



Bogotá, D.C., - 6 OCT 2014

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL  
E. S. D.

**REF:** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° (parcial) y 2° de la ley 1542 de 2012 por medio de la cual se modifica el artículo 74 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

**Demandante:** RENE RICARDO TOCANCIPÁ ISAZA.

**Magistrado Ponente:** MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

**Expediente D-10405**

**Concepto - 58321**

Según lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, rindo concepto en relación con las demandas instauradas ante esa Corporación por el ciudadano RENE RICARDO TOCANCIPÁ ISAZA (expediente D-10405), quien, en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6°, y 242, numeral 1°, Superiores, solicitan que se declare la inexecutable de los artículos 1° (parcial) y 2°, de la Ley 1542 de 2012, "Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal", cuyo texto se transcribe a continuación:

**"Ley 1542 de 2012**

**(Julio 5)**

**Por la cual se reforma el artículo 74 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.**

**El Congreso de Colombia**

**DECRETA:**

*Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal.*

*Artículo 2°. Suprimanse del numeral 2, del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, las expresiones: violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); e inasistencia alimentaria (C. P. artículo 223).*

*En consecuencia, la pena privativa de la libertad por la comisión del delito de violencia intrafamiliar será la vigente de cuatro (4) a ocho (8) años con los aumentos previstos en el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, Código Penal.*

*Artículo 3°. Adiciónese al artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, el siguiente párrafo:*

*Parágrafo. En todos los casos en que se tenga conocimiento de la comisión de conductas relacionadas con presuntos delitos de violencia contra la mujer, las autoridades judiciales investigarán de oficio, en cumplimiento de la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres consagrada en el artículo 7° literal b) de la Convención de Belém do Pará, ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 248 de 1995.*

*Artículo 4°. Adiciónese un inciso al numeral 4 del artículo 38 A de la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:*

*Para la verificación del cumplimiento de este presupuesto, en los delitos de violencia intrafamiliar, la decisión del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad deberá ser precedida de un concepto técnico favorable de un equipo interdisciplinario de medicina legal.*

*Artículo 5°. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación, deroga y modifica en lo pertinente el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011 y las disposiciones que le sean contrarias”.*

## **1. Planteamiento de la demanda**

El actor alega en su demanda que las expresiones demandadas, contenidas en los artículo 1° la ley 1542 de 2012 y el artículo 2° de la misma ley, vulneran los artículo 42 y 44 constitucionales al eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentarias tipificados en los artículos 229 y 233 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), puesto que el legislador — sostiene el actor— “no puede válidamente expedir leyes que no se encuentren en armonía con los principios, valores y normas de la Constitución”.

1.1. Concepto de violación de artículo 42 constitucional

Según el actor, las normas demandadas vulneran el artículo 42 superior, puesto que al eliminar el carácter de querrelables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria – suprimiéndolos del numeral 2° del artículo 74 de la ley 906 de 2004– *“no se garantiza adecuadamente la protección integral de la familia como impone la Carta y por el contrario vulnera la misma en cuanto que con dicha eliminación lejos de garantizar una protección integral, real y material de la familia se impide que sus integrantes, estos sí en aras de la unidad familiar, tengan la posibilidad de zanjar sus desavenencias o conflictos conforme a sus propios intereses”*. En este mismo sentido, afirma el actor que con la norma demandada el Estado ofrece una única solución a las situaciones de conflicto familiar: la cárcel para uno de los miembros de la familia, con la consiguiente desintegración del núcleo familiar y el desamparo en el que quedan muchas veces los restantes miembros, especialmente los menores, a quienes se les priva del apoyo económico del imputado.

En contraste con ello, afirma el accionante, son los mismos miembros de la familia *“los llamados a proponer fórmulas de arreglo del conflicto familiar distintos a la cárcel mediante la conciliación y el desistimiento”*, lo que la normativa actual contenida en los artículos 1° y 2° de la ley 1542 de 2012 hace imposible, privilegiando el *“eficientismo populista del Estado”* y no los intereses y necesidades del grupo familiar ni los valores y fines constitucionales.

1.2. Concepto de violación del artículo 44 constitucional

Además, para el actor la norma demandada contraviene el deber contenido en el artículo 44 constitucional y los tratados internacionales que obligan al Estado colombiano a proteger prevalentemente los derechos

fundamentales de los niños. Ello es así porque, en su concepto, habiendo la Carta Política constituido a los niños como sujetos de especial protección, los efectos prácticos que resultan de la aplicación de las normas demandadas *“terminan privándolos de tales derechos, pues la imposibilidad de conciliar o desistir impone como única solución la privación de la libertad del progenitor [...] dejando totalmente desamparados a los niños que, sin duda alguna, en las más de las veces dependen económicamente de éste”* y, de esa manera, *“se disuelve la unidad familiar al separar a los padres de sus hijos dejándolos en condición de desprotección”*. Así, las normas demandadas terminan causando un mal mayor que el que pretenden eliminar.

### 1.3. La potestad de configuración normativa del legislador

Por último, el actor aduce que *“el legislador no ostenta una discrecionalidad absoluta para definir o determinar conductas punibles, establecer procedimientos y en general dictar todo lo concerniente a la política criminal del Estado”*<sup>1</sup> y, en ese orden de ideas, se encuentra limitado por los principios, valores y derechos contenidos en la Constitución y que se erigen en barreras infranqueables al poder punitivo del Estado, lo cual le impide la creación de normas que los vulneren.

Así las cosas, en la demanda se acusa que las normas demandadas desconocen el deber que tienen los poderes públicos (tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos) de que todas las medida que adopten que sean concernientes a los niños deben considerar primordialmente el interés superior y prevalente del niño, criterio que ha sido resaltado por la Corte Constitucional en las sentencias C-240 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T- 510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza), criterio que debe guiar la discrecionalidad que tienen las autoridades para diseñar la política criminal.

---

<sup>1</sup> En la demanda se cita como fundamento de su afirmación la sentencia C-531 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En consecuencia, las normas demandadas resultan también violatorias de este límite constitucionalmente constituido al *ius puniendi* del órgano legislador.

## **2. Problema jurídico**

De acuerdo con la demanda arriba resumida, el jefe del ministerio público considera que en el presente proceso corresponde establecer si las normas demandadas (artículo 1° [parcial] y artículo 2° de la ley 1542 de 2012), al eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, contrarían los deberes constitucionales del Estado de garantizar la protección integral de la familia (artículo 42 constitucional) y de proteger de manera prevalente los derechos de los niños (artículo 44 constitucional y Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la ley 12 de 1991) o si, por el contrario, se ajustan a los mandatos contenidos en dichas normas constitucionales.

## **3. Análisis constitucional**

### **3.1. Planteamiento general**

El asunto planteado impone la confrontación de los artículos 1° (parcial) y 2° de la ley 1542 de 2012 con los mandatos contenidos en los artículos 42 y 44 de la Constitución. Para ello, el jefe del ministerio público considera necesario iniciar el presente análisis de constitucionalidad con un breve estudio sobre los bienes jurídicos de orden constitucional que constituyen el fundamento de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, es decir, sobre los mandatos contenidos en los artículos 42 y 44 de la Constitución, para luego estudiar el sentido y alcance de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria y de las

normas demandadas. Por último, se impone determinar si las normas demandadas resultan conformes al deber contenido en los artículos constitucionales o si, *contrario sensu*, resultan violatorios de aquellos.

Siguiendo el esquema anunciado se tiene que, en primer lugar, el contexto constitucional en que debe analizarse la norma demandada es el siguiente: la Constitución establece en cabeza del Estado el deber de amparar la familia y proteger su unidad (artículo 42) y de resguardar de manera prevalente los derechos fundamentales de los niños (artículo 44). En desarrollo de ese deber constitucional, el legislador –en virtud de la potestad legislativa para diseñar la política criminal– tipifica las conductas constitutivas del delito de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria. Por medio de dichos delitos, el legislador sanciona conductas como el maltrato (físico, psicológico o sexual) ejercido sobre cualquiera de los miembros del núcleo familiar y el sustraerse de satisfacer la obligación alimentaria –por parte de quien según la ley civil está obligado a ello– para con aquel que ha sido definido en la ley como beneficiario del derecho de alimentos.

Ahora bien, desde el punto de vista procesal –y en virtud de la norma demandada– los delitos que protegen este tipo de bienes jurídicos son de investigación oficiosa lo que, por lo tanto, impide la terminación del respectivo proceso penal por acuerdo conciliatorio o el desistimiento de la denuncia y, por el contrario, obliga o exige llevar el proceso de investigación y sanción hasta sus últimas consecuencias, incluso hasta la privación de la libertad del miembro del núcleo familiar que llegare a resultar culpable. Esta es justamente la norma que el actor considera contraria a los valores y principios constitucionales contenidos en los artículos 42 y 44 constitucional.

La cuestión que así se plantea es, entonces, si en relación con los delitos que afectan el bien jurídico de la familia y los derechos fundamentales

(prevalentes) de los niños puede el legislador legítimamente establecer la oficiosidad y eliminar la querrela como condición de procedibilidad de la acción penal y la posibilidad de desistir en los procesos adelantados por los delitos señalados, sin vulnerar el deber constitucional y los valores y principios contenidos en los artículos 42 y 44 superiores.

### **3.2. El bien jurídico de la familia y los derechos prevalentes de los niños**

De conformidad con la Constitución Política el Estado colombiano ampara a la familia como la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad y establece, tanto para el Estado como para la sociedad, el deber de su protección integral (Artículo 5° y 42 superiores). En efecto, el artículo 5° señala que “[e]l Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (subrayado fuera de texto), mientras que el artículo 42 superior precisa que “[La familia es el núcleo básico de la Sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (subrayado fuera de texto). Por esta razón, como esta vista fiscal lo recordó en ocasión anterior, esta definición constitucional de familia supone que la misma “*es constitutiva del ordenamiento jurídico porque afecta radicalmente el origen de la sociedad y obliga al Estado a su protección integral*”<sup>2</sup>, es decir, implica reconocer que la familia es una institución natural que tiene su origen en el matrimonio y que el Estado reconoce y protege.

Esta misma importancia del bien jurídico de la familia fundamenta el deber de amparo y protección contenidos en los artículos transcritos. Por ello, el mismo texto constitucional establece que toda “*forma de violencia*

<sup>2</sup> Procuraduría General de la Nación, Concepto No. 4876 de 2010 (expedientes D-7882 y D-7909) de 06 de Julio de 2010.

*en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley* (artículo 42 constitucional, inciso 6°).

Precisamente en desarrollo de este deber constitucional, y como uno de los mecanismos para proteger el bien jurídico de la familia, se tiene que el legislador tipificó una serie de delitos descritos en el título VI de la ley 599 de 2000 (Código Penal), entre ellos los que se encuentra la violencia intrafamiliar (artículo 229) y la inasistencia alimentaria (artículo 233), tipos penales que tienen su fundamento último en el bien humano y *iusfundamental* de la familia. La tipificación de estos delitos en nuestro ordenamiento jurídico persigue, por lo tanto, la protección de un bien humano fundamental y constitucional que se reconoce expresamente como la *“institución básica”* (artículo 5° Superior) y como *“el núcleo fundamental de la sociedad”* (artículo 42 Superior): la familia.

Por otra parte, el artículo 44 constitucional enlista los derechos fundamentales de los que son titulares los niños, entre los cuales se encuentra el derecho a *“tener una familia y no ser separados de ella”*, al mismo tiempo que afirma que ellos *“serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral”*. Y en el mismo sentido, en el siguiente inciso del mismo artículo 44 de la Constitución se establece que *“[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”* y se dispone que *“[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*.

Así, de una interpretación sistemática e integral de la Constitución claramente se deduce un deber para el Estado, para la sociedad y para la familia de velar por la efectiva protección de los derechos de los niños (y de todos los menores de edad), los cuales son considerados por el mismo constituyente como derechos prevalentes sobre los derechos de los demás. Y precisamente por ello, es decir, como desarrollo de este deber

constitucional, el legislador estableció como circunstancias de agravación punitiva para los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria que el sujeto pasivo de alguna de esas dos conductas delictivas sea un menor de edad. En efecto, el inciso 2° del artículo 229 de la ley 599 de 2000 (violencia intrafamiliar) precisa que “[l]a pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor”, mientras que el inciso 2° del artículo 33 de la misma ley ordena que “[l]a pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”<sup>3</sup>. Todo ello precisamente en aras a garantizar los derechos fundamentales de los niños.

En síntesis, esta jefatura concluye y advierte que tanto el delito de violencia intrafamiliar como el delito de inasistencia alimentaria encuentran sus fundamento último en el deber del Estado y de la sociedad de proteger el bien iusfundamental de la familia, mientras que las circunstancias de agravación punitiva previstas para esos mismos delitos persiguen la garantía y protección de los derechos fundamentales de los niños, y especialmente su derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Lo que quiere decir que la familia –y especialmente la defensa de su unidad–, así como los derechos de los niños –especialmente a tener una familia y no ser separado de ella– se constituyen, por tanto, en las razones últimas de la existencia de los tipos penales modificados por las normas demandadas.

---

<sup>3</sup> Al respecto resulta pertinente destacar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-247 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), declaró la inexecutable de la expresión “de 14 años”, contenida al final del citado artículo 33 del Código Penal, en tanto que consideró que la misma establecía una discriminación injustificada entre los menores de 14 años y los mayores de 14 y menores de 18 años que, por ello, constituía una violación del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución.

### **3.3. Análisis de los tipos penales de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria**

Como se mostró, la sanción penal de la violencia intrafamiliar y de la inasistencia alimentaria tienen como finalidad la protección de la familia (artículos 5° y 42 constitucional) y de los derechos fundamentales de los niños (artículo 44 constitucional) considerados prevalentes por el constituyente colombiano. En razón de ello, a continuación se impone hacer un breve análisis acerca de los tipos penales que el legislador eligió para ello.

El tipo penal de violencia intrafamiliar tiene como sujetos activo y pasivo a los miembros del núcleo familiar, es decir, a personas que están unidas por vínculos de consanguinidad o civil, lo cual quiere decir que el delito se configura solo cuando el maltrato es ejercido por un miembro del núcleo familiar contra otro miembro de éste. El verbo rector del tipo, por otra parte, es el maltrato en cualquiera de sus modalidades, esto es, de orden físico, psicológico o sexual, pero bajo la condición de que con esa misma conducta (el maltrato) no se actualice otro delito sancionado con pena mayor, caso en el cual se estaría atentando contra un bien jurídico distinto como, por ejemplo, la integridad personal o la libertad sexual de las personas, bienes que están protegidos mediante otros tipos penales<sup>4</sup>.

Así las cosas, el delito de violencia intrafamiliar tiene un carácter subsidiario y alternativo a los tipos penales que protegen otra clase de bienes jurídicos diferentes a la familia, lo que significa que en aquellos casos en los cuales la conducta de maltrato revista consecuencias más graves para la integridad (física o psicológica) o la libertad sexual de los miembros del núcleo familiar, se configuraría otro delito distinto (sancionado con pena mayor) y no el de violencia intrafamiliar.

---

<sup>4</sup> Específicamente se hace referencia aquí a los tipos penales previstos del Título I del libro segundo del Código penal, como es el caso de las lesiones personales (capítulo tercero) o, incluso, el homicidio (capítulo segundo).

Esto último es así porque con este tipo penal no se persiguen las lesiones a la vida, la integridad personal o la libertad sexual. Por el contrario, el tipo penal de violencia intrafamiliar tiene como finalidad la defensa integral de la familia y su unidad.

En el delito de inasistencia alimentaria, por su parte, los sujetos del tipo penal son cualificados y para determinarlos es necesario acudir a la normativa civil en orden a precisar en cabeza de quién radica la obligación de dar alimentos y quién es el acreedor del derecho. Además, el verbo rector del tipo penal lo constituye el “sustraerse” de la obligación de dar alimentos, es decir, el incumplimiento por parte de quien está obligado, sin que ello quiera decir que cualquier tipo de incumplimiento actualice el delito, pues además se requiere que el incumplimiento sea injustificado, es decir, que no medie ninguna razón válida para sustraerse de la obligación. Así, el delito de inasistencia alimentaria busca garantizar a quien no tenga la posibilidad de proveerse por sí mismo su propia subsistencia que pueda satisfacer sus necesidades básicas por intermedio de personas que tienen el deber natural –derivado de la relación familiar o de parentesco– de proveerlas y de acudir en su ayuda<sup>5</sup>. En efecto, en este mismo sentido la Corte Constitucional ha señalado que:

*“El fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios. El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario”<sup>6</sup>.*

Por lo tanto, una vez determinados los elementos esenciales de los delitos reseñados, a continuación se hace posible pasar a exponer los argumentos

<sup>5</sup> Cfr. Marcela ROA AVELLA, “Delitos contra la familia y violencia de género” en Carlos G. CASTRO. *Manual de derecho penal*. Bogotá, Temis, 2011, pp. 293-328.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-237 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

que llevan al jefe del ministerio público a concluir que las normas demandadas son inconstitucionales.

### **3.4. Inexequibilidad de la norma demandada por violación de los artículos 42 y 44 constitucionales**

#### **3.4.1. Respecto del delito de violencia intrafamiliar**

A la luz de estos fines constitucionales reseñados, el jefe del ministerio público encuentra que las normas demandadas, al eliminar la querrela como condición de procedibilidad de la acción penal en los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, así como la posibilidad de desistir de ésta una vez ya se ha iniciado el proceso penal, resultan contrarias a los fines de esos mismos tipos penales, aquí ya señalados. La razón de ello es que la imposición de la oficiosidad que, en virtud de la ley 1542 de 2012 ahora se establece para las acciones penales en los delitos reseñados, resulta contraproducente y no es idónea para la protección de los bienes jurídicos que se constituyen en la razón última de los tipos penales, como son la unidad familiar y los derechos fundamentales de los niños.

En efecto, la eliminación de la querrela tiene como consecuencia, en primer lugar, que la denuncia penal puede ser formulada por la víctima o por un tercero, o que en su lugar se pueda iniciar de oficio la acción penal. Esto mientras que, por el contrario, el carácter querellable de tales delitos conllevaba a que para iniciar la acción penal correspondiente fuera necesaria la solicitud del ofendido, lo que se establecía en consideración a que en todo caso media un interés de la víctima del delito que podría verse vulnerado en forma más grave con la investigación penal.

En segundo lugar, la eliminación de la querrela y el desistimiento elimina para la víctima la posibilidad de acudir, para la protección y

restablecimiento de sus derechos, a mecanismos alternos de solución de conflictos como la celebración de audiencias de conciliación y así terminar el proceso por vías diferentes a la acción penal.

Por estas razones, es claro que el establecimiento de la oficiosidad para el delito de violencia intrafamiliar resulta contrario a la finalidad que se persigue con la tipificación de este delito, en tanto que no resulta ser una media idónea para alcanzarla y, en este sentido, para dar satisfacción de manera adecuada al deber constitucional de amparo y protección de la familia (artículo 5º y 42 constitucionales) y de los derechos de los niños.

En efecto, debe reiterarse que el bien jurídico-constitucional que constituye la razón de ser del delito de violencia intrafamiliar es la familia –institución básica y núcleo de la sociedad– y no la integridad personal, la vida o la libertad sexual de sus miembros, para ello el legislador ha tipificado otro tipo de delitos, ellos sí de carácter oficioso. Y que precisamente por la importancia del bien jurídico que protege en el delito de violencia intrafamiliar que el legislador debe ser cuidadoso con que las medidas que la afectan de manera tan grave –como son las penales– deben encontrar una justificación en su efectividad e idoneidad para alcanzar fines constitucionales legítimos como los acá señalados.

Para este caso, esto es, la eliminación de la querrela y el desistimiento y, con ello, esta jefatura considera que el legislador debe y debió asegurar y mantener vigente la posibilidad de que los miembros del núcleo familiar puedan resolver sus conflictos, evitando la intromisión del Estado –e incluso de terceros– en la intimidad de la familia que, por el contrario, propicia y permite hacer de estos tipos penales delitos de persecución oficiosa.

Téngase en cuenta, además, que la intromisión en la intimidad de la familia, en este caso, se da a través de las normas del derecho penal, las

cuales tienen y deben tener un carácter de *ultima ratio*, lo que quiere decir que solo es lícito acudir a ellas después de agotar otros medios que afecten de manera menos grave la unidad del núcleo familiar, lo que, por el contrario, no sucede en este caso, pues como esta vista fiscal se propone demostrar a continuación, tales medios alternativos, más eficaces y menos lesivos de este trascendental bien jurídico, efectivamente existen en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que demuestra, por lo tanto, que no es necesaria ni proporcionada la oficiosidad establecida en las normas demandadas.

Lo anterior, no sin antes destacar, nuevamente, que, en todo caso, si las lesiones que se causan con un maltrato, por ejemplo, trascienden el ámbito del delito de violencia intrafamiliar y violentan otro tipo de bienes jurídicos (la vida, la integridad personal o la libertad sexual), es misma conducta debe perseguirse a través de tipos penales diferentes al de la violencia intrafamiliar. Lo que significa que pretender perseguir conductas tales como la violencia contra la mujer por medio del tipo penal de violencia intrafamiliar resulta equivocado en tanto que, se reitera, no es la integridad física o moral de la mujer lo que se pretende amparar con el tipo penal, y hacerlo, supone desviar el foco de atención del bien jurídico que verdaderamente se quiere proteger por medio del delito de violencia intrafamiliar<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Esta tesis se sustenta en lo que al respecto la misma Corte Constitucional ha señalado respecto a que, para enfrentar la violencia al interior de la familia —cuando con el maltrato se lesionan otro tipo de bienes jurídicos—, existen en el ordenamiento jurídico otro tipo de delitos. En efecto, ha dicho esa corporación:

*“En primer lugar, los tipos penales que protegen la vida y la integridad personal, la libertad individual y otra garantías, así como los que protegen la libertad la integridad y la formación sexuales, tienen plena aplicación en el ámbito familiar, e incluso, la calidad de la víctima como parte del núcleo familiar del agresor puede constituir una causal de agravación punitiva.*

*En segundo lugar, las manifestaciones de violencia entre los miembros de la familia que no tengan prevista en el ordenamiento penal una sanción mayor, se reprimen a través del tipo específico de violencia intrafamiliar, como modalidades de maltrato físico o psicológico.*

*Finalmente, en tercer lugar, frente a todas las expresiones de violencia y de maltrato, tanto las que quepan en los mencionados tipos penales, como las que queden excluidas de ellos, se han previsto medidas de prevención, asesoramiento, asistencia y protección para las víctimas”.* Sentencia C-674 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

En primer lugar, la persecución oficiosa de delitos como los que se tipifican en las normas modificadas por las normas demandadas hacen ineficaz e inoficiosa la investigación de tales las conductas pues lo cierto es que para que ésta pueda tener éxito, inevitablemente se requiere de la colaboración efectiva de los miembros del grupo familiar que se ven afectados con la conducta del agresor, es decir, de las mismas víctimas.

En efecto, aun sin perjuicio de que la Fiscalía sea el titular de la acción penal, para el éxito de la acción penal con respecto a esta clase de delitos en todo caso es necesaria la colaboración de la familia o de los menores afectados –en caso de que los haya–, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de delitos en donde, por ejemplo, se lesiona la integridad personal, la vida o la libertad sexual, en los que, por el contrario, la investigación no requiere de este concurso en tanto que las conductas sancionadas trascienden la órbita de la intimidad de la familia y pueden probarse por medios de prueba objetivos y completamente independientes del concurso o la voluntad de la víctima.

En este sentido, debe destacarse que la oficiosidad prevista en las normas demandadas no es idónea o eficaz para proteger el bien iusfundamental de la familia pues, por ejemplo, en virtud del principio de no autoincriminación (artículo 33 constitucional) “[n]adie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (subrayado fuera de texto), lo que significa que, aun cuando la autoridad penal inicie la acción por su propia iniciativa, ésta en todo caso no podrá obligar a coaccionar a la víctima a colaborar o testificar en contra de su pariente y victimario, en razón de este principio constitucional. Y esto, mucho menos cuando la única posible consecuencia de esa investigación será, no la protección inmediata y eficaz de los derechos de la víctima, sino la mera sanción del victimario.

Así mismo debe señalarse que, por un lado, obligar a los miembros del núcleo familiar a colaborar con la investigación en contra de su voluntad sería desconocer desproporcionadamente este principio constitucional, mientras que no poder contar con esta colaboración en la investigación –si se respeta este principio– es lo que precisamente hace ineficaz la oficiosidad de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, en tanto que esta colaboración implica ponerlos en la situación de tener que prestar su ayuda para un proceso en el cual el único resultado posible es que su familiar termine privado de la libertad o simplemente se resigne a dejar la vulneración de su derecho en absoluta impunidad, lo cual se opone a lo que el tipo penal en principio persigue, como es la cesación del maltrato y el restablecimiento de la unidad familiar. Por lo tanto, la querrela, en cambio, resulta ser en este caso un mecanismo más eficaz en tanto que les ofrece a la familia y a sus integrantes la posibilidad de resolver su conflicto familiar por otras vías como la conciliación prejudicial.

En conclusión, eliminar la querrela de tal manera que cualquiera pueda acudir al juez competente para exigir la iniciación de la acción penal constituye una intromisión y una afectación injustificada y desproporcionada en la intimidad familiar, además de contrariar los mandatos contenidos en los artículos 5° y 42 constitucionales, pues implica la adopción de una medida que no es idónea para alcanzar el fin constitucional de protección de la familia, en tanto que le impide a la misma familia resolver su conflicto a través de la conciliación prejudicial, y en su lugar la condena a llevar el proceso hasta sus consecuencias finales el proceso penal, con el indeseado efecto de ver a un miembro del núcleo familiar sometido a una pena privativa de la libertad, fracturar del núcleo familiar y dejar a los demás miembros de la familia en una posible situación de desamparo. La sanción penal inevitable, entonces, produce así, necesariamente, la desintegración de la familia y sacrifica injustificadamente los intereses y derechos de los niños.

Sin embargo, debe advertirse que establecer la querrela como requisito de procedibilidad –como lo hacían antes de las normas demandadas los tipos penales en comento y cómo se haría de nuevo en caso de que aquellas se declararan inexecutable- no significa en forma alguna que se dé una renuncia por parte del Estado a perseguir este tipo de conductas y, con ello también a su deber constitucional de amparar la familia y los derechos de los niños, pues ello no impide que el trámite de la acción penal prosiga en caso de que no se llegue a un acuerdo conciliatorio o en caso de que se incumplan los compromisos contenidos en el acta de conciliación. Conciliación que, no sobra recordarlo, presta mérito ejecutivo, hace tránsito a cosa juzgada y, en ese orden de ideas, faculta a la víctima para iniciar un proceso ejecutivo por medio del cual exija de su pariente que incumple su obligación o desconoce sus derechos, el cumplimiento de los compromisos previamente adquiridos, lo cual resulta, en todo caso, más expedito y menos lesivo para la integridad psicológica del menor que se vería sometido al trámite, siempre doloroso, de un proceso penal, por ejemplo.

Así el carácter querable de estos tipos penales es un medio verdaderamente idóneo y efectivo para el amparo de los bienes jurídicos protegidos, por un lado, y menos lesivo para la satisfacción de los derechos la familia y de los niños, por el otro, lo que redundaría en que éste sea el medio constitucionalmente exigible. En efecto, lo que se persigue con el establecimiento de la querrela es la posibilidad de que, antes de imponer la sanción penal, se permita a las víctimas y a victimarios (miembros todos de un mismo núcleo familiar) resolver sus diferencias por un medio menos lesivo de su unidad y de su intimidad.

Aún más, debe recordarse que en aquellos casos en los cuales las víctimas del delito de violencia intrafamiliar puedan encontrarse en una situación de subordinación (económica o moral) respecto del victimario y tengan un

fundado temor de denunciarlo, o el mismo victimario ponga a su víctima en imposibilidad (física o moral) de interponer la denuncia, en todo caso el Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) habilita al defensor de familia o al agente del ministerio público para interponerla en su nombre – por conocimiento propio o por informe de un tercero–. En efecto, la norma establece que *“cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querrela, o sea incapaz y carezca de representante legal [...] puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos”* (artículo 71, inciso 2° de la ley 906 de 2004). Y como consecuencia de ello se tiene que la querellabilidad del delito de violencia intrafamiliar no implica necesariamente la imposibilidad de que el Estado y la sociedad (a través del ministerio público) promuevan la acción penal cuando ella sea necesario y efectivamente se corresponda con los principios que rigen el procedimiento penal (respeto de la dignidad humana, necesidad, última ratio, proporcionalidad, entre otros).

Estos mismos argumentos son válidos para aquellos casos en que el sujeto pasivo de la conducta constitutiva del delito de violencia intrafamiliar es un menor de edad, pues la posibilidad de resolver el conflicto por medios menos lesivos de su intimidad y de su integridad psicológica se satisfacen mejor con la institución de la querrela y la consecuente realización de audiencia de conciliación. En efecto, tal y como ha sostenido la Corte Constitucional en ocasiones anteriores, *“la querrela [en los casos en donde el sujeto pasivo del delito es un menor de edad] se sustenta en la necesidad de que sus representantes legales puedan considerar las consecuencias previsibles de la acción penal en la órbita de sus intereses”*<sup>8</sup> y, en consecuencia, en el deber de valorar, en orden al interés superior del menor, la necesidad de someterlo a un proceso penal.

En este sentido, también cabe aquí la advertencia ya realizada en el sentido de que la querellabilidad del delito de violencia intrafamiliar,

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-459 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cuando el sujeto pasivo es un menor, no implica una renuncia del Estado a perseguir este tipo de delitos o a la protección de los derechos de los niños. Esto por cuanto, como bien lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-459 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz):

*“[L]a comisión de un hecho punible que tenga como víctima a un menor, no puede ser un asunto que sólo concierna a la familia y que la ley pueda permitir no traspase el umbral de lo puramente privado, incluso hasta consagrar su virtual impunidad. La sociedad y el Estado deben acudir sin tardanza y con vigor a ofrecer su defensa al agraviado”.*

Conclusión que precisamente encuentra su fundamento en el deber constitucional de protección prevalente de los derechos fundamentales del menor de edad.

Sin embargo, no puede concluirse que el establecimiento de la querrela para este tipo de delitos sea contrario a este deber e implique la renuncia del Estado a perseguir el delito, pues el mismo artículo 71 del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) establece que en aquellos casos en los cuales el representante legal de la víctima sea autor, o participe del delito (por ejemplo el padre sea quien maltrate a su hijo), la denuncia *“puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos”* (artículo 71, inciso 2º de la ley 906 de 2004).

Además de esto, debe señalarse también que en los casos en los cuales la víctima de violencia intrafamiliar es un menor de edad, la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la adolescencia) establece una serie de medidas de restablecimiento de los derechos del menor (Cfr. artículos 50 a 78, ley 1098 de 2006). En efecto, el artículo 51 de la ley 1098 de 2006 ordena que:

*“El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia*

o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales” (subrayado fuera de texto).

Norma en donde, como puede advertirse, se establece una obligación en cabeza del Estado –en desarrollo de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 5º, 42 y 44 de la Carta– de actuar, a través de las autoridades públicas, en favor de los menores de edad que, en virtud de la conducta constitutiva del delito de violencia intrafamiliar –también en virtud de la inasistencia alimentaria de sus padres– se encuentren en situación objetiva de riesgo. Lo que deja completamente sin fundamento la tesis según la cual si el delito de violencia intrafamiliar se incluye entre los delitos que requieren querrela el Estado se queda “*atado de manos*” ante los abusos del victimario o se hace imposible la protección de los miembros del núcleo familiar más vulnerables cuando estos no quieran iniciar la acción penal mediante la interposición de la querrela.

En idéntico sentido, se resalta que la misma Corte Constitucional ha llamado la atención acerca de lo ineficaz que, en muchos casos, puede resultar el endurecimiento de las penas y de los delitos, en desmedro de los mecanismos de solución de conflictos alternativos al derecho penal – que actúa como *ultima ratio*– y en muchos casos más idóneos para los fines constitucionales perseguidos por los tipos penales. Así, esa corporación ha dicho, por ejemplo, que:

*“[M]o puede olvidarse que en el fragor mediático sobre múltiples conductas dirigidas contra la población infantil, se ha optado por soluciones efectistas, como el aún mayor incremento de las penas y la rigurosa exclusión de mecanismos alternativos, limitando la acción a lo punitivo, al margen de una verdadera política criminal que realmente prevenga la realización de esta epidemia de abominables conductas, aupadas por la ausencia de valores; las contraculturas de la violencia y de la exacerbación sexual frecuentemente promovidas desde los propios medios de comunicación social; la carencia de*

*respeto hacia los derechos de los menores, probablemente padecida en la minoridad por los propios depravados; y la incapacidad de reprimir sentimientos de ira y de frustración, entre otros complejos factores*<sup>9</sup>.

Por el contrario, resulta incluso incoherente y desproporcionada la ley que convierte en oficiosos los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria a la luz de la actual política criminal y penitenciaria que, en cambio, está orientada a investigar y sancionar con pena privativa de la libertad solo los delitos más graves, lo cual se hace evidente por el uso, cada vez más recurrente, de figuras como el principio de oportunidad y los preacuerdos o con lo establecido, por ejemplo, en el denominado "Marco Jurídico para la Paz" (Acto Legislativo 01 de 2012), en el cual precisamente se pretende perseguir únicamente los delitos más graves y renunciar a la investigación y sanción de delitos de menor trascendencia, lo que supone reducir al máximo que se acuda a las penas privativas de la libertad.

Así las cosas, una mayor dosificación en el recurso al derecho penal y a penas como la privación de la libertad, por un lado, y un aumento en el uso de medios alternativos de solución de conflictos, por el otro, resulta ser la dinámica estatal en materia de política criminal –lo que en términos generales es conforme al principio de *ultima ratio* que rige el derecho penal–, resaltando la incoherencia del establecimiento de la oficiosidad de delitos que pueden solucionarse por medio de mecanismos previos y alternos a la acción penal como es el caso de analizados en el presente proceso.

Lo que se acaba de señalar se agrava todavía más, además, cuando se considera que los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria –para el cual valen estos mismos argumentos– han sido históricamente y siguen siendo hoy en día enlistados entre los de mayor

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

ocurrencia en el país<sup>10</sup>, y su oficiosidad constituye un enorme desgaste para la Fiscalía General de la Nación en su investigación, en abierta contradicción con la orientación de la política criminal ya señalada y con lo ineficaz que ello resulta a fin de garantizar los bienes jurídicos que se pretende proteger –lo cual esta vista fiscal ya ha demostrado–.

Por estas razones, la eliminación de la querrela como requisito de procedibilidad y la consecuente imposibilidad de celebración de audiencias de conciliación dentro del proceso que permita el desistimiento de la acción penal resulta una medida desproporcionada por su falta absoluta de idoneidad para alcanzar el fin constitucional que se persigue con el tipo penal, y por la existencia de otro tipo de medidas –la conciliación– más efectivas para conseguir dicho fin y menos lesiva de la intimidad y la unidad familiar, además de ser contradictoria con la orientación actual de la política criminal del Estado colombiano.

#### 3.4.2. Respecto del delito de inasistencia alimentaria

En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre el hecho de que respecto al delito de inasistencia alimentaria la Corte Constitucional ha recordado que el desistimiento (consecuencia de la querrellabilidad) en los procesos penales por este delito –especialmente cuando tienen como sujeto pasivo a un menor de edad– cumple una función constitucionalmente importante e imperiosa. Lo anterior pues, en sus propias palabras:

---

<sup>10</sup> Cfr. Corporación Excelencia para la Justicia, Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia, disponible en <http://www.cej.org.co/index.php/publicaciones/libros/2599-balance-de-los-primeros-cinco-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia>, 2011, p. 25. Asimismo, según estadísticas del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses “[e]n 2013, 9.708 personas menores de 18 años fueron víctimas de violencia por parte de familiares: 5.186 niñas y mujeres adolescentes y 4.522 niños y hombres adolescentes”. Mientras que “12.415 personas entre los 18 y 59 años de edad fueron víctimas de violencia intrafamiliar en Colombia durante 2013”, de las cuales “4.405 fueron hombres y 8.010 mujeres”. Ver: Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Boletín de prensa-Forensis 2013, disponible en <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/145695/presentacion+forensis2014.pdf/3b0aa01c-fa19-4322-9cf3-a9b9fd985978>, pp. 6-7.

*“[E]sta medida busca la efectividad del cumplimiento de la obligación alimentaria, pues el imputado o procesado es consciente de que existe una investigación o un proceso en su contra (existe el riesgo de terminar en la cárcel) pero aún conserva su libertad para trabajar y así satisfacer las necesidades del menor a quien debe alimentos: de ninguna manera es útil al menor desprotegido, que aquella persona responsable de ver por sus necesidades se encuentre privada de la libertad y por eso, más se guardan sus intereses si se da libertad a aquél, aunque sea temporalmente y con la amenaza inminente de un proceso penal, para que cumpla lo que le corresponde”<sup>11</sup>(subrayado fuera de texto).*

Así, el fundamento último de la querrela y de la posibilidad de desistir de la misma con motivo de la existencia de acuerdo conciliatorio –lo que se permite exclusivamente para los delitos querrelables– es, según se deduce del aparte citado de la sentencia señalada, la *prevención* de la conducta constitutiva del delito de inasistencia alimentaria, lo cual resulta coherente con el deber constitucional que tiene el Estado de velar por los derechos de los miembros del núcleo familiar y, especialmente, de los derechos de los niños (quienes se ven más afectados por este delito, pues por naturaleza son ellos quienes se encuentra en situación de imposibilidad de proveerse lo necesario para su mínima subsistencia y para ello dependen completamente de sus parientes más cercanos), así como en el carácter preventivo que precisamente debe tener el derecho penal. Pero esta finalidad precisamente se ve frustrada con la nueva configuración del delito que se establece con las normas demandadas, en donde se le da un tratamiento exclusivamente punitivo, lo cual resulta desproporcionado e inconstitucional.

Esta finalidad se ve frustrada, se añade, en la medida que la única opción ofrecida por la norma penal es que cuando el proceso penal llegue a término (lo que además es mucho más demorado que la anterior audiencia de conciliación que era un requisito de procedibilidad y la primera actuación del fiscal del caso) el pariente que incumplió su deber de alimentados se ve sometido a una pena privativa de la libertad, lo que al mismo tiempo implica que le prive de la posibilidad de satisfacer la

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-144 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

obligación alimentaria. Y esta imposibilidad de cumplir con la obligación<sup>12</sup> en la que queda el pariente que se condene como penalmente responsable tiene el efecto de dejar en situación de desamparo al beneficiario del derecho –en la mayoría de los casos un menor de edad– y, por otro lado, el de romper la unidad familiar –tal y como lo ha señalado el actor en la presente demanda–.

Así, nuevamente se demuestra que las normas demandadas contradicen la finalidad iusconstitucional que se persigue con el tipo penal de inasistencia alimentaria que no es otra que instar a que quienes tengan por ley el deber de satisfacer las necesidades básicas de sus parientes, que se encuentren en situación de imposibilidad de hacerlo por sus propios medios a que lo hagan, honrando su deber de alimentos. Esto pues, en efecto, la oficiosidad del delito y la consiguiente imposibilidad de solucionar y dar por terminado el proceso por conciliación extrajudicial, pone a la familia en la indeseable situación de tener que continuar con éste hasta sus últimas consecuencias.

Además de esto, y en el mismo sentido que ya se señaló al hablar del delito de violencia intrafamiliar, la necesidad que tiene la Fiscalía General de la Nación de contar con la colaboración de los familiares víctimas del delito de inasistencia alimentaria hace que su sanción cuando su persecución es oficiosa se torne en un imposible, porque la norma solo ofrece a la víctima la posibilidad de colaborar con el ente investigador para que su familiar termine privado de la libertad, con la consecuencia de que el delito, que sin la ayuda efectiva de la víctima no puede seguir siendo investigado, queda en la impunidad. Esto mientras que con la redacción anterior de este tipo penal, en cambio, se permitía la realización de una audiencia prejudicial de conciliación en donde se podía alcanzar un

---

<sup>12</sup> Esto último pues, no sobra recordarlo, en Colombia se encuentran proscritos los trabajos forzados. Lo que para este caso quiere decir que, aun cuando una persona podría trabajar estando privando de su libertad y por medio de esa vía hacerse a un pago que le permitiera honrar su deber de alimentos, esta en todo caso no sería más que una eventual posibilidad siempre sujeta a su voluntad y a determinadas posibilidades fácticas en las que no es necesario profundizar en el presente concepto. Más nunca una consecuencia directa, necesaria y garantizada de la aplicación de las normas demandadas.

compromiso de parte del familiar que incumplía su deber que satisfacía del derecho de los afectados, en la mayoría de casos, se reitera, menores de edad.

Así, el restablecimiento de la querrela como requisito de procedibilidad de la acción penal para este delito permite la celebración de audiencias de conciliación y, con ello, que, como lo ha dicho la Corte Constitucional, nuevamente se ofrezca a las partes *“la posibilidad de pactar en buenos términos, y en presencia del funcionario judicial, un acuerdo para el cumplimiento de la obligación alimentaria [y que] en caso de no ser fiel a los compromisos adquiridos en el documento se continuará con el trámite que corresponda”*<sup>13</sup>. Además, así *“se le da a quien tiene el deber, la oportunidad de cumplir sus obligaciones, y se garantiza de mejor manera los intereses del menor, pero se deja a aquel en libertad para que pueda trabajar y procurarle a éste lo que necesita”*<sup>14</sup> (subrayado fuera de texto).

De este modo, esta jefatura concluye que no solo se encuentra el legislador con un medio más eficiente para el cumplimiento de su deber constitucional de proteger los derechos de los niños (artículo 44 constitucional), sino también de dar cumplimiento al deber de amparar y proteger la familia como institución básica y núcleo fundamental de la sociedad (artículo 5° y 42 constitucionales), puesto que propende por maneras amistosas de solucionar los conflictos que surjan al interior de la familia, sin que se vea afectada su unidad sin necesidad y justificación grave.

Por otro lado, y al igual que se resaltó cuando se habló del delito de violencia intrafamiliar, el restablecimiento de la querrela para el delito de inasistencia alimentaria no implica una renuncia por parte del Estado a perseguir este tipo de conductas, pues en caso de que el representante legal del menor se niegue a iniciar el proceso penal aun cuando se

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C-144 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>14</sup> *Ibíd.*

configure el delito de inasistencia alimentaria, la ley en todo caso ya faculta al defensor de familia para interponerla en su nombre. Así, el ya citado artículo 71 de la ley 906 de 2004 también establece que “[e]n el delito de inasistencia alimentaria será también querellante legítimo el Defensor de Familia”.

Además de esto, la querellabilidad no impide que el trámite de la acción penal prosiga en caso de no llegar a un acuerdo conciliatorio o a que, en caso de que se incumplan con las obligaciones que constan en el acta de conciliación, se pueda iniciar un proceso ejecutivo de alimentos ante la Jurisdicción de Familia para que allí se libre mandamiento de pago a favor de los menores de edad involucrados (si es el caso) con base en lo dispuesto en los artículos 411 y siguientes del Código Civil, artículos 488, 513, 544 a 553 del Código de Procedimiento Civil y Ley 1098 del año 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia). Este mismo proceso puede iniciarse incluso antes de acudir a la acción penal para que se fije cuota alimentaria, sentencia que presta mérito ejecutivo para iniciar el proceso ejecutivo referenciado.

Aún más, no sobra agregar que en caso de incumplimiento de lo ordenado por el Juez de Familia en sentencia judicial la ley 599 de 2000 (Código Penal) además establece el tipo penal de fraude a resolución judicial, el cual se actualiza cuando una persona se sustrae, por cualquier medio, del cumplimiento de una obligación impuesta en una resolución judicial (artículo 454). Y para el jefe del ministerio público estas vías alternativas son más idóneas y efectivas para la satisfacción de los derechos de los beneficiarios del derecho de alimentos (especialmente de los menores de edad) y menos lesivas de sus derechos.

Por último, y aun cuando todas las alternativas aquí planteadas se tornen inoperantes en el caso concreto, debe señalarse que existe todavía un último recurso alternativo a la acción penal oficiosa, el cual que puede ser

interpuesto incluso por un tercero ajeno a los miembros del núcleo familiar (cuando por ejemplo son estos los sujetos activos del maltrato y el defensor de familia no interviniera para protegerlos) pero interesado en la protección de los derechos fundamentales de los niños, y el cual tiene como finalidad hacer cesar la vulneración de tales derechos, como es la acción de tutela.

En efecto, de acuerdo con el artículo 44 constitucional "*cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento [de los derechos fundamentales de los niños] y la sanción de los infractores*". Y, en desarrollo de esto, según el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente contra particulares (los padres del menor maltratado) "*cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela*" (artículo 42, numeral 9°). Lo que significa que tanto la Constitución como la ley habilitan directamente a cualquier ciudadano para intervenir por medio de esta acción en defensa de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes.

### **3.5. Conclusión**

De esta manera, la eliminación de la querrela y el desistimiento, en primer lugar, constituyen medios poco adecuados, efectivos o idóneos y, por tanto, medios desproporcionados en términos del propósito iusconstitucional perseguido de amparar y proteger a la familia y su unidad (artículos 5° y 42 constitucionales) y los derechos prevalentes de los niños (artículo 44 constitucional). Mientras que, en segundo lugar, volver al carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria no supone en forma alguna desproteger los bienes jurídicos que con estos tipos penales se pretenden proteger y mucho menos abandonar a las víctimas de esos delitos a su

suerte o a la voluntad de sus victimarios, pues como se mostró en muchos casos el defensor de familia o el agente del ministerio público puede intervenir en su defensa (artículo 71 de la ley 906 de 2004), o incluso, si esto no se diera, un tercero en todo caso podría, por ejemplo por medio de acción de tutela intervenir, actuar como agente oficioso en defensa de los derechos fundamentales de los niños.

Así las cosas, el diseño actual del delito ofrece como única solución la pena privativa de la libertad, en detrimento de los medios alternos de solución de conflictos –conciliación prejudicial– que constituyen medios más efectivos para la satisfacción de los bienes jurídicos protegidos y menos lesivos de la unidad y la intimidad de la familia y de la integridad psicológica de los menores de edad. Y supone adoptar un mecanismo poco efectivo, además, porque con el nuevo diseño se hace imposible o muy difícil la imprescindible colaboración de las víctimas en la investigación del delito, al ofrecerle como única posibilidad la de enviar a su pariente a la cárcel, sin que ello plantee una verdadera solución a su problema, lo que en últimas supone dejare el delito del que es víctima en la impunidad.

Es también un medio que se muestra no necesario, pues existen otros medios menos lesivos que son más efectivos para la protección de los bienes jurídicos protegidos. En este sentido, se sostuvo, la querellabilidad no implica una renuncia del Estado a su deber de protección y de perseguir las lesiones a los bienes jurídicos amparados por estos tipos penales, pues además de la existencia de otros tipos que sancionan la lesión de otros bienes jurídicos que se pueden ver afectados por la conducta de maltrato, como por ejemplo los delitos contra la integridad personal, la vida o la libertad sexual, el mismo Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004, artículo 71) faculta al defensor de familia o al agente del ministerio público cuando la víctima del delito de violencia intrafamiliar o inasistencia alimentaria no puede o no quiere interponer la querrela y se ve afectado gravemente. También la ley 1098 de 2006 (Código

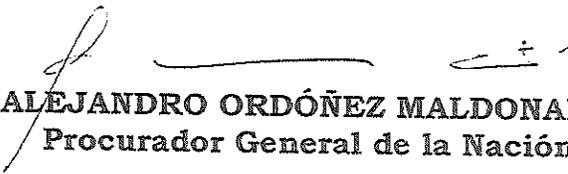
de la Infancia y la adolescencia) establece medidas de restablecimiento del derecho para los menores de edad afectados por las conductas de maltrato o por la inasistencia de sus padres. Y, finalmente, incluso la acción de tutela se presenta un medio alternativo más idóneo cuando se trata de la defensa de los derechos fundamentales de los niños afectados con las conductas de maltrato o inasistencia alimentaria.

En conclusión, el carácter oficioso que se impone a los tipos penales señalados por las normas demandadas resulta inconstitucional por ser una medida no idónea y no necesaria para lograr los fines constitucionales con ella perseguida y, además, es una medida que resulta lesiva de la unidad familiar, de su intimidad y de los derechos fundamentales de los niños, siendo esto lo que, de manera contradictoria, en realidad pretendió el legislador mediante la eliminación de la querrela y el desistimiento para los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

#### 4. Solicitud

Por las razones expuestas, el jefe del ministerio público le solicita a la Corte Constitucional que declare **INEXEQUIBLES** la expresión “*y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria*”, contenida en el artículo 1° de la ley 1542 de 2014, y el artículo 2° de esa misma ley.

De los Señores Magistrados,



**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**  
Procurador General de la Nación

ABG/JJS