deben alimentos.

22. El numeral 1 del citado artículo prevé que se deben alimentos al *cónyuge*. A su vez, el numeral 4 del mismo precepto señala como titulares del derecho al *cónyuge divorciado* y al *cónyuge separado de cuerpos*. La disposición, de esta manera, precisa el conjunto de los *cónyuges* titulares del derecho a recibir alimentos. Además de quien sostiene el vínculo matrimonial y habita con su pareja (numeral 1), también tienen derecho a percibir alimentos aquel que tiene el vínculo disuelto y quien aún mantiene el matrimonio, pero se ha separado de cuerpos, en ambos casos, sin su culpa (numeral 4).

23. Otro referente, adecuadamente subrayado en la decisión de primera instancia, se ubica en la misma dirección precedente. El artículo 263 del Código Penal anterior

establecía, mediante un texto semejante, la penalización de la inasistencia alimentaria y contenía únicamente la expresión “cónyuge”, no cónyuge divorciado¹⁹. En la Sentencia C-388 de 2000, la Corte Constitucional sostuvo que, en comparación con la norma penal de ese entonces, la regla civil es más amplia, *“pues comprende también a los hermanos legítimos y al que hizo una donación cuantiosa siempre que no la haya rescindido o revocado”*. De lo anterior se sigue que el cónyuge divorciado o separado de cuerpos, como titular del derecho a alimentos, es común a la norma penal y a la regla civil. Por lo tanto, según la citada decisión, la expresión “cónyuge” contenida en el artículo 233 del Código Penal hace referencia tanto al divorciado como al separado de cuerpos.

24. Además, la interpretación que se sostiene adquiere mayor sentido si se tiene en cuenta que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el deber de solidaridad que se expresa en las relaciones conyugales (cifrado en el auxilio mutuo de quienes libremente deciden casarse) no se limita a la existencia formal del matrimonio. *“Las acciones humanitarias con las que uno de los cónyuges responde ante situaciones que ponen en peligro la vida digna del otro, no depende de la indisolubilidad del vínculo matrimonial”*²⁰. Aunque el divorcio pone fin al vínculo existente entre los cónyuges, el Legislador determinó que incluso después del divorcio, tal deber que concreta uno de los fines del matrimonio continúa, si bien reducido eventualmente a una

¹⁹ La disposición preveía: *“El que se substraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en...”* (negritas fuera de texto).

²⁰ Sentencia C-246 de 2002.

dimensión económica (artículo 160 C.C.). El cónyuge culpable debe, cuando se dan las condiciones señaladas por el legislador, pagar alimentos al cónyuge inocente²¹.

25. *La obligación constitucional de erradicar la discriminación de género contra la mujer.* La otra razón fundamental que conduce a considerar que la expresión “cónyuge”, contenida en el tipo de inasistencia alimentaria, se refiere no solo al *cónyuge con vínculo vigente*, sino también al *cónyuge divorciado*, tiene estricto carácter constitucional. A la finalización del vínculo matrimonial, obviamente no siempre la obligación alimentaria es fijada a favor de la mujer. Sin embargo, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala, es innegable que las mujeres han sido objeto de discriminación histórica, la cual ha dado lugar a prácticas de violencia de género en múltiples ámbitos²². Dentro de estos, el doméstico es probablemente uno de los escenarios más crudos, pues allí se combinan y reproducen diversas formas de violencia. Por esta razón, los alimentos, luego del divorcio, en no pocos casos son instituidos a favor de la mujer y la decisión está vinculada, en su origen, a diferentes modalidades de discriminación de género.

26. Desde nuestra perspectiva, la mayoría ignoró que, en casos como el presente, la propia Sala ha reconocido el deber

²¹ *Ibidem*. En la Sentencia C-246 de 2002, en todo caso, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de la causal de divorcio consistente en la discapacidad “grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial”, en el sentido de que el cónyuge divorciado que padezca la afección de salud, que carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos, sin que ello excluya la realización voluntaria de prestaciones personales de éste en beneficio del cónyuge enfermo.

²² CSJ SP849-2022, rad. 51402.

constitucional de garantizar una administración de justicia que parta de reconocer las referidas circunstancias de discriminación y propenda por la eliminación de cualquier modalidad de violencia basada en el género (enfoque de género)²³. Entre otros criterios, los jueces deben “*analizar... las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial*”²⁴.

27. Lo anterior comportaba, entonces, la necesidad de optar por un alcance del delito de inasistencia alimentaria que, sobre la base de la realidad material de discriminación de la mujer, contribuyera a reducirla y favoreciera la igualdad constitucional de derechos. Tal aproximación implica que la expresión “*cónyuge*” del tipo penal sea entendida en el sentido de que se refiere, no solamente a quien mantiene el vínculo vigente, sino también al cónyuge divorciado. Este alcance de la expresión permite que la mujer sometida a escenarios domésticos de violencia de género, luego de la finalización del vínculo matrimonial, no continúe, como cónyuge inocente, siendo víctima de discriminación.

²³ CSJ SP849-2022, rad. 51402. Esta Sala de Casación ha señalado: “*La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales*”. CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 41457.

²⁴ Sentencia T-012 de 2016.

28. En efecto, el derecho a alimentos de la mujer puede seguirse de escenarios de violencia económica, física, sexual o psicológica, acaecidos al interior del matrimonio. Por lo tanto, considerar que la expresión “*cónyuge*”, únicamente hace referencia a aquel con vínculo vigente y no al divorciado, tiene la potencialidad de prolongar la clase discriminación de la que fue objeto. El interesante caso analizado por la Sala hace patente la necesidad de la aproximación interpretativa en mención, conforme se muestra en adelante.

29. Los hechos no fueron objeto de discusión ni en las instancias ni en sede de casación. Según lo encontró probado el Juzgado, el 24 de diciembre de 1990, **RMQ**, natural de Colombia, contrajo matrimonio con **OG**, de origen mongolés, en la embajada de Mongolia en Rusia. Fruto de la unión, el siete (7) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993), nació **AMG**. En 1996, los esposos, junto con su hijo, vinieron a Colombia. El matrimonio fue registrado el 20 de septiembre de 1996 en la Notaría Primera de Bogotá.

30. A los pocos meses de llegar al territorio nacional, el procesado se marchó para España con la excusa de estudiar y la promesa de que, una vez se ubicara allí, aproximadamente a los tres meses, haría las gestiones para que ella y su hijo viajaran hacia ese país. Sin embargo, desde entonces, la cónyuge no volvió a saber nada de su esposo, hasta cuando él promovió demanda de divorcio. Ella, a su vez, interpuso demanda de reconvención y, mediante fallo de 28 de mayo de 2003, el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá decretó el divorcio, con base en la causal consistente en “*el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los*

cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”.

31. Con posterioridad, el 2 de octubre de 2006, a partir de demanda instaurada por la víctima, el Juez Segundo de Familia de Bogotá fijó como cuota de alimentos a su favor, a cargo de **RMQ**, la suma de \$250.000.00 mensuales, monto este que tendría que incrementarse anualmente, de conformidad con el aumento del salario mínimo mensual. El acusado nunca cumplió la obligación impuesta por el juez de familia y el 10 de febrero de 2013, la víctima formuló denuncia en su contra por inasistencia alimentaria.

32. La Fiscalía probó que el procesado, quien reside en España, contó siempre con solvencia económica. Demostró que, para el año fiscal 2013, tuvo una retribución de 37.092 euros, en una cuenta bancaria tuvo un saldo final de 1.968 y en otra de 1.870 euros. También acreditó que es propietario, en un 50%, de un inmueble avaluado catastralmente en 134.772 euros, y de dos vehículos adquiridos en el periodo de la sustracción.

33. En contraste, según lo indicó el Juzgado, una vez el procesado marchó para España, la víctima:

Quedó a la deriva en atención a que Colombia no sostiene relaciones diplomáticas con Mongolia, su pasaporte se venció y no pudo renovarlo, la visa que se le otorgó no le permitía trabajar y a pesar de que cuenta con un pregrado y posgrado el mismo no se pudo homologar en Colombia... la señora Gurdorj es originaria de Mongolia, no conocía el idioma español llegó a un país totalmente diferente al suyo con costumbres y culturas para ella desconocidas, no es muy difícil dar cuenta de las grandes dificultades por las que tuvo que pasar... tuvo que trabajar incluso cargando cosas en la central de abastos de esta ciudad, cuando sus padres vivían le

enviaron en dos ocasiones dinero para que ella se devolviera a su país lo cual no pudo hacer pues no tenía autorización para que su menor hijo saliera del país, tuvo que incluso dormir en la calle, debajo de puentes, pasar hambre, malos tratos y discriminación...

Le tocó sobrevivir por todos los medios lo cual ha sido posible también gracias a personas que desinteresadamente le ayudaron ante las situaciones difíciles que tuvo que atravesar... Alina Cecilia Machado Porras y Gladys Muñoz de Vaquero... dieron cuenta de la precaria situación económica de la víctima y las múltiples necesidades que tuvo que vivir a costa de ello, la primera refirió que por solidaridad en su familia le ha colaborado mucho a la señora Gurdorj dándole alimento, acompañándola al médico pues ha requerido atención médica por enfermedades como anemia aguda, hipertensión y diabetes, que incluso ella compartía con la víctima sus medicamentos pues en muchas ocasiones la víctima no había podido conseguirlos por sus propios medios, ha tenido que pasar muchas necesidades con su hijo quien sufre de cáncer testicular, Muñoz de Vaquero en consonancia con lo señalado por Machado Porras narró en juicio que le arrendó una habitación de su vivienda a la señora Gurdorj para que viviera con su hijo pero su condición económica era tan precaria que prácticamente fue nulo el pago del canon y ella soportó esa situación en atención a las precarias condiciones de la víctima y su hijo.

*... la señora Oyuntsetse Gurdorj ha sufrido una situaciones extremas que la han llevado incluso a intentar contra su vida tal como ella misma lo narró en juicio, por sus condiciones sociales, económicas y médicas han merecido intervención por parte de la Alcaldía de Bogotá D.C. quien presta atención a la víctima en atención a la "alta situación de vulnerabilidad... por situación de desnutrición de ella y su hijo estudiante de universidad", siendo así que para este Despacho es clara la necesidad de la víctima y las condiciones inhumanas que ha tenido que vivir y soportar a cuenta de la sustracción del pago de los alimentos legalmente debidos por parte de **RMQ**".*

34. Como se observa con claridad, el estado de abandono en el que **RMQ** dejó a su cónyuge, la sumió en un estado de precariedad económica. Aún en vigencia del matrimonio, mientras él se marchó para España y allí logró conseguir recursos y bienes, ella tuvo que pasar afectaciones a su mínimo existencial y fue objeto de múltiples formas de discriminación. Consciente como era de las condiciones en las cuales ella había quedado en Colombia con su hijo, con escasas posibilidades de trabajar, desconocimiento del

idioma e inexistencia de red de apoyo familiar, el comportamiento del esposo se tradujo en una discriminación de género.

35. Esta discriminación, debido a las extremas condiciones padecidas por la víctima, constituyó más exactamente una forma de violencia económica. Se ejerce violencia económica cuando el hombre limita a la mujer la posibilidad de trabajar, de recibir un salario o de administrar sus bienes y dinero, pues ello sitúa en posición de inferioridad y desigualdad social²⁵. En general, este tipo de violencia priva a la mujer de los ingresos de los cuales depende su subsistencia digna y la pone en situación de desigualdad²⁶.

36. En este caso, cuando el acusado abandonó a su entonces esposa, sabía que no contaba con posibilidades reales de trabajo en Colombia, que su condición de extranjera, las dificultades derivadas de la documentación de migrante y de los obstáculos propios del idioma, le reducían sustancialmente sus opciones de incorporarse al mercado laboral. Además, era consciente de que no tenía parientes en el país que pudieran auxiliarla y de las limitaciones evidentes para que su familia de origen pudiera hacerlo. Así mismo, conocía que tenía a su cargo, también, a su hijo menor de edad, a quien debía proveerle la adecuada manutención.

37. En contraste, **RMQ** viajó a España y logró hacerse a un patrimonio económico y adquirir propiedades. Pese a esto, nunca contribuyó a su sostenimiento y a sobrellevar las

²⁵ Sentencia T-878 de 2014.

²⁶ Sentencia C-539 de 2016.

condiciones materiales mínimas de existencia de la víctima. La violencia económica se genera a partir del acto de abandono de la cónyuge, inducido por una promesa engañosa de reencuentro pronto, en las precisas circunstancias en las cuales ocurrió, y la consiguiente desprotección económica. Esto condujo a sumir a la afectada en una clara situación de desigualdad y vulnerabilidad económica, así como a la afectación intensa a su dignidad.

38. De esta manera, considerar que la expresión “*cónyuge*”, prevista dentro del conjunto de los sujetos pasivos de la conducta punible, únicamente hace referencia al cónyuge con vínculo vigente y no al cónyuge divorciado, estimamos que tiene el riesgo de prolongar la grave discriminación de la que fue objeto la víctima, luego del abandono por parte de su esposo. Aún más, tal interpretación puede reproducir la discriminación económica y las condiciones de afectación a la dignidad sufridas por la denunciante.

39. Por el contrario, la lectura según la cual, la expresión “*cónyuge*” se refiere, no solamente a quien mantiene el vínculo vigente, sino también al cónyuge divorciado, habría propendido por hacer cesar el escenario de discriminación al que fue sometida la víctima por años. La Corte, en estos casos, tiene un papel fundamental en el logro de la equidad de género, la igualdad de derechos y la remoción de toda forma de violencia basada en el género. Se desaprovechó, sin embargo, una oportunidad para avanzar en esa dirección.

40. En síntesis, desde nuestro punto de vista, razones de técnica de la interpretación jurídica y de carácter constitucional, vinculadas a la igualdad de género, conducen a considerar que la expresión “cónyuge”, hace referencia tanto al cónyuge que mantiene el vínculo vigente como al divorciado. Por lo tanto, en el presente asunto, la víctima, en su condición de cónyuge divorciada, sí era sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria y, por lo tanto, procedía la decisión de condena emitida por el Juzgado. Así, debió casarse el fallo recurrido para dejar vigente la sentencia dictada en primera instancia.

41. En los anteriores términos, dejamos expuestas las razones que nos llevaron a apartarnos de la decisión mayoritaria.

Fecha *ut supra*.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Sala Casación Penal @ 2023

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Sala Casación Penal@ 2023