

T.-D  
223



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
ESTADO SANTO DOMINGO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

DIRECTOR DE LA UNIVERSIDAD:

Dr. LUIS H. ARROYO, U.

DECANO DE LA FACULTAD:

Dr. JAMES GOMEZ OSORIO

SOCRETARIO DE LA FACULTAD:

Dr. PUEBLO MACIA JULIO MOLINA

PRESIDENTE DE TESIS:

Dr. MARTIN J. ECQUVEL

EX ALUMNOS:

Dr. ANTONIO BARDOCH A.

Dr. PEDRO D. VACASO V.

R. Alfredo Betón Vigara.

2



PROTECCION DINAL DE LA FAMILIA  
EN COLOMBIA

~~ESTE DOCUMENTO NO SE PUEDE COPIAR NI SCANNER~~

TIESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR  
EN DIFUSIÓN Y CIENCIAS POLÍTICAS, PRE-  
SENTADA POR EMILIO DR. J. VIVERO PEREZ,

**S C I B**  
00018821

- -  
\* \* \*

3

**REGLAMENTO DE LA FACULTAD**

**ARTICULO 63**



"La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en esta Tesis, tales opiniones se consideran como propias de su autor"

— —  
— • —

## INDICE

~~PROTECCION PENAL DE LA FAMILIA EN COLOMBIA.~~

### **PROTECCION PENAL DE LA FAMILIA EN COLOMBIA.**

#### **1.- LA FAMILIA**

1.1. Concepto.....

#### **2.- PROTECCION PENAL DE LA FAMILIA**

##### **TITULO XIV**

2.1. Introducción.....

2.2. Bigamia .....

2.3. Incesto .....

#### **3.- Ley 75 IX.1960**

3.1. Introducción .....

3.2. Antecedentes .....

3.2.1. Código Penal de 1.890, .....

3.2.2. Ley 63 de 1966 .....

3.2.3. Abandono y Exposición de Niños

3.2.4. Proyecto de Ley sobre Paternidad



- -  
\* \* \*

Despacho .....  
Proyecto Colifio Michoacán .....  
Proyecto Caballito Urba .....  
Proyecto Formación .....  
Artículo 27 del Decreto 1699 de 1964 ..  
Proyecto de Ley sobre Paternidad Con-  
ponencia .....  
Proyecto de los Mijatradós Fernández  
Díaz y Díaz y Díaz Domínguez .....



**3.3 DELITOS** .....  
**3.3.1 Insistencia Material**  
**3.3.2 Insistencia Formal** .....

**3.3.3 Administración procedente de**  
**bienes familiares** .....

#### **3.4 PROCEDIMIENTO**

**3.4.1. Caso** .....

**3.4.2. Competencia** .....

**3.4.3. Trámite** .....

#### **4. CONCLUSIONES**

#### **BIBLIOGRAFIA**



## INTRODUCCION

La presente tesis de grado sobre la Protección Penal de la Familia en Colombia, fue realizada para obtener el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena.

Con este estudio se pretende dar a conocer en que forma (y no solo las distintas formas con que el Estado Colombiano ha querido proteger a la familia como célula vital y primigenia de la sociedad, a través de diferentes normas penales encarnadas e dar mayores seguridad y estabilidad a esta institución.

Se analizó en una forma general, las distintas clases de delitos que tipifica el estatuto repressivo sobre la materia contemplados en el título 14, y en especial, se detuvo a analizar un poco más a fondo la Ley 70 de 1960.

En este estudio se tuvo en cuenta, tanto el aspecto jurídico de la familia como el aspecto social de la misma y sus deficiencias que se presentan al aplicar la Ley.

Este ensayo es el producto de estudios, observaciones y recopilación de datos sobre el tema mencionado, para que pueda servir en alguna forma, como fuente de información a quienes se interesan por problemas de tanta trascendencia en nuestro país como es el de la Protección de la Familia en sus diferentes aspectos.

## II.

## LA FAMILIA

I. I Concepto:

Es esta la forma primaria y natural de la comunidad social y dentro de ella el hombre nace y se desarrolla; es la célula primigenia de la sociedad humana.

La familia tiene necesidad de apoyarse en formas e instituciones superiores, de integrarse en el Estado y en la Iglesia como una célula de ambos. Pero es cierto, por otra parte que el Estado y en cierto modo la Iglesia en forma sobre la familia por cuenta de ella se derivan su fuerza de conservación que es la autoridad y el amor. El individuo no se liga al Estado sino a través de la familia; y es locura pensar que puede existir un sólido ordenamiento estatal si el ordenamiento familiar se suprime.

La familia forma y educa al individuo en los elementos fundamentales de solidaridad, altruismo, de disciplina. Por lo tanto un Estado consciente de sus fines — que tiene que ver en la familia la primera condición de

Universidad de Cartagena  
Prestada

en bienes, da su moralidad y da su fuerza; debe protegerla contra toda tentativa de disolución y segundas su elevación moral y su crecimiento.

La familia tiene raíces en el matrimonio. El matrimonio es según las leyes de la moral, de la religión y de nuestra civilización tiene dos características esenciales, que son la UNIDAD y la EXCLUSIVIDAD.

### LA UNIDAD

Que según la Real Academia de la Lengua, es simple y no divisible matrimonio.

### EXCLUSIVIDAD

Lo que no puede disolverse o deshacerse. Llamado indisoluble al matrimonio contraído interfidios porque es un lazo sagrado, que ya no puede desatarse.

MALVOLACION: Es la aprobación o la elevación de bienes ajenos con propósito propio o de otros.

MALVACCIÓN: Es la disposición o la destrucción, más parcial del patrimonio ajeno. Se puede universal o disipar todo lo que se ha hecho ajeno.

La familia y el matrimonio son los bases ineliminables de la vida moral de la sociedad y del individuo. Quién atenta contra estos principios, socava los elementos de la sociedad y del Estado, desvirtúa al hombre y los da muerte a sus más valiosas aspiraciones.

## 2. PROTECCION PENAL DE LA FAMILIA TITULO XIV

### 2.1. Introducción:

Nuestro Derecho Penal se conforma a estos ideales. La Ley Penal respeta el matrimonio monogámico en su unidad e indisolubilidad al castigar la bigamia y compara su moralidad al castigar el incesto y tutela, además, fuera de la sociedad conyugal, la sociedad familiar al reprimir toda omisión a las obligaciones legales de adhesión moral o de congrua sustentación laborante en la patria potestad, paternidad natural o la calidad de hija o de cónyuge.

El código vigente, con sabio criterio y basándose en otra categoría súbdita que separa los delitos contra la familia.

(11)

## 2.2 Matrimonio

La bigamia es un delito ligado a la concepción monogámica del matrimonio. El artículo 308 del Código Procesal extiende por esa lo siguiente: "El que estando ligado por un matrimonio válido contraiga otro, y el que siendo libre contraiga matrimonio con una persona válidamente casada a sabiendas de la existencia de tal vínculo, esté sujeto a la pena de solo meses a dos años de prisión."

El motivo de esta sanción está contra el IUS COMMUNAL, es decir, contra el ordenamiento jurídico matrimonial instituido por el Estado sobre los basos de la monogamia. Cuando el matrimonio es monogámico, no puede dejarse pasar sin sancionar la celebración de un segundo matrimonio salvo rebatirlo existente el primero. Y la sanción a causa de



de la alarma que suscita ese hecho lesivo del orden público, tiene que ser penal y no puede dejarse al arbitrio del agravante.

#### 2.3 Intento

El delito de tentativa, lo contempla el artículo 357 del Código Penal que a la letra dice: "El que tenga acceso carnal o ejerza otros oficios sexuales con un decapamiento o acceso directa, aun ilegítimos, o con un asilo en línea directa, o con un hermano o hermana, estará sujeto a la pena de prisión por seis meses a cuatro años."

La agravación de este delito es justificada fuera de los artículos eugenésicos que prohíben en interés de la raza, los matrimonios entre consanguíneos por la repugnancia moral que suscitan las uniones sexuales entre personas ligadas

por vínculos de sangre. Este sentimiento de reproche y pesares decis de horror, se remonta hasta la constitución de la familia y es tan profundo e invencible que el incesto es castigado en sí mismo, y por sí mismo sin tener en cuenta el efecto del escándalo público.

Hay llagas de la vida social que tienen que ser curadas con hierro y fuego, sin falsas piedad ni peligrosas hipocrisías; de esta forma se pone en claro, oscuros deprivaciones que nadie conocía y que deben ser castigadas en orden de defender la moral familiar.

Los anteriores entidades jurídicas son consideradas como las que protegen en forma directa la Institución de la familia. El Estado Colombiano en aras de darle una mayor estabilidad y seguridad a esta célula vital, y viéndolo que el

ordenamiento vigente no era lo suficientemente eficaz pa-  
ra sancionar aquellas conductas delictivas que afectan con-  
tra la buena imagen de este organismo, promulgó la Ley 73  
de 1963 controvertida por crudos con el fin de ilustrar el e-  
fecto que habría dejado el legislador en el estatuto repre-  
sivo sobre la materia.

(15)

8

## LEY 75 DE 1.968

3.

### 3. 1 Introducción:

Por demandada y controvertida que es esta ley nos dedicaremos a examinarla un poco más a fondo con el fin de apreciar el alcance jurídico, social y político de la misma.

22.

Para nuestro estudio es conveniente establecer sus antecedentes, estructura, procedimiento o mecanismo para hacerla efectiva, con el fin de tener un concepto claro de lo que representa para la sociedad y en especial a la familia.

### 3. 2 Antecedentes:

La institución de la familia a través de nuestra historia jurídica, se le ha dado importancia de acuerdo a las condiciones de la época y se así como vienen a relacionar y

analizar algunos aspectos de la ley que han regulado este  
materio en el código penal.

### 3.2. 1. Código Penal de 1.920:

En dicho código aparecen plasmadas algunas normas que pro-  
tegían la integridad física y moral de los hijos de familia. • Lo  
mismo que regulaban la estabilidad familiar al contemplar los  
delitos como el abandono y el maltrato. Todo esto se encontraba  
en el capítulo II título primero. Como se puede apreciar se  
componía a proteger la familia familiar con algunas disposicio-  
nes que en parte procuraban dar orden y seguridad a esta ins-  
titución.

### 3.2. 2. Ley 13 de 1.945.

Tal estatuto mejor conocido como Ley Orgánica de la Defensa-  
del niño se preocupa de la tutela, protección y tratamiento de-

los menores de 18 años que realicen alguna infracción penal o que se hallen en estado de abandono o de peligro.....moral o ético (art. 1o.)

Este tratamiento especial se desarrolla a través de particulares funcionarios (jueces del menor, médicos, sigillistas, promotores, curadores); de un procedimiento que guarda frente al delito del menor, en que en otras cosas se prohíbe detenerlo en un establecimiento carcelario común, lo mismo que la divulgación por cualquier vía informativa de noticias que impliquen su identificación, de un régimen procesamental especial para el trámite de menores en estado de abandono o peligro de normas orientadas a garantizar el



(18)

11

suministro de alimentos a los menores necesitados y  
de dispositivos que hacen posible la investigación  
de la paternidad natural.

#### ABANDONO Y EXPOSICIÓN DE NIÑOS

2. 3. 4

Al igual que la mayoría de los códigos latinoamericanos  
el colombiano ubica estos delitos entre los que atentan  
contra la vida y la integridad personal. En otras legi-  
islaciones se tiene como delito contra la familia, en otras  
como delito contra el orden civil de las personas.

Estas disposiciones, hasta comprobables por cierto, se re-  
fieren a dicho delito. Son los artículos 359 y 396 quo  
dicunt:

Artículo 393. "Si que abandonare o expusiere un niño recién nacido, no inscrito todavía en los registros del estado civil, estará sujeto a prisión de uno a tres años.

"Si tal cosa se hiciere para salvar el honor propio o de su madre, mujer descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción se reducirá a la mitad".

Artículo 396. "Si del abandono o exposición resultare la muerte del niño, la sanción será de uno a seis años de prisión".

**SUJETO ACTIVO.** - En nuestro derecho, agente del abandono y exposición de niños puede ser, a nuestro juicio, cualquier persona. La ley no exige condiciones particulares.

lareas en el responsable. Lo lógico y natural es que sean tales sanciones jurídicas impuestas por la ley o dependientes de actos de la voluntad entre el sujeto activo y el niño víctima, en virtud de los cuales se daba el abandono o expósito voluntaria y cuidado; pero un tercero, ajeno en su todo a esas debidas legales de protección, puede también incurrir en el delito, bien como autor material en connivencia y complicidad con la persona ligada al niño, o con él el consentimiento de ella, en decir, bastando que lo hubiere tenido fielmente en su poder, bastando que lo hubiere tenido fielmente en su poder. Muchas legislaciones contemplan como causal de agravación el pernicioso en grado próximo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, de donde se desprende que no es necesario

o elemento sociológico del delito, el caso familiar. Los comentaristas de nuestra ley penal, si no todos la gran mayoría, sostienen que, para que haya abandono y expulsión, debe haber extra pascado y ofendido en vínculo jurídico que imponga al agente la obligación de guarda y custodia al menor. Sin embargo, creemos que cualquiera puede ser tutor del delito en cuestión, pues la ley no dice que el agente tenga la obligación de mantener o cuidar al niño, exigencia que sí se hace de modo expreso en otras legislaciones.

**SUSCITO PASIVO.** - De acuerdo con el Art. 393, efecto de esta infracción solo puede ser un niño recién nacido, no inscrito aún en los registros del estado civil. No fijo

la ley los alcances de la expresión "recién nacido", los redactores del Código se limitaron a decir que podría ser "bebés de un mes o más". El juez debe decidir si el expósito o abandonado ya puede considerarse como recién nacido. Esas consideraciones o calidades con las que hacen más criticable la expulsión que se comete, pues se restringe demasiado el hecho ilícito. Concretamente se le pondrán cerradas las siguientes fachadas:

I.e.) La gran mayoría de las legislaciones, al mencionar el abandono de personas, excluyen a aquellas situaciones del niño durante todo aquel tiempo en que se lo puede considerar imposibilitado para vivir por sus propios medios o al menos para solicitar auxilio, y fijan, en



23

conocimiento, edades que fluctúan entre los 7 y los 12 años, no exigiendo de otra parte, como en suerte la ley, el requisito de la no inscripción en el registro civil.

2a) Tratándose de una infracción contra la persona (especialmente contra la vida y la integridad corporal), nada tiene que ver con la circunstancia de que el niño haya sido inscrito en los libros del estado civil, pues el peligro de la persona en cuyo se modifica o磨que por ese hecho. Dicha inscripción no convierte entre no natos, según el art. 395, en una verdadera patente de impunidad, puesto que si el niño ya ha sido registrado su abandono o exposición sigilante no constituiría exactamente en los términos de aquella absurdísima disposición.

La existencia de la falsocripción se justifica si se trata de un delito contra el estado civil, y se explica cuando no obra por el móvil de honor en el caso del inc. 2o. del art. 393.

2o.) El delito imprudente, igualmente el abandono de otra clase de personas que sin ser niños se hallaren incapacitados para valerse por sí mismos por motivos de enfermedad, desgracia, inválidez, etc. ya a quienes se deba por la ley asistencia y cuidado. Así lo prevén la gran mayoría de los códigos extranjeros.

Es oportuno advertir que la Ley 75 de 1968, sobre filiación y creación del Instituto de Bienestar Familiar, impropriamente

te denominado de "la paternidad responsable, cuando  
con su acto y en la medida en que se verifica, sin justa causa,  
a las obligaciones legales de asistencia moral o alimenta-  
aria debida a sus nacimientos, heredados, hijos adopti-  
tivos o consanguíneos.

4a.) El autorizado, debió incluirlo en este capítulo --  
cuya designación ha debido ser más general, por ej) -  
Abandono de personas + la no prestación de ayuda urgente  
y necesaria a quien se encuentra en circunstancias de  
peligro, herido o abandonado. De muchas legislaciones  
se considera esa conducta criminosa y rovina de los  
intereses morales y sociales como delictiva. Así ocurre en los  
códigos cubano, costarricense, boliviano, brasileño y ar-  
gentino.

El profesor DANTÉNTEZ RESTAÑO inicia sus comentarios al capítulo sobre abandono y exposición de niños con severa y justa crítica así:

"Se contempla en este capítulo únicamente el caso del abandono o exposición de un niño recién nacido. Ni se dice en él del abandono de la familia, ni del abandono de varones o de personas impossibilitadas para velarlos a él mismo o defenderos de cualquier peligro. De esta forma, una serie de hechos de especial gravedad, y que dan prueba sobradísima de la inconscientud de algunas personas, violaron a querer sin lo menor temor penal.

"El Código Penal de 1890 no se contentó con bajar del abandono o expulsión de niños, pues consideró como delitos específicos, el abandono de los enfermos por parte de los médicos, enfermeras o personas encargadas de atenderlos, el abandono de los niños menores de siete años, el de los jóvenes mayores de siete años y el que cometan los entendedores de caminos y ríos, al dejar a sus vecinos y dejártelos abandonados. Todo cuidado debe proteger a los demás, en aquellos casos en que es posible prestarlo. Así, quien encuentra a un herido, que no puede valerse en forma alguna, debe prestarle la protección necesaria para que sea curado. Quien encuentra a un niño, que se ha perdido, debe procurar de co-

para los medios indispensables para que ese niño sea rescatado por las autoridades de policía. Otro adelante la presencia de un anciano, que no puede valerse por sus propias fuerzas y que ha de parecer por el acompañamiento que se encuentra, debe prestar lo su apoyo para que sea recibido por las entidades asistenciales encargadas de salvatio. En una palabra el hombre que vive en sociedad debe ser solidario con los sufrientes de sus semejantes, el gozoso que Giso, a su vez, le prestan apoyo cuando él lo requiera.

"Pero esta obligación de protección y auxilio es

de cumplimiento incluyible para aquellas personas a quienes la ley estima ha impuesto el deber de velar por otras. Así, los cónyuges, por el hecho del matrimonio, contraen ciertos deberes que deben cumplir pues de lo contrario se colocan en franca contradicción con las normas jurídicas protegidas. Dice el artículo 113 del C. C. que por el matrimonio los cónyuges se obligan a "mutua扶助扶助". De la misma manera, los artículos 176 y 179 repiten ese principio, conforme al cual los esposos deben "socorrerse y ayudar" el mutuamente en todas las circunstancias de la vida. La violación de estos deberes de cástigada mutuo no ha sido considerado por la ley penal colombiana como

Indracción, al revés de lo que ocurrió en otras legislaciones, como la de Italia, Inglaterra, Brasil, Alemania, Francia, Turquía, etc.

#### **TUMULUS ALIMENTACIÓN, ABANDONO Y DROGAS**

CONOCIMOS concurso estrictamente las disposiciones del Código Penal Colombiano sobre abandono y exposición de niños. El último de los mencionados se apresura en este tema:

"Pocas veces fué tan poca afortunada en efecto la legislación como al reglamentar la materia relativa al abandono y la exposición de niños, de que tratan los dispuestos que van a estudiaros.



"Lo primero que se observa a este respecto es -  
que el legislador colombiano estructura tales delitos me-  
diante la concurrencia de elementos constitutivos que no  
tienen antecedente ni coherencia alguna en la doctrina -  
ni en las legislaciones modernas, nacionales o extranjeras,  
ni responden a ningún rango de orden técnico ni guardan re-  
lación con el bien jurídico que trate de tutelarse mediante la  
incriminación. Pues, como se verá luego, dichos delitos son  
ubícuos entre los que atentan a la vida y la integridad per-  
sonal; pero del examen de sus preocupaciones resulta claro -  
que ellos extienden una forma típica de lesionar el derecho al  
estado civil.

Para los fines de la penalidad el Código exige

en el abandono o la expulsión de niños, lo cual, es -  
un manifiesto error; poca talos hechos con da gravedad  
tan desñilico, que mientras todos los tratadistas y le -  
gisladores acuerdan el principio el castigo de delito, -  
con mucha less que se lo niegan al segundo, y la mayo -  
ría de galanes ven en este un hecho criminal, exceptu -  
eón embargo, que de asociarse solo con penas considera -  
blemente menores que las establecidas para el abandono.

"Tampoco procedió con acierto el legislador si -  
fijar las escalas penales para estos delitos, pues estable -  
ce un delito tan grave como el abandono de un niño - que  
además de entrañar un peligro concreto para la vida y -  
la salud de la víctima, a la fin de nuestro punto legal am

ofrece un atentado contra el estado civil - con prisión de uno a tres años; mientras que la expulsión del estado civil mediante la simple ocultación de la criatura - daña que ataca directamente este último derecho sin creando riesgos para la vida ni la integridad personal - es castigada con pena mayor privación de uno a cinco años - por el art. 360.

"La ley milocitiana, por último, al establecer sanciones dolosamente para el que abandona o expulsa "un niño recién nacido no inscrito todavía en los registros del estado civil", deja impunes hechos tan graves como estos el abandono y la expulsión de un recién nacido ya inscrito en los registros del estado civil; si éste un niño no nacido, que se encuentra o no inscrito, y si éste persona nacida,

mayores que por razones de su avanzada edad u otros  
causes análogos no pueden proveer a su propia subs-  
istencia. Todos estos hechos, pésimos, en cuestión  
otrofois abandono, por la casi totalidad de las legi-  
islaciones modernas, constituyen verdaderos delitos  
contra la vida y la integridad personal, y a pesar de  
que con estos los bienes jurídicos que nuestro legi-  
lador considera tutelar, los ha dejado en la impunidad.

PROBLEMA DEL COLEADERO/- El delito a coleadero se puede  
cometer por abandono o por expulsión. El delito abandono  
ocurre si deja desamparado al niño en cualquier sitio,  
con indiferencia por su suerte. Hay expulsión cuando -

se deje al niño en un lugar público concurrido: puerta de hospicio, plaza pública, iglesia, seguido de una residencia, etc., con la esperanza fundada de que sea recogido, socorrido y auxiliado. En la exposición el peligro para la criatura es mucho mayor que en el abandono, en ella el atentado es más bien contra la familia o el estado civil que contra la vida o la integridad corporal del supuesto.

El abandono puede cometarse, desde el punto de vista material, por acción o por omisión, esto es, - por alejamiento de la víctima del ámbito de custodia, o por alejamiento del sujeto activo del lugar de protección. La exposición en cambio, supone siempre una conducta-

activa, una acción material de trastorno del niño o un  
abandono económico.

**ELEMENTO SUBJETIVO.** - Este delito es doloso, y el  
dolo consiste en la voluntad consciente de abandonar al  
menor, es decir, de hacer dejación de los deberes de  
atención y vigilancia que con él se tienen. Tratándose  
de furtos o el dolo consiste en la intención de sustraer  
al niño de la esfera de protección familiar y en la inten-  
tividad de surtirlo en abandono material. Si la intención  
del agente es distinta, por ejemplo, si obra con propósi-  
to homicida, vallándose para consumar el diseño del-  
truido de abandono, se presenta entonces una figura cri-  
minosa distinta, cual es el homicidio, consumado o no.

caso tratado según las circunstancias, y en la depo-  
ción de alquiler o de fáctitidio do acuerdo con los  
cribillas.

**NATURALEZA DE LA ENTRAMADA.** - El abandono  
de niños es delito de peligro (para la vida o salud del  
mismo). Dicho para su perfeccionamiento que se realice  
la acción prevista en la ley, aunque de ello no resulte da-  
ño material para la criatura.

**CAUSAL DE ALQUIMACION.** - La pena establecida  
para el delito en cuestión se mantiene condonablemente  
cuando el hecho no consiste para ocultar la deshonra de la  
madre, pascilla malena, por su hijo, enyoga, accidente  
padre adoptivo o batinaco (art. 303, inc. 3o.)



Cuando se procede por delito de honor se explica-  
ble que el abandono o expulsión sea un hecho sucedido,  
no inscrito en el registro del estado civil, pero en  
lo cualquiera probablemente se habrá divulgado el  
delito.

Dobrá atenerse también la infracción cuando  
se realiza por situación de grave desamparo.

**CAUSAS DE AGRAVACION.** El artículo 396 con-  
sigue como circunstancia calificadora de gravedad del  
delito la muerte del dife. como consecuencia del aban-  
deo o de la expulsión. Debido prever también la ley, como  
otro del agravante, el grave daño a la salud o a la integri-  
dad del abandonado, como se hace en otros códigos forá-

mas. La razón de esto es la agresión, en caso de muerte, tiene explícitamente el carácter del delito privado y punitivo.

Como el artículo 396 establece una pena única de uno a seis años de prisión para el caso de que se produzca la muerte del abandonado, y no hace distinción según el motivo determinante, han defendido de allí algunas comentaristas, entre ellos L. JINDIU, que en tal evento, el motivo de hacer no atañe la conducta del responsable. Un novedoso concepto eseinterpretación es inaceptable, pues el resultado muerto no puede hacer desaparecer la importancia del motivo determinante y su relevancia jurídica, cuyo efecto es la distinción

do la sanción en la medida establecida en el inciso  
2º, del art. 395. Claro es que la sanción no obso-  
tagra en el cuarto segundo del artículo 395, lo que --  
hace pensar a primera vista que solos se refiere al ca- --  
so del inciso lo. de tal dispositivo. Pero más parece --  
que se tratará de un error de tipografía en la redigien-  
ción o ubicación de la sanción, para la cual ha debido  
cuestionarse al artículo aparte, como se hizo en el dictamen  
de abajo, comprobando si efectivamente a través de todos sus  
posibles resultados. De otra parte, hay que tener en  
cuenta que el inciso 2º, del art. 395 no cambia, al fijar  
la reducción de la pena, a la sanción del inciso lo. de  
esa norma, algo que dice: "la sanción se reducirá a lo-

citad". Y cuál es la opción que se reduce? - Creemos que bien puede tratarse de la del inciso lo. del artículo 303 o de la del artículo 390, según que del abandono se siga o no la muerte. La ley lo que quiso fijar es - estimando al motivo del honor, como lo habría hecho anteriormente al tratar del homicidio y del aborto. - Ineludible, no puede olvidarse que toda duda en la interpretación de la ley debe resolverse en favor del reo, tal como lo manda la ley 163 de 1937.

#### CONCURREN EL HOMICIDIO Y EL ABANDONO?

Si el sujeto de la gesta ha sido causa de la muerte del fértil, recogiendo como medio el abandono - dice CUTIJO TOLEDO ANCOLA - se trata de dos dolos: homicidio y -

eléctrico. A través tanto de ver que el resultado del problema es errado. Lo que como no puede haber otro caso que el de homicidio ejecutado o tentado en solo que se produce a la muerte del niño, cuya ejecución específica será la de asesinato o latrocidio atendiendo a los motivos y circunstancias del hecho.

Si existe a un delito homicidio, el abandono crimen del sujeto autor no posee de ser un simple medio ejecutivo del homicidio, y como tal se incorpora al delito de la misma manera que ocurre con las lesiones personales realizadas para matar.



S. B. S. Proyecto de ley sobre Paternidad Reconocible

Esta preocupación general orientada a proteger la institución familiar en su arduo desarrollo y en la seguridad de sus integrantes y particularmente de los hijos de los cónyuges, se ha hecho visible a través de publicaciones, ensayos y proyectos de ley presentados por conocidos juristas. Nos referimos a los más destacados.

PROYECTO GAITAN MARCIAL

Bajo el título de abandono de familia como conducto antijurídico y necesidad de tipificación como delito en Colombia, el profesor y tratadista Gerardo Gaitán Macías publicó hacia 1996 un interesante ensayo sobre



44

cota materia, mencionado particularmente en la necesidad de sacrificar pecunialmente la condicione de quienes violan las obligaciones agenes a su condicione de padres, oyentes o hijos, señala el ilustre jurista que, "el conyuge que no disfruta de bienes propios y los hijos que por incapacidad de cualquier orden, no pueden atender a su propio y adecuada subsistencia, tienen el derecho de ser protegidos por quienes tienen esa obligacion, impuesta por la ley y por la razon natural.

Y se aplicara un criterio bastante positivista, la sociedad debe protegerse de los innumerables males que del abandono familiar necessariamente surgen, tales como la deficiente cultura de los hijos en desatención, el peligro de una forma

cido moral con dirigida y todas las circunstancias que  
puedan en suerte determinar alteración de enteabilidad  
de los componentes del grupo familiar abandonado". (1)

Sólo igualmente el profesor Celso Malloza la conve-  
niente de que está ilícito quedo ubicado entre aquello-  
que abusan contra la institución familiar y para defender  
tal planteamiento recorre los argumentos curiosos -  
sobre si contenido de los delitos" contra los derechos de  
familia".

También agrega el citado autor "no obstante las privaciones  
legales que comienzan hemos señalado, es lo cierto que  
el número de familias pascamente abandonadas por quienes-

dicha obligación de protegerlos es cada vez más onerosa y que la simple intervención del magisterio civil es impotente para evitar el doloroso y criminal atentado. De ahí la urgencia de crear una reglamentación de carácter penal que ponga fin a los desmanes de todos padres y madres de familia que peinan con su conducta social en peligro la vida y la moral de los hijos ". (2) -  
-  
- 1-3 Bernardo Gaitán Llabach. "El abandono de la mitad como conducta Antisocial y necesidad de tipificación como delito en Colombia.

#### PROYECTO DE LEY

Creando la legislación de la conveniencia de un estatuto jurídico penal que se ocupase de proteger la integridad física

sica y moral de los miembros de la institución familiar, por el profesor César Libedán en el ensayo y proyecto legislativo a que hemos hecho referencia en el aparte anterior, otro profesor universitario y senador de la República el Doctor Ceballos Uribe elaboró un proyecto similar y lo presentó al Parlamento de el año de 1930. La iniciativa encontró muy buena acogida en los círculos legislativos a tal punto que el 6 de Diciembre del mismo año fué aprobada por unanimidad en la Comisión primastra constitucional del Senado.

Infortunadamente el proyecto se siguió su curso ordinario y se perdió en el trámite de la escuela parlamentaria, favorecido por la escasa y dudosa urgencia de los proyectos legislativos.

Dos años después en septiembre de 1960, el profesor Coballos Uribe volvió a presentar ante el Senado de la República el mencionado estatuto; allí fue inscrito "como proyecto de Ley No. 66 sobre el abandono de la familia".

#### PROYECTO DE LEY

El 20 de agosto de 1963, la representación formalista a la Honorable Cámara de Representantes presentó el proyecto de Ley No. 213 "sobre el abandono de la familia". Su contenido es sustancialmente idéntico al del profesor Coballos Uribe.

#### ARTICULO 27 DEL DECRETO 1699 DE 1964

Dentro de las llamadas conductas antisociales previstas

por este Decreto aparece la de abandono de familia de conformidad con la cual " el que sin justa causa, dejando asistencia económica e moral a personas a quienes esté obligado a prestarla, incurirá en arresto de 6 a 2 años ".

De esta forma el Gobierno Nacional recogió el oficio tantas veces frustrado de fortificar la insistencia familiar, solo que no a través de la carna figura del delito sino por medio de la ambigua denunciación de conducta antisocial.

El comportamiento típico allí descrito se refiere no solo a la falta de asistencia económica sino a la de conducta moral respecto de la primera era suficiente la referencia



50

Del artículo 411 del Código Civil en cuanto se indica las personas a quienes se debe tal asistencia. Pero en relación con la segunda sufrieron muy graves complicaciones para desentrañar su verdadero alcance ya que el Artículo ve flaqueando ligeramente al concepto.

A este vacío se refirió críticamente el profesor Cuatrecasas Ansola en los siguientes términos: "De tan difusa la gama de acciones que pueden implicar violencia en el orden moral que, sobre esa base, la norma puede llegar a convertirse en impotente. Pienso en lo que es la vida contractual en los tiempos actuales, los muchos problemas que han sufrido principalmente por razón de la autonomía que se ha considerado

también a la mujer durante la vida matrimonial, no sólo en el aspecto de las prestaciones económicas de éste, sino en cuenta potencial atribuida a ella, como en su participación en diferentes actividades de la vida social, educación y aún en la política, en los cuales el parentamiento adquirido tienen modalidades de diversidad que, en muchos casos, perdieron tomadas como formas de insatisfacción, cuando los estímulos, por ejemplo difieren en opiniones fundamentales sobre la manera de llevar la vida matrimonial, de dirigir, educar y criar los hijos, conforme a las ideas modernas, cuyos errores autoritarios y autoritarios que constituyen uno de los aspectos más difíciles de tratar en la problemática del matrimonio. (Caso de familia

para juzgar a los hombres y las mujeres dentro de ese  
marco legal y moralidad en los conceptos morales y  
sociales que son pertinentes a la vida coxyugal?. Que  
juez estará en capacidad de afirmar que hay inconsistencia  
de parte del exyuge o de la coxyuge, cuando por  
ejemplo ambas acatan el concepto, la individualidad o la  
autoridad para imponer determinados principios de con-  
ducta sólo por desacuerdo en la medida de aprehensión?.  
Podría decirse que por ello ha habido inconsistencia moral  
desde uno sobre el otro o sobre los hijos? y, además, la  
dificultad momentánea por no haberse establecido que la denuncia  
por este motivo es de los que implican acción privada  
y querella de parte, si no que son de conocimiento de las  
autoridades por vía de acción pública sin requisito previo.

como el de la denuncia particular de quién se considere  
agraviado o afectado de conformidad por lo dispuesto -  
es la no comprensible. El poder aplicar el Artículo dentro  
del cual se traeería el concepto de incumplencia rural -  
fronte a cada caso particular, resultaría para los jueces  
un tremendo problema de inadmisibles actuaciones que ha-  
zían evidente la excesiva intención que se tuvo al formu-  
lar el texto, y de lo cual deducimos la impotencia del mis-  
mo con la dificultad evidente de posibles arbitrariedades -  
provenientes de la complejidad de opiniones que en catego-  
rías delicadas se producen de hombre a hombre.<sup>a</sup> (3)

Estos problemas de interpretación unidos al muy grave de  
la perjudicialidad de la acción civil de alimentos y de la-  
eventual o real inconstitucionalidad del precepto basado



54

en el organismo de una expuesta "prisión por dudoso"

dificultaron visiblemente su aplicación e hicieron ver

la necesidad de un estatuto de mayor amplitud y mejor

elaboración. - 3. - Gutiérrez Anzola

A partir de entonces el propio gobierno tomó la iniciativa en la búsqueda de fórmulas legales que no solamente se ocuparan del específico problema penal del abandono de familia sino de todos aquellos aspectos que garantizasen el fortalecimiento de los vínculos entre los miembros de la institución familiar.

#### PROYECTO DE LEY SOBRE PATERNIDAD RECONOCIBLE

El 23 de Octubre de 1967 el Gobierno Nacional presentó a

la consideración del Congreso un proyecto de ley por el cual "se modifiquen y adicionen las leyes 45 de 1936, 83 de 1946 y otras disposiciones legales sobre natalidad; se crea el Instituto de Bienestar Familiar; se organiza la campaña de protección a la madre y al niño y se dictan otras disposiciones". Ese proyecto de ley ha sido conocido con el nombre de "Paternidad Responsable", tal vez porque su finalidad más importante es la de lograr en los padres una clara conciencia de su responsabilidad frente a sus hijos y en general frente a los miembros del grupo familiar.

El capítulo segundo del mencionado proyecto recoge la preocupación constantemente reiterada en el seno del Partido

mento, de sanciones penalmente clínicas conductas que lesionen la integridad biológica y moral de los integrantes de la institución familiar.

De la exposición de motivos del Gobierno consideró que su propósito era "fortalecer la unidad y amplitud familiar y de lograr una paternidad realmente responsable que no se logrará plenamente sin la creación de ciertas figuras parentales cuyo poder intimidativo y preventivo, ejerce salvable influencia sobre los desviaciones de la norma.

"La coerción estiológica que la amenza de la sanción penal implica para los coacordados y la certeza que a la conducta normativamente descripta se requeriría el ejercicio de la potestad punitiva del estado constituyente poderoso e franco inhibitorio para los potenciales infractores del precepto.

"Las conductas que el Gobierno ha considerado indepen-  
diente elevar a la categoría de delitos en cuanto lesiona-  
n el bien jurídico de la estabilidad familiar, en la medida  
en que se daña de provecho la estabilidad física y moral  
y económica de las personas a quienes se está en la obliga-  
ción legal de prestarla (padres, madre, hijo, hermano),  
la insatisfacción económica respecto de la mujer que se ha-  
ya puesto en cuestión de orberazo y la malversación o dilu-  
pidación de los bienes que se administran en ejercicio de  
la patria potestad, total o curatal.

"La primera figura tiende a descubrir más desordenadamente  
y conscientemente la provisión legislativa plasmada en el artí-  
culo 27 del Decreto 1699 de 1964 quedando de paso la om-

Misma calidad de conducta antisocial para doble categoría jurídica de delito. El concepto de insostenible moral, que podría aparecer visto e invertido se adiere al referirse a la explicación que da el bien el legislador en los artículos 42 y 43 de la ley 03 de 1946. La distinción que se hace entre sostenibilidad congrua y necesaria tiene su fundamento en la que consagra nuestra legislación civil.

"Respecto de lo segundo mencionado típicos, la razón de su ilicitud radica en la manifestada antisocialidad del comportamiento de quien habiendo puesto en estado de gravedad a una mujer - cualquiera sea los antecedentes de hecho, la edad, y el estado civil de la mujer - resulte asumir las consecuencias económicas de que esta situación se derive. El específico

nacional de la mujer embarazada cuyo entorno la coloca en precarias y en veces miserables condiciones económicas al de los abortos, abandono y expulsión de niños e incluso al de los abandonados y dentro la cotidianidad creciente de la infancia abandonada, todos ellos problemas de innombrada gravedad que en buena parte tiene la génesis comunitaria de un acontecimiento irreparable, justificando plenamente la creación de la figura y la presencia del inciso que prevee un aumento de pena".

PROYECTO DE LOS MAGISTERIOS FERNANDO DOTTING Y BARRERA DÍAZ GARCÍA.

Durante las discusiones del capítulo segundo del proyecto de ley sobre "PATERNIDAD RESPONSABLE", tuvo en el seno de la comisión primera Constitucional del Escudo Social este acuerdo a una subcomisión, la que a su vez trajo como



de una nueva redacción del mismo a los honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Doctores Dr. Cuarto Cetáñez Botero y Lomberto Daz Roca Domínguez, quienes aplicaron considerablemente el estatuto inicial con normas sobre exención de responsabilidad, circunstancias de mayor y menor peligrosidad y procedimiento.

#### RECLAMOS:

El artículo 40 de la Ley 75 de 1968 dispone: "Quien se oponga sin justa causa a las obligaciones legales de asistencia moral o alimenticia establecidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o al cónyuge, aún si divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de mil a diez mil mil pesos."

**PARA GRATO:** "La acción penal sólo recaerá sobre el pariente formidatamente obligado, cuando no se trate de ascendencia o descendencia legítima. Hay fata de consistencia legal cuando se incumplan voluntariamente las obligaciones de auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole y especialmente en los casos previstos por los artículos 42 y 43 de la Ley 33 de 1946, si el acto de abandono o peligro proviene de actos u omisiones de la persona obligada.

Cuando el sujeto pasivo dice ser hijo natural debe demostrar previamente esa calidad".

La norma que acabamos de transcribir contempla dos modalidades delictivas: La de inconsistencia material y la de inconsistencia moral, que a continuación analizaremos.

### 3. 3. 1. INVESTIGACION MATERIAL

El artículo 40 establece que el acto debe ser jurídico (este condicione porque el agente debe tener la calidad de escudero, desconfiado, bromoso, oceyoso, respecto del sujeto punto); la ausencia de uno de estos condiciona hace imposible el delito.

Lo expuesto de esta forma en relación con quienes pueden ser sujetos activos del delito obedece al hecho de que el legislador quiso hacer de ella un precepto de cultura que permitiera la creando conciencia en la ciudadanía de la importancia de sus obligaciones de asistencia mutua en el seno del hogar y a la circunstancia de que bien pueden darse casos dramáticos de inconvenencia económica entre esposos entre hermanos, entre nietos y abuelos o entre hijos adoptivos o padres adoptantes, cuya final-

tul quedaría excluido si se hubiese considerado restringir a los padres y cónyuges la calidad de sujetos activos del delito creado.

Culso pose el Estado fortalecer la organización económica de la familia y las laces étnicos entre sus integrantes por medio de una disposición legal que armoniza con la aplicación de sanciones privativas de la libertad y penas nacines como instrumento correctivo y el propio tiempo educativo de restructuración familiar.

En el delito que nos ocupa la conducta consistente en sustraer sin su justa causa a las obligaciones legales de asistencia alimentaria debida a las personas a que la norma se refiere.

El verbo *reclutar* está haciendo referencia a una conducta主动性, vale decir, a un dejar de hacer cuando el agente está en la obligación de realizar un determinado comportamiento, que en esta hipótesis es el de sostener económicamente a las personas a que la potra se refiere.

Las obligaciones cuyo incumplimiento genera el delito son las llamadas alimentarias, que comprenden no solo la comida, sino el alojamiento, el vestuario, los servicios médicos y para los menores de 31 años la educación primaria y la de uno profesión u oficio.

Lo que respecta a la legalidad de las obligaciones el artículo 411 del Código Civil establece causas con las personas a las que se deben alimentar.

No obstante el legislador penal consideró que la violación de las obligaciones alimentarias solo debían constituir delito frente a los ascendientes legítimos o naturales a los descendientes familiares, su posterioridad legítima y nacimientos naturales o los hermanos legítimos a los padres adoptivos o hijos adoptados.

En todo caso la acción penal solo puede dirigirse contra la persona que tiene la ~~imediatas~~ obligación de proporcionar alimentos al querellante en los términos establecidos para el Código Civil, ya sea legítimo o natural en el parentesco que los une.

La obligación alimentaria existe respecto del cónyuge desde la fecha del matrimonio, respecto de los hijos naturales a partir de su nacimiento e inmediatamente el período de gestación.



66

Si en el curso del mismo se destaca favorablemente el proceso investigativo de la paternidad, desde el momento de la concepción si es éste de hijos legítimos y respecto de los demás establecerá cuando se encuentra en su situación que sugiere su constitución. Entre estos supuestos de hecho, si jamás reconocerá la autoridad de la obligación y negará la alianza.

El decreto reglamentario de la ley establece que la iniciación de la acción penal por el dolo de transmisión conocida no requiere previa denuncia de alianza.

Así pues figura en la medida en que el incumplimiento de las prestaciones alianzáticas no tienen causa alguna que lo justifique y dichas causas son las siguientes:

La extinción de la obligación alimentaria se plantea en tres casos a saber:

- a. Dos injuryas graves del beneficiario contra el alimentante. Este concepto es así expuesto por el legislador: "Constituyen injurya otras los delitos graves y aquellos delitos leves que entrañan daño a la persona del que debe alimento". La gravedad o la veracidad del delito depende de la mayor o menor importancia del bien jurídico que el legislador pretendió tutelar y de la mayor o menor entidad de la lesión sufrida al sujeto pasivo.
- b. El segundo caso de extinción de la obligación alimentaria se presenta cuando al varón a quien se debía

alimentos necesarios ha cumplido 21 años, salvo que por algún impedimento corporal o mental se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo.

- c. El tercero caso aparece con la muerte del beneficiario o beneficiado, puesto que siendo éste un deber personalísimo respecto del clérigo, se extinguiría con su muerte.

### B. 3. 2.

#### INSISTENCIA MORAL.

En este caso el Estado quiere tutelar específicamente los vínculos morales que procuran aquella inviolable pero presente y necesaria solidad entre los miembros de la agrupación familiar y que hacen del hogar la célula primaria de toda sociedad donde se moldea y estructura la personalidad de quienes habrán más tarde de formar nuevas familias.

68

Son sujetos activos del delito de inasistencia moral el conyuge respecto de su conyuge, los padres respecto de sus hijos legítimos, naturales o adoptivos, los abuelos respecto de sus nietos, los guardadores respecto de sus pupilos en general los parientes frente a los cuales que de ellos dependan.

Los sujetos activos son titulares de la obligación de asistencia moral que en talac fija con los sujetos pasivos, así los conyuges deben socorrerse mutuamente y ayudarse en todas las circunstancias de su vida marital, a los padres -esta confiado el cuidado personal y educación de sus hijos legítimos o naturales; iguales obligaciones competen a los abuelos y guardadores en defecto de los padres.



La conducta del sujeto agente consiste en sustraer sin justa causa a las obligaciones legales de asistencia moral debidas a las personas señaladas como sujetos pasivos del ilícito. En cuanto a la anterior no es necesario entrar en más explicaciones ya que, en un acápite anterior se comentó al respecto.

El inciso segundo del artículo 40, señala tres hipótesis de abandono moral, el voluntario incumplimiento de las obligaciones de auxilio natural, educación y cuidados de la persona, estado de abandono moral y el estado de peligro físico o moral.

De cada una de ellas faremos un somero análisis conseguido:

s. **El incumplimiento de las obligaciones de auxilio nutricio, educación y cuidados de la prole.**

El artículo 40 de se refiere a los mutuos o mutuos obligaciones de apoyo moral, afectivo, social y de solidaridad conyugal que no se traducea y no podrían traducirse en otras contraprestaciones pecuniarias pero sobre las que está edificada la solidez del vínculo matrimonial y la responsabilidad de la familia.

El concepto de educación y cuidado transciende para los efectos de este ilícito, el ámbito de la sola prestación económica cuyo incumplimiento genera el delito de traslucencia material o alimentaria para situarse en un plano más elevado y personal al de las formaciones de la personalidad del menor a través de la enseñanza o el consejo directo de

una adecuada y oportuna corrección y de las ejecución de todos aquellos actos familiares y sociales que demuestren la presencia de los padres en la guía material y espiritual de sus hijos.

D. El Estado de abandono moral:

Con cuatro los cauces en que se configura el estado de abandono moral, abandono que constituye inasistencia moral en cuanto provenga de un comportamiento activo o omisivo del agente.

El primero se presenta ese cuando la persona de quien el menor depende, lo incita a la realización de actos perjudiciales para su salud o integridad moral tales como jorobadas agotadoras de trabajo, ingestión de bebidas embriagantes, asistencia a espectáculos obscenos o lecturas pornográficas.

El segundo caso se dará cuando como consecuencia de acciones u omisiones de la persona obligada a velar por la integridad del menor, éste se dedica a explorar la ciudad pública o desandar por las calles, parques y lugares públicos, aburto al público en días y horas normalmente destinadas al estudio, a las actividades propias del hogar o recreaciones permitivas.

El tercer caso se plantea cuando la conducta salta e pasa de lo agudo al lento a que el menor frecuenta el trato con personas indescubiertas por lo viciosa o corromplida.

La última hipótesis se presenta cuando la persona de quien el menor depende, por acción u omisión de su parte estimula a éste ejercer algún oficio o actividad que lo mantenga permanentemente en la calle o en lugares públicos o que pone

en peligro su salud o integridad personal.

c) El Estado de peligro físico o moral:

El artículo 43 de la Ley 23 de 1966 establece que "el -  
mismo se halla en estado de peligro físico cuando  
los personas con quienes vive padecen de grave enferme -  
dad contagiosa o cuando lo llevan de manera voluntaria -  
mente ejemplos".

Se desprende de esta norma tres tipos de la de peligro  
físico y la de peligro moral.

En la primera hay insostenible moral de la persona obliga -  
da respecto del menor bajo sus cuidados cuando le permite  
acercarse a niños a que se permanezcan o a que sufra con  
el propio agente o con otra persona que padecen de una gra -  
ve enfermedad contagiosa; esta situación se verifica más  
cuando existe la evidente posibilidad de que el menor contri -

ga la enfermedad con todas sus peligrosas consecuencias  
Incluso la muerte.

La segunda hipótesis se refiere a los malos ejemplos que -  
habitualmente el agente le ofrece al menor; aquí caban la  
vida excesiva y diluida de los padres, las prácticas  
homosexuales, la recidencia indecentia, la obridad con-  
extraordinaria, el hábito de los juegos de suerte y azar, la-  
holgazanería, la prostitución etc.

Los delitos de transiciencia material y de incidiencia moral  
están sancionados con pena de seis meses a dos años de -  
arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos.

La pena de arresto es la más benigna entre aquellas que im-  
plican privación del derecho a la libertad personal no solo



76

porque tiene un régimen penitenciario mucho más riguroso que el de la prisión o el presidio, si no porque admite el decreto de la excarcelación.

El decreto del legislador, fue el de evitar sanciones muy estrictas que era la primera experiencia legal en esta materia y debería contemplar una sanción que hiciera posible todo el restablecimiento de la armonía familiar ante la posibilidad de una liberación condicional al cumplimiento de las obligaciones cuya transgresión configuró el delito.

3.5.3

### ADMINISTRACION FRAUDOLENTA DE BIENES FAMILIARES

El artículo 41 dae la ley 75 contempla el delito de administración fraudulenta de bienes familiares y que a la letra dice:



"Si que malvende o dilapidó los bienes que administre, en ejercicio de la patria potestad, total, o curatela o los bienes del cónyuge que le hayan sido confiados en cualquier forma para su administración, está sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos".

Es esto también un delito contra la asistencia familiar porque pretendo defender los intereses patrimoniales de los cónyuges y de los hijos, de una administración fraudulenta y contraria al deber de conservar y acrecentar el patrimonio de las personas cuyos bienes se administran.

El bien jurídico que concretamente quiso defender el legislador en esta figura fue pues, el del patrimonio económico familiar vivido en las personas del hijo de familia como

tido a la potestad de sus padres y con bienes móviles e inmuebles de su pertenencia, en la persona del incapaz con bienes propios administrados por su tutor o curador y en la persona del cónyuge cuando su cónyuge maneje bienes de su propiedad.

En este delito pueden ser actores de la conducta ilícita quienes ejerzan la patria potestad, la tutela, la curaduría, o bien con la calidad de cónyuge.

Analizaremos encuadrada la cualificación jurídica de los cuatro actos:

#### LA PATRIA POTESTAD:

El legislador la define como "EL conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone".



79

La ley lo otorga al padre la facultad de administrar los bienes del hijo y de hacer uso de los frutos de estos bienes. Esto se debe a dos circunstancias. El primer lugar a que la ley considera que la persona más idónea para administrar los bienes del hijo es el padre o la madre por ser los encargados de criar, educar y establecer a sus hijos, en segundo lugar a que el derecho de usufructo sobre los bienes no se otorga a título de enriquecimiento sino para que puedan sufragar los gastos que implica el cuidado personal de los hijos.

b. LAS TUTELLAS Y CURATORIAS.

A las personas que se les impone ciertos cargos a favor de aquellas que no pueden dirigirse así mismo o administrar competentemente sus negocios y que no se bayan bajo potestad

dad del padre o marido, que pueden darles la protección debida de los derechos guardadores.

Entre tutela y curatela no hay diferencia en cuanto a los elementos esenciales y puede darse que esos dos instituciones en el fondo no sea más una misma cosa. La ley la da al notario de tutela a la representación del impuesto y si de la curatela, a la de los menores e idólos y de los mayores de edad que se hallan en estado de incapacidad.

Constituyen garantías los guardadores son responsables de todos los daños que causen el patrimonio del propietario en razón de su administración siempre que lo cause negligencia o malicia de oficio.

El guardador es tanto responsable por lo negligente en proceder al inventariado de los bienes del propietario y por todo daño grave que se le pague impuesto.

La conducta de gastos la infringe el trazo del artículo 41 consiste en malversar o dilapidar los bienes que se administran en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, o los del conyuge que a cualquier título se hayan sido confiados al agente para su administración.

Entiéndase por malversación todo uso ilegítimo del dinero administrado sea que se verifiquen a través de una serie de actos, sea con uno solo.

La malversación supone que un manejo ilegal de los fondos o bienes ajenos, en cuanto se administran en provecho personal o de un tercero.

La dilapidación implica la realización de gastos innecesarios e innecesarios, de inversiones recibidas que no

ejercer el paternidad que se establece o cambie de otro. Esta malversación o diligencia configura el delito en la medida que es realizada sobre los bienes que el agente administran en su condición de paternidad, de tal modo, con poder o conyuge.

#### **3.4 PROCEDIMIENTO:**

##### **3.4.1. CIRCUNSTANCIAS**

La Ley de la Paternidad contempla tres regulaciones de procedimiento: La querella, la calidad del sujeto pasivo de la acción penal y la concentración de la condición de hijo natural.

Cabeza al artículo 43 de la Ley 70 que "Lo sucedido penal del delito previsto en el artículo 40 sólo podrá iniciarse o constituir de la persona demandada o de querella representante legalmente, si aquella fuere menor y no tuviere representante

legal, la querella puede ser presentada por el defensor de menoreo".

Se necesita pues, querella de parte para iniciar la acción penal. El Estado ha dejado a la voluntad de los ciudadanos la facultad de acudir ante los jueces para que intervengan y califiquen la conducta descrita en los artículos 40 y 41 de la presente Ley.

En cuanto a quienes corresponde esta, este derecho de iniciar acción penal en adelante anterior se limitó a los sujetos pasivos de dichas infracciones, recordando que si dichos querellantes no tienen la calidad jurídica que la ley expresamente señala no podrán intentarla por carecer de legitimación legal.



En el caso de que una persona no pueda iniciar directamente la acción lo hará por medio de su representante legal y en su defecto al defensor de menores.

El inciso segundo del artículo 46 de la Ley de la Paternidad, señala que "una vez iniciada la acción penal no hay lugar al desistimiento de que trata el artículo 102 del Código Penal, salvo el caso previsto en el artículo 43 de la presente Ley".

Si legislador quiso en este inciso evitar no sólo la posibilidad de un desistimiento sin la contraprestación de la diligencia compromisoria por parte del sujeto activo del delito, si no también la absurda práctica del desistimiento posterior a la sentencia de condena que admite nuestro estatuto penititivo.

**3. 4. 2 CONSTITUCIAL**

El artículo 47 establece " Los delitos de abandono de los deberes familiares y de dilapidación de que tratan los artículos 40 y 41 de la presente ley se investigarán y juzgarán por los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, y conocerán de ellos, en primera instancia el titular del derecho, y en segundo, los jueces penales del circuito respectivo. Si el procedimiento fuere menor de 16 años la competencia corresponde al juez de menores y se aplicarán las medidas de seguridad de que trata el artículo 33 de la Ley 63 de 1.946".

" si al acusado cumpliera la edad de 16 años y el procedimiento estuviera en juicio mediante fallo que haya hecho trámite a cosa juzgada, pasará el competente al juez penal ordinario de la residencia del titular del derecho".



79

En cuanto a la jurisdicción por el territorio es competente el juez de la residencia del titular del derecho, en efecto, el lugar donde se comete el delito de Incidencia familiar es aquél donde reside la persona a quien se debe satisfacción económica o moral; allí se localiza el bien jurídico que es cabecera del alzamiento o del nexo fundamento de incidencia moral, el legislador quiso protegerlo.

El inciso final del artículo transcrita anteriormente, establece que si el menor cumpliera 16 años pasará el expediente al juez penal municipal siguiendo de esta forma el proceso ordinario con todas sus consecuencias que el hecho desarrollado ocurra.

Este inciso en que aparentemente pretende agilizar los procesos que se encuentran velando y que no se hallan desvelados

dido por medio de concusión y haya hecho curso de cosa juzgada, es un poco peligroso ya que si un monje ha cometido uno de los delitos contemplados en la Ley de la paternidad, bajo una legislación que lo favorece, indudablemente tal podría someterse a un procedimiento como el ordinario que en realidad lo va a perjudicar, esto teniendo en cuenta al artículo 1o. 26 de la Constitución Nacional que establece que "la Ley permite o favorable aún cuando sea perjudicial, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

El inciso 2o. del artículo 47 se refiere directamente al delito de blasfemia sencilla y en ningún caso se aplica el que contempla el artículo 41 de la citada Ley.

### 3. 4. 3 TRAMITES

La persona que esté legalmente legitimada para iniciar la acción penal por infracción a la Ley 75 lo podrá conociendo del juez penal competente por medio de una denuncia, éste a su vez, ordenará que se lleve a cabo una investigación si se reúnen los requisitos exigidos por la Ley en los casos en que se procede a solicitud de parte o querella, mediante tanto cabecera de proceso, el juez señala las pruebas que deben practicarse a fin de establecer si realmente se ha infringido a la Ley Penal. Si en el curso de la investigación resultare que el acusado fuere responsable del ilícito que se le imputa se le aplicarán las sanciones previstas en la Ley que sancionó arresto o multa.

El aspecto procedimental de la ley de la paternidad establece algunos beneficios en favor del acusado en el caso de

que es delito penalmente responsable y es así como los artículos 48 y 49 contemplan tres figuras que dicen con relación con la punibilidad: La suspensión de la acción - pena, la libertad provisional y la libertad condicional; la primera equivale al desistimiento o implica una extinción de la punibilidad en abstracto sometida a una condición, la segunda es un beneficio previsional que no paleta la acción penal y la tercera es una causa de extinción de la punibilidad en concreto.

Estos beneficios tienen por objeto facilitar el sabor del ilícito la oportunidad de facilitar el cumplimiento de sus obligaciones legales después de haberlas violado, propiciar la armonía en las relaciones de la familia y evitar dentro de ciertas condiciones, que la privación de la libertad deje al-

actor en posibilidad de cumplir a cabalidad con sus deberes  
respecto al sujeto pasivo.

## 4.4

## CONCLUSIONES

expresamente mencionadas

Es indudable que se ha dado un gran paso al aprobar la Ley 73 de 1960, que busca dar una mayor estabilidad y seguridad a la familia a través de un ordenamiento jurídico que possee una misión organizadora y propulsora en cuanto crea instituciones jurídicas y promueve el desarrollo de la vida social.

En estos términos el Estado Colombiano, lejos de limitarse a la función puramente negativa de armonizar los intereses de los individuos y dirimir sus conflictos, despliega una acción eminentemente activa, que se orienta a transformar las condiciones de la vida familiar y aún la conciencia del pueblo para-

· asesitas un prograno.

Quiso pues el Estado fortalecer la organización económica de la familia y los lazos étiicos entre sus integrantes, por medio de una disposición penal que armoniza con la aplicación de sanciones privativas de la libertad y pecuniarino como instrumento coercitivo y al propio tiempo educativo de una estructuración familiar.

La función del ordenamiento jurídico penal establece que en la organización familiar están en juego no únicamente los intereses individuales sino también los intereses de la sociedad-toda.

Es incapaz discrepar de los objetivos que el Estado ha querido alcanzar a través de la Ley 73 de 1968 en dar cierto orden y sancionar situaciones de hecho que atentan contra la



92

familia y la sociedad misma. Sin embargo conspiran contra estos postulados: multitud de razones.

En primer lugar, una cosa es lo que expresa la Ley en relación con una determinada situación y otra cosa es lo que opinan los juristas acerca de cómo debe ser legislada esa misma situación. Surge entonces la disparidad entre aquello y ésto, quedando obligado al fallador mientras las cosas no se modificuen a darle aplicación a lo establecido por la ley.

Esta apreciación que se expone como fundamento de un pronunciamiento judicial elegando la vigencia para comoder las normas legales a los superiores de la carta mientras tanto estos continúan vigentes.

El texto final del artículo 23 de la Constitución Nacional dice:

16

66

"En ningún caso podrás haber detención, prisión ni arresto por deudas o obligaciones civiles salvo el arresto judicial".

El artículo 40 de la Ley 75 reza: "Quien se extravié sin justa causa las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria contra... estando sujeto a la pena de seis a dos años de arresto..."

Quien incumple una obligación legal alimentaria viola el artículo 411 del Código Civil, que señala las personas a quienes se deben alimentos. Pero para determinar ese incumplimiento se requerirá un juicio civil de acuerdo con los trámites que establece el Código de procedimiento Civil.



94

67

De todo lo anterior deducyo que la disposición tal como está establecida, tiene serios vicios de inconstitucionalidad derivados del carácter puramente civil de la obligación alimentaria cuyo incumplimiento se sanciona con pena de arresto.

En segundo lugar considero la expresión "sin justa causa" para excluir de la acción a quienes se encuentren dentro de las causales expresas de justificación de su conducta como es de ocurriría en todos los delitos. En esta materia hay justa causa culipativa en la carencia de medios del presento alimentante para proteger al alimentado.

Si tocaseme que como resolución, podemos elegir justa causa para exonerarse a las obligaciones legales, deberíamos considerar

en que dicha condición solamente puede imponerse a quienes tienen recursos económicos adecuados.

Siendo ejecutable el insolvente es evidente que no se cumple el objetivo fundamental de la Ley: la responsabilidad paterna porque la irresponsabilidad que causan tanto daño no procede tanto de que careciendo de recursos para proteger la situación económica de sus hijos no vaya a proceder.

En tercer lugar el artículo 47 señala el procedimiento aplicable en el juzgamiento y establece como jueces competentes al de la residencia del menor del derecho, lo que sin lugar a duda constituye una innovación peligrosa dada que puede convertirse en fuente de atropello y en orzal de impedimento para ejercer una cumplida defensa. No dice ninguna vecindad, ni domicilio, ni residencia, con lo cual se abre camino a una trampa fisi-

de ejercer para impedir cualquier modo definitivo. Basta que el querellante se traslade a un sitio distante del que normalmente vive, establezca allí su residencia, formula la denuncia y el presunto padre será capturado y trasladado al otro extremo del país alejado de sus conocidos, de sus documentos, de sus abogados etc., a fin de que se logre los objetivos perseguidos por el actor. Sobre manos perjudiciales señalar la competencia del juez del conocimiento del domicilio, porque bien se sabido, este tiene sentido de permanencia, de estabilidad, y no sería producto de una especie arbitaria con deseos perversos.

Reseñas como las anteriores hacen que hasta cierto punto los postulados y los objetivos que quizás buscara el legislador y en algunos casos se encuentra en oposición con preceptos constitucionales.



Las deficiencias de las disposiciones jurídicas de esta Ley son el producto muchas veces de la presión de grupos humanos, y otras a "buenas intenciones", de algunos personajes jurídicos e notariales; que se manifiestan, cooplan objetividad, por la carencia de una coordinación científica y de ética legislativa.

Aparte de algunas costumbres campesinas, la familia no se ha estudiado científicamente, en su integridad; de ahí los graves errores que se cometen al legislar sin previo y completo conocimiento de causa, de fundamento y efecto.

La distancia entre la Ley Civil y la penal es muy notoria ya que la primera se refiere a una comunidad muy distinta a la actual, mientras que la segunda trata de ser más precisa y concordante a la situación presente.

Es necesario legislar claramente por cuanto se puede presentar conflictos de competencias entre las actuaciones de los jueces de menores, los jueces ordinarios de la rama civil y los penales pues podrían llegar a decisiones contraproducentes, en los posibles eventuales de las vías judiciales que utilicen, para resolver el mismo conflicto de intereses, pues con las disposiciones nuevas de la ley 75 de 1969 no se lograron suficiente claridad al respecto.

Es necesario elaborar el Código de Familia para integrar todo la legislación dispersa y complementaria con las normas indispensables, y editar las actuales en conformidad a los nuevos hechos socio-económicos.

Cabe señalar también que los procedimientos penales que se utilizan para investigar y sancionar las posibles faltas contra

La Ley 75 se han aplicado de manera estricta, salvo -  
contadas excepciones en algunos centros urbanos, la -  
provincia está totalmente excluida de los relativos be-  
neficios legales, no por defecto de la norma en sí, sino  
por carencia de práctica en la aplicación de ella.

Los jueces y sus auxiliares deben obligatoriamente cursar  
estudios extraordinarios de capacitación sobre sociología, -  
pedagogía, sicología familiar, para investigar y decidir con  
suficiente certidumb científica.

Para fortunas considero que la única forma de prevenir y de  
controlar el abandono de hogar es educando al pueblo, con la  
creación de consejos de pre-contraportales y familiares, a -  
cargo de especialistas pagados por el Estado, La Ley pue-  
der ser sencilla, pero quienes la aplican no siempre se están a su-

100

93

altura. El problema no es enteramente de normas jurídicas, sino de ejercicios de la autoridad y de la colaboración de toda la comunidad.



101

## INDICE BIBLIOGRAFICO

-----

FRANCESCO ANTOLISI- DE DIREITO PENAL, GIUFFE  
MILANO 1.960 - PARTE ESPECIAL.

BERNARDO GAITAN MAEZCLA- EL ABANDONO DE LA FAMILIA COMO CONDUCTA ANTI  
SOCIAL Y NECESIDAD DE TIPIFICARLA COMO DELITO EN CO  
LOMBIA.

JOROD ENRIQUE GUTIERREZ ARCOLA- LAS CONDUCTAS  
ANTISOCIALES -

EDITORIAL LENCER -BOGOTA 1964

GIUSEPPE MAGGIORE- DERECHO PENAL, EDITORIAL TUMIS,  
BOGOTA 1956- TUMIS  
EDICION DE JOSÉ J. CÁRDENAS TORRES Y JOROD GUERRALDO -  
VOL. IV.

GUSTAVO RENDON GAVIRIA- CURSO DE DERECHO DE PROCESAL PENAL - EDITORIAL TUMIS, BOGOTA 1962, 2a. EDICION.

102

- - -  
- 8 -

ALFONSO REYES ESCOBAR- DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR.

LUIS EDUARDO DECA VELASCO- DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL- 2a. EDICION.



EDUARDO UMARRA LUNA- LA FAMILIA EN LA ESTRUCTURA POLITICA-JURIDICA COLOMBIANA- EDITORIAL TIMES-BOGOTA 1973.

ARTURO VALENCIA RIA- DERECHO CIVIL-DERECHO DE LA FAMILIA-EDITORIAL TIMES-BOGOTA 1962 T. II

PROYECTO DE LEY- POR EL CUAL SE MODIFICAN Y ADICIONAN LAS LEYES 45 DE 1946 Y OTRAS DISPOSICIONES LEGALES GOBIERNO FAMILIAR- SE CREA EL INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR- PUBLICACIONES DE LA DIRECCION DE DERECHA Y DIFUSION DE LA PRESIDENCIA.

BOGOTA- 1968.-