

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
Dependencia		Aprobado		Pág.
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA		SUBDIRECTOR ACADEMICO		i(68)

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	GIULIANA PAOLA CASELLES ECHAVEZ – DARIO FERNANDO GAONA GAONA		
FACULTAD	EDUCACION ARTES Y HUMANIDADES		
PLAN DE ESTUDIOS	DERECHO		
DIRECTOR	ALVARO JOSE HERNANDEZ PICON		
TÍTULO DE LA TESIS	ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE INASISTENCIA ALIMENTARIA, COMETIDA CONTRA MENORES, EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO.		
RESUMEN (70 palabras aproximadamente)			
<p>EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA ES UNA PROBLEMÁTICA CUYA CUNA JURISDICCIONAL ES EL DERECHO CIVIL, FUE CATALOGADA COMO DELITO, LA TENDENCIA DE LOS CASOS DE I.A. ES IR EN AUMENTO, LO QUE SUPONE UNA FALLA EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO QUE SE LE DA, DE ACUERDO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES RESULTA UNA VULNERACIÓN A LA PROTECCIÓN QUE DEBEN TENER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES.</p>			
CARACTERÍSTICAS			
PÁGINAS: 68	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:1



**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LA INASISTENCIA
ALIMENTARIA, COMETIDA CONTRA MENORES, EN EL MARCO DEL DERECHO
PENAL COLOMBIANO**

Autores

GIULIANA PAOLA CASELLES ECHAVEZ

DARIO FERNANDO GAONA GAONA

Monografía de investigación como requisito para optar el título de abogados

Director

Dr. ALVARO JOSE HERNANDEZ

Abogado Especialista derecho Laboral

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia

Septiembre, 2019

Índice

Introducción	vi
Capítulo I Prevalencia de derechos de los menores	1
1.1 Derechos fundamentales a la luz de la constitución política.....	2
1.2 Concepto del instituto colombiano de bienestar familiar – ICBF.....	4
1.3 Derechos de niños, niñas y adolescentes. UNICEF	5
Capítulo II Contexto normativo desde el ámbito penal	7
2.1 Ley 1181 de 2007.....	11
2.2 Ley 1542 de 2012.....	12
2.3 Ley 906 de 2004.....	13
2.4 Principio de oportunidad.....	14
2.5 Derecho comparado en materia de legislación en lo concerniente a la inasistencia alimentaria.....	15
Capítulo III Ley 1098 de 2006 como garante de derechos de menores en el proceso penal.	18
3.1 Aspectos generales del proceso administrativo de restablecimiento de derechos.	19
3.2 La responsabilidad parental en el derecho de familia colombiano.	20
Capítulo IV Línea jurisprudencial en materia de inasistencia alimentaria.	22
Capítulo V Posturas frente a la penalización de la inasistencia alimentaria.....	41
5.1 Balance de procesos adelantados por el punible de inasistencia alimentaria en Ocaña N.S.	46
Capítulo VI Solución al cuestionamiento planteado.....	47
Conclusiones.....	50
Referencias.....	54
Apéndice A. Respuesta a Derecho de Petición.	59

Introducción

El tema sobre el cuál se efectuará este trabajo monográfico será: La conducta de la inasistencia alimentaria (en adelante se utilizara la abreviatura IA) vista desde su condición como delito perseguido de oficio en el ámbito penal Colombiano, el mismo será abordado meramente desde la perspectiva jurídica a fin de responder al cuestionamiento ¿Qué hace que la conducta de inasistencia alimentaria esté contenida en el Derecho Penal si este se considera como ultima ratio además de los motivos jurídicos que tuvo en cuenta el legislador para considerar que era conveniente, constitucional y apropiado cambiar el carácter de queréllale de esta conducta y perseguirla de oficio? También se evidenciará cuál ha sido la tendencia de la judicatura en materia del delito de IA, tras la etapa cumbre en Colombia respecto al proceso de penalización de la conducta de inasistencia alimentaria, se han realizado varias reformas referentes al quantum de la pena a imponer y las características propias de la conducta (Ley 1181, 2007), lo cual nos insta hoy a estudiar desde la hermenéutica más a fondo qué es lo que tiene en cuenta el órgano legislador en materia penal para realizar estas modificaciones, añadiduras y creación de nueva normatividad en el Congreso de la República ha legislado en materia del delito de inasistencia alimentaria, como se observara a lo largo del desarrollo de la presente monografía, sin embargo tratándose de menores, no solo la ley penal debe actuar sino que debe respetarse el margen trazado por la ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) por lo que se halla pertinente dedicar un apartado al estudio del articulado concerniente a las conductas delictivas y al límite impuesto al actuar penal cuando de por medio se encuentran niños, niñas y/o adolescentes; y de esta manera definir el por qué y para qué del carácter especial que señala el artículo 233 de la ley 599 de 2000 al plantear un aumento de penas y correlativamente la supresión de ciertos beneficios dentro el proceso penal.

Por otro lado, el cambio de carácter querellable a delito de oficio no es un por menor, de hecho, representa un cambio trascendental en el trato penal que se le impone a este delito, pero, ¿qué factores fueron determinantes para que el legislador decidiera esto? Desarrollar una línea jurisprudencial que permita evidenciar cuál ha sido el comportamiento judicial y de acuerdo a los casos allí expresados dar claridad al cuestionamiento.

La penalización de la IA ha sido fuertemente criticada, por lo que luego de exponer algunos puntos de vista de entendidos en la materia y tras haber estudiado este tipo penal, será primordial concretar una postura personal frente a este tópico que además aportará a la dinámica interpretativa de estudio de lo ya establecido y postura crítica nueva frente a ello.

La investigación redundará en el territorio colombiano, toda vez que el foco de la misma será la legislación penal y constitucional colombiana, de igual modo recurriremos a la legislación internacional latinoamericana, empero, únicamente para hacer uso del derecho comparado y de manera enunciativa hacer una minúscula mención de la postura de dicha jurisdicción frente al tema que nos ocupa.

En cuanto a la metodología, se hará uso, en principio, del método inductivo, por medio de la selección individual de legislación, jurisprudencia y doctrina más elemental y pertinente para así estudiar de manera particular y discriminada el actuar normativo y por ende explicar el mismo en materia de inasistencia alimentaria y los diversos debates y disimiles posiciones frente a la penalización de esta conducta logrando de esta forma acopiar y desarrollar el material

suficiente que permita generar conclusiones producentes y que eventualmente, por futuros investigadores, puedan ser llevadas a la experimentación al confrontarlas con la realidad empírica.

En el mismo sentido, se empleará el método analítico; teniendo en cuenta la interpretación como medio de conocimiento se desglosarán las actuaciones más importantes en materia de IA y se procede a observar causas de creación y naturaleza de las mismas, lo que nos permitirá adquirir una cosmovisión mejor estructurada frente a lo que actualmente presenta la legislación penal como delito de IA.

Los instrumentos a hacerse valer serán: aplicación de hermenéutica; elaboración de línea jurisprudencial; análisis jurisprudenciales; aplicación del derecho comparado.

Capítulo I Prevalencia de derechos de los menores

En Colombia, nadie puede ir a prisión por deudas pues así lo estipula el artículo 28 constitucional. ...En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles... Sin embargo, cuando estas deudas sean acaecidas por concepto de sustracción del cumplimiento de la obligación de brindar alimentos, la misma afectaría directamente los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, lo cual representa no una simple deuda sino la configuración del delito de inasistencia alimentaria el cual abre la posibilidad de que en razón de ese adeudo sí se pueda ir a prisión.

De la palabra derecho se encuentra un sin número de definiciones que intentan incluir todo aquello que conlleva el ejercicio no solo de crear normatividad sino de garantizar el goce de derechos y el cumplimiento de deberes por parte de los habitantes del territorio nacional; una de estas definiciones es la de Valencia, H.R (2015), derecho como “un conjunto de normas reguladoras de convivencia humana en un lugar y tiempo dados, que rigen u obligan coerciblemente para interponer en la sociedad un orden racional y justo” (p.125).

Cepeda, M (1991) señala: “Se puede decir que todos los derechos son de desarrollo progresivo en cuanto con el pasar del tiempo y a medida de la democracia se profundiza, su grado de protección, su ámbito y su efectividad se vuelven cada vez mayores. En cambio, no todos los derechos son programáticos puesto que no establecen mandato que el estado debe promover haciendo o dando algo” (p.16).

Dentro del Estado Social de Derecho los derechos de los menores, aunque no están

clasificados como de primera generación, son derechos esenciales por ser prevalentes y de esta forma primar frente a cualquier normatividad o choque de derechos, con el fin de extremar de medidas que permitan culminar con un desarrollo armónico e íntegro una de las etapas más vulnerables de la vida humana debido a la inmadurez tanto mental como física propia de misma, la etapa de la niñez.

El Estado, no es ajeno a la imperante necesidad que posee la niñez de ser atendida con toda la cautela y cuidado y no escatimar en estos, debido a que es en esta etapa en la que se define la personalidad, las inclinaciones profesionales, el desarrollo adecuado en materia de salud y crecimiento físico, la inteligencia emocional y en general todos los factores que confluyen en la formación de un adulto íntegro que podrá aportar a la sociedad y de esta manera garantizar en la medida de lo posible futuras generaciones progresistas, productivas, pacíficas y que aporten a mantener el tan anhelado orden racional y justo que incluía Valencia, H.R en su definición de Derecho.

1.1 Derechos fundamentales a la luz de la constitución política

Si bien la constitución colombiana de 1886 contenía una serie de libertades y garantías, estas no constituían verdaderos derechos y se quedaban cortos en materia de protección frente al goce de los mismos, básicamente predominaba una alteración de jerarquía en la que el primer lugar no lo ocupaban el goce efectivo de los derechos fundamentales sino que cada vez que era “necesario” estos se restringían sin más en miras que salvaguardar el orden público, es decir, se tenía una constitución poco garante frente a los derechos fundamentales entre ellos los derechos

de los niños en la que las restricciones en cuanto a aquellos eran una constante.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se introducen ya no solo una nominación de libertades sino todo un cuerpo de derechos fundamentales y no solo esto sino que se garantiza el goce de los mismos con la implementación de mecanismos que favorecen la protección de estos derechos y dan la posibilidad al Ciudadano de exigir la misma, ya no queda a potestad del Estado la restricción de estos sino que se les reconoce su condición de fundamentales y por ende la obligación Estatal de velar por su salvaguarda, además se reconoce la primacía en el caso de derechos de los menores, otorgándosele un blindaje que imposibilita que estos derechos sean vistos como simples prerrogativas que le son otorgadas a los ciudadanos y pasen a ser reconocidos como Derechos de carácter Fundamental y Prevalentes.

El artículo 44 Constitucional hace una clasificación especial de los derechos que se le atribuyen como derechos especiales a los niños, niñas y adolescentes y que deben ser garantizados por la familia, la sociedad y el Estado y los cuales requieren de acciones estatales que aseguren que su cumplimiento se está dando a cabalidad, estos derechos son:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales

ratificados por Colombia. La 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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Const., 1991, art. 44).

Se tiene claro que constitucionalmente todos tenemos derechos fundamentales pero que son los niños, niñas y adolescentes aquellos que tienen primacía en cuanto a garantía de derechos se refiere, de esta forma, son considerados menores de acuerdo al artículo 3 del código de infancia y adolescencia todas las personas menores de 18 años, en el mismo sentido, son niños y niñas aquellos que se encuentran entre los 0 y los 12 años de edad.

En conclusión, los derechos por sí solos conllevan la obligación estatal y social de su cumplimiento sin embargo al estar consagrados en la Constitución Política cobran fuerza constitucional y por jerarquía jurídica nada puede contraponerse a ellos y como valor agregado al tratarse de derechos de los menores cuentan con protección reforzada y prevalencia frente a los demás derechos constitucionalmente protegidos.

1.2 Concepto del instituto colombiano de bienestar familiar – ICBF

El interés superior y prevalencia de los niños, las niñas y los adolescentes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como la entidad del Estado encargada del bienestar de los niños, niñas y adolescentes del país y el de sus familias, es indispensable velar correctamente por

la prevalencia de los derechos de los menores, no hay duda de que cuentan con derechos fundamentales, sin embargo, lo indispensable es asegurar que a estos derechos sí se les esté dando la prevalencia que les pertenece, es por esto que como derrotero de su actuar acuden a la Ley 1098 de 2006, como aquella que establece los principios orientadores para el cumplimiento de su función y los alcances que debe tener su función garante y protectora en pro de la población infantil, desde el campo de promoción de políticas públicas y la puesta en marcha de estas. (ICBF, Concepto 97, 2015)

Teniendo en cuenta que la Ley en la que se sustenta el actuar del ICBF, es decir, la Ley 1098 de 2006 establece en su artículo 9 la prevalencia de los derechos de los menores, pero que además esta prevalencia también se haya contenida en la Convención sobre los Derechos de los Niños, lo cual es interpretado por el ICBF como la posibilidad de que en caso de controversia entre otro tipo de derechos y los de los niños, estos serán los que tendrán prioridad, lo que le entrega un interés o cuidado especial siempre en búsqueda de las garantías de los niños y adolescentes.

Lo anterior se resume en un trato preferente que se les debe otorgar a los menores en razón de su condición de sujetos especiales o de especial protección con el fin de que sus derechos sean garantizados plenamente.

1.3 Derechos de niños, niñas y adolescentes. UNICEF

UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) tiene su fundamento en la

Convención Sobre Los Derechos del Niño. La Asamblea General de las Naciones Unidas la adopta en 1989 y el país ratifica a través de la Ley 12 de 1991.

En términos generales, La Convención sobre los Derechos del Niño, acopla todos aquellos derechos que les habían sido reconocidos a los niños en otros tantos instrumentos internacionales. Es de este modo, como logra posicionarse en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes como la convención que acopia de manera más completa todos los principios, derechos y garantías internacionales respecto a los menores.

Uno de los principales objetivos que persigue esta convención es poner, al alcance de todos, los medios necesarios para que, en el marco de un trato más humano, de garantías más reales, de acercamiento a la población infantil desde la mediación interdisciplinaria, se logre fomentar un desarrollo pleno del potencial humano a largo plazo.

Esta convención posee un articulado que obliga a la creación de mecanismos que favorezcan y refuercen los cuidados de la niñez y coaccionan al Estado a gestionar recursos, personal y todo lo necesario para asegurar el desarrollo de la infancia.

Tanto la Convención sobre los derechos del niño como UNICEF hacen énfasis en la igualdad de derechos entre todos los niños y el cumplimiento de deberes por parte de ellos. Los derechos de los niños son: Derecho de los niños a jugar; derecho a la alimentación; derecho a tener un hogar; derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la vida y a tener una familia; derecho a tener nacionalidad; derecho a la igualdad; derecho a opinar; derecho a no trabajar.

Capítulo II Contexto normativo desde el ámbito penal

... “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La Ley reglamentará la progenitura responsable”... (Const., 1991 art. 42).

Desde todo punto de vista, tanto Nacional como Internacional, los alimentos gozan de una categoría superior ya que se trata de necesidades básicas de subsistencia y de desarrollo no solo físico, sino también emocional, psicológico y social.

Constitucionalmente son derechos que se encuentran protegidos sin embargo, por la importancia precisamente de carácter vital, esta protección constitucional no es la única que en el ordenamiento jurídico busca la garantía del cumplimiento de los mismos, en aras de proteger íntegramente a la familia la legislación penal comporta la configuración punitiva del delito de inasistencia alimentaria ; La Ley Orgánica de Defensa del Niño (Ley 83 de 1946) en su artículo 78 incluía la sustracción de alimentos como una conducta que debía ser sancionada bien fuera con multa o con pena de prisión.

Actualmente la legislación penal (Ley 599 del 2000) en su parte especial, título VI el cual versa sobre los delitos contra la familia; Capítulo IV De los Delitos Contra la Asistencia Alimentaria, en su Artículo 233 y subsiguientes, tipifica la conducta de Inasistencia Alimentaria como delito cuya penalización es de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales

vigentes.

Para contextualizarnos es sustancial definir el delito: El delito puede ser considerado como un daño que se causa a la víctima directa y a la sociedad en lo que a bienes jurídicos respecta independientemente del grado de culpabilidad; siendo el bien jurídico aquello que representa los intereses de los individuos en sus relaciones y que deben arrogarse por el derecho y ser custodiados por el mismo a fin de la preservación de esas relaciones sociales.

Siendo así, en términos más concretos el delito se puede describir como aquella acción u omisión en la que deben converger la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, la cual acarrea una sanción penal que además debe ser proporcional y ejemplar y que es aplicable solo a los considerado imputables. Dicho de otro modo, la conducta debe estar descrita previamente en la Ley, tiene que vulnerar algún bien jurídico tutelado, pero también debe haber sido cometida bajo el grado de culpabilidad de dolo, culpa o preterintencional y por una persona considerada como imputable.

Teniendo clara la concepción de delito, la inasistencia alimentaria es vista como uno de ellos en el ordenamiento jurídico, el cual se contempla de la siguiente manera:

El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La 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. (Ley 599 del 2000, Art. 233)

Los elementos estructurales de tipo son:

Sujeto Activo de la Conducta: Sujeto mono subjetivo y determinado pues se requiere que exista la relación consanguínea o legal con el alimentario, es aquel que teniendo la obligación se sustraiga.

Sujeto Pasivo: Para el caso de la Inasistencia Alimentaria cometida contra MENORES, el S.P. es el menor titular del bien jurídico tutelado.

Objeto Jurídico: La familia, como bien jurídico tutelado.

Verbo Rector: sustraer.

Conducta: sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos.

Ingredientes Normativos: ... legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge.

La obligación de brindar los alimentos recae en principio sobre los representantes legales

del menor y es deber constitucional pagar con su patrimonio lo necesario para cumplir con la obligación alimentaria del menor, aunque se habla de patrimonio y de deber económico, en la base de esta obligación se haya el principio de solidaridad para con quien no tiene la capacidad de sostenerse por sí mismo y por otro lado la responsabilidad que obedece a la capacidad del alimentante para solventar los gastos del menor al libremente decidir formar una familia o procrear hijos, el derecho que se tiene a pedir alimentos es personalísimo, y esto significa que no puede transferirse y debe ser reclamado por quien lo necesita o por su representante legal, sin embargo, en el momento del incumplimiento, se traduce en la conducta punible que describimos con anterioridad, pues se pone en riesgo la calidad de vida de un menor y esto representa la vulneración a derechos prevalentes.

Un aspecto muy importante dentro del contexto normativo es que el delito de inasistencia alimentaria no prescribe, es decir, que mientras subsista la necesidad este puede ser reclamado y no necesita que la causación efectiva de un daño al bien jurídico tutelado, basta con la violación a la norma que establece la obligación de prestar alimentos para que se configure el delito y desde ese instante el menor empiece a sufrir una vulneración en sus derechos que deben ser protegidos y restituidos de inmediato; lo cual identifica la inasistencia alimentaria como un delito de peligro y por ende no se debe esperar un resultado sino evitar el mismo; cabe resaltar, que este delito no admite la culpa ni la preterintención, esta es una conducta dolosa ya que implica el conocimiento de la obligación y la sustracción voluntaria del mismo, además de esto, la I.A. es permanente y de tracto sucesivo ya que se prolonga durante todo el tiempo en que el Sujeto Activo omite su deber que no es meramente económico sino que altera la armonía y la familia como bien jurídico.

La finalidad de todo este proceso jurídico penal que surge con la denuncia por el delito de inasistencia alimentaria es lograr que se restituyan los derechos de los menores que han sido y continúan siendo vulnerados so pena de prisión; sin embargo existe la posibilidad de que este proceso termine de forma anticipada sin que el acusado deba pagar pena de prisión, y esto se da con el pago total de la obligación adeudada dando paso a la preclusión del proceso o a la aplicación del principio de oportunidad al cual haremos referencia más adelante, esto solo ocurre cuando se haya garantizado el pago completo de la obligación.

El tema central son los menores como sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria, por esto, es menester recalcar que cuando medien menores en la Litis no procede el desistimiento de la acción penal pues así lo ha contemplado el Código de infancia y adolescencia.

Por otro lado, el tratamiento tanto civil como penal que se le ha dado a la inasistencia alimentaria ha variado en repetidas ocasiones debido al dinamismo de la realidad social; la Ley 1181 de 2007 hace parte de estos cambios y tiene su lugar en el contexto normativo colombiano en materia I.A.

2.1 Ley 1181 de 2007

Esta Ley fue la encargada de modificar el artículo 233 del Código Penal, logrando de esta forma establecer penas privativas de la libertad y multas para todos aquellos que teniendo el deber legal de prestar alimentos no lo hagan, para los cuales la pena establecida es entre 16 y 54

meses de prisión y multa de 13.33 a 30 SMLMV, además de contener penas aumentadas en el caso en el que la conducta sea cometida en contra de menores, caso en el cual la pena es entre 32 a 72 meses de prisión.

Con esta Ley se buscó que se incluyera a los compañeros y compañeras permanentes dentro de los sujetos activos o pasivos de esta conducta, esto debido a que la anterior tipificación no incluía a los sujetos de la unión marital de hecho, lo cual permitió ampliar el campo de posibles sujetos pasivos y hacer acreedores de las penas mencionadas a aquellos compañeros permanentes que incurrieran en esta conducta.

Entre las variaciones de las que ha sido objeto el delito de Inasistencia Alimentaria el cambio de querellable a delito de oficio es quizá uno de los más bruscos, esto se logró mediante la Ley 1542 de 2012, a saber.

2.2 Ley 1542 de 2012

Anteriormente, el delito de I.A. contenía como requisito la presentación de una querrela la cual debía ser presentada por el sujeto pasivo del delito y solo de esta forma se podía proceder a iniciar la investigación penal, además de que esta tenía un plazo máximo de seis meses a partir de la comisión del delito para ser presentada; Actualmente, la Ley 1542 de 2012 elimina este carácter de querellable lo cual desvirtúa la conciliación como requisito de procedibilidad para ejercer la acción penal, al parecer, este es uno de los cambios más representativos pues garantizan de verdad la prevalencia de los derechos de los menores al brindar mayor eficacia y

eficiencia al momento de acudir a la justicia en busca de la protección de derechos fundamentales y prevalentes por tratarse de menores, evitar la querrela y la conciliación previa reduce en gran manera la permanencia en la comisión de la conducta, sin que esto abra la posibilidad a la arbitrariedad pues aunque el proceso penal inicia más rápido desde la perspectiva del victimario se goza de amplias posibilidades de dar por terminado el proceso sin que se tenga que llegar a un juicio oral, siempre y cuando se cumpla con la obligación, recordemos que lo que prima en todo este proceso es la restitución de los derechos de los menores.

Este delito es hoy en día perseguido de oficio, lo que quiere decir que no admite el desistimiento, razón por la cual, aunque la víctima quiera retractarse el proceso debe continuar hasta que se logre la restitución plena de los derechos de los menores, lo que entre otras cosas fortalece la protección a los mismos e impide que por razones externas el proceso sea terminado caprichosamente y no se garantice la prevalencia de sus derechos.

2.3 Ley 906 de 2004

El código de procedimiento penal en su Título II, Capítulo I, Artículo 74 enlista todos aquellos delitos que requieren querrela para poder dar inicio a la acción penal, si bien la legislación anterior ya aclaraba que cualquiera de los delitos con carácter de querellables que fueran cometidos en contra de menores no necesitaban dicha querrela para iniciar la acción penal, tras la promulgación de la Ley anteriormente mencionada, se suprimen de dicha lista los delitos de inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar, así las cosas, dentro del procedimiento penal la querrela deja de ser necesaria no solo cuando se trate de menores como

victimias sino en todos los casos en los que se cometan aquellos delitos.

Este ha sido considerado como un avance que permitió acceder con mayor facilidad a la búsqueda de soluciones jurídicas frente a la comisión del delito de inasistencia alimentaria que tan frecuentemente se presenta en el país.

2.4 Principio de oportunidad

Este principio otorga la facultad a la Fiscalía General de la Nación de suspender o terminar el proceso penal, aunque existan los fundamentos necesarios que demuestren la responsabilidad penal, cuando existen motivos generalmente de política criminal para determinar que continuar con el proceso sería infructuoso y claramente con sujeción a la constitución y la Ley y bajo los preceptos en ella establecidos; esta actuación es sometida a control de legalidad ante el Juez de Control de Garantías.

El delito de inasistencia alimentaria admite la posibilidad de que bajo la aplicación de este principio se pueda dar por terminado el proceso cuando el imputado no tenga antecedentes penales y garantice el pago de lo debido por concepto de alimentos al menor al que legalmente se le deban.

De igual forma, este principio puede ser solicitado por el delegado de la Fiscalía General de la Nación no solo para archivar definitivamente el proceso sino también para suspenderlo en virtud de la suspensión de procedimiento a prueba, proceso mediante el cual el imputado o el

acusado puede presentar la solicitud para que este suspenda argumentando cual sería el plan con el que pretende reparar los daños y todo lo relacionado con las condiciones para el cumplimiento del mismo.

Este es un principio con el cual no se pretende eximir de responsabilidades al imputado sino por el contrario buscar que, tras la posibilidad de no pagar una condena privativa de la libertad, este procure los medios necesarios para cumplir de manera anticipada a una condena, las sumas correspondientes al valor adeudado.

2.5 Derecho comparado en materia de legislación en lo concerniente a la inasistencia alimentaria.

La inasistencia alimentaria no es una conducta ajena en otros países del continente, al contrario, es una situación con la que todos los órganos legislativos de muchos países han tenido que lidiar.

Por tratarse de derechos que no son protegidos de manera especial solo en Colombia, sino que son de carácter internacional es deber de cada Estado comprometerse en la búsqueda de soluciones bien sea de carácter penal, civil o de cualquier medio adecuado para la protección de derechos fundamentales y garantías de no vulneración de los mismos.

Como se ha evidenciado, la respuesta en Colombia ante esta conducta ha sido la penalización de esta, las aplicaciones de multas y su persecución oficiosa; pero en países como

Perú, México, Uruguay, Estados Unidos la sanción no es una pena privativa de libertad, es decir en dichos países el responsable de velar por la protección del derecho a los alimentos no es el derecho penal.

En estos países han implementado otros instrumentos como el REDAM (Registro de Deudores Alimentarios Morosos) este es un sistema en el cual se registran todos aquellos padres irresponsables una vez se demuestra la sustracción sin justa causa de sus obligaciones y las medidas que se toman en cuanto a las personas allí registradas son, por ejemplo: no poder participar en licitaciones con el Estado, no poder acceder a créditos, imposibilitarlos comercialmente, etc.

De hecho, en Colombia, se está estudiando la posibilidad de la implementación de este sistema; el proyecto de Ley Estatutaria 91 de 2018 pretende la creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos y otras disposiciones que buscarían cambiar el mecanismo de control en cuando a los deudores de alimentos y buscar que esta conducta no sea castigada solo con pena privativa de la libertad sino que con la inscripción en dicho registro se limiten otros derechos que no sea propiamente la libertad pues se considera que esta restricción limita la posibilidad de que el condenado pueda solventar su deuda.

La aplicación de este sistema podría resultar útil siempre y cuando se garantice que la implementación del mismo va a llevar consigo todo lo necesario para que funcione correctamente, la realidad actual muestra la poca diligencia estatal, aun teniendo los mecanismos para poder responder frente a este tipo de conductas, la poca responsabilidad frente al tema de

familia, e incluso la indiferencia de los infractores de cara a las posibles sanciones, son factores que fácilmente hacen poner en duda la eficacia que este tendría, la duda no es en cuanto al sistema sino en cuanto a la correcta implementación del mismo y a la respuesta de los posibles infractores ante la eventual inscripción de sus nombres en el Registro. Hoy en día la inasistencia alimentaria se castiga con pena de prisión, sin embargo, no hay reducciones significativas, lo cual indica que el temor a la consecuencia no llama a la abstención en el país.

Capítulo III Ley 1098 de 2006 como garante de derechos de menores en el proceso penal.

Hay un factor determinante en este estudio sobre la tipificación de la Inasistencia Alimentaria y es el trato legislativo que ha tenido en cuando a los menores como victimas dentro del mismo; la Ley 599 de 2000 en su artículo 233 aumenta la pena cuando el delito es cometido contra un menor. Esto obedece a la prevalencia constitucional que poseen sus derechos y que ha sido ocasión para que exista una normatividad que direcciona el actuar penal en busca de que dicha prevalencia no sea meramente nominal sino que exista realmente un mecanismo que direcciona reglamentariamente el sistema penal cuando en el mismo se vean incursos los menores como víctimas y poner mayor atención o protección reforzada en estos casos, esta es la función de la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, a raíz de la promulgación del mismo se ha creado un margen dentro del cual debe regirse el sistema penal cuando de menores hablamos.

El Artículo 17 de la Ley 1098 de 2006 llama la atención sobre el derecho a la vida de calidad, no basta con dejarlos nacer, es necesario que se le equie de todas las condiciones básicas para el buen desarrollo del menor, lo cual incluye la alimentación equilibrada, vestuario, educación y todo aquello que ya mencionamos que hace parte del concepto de alimentos.

El Artículo 24 de la Ley 1098 de 2006 habla explícitamente del derecho a los alimentos en menores, dejando claridad de lo que incluye ese término siendo así todo lo necesario e indispensable para la vida y su sustento en todas las áreas.

Por otro lado, es el Artículo 41 el encargado de llamar la atención al Estado Colombiano en cuanto a sus obligaciones frente a la niñez del país, allí se consagran la protección a los derechos fundamentales, la creación de políticas públicas con miras a garantizar el desarrollo integro, etc.

En el mismo sentido, el Artículo 111 ilustra sobre la fijación de la cuota de alimentos, señala el trámite para poder iniciar el proceso para solicitarlos, que estos pueden ser reclamados desde el estado de embarazo por la madre en este estado.

3.1 Aspectos generales del proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Este procedimiento de restablecimiento de derechos nace con la Ley 1081 de 2006 y su finalidad fue brindar garantías en cuanto al ejercicio efectivo de los derechos de los niños siempre que estos hayan sido vulnerados o se esté en peligro de tal vulneración.

Este es un procedimiento de carácter especial que busca expandir el campo de protección de sus derechos y asegurar que mientras se cumple con la aplicación de la legislación penal en cuanto al victimario se le restituyan los derechos al menor, víctima que es a fin de cuentas lo más importante, este proceso cuenta con los principios del derecho procesal general y algunos del procesal civil lo que hace que este proceso sea especialísimo.

El procedimiento se adelanta ante una autoridad administrativa que puede ser un Defensor De Familia, Un Comisario De Familia o Inspector de Policía, es el mismo código en su artículo 100 y subsiguientes el que establece las normas para el trámite de este proceso; Sin embargo, es

importante aclarar que, aunque la naturaleza de este procedimiento es administrativa, este tiene muchas características y remisiones al derecho civil.

Los recursos que proceden dentro de este son el de reposición, homologación y revisión y estos son demandados ante la jurisdicción administrativa en acción de nulidad simple o restablecimiento de derechos.

En cuanto a las autoridades competentes, estas son como ya mencionamos anteriormente, los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia del lugar donde reside el menor, sobre esto podemos consultar en los artículos 96, 97 y 98 del código de infancia y adolescencia.

3.2 La responsabilidad parental en el derecho de familia colombiano.

Para entender el tema de la responsabilidad parental es adecuado definir la potestad o patria potestad como ese vínculo que independientemente de la relación entre los padres surge entre el padre y la madre con respecto a sus hijos bien sean biológicos o adoptados, esta no es más que la obligación de protección que tienen aquellos para con sus hijos menores de edad o que no se hayan emancipado.

Como es de saberse, el ejercicio de esa patria potestad conlleva el cuidado, educación, disciplina y todo lo necesario para una crianza armónica, los padres del menor no pueden renunciar a ella o transferirla incluso aunque no convivan o estén divorciados; en términos generales ejercerla es responsabilidad exclusiva de los padres, se refiere a términos generales

porque en algunos casos la Ley y solo esta podrá quitarla bajo razones justificadas.

La Ley 1098 de 2006, es la encargada de referirse a la responsabilidad parental como un complemento a la patria potestad, y la define también como aquella obligación que va unida a la crianza de los niños teniendo en cuenta la garantía del cumplimiento de sus derechos fundamentales y el respeto por los mismos desde todo ámbito, pero también aclara que esta responsabilidad es compartida, es decir que no recae solo sobre quien tenga la custodia del menor sino que ambos padres deben hacerse cargo de todo el proceso de desarrollo de este.

Por otro lado, en cuanto a la suspensión de la Patria Potestad, es la Ley la única que puede en determinados casos suspenderla, bien sea por demencia de los padres, por larga ausencia o de acuerdo con el artículo 315 del Código Civil cuando ocurre la emancipación de acuerdo a las causales que se establecen allí.

Capítulo IV Línea jurisprudencial en materia de inasistencia alimentaria.

Línea jurisprudencial sentencia estructural: Sentencia 47107 de 2018

Tema: Delito de inasistencia alimentaria contra menores

Subtema: Afectación a derechos de carácter prevalente

Subregla: Por regla general nadie puede ir a prisión por deudas y por principio nadie está obligado a lo imposible; empero, cuando de violación al derecho fundamental de recibir alimentos en cuanto a los menores se trata, estos prevalecen y el concepto de deuda varía por no tener origen ni fin patrimonial sino de protección y subsistencia de los menores en Colombia, por lo que al momento de legislar y de fallar en derecho en materia de inasistencia alimentaria se tendrá como derrotero la protección al bien jurídico de la familia y la procura de la aplicación y protección de los Derechos Fundamentales de los menores sin que esto indique el desconocimiento de demás principios normativos del derecho penal y procesal penal.

Balance Constitucional: El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia.

Prima la protección de derechos de los menores, aunque eso no siempre signifique la imposición de una pena privativa de la libertad.

Escenarios Constitucionales: Dentro de las zonas de “choque” se encuentran el Artículo 28 de la Constitución Política el cual versa sobre la imposibilidad de ir a prisión por deudas; El artículo 44 como causa de la tipificación de la conducta y como punto álgido en cuanto a los

demás derechos que se puedan ver vulnerados con la tipificación de la conducta; El artículo 42 como protector de la familia y su papel de núcleo fundamental de la sociedad que puede verse afectado por la eventual separación ras fallos condenatorios; El derecho a la igualdad en el trato entre los deudores de otra clase de deudas de origen civil y quienes poseen deudas por concepto de alimentos.

Problema jurídico: ¿Es viable limitar derechos fundamentales como el de la libertad por concepto de deuda de alimentos como medida para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de los menores en Colombia?

	Sí	No
Sentencia 47107 de 2018 (Araquidónica dominante)	*	
Sentencia C-237 de 1997 (Fundadora de línea)	*	
Sentencia SP2163-2018		*
SP 19 rad. 21023 de 2006 (Consolidadora de línea)		*
Sentencia SP18927-2017 (Modificadora)		*
CSJ SP rad. 28.813 de 2008 (Sentencia reconceptualizadora)		*
Sentencia C-136/18	*	
C-022 de 2015 (Reconceptualizadora de línea)	*	
Sentencia C-984/02 (Sentencia dominante)	*	

De la sentencia arquidemica se desprenden las demás pronunciaciones tanto de la Corte

Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, en las que se puede observar como a pesar de los cambios legislativos que existieron en cuanto al cambio de código penal y demás legislación en materia de protección al menor, la tendencia ha sido siempre a proteger los derechos de los menores sin que el fin perseguido sea la reclusión del padre infractor, también es importante resaltar que la respuesta al problema jurídico en ningún momento fue un “No” rotundo pues la penalización o el sacrificio del derecho a la libertad en procura de proteger los derechos de los menores víctimas sí ha sido la respuesta de la Judicatura con la salvedad de abrir la posibilidad de que se concedan subrogados penales y/o beneficios como la prisión domiciliaria, situación que ha sido la más recurrente, es decir, a pesar de la tipificación de la Inasistencia Alimentaria las mayoría de las veces las altas cortes han concedido subrogados penales; Lo anterior nos hace pensar en dos circunstancias, por un lado el derecho penal sí ha sido la respuesta correcta pues ante la intimidación durante el proceso penal el padre infractor busca como cumplir a fin de evitar la condena y por el otro lado, esto representa solo un desgaste para la jurisdicción penal toda vez que en la mayoría de los casos tras un acuerdo se dan la terminación anticipada del proceso.

Análisis jurisprudencial:

Corporación: Corte Suprema De Justicia

Numero de sentencia: Sentencia 47107 de 2018

Fecha: 30 de mayo de 2018

Magistrado ponente: Patricia Salazar Cuéllar

Accionante: El Defensor.

Hechos: El 26 de abril de 2005 en el I.C.B.F. de Zipaquirá, A acordó con B suministrar

una cuota por concepto de alimentos por valor de \$105.000; desde septiembre de 2009, A dejó de cumplir con el referido acuerdo, motivo por el cual el 28 de abril de 2010 B madre de la niña, formuló querrela en contra de aquél por el delito de inasistencia alimentaria; el 12 de febrero de 2013 se efectuó otra conciliación, en la Fiscalía. Esta vez, A se obligó a pagar \$7.000.000 en 12 cuotas mensuales, compromiso que tampoco cumplió.

Antecedentes procesales: El 21 de noviembre de 2013, ante el Juzgado 4° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Zipaquirá, la Fiscalía formuló imputación a José Mauricio Castro Ballén como posible autor del delito de inasistencia alimentaria; el 9 de abril de 2014 ante el Juzgado 2° Penal Municipal con Función de Conocimiento de Zipaquirá, la Fiscalía acusó a José Mauricio Castro Ballén como probable autor del mencionado cargo; el juez dictó sentencia el 18 de agosto de 2015. Por estimar acreditada la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria, condenó a José Mauricio Castro Ballén a pena de prisión.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por el defensor contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2015, lo revocó y absolvió al acusado.

El apoderado de víctima interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda.

Fundamentos del accionante: El apoderado de la víctima formuló un único cargo por violación indirecta de la ley sustancial, por manifiesto desconocimiento de las reglas de

producción y apreciación de la prueba, fundado en falsos juicio de existencia e identidad y falso raciocinio.

Problema jurídico: ¿Es viable que habiéndose demostrado la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad de la conducta se alegue ausencia de responsabilidad penal por no demostrar capacidad económica del alimentante aun cuando a su nombre responsa el derecho de dominio de varios bienes inmuebles?

Consideraciones de la corporación: Ratio Decidendi, No, la remoción de los yerros de apreciación y valoración probatoria detectados conlleva a declarar probado que la sustracción de la obligación alimentaria por el acusado careció de justa causa y obedeció a la falta de voluntad de aquél para cumplir en su totalidad la deuda que reconoció en la conciliación. Ello implica que está acreditada la tipicidad tanto objetiva como subjetiva de su conducta en el art. 233 del C.P. Así, entonces, habiéndose afirmado por el *a quo* la antijuricidad y culpabilidad del comportamiento, sin que el Tribunal hubiera negado la responsabilidad por ausencia de tales categorías, es claro que el acusado debe ser condenado como autor de inasistencia alimentaria.

Decisión: Casar la sentencia impugnada. En consecuencia, la sentencia condenatoria proferida en primera instancia recobra vigencia.

Postura personal: Esta sentencia además de ser la más reciente sobre el delito de inasistencia alimentaria, resalta un tema de mucha importancia y es el de marcar la diferencia entre la capacidad económica que debe ser demostrada para calificar el dolo en la conducta al sustraerse sin justa causa de la prestación de alimentos y la liquidez económica que no es lo que

debe alegarse como causal del incumplimiento, en el caso concreto se demostró que el imputado era el dueño de varios bienes inmuebles, lo que da cuenta de su capacidad económica para adquirirlos y de la posibilidad de enajenarlos o producir económicamente con estos para poder cumplir con la responsabilidad de brindar alimentos a su hija, lo cual demuestra la existencia de una conducta omisiva-dolosa y lleva a la Corte a tomar la decisión de casar y por ende, validar la sentencia condenatoria de primera instancia.

Es de gran relevancia marcar un precedente en el cual se dejan claros cual es la correcta valoración probatoria, diferenciar capacidad y liquidez económica, prevalencia de los derechos de los menores por encima de los derechos de los otros consanguíneos, la demostración de que se buscó por todos los medios poder cumplir con la responsabilidad alimentaria y la omisión en la búsqueda de estos como prueba suficiente de la ausencia de una causa justa para cometer este delito; pero por otro lado, es importante recalcar la prevalencia del principio de la presunción de inocencia en el proceso penal y en razón de esto, la imposibilidad de que un proceso por inasistencia alimentaria se pueda presumir que se devenga un salario mínimo cuando no medie prueba certera sobre los ingresos económicos del imputado ya que se vulnera el principio ya mencionado.

Corporación: Corte Constitucional

Numero de sentencia: Sentencia C-237/97

Fecha: veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

Accionante: Arelys Cuesta Simanca

Hechos: el ciudadano Arelys Cuesta Simanca presenta demanda contra el artículo 263 del Código Penal, tal como fue modificado por el inciso primero del artículo 270 del Código del Menor, por considerar que dicha norma viola los artículos 13 y 28 de la Constitución.

Fundamentos del accionante: La accionante afirma que el artículo 263 del Código penal castiga a quien incumple la obligación alimentaria, lo cual para ella significa el sancionar a alguien por una deuda y dicho actuar contraría el artículo 28 de la constitución política.

“En el sistema capitalista, lo que se comprende en el concepto "alimentos" sólo puede ser adquirido mediante capital, por tanto, quien no los suministra incumple una obligación de carácter patrimonial y, en este sentido, el delito de inasistencia alimentaria que se castiga con prisión y arresto, desconoce la prohibición prevista en el artículo 28 de la Constitución”

Problema jurídico: ¿Es correcto afirmar que con el hecho normativo de tipificar la inasistencia alimentaria se está abriendo la posibilidad de condenar a alguien por una “deuda” y por ende vulnerando el artículo 28 Constitucional teniendo en cuenta que lo que se protege con este tipo penal no es el patrimonio económico sino el bien jurídico de la familia y los derechos de los menores de edad?

Consideraciones de la Corte: No, la expresión "sin justa causa" es un elemento normativo del tipo que permite al juez eximir de responsabilidad a quien incurra en la conducta de inasistencia alimentaria, con fundamento en causales legales o extralegales, distintas a las de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, y que impiden al obligado la

satisfacción de su compromiso, a pesar de su voluntad.

El artículo 28 de la Constitución que prohíbe la sanción privativa de la libertad "por deudas", se refiere a las obligaciones meramente patrimoniales, en las que el obligado que insatisface un crédito, vulnera los bienes materiales del acreedor. En la inasistencia alimentaria, se reitera, no se pone en riesgo el patrimonio del beneficiario sino su propia subsistencia. De ahí que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Pacto de Costa Rica", en el artículo 7 numeral 7 excluya de la prohibición de detención por deudas, a quien incumple los deberes alimentarios:

"Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita a los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios". (Cristian, 2013)

Decisión: Declarar la exequibilidad de la norma acusada.

Postura personal: Es preciso denotar la fecha de esta sentencia ya que en el año 1997 no se había promulgado aun el Código penal que hoy aplicamos (Ley 599 de 2000) y claramente no existían los límites impuestos por la Ley 1098 de 2006 como garante de los derechos de los menores, tampoco era de carácter oficioso su persecución como lo estableció la Ley 1542 de 2012, sin embargo, se dejó clara la diferencia entre una deuda comercial común y el carácter especialísimo que tiene el adeudo de alimentos a un menor, se comparte la postura de la Corte Constitucional que garantiza de forma efectiva que la deuda económica que surja por concepto de alimentos a un menor no sea tratada como una deuda común pues se trata de los únicos recursos de los que puede valerse un niño, niña o adolescente para su propia subsistencia, esto va

ligado al principio de solidaridad que por cierto es constitucional y ampara la protección que como familia y como sociedad debemos brindar a quienes por sus propios medios no pueden valerse aunado al sentido de responsabilidad que debe nacer en el momento en el que se decide procrear o adoptar e incluso cuando no fue decisión premeditada, por el hecho de que el embrión haya sido engendrado ya nace la obligación de velar por la protección tanto moral como económica que dicho ser de especial protección necesita.

Por otro lado, no se puede olvidar que la tipificación estable un “sin justa causa” que abre la posibilidad de que se exima de responsabilidad al indiciado bajo expresas justificaciones legales, lo que desvirtúa toda posibilidad de condenar a alguien a la ligera aun cuando se haya demostrado por todos los medios que realmente este no se encontraba en condiciones de cumplir, es decir, se hallaba en situaciones de fuerza mayor, para lo cual están previstas las circunstancias que constituyen la ausencia de responsabilidad penal, por lo tanto se están asegurando los derechos de los menores sin que se esté pasando al libre arbitrio por encima de las diversas circunstancias que llevaron al incumplimiento económico por parte de los padres.

Corporación: Corte Suprema de Justicia

Numero de sentencia: SP2163-2018

Fecha: trece (13) de junio de dos mil dieciocho (2018).

Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera

Accionante: La Corte de manera Oficiosa

Hechos: A puso en conocimiento que B padre de su hijo JSMG, nacido el 22 de febrero de 2001, se sustrajo sin justa causa, desde enero de 2006, de cumplir con el pago de la cuota

alimentaria pactada en el acta de conciliación 217 del 17 de marzo de 2004, suscrita ante la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, en donde se estipuló que aquél contribuiría en favor del menor con \$250.000 mensuales, monto que se incrementaría cada año conforme al porcentaje del salario mínimo legal, cuatro mudas de ropa y el 50% de lo que se cancelara por salud y educación

Actuaciones procesales: El 7 de octubre de 2014 el Juzgado Cuarto Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Piedecuesta impartió legalidad de captura por el delito de I.A. a B.

El 16 de diciembre siguiente se radicó escrito de acusación, el juicio oral inició el 25 de abril de 2017 y finalizó el 14 de agosto de esa anualidad, con anuncio de sentido de fallo condenatorio; el 18 de agosto se le Impuso a B la pena de prisión y se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria,

La providencia, apelada por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 6 de octubre de 2017. El apoderado del acusado recurrió en casación y la demanda correspondiente fue inadmitida.

Vencido el término de insistencia, regreso el asunto al despacho del Magistrado ponente para examinar oficiosamente, lo atinente al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Fundamentos del accionante: Al no presentarse insistencia, la Corte se centró en fallar de

acuerdo a lo expuesto en los antecedentes procesales.

Problema jurídico: ¿es procedente que se otorgue el subrogado penal de la suspensión de la pena en el caso de la inasistencia alimentaria cuando no medie reparación integral de la víctima, pero el pago de la misma se halle garantizada mediante caución?

Consideraciones de la Corte: Si, la solución anunciada tiene la virtud de satisfacer tanto el interés superior de los menores como la prevalencia de sus derechos y la necesaria reparación de los perjuicios ocasionados porque a la vez que no aleja al penado de su fuente de ingresos, posibilitándole continuar con el cumplimiento de la obligación alimentaria, y no se convierte en un obstáculo para que mantenga comunicación con sus menores hijos, prevé dentro de su régimen la estipulación de un plazo para indemnizar, so pena de revocatoria del subrogado.

Es que muchas veces de manera inconsciente se instala en la mente de los jueces un dilema inexistente: reparación o subrogado, cuando no hay exclusión entre ellos, como claramente surge del artículo 65 del Código Penal y del artículo 474 de la Ley 906 de 2004.

Decisión: Casar oficiosa y parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el sentido de conceder a Alberto Mantilla Pérez la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de tres (3) años, en los términos previstos en la parte considerativa de esta providencia

Postura personal: Como se ha manifestado en otros apartes de esta monografía, el interés

de los niños y el cumplimiento de sus derechos no se limitan únicamente al cumplimiento de la obligación económica por parte de los padres, esta también debe ir supeditada al acompañamiento moral y al derecho a permanecer con su familia. Una vez ha cesado el incumplimiento de la obligación por parte del padre y el mismo está cumpliendo con lo pactado además de haberse acogido a caución que garantiza el pago de una indemnización, continuar con la pena privativa de la libertad se convierte en un limitante en el que es ahora el Estado quien está vulnerando los derechos de los menores al convertirse la pena de prisión en la responsable de que el padre no pueda continuar devengando el salario que le está permitiendo cumplir con la obligación, además de que se pierde la eficacia simbólica propia de esta norma en la que lo indispensable no es que se sancione al infractor sino que se consiga la reparación de los derechos de los menores y de este modo salvaguardar la prevalencia de sus derechos, esta normatividad tiene la característica de ser de prevención especial, una vez se haya conseguido el fin de prevenir que se sigan vulnerando los derechos de los niños, el otorgar un subrogado penal viene siendo entonces la posibilidad de que cese la vulneración y que se le permita al infractor mantenerse en la posibilidad económica de seguir cumpliendo con el cuidado y responsabilidad respecto a sus hijos.

Corporación: Corte Suprema de Justicia

Numero de sentencia: SP rad. 21.023.

Fecha: 19 de enero de 2006

Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Accionante: El defensor.

Hechos: A finales de 1999, el señor A abandonó el hogar y se sustrajo en forma parcial a

la prestación de alimentos debidos a sus descendientes.

Fundamentos del accionante: El defensor argumenta que se le dio entendimiento equivocado a la expresión "sustraerse sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos".

Problema jurídico: ¿se considera sustracción sin justa causa en los casos en los que el denunciado cumple parcialmente con su responsabilidad alimentaria de acuerdo a su capacidad económica y no con la carga total de los gastos aun cuando la obligación debe ser solidaria entre los padres?

Consideraciones de la corporación: No, El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia.

En el caso concreto, en estas condiciones, es claro que el procesado se ha sustraído a sus deberes alimentarios. Pero también que no lo ha hecho de manera total y que, según lo admitió su ex esposa, ello no ha sido producto de su capricho, de su negligencia, sino de la imposibilidad de lograr mejores recursos. Además, cuando en forma temporal ha logrado algunos emolumentos, con ellos contribuye para cubrir algunas de las necesidades de sus hijos, uno de los cuales se encuentra bajo su cuidado total.

En ese orden de ideas, el incumplimiento parcial de la prestación encuentra fundamento, sustento, o, lo que es lo mismo, justa causa.

Decisión: Casar la sentencia proferida por el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá el 14 de enero del 2003, revocar el fallo del 5 de junio del 2002, emitido por el Juzgado 83 Penal Municipal de Bogotá. En su lugar, absolver a A de los cargos que por inasistencia alimentaria le fueron imputados.

Postura personal: Los hechos fueron cometidos a finales del año 1999 por lo que la infracción fue al artículo 263 código penal de 1980, sin embargo durante el trascurso del desarrollo de la Sentencia se observó la aplicación del principio de solidaridad que es uno sobre los cuales se basó la Constitución Política de 1991 y la actual Legislación Penal (Ley 599 de 2000 el cual incluye los términos “justa causa” como un factor importante al momento del proceso penal) para fundamentar la debida prestación de alimentos por parte de los representantes legales a sus hijos menores de edad, de este mismo principio se deduce la obligación compartida entre ambos y la responsabilidad de que en caso de que se demuestre la imposibilidad de uno de ellos para responder económicamente quien esté en mejores circunstancias tiene que asumir tal compromiso pues no se puede dejar desprotegidos a los menores por su condición de indefensión y vulnerabilidad.

Si bien, se observó que la carencia de recursos no exime de responsabilidad, que esta sea demostrada y debidamente probada se convierte en justa causa, en este caso, para cumplir de forma parcial con lo que su capacidad económica le permite, toda vez que cumplir con una cuota

fija le resulta imposible por las condiciones laborales que demostró. Esta es una de las sentencias que fundamentan la postura de la necesidad de buscar otros medios para la protección de menores pues el derecho penal no puede simplemente privar de la libertad a alguien que no cuenta con las condiciones económicas para asumir su responsabilidad y por lo tanto no se puede hacer más que absolver o justificar la sustracción de la prestación de alimentos.

Esta es una sentencia de gran importancia toda vez que despeja las dudas sobre la corresponsabilidad al momento de cumplir con la obligación alimentaria, aclara todo lo que incluye la expresión “sin justa causa” y marca la ausencia de responsabilidad cuando medie algunas de aquellas, señala los factores para hacer desaparecer la incriminación y reitera la no violación del artículo 28 constitucional en cuanto a la prohibición de ser condenado por deudas.

Corporación: Corte Suprema de Justicia

Numero de sentencia: SP18927-2017

Fecha: quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho

Accionante: Defensor

Hechos: La Fiscalía le atribuyó a A la conducta consistente en haberse sustraído, de manera injustificada y en forma continua, a la obligación alimentaria para con sus menores hijos G.A.A.C. y T.M.A.C. desde el 15 julio de 2008 hasta el 13 de agosto de 2015.

Antecedentes procesales: Se le fue formulada imputación el 28 de noviembre de 2013 el 21 de febrero de 2014, la Fiscalía Primera Local radicó escrito de acusación; formulación de

acusación: 27 de octubre de 2014 y 13 de agosto de 2015. Audiencia preparatoria: 25 de septiembre de 2015. Juicio oral: 16 de febrero y 15 de abril de 2016. En la segunda de estas sesiones se concluyó la actividad probatoria, se expusieron los alegatos de conclusión, se anunció el sentido condenatorio del fallo y se dio cumplimiento a lo previsto por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Por medio de sentencia leída el 10 de junio de 2016, Leonardo Iván Agudelo Hernández fue condenado, como autor responsable de inasistencia alimentaria.

Por otra parte, le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la prisión, el defensor impugnó, con miras a obtener la absolución de su patrocinado, el 22 de noviembre de 2016 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala Penal, confirmó integralmente el fallo de primer grado, oportunamente, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación.

Fundamentos del accionante: Sostuvo la existencia de violación directa de normas sustanciales por falta de aplicación del artículo 8. ° Del Código Penal que, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política, prohíbe la doble incriminación.

Problema jurídico: ¿Es válido que en razón de la minoría de edad de las víctimas dentro del proceso de inasistencia alimentaria se tenga en cuenta ese factor de la edad para hacer una doble valorización en el quantum de la pena a imponer?

Consideraciones de la corporación: No, la minoría de edad de las víctimas fue objeto, de

manera indebida, de una doble valoración, en desmedro del procesado, pues luego de que la consideró como razón para aplicar los límites punitivos del inciso segundo del artículo 233, en lugar de los del inciso primero, ese mismo hecho se empleó nuevamente como uno de los baremos para individualizar las sanciones, apartándose de los mínimos legales, sumando en un caso 3 meses de prisión y en otro 1.31 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

Por consiguiente, se precisa del fallo de casación para obtener la efectividad del derecho material y el respeto de una garantía debida al procesado *-non bis in ídem-*, cuyo quebranto es notorio y, además, trascendente.

Decisión: Casar parcialmente la sentencia demandada.

Postura personal: Es más que clara la prevalencia de los derechos de los menores y la importancia que estos tienen, sin embargo, esta no puede ser tomada a la ligera por los jueces y vulnerar derechos como el debido proceso y principios como la no doble incriminación a fin de proteger derechos que por cierto en el caso particular ya estaban siendo reparados por el condenado quien pagaba pena de prisión domiciliaria, siendo lo más importante que se cumpla con las necesidades del menor, imponer una pena de prisión cuya cuantificación se hizo violando principios y no conceder el beneficio de la suspensión de la pena aun cuando este está cumpliendo con una cuota mensual a fin de resarcir el daño causado implica una falla en el aparato judicial que en pro de la protección a menores está dejándolos en una vulneración mayor.

Corporación: Corte Constitucional

Numero de sentencia: Sentencia C-022/15

Fecha: 21 de enero de 2015

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

Accionante: René Ricardo Tocancipá Isaza

Hechos: El ciudadano, demandó la constitucionalidad de los artículos 1 (parcial) y 2 (parcial) de la Ley 1542 de 2012, modificatorios del artículo 74 de la ley 906 de 2004.

Fundamentos del accionante: Los apartes de las disposiciones acusadas, al eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, vulneran el artículo 42 de la Constitución Política, que establece la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el Estado y de la sociedad garantizar su protección integral, al impedir que las controversias sean resueltas en su interior.

Problema jurídico: ¿Constitucionalmente se violan los derechos fundamentales, la intimidad y los derechos de los menores consagrados en el artículo 42 C.N. al eliminar el carácter de querellable y desistible de los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar?

Consideraciones de la corporación: No, el legislador además de tipificar los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, cuenta con la potestad para definir y regular los requisitos o condiciones para la iniciación de la acción penal, cuestión objeto de regulación en las disposiciones sub examine; la eliminación de la querrela como requisito para la iniciación de la acción penal en los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, no contraría el

artículo 42 de la Constitución Política, en tanto persigue finalidades legítimas constitucionalmente, como lo son la protección de la vida, la salud, y la integridad de la mujer, la armonía y la unidad familiar, y resultan un medio idóneo, al contribuir a la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

Decisión: Declarar la exequibilidad de la norma demandada.

Postura personal: Además de lo ya expuesto por la Corte, no pondremos en duda que se persigue un fin y es la disminución de la violencia intrafamiliar y de la inasistencia alimentaria, sin embargo, en cuanto a la inasistencia alimentaria en particular, aun conservamos el punto de quiebre en cuanto a lo extremo de la medida al penalizar esta conducta, esto en razón de la desintegración familiar que se genera, además del soporte económico que se ve limitado y la separación de los menores bien sea del padre o de la madre condenado por este punible.

Capítulo V Posturas frente a la penalización de la inasistencia alimentaria.

No hay duda de que la inasistencia alimentaria es una conducta reprochable desde todo punto de vista, sin embargo, el hecho de que el tratamiento que se le dé sea el de un delito y por ende su sanción sea pena privativa de la libertad es lo que genera diversidad de posturas entre los entendidos en la materia; uno de los aspectos que se deben tener en cuenta es la congestión judicial que evidentemente sufre el sistema penal colombiano, el hacinamiento carcelario, la eficacia simbólica que tiene esta normatividad, la imposibilidad de generar el pago de la deuda en caso de ser condenado, entre otros tópicos que ponen en duda la efectividad de esta tipificación, sin embargo, no podemos desconocer que de no existir una sanción de este tipo en la realidad social actual sería un gran reto poder buscar el medio adecuado para evitar y sancionar este menoscabo a los derechos fundamentales de los menores.

A continuación, traemos a colación algunos de los argumentos que sostienen que la medida es propicia.

Argumentos en pro: Según (Villalba, 2017), afirmó en el diario la Opinión “De ninguna manera se puede excarcelar este delito. ¿Si en Colombia muchos irresponsables padres no pagan la cuota alimentaria con la amenaza de la cárcel, cómo será sin ésta? La inasistencia alimentaria no es un delito menor”.

De acuerdo a (Ley 170, 2004) “más que una congestión, lo que se evidencia con la multiplicidad de procesos en la materia es la efectividad que esta figura trae para la resolución de los conflictos de Inasistencia Alimentaria” postura durante el primer debate del Proyecto de Ley

170 de 2004.

La Ley 83 de 1946, el Decreto 1699 de 1964, la Ley 75 de 1968 y algunos Proyectos de Ley presentados entre 1956 y 1963, se afirmó que la necesidad del tipo penal de inasistencia, que en aquel entonces no era sólo alimentaria sino también moral, se encontraba en sus funciones intimidatoria y preventiva “culturizantes”, pues por medio de ella el legislador creaba conciencia ciudadana sobre los deberes de asistencia mutua.

Desde el momento cumbre de la creación del tipo penal, basándonos en el estudio de la normatividad mencionada en capítulos anteriores podemos inferir que, en términos generales, los argumentos que sirvieron de base para la penalización de esta conducta y que hoy podemos concebir como argumentos en Pro de esta se condensan en: la protección de las generaciones presentes y futuras, esto es razón de la necesidad de garantizar la formación de futuros adultos íntegros; en el mismo sentido, la protección de la familia como bien jurídico tutelado y que debe protegerse desde todas las esferas posibles; por otro lado, lo visiblemente ineficaz de la jurisdicción civil a la que siempre había pertenecido el tema de la guarda de los derechos a alimentos de los cuales son beneficiarios los menores además de la relación que guardan los derechos de los niños con la protección de las mujeres quienes generalmente son quienes reciben la custodia y cuidado de personal de aquellos.

Argumentos en contra: “El Estado, en lugar de buscar la verdadera razón del por qué se delinque, cuáles son sus causas y motivos, realizando el correspondiente diagnóstico y efectuar acciones tendientes a la solución de la problemática social, toma por el fácil sendero de aumentar

las penas, crear delitos y publicar ello a los cuatro vientos sin que se vean resultados positivos”. (Solano, 2018)

Por su parte, para Ortiz Lagos y Duarte Avendaño, especialistas en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar sostienen que “la penalización del delito de la inasistencia alimentaria en Colombia, no fue una solución real y concienciada a la problemática. La tipificación del hecho como un delito trajo consecuencias que ponen de manifiesto el empeoramiento de la situación de quienes viven las consecuencias, en este caso los alimentados, pues además de no contar con el mínimo vital, tienen que cargar con el hecho de tener un familiar dentro de la prisión”. (Duarte Ana, 2015)

Desde la Fiscalía General de la Nación la posición es clara, “este tipo de medidas carcelarias lo que logran es separar a las familias y obstaculizar la entrada de dinero para el sostenimiento del menor, toda vez que si el padre se encuentra en prisión se extiende el incumplimiento de la obligación alimentaria” afirmó el Fiscal General de la Nación frente a la posible despenalización de la conducta. (Ámbito Jurídico, 2017)

Postura personal frente a la penalización de la inasistencia alimentaria: Es evidente que con el delito de inasistencia alimentaria no se vulneran meros derechos económicos sino que se observa la vulneración de derechos fundamentales de los menores, por lo cual las soluciones deben ser eficaces, pues como bien es sabido, este no es un delito de resultado, es decir, no se espera la consumación de la violación de un derecho sino que la sola sustracción de la responsabilidad parental ya configura la violación de los mismos y se prolonga mientras dure

dicha sustracción, es por esto que deben procurarse mecanismos protectores de estos derechos que sean ágiles y que impidan que la comisión de la conducta se extienda, pero esto no quiere decir que el Estado deba recurrir a soluciones desesperadas y poco planeadas que terminen agrandando el problema y en consecuencia vulnerando las garantías de los menores.

Justamente por la urgencia que requiere la atención de esta situación, se considera un punto a favor haber cambiado el carácter querellable de este delito, pues bien, si tuviera que mantenerse esta conducta como un punible entonces debe garantizarse desde todo el campo penal que el acceso a la protección de estos derechos y bienes jurídicos sea efectiva y por ende debe eliminarse todo obstáculo que extienda el tránsito jurídico penal en búsqueda de asegurar que las condiciones de vida de una de las poblaciones más vulnerables sea la adecuada.

El derecho debe estar cerca de aquellos ciudadanos que buscan en la justicia penal una solución frente al incumplimiento por parte de uno de los progenitores pues la realidad social muestra que las personas que más acuden a la justicia por razones de incumplimientos en la asistencia alimentaria son aquellas que pertenecen a estratos socioeconómicos bajos, pretender crear todo un proceso formal y extenso para la consecución de una respuesta frente a su necesidad es violar sus derechos al acceso a la justicia y es poner lo procedimental sobre lo sustancial. Que ya no sea necesario agotar un requisito pre procesal, sino que la justicia esté presta para brindar el auxilio jurídico de inmediato es un aspecto positivo que blinda a las familias que se ven inmersas como víctimas en esta situación.

Otra condición importante es el hecho de no poder desistir de la acción penal una vez esta

esté en marcha, que sea un delito perseguido de oficio garantiza que las víctimas directas realmente se vean beneficiados con el cumplimiento de la obligación de sus padres con respecto a sus alimentos y no se acuda a la justicia de forma arbitraria y al final por capricho de quien interpuso la acción no se aseguren los derechos de los menores sino que se genere un desgaste judicial, además de las innumerables situaciones en las que el padre infractor constriñe al padre denunciante para que le sea retirada la respectiva denuncia y de igual forma se desprotejan los menores; reiteramos, tratándose de niños, niñas o adolescentes sea cual sea la medida que se tome para protegerlos esta debe ser elaborada con el mayor tacto y las garantías jurídicas existentes, no poder desistir de la acción penal una vez el Estado a través de las Fiscalía General de la Nación conoce de la situación de vulnerabilidad los menores representa la posibilidad de aumentar la protección Estatal de cara a la infancia y adolescencia.

Sin embargo, aunque pueda parecer contrario, la posición que se adquiere es tendiente a la no penalización, es decir, si bien esta ya hace parte del ordenamiento jurídico penal deben brindarse las mayores garantías para que desde esa jurisdicción se preserve el derecho a los alimentos de los menores, empero, cumplir con una condena en la que se priva de la libertad al infractor ocasiona la imposibilidad de que este cumpla con su responsabilidad económica al limitar la posibilidad de laborar, aumenta el hacinamiento en las cárceles colombianas, desgastan la función judicial, priva a los menores de una figura materna o paterna, acerca a los menores a un ambiente carcelario con todas las implicaciones psicológicas que esto conlleva en su desarrollo, en el mismo sentido, no se puede dejar de lado el carácter garantista que debe tener el derecho penal, ser aquella jurisdicción a la que se acude cuando ninguna otra vía pudo solucionar la problemática, en el caso concreto, la penalización de esta conducta implica que ya debió

buscarse por todas las posibles vías otro medio de solución y de control, el derecho penal no puede ser la solución ante una situación que no pudo ser resuelta desde la vía civil, el Estado debe procurar nuevas estrategias alternativas de solución no un cambio de jurisdicción y una imposición de penas privativas de la libertad sin una política criminal y un estudio interdisciplinario que indique con datos precisos y abarcando desde lo individual, lo familiar, lo social, e incluso lo que representa para la rama judicial la creación de tipos penales sin haber agotado otras instancias menos agresivas tanto para la niñez, como para las familias y para el infractor.

5.1 Balance de procesos adelantados por el punible de inasistencia alimentaria en Ocaña N.S.

En uso del derecho fundamental a presentar peticiones respetuosas de acuerdo con el Artículo 23 de la Constitución Política y lo dispuesto en la Ley 1755 de 2005 radicamos ante el Centro Penitenciario y Carcelario La Modelo de Ocaña N.S. un derecho de petición en el que se solicitaron cifras de personas que ingresaron condenados por el Delito de Inasistencia alimentaria con el único fin de ilustrar la realidad práctica de la penalización de esta conducta en el municipio de Ocaña Norte de Santander, ver apéndice A.

Capítulo VI Solución al cuestionamiento planteado.

¿Qué hace que la conducta de inasistencia alimentaria esté contenida en el Derecho Penal si este se considera como ultima ratio, además de los motivos jurídicos que tuvo en cuenta el legislador para considerar que era conveniente, constitucional y apropiado cambiar el carácter de queréllale de esta conducta y perseguirla de oficio?

La intervención del Derecho Penal en el ámbito social debe ser reducida a lo mínimamente posible a fin de evitar responder ante cada problemática con el rigor del ámbito penal; a esto se debe el carácter subsidiario de aquel pues debe atender las situaciones sociales que no pudieron ser resueltas de ningún otro modo y que cumplan con los requisitos ya mencionados en acápite anteriores para ser considerados como conductas criminales.

Lo que hoy posiciona a la inasistencia alimentaria como delito no es el detrimento patrimonial que pueda representar, tampoco es un intento de convertir en crimen la pobreza o la incapacidad económica para suplir las necesidades del alimentante, el estudio tanto jurisprudencial como legal y constitucional nos permite deducir que su carácter de delito fue atribuido con el único fin de extremar el control y cuidado al que está obligado el Estado Colombiano en materia de garantías en favor de los niños, niñas y adolescentes al observar la ineptitud del Derecho Civil para formular respuestas efectivas que contrarrestaran la creciente demanda de alimentos por parte de uno de los padres de los menores ante su jurisdicción.

Como se observa en el desarrollo de esta investigación la postura jurisprudencial se ha inclinado a la protección del bien jurídico de la familia y a optar por soluciones menos drásticas

que la de condenar a pena de prisión a fin de evitar vulnerar otros derechos de los niños con el fin de proteger algunos otros.

En uno de esos tantos casos, fue la misma Corte Suprema de Justicia la que concede el beneficio de prisión domiciliaria. Esto deja ver como la justicia lo que realmente está buscando con la tipificación de esta conducta es procurar el goce efectivo de los derechos de los menores que deben ser garantizados por los padres de familia y ante el constante incumplimiento de estos se acogió como única medida el coaccionar mediante la intimidación frente a una posible pena de prisión.

Se insiste en el tinte desesperado que tuvo esta medida pues es evidente que solo se busca el cumplimiento de la responsabilidad económica y se deja de lado la responsabilidad moral y afectiva.

Por otra parte, el carácter querellable que fue erradicado por medio de la Ley 1542 de 2012, en cuanto a las pautas del cuestionamiento: conveniente, constitucional y apropiado, se justifica como conveniente al tratar de agilizar el proceso de acceder a la justicia penal como última opción para buscar el cumplimiento de una obligación alimentaria, aunque uno de los contra que podemos denotar allí es el congestionamiento de la vía judicial en la que primeramente se buscará una conciliación tal como funcionaba anteriormente solo que ahora se busca dentro de un proceso penal.

En cuanto a la Constitucionalidad, esta Ley buscó dentro de la adecuación constitucional

aumentar el campo de protección a las mujeres y a la niñez colombiana, en procura de garantizar los derechos constitucionales que les son propios y que la costumbre mostraba como vulnerados de manera constante y continúa.

En otro orden de ideas, se debe señalar que el carácter de esta norma es de ser eficaz simbólicamente, en otras palabras, el Artículo 233 de la Ley 599 de 2000 plasma el sentido en el que el derecho no persigue el único fin de sancionar o castigar sino que debe ir en búsqueda de la consecución de un fin, en este caso el fin a lograr es el cumplimiento de la obligación adeudada independientemente de si el infractor va o no va a la cárcel, es precisamente por esta eficacia simbólica que consideramos que se puede acudir a otra jurisdicción empleando el mismo concepto, tratar desde la jurisdicción civil y de familia con las herramientas que ya han sido otorgadas por la Ley que permitan eximir del Derecho Penal el asunto de la Inasistencia Alimentaria y de esta forma buscar que cada asunto sea tratado de acuerdo a su naturaleza.

Conclusiones

Colombia ha sido un país caracterizado por un movimiento normativo bastante dinámico, la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, han estado a merced de la sociedad a fin de garantizar lo plasmado en el Artículo 2 de la Constitución Política de 1991, los fines esenciales del Estado.

El bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la Legislación han procurado siempre el cuidado de los derechos fundamentales de los menores en el país, tan es así que se analizó la existencia de la variada normatividad encaminada a la salvaguarda de dichos derechos; las comisarías de familia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las Inspecciones de Policía están equipadas para brindar la posibilidad de que de manera amigable se celebren conciliaciones en cuanto a la fijación de cuotas alimentarias en caso de separación entre los padres o en caso de hijos extramatrimoniales, la jurisdicción civil prevé la posibilidad de acudir a esta en caso de que lo primero no haya arrojado acuerdos conciliatorios y la jurisdicción penal consigna la tipificación de la Inasistencia Alimentaria como delito una vez haya sido incumplido lo que ante las anteriores instancias se pactó, todo el ordenamiento jurídico en materia de infancia y adolescencia se ve direccionado hacia la protección especial y prevalente de los derechos tanto internacionalmente reconocidos y aceptados por Colombia mediante la ratificación de tratados, como los constitucionalmente amparados por la legislación.

La obligación de garantizar los derechos de los menores es solidaria, es decir, no recae solo sobre los padres, sino que esta es de carácter familiar, social y Estatal, por lo cual el Estado no puede permitir que sean los padres o la sociedad los que vulneren los derechos de los menores de ninguna manera, en ese sentido se han habilitado todas las instancias anteriormente mencionadas

con el fin de asegurar el desarrollo de los infantes y adolescentes para que de acuerdo a la condición socioeconómica familiar se les garanticen por los menos los estándares mínimos de calidad de vida.

El ideal sería que cada niño se viera privilegiado con el goce efectivo de todos y cada uno de sus derechos, sin embargo, la realidad social muestra la tajante vulneración que se presenta respecto a estos, como se pudo observar actualmente hay en el municipio, Ocaña N.S., 11 padres condenados por el delito de Inasistencia Alimentaria pagando pena de prisión intramural (ver apéndice), esto sin mencionar aquellos procesos en los que no se llega a una condena debido a la terminación anticipada del proceso pero que de igual forma indica que la vulneración está presente. Esta situación es la causa de que actualmente se tomen medidas extremas como es la de acudir al Derecho Penal y el Estado se vea obligado a privar de la libertad a quienes no asumen la responsabilidad parental adecuadamente.

La importancia de la protección de los menores radica en que no solo se les está violando el derecho a alimentarse sanamente sino que además se les vulneran derechos como: la vida, la seguridad social, el vestido, la integridad física, la salud en conexidad con la vida, la recreación, y todos los que de estos se deriven, en el mismo sentido se vulnera la obligación de carácter constitucional de asistir y proteger al niño y brindar el cuidado necesario dada su condición de vulnerabilidad, en atención a estas vulneraciones el Estado consideró conveniente penalizar dicha conducta dado que la Jurisdicción civil resultó ser incompetente para ello.

También es importante precisar que, como se vio en los elementos del tipo penal que

describimos, solo el representante legal bien sea el progenitor o el adoptante puede ser investigado por este delito pues es imprescindible que exista el vínculo que genera la obligación moral y legal para con el alimentario, una vez demostrada esta relación filial de primer grado bien sea por el Registro Civil de Nacimiento o tras un proceso de demostración de paternidad o maternidad mediante prueba de ADN y ante el incumplimiento de la obligación ya se puede iniciar el trámite legal que debe terminar en el restablecimiento de los derechos del menor a gozar de los alimentos que fueron vulnerados con la conducta omisiva de cualquiera de los padres.

El delito de Inasistencia Alimentaria es doloso, pues este se comete en el momento en el que el padre o madre decide sin una causa justa sustraerse de la obligación que sabe que tiene y que pudiendo cumplirla no lo hace ni busca los medios para solventarla, por lo cual se presume como un acto de su voluntad aun conociendo los resultados que tendrá sobre la vida presente y futura del menor; ante el inicio del proceso penal existe la posibilidad de evitar que el infractor evada su responsabilidad pues al contener como víctima a un menor de edad se puede solicitar ante el Juez la imposición de medidas cautelares que imposibiliten la salida de este del país una vez se haya comprobado que el aquel tiene la posibilidad económica para responder.

No se puede dejar de lado la situación del victimario dentro del proceso penal, por esto, es importante recalcar que de acuerdo a la jurisprudencia vigente estudiada a lo largo de esta investigación es dable la terminación anticipada del proceso sin que esto implique un detrimento o desprotección de los menores, ya que es condición indispensable asegurar el interés superior del niño de acuerdo con lo establecido en la Ley 1098 de 2006 y demás normatividad estudiada,

la posibilidad de esta terminación por medio de conciliación o indemnización integral se otorga únicamente cuando se garantiza que los derechos van a ser restablecidos y el menor no va a estar expuesto a la continuidad de la vulneración, lo cual se asegura por medio del pago del valor adeudado o de la demostración fidedigna de un plan para conseguir pagar lo adeudado. Siendo este el caso, la Fiscalía podrá solicitar la preclusión de la investigación favoreciendo al procesado y a los menores.

Es por eso que consideramos que tratar penalmente un asunto que generalmente se soluciona sin llegar a una sentencia condenatoria es un desgaste demasiado innecesario, y por otro lado los procesos que si terminan en sentencia condenatoria resultan igualmente contraproducentes pues se vulnera el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella, además de la imposibilidad de trabajar mientras se paga la condena.

Cumplir con el pago de la obligación económica no garantiza que los padres después de haber estado inmersos en un proceso penal cumplan con la responsabilidad moral de brindar afecto, crianza adecuada, compañía y todo lo que forma parte de un desarrollo integral, el trato penal garantizaría únicamente el pago monetario pero la jurisdicción es inepta para garantizar la protección integra de los derechos del menor, por lo que el Estado debe procurar soluciones alternas y simultaneas a la aplicación del mero Derecho Penal para conseguir realmente el fin que no es otro que la garantía del cabal cumplimiento de la prevalencia de los derechos de los menores como responsabilidad conjunta.

Referencias

Congreso de Colombia. (05 de julio de 2012) Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. [Ley 1542 de 2012]. DO: 48.482.

Congreso de Colombia. (1 de septiembre de 2004) Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2000]. DO: 45.658.

Congreso de Colombia. (24 de julio del 2000) Código de Procedimiento Penal. [Ley 600 de 2000]. DO: 44.097.

Congreso de Colombia. (24 de julio del 2000) Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.

Congreso de Colombia. (31 de diciembre de 2007) Por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, Código Penal. [Ley 1181 de 2007] DO: 46.858

Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006) Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446.

Corte Constitucional, Sala Plena. (01 de enero de 2000) Sentencia C-1646-00. [MP Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional. (21 de enero de 2015) Sentencia C-022-15. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de junio de 2018) Sentencia SP2163-2018. [MP Eyder Patiño Cabrera]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de noviembre de 2017) Sentencia SP19806-2017. [MP José Francisco Acuña Vizcaya]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de mayo de 2018) Sentencia 47107-2018. [MP Patricia Salazar Cuéllar]

Cristiaán, L. (2013). *Scielo*. Obtenido de Scielo:
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v20n1/art15.pdf>

Espinosa, M. J. C. (1992). Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Temis.

Forero, B.J.M (1998). Constitución política de Colombia:(comentada). Temis.

García Amado, J. A. (2003). Filosofía hermenéutica y derecho.

Herrera, E. M. S. (2007). La Dogmática de la teoría del delito: Evolución científica del sistema del delito (Vol. 16). Univ. Externado de Colombia.

Huertas, O., Charrys, R., Archila, C.M. y Archila, J.E. (2016) El Delito de Inasistencia Alimentaria. Editorial Ibáñez 1ª Reimpresión.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF. (2015). Concepto 97 de 2015. Fuente: Archivo interno entidad emisora.

Jiménez Suárez, C. G. (2016). Tratamiento punitivo en el delito de inasistencia alimentaria. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/15164>

Moya, V. (2000). El delito de inasistencia alimentaria. Apuntes para una interpretación sistemática del tipo. Revista de Derecho Penal y Criminología, 21(68).

Sierra, D., (2018). Tópicos de la Línea Jurisprudencial: Definición Estricta. [Entrada de Blog]. Comunidad Jurídica del Conocimiento. Recuperado de http://www.conocimientojuridico.gov.co/topicos-la-linea-jurisprudencial-definicion-estricta/#_ftn1

Tamayo Jaramillo, J. (2013). Manual de hermenéutica jurídica. Análisis constitucional, legal y jurisprudencial, Extracto adaptado y adicionado de la obra “La decisión judicial”, Díké, Medellín.

Zota Bernal, A. C. Inasistencia alimentaria: una aproximación desde la justicia interseccional (Doctoral disertación, Universidad Nacional de Colombia-Sede Bogotá).

Villalba, R. (15 de Mayo de 2017). *Olapolitica*. Obtenido de Olapolitica:

<http://olapolitica.com/opinion/la-inasistencia-alimentaria-excarcelable/>

Solano, I. & Reina, C (2018). *Efectividad de la accion penal contra el delito de inasistencia alimentaria caso Fiscalia de Guamal - Meta* (Tesis de Pregrado) Universidad de La Costa CUC Obtenido de

<http://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/104/86043549%20-%2086058790.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Duarte A, & Ortiz, H. (2015). *Depenalizacion del delito de inasistencia alimentaria en Colombia* (Tesis de Especializacion) Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de Universidad Militar Nueva Granada:

<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/14117>

Ambito Juridico. (16 de Mayo de 2017). *Ambito Juridico*. Obtenido de Ambito Juridico:

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/congreso/civil-y-familia/inasistencia-alimentaria-debe-dejar-de-ser-delito#fb-root>

Apéndice

su ejercicio se garantiza la vigencia de otros derechos constitucionales, como los derechos a la información y a la libertad de expresión.

RESPUESTA

En atención a su petición esta dirección se permite informarle que durante los años 2018 y 2019 han ingresado al Establecimiento Penitenciario Y Carcelario De Mediana Seguridad De Ocaña ocho (17) personas por el punible de *inasistencia alimentaria*; y en la actualidad incluyendo las PPL que disfrutaban del beneficio de prisión domiciliaria tenemos once (11) personas a nuestro cargo por el delito de *inasistencia alimentaria*.

Visto lo anterior espero haber dado una respuesta satisfactoria a su petición.

Atentamente,



Dra. INGRID MAYERLIN PINZON BASTO
 Directora Establecimiento Penitenciario y Carcelario De Mediana Seguridad Ocaña