

**INASISTENCIA ALIMENTARIA: CRÍTICA DEL TIPO PENAL EN LA
LEGISLACIÓN COLOMBIANA.**

**JAVIER IVÁN ALFONSO GARCÍA
FABIÁN CAMILO MARTÍNEZ GUERRERO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2005**

**INASISTENCIA ALIMENTARIA: CRÍTICA DEL TIPO PENAL EN LA
LEGISLACIÓN COLOMBIANA.**

**JAVIER IVÁN ALFONSO GARCÍA
FABIÁN CAMILO MARTÍNEZ GUERRERO**

MONOGRAFÍA DE GRADO

**DIRECTOR
DR: JAIRO ACOSTA ARISTIZABAL**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2005**

Doctora

ELISA URBINA SANCHEZ

Directora Centro de Investigaciones

Facultad de Derecho

Universidad Santo Tomás-Bogotá

Apreciada doctora

Me complace dejar a su disposición mi concepto como director de la Monografía de grado titulada “INASISTENCIA ALIMENTARIA: CRÍTICA DEL TIPO PENAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA” presentada por los egresados Javier Iván Alfonso García y Fabián Camilo Martínez Guerrero, en la cual se desarrolla con profundidad y seriedad metodológica un estudio crítico sobre la actual regulación nacional del delito de Inasistencia Alimentaria.

Frente a las tendencias expansivas del derecho penal, los egresados abordan el problema de la despenalización de este tipo delictivo, justificando a la luz de los altos índices de denuncias que genera y de la esterilidad de las respuestas ofrecidas por el Estado para su prevención y represión a través del derecho penal.

Siguiendo el ejercicio ineludible de articulación del modelo de estado con el sistema punitivo, ofrecen los autores del trabajo el propósito claro de revisar la compatibilidad de alternativas que permitan la exclusión del delito de inasistencia alimentaria del ordenamiento punitivo.

A través de un método teleológico sistemático abordan los aspirantes el estudio, exploran el estado actual del arte en la interpretación normativa y aplicación sancionatoria, pasando por la evolución patria de la conducta señalada y por la actualidad jurisprudencial y doctrinaria comparada para concluir con unas críticas que refrescan con una propuesta.

Se trata a mi juicio de un trabajo serio y completo que con creces reúne los requisitos exigidos para efectos de ser sometido a consideración de los correspondientes jurados.

Atentamente,

JAIRO IGNACIO ACOSTA ARISTIZABAL

Director de la Monografía de grado.

Bogotá D.C., 20-06-2005

Doctor

ÁLVARO ECHEVERRI URUBURU

Decano

Facultad de Derecho

Universidad Santo Tomás de Aquino

ESM

Señor Decano,

Cordialmente me dirijo a Usted para dar alcance al documento del pasado dos de junio, mediante el cual me fue solicitado rendir concepto sobre la tesis de grado titulada, "Inasistencia Alimentaria: Crítica del Tipo Penal en la Legislación Colombiana", escrita por los egresados JAVIER IVÁN ALFONSO GARCÍA y FABIÁN CAMILO MARTÍNEZ GUERRERO.

Habiendo estudiado el trabajo, encuentro que observa las exigencias metodológicas convencionales, teniendo en cuenta que se trata, fundamentalmente, de un trabajo histórico-descriptivo.

Su desarrollo es consecuente con las ideas centrales y, las conclusiones concuerdan con aquéllas.

Así mismo, se basa en una bibliografía apropiada y moderna, trata el delito en cuestión tanto desde la óptica nacional como internacional y, habiendo realizado

una amplia introducción en dogmática penal, la explicación del tipo se ofrece consecuente con el método científico del derecho criminal.

Por lo anterior me permito emitir concepto favorable del trabajo.

Cordialmente,

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS

Docente Facultad de Derecho

Universidad Santo Tomás de Aquino

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

- I. ESTADO SOCIAL DE DERECHO
- II. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL
- III. POLÍTICA CRIMINAL
- IV. DOGMÁTICA PENAL
- V. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL
 - 1. PRINCIPIOS
 - 1.1. DIGNIDAD HUMANA
 - 1.2. MÍNIMA INTERVENCIÓN
 - 1.3. PROPORCIONALIDAD
 - 1.4. LESIVIDAD Y BIEN JURÍDICO
 - 2. CARACTERÍSTICAS
 - 2.1. LIBERAL
 - 2.2. GARANTIZADOR
 - 2.3. FRAGMENTARIO
- VI. TEORÍA DE LA PENA
 - 1. TEORÍAS ABSOLUTAS
 - 2. TEORÍAS RELATIVAS
 - 2.1. PREVENCIÓN GENERAL

- 2.1.1. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA
- 2.1.2. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA
- 2.2. PREVENCIÓN ESPECIAL
 - 2.2.1. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA
 - 2.2.2. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA
- 3. TEORÍAS UNIFICADORAS

CAPÍTULO SEGUNDO

- I. SISTEMAS LEGISLATIVOS DE LA INASISTENCIA ALIMENTARIA
 - 1. SISTEMA FRANCO-BELGA
 - 2. SISTEMA ITALIANO
 - 3. SISTEMA POLACO
- II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS
- III. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA
 - 1. SUJETO ACTIVO
 - 2. SUJETO PASIVO
 - 3. CONDUCTA
 - 4. OBJETO JURÍDICO
 - 5. OBJETO MATERIAL
 - 6. INGRADIENTES NORMATIVOS
 - 7. ASPECTOS PROCESALES
- IV. LEGISLACIÓN COMPARADA
 - 1. ESPAÑA
 - 2. MÉXICO
 - 3. PERÚ
 - 4. SALVADOR
 - 5. BRASIL
 - 6. BOLIVIA

- V. TRATAMIENTO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA
 - 1. ASPECTOS SUSTANTIVOS
 - 1.1. CONCEPTO DE ALIMENTOS
 - 1.2. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA
 - 1.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS ALIMENTOS
 - 1.4. CLASIFICACIÓN DE LOS ALIMENTOS
 - 1.5. REQUISITOS
 - 1.6. BENEFICIARIOS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA
 - 2. SANCIONES
 - 3. ASPECTOS PROCESALES
- VI. SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR Y COMISARIAS DE FAMILIA

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS ESTADÍSTICO

CRÍTICA DEL TIPO

- 1. CRÍTICA DESDE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL
- 2. CRÍTICA DESDE LA DOGMÁTICA Y LA TEORÍA DE LA PENA

I. AGRAVANTE DEL ALZAMIENTO DE BIENES

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Dedicamos este trabajo a nuestros padres Melania, Juan, Teresa y Fernando. Ustedes son el ejemplo de lo que queremos ser como personas.

INTRODUCCIÓN

Se suele recurrir al derecho penal como tabla de salvación para controlar las conductas que aparentemente se hacen inmanejables; sin embargo, y a pesar de que el empleo del sistema penal del Estado no puede servir para apagar incendios, el legislador toma el camino fácil de la incriminación de nuevas conductas, del endurecimiento punitivo y en general de las reformas inconsistentes para dar una “rápida” respuesta a los fenómenos que aquejan a la sociedad.

Es claro que el derecho penal es un instrumento del Estado que debe emplearse con la mayor cautela posible; a través de él se afectan los derechos y las libertades por las cuales esta constituida la sociedad. Por esta razón, se han elaborado diferentes teorías dentro de las que se enmarca la actuación punitiva del Estado y estas existen para ser tenidas en cuenta.

El presente trabajo es el fruto de los cuestionamientos surgidos al comparar los conocimientos dogmáticos obtenidos en las aulas de clase cuando estudiábamos materias como Introducción al Derecho Penal, Teoría del Delito, Derecho Penal Especial, Criminología etc., con las experiencias obtenidas en el transcurso de las prácticas del Consultorio Jurídico, específicamente cuando actuábamos como defensores de oficio de los denunciados por Inasistencia Alimentaria, así como cuando prestábamos asistencia jurídica a personas que por diferentes

circunstancias no estaban en capacidad de proporcionarse el sustento alimentario básico y requerían de nuestra colaboración para obtenerlo.

Estas experiencias nos llevaron a preguntarnos si es el delito de Inasistencia Alimentaria en la legislación colombiana consecuente con los fines del Derecho Penal y con la Política Criminal del Estado Social de Derecho, cuestionamiento que pretendemos responder con el desarrollo de esta investigación.

Indiscutiblemente, la problemática que gira en torno a la cuestión alimentaria se encuentra estrechamente relacionada con la situación de un país como el nuestro, agobiado por un alto índice de desempleo, inflación, pobreza, analfabetismo, corrupción, impunidad, entre muchas otras circunstancias, lo que sirve para entender la realidad de las condiciones sociales por las que estamos atravesando y el motivo por el cual día tras día los problemas al interior de la familia, incluido el de la Inasistencia Alimentaria, se hacen más notorios.

Con la búsqueda de respuestas extrapenales a este fenómeno no pretendemos desproteger a todas las personas que son privadas de manera injustificada de sus derechos alimentarios ni mucho menos alabar la conducta de algunos individuos que no cumplen con sus obligaciones familiares. Al contrario, intentamos encontrar la mejor manera de que estas obligaciones lleguen a ser cumplidas efectivamente con la intermediación de la rama del derecho que ha sido creada para estos fines y con la que creemos que se puede efectuar un mejor manejo y control de esta situación.

Derivado de lo anterior, buscamos que se de en realidad un tratamiento dogmático del Derecho Penal, que cumpla con los postulados filosóficos para los que fue creado y que brinde el mayor número de garantías posibles al individuo que se ve inmerso en su dinámica; de tal forma que el poder punitivo cuente con un verdadero control que permita desarrollar los principios que lo rigen y que se

desprenden de la Constitución para que de esa forma colabore con la constante evolución que experimenta el saber jurídico.

También queremos resaltar, que no es acudiendo a la expedición de normas que regulen y ordenen diferentes circunstancias, sin efectuar un análisis de fondo de las consecuencias que se derivan de éstas, que se logra realizar un control efectivo del problema alimentario; por el contrario, con la implementación de políticas serias por parte del Estado, que produzcan resultados satisfactorios que sirvan para mejorar las condiciones de vida de todos los habitantes del territorio Colombiano es que se logra combatir este flagelo. Cuan lejos de la realidad están algunas normas de la Constitución, los Códigos y las diferentes leyes, que parecen que estuvieran dirigidas para un país totalmente diferente al nuestro.

La Política Criminal de un Estado como el nuestro no puede estar enfocada a penalizar cualquier tipo de conductas que generen problemas para el conglomerado social, basándose en la amenaza de pena para ejercer un control, puesto que no es a través de la intimidación que se solucionan los conflictos familiares. Una orientación como la anteriormente mencionada es totalmente incompatible con un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en donde prime la dignidad de la persona.

En varias oportunidades (Sentencias C-237 de 1997 y C-984 de 2002), la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la exequibilidad de la norma que consagra el delito de Inasistencia Alimentaria encontrándola ajustada a la Carta, sin embargo, en aquellas decisiones el alto tribunal ha manifestado de manera expresa que tanto la tipificación del delito como la eficacia de esta norma son cuestiones que no puede entrar a valorar dado que son asuntos que incumben de manera directa a otros organismos encargados de la política criminal del Estado colombiano.

Puede verse desde ya que son muchos los flancos que debe cubrir la actuación del Estado para la solución de un problema concreto como el de la Inasistencia Alimentaria, igualmente son muchos los factores que se deben tener en cuenta para proponer alternativas de solución para problemas concretos como el abordado.

Para tal efecto esta investigación está dividida en tres partes que pretenden analizar los principales componentes del problema en lo que al campo jurídico se refiere: en la primera se encontrarán los fundamentos propios del sistema de Estado que se plasmó en la Constitución de 1991, la relación de la Constitución con el Derecho penal y la Política Criminal, así como los fundamentos dogmáticos del Derecho Penal, junto con las finalidades que se pueden perseguir al momento de la implantación de una pena. Con este capítulo se pretende mostrar cómo existen principios dentro del ordenamiento que limitan la potestad legislativa de incriminar conductas, y por qué deben ser respetados estos principios.

En la segunda parte se hará un estudio de la evolución jurídica que en materia penal ha sufrido el delito de Inasistencia Alimentaria, junto con su actual desarrollo dogmático, el manejo que se le ha dado a la figura en el derecho comparado, así como el tratamiento que se hace en la jurisdicción de familia y el I.C.B.F por medio de las Comisarías de Familia. La finalidad de esta parte es analizar el funcionamiento de la institución en la práctica, las razones que llevaron a su implantación y los demás mecanismos con que cuenta el Estado colombiano para tratar la problemática alimentaria.

En tercer lugar y para finalizar, partiendo de un análisis estadístico, se hará una crítica del tipo de Inasistencia Alimentaria en nuestra legislación, junto con una propuesta para dar un mejor manejo a la problemática en un área diferente a la penal. Pretendemos aquí, mediante los planteamientos hechos en los capítulos anteriores, sentar unas conclusiones que permitan evaluar la conveniencia o no de

la Inasistencia Alimentaria como tipo penal y la posibilidad del manejo de dicha conducta por otros mecanismos diferentes a la intervención punitiva.

Esta discusión fue posible gracias al estímulo de los profesores que a lo largo de nuestra carrera se interesaron por indicarnos el camino para abordar el complejo campo de la ciencia penal. Queremos agradecer, en general, a todos los que se preocuparon por nuestro proceso de aprendizaje, en especial a los que contribuyeron a nuestra formación como noveles penalistas y en particular al Doctor Jairo Acosta Aristizábal, quien desde un principio acogió nuestras ideas y compartió con nosotros su tiempo para el debate y mejoramiento de las mismas.

Bogotá, mayo de 2005

Javier Iván Alfonso García

Fabián Camilo Martínez Guerrero

CAPÍTULO PRIMERO

I. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El compromiso de una sociedad con el progreso común, y su capacidad para incluir a los sectores más débiles de la población, tanto en la toma de decisiones como en la protección de los derechos mínimos, es una característica que se puede observar en el modelo de Estado consagrado en la Constitución de 1991.

La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad.¹

De la redacción del texto constitucional y de la práctica jurisprudencial se extrae claramente que el modelo de Estado de la República de Colombia es el de un Estado Social de Derecho. Las características de este tipo de Estado, y las particularidades de su aplicación en nuestro país han sido reiteradas por la Corte Constitucional; este organismo se ha encargado, en aras de la función que le ha sido encomendada por la Constitución, de delimitar los alcances de la formulación constitucional, para al mismo tiempo, señalar las obligaciones que son inherentes a esta forma de Estado.

El concepto de Estado Social de Derecho, que impera en las constituciones modernas y que fuera expresado con las características que hoy conserva, tiene

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-566 de 1995. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

sus antecedentes en la Constitución italiana de 1947, la alemana de 1949, y con especial influencia para Colombia, en la Constitución española de 1978.

Desde los mencionados textos se observaba la tendencia hacia la creación de una nueva forma de Estado que supera las garantías brindadas por el Estado Liberal y que otorga mayor prioridad al respeto de los derechos subjetivos de las personas a diferencia de lo que sucedía en el Estado de Derecho.

El Estado Social de Derecho es básicamente una concepción de organización estatal en donde los valores como la igualdad, la dignidad y la solidaridad se anteponen en muchas ocasiones a la clásica protección de la legalidad, elemento característico de modelo de Estado del siglo XIX.

Con la consagración de la figura del Estado Social de Derecho en las nuevas constituciones del siglo XX, la protección de la dignidad humana recibe un tratamiento privilegiado, en donde su intangibilidad es respetada y da sentido a todas las demás instituciones del mundo jurídico.

De la misma manera, la realización de los contenidos de las constituciones que involucran al Estado Social de Derecho, se manifiesta en la efectiva protección de los derechos fundamentales, especialmente en los derechos colectivos, económicos, sociales y culturales, los cuales, sumados con los derechos tradicionalmente protegidos (vgr. libertad, vida, etc.), forman el límite ante el cual todas las demás iniciativas deben someterse.

La dignidad aparece como el principal compromiso del Estado. A través de ella se pretende que la persona sea un fin en sí misma, y no un objeto de la norma; la persona, en virtud de la dignidad humana, entendida como atributo necesario y como valor supremo de Estado Social de Derecho, constituye un fin para el Estado; se legitiman así todos los poderes públicos y se justifica toda la

organización social cuando su componente fundamental se encuentra solidamente protegido frente a la vulneración de su esencia como persona.

Teniendo en cuenta que la dignidad es el componente que da la característica de *Social* a la concepción de Estado, mal podría pensarse que este mandato se refiere a manifestaciones puramente declarativas:

“El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. De este principio se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden político, económico y social justo. Por otra parte, el Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad, deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna”.²

Así como un componente definitivo para la concepción de Estado del que estamos hablando es la dignidad, igualmente lo es el de ser un Estado de *Derecho*, cuyo fundamento se encuentra en el principio de legalidad. Este principio implica la necesaria sujeción a las normas por parte del Estado. En otras palabras, su fundamento se encuentra en el compromiso por parte del órgano emisor de “leyes”, de someterse a las mismas reglas a las que somete a los particulares, generando una obligación de respeto en la que se fundamenta la seguridad jurídica, un valor tan caro como indispensable al interior de la sociedad.

Podría aún subsistir la pregunta acerca de la relevancia del Estado Social de Derecho en materia penal, y la respuesta sería más que evidente; al ser integrado el concepto por la legalidad, por la participación democrática, y especialmente por la dignidad humana, se observa como son comunes los elementos que componen

el Estado a partir de la organización constitucional y los que tradicionalmente se identifican con las bases mismas del derecho penal liberal.

Las garantías mínimas que se conceden a una persona son las que se consagran con el principio de legalidad en materia penal, y la protección al individuo se amplía de manera sustancial cuando la legislación penal se ve influenciada por el principio de dignidad humana. Éste obliga al legislador a tener a la persona como centro de atención, por lo que a partir de este concepto se deriva necesariamente el respeto por “todos los derechos de la persona y se otorga preeminencia a la libertad y a la justicia”³.

Como corolario de lo anterior se encuentra la necesidad de que en todo el proceso de definición penal (desde la creación de la norma hasta la aplicación por parte del juez), la dignidad humana sea el criterio que acompañe y que guíe las decisiones, de manera que se asegure en todo momento el respeto a la persona en su integridad.

Esa trascendencia suprema que le otorga la Constitución a la dignidad humana, supone el reconocimiento del hombre como un fin en sí mismo y no como un objeto manipulable al que hay que buscar y encontrarle su fin fuera de sí. Por lo tanto, respetar la dignidad "será tener en cuenta que el ser humano es anterior, lógica y sociológicamente al Estado, y por ello los procedimientos operativos y las normas que el propio Estado utilice en sus actividades, han de ser lógicas y sociológicamente adecuados a la índole personal de los seres humanos. [...]cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-426 de 1992 M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. En similar sentido la Sentencia No C-566 de 1995. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

³ ALBERTO ZALAMEA COSTA - Ponencia para primer debate en Plenaria sobre Preámbulo y Principios G.C. No. 36 p. 28. Citado en CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-006 de 1992. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la "vida digna" del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquéllos valores que son anejos a la dignidad humana.⁴

Destacar la importancia del Estado Social de Derecho resulta imprescindible para los propósitos de este trabajo, por cuanto las características de este Estado repercuten de cierta manera en el modo en que se formulan las regulaciones, implicando un alto grado de compromiso para que el respeto a los derechos fundamentales sea parte de la práctica cotidiana y no una simple enunciación programática.

Si se mantienen normas en el ordenamiento que vulneran en alguna medida los principios establecidos en la Carta Política, o si las figuras, a pesar de presentarse como conformes al texto constitucional, conllevan la desarticulación del sistema de garantías establecido, se debe estudiar a fondo su situación, de manera que por medio de la crítica fundamentada se pueda establecer su conveniencia o no dentro del ordenamiento jurídico.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Con la promulgación de la Constitución de 1991 el marco jurídico Colombiano ha sufrido una transformación derivada del cambio de modelo de Estado. De esta forma, las diferentes ramas del derecho han tenido que buscar la manera de desarrollar su normatividad de acuerdo a las directrices señaladas por el ordenamiento superior.

El sistema punitivo no ha sido ajeno a estos cambios, de tal forma que con los pronunciamientos de la Corte Constitucional así como con la expedición de un nuevo ordenamiento legal, se ha intentado poner la legislación penal acorde con

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-521 de 1998. M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONEL.

los principios y fundamentos que trae la nueva Constitución. A estos cambios y nuevas orientaciones se les denominó constitucionalización del Derecho Penal.

La idea de la correspondencia de los contenidos constitucionales con las normas reguladoras en materia penal se ha generalizado en la comunidad jurídica, de tal manera que los propios redactores del Código de 2000 tuvieron en cuenta la necesidad de inspirar su construcción en los contenidos materiales de la Constitución. Al respecto indica el tratadista Carlos Arturo Gómez Pavajeau: “El derecho penal de hoy debe construirse a partir de principios fundados en los contenidos materiales que se extraigan de la Carta Política y de la Teoría de los Derechos Fundamentales [...] Por tanto, cualquier consideración de un sistema penal no puede estar ajeno a ello y sus instituciones tienen que construirse teniendo en la mira a sus postulados”⁵.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha sido reiterativa en que los fundamentos propios del Derecho Penal se derivan directamente de la Carta Fundamental. Al respecto ha establecido:

“Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance”⁶.

El punto de partida de este movimiento se desprende del artículo cuarto de la Carta cuando establece que la Constitución es norma de normas y ante cualquier incompatibilidad con la ley aquella primará, lo que trae como consecuencia que las estipulaciones legales que hagan referencia al Derecho Penal, no pueden perder

⁵ CARLOS ARTURO GOMEZ PAVAJEAU, Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática Penal, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000 p. 12.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-038 de 1995. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

de vista los parámetros que se han trazado, tales como: el respeto por la vida, la libertad, la dignidad humana, el debido proceso, así como a los demás derechos fundamentales.

Igualmente sucede con los mandatos que expresamente se consignan como: la prohibición de implantar la pena de muerte, las torturas, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud, la servidumbre, la trata de seres humanos, la detención, prisión o arresto por deudas, las penas y medidas de seguridad imprescriptibles, así como las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, entre muchos otros lineamientos.

En la Constitución se consagran los principios sobre los cuales se asienta la responsabilidad penal por la conducta delictiva de las personas, al señalar en el preámbulo los fundamentos del orden constitucional (por ejemplo vida, igualdad, justicia), y al determinar dentro de sus artículos, derechos y deberes, como los de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; estos preceptos permiten organizar un andamiaje teórico que se debe reflejar en la legislación vigente de manera que exista coherencia al interior del ordenamiento.

Como se desprende de la jerarquización normativa que se deriva del artículo cuarto de la Constitución Política, los mandatos constitucionales son obligatorios para todos los estamentos de la sociedad y específicamente para los funcionarios estatales; en este sentido, la constitucionalización del derecho penal compromete tanto al legislador como a los operadores judiciales, porque sería completamente vacío un ordenamiento que consagrara los derechos y las garantías pero que careciera de funcionarios que les dieran aplicación estricta en los casos concretos.

De esta manera, compartimos los planteamientos del profesor Manuel Salvador Grosso García quien al hacer referencia al tema en estudio manifiesta que: “La

verdadera constitucionalización del Derecho Penal, lo que requiere es un cambio de cultura de nuestros operadores judiciales. (...) Es sacando al juez del Código y llevándolo a la Constitución que se logra la constitucionalización del Derecho Penal”⁷.

III. LA POLÍTICA CRIMINAL

La función esencial de cualquier Estado es ejercer el control y la protección de la sociedad. La pregunta que se deriva de la anterior afirmación es: ¿cuál es la mejor forma de ejercer ese control y esa protección?. Para responder es necesario analizar de qué tipo de Estado se está hablando, puesto que no serán los mismos mecanismos de control los utilizados en un Estado Absolutista, que en un Estado de Derecho y mucho menos en un Estado Social de Derecho.

Indiscutiblemente, el derecho es uno de los principales mecanismos de control con los que cuenta cualquier Estado. Ahora bien, la forma de utilizar el derecho y la finalidad que se pretende con su aplicación, es una decisión política que debe estar enmarcada dentro de los parámetros que brinda la Constitución de cada Estado.

De esta manera, el órgano encargado de adoptar las determinaciones políticas, que por lo general es el legislativo (sin desconocer la injerencia de las demás ramas del poder y otros estamentos), debe hacer una selección de las situaciones que quiere controlar a través del derecho, teniendo en cuenta las características de cada una, para así formar una estructura lógica que permita hacer un manejo científico y eficiente del derecho que produzca los resultados esperados.

⁷ MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, El Concepto del Delito en el Nuevo Código Penal. Bogotá: Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003 p. 84.

Partiendo de esa distinción, el legislador será el encargado de ubicar cada circunstancia de acuerdo con las características propias de las diferentes áreas del derecho. Por ejemplo, si se quieren regular situaciones como los fundamentos propios de un determinado contrato privado, deberá hacer un análisis de las características y principios inherentes a las ramas del derecho que son más afines con éste, para así determinar si el mencionado contrato será sometido al derecho civil o al derecho comercial.

De igual manera se debe proceder con los demás factores que se pretendan controlar, tales como: problemas de organización y funcionamiento del Estado, que se tratarán a través del derecho administrativo; las discrepancias que se susciten entre trabajadores y empleadores que serán sometidas al derecho laboral; así como los problemas y situaciones que se presenten al interior de la familia, que deberán ser controlados por medio del derecho de familia.

En conclusión, se deberá proceder de la misma manera con las demás ramas del derecho hasta que finalmente se llegue a la utilización del sistema punitivo para controlar aquellas circunstancias que se consideren como verdaderamente graves y que no pueden ser manejadas por las otras subdivisiones de la ciencia jurídica.

Ahora bien, aunque existen doctrinalmente diferentes enfoques que se le pueden dar al tema de estudio, nos inclinamos por afirmar que a la determinación estatal de adoptar estrategias para enfrentar la criminalidad, se le denomina Política Criminal.

De lo anterior se desprende que la política criminal “se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad; se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede extender el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible

la libertad y las garantías ciudadanas; además, discute cómo deben redactarse los tipos penales de manera correcta, y comprueba si el derecho penal material se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal”⁸.

La implantación de los delitos y las penas así como la finalidad que deben tener estas últimas, son dos tareas que debe afrontar la Política Criminal, por lo cual es necesario establecer qué características debe tener una conducta para ser controlada a través del Derecho Penal, así como cuál es el objetivo que se buscaba al momento de señalar que la consecuencia que se deriva de ese comportamiento debe ser una pena.

La determinación acerca de las conductas que deben ser manejadas utilizando como instrumento al Derecho Penal, como se ha dicho, es una decisión política; esta decisión sin embargo, no puede escapar, por una parte, de manera directa a la normativa constitucional, es decir, no tiene que estar en abierta contradicción con el texto constitucional, ni puede sustraerse a los contenidos constitucionales de manera indirecta. Esta sustracción indirecta sucedería cuando los criterios para el establecimiento de una conducta punible se oponen a la filosofía que desarrolla la Constitución.

Un ejemplo de dicha sustracción indirecta, se encuentra en los tipos penales que se inspiran en consideraciones de tipo moral exclusivamente, logrando que se persigan conductas cuya ofensa a la moral se considera como motivo suficiente para la reacción social en su contra.⁹

⁸ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Manual de Derecho Penal, parte general, primera edición, Bogotá: Ed. Temis, 2002. p. 17.

⁹ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid: Ed. Trotta. 2000, p. 353 a 368. Sobre este punto se puede estudiar la explicación hecha sobre la confusión entre validez y justificación del derecho, que da lugar a la inclusión de criterios morales en la determinación de conductas punibles y los problemas que esto plantea.

La Política Criminal de cualquier Estado se encuentra sometida a las directrices que estén estipuladas en su Constitución y en los Tratados Internacionales que haya suscrito, por ende, cualquier desconocimiento o desbordamiento de estos límites generará una desarmonía total con el resto del ordenamiento, lo que trae como consecuencia la pérdida de credibilidad del sistema punitivo y su anormal funcionamiento.

Es de tener en cuenta que la Política Criminal es la encargada de diseñar las estrategias que permitan controlar el problema delictivo, por lo cual su principal función en el ámbito jurídico es crear todo el marco normativo que va a regir el derecho penal dentro de un Estado. Por esto, tendrá como misión la creación de las instituciones que considere necesarias para lograr su objetivo, así como el manejo de los postulados legales que conformarán el derecho penal material, el derecho procesal penal y el derecho penitenciario.

Se desprende de lo anterior que la Política Criminal se ve reflejada de manera principal en el Código Penal, tanto en su parte general como en su parte especial. Pero es en este último campo en donde ella será la encargada de establecer qué bienes jurídicos son los que deben ser protegidos, así como cuáles son las conductas que se considerarán lesivas, señalando penas para las personas que adecuen su conducta a los parámetros establecidos para cada tipo penal. Esta decisión no puede ser efectuada de manera aleatoria sino que debe basarse en los principios constitucionales, en los principios jurídico-penales, así como también en una ciencia muy relacionada con el derecho penal como la criminología.

En nuestro caso, la Constitución de 1991 estableció que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que implica que los fundamentos que caracterizan este modelo de Estado se deben encontrar en toda la legislación. El sistema punitivo no es ajeno a esta característica, de tal forma que una de las principales razones que llevaron al legislador a la expedición de un nuevo Código Penal en el año

2000, fue la búsqueda de la armonización del Derecho Penal con los nuevos postulados que trae la Constitución.

“(…) Si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, éstas por ser normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. En materia penal ello es todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas. Pero en todos, cuando una política es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto. Por eso, la Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, como quiera que ha habido una constitucionalización de aspectos medulares del derecho penal tanto en materia sustantiva como procedimental.

Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. **Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.** Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento

científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica (...)"(Negrilla fuera del texto)¹⁰.

Por lo tanto, "la Carta establece unos límites dentro de los cuales el legislador, al expedir los códigos Penal y de Procedimiento Penal, y los fiscales y jueces al interpretarlos, pueden buscar la finalidad con relativa libertad. Sin embargo, ni el legislador, ni los fiscales, ni los jueces pueden sobrepasar en sus decisiones el marco constitucional. Dicho marco es límite de su actuación y toda norma o comportamiento que traspase dicho límite deberá ser declarada inexecutable o nula, o deberá ser inaplicada"¹¹, lo que implica que es la Constitución el núcleo que establece la validez de los contenidos jurídicos, bien en la fase de su creación o en la fase de aplicación.

De lo anterior se desprende la necesidad de la configuración de una política criminal, como una prioridad del Estado¹², en donde se reflejen en un solo cuerpo y de manera armónica los criterios políticos que rigen la persecución de las conductas, así como los mandatos y límites consignados en la Constitución.

En teoría¹³, la armonización de los postulados Constitucionales con los intereses políticos se consigue con la construcción de un modelo, de un cuerpo teórico, que incluya ambas orientaciones de manera que las instituciones jurídicas que se

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-646 de 2001. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. La Corte se ha ocupado en muchas ocasiones del fundamento, orientación y alcance de la Política Criminal en nuestro Estado. Para un análisis más profundo del tema: C-599 de 1992, C-093 de 1993, C-127 de 1993, C-207 de 1993, C-504 de 1993, C-240 de 1994, C-038 de 1995, C-344 de 1995, C-037 de 1996, C-364 de 1996, C-626 de 1996, C-198 de 1997, C-327 de 1997, C-184 de 1998, C-277 de 1998, C-679 de 1998, C-599 de 1999.

¹¹ JAIME BERNAL CUELLAR, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, El Proceso Penal, Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, T.I, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 223.

¹² El Estado colombiano, creó y reglamentó a través de los Decretos 2062 de 1995 y 2348 de 1998 junto con el Decreto 200 de 2003 y la ley 888 de 2004, el Consejo Superior de Política Criminal.

¹³ Se habla de teoría porque tanto el caso Colombiano como otras realidades locales indican cómo en la práctica los valores de la constitución no se materializan en la Legislación ni en los procedimientos de la cotidianidad.

materialicen en la legislación no sólo correspondan sino que también sirvan a los contenidos con que son pensados, y a las finalidades con que se implementan.

Como es evidente en toda disciplina académica (y quizá también porque se desprende del término disciplina), para la construcción de modelos teóricos se requiere la aplicación de métodos que permitan la producción de conocimiento y la sistematización para el aprovechamiento del mismo.

De esta forma se entiende cómo el Derecho Penal se constituye en un “sistema de principios positivizados” de los valores fundamentales de la sociedad, que limita los propósitos de la política criminal dentro de un marco de concordancia con los referidos valores.¹⁴

El sistema que forma el Derecho Penal es entendido como la Dogmática, en cuanto esta constituye la aproximación científica que se hace respecto de la realidad para encontrar en ella los elementos que permitan crear el modelo que se pretenda aplicar.

El puente que se tiende desde la Política Criminal hasta la Dogmática implica una relación estrecha, en la que, por parte de la primera se suministran las finalidades pretendidas, así como los datos reales que son necesarios para que la segunda construya su modelo y someta a juicio la validez de los criterios político criminales en la solución del caso concreto.

IV. DOGMÁTICA PENAL.

Hasta este punto se ha explicado el concepto de Política Criminal, sus implicaciones en el orden constitucional y su relación con la Dogmática, ahora se explicará el concepto de Dogmática y su pertinencia para esta investigación.

El Derecho Penal es un sistema que se debe caracterizar por la coherencia y estructuración de todos los elementos que lo componen. Con este propósito, esta rama del derecho ha acudido al manejo del método Dogmático¹⁵, el cual busca darle un tratamiento científico que permita encontrar la armonía entre los postulados filosóficos y el contenido de sus normas jurídicas.

No obstante, modernamente la ciencia dogmática del derecho penal no pretende alcanzar verdades ciertas o indiscutibles, en otras palabras, no trabaja sobre la base de “dogmas” ni tampoco pretende establecerlos. Este propósito sería inconsecuente con la dinámica de la discusión científica actual, en la que las propuestas de las diferentes corrientes enriquecen el debate y permiten el avance de la doctrina. Lo que se pretende es buscar un manejo científico del derecho penal que respete los derechos fundamentales y garantice la seguridad jurídica y la justicia material; tal como dice Jakobs, “si no se quiere que las normas juridicoponales sean arbitrarias, tienen que estar interconectadas y en este sentido formar un sistema (un todo no necesariamente completo, pero sin contradicciones en la parte existente)”¹⁶, lo cual solamente se consigue con la utilización de la dogmática.

De esta manera se puede afirmar, siguiendo a Roxin, que “la dogmática juridicopenal es la ciencia que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal”¹⁷. Por consiguiente, su objeto de estudio será la legislación penal de un determinado Estado con el propósito de analizar si

¹⁴ Cfr. GROSSO, Ob. Cit, p. 324 y siguientes.

¹⁵ DOGMA: Del latín dogma. Proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia. Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2001 p. 571.

¹⁶ GUNTHER JAKOBS, Derecho Penal, parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación, segunda edición, corregida, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997 p. 103.

¹⁷ CLAUS ROXIN, Derecho Penal, parte general, tomo I, Fundamentos de la Estructura de Teoría del Delito, Madrid: Ed. Civitas, 1997 p. 192.

cumple con las metas que se traza el legislador cuando expide el estatuto penal, al igual que con los postulados básicos que el mismo derecho penal ha estructurado como principios rectores.

Se han planteado diferentes requisitos que debe tener en cuenta la Dogmática para cumplir con su objetivo de dar un manejo homogéneo y científico al derecho penal. Al respecto, Roxin afirma que este método debe gozar de “claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político criminales”¹⁸; así mismo Hruschka manifiesta que la dogmática debe cumplir con tres tareas, “la estructuración en general del sistema de normas penales; el estudio del problema político jurídico acerca de qué conducta humana es merecedora de pena y por último, la tercera tarea es la de elaborar y comentar el derecho penal vigente”¹⁹.

El cumplimiento de los postulados que plantean tanto Roxin como Hruschka, permite que todas las personas que se encuentran relacionadas con el saber penal, llámense jueces, fiscales, abogados, estudiantes, etc., tengan un modelo con el cual se puedan orientar, logrando la utilización uniforme de todo el sistema punitivo, lo que conlleva a la obtención de seguridad jurídica.

La dogmática surge como consecuencia de la concepción del derecho penal propuesta por la corriente positivista italiana, contra la que se eleva la construcción metodológica de Franz Von Liszt, quien separa el tratamiento que debe hacerse de los fundamentos jurídicos, frente al de los elementos fácticos. Para los primeros se hace un estudio lógico jurídico y sistemático que se erige en un método particular, para los hechos se aplica de manera preferente un método causal explicativo.

¹⁸ ROXIN, citado por JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Introducción al Derecho Penal, segunda edición, Bogotá: Ed. Temis, 1994, p. 197.

¹⁹ HRUSCHKA, citado por BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit. p. 197.

Pese a que el enfoque causal ha sido cuestionado por los planteamientos actuales acerca del delito, la utilización de un método diferente para el análisis de los hechos frente al estudio de los postulados jurídicos, constituye el punto de partida para la manera como se aborda la dogmática en nuestros días.

Muy importante es el planteamiento que el profesor Fernando Velásquez hace frente al método que debe seguir la dogmática penal. Según él, el manejo científico del derecho penal se debe cumplir con tres pasos que se encuentran íntimamente relacionados; “interpretación, sistematización y crítica”²⁰, esto siguiendo los derroteros sentados por la propuesta del método científico presentada por el doctrinante Arturo Rocco²¹ en la exposición realizada en la Real Universidad de Sássari, el 15 de enero de 1910.

La interpretación se da cuando el estudioso de la ciencia penal analiza la norma que está en el derecho positivo, estableciendo sus alcances y su relación con el orden social; en segundo lugar, el proceso de sistematización se presenta cuando una vez analizadas todas las normas, estas se organizan de forma estructural de modo tal que entre ellas se forme un sistema que se debe caracterizar por su coherencia lógica y manejo uniforme; finalmente, el proceso de crítica se da cuando construido todo el sistema y una vez operando, se acude a sus resultados para compararlos con los postulados filosóficos del derecho penal, para así determinar si éstos se están cumpliendo; asimismo, se miran los lineamientos que se han dado desde otros sectores que están íntimamente relacionados con todo el manejo del sistema penal (vgr. la política criminal y la criminología), con el objetivo de complementar el análisis que se hace en esta última etapa.

En consecuencia, tener aspiraciones dogmáticas, o abordar el tema de la dogmática resulta importante a la luz del pensamiento jurídico penal “[...] solo la

²⁰ VELÁSQUEZ, ob.cit., p. 8.

dogmática (...) fundamentada en los principios del Estado Social de Derecho, puede ser prenda de garantía de que la justicia penal respete al hombre en su dignidad individual y libertad insoslayable, y podrá oponer resistencia a algunos representantes del autoritarismo estatal, que pretenden sacrificar la dogmática penal, so pretexto de garantizar la seguridad de las mayorías, o de la recuperación de la supremacía del Estado”²². Para que el derecho penal sea cierto, previsible, y para que las personas puedan adaptar su conducta a las normas se requiere una construcción que en la medida de lo posible siga las reglas de la ciencia.

De acuerdo con la exposición hecha por Velásquez²³ se destacan cinco ventajas de la dogmática: la seguridad jurídica que se proporciona a los ciudadanos frente al poder del Estado, la aplicación segura y calculable del derecho penal, el manejo racional y el trato igualitario en la administración de justicia penal, la unificación del sistema y por último la posibilidad de incorporar puntos de vista críticos que representen las transformaciones sociales que hagan necesarias reformas en el derecho penal.

La dogmática debe aportar desde el debate que suscita, elementos de juicio para que se nutra la decisión judicial y para que se fundamente el propósito legislativo. Esta es su principal intención, servir de instrumento de construcción en la dinámica de automejoramiento del derecho penal.

Pero este propósito puede ser satisfecho de diversas maneras según sea la concepción que se adopte como punto de partida para sustentación de los planteamientos; debe aclararse que no todas las manifestaciones dogmáticas presentan sus argumentos de conformidad con el sistema actual, por el contrario, gran parte del avance en el tratamiento de las figuras se hace por la discusión de

²¹ ARTURO ROCCO, *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho*, Bogotá: Ed. Temis, 1999.

²² GROSSO, *ob.cit.* p. 29.

²³ VELÁSQUEZ, *ob. cit.* p. 11.

las normas vigentes y de los casos concretos que con éstas se pretende solucionar.

Entretanto, al analizar cuál es el fundamento dogmático del nuevo Código Penal colombiano, nos encontramos con que el proyecto de código que presentó el Fiscal General de la Nación ante el Congreso de la República el 6 de agosto de 1998 (que fue el que finalmente se aprobó), en su exposición de motivos estipuló que éste no se adscribe con ninguna posición dogmática, “se orientó el proyecto, principalmente, por no encasillar la normatividad en alguna corriente dogmática en especial. Reflejo de ello es la no división en capítulos y utilización de expresiones constitutivas de camisa de fuerza. La idea general es que la doctrina y la jurisprudencia perfilen la ubicación y permitan flexiblemente la adecuación de la interpretación a la evolución de modernas corrientes”²⁴.

Finalmente, también en el proyecto se hizo mención de lo que entienden por dogmática sus redactores, lo que en últimas orienta la concepción que se encuentra al interior de nuestro código penal. De esta manera se llegó a entender por dogmática: “(...) el método por medio del cual se organizan los presupuestos de la responsabilidad penal en forma compatible con los Derechos Fundamentales y en sincronía con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho”²⁵.

V. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL

La ciencia penal como cualquier otra ciencia cuenta con una serie de postulados que le sirven de hilo conductor y que deben ser tenidos en cuenta la hora de establecer sus fundamentos y alcances. Estos principios se diferencian de las características en cuanto que los primeros se derivan del *ius puniendi*, o facultad que tiene el legislador de elegir qué conductas deben ser sujetas a regulación por

²⁴ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Bogotá: Imprenta Nacional, 1998, p. 20.

parte del derecho penal, lo que al mismo tiempo permite que funcionen como límites básicos de esta potestad (derecho penal subjetivo); mientras que las segundas, se derivan directamente del *ius poenale*, o derecho penal objetivo, que tiene como fundamento la regulación positiva de un determinado Estado, en nuestro caso el Colombiano.

La importancia de hacer un estudio de estos postulados en nuestro trabajo radica en la posibilidad analizar el tipo de Inasistencia Alimentaria y confrontarlo con los principios y características que rigen el derecho punitivo, de tal forma que al comparar el manejo y alcance que dicho delito tiene en nuestra legislación se pueda mirar si éste es consecuente con los fundamentos y parámetros que trazan aquéllos.

Aunque en la doctrina se pueden encontrar un gran número de principios y características, para efectos de esta investigación hemos decidido solo tomar algunos que creemos servirán de base al momento de llegar a una conclusión.

1. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL

Principio²⁶ se puede definir como “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o artes”²⁷, de esta forma, aunque en estricto sentido los principios que se irán a estudiar no son verdades fundamentales, ya que dentro de la doctrina son diferentes los enfoques que se les pueden dar, si van a servir para mantener un orden lógico que es la base para la construcción de un sistema científico del derecho penal.

²⁵ GOMEZ PAVAJEAU, ob. cit., p.120.

²⁶ Un completo análisis del concepto de lo que se puede entender por “principio” ha sido elaborado por el profesor ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN en su escrito titulado “Notas Sobre Algunos Principios del Código Penal del Año 2000” realizado en la obra “Estudios Sobre los Nuevos Códigos Penales”, publicada por el Centro Cultural de la Universidad de Salamanca en Bogotá en septiembre del año 2001.

²⁷ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2001. p. 1244.

El profesor Fernando Velásquez manifiesta que los principios del derecho penal son “(...) aquellos axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que, convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica; (...)”²⁸ es decir, hace énfasis en la tradición y el manejo de estos postulados desde los primeros tiempos en que se intentó hacer una regulación del derecho punitivo, así como su utilización como elementos necesarios para cumplir con sus fines.

De esta manera, el derecho penal cuenta con un gran número de principios que irrigan todo su contenido, dentro de los que se encuentran el de dignidad humana, legalidad, intrascendencia, igualdad ante la ley, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, buena fe, lesividad, humanidad, culpabilidad, conocimiento, mínima intervención, doble valoración, entre muchos otros, de los cuales, para efectos de esta investigación, solamente se estudiarán de manera elemental, aquellos que consideramos que tienen más repercusión en nuestra investigación, toda vez que un análisis completo de todos los principios desbordaría el objeto de este trabajo.

1.1. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA.

Este principio ha gozado de especial protección por parte de nuestra legislación, toda vez que su consagración se deriva directamente de la carta fundamental²⁹. Éste, es uno de los pilares básicos del derecho penal, razón por la cual normativamente se ha estipulado en dos oportunidades, tanto en el artículo

²⁸ VELÁSQUEZ, ob. cit., p. 30.

²⁹ El artículo primero de la Constitución Política de 1991 establece: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la **dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (negrillas fuera de texto).

primero de la ley 599 de 2000³⁰ (Código Penal), como en el artículo primero de la ley 906 de 2004³¹ (Código de Procedimiento Penal).

Su importancia radica en la imposibilidad que tiene el legislador a la hora de realizar las leyes y el funcionario judicial al aplicarlas, de acudir a excesos que pueden poner a la persona en un estado de inferioridad, ya que el derecho es un medio de protección y no el objeto de protección, por lo que la prioridad que se debe tener es el respeto por todas las condiciones inherentes a la persona.

De esta manera, como menciona Velásquez, se desprende “la prohibición de instrumentalizar al ser humano para efectos jurídicos penales (...) de tal manera que los medios utilizados por el legislador no atenten contra la dignidad concreta del individuo convirtiéndose en un instrumento de sometimiento y desigualdad”³².

“La Carta de 1991 es una Constitución esencialmente humanista. El derecho constitucional colombiano protege la dignidad y autonomía no en abstracto, sino en las relaciones materiales, concretas, por ello el respeto a la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos, están en la obligación de tratar a toda persona sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco (C.P. art. 1º, 5º y 13). La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la misma organización social. El principio de la dignidad no es sólo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es en consecuencia un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales, que se expresa en el respeto a la vida y a la integridad física de los demás; es un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a un ámbito policivo o penal; también compromete el deber de las autoridades y de los particulares de no maltratar ni ofender ni torturar ni infligir tratos crueles o degradantes a las personas por razón de sus opiniones, creencias, ideas políticas o filosóficas, pues cualquier acción contraria desconoce el derecho a la igualdad que implica que todas las personas deben

³⁰ El artículo primero del Código Penal estipula: El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

³¹ El artículo primero del Código de Procedimiento Penal establece: Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

³² VELÁSQUEZ, ob. cit., p. 32.

recibir la misma protección y trato de las autoridades, sin ninguna discriminación o consideración en razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, etc.”³³.

Ahora bien, la persona debe ser tratada dentro de unos límites y con el respeto y decoro que se merece. Esto conlleva específicamente a que el Estado cree normas que garanticen el cumplimiento de estos parámetros, principalmente a la hora de poner en actividad su aparato punitivo, toda vez que es evidente la desproporción que existe entre el titular de la acción penal y el procesado, puesto que el primero cuenta con un significativo poder que le permite minimizar el derecho de defensa y las garantías con que debe contar el segundo.

Finalmente, los funcionarios que intervienen en el desarrollo del proceso deben respetar factores tales como las creencias religiosas e ideológicas, la raza, el sexo etc., y las condiciones sociales, políticas y económicas del procesado, sin que ninguna de las circunstancias anteriormente mencionadas influyan a la hora tomar una decisión.

1.2. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

(nulla lex poenalis sine necessitate)

También conocido como principio de necesidad, se encuentra plasmado en el artículo tercero del código penal³⁴. La importancia de este principio radica en que el legislador a la hora de definir que conductas quiere que sean controladas a través de Derecho Penal, debe primero hacer un análisis de todos los mecanismos de control social con los que cuenta para así determinar cual es el que puede dar un mejor tratamiento al problema que se le presenta. Estos mecanismos pueden

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-465 de 1996, M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ. Es bastante amplio el número de pronunciamientos de este alto tribunal ha hecho frente al tema de la dignidad humana. Para un estudio más detallado del tema: T-596 de 1992, T-801 de 1998, T-572 de 1999, C-038 de 1995, C-239 de 1997, C-521 de 1998.

³⁴ El Código Penal en su artículo tercero establece: La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

ser extrajurídicos o jurídicos, dando prioridad a las demás ramas del derecho diferentes a la punitiva cuando se usan estos últimos, para que finalmente y en caso de que en realidad las demás herramientas con las que cuenta el Estado no funcionen, sea utilizado el Derecho penal como medio de control.

Todo lo anterior se expresa a través de lo que la doctrina ha denominado la ***última ratio*** la cual establece que el derecho penal de un Estado Social de Derecho debe ser utilizado el menor número de veces, sólo cuando los demás mecanismos de control han fallado y en caso de extrema necesidad, teniendo en cuenta las consecuencias tan aflictivas a las que se somete al individuo.

“Si bien es verdad que la sociedad en el estado actual de su desarrollo acude a las penas como medio de control social, también lo es que a ella sólo puede acudir como último recurso, pues el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado(...)

(...)La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”³⁵.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que si finalmente el Estado hace uso del derecho penal, lo que pretenda proteger a través de su intervención debe estar de acuerdo con los postulados de una política criminal seria en concordancia con un manejo dogmático del delito que garantice un tratamiento efectivo del

problema, puesto que, y siguiendo a Juan Bustos Ramírez, “(...) la intervención de la violencia penal del Estado solo está justificada en la medida que resulta necesaria para el mantenimiento de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática. Todo lo que vaya más allá de tal medida lo encauza por la vía autoritaria que termina inevitablemente en el absolutismo”³⁶.

1.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

(nulla poena sine necessitate)

Al igual que el anterior principio, su sustento legal se encuentra en el artículo tercero del Código Penal. Éste hace referencia a la equivalencia que debe existir entre el interés jurídico que se quiere proteger y los derechos que se pretenden limitar al infractor de la ley penal, haciendo énfasis en que la sanción que se impone no debe causar un daño mayor al que se realizó con el punible, y a la posibilidad de que en el futuro no se corra el riesgo de volverse a cometer.

“En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera”³⁷.

El manejo de este principio no es un tema nuevo. Es así, como en 1764 Cesar Beccaria dedica el capítulo XXIII de su obra a la proporción que debe existir entre los delitos y las penas, en donde el célebre escritor plantea: “Si una pena igual

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-647 de 2001, M.P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 24.

castiga dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el delito mayor, si a él encuentran unida una mayor ventaja. (...) Si la geometría pudiera adaptarse a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, que desciende de las más fuertes a las más débiles; si hubiese una escala exacta y universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía y de libertad del fondo de humanidad o de malicia de las diversas naciones”.³⁸

El principio de proporcionalidad no está legitimando el manejo retribucionista de la pena, es decir, no busca infligir al condenado un daño igual al que causó ya que lo que se pretende es hacer un control racional, dentro de ciertos límites, de las consecuencias jurídicas que se derivan del ilícito. Lo que necesariamente conduce a “jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, no pudiendo tolerar, por ejemplo, que las lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida(...)³⁹, problema en el que puede incurrir el legislador al momento de crear la norma.

1.4. PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y BIEN JURÍDICO

El principio de lesividad hace referencia al daño o amenaza real que se ha efectuado de aquel interés que el legislador ha querido proteger por medio del derecho penal. Estos intereses denominados “bienes jurídicos”, han sido el soporte del derecho punitivo desde hace mucho tiempo, y aunque en la actualidad existan corrientes que pretenden darle un alcance secundario, lo cierto es que su importancia continúa vigente. De esta manera consideramos relevante hacer un

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-285 de 1997, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

³⁸ CESAR BECCARIA, De los Delitos y de las Penas, Bogotá: Ed. Temis, 1999, p. 57.

³⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR, Derecho Penal, parte general, Buenos Aires: Ed. Ediar, 2000 p. 123.

breve análisis del concepto de bien jurídico el cual se encuentra directamente relacionado con el principio de lesividad.

EL BIEN JURÍDICO

Como se mencionaba anteriormente, el desarrollo del concepto del bien jurídico ha sido un problema dogmático que se ha generado desde hace mucho tiempo. Es por esta razón y considerando la importancia del tema a la luz de este trabajo, que queremos hacer un estudio sucinto de su desarrollo.

Se considera a J. M. F. Birbaum como el primer autor que se preocupó por este tema, quien a mediados del siglo XIX señaló que existía “(...)un bien, que mediante el poder del Estado se garantizara a todos en forma igual.”⁴⁰, y concluyendo que éstos se encuentran en la naturaleza y por ende están en un nivel superior al derecho, el cual será el encargado de reconocerlos.

Posteriormente fue K. Binding el escritor que se dedicó a su estudio, dando un enfoque diferente al de Birbaum, ya que para él “(...)cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico, se trata de términos inseparables(...)⁴¹” lo que representa que la norma es la encargada de crear el bien jurídico.

Fue luego Franz Von Litz, que a comienzos de del siglo XX continuó con el estudio del tema, concluyendo que “no es el ordenamiento jurídico el que crea los bienes jurídicos, sino la vida, en cuanto esta es la que genera los intereses que se estiman dignos de protección del derecho”⁴², por ende es obligación del derecho protegerlos.

⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, ob.cit. p. 24.

⁴¹ Ibidem.

⁴² FRANZ VON LITZ, citado por BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 25.

Pasando este periodo, el concepto de bien jurídico sufre una transformación al terminar en un segundo plano debido a los trabajos realizados por los seguidores de la escuela nazi de Kiel, quienes consideraron que este concepto era “uno de los frutos del pensamiento liberal individualista, carente de toda utilidad, colocando en su lugar el entendimiento del derecho como violación de un deber, para dar primacía a nociones como el sano sometimiento del pueblo, la infidelidad del derecho, etc.”⁴³.

Seguidamente, ante las nefastas consecuencias traídas por el enfoque que dio al bien jurídico la escuela de Kiel, aparece Hans Welzel retomando la importancia del concepto, e iniciando de nuevo su desarrollo, orientándolo hacia una nueva postura que afirmaba que el orden social se encontraba conformado por la suma de todos los bienes jurídicos. De esta manera, el autor en mención definía que “Bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”⁴⁴.

En la actualidad, Roxin es uno de los principales defensores de esta teoría, sustentándola directamente de los postulados que se encuentran en la Constitución. De ahí que para él “(...) un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental(...)”⁴⁵, lo que trae como consecuencia que los derechos fundamentales del individuo, figuren como límites a la facultad punitiva que tiene el Estado. De esta manera, un Estado Social de Derecho como el nuestro, debe garantizar la efectiva protección de los bienes jurídicos, tomando como fundamento las directrices que se encuentran en la Constitución de 1991, lo que desencadena que se parta de una política criminal seria y un derecho penal garantista.

⁴³ VELÁSQUEZ, ob. cit., p. 49.

⁴⁴ HANS WELZEL, Derecho Penal Alemán, parte general, onceava edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile 1970, p. 15.

⁴⁵ ROXIN, ob.cit., p. 55.

Finalmente, también se presentan posturas minoritarias, que no otorgan la misma importancia al bien jurídico. Dentro de estas encontramos principalmente la defendida por el profesor Gunther Jakobs, quien da prioridad a la norma supeditando el bien jurídico a ésta.

Ahora bien, siguiendo a Jescheck, podemos decir que “todas las normas juridico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso de la pena pública”⁴⁶. De esta manera, aquellas circunstancias que el legislador considera primordiales para que se presente una efectiva armonía social, y que no pueden ser protegidas por otros mecanismos, son garantizadas a través del derecho penal, implantando una sanción a las personas que con su conducta las transgredan.

Es de tener en cuenta que “aquellos bienes jurídicos fundamentales que son protegidos por el derecho penal no son protegidos de todas las violaciones o puestas en peligro sino únicamente de las más graves e intolerables socialmente”⁴⁷, sería absolutamente caótico para el sistema, que el derecho penal reaccionara sin tener en cuenta el grado de afectación que sufrió el bien jurídico, dado que en muchas ocasiones la ofensa es irrisoria, es decir, la proporción es irrelevante, lo que no amerita atención por parte del derecho opresor.

Dentro de los bienes jurídicos que el legislador colombiano ha garantizado con la expedición de la ley 599 de 2000, encontramos la vida, la integridad personal, la libertad, la familia, el patrimonio económico, la fe pública, el orden económico y

⁴⁶ HANS HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, parte general, Granada: Ed. Comares, 2002, p. 8.

⁴⁷ JOSÉ JUAQUIN URBANO MARTÍNEZ. Concepto y Función del Derecho Penal, en Lecciones de Derecho Penal, parte general, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003 p. 22.

social, el medio ambiente, la administración pública, la existencia y seguridad del Estado, entre muchos otros. Cada uno de estos bienes se subdividen protegiendo intereses más concretos con base en el principio de necesidad, ya que el derecho penal no puede garantizar la protección del bien de cualquier tipo de violación.

De esta manera, siendo la familia el bien jurídico que nos interesa, se han plasmado una serie de comportamientos que se consideran lesivos para éste, dentro de los que tenemos la violencia intrafamiliar, la adopción irregular, la malversación y dilapidación de bienes de familiares, el incesto, la supresión, alteración o suposición del estado civil y la Inasistencia Alimentaria.

“El legislador al organizar sistemáticamente los delitos, acude a diversos criterios, uno de los cuales es el del bien o interés jurídicamente tutelado. Desde este punto de vista, los diversos delitos han sido catalogados por la doctrina como tipos penales simples o mono-ofensivos, y tipos penales complejos o pluriofensivos, según tutelen, respectivamente, un único bien jurídico, o amparen simultáneamente varios. En estos últimos, la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal, lesiona simultáneamente varios intereses que el legislador concibe como dignos de tutela jurídica”⁴⁸.

Retomando el estudio del principio de lesividad, podemos decir que a pesar de que existen muchos bienes jurídicos que son protegidos por el derecho penal, así mismo se presenta un gran número de formas en las que se pueden estos ver afectados por las conductas de los individuos, incluso se presentan casos en los cuales un solo comportamiento desplegado por la persona puede lesionar varios bienes jurídicos. Pero se debe tener en cuenta que solamente cuando de manera efectiva se altera el bien jurídico o se pone en grave peligro, el derecho penal debe entrar en acción. En caso de que la lesión sea mínima no puede inmiscuirse en esa situación, dado que resulta desproporcionada la injerencia del sistema punitivo por su gran poder frente a reacciones intrascendentes que deben ser controladas por otros medios más benignos.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 658 de 1997, M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Esta selección de la forma de intervenir del derecho penal, teniendo en cuenta la gravedad de las circunstancias, es lo que se denomina principio de lesividad. De esta manera, el concepto de bien jurídico es el que fundamenta la operatividad efectiva de este principio ya que de la existencia y protección que se le brinde al primero surge el fundamento de aplicación del segundo.

2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL

Se tiene por característica a aquella cualidad que sirve para “(...) distinguir a alguien o algo de sus semejantes”⁴⁹. En este trabajo nos limitaremos al estudio de tres: liberal, garantizador y fragmentario.

2.1. LIBERAL

Se afirma que el derecho penal es liberal dado que muchos de sus fundamentos provienen de las ideas establecidas a comienzos del siglo XVIII, época del Iluminismo, en donde se buscó la mejor forma de protección del individuo ante la arbitrariedad, ineficiencia y corrupción cometida por el Estado.

Con fundamento en el pensamiento racionalista, se dio prioridad a la defensa de la libertad, la legalidad de los delitos y de las penas entre muchos otros factores, que sirvieron para que pensadores como Rousseau, Montesquieu, Bentham, Beccaria entre otros, sentaran las bases para un manejo científico del problema delincencial.

De este periodo se pueden extraer postulados como el de legalidad, culpabilidad, lesividad, humanidad, proporcionalidad, razonabilidad etc., que en la actualidad continúan vigentes en nuestro marco normativo. Por esto se puede decir que “un

derecho penal liberal debe asegurar toda esa gama de axiomas que en un Estado social y democrático de derecho se constituyen barreras infranqueables para el ejercicio del *ius puniendi* dentro de unos límites racionales⁵⁰, de lo que se deriva la importancia de esta característica.

2.2. GARANTIZADOR

El derecho penal por ser un mecanismo de control social garantiza la protección de todos aquellos intereses que son vitales tanto para la comunidad como para el individuo y que se denominan bienes jurídicos. Por lo cual, ante una afectación grave que lleguen a sufrir éstos, el Estado debe intervenir por medio de su sistema punitivo buscando la manera de culminarla, imponiendo una sanción a la persona que cometió la transgresión. Además, al ser el Estado la institución que se reserva legítimamente el monopolio de imponer sanciones, busca prevenir las reacciones sociales frente al delito lo que permite no generar una situación caótica que desencadene en desestabilidad y por ende en desprotección para todos los asociados.

De la misma manera el derecho penal es garantizador en la medida en que debe crear y otorga las herramientas necesarias a las personas para que se protejan ante las acciones penales ejercidas por el Estado, así como brindar el mayor número de garantías a todos los individuos a la hora en que éste ejerce esta actividad, de tal forma que su gran poder no traspase límites tales como el de la dignidad de la persona o el derecho de defensa, por cuanto el menoscabo de estos postulados iría en contravía de los fundamentos estructurantes de un Estado Social de Derecho así como de la propia Constitución.

⁴⁹ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2001 p. 301.

⁵⁰ VELÁSQUEZ, ob. cit., p. 79

2.3. FRAGMENTARIO

Esta expresión atribuida a Binding⁵¹, se encuentra íntimamente relacionada con los principios de necesidad y lesividad. Consiste en que antes de que se utilice el sistema penal para la protección de bienes jurídicos, se debe acudir a las demás ramas del derecho con el propósito de verificar si alguna de ellas garantiza ese mismo interés lo que implica que el derecho penal se encuentre supeditado a los otros sectores del ordenamiento jurídico. Igualmente se hace referencia a que no ante toda afectación del bien jurídico debe el derecho penal actuar sino ante las que son verdaderamente graves.

El carácter fragmentario del derecho penal ha sido subrayado fuertemente a través de la tendencia descriminalizadora⁵², a raíz de las consecuencias aflictivas que el sistema genera para las personas. En consecuencia, la estrategia para combatir la problemática que se presente en un Estado Social de Derecho no puede girar en torno a penalizar cualquier tipo de conducta que este generando desestabilidad, ya que una actitud de este tipo demuestra la falta de seriedad de la política criminal y la inoperancia de los demás sistemas de control con los que cuenta el Estado.

VI. LA TEORÍA DE LA PENA

La principal consecuencia que se deriva de la comisión de una conducta punible es la imposición de una pena. Como se había señalado con anterioridad, la función que debe cumplir ésta es una tarea que tiene que definir la política criminal de un Estado con base en los postulados que otorga la Constitución, la dogmática y la criminología.

⁵¹ BINDING, citado por JESCHECK, WEIGEND, ob. cit., p. 57.

⁵² *Ibidem*.

Son muchas las críticas que se han formulado hacia este mecanismo de reacción y control utilizado por el Estado, principalmente por parte de las posturas abolicionistas, que consideran que es superior el mal que se produce con la implantación de una pena que el que en realidad se causó, por lo que proponen que sean vías distintas a la penal las que se encarguen de controlar los conflictos que conoce esta rama del derecho.

De esta manera, Ferrajoli define las posturas abolicionistas de la siguiente manera: “Considero abolicionistas sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social”⁵³.

Lamentablemente ante la gravedad de las conductas que se controlan a través del sistema punitivo, hasta el momento no se ha podido contar con otro mecanismo menos aflictivo de protección que produzca mejores resultados.

La pena se justifica dado a que a través de ella el Estado evita las reacciones sociales que se producen cuando se cometen delitos, tanto por parte de los perjudicados como de los demás integrantes de la comunidad, que en su afán y necesidad de obtener justicia pueden tomarse ésta por su cuenta (justicia por propia mano). De lo anterior se desprende que “El fundamento real de la pena radica en su carácter indispensable para mantener el orden de la comunidad”⁵⁴. Además, es una de las formas que tiene el delincuente de reivindicar su culpa, aunque en muchas ocasiones no produce este efecto.

⁵³ FERRAJOLI, ob. cit. p. 248.

⁵⁴ WELZEL, ob. cit. p.328.

La finalidad que debe tener la pena es una discusión que no ha sido pacífica, data de muchos años y depende principalmente de la orientación dogmática que se tenga. Es por eso que los estudiosos del Derecho Penal, a lo largo de la historia han elaborado un sin número de teorías justificativas que han servido para sustentar las consecuencias que debe tener la imposición de una pena, partiendo de posturas radicales (teorías absolutas) que principalmente manejan un enfoque retribucionista, hasta llegar a posturas mucho más flexibles que se han obtenido con una modernización del derecho penal, que superan la anterior etapa y ponen toda orientación hacia aspectos tanto individuales como sociales y que son conocidos como teorías relativas. Por último, encontramos posiciones eclécticas que buscan tomar aspectos tanto de las orientaciones radicales como de las relativas y de esta forma sustentar sus propias teorías.

1. TEORIAS ABSOLUTAS

Las teorías absolutas de la pena tienen como finalidad la retribución, por lo cual toman como parámetro el grado de culpabilidad que tenga el infractor para determinar la cantidad de pena que se le debe imponer. “Son teorías absolutas todas las doctrinas retribucionistas que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito (...)”⁵⁵, así, esta teoría aplica el viejo principio del talión “ojo por ojo, diente por diente” que en términos más claros se puede expresar de la siguiente manera: si tu lesiones te deben lesionar, si tu matas debes perder la vida. “La función de la pena se centra, según este punto de vista en la realización de la Justicia impidiendo que la injusticia triunfe”⁵⁶, pero hay que tener en cuenta que el concepto de justicia es algo metafísico que se torna indemostrable.

⁵⁵ FERRAJOLI, ob. cit. p. 253.

⁵⁶ SANTIAGO MIR PUIG, El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona: Ed. Ariel, 1994 p. 116.

Como se puede observar, esta concepción de la pena se enfoca únicamente en el contenido del hecho realizado por el infractor, es decir, analiza las circunstancias desde el pasado para determinar el castigo correspondiente, sin importar las consecuencias futuras y mucho menos la trascendencia y la utilidad social que genera la imposición del castigo. En otras palabras, solamente le interesa sancionar, sin importarle que en el futuro la persona vuelva a reincidir y dejando de lado las repercusiones que la imposición de un castigo trae para el resto del conglomerado social.

Según Jescheck, las posturas retribucionistas descansan en tres fundamentos: “El primero consiste en la necesidad de que por lo general el Estado pueda justificar su legitimidad para imponer al culpable, por medio de la pena, lo que se ha merecido; esto es solo posible si es reconocida la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo presupuesto de la retribución consiste en que exista una culpabilidad que resulte graduable según su gravedad. Y en tercer lugar, la retribución presupone que es aquella la predisposición de la sociedad a la reconciliación con el autor si éste acepta la pena”⁵⁷.

Dentro de los principales defensores de esta postura se encuentran los dos grandes filósofos del idealismo alemán Kant y Hegel. “La ley penal – decía Kant en la *Metafísica de las costumbres*- es un imperativo categórico. Su necesidad no procede de su posible conveniencia para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda o no servir a tal finalidad. Sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia”⁵⁸. A su vez Hegel identificaba el delito “(...) como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación, como anulación del delito, que de lo contrario tendría validez y con ello, como restablecimiento del Derecho: La anulación del delito es

⁵⁷ JESCHECK, WEIGEND, ob. cit. p. 72.

⁵⁸ KANT, citado por MIR PUIG, ob. cit., p. 116.

retribución en cuanto ésta es, conceptualmente una lesión de la lesión”⁵⁹, es decir, el delincuente al cometer el delito desconoce el derecho, pero al imponérsele la pena con base en su culpabilidad, tal desconocimiento queda compensado y por ende restablecido el derecho lesionado.

Las críticas que se hacen a esta concepción son: en primer lugar parte de un presupuesto metafísico indemostrable como es la justicia (enlazada en el concepto de retribución), desencadenando especulación en su implantación. En segundo lugar su falta de finalidad, puesto que solo busca compensar el daño sin evitar la manera de que en el futuro no se causen más delitos, por tanto no sirve para garantizar seguridad a los ciudadanos. Finalmente, se considera como obsoleta puesto que un manejo de la pena con esta orientación sólo era concebible en Estados absolutistas.

2. TEORIAS RELATIVAS

A diferencia de las teorías absolutas que se encasillan en la retribución, las teorías relativas tienen como propósito que la pena tenga una finalidad, por lo que la principal misión que le asignan es la prevención de los delitos. De estas posturas se desprende que “no se castiga para restablecer un orden de valores, sino para evitar la realización de conductas que se estiman indeseables”⁶⁰, es decir, lo que se busca con la imposición de la pena es que en el futuro no se produzcan más delitos. Esta concepción ve que “el derecho penal se justificaría en razones sociales, políticas y jurídicas y, en último termino, por su utilidad social”⁶¹.

En esta corriente existen dos posturas claramente diferenciales: una que considera que la pena debe estar dirigida a producir efectos en la sociedad y la otra que afirma que su misión está en el tratamiento de la persona que delinque.

⁵⁹ HEGEL, citado por ROXIN, ob. cit.p. 83.

⁶⁰ MIR PUIG, ob.cit., p. 118.

Veamos a continuación cuales son sus fundamentos y las razones que esgrimen cada una.

2.1. LA PREVENCIÓN GENERAL

Dentro de esta concepción existen dos corrientes: la prevención general positiva y la prevención general negativa.

2.1.1. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

También conocida como prevención general de la integración, considera que con la implantación de la pena se busca asegurar que todas las personas sean fieles al orden jurídico y a las instituciones, o como dice Jakobs que es uno de los más importantes defensores de esta corriente, “una pena cuya función consiste en ejercitar en el reconocimiento de la norma⁶².

Esta postura hace énfasis en la importancia del derecho en una sociedad como instrumento de control y como garantía que tienen todos los asociados, por esto se dice que la pena trasciende de ámbito netamente normativo hasta llegar a la totalidad de los individuos que restablecen su confianza en el ordenamiento jurídico en el momento de su implantación.

Roxin ha planteado los siguientes efectos que se desprenden de la prevención general positiva: En primer lugar “el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza,

⁶¹ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal volumen I, Madrid: Ed. Trotta, 2000 p.47.

⁶² JAKOBS, ob. cit., p.26.

en virtud de la sanción sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor⁶³.

Se han formulado una serie de críticas a esta corriente: En primer lugar “Parte de una presunción absoluta: la capacidad motivadora de la norma”⁶⁴, que es muy difícil de demostrar empíricamente; además, no toma en cuenta las diferencias en el modo de razonar que existen en todos los miembros de la sociedad (parte de una sociedad igualitaria y estable que no es real), por lo que la función de motivación no puede ser absoluta. También, asume presupuestos como los de “fidelidad al derecho, ejercicio en el reconocimiento de la norma, etc., - que suponen una confusión entre derecho y moral -, deben rechazarse por inestables y gaseosos”⁶⁵.

2.1.2. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

La prevención general negativa parte de la base de que lo que se pretende con la implantación de la pena es generar en todo el conglomerado social una sensación de intimidación “que sirva de freno a la posible tentación de delinquir”⁶⁶, es decir, su fundamento gira en torno a la coacción psicológica, de lo que se desprende que esta corriente “aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo”⁶⁷.

Se considera como su principal exponente a Feuerbach quien manifestaba que “el impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho”⁶⁸.

⁶³ ROXIN, Derecho Penal parte general, p. 92.

⁶⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal, p. 50.

⁶⁵ VELÁSQUEZ, ob. cit. p. 114.

⁶⁶ MIR, PUIG, ob. cit., 120.

⁶⁷ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob.cit. p. 54

⁶⁸ ANSELM VON FEUEBRACH, citado por Bustos Ramírez, Introducción al Derecho, p. 70.

Esta teoría busca prevenir el delito fundamentándose en la amenaza de pena de las normas punitivas, pero la coacción no solo se puede quedar en esta fase ya que no sería efectiva frente a la sociedad, sino que requiere de su real implantación, porque es de esta última etapa que depende su carácter intimidatorio.

De la misma manera, la búsqueda de la implantación de la intimidación en la sociedad puede conllevar a generar el terror penal dentro del conglomerado. También se le critica que la persuasión que pretende, posiblemente se da frente a las personas que intentan delinquir por primera vez, más no con los reincidentes a quienes la intimidación no les produce ningún efecto.

Es de tener en cuenta como lo dice Roxin, que “lo que mayor efecto intimidatorio tiene sobre la comunidad no es tanto la gravedad de la pena, como la intensidad de la persecución penal”⁶⁹. Finalmente, se dice que esta teoría al tener como fundamento la coacción estatal representada en la intimidación y el miedo que genere en las personas “(...)es insostenible desde la perspectiva de un Estado social y democrático de derecho que no puede tolerar penas draconianas, ni permitir que al hombre se le cosifique y se le convierta en instrumento para los fines del Estado(...)”⁷⁰.

2.2. LA PREVENCIÓN ESPECIAL

A diferencia de lo que sucede con la prevención general en la que la pena busca producir resultados en el conglomerado social, la prevención especial busca que estos efectos se den de manera concreta en el individuo que delinque. Para este

⁶⁹ CLAUS ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Sevilla: Ed. Publicaciones Universidad de Sevilla, 1981 p. 47.

⁷⁰ VELÁSQUEZ, ob. cit., p. 113.

propósito se divide en dos corrientes claramente diferenciables: La prevención especial positiva y la prevención especial negativa.

2.2.1. LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA.

Esta teoría tiene como su principal exponente a Franz Von Litz quien en el año de 1883 la expuso en el “Programa de Marburgo”. En su trabajo acudió a los “(...) métodos de investigación empírico-causales de las modernas Ciencias de la Naturaleza que en aquel tiempo encontraron acomodo en la ciencia jurídica, comprobó las deficiencias del entonces Derecho vigente según los resultados de la estadística criminal y consideró a la Política Criminal como un sector de la Política social (Positivismo)”⁷¹.

Según Von Listz, esta corriente puede actuar de tres maneras: “asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección”⁷².

Es precisamente en este último punto en donde esta teoría tiene su principal significación. La prevención especial positiva considera que la pena, llamada por muchos autores medida de seguridad, es el mecanismo que permite la resocialización de la persona que delinque, por tanto es dirigiendo hacia ella el poder del Estado que en el futuro se preverán los delitos.

Esta concepción parte de la base de que todos los hombres no son iguales sino que por el contrario aquellas personas que tienen inclinación hacia el delito son enfermos que representan un gran peligro para la sociedad, por lo cual esta tiene la obligación de defenderse. De esta manera, se entiende que “el Derecho penal

⁷¹ JESCHECK, ob. cit., p. 79.

⁷² FRANZ VON LITZ citado por Roxin, Derecho Penal parte general, p. 86.

debía dirigirse a cada delincuente del mismo modo que la Medicina trata de forma distinta a cada enfermo”⁷³.

La idea de la pena que se defiende en este punto, plantea la necesidad de tratamientos (educativos, terapéuticos, etc.), para los desviados socialmente. Estos se efectuarán una vez que el individuo se encuentre internado en el presidio, si se estima necesario, del cual sólo saldrá en el momento en que se considere que el procedimiento al que se le sometió se cumplió de manera efectiva y por ende que la persona una vez más incorporada dentro de la sociedad, no va a volver a delinquir.

A esta concepción se le critica, al igual que a la prevención general, porque instrumentaliza al hombre según los fines que persiga el Estado. De otra parte, la duración de la pena sujeta al tiempo de resocialización puede resultar violatoria del principio de proporcionalidad toda vez que ante una infracción leve se puede someter al individuo a largos periodos de encierro, así como ante una infracción grave a un periodo corto, puesto que la duración del presidio depende exclusivamente de la facilidad de readaptación del individuo a la vida normal.

Finalmente, el sometimiento de las personas a tratamientos a los que muchas veces no quieren participar con el objetivo de reincorporarlos a la sociedad, choca de manera drástica con el principio de la dignidad humana propia de un Estado que respeta los derechos fundamentales.

2.2.2. LA PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

Esta postura parte del mismo fundamento de la anterior, es decir, que la pena va dirigida de manera exclusiva al individuo, pero su punto de divergencia se en

⁷³ MIR PUIG, ob. cit., p. 123.

cuentera que mientras la primer busca la resocialización, la segunda por el contrario pretende la inocuización de éste frente a la sociedad.

Se entiende que la neutralización a la que se somete a la persona es un bien que se le proporciona al resto de la sociedad, por lo tanto se parte de una estructura social organicista, en la que prima el interés general y se busca erradicar aquellas molestias que impiden el normal desarrollo de la comunidad. Es así que las personas se pueden relacionar como “células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse”⁷⁴.

Una concepción así de la pena desvirtúa totalmente los derechos fundamentales de cualquier persona y sólo es concebible en estados autoritarios como el régimen nazi que se implantó en Alemania a mediados de las décadas de los treinta y los cuarenta, durante la segunda guerra mundial.

De todas las posturas anteriormente planteadas se puede observar que ninguna en totalidad cumple con los cometidos que garanticen una finalidad acorde con los postulados que fundamentan al moderno Estado Social de Derecho. Es más, si se analizan de manera paralela en un caso concreto las soluciones que se desprenden son totalmente dispares. Para esto nos valdremos de un ejemplo planteado por Roxin que presenta de manera clara los resultados anteriormente mencionados.

“Imaginemos un caso de esos que frecuentemente vienen en los periódicos: tras estrangular a su mujer infiel en un ataque de celos, el marido se presenta a la policía. Desde el punto de vista de la teoría de la retribución lo primero que habría que hacer en este caso es preguntar por el grado de culpabilidad del marido, pues es esta culpabilidad la que debe ser retribuida. Habrá que tener, por tanto, en cuenta la reprochabilidad del homicidio, computar la infidelidad de la mujer y la presentación espontánea del marido ante la policía como circunstancia atenuante y además

⁷⁴ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit. p. 61.

considerar por lo menos causa de atenuación de culpabilidad, tras el correspondiente informe de psiquiatría, el estado de arrebató o excitación del marido. La conclusión final podría ser quizás la de considerar como justa causa una pena privativa de la libertad de un año de duración.

El partidario consecuente de la teoría de la prevención especial, se planteará, en cambio, la cuestión de qué sanción sería conveniente para impedir que el delincuente volviera a cometer un hecho similar, y podría llegar a la conclusión de que al haberse producido en una situación de conflicto interno que probablemente no se volverá a repetir nunca, no es presumible que vuelva a ser cometido en el futuro por la misma persona. Así que al no ser necesaria desde un punto preventivo especial una actuación sobre el reo, debería dejar el hecho impune.

De un modo totalmente distinto se presenta el caso para los partidarios de la prevención general. Según esta teoría, a la hora de imponer una sanción penal debe tenerse en cuenta el efecto de dicha sanción sobre la comunidad. Por eso, carecería de sentido dejar sin castigo un caso como éste, ya que si se corriera el rumor de que la muerte de la mujer infiel no iba ser castigada, esto supondría un mal ejemplo para todos y probablemente costaría muchas vidas humanas. Pero también la pena justa por la culpabilidad (un año de prisión) tiene que parecer a los ojos de la teoría de la prevención general como demasiado leve; para dicha teoría, debería imponerse una pena mucho más grave (por ejemplo diez años de prisión), para hacer ver a la población la firmeza e importancia de la norma que prohíbe matar y conseguir el efecto intimidatorio deseado⁷⁵.

3. TEORÍAS UNIFICADORAS

Las críticas suscitadas a las diferentes posturas estudiadas han llevado a que los doctrinantes elaboren teorías mixtas o eclécticas, que mezclan los fundamentos de las corrientes absolutistas y relativistas, pretendiendo superar los errores de éstas y consolidar una posición en la que la pena cumpla un fin determinado, tanto para la persona como para la sociedad.

Es importante aclarar que una tarea de este tipo es sumamente compleja. El intento de conciliar posturas que son claramente antagónicas, muchas veces se materializa en teorías que resultan de difícil aplicación. Ahora bien, por lo general cada doctrinante maneja una postura de acuerdo a la orientación dogmática que tenga, lo que permite que se amplíe el debate que gira en torno a este tema; pero en realidad lo que hay que tener en cuenta es que hasta hoy no se ha encontrado una tesis unificadora que cumpla con la totalidad de expectativas que se generan al interior de la comunidad jurídica.

La formulación de teorías de la pena con pretensiones de unificación no es un fenómeno nuevo en el derecho penal; por el contrario, se puede asumir que la diferenciación de medidas a tomar entre los diferentes tipos de delincuentes planteada por Von Liszt, es una especie de teoría de la unión, ya que se reconoce de esta manera que la pena no puede ser aplicada igualmente para todos los delincuentes sino que en aras de lograr su resocialización es preciso para unos suministrar tratamiento y para otros castigar para conseguir retribución.

Más recientemente se encuentran otras teorías que pretenden superar las críticas hechas a los planteamientos preventivo-generales revaluando el concepto de intimidación y el afán disuasorio, para asumir en su lugar una prevención general positiva que fundamente en la sociedad la idea de validez del derecho.

También las teorías de la prevención especial han sido moderadas para encontrar en los demás planteamientos teóricos elementos que sirvan para superar sus críticas, al reorientar la idea de la resocialización con fundamento en criterios político criminales y al racionalizar la aplicación de las penas con los mandatos del Estado Social de Derecho se obtiene una teoría unificadora con fundamento en la prevención especial.

⁷⁵ ROXIN, *Iniciación al Derecho Penal*, p. 42 y ss.

Una posición aún más comprensiva que las anteriores es planteada por Claus Roxin⁷⁶, para este autor las diferentes orientaciones respecto de la pena tienen cabida dentro del derecho penal, no se trata sin embargo, de una superposición de las explicaciones, por el contrario, lo que se pretende es encontrar en cada fase en que se aplica el derecho penal un criterio explicativo de la pena.

Se parte así de una concepción de prevención general cuando se crea la norma, se sigue con un criterio de determinación de la culpabilidad para la determinación de la sanción a imponer y se termina con la aplicación de la prevención especial en el proceso penitenciario donde se pretende conseguir la reinserción social del condenado.

Al igual que las anteriores esta teoría también es ampliamente criticada pero consiste en una de las aproximaciones que mejor “integran” o “unifican” las demás concepciones sobre la pena de tal modo que se consiga una articulación de los contenidos y una explicación completa de los fundamentos de la pena en el sistema punitivo.

Las teorías expuestas no son las únicas en lo que respecto a la pena se refiere, como se dijo anteriormente se puede afirmar que habrá tantas teorías como autores sobre la materia, teniendo en cuenta que los ajustes que se hacen a las formulaciones, pueden inscribirse en alguna teoría en general, pero constituyen, en cualquier caso, teorías independientes al resolver los inconvenientes y las críticas de manera diversa dependiendo de las orientaciones dogmáticas de cada autor.

Ahora bien, en la Constitución de 1991 se plantean unas directrices para manejo que se le debe dar a la pena por parte del Estado colombiano. En el artículo once se prohíbe la pena de muerte; en el artículo doce se excluye la implantación de

⁷⁶ ROXIN, Derecho Penal. p. 95 y ss.

penas crueles; en el artículo veintiocho se prohíbe la detención, la prisión y el arresto por deudas, así como las penas y las medidas de seguridad imprescriptibles; y en el artículo treinta y cuatro se proscriben las penas de destierro y prisión perpetua.

Estos mandatos son un límite para la definición de los criterios con los cuales se abordará la implantación de la pena, y son tenidos en cuenta cuando se adoptan las instituciones jurídicas que desarrollan los contenidos penales.

El nuevo Código Penal colombiano en su título primero al hacer referencia a las normas rectoras, menciona las funciones que debe cumplir la pena:

- Art. 4. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social, y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena.

De la simple lectura del artículo cuarto de la ley 599 de 2000, se puede establecer que la posición dogmática que acogió el legislador al expedir el Código penal, en lo que hace referencia a la finalidad que debe cumplir la pena, es la que en la doctrina se ha denominado como teoría unificadora o mixta. En este mismo sentido, la Corte Constitucional en sus providencias se ha manifestado de acuerdo con esta postura y así lo ha expresado:

“La pena tiene en nuestro ordenamiento jurídico un fin preventivo, que se cumple en el momento en que el órgano legislativo establece la sanción –que se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones-; un fin retributivo, que se manifiesta al momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanísticos y las

normas de derecho internacional adoptadas. Privar al contraventor de la posibilidad de acumular las rebajas de pena –que, como se señaló, por lo general guardan relación con el desarrollo de actividades edificantes para el interno como el trabajo o el estudio- se traduce en una forma de limitar sus posibilidades de pronta reinserción a la sociedad, coartando tanto el desarrollo de su personalidad –que también en estos casos se reconoce plenamente al individuo- como las posibilidades de que el sistema judicial y penitenciario se convierta en verdadera herramienta de control y transformación social”⁷⁷.

Los distintos enfoques que se pueden dar a la finalidad que debe cumplir la pena, así como la posición asumida por el legislador con la promulgación del nuevo Código, permite que en el desarrollo de esta investigación se haga un análisis del fin que se persigue al implantarle una pena a la persona que cometa el delito de Inasistencia Alimentaria. Sin embargo, los desarrollos y las consecuencias prácticas de lo anterior se abordarán en la tercera parte de este trabajo.

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1112 de 2000, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

CAPÍTULO SEGUNDO

I. SISTEMAS LEGISLATIVOS PARA LA INASISTENCIA ALIMENTARIA.

La problemática que se ha generado para establecer la forma en que se debe regular la Inasistencia Alimentaria y otros inconvenientes que se generan al interior de la familia, ha sido clasificada doctrinalmente en tres sistemas: El Franco-Belga, el Italiano y el Polaco.

1. **Sistema Franco-Belga:** También conocido como indirecto, este sistema pretende que en primer lugar se adelante un trámite ante la jurisdicción de familia, de menores, u otro organismo (eje. un centro de conciliación o una comisaría de familia), que reconozca y fije el monto de la obligación alimentaria, y una vez producido el incumplimiento y este se encuentre especificado, se pueda acudir a la jurisdicción penal. Es decir, “condiciona la incriminación a la existencia de una decisión judicial previa que imponga la obligación alimentaria y el transcurso de cierto tiempo (...) sin cumplirla”⁷⁸.
2. **Sistema Italiano:** También conocido como directo, se diferencia del sistema Franco Belga, en que en este no es necesario acudir a otra jurisdicción para luego llegar a la penal sino que se puede ir directamente a ésta y efectuar el reclamo alimentario. Otro aspecto que caracteriza este sistema es que es mucho más amplio que el anterior, por tanto no solo se reclaman obligaciones patrimoniales sino que también aquellos deberes que pueden poner en riesgo

⁷⁸ GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Delitos Contra la Asistencia Familiar, Medellín: Ed. Colecciones Pequeño Foro, 1973 p. 31.

la estabilidad familiar tales como “Buenas costumbres, diligencia, probidad, moralidad, buen ejemplo”⁷⁹.

3. **Sistema Polaco:** También conocido como mixto, este sistema toma algunos aspectos del sistema Franco-Belga y otros del Italiano y forma uno nuevo. Ahora bien, para su operancia hace una clasificación entre familiares próximos (cónyuge, hijos y padres), y familiares lejanos (los otros miembros de la familia), para lo cual, cuando el problema alimentario se presenta con los primeros se puede acudir directamente a la jurisdicción penal, no así con los segundos que deben acudir en primer lugar ante otra jurisdicción y luego sí a la penal.

Aunque la legislación Colombiana no se adscribe de manera concreta con ningún sistema de los anteriormente planteados, si es notorio su acercamiento hacia el Italiano, toda vez que no es necesario agotar trámites ante otra jurisdicción para poder acudir a la penal. Además, ha sido reiterada la jurisprudencia en torno a la cual no es requisito para ejercer la acción penal haber acudido previamente a la jurisdicción civil. Tal vez la diferencia notoria que se presenta con este sistema es que a nuestra legislación penal solamente se puede acudir para casos concretos (inasistencia alimentaria, violencia intrafamiliar etc.), y no casos netamente moralizadores o éticos como lo pregonan que se atiendan con este sistema.

“Para iniciar proceso penal por inasistencia familiar económica, no es necesario que se haya adelantado previamente acción civil de alimentos ni que en tal sede se fije el monto de las mesadas que ha de pagar al alimentante, pero cuando ello ocurre, el juez penal deberá atenerse a la determinación tomada por la jurisdicción civil o de menores, según el caso, porque son las llamadas preferencialmente a decidir sobre estas cuestiones”⁸⁰.

⁷⁹ ERNESTO J. URE, citado por GÓMEZ VELÁSQUEZ, *ibidem*.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de abril 17 de 1980, M.P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA.

El primer antecedente legislativo que reguló la Inasistencia Alimentaria en materia penal se encuentra en la Ley 83 de 1946 (orgánica de la defensa del niño), la cual en su artículo 78 establecía:

Art. 78. El padre sentenciado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo no la cumpla durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año.

A mediados de la década de los cincuenta y comienzo de la década de los sesenta se presentaron en el Congreso diferentes iniciativas con el objetivo de elaborar un marco jurídico que buscaba la protección de algunos aspectos relacionados con la familia en los que se incluía el tema alimentario. La primera iniciativa fue la elaborada por Bernardo Gaitán Mahecha en el año de 1956, luego aparece el proyecto de Bernardo Ceballos Uribe en 1958 y finalmente el proyecto de Sofía Medina de López en 1964. Estas iniciativas no tuvieron el apoyo que se esperaba por parte de los Congresistas, razón por la cual finalmente terminaron archivadas.

Posteriormente se realizó una nueva regulación de la asistencia familiar con la expedición del Decreto 1699 de 1964, por medio del cual se dictaban disposiciones relacionadas con conductas antisociales, el cual tímidamente en su artículo 27 hizo alusión al tema de abandono familiar:

Art. 27. El que sin causa justificada deje sin asistencia económica o moral a personas a quienes esté obligado a prestarla, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

Con la expedición de la ley 75 de 1968 (por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), en el capítulo II (artículos

40 al 49), se consagran los delitos contra la asistencia familiar, en donde el problema alimentario es sujeto nuevamente de regulación, siendo más específico en su normatividad y con una mejor orientación que la que se efectuó en el Decreto 1699 de 1964. Así, en el artículo 40 se plasmó:

*Art. 40. Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o **alimentaria** debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o al cónyuge, aún divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos.* (Negrilla nuestra).

Parágrafo. La acción penal sólo recaerá sobre el pariente inmediatamente obligado, cuando no se trate de ascendencia o descendencia legítima.

Es importante resaltar que en el artículo 48 de la ley 75 se fijó como edad mínima para poder ser sujeto activo de esta conducta la edad de dieciséis años, es decir, toda persona a partir de esta edad que incumpliera con sus deberes morales o alimentarios frente a los integrantes de la familia que la norma mencionaba, debía ser castigada con la sanción que se encontraba prevista en el artículo 40.

En el año de 1980 con la expedición del Decreto 100, (Código Penal) se tipifica nuevamente la Inasistencia Alimentaria, haciendo algunos cambios en el alcance de la disposición normativa. De esta forma, el artículo 263 del mencionado decreto hizo la siguiente regulación:

Art. 263. Inasistencia Alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos.

Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos.

Indiscutiblemente, son varios los cambios que se pueden observar frente a la tipificación del delito de Inasistencia Alimentaria realizada por el Decreto 100 de 1980 en el artículo 263 frente a la regulación que se hizo con la ley 75 de 1968 en el artículo 40:

- a. Se hace mención expresa de los padres adoptantes como sujetos activo y pasivo frente a los hijos adoptivos (...)
- b. Quedan eliminados los hermanos como sujeto activo y pasivo del delito.
- c. Solo se reprime la inasistencia alimentaria (...)
- d. Limita la acción penal a padres e hijos cuando se trate de un parentesco de consanguinidad⁸¹.

Esta norma tuvo vigencia hasta el 24 de julio del año 2001, fecha a partir de la cual entra en vigencia el nuevo Código Penal (ley 599 de 2000), en el cual nuevamente se hace referencia a la mencionada conducta. Esta se encuentra regulada en el Título VI (Delitos Contra la Familia), en el capítulo cuarto (Delitos Contra la Asistencia Alimentaria), de manera específica en el artículo 233:

Art. 233. Inasistencia Alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en 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.

Aunque no fueron muchos los cambios que se efectuaron frente a la regulación anterior, es de tener en cuenta los siguientes:

⁸¹ ANTONIO VICENTE ARENAS, Comentarios al Código Penal Colombiano, Tomo II, Bogotá: Ed. Temis, 1991 p. 267.

- a. Se cambia el término arresto por el de prisión.
- b. Se aumenta la punibilidad, al pasar el mínimo de la pena de seis meses a un año de prisión.
- c. No se contempla la limitación que se presentaba en la acción penal cuando se trataba de parentesco natural que originalmente contemplaba el tipo penal del decreto 100 de 1980, pero que posteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁸².
- d. Se plasma como segundo párrafo del artículo el aumento de la punibilidad y la multa para el familiar infractor, cuando el sujeto pasivo de la conducta punible sea un menor de edad. Esta agravación ya había sido sujeta a regulación en el artículo 270 del Decreto 2737 de 1989 actual Código del Menor, solo que de una forma más benigna, toda vez que el mínimo de prisión era de un año y no dos como el actual, y la multa pasó de uno a cien días de salario mínimos legales, a de quince a veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el proyecto de Código Penal que fue presentado por la Fiscalía General de la Nación ante el Congreso de la República, se proponía agregarle al término

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-125 de 1996. M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA. Esta providencia tuvo como fundamento para declarar inexecutable el segundo párrafo del artículo 263 del Decreto 100 de 1980 lo siguiente: Establecida, como lo está hoy, la obligación alimentaria en favor de todos los ascendientes y descendientes, no se ve cómo puede el inciso demandado limitar la acción penal a los padres e hijos naturales, con exclusión de los ascendientes y descendientes de los demás grados. Esta limitación es contraria a la igualdad consagrada por el artículo 13 de la Constitución, que prohíbe las discriminaciones por razón del origen familiar.

Obsérvese, además, que, en últimas, la norma acusada establece una doble discriminación: por un lado se discrimina en contra de todos los ascendientes y descendientes legítimos, más allá de los padres e hijos, pues se les somete a la acción penal por el delito de inasistencia alimentaria; y por el otro lado, se discrimina en favor de los ascendientes y descendientes naturales, distintos a los padres e hijos, pues se les libera de la acción penal originada en el mismo delito.

En conclusión: si la obligación de prestar los alimentos legales pesa por igual sobre todos los ascendientes y descendientes, sin limitación y sin distinción entre ellos, como lo establece el artículo 411 del Código Civil, todos los ascendientes y descendientes que la incumplan sin justa causa, incurrirán en el delito de inasistencia alimentaria. Y es contraria a la igualdad consagrada en la Constitución, la norma que excluye de la acción penal a algunos de tales ascendientes o descendientes.

“legalmente debidos” la frase “*y reconocidos, u ordenados por autoridad competente*”⁸³, lo que implicaba que antes de acudir a la jurisdicción penal, otro funcionario de una rama diferente a la penal hubiese estipulado el monto de los alimentos que se debían (sistema Franco-Belga). Finalmente, esta propuesta no tuvo acogida, dejando el artículo casi de forma similar a la norma del Código Penal anterior.

Lamentablemente no se sabe en concreto cuales fueron los motivos que llevaron a los redactores del Código a plasmar este requisito ni tampoco las razones del legislador para no acogerlo, toda vez que al interior de la comisión redactora no se elaboraron actas de las discusiones de cada cesión y en la gaceta del Congreso en la que se mencionó el debate en el que se aprobó el delito de Inasistencia Alimentaria no figura ninguna discusión especial que se le haya realizado a éste.

III. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA TIPICA

El Tipo de Inasistencia Alimentaria cuenta con las siguientes características: Se trata de una conducta de omisión propia, que solamente puede ser cometida dolosamente, es “(...) de carácter permanente y de tracto sucesivo en cuanto su proceso consumativo, que comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida, se prolonga durante todo el tiempo de la omisión, el momento de cometerse la infracción ha de entenderse como todo el periodo durante el cual el alimentante ha incumplido su obligación alimentaria, pues mientras ello ocurra el hecho punible se está cometiendo”⁸⁴, así mismo este delito se puede considerar como una conducta de peligro lo que significa que “(...) la responsabilidad penal no

⁸³ JAIRO LÓPEZ MORALES, Nuevo Código Penal, Tomo II, Bogotá: Ed. Ediciones Doctrina y Ley, 2002 p. 446.

⁸⁴ MARIO ARBOLEDA VALLEJO, JOSÉ ARMANDO RUIZ SALAZAR, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, Bogotá: Ed. Leyer, 2002 p. 625.

exige una lesión concreta, basta la creación de un riesgo con segura probabilidad de acontecimiento de la lesión⁸⁵, para considerar que el delito se está realizando.

1. **Sujeto activo:** Se debe tener en cuenta que este tipo penal cuenta con un sujeto activo cualificado, razón por la cual sólo podrá cometer este delito el individuo que cuente con las calidades que especifica el artículo 233, esto es, los ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge con relación al sujeto pasivo. Frente a esta relación familiar, es de observar que “los primeros revelan una condición consanguínea que se extiende hacia arriba, abarcando padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., y hacia abajo, siguiendo un orden inverso, es decir los hijos, nietos, bisnietos, etc. Los siguientes se atienen a un vínculo de naturaleza jurídica, nacido de la asimilación de alguien que en principio no pertenece a la familia, que se concretan en las fórmulas de adopción, matrimonio y uniones maritales de hecho⁸⁶. Es importante resaltar que la Corte Constitucional⁸⁷ ha criticado la omisión en que incurrió el legislador Colombiano al no incluir a los compañeros permanentes dentro de esta norma, razón por la cual exhortó a este organismo a modificar este tipo penal para subsanar el error y así ponerlo acorde con los nuevos postulados de la Constitución.
2. **Sujeto Pasivo:** Siguiendo al profesor Guillermo Ferro, coincidimos con él en que el sujeto pasivo de este delito “sigue siendo la sociedad, reflejada en la familia, y, yendo más lejos, se le da trascendencia a los miembros sobre los cuales se precisa la obligación correspondiente, dentro de los cuales el menor prima⁸⁸. Ahora bien, si el damnificado es el hermano o un una persona que ha

⁸⁵ MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS, El Delito de Inasistencia Alimentaria. Apuntes para una Interpretación Sistemática de Tipo, en Derecho Penal y Criminología, No. 68, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000 p. 95.

⁸⁶ JOSÉ GUILLERMO FERRO TORRES, en Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003 p. 509.

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-016 de 2004, M.P.: ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.

⁸⁸ FERRO TORRES, ob. cit. p. 510.

otorgado una donación al sujeto activo, la acción penal no puede proceder toda vez que la forma en que quedó redactado el tipo penal no los cobija, a diferencia de lo que sucede en la legislación civil en donde estos sujetos si cuentan con protección.

3. **Conducta:** Fundamentada por el verbo rector, en este delito esta dada en la “sustracción” injustificada de brindar alimentos a los integrantes de la familia que ordena la ley. De esta manera, como se había mencionado con anterioridad, el comportamiento que caracteriza en este ilícito está representado por una actitud omisiva por parte del sujeto activo quien debe contar con la obligación legal de brindar alimentos y no encontrarse protegido por alguna de las causales estipuladas en la ley que le permiten no suministrarlos. Por tanto, “(...) para poder predicar la sustracción es necesario que preexista la obligación y un pago exigible no cumplido(...)”⁸⁹.
4. **Objeto jurídico:** Es obvio que el interés que el legislador busca proteger con la consagración de este delito es el la familia, por tanto ésta será el objeto jurídico de la norma.
5. **Objeto material:** Este se soporta sobre la persona damnificada con la realización de la omisión, por tanto, solamente podrá recaer sobre el o los miembros de la familia directamente afectados y que se encuentran protegidos por la ley penal.
6. **Ingredientes normativos del tipo:** Al interior del tipo penal encontramos diferentes ingredientes normativos:
 - 6.1. **Sin justa causa:** Este es un ingrediente normativo que “remite a todo el ordenamiento jurídico, incluida la legislación civil (arts. 411 y s.s. C.C.) la

cual especifica las condiciones en las cuales puede surtirse autorización legal del comportamiento y hace las exclusiones pertinentes; al mismo tiempo la expresión revela una reiteración del elemento antijurídico que se puede aceptar como afán del legislativo de proporcionar claridad a la oración típica”⁸⁹. En caso tal de no encuadrar en ninguna causal para no brindar alimentos y si se comprueba de manera fehaciente que el sujeto podía brindarlos, es notorio que no se cumple el ingrediente y la conducta es típica.

Es importante resaltar que muchos funcionarios judiciales se valen de la presunción que contiene el artículo 155 del Código del Menor, que establece que el obligado a suministrar alimentos devenga por lo menos un salario mínimo legal, para no tener en cuenta este ingrediente normativo, dado que si la misma ley considera que cada persona cuenta con un mínimo de solvencia económica mensual, no se justifica que no se suministre un porcentaje de ésta al sustento de los familiares menores que están reclamando alimentos.

La Corte Constitucional encontró que esta presunción no era contraria a los postulados de la Constitución basándose, entre otros, en los siguientes argumentos:

“La razonable correspondencia entre la experiencia - reiterada y aceptada -, y la disposición jurídica, así como la defensa de bienes jurídicos particularmente importantes, justifican la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales. Si bien, en principio, los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión, lo cierto es que, en las circunstancias descritas y con el fin de promover relaciones procesales más equitativas o garantizar bienes jurídicos particularmente

⁸⁹ MOYA VARGAS, ob. cit. p. 95.

⁹⁰ ARBOLEDA VALLEJO, ob. cit., p. 625.

importantes, el legislador puede invertir o desplazar el objeto de la prueba. Es por lo anterior que un segmento importante de las presunciones legales tiende a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta.

(...)

En cuanto respecta a la disposición demandada, puede sostenerse que si bien un sector de la población no devenga el salario mínimo legal, la mayoría de las personas, en edad de trabajar, percibe, por lo menos, un ingreso mensual equivalente a dicha suma. En efecto, tanto los datos que aporta la experiencia como la obligación del empleador de pagar, no menos de una cuantía mínima legal como salario mensual, permite sostener que la presunción cuestionada es razonable.”⁹¹

A pesar de que esta presunción fue diseñada originalmente para los procesos de la jurisdicción de familia con el propósito de facilitar la labor del juez en el momento de fijar la cuota a suministrar, los funcionarios de la rama penal se han valido (con la anuencia de la Corte constitucional) de lo dispuesto en el citado artículo del Código del Menor para reducir su trabajo investigativo y para justificar las falencias en el recaudo probatorio cuando no se puede establecer la capacidad económica del procesado.

En cuanto el manejo que se le puede dar a la expresión “sin justa causa” es de tener en cuenta que existe una posición doctrinaria que le da un tratamiento diferente, no como un ingrediente normativo sino como un ingrediente negativo del tipo, postura que tiene sus mayores representantes en las escuelas alemanas, enfocándola en la posición dogmática denominada injusto penal⁹².

6.2. **Alimentos legalmente debidos:** Este ingrediente normativo ha generado bastante polémica dentro de la doctrina penal, por lo que en primer lugar se

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-388 de 2000, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁹² Cfr. ROXIN, Derecho Penal, p. 283 a 292.

debe mirar qué debe entenderse por alimentos, y para esto muchas veces se acude al Código del Menor que en su artículo 133 establece el alcance de esta expresión, sin desconocer que esta norma hace solo referencia a los alimentos que se deben proporcionar a los menores de edad, por lo que se quedaría corta frente a los alimentos que menciona el tipo penal que no solamente abarca a los menores sino que también protege a otros miembros de la familia. De la misma manera se discute si los alimentos que se protegen penalmente son los congruos o los necesarios que se mencionan en el artículo 413 del Código Civil que se encuentran íntimamente relacionados con la expresión “legalmente debidos”.

6.3. Ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo o cónyuge, y menor:

Estas expresiones propias del derecho de familia, se encuentran reguladas principalmente en el Código Civil, por tanto se debe acudir a las normas propias de esa rama del derecho para determinar los aspectos que comprende cada una, así como la forma en que se debe probar cada relación. Es de tener en cuenta, que originalmente, la agravación en la punibilidad solo se tomaba cuando el sujeto pasivo del delito era un menor “de catorce años”, expresión que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁹³ por ser notoriamente violatoria del derecho a la igualdad.

- 7. Aspectos procesales:** En primer lugar, la competencia para ejercer la investigación de este delito la tiene cualquier Fiscal Local, pero su juzgamiento se encuentra a cargo del Juez Penal Municipal (art. 37 C.P.P.), del domicilio del denunciado, so pena de nulidad por falta de competencia.

La Inasistencia Alimentaria es un delito querellable, por tanto será necesario que el perjudicado se dirija a la Fiscalía e interponga la respectiva querrela cuando este sea mayor de edad, de lo contrario no se podrá ejercer la

respectiva acción penal. La excepción a esta regla se presenta cuando el sujeto pasivo del ilícito es un menor de edad, ya que la misma norma ha establecido que en este caso la investigación se podrá realizar de oficio (Art.74 C.P.P.), lo que no impide que se pueda hacer uso de los beneficios que le son propios a la querrela, según lo estipulado en el párrafo segundo del numeral tercero del artículo 37 del C.P.P. tales como el desistimiento, la conciliación, etc.

Es importante resaltar que el artículo 522 del nuevo C.P.P. (ley 906 de 2004), estableció como requisito de procedibilidad para ejercer la acción penal en los delitos querellables que se realice una conciliación. Esta se podrá efectuar ante el fiscal, un centro de conciliación o un conciliador acreditado a elección del interesado. De esta manera el denunciante por Inasistencia Alimentaria tendrá que cumplir con esta etapa para luego sí poder acudir a la jurisdicción penal. Ahora bien, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad no será necesario cumplir con este trámite puesto que se acoge el mismo criterio que se toma para iniciar la querrela cuando el delito es cometido contra un menor de edad, es decir, no se establece ningún tipo de restricción en la acción penal, dada la especial protección que se le brinda a éste.

II. LEGISLACIÓN COMPARADA DE INASISTENCIA ALIMENTARIA.

El problema alimentario ha sido regulado no solo en Colombia, sino también en otros países, aunque las orientaciones que se encuentran son distintas. Es de anotar que países como Argentina, Venezuela, Chile y Ecuador, dentro de su legislación penal no cuentan con un tipo que regule de manera específica la Inasistencia Alimentaria, de lo que se desprende que con la utilización de otros

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-247 de 2004, M.P.: ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.

mecanismos e instancias se intenta controlar esta conducta. Observemos ahora la tipificación de este delito en España, México, Perú, Salvador, Brasil y Bolivia.

1. ESPAÑA.

El Código Penal Español regula el problema alimentario así:

DEL ABANDONO DE FAMILIA, MENORES O INCAPACES.

Artículo 226.

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

Artículo 227.

1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

Artículo 228.

Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. MÉXICO.

El Código Penal Mexicano regula el problema alimentario así:

INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

Artículo 217.

Comete este delito, el que sin motivo justificado abandone a sus descendientes, ascendientes, cónyuge, concubina, concubino, o acreedor alimentario sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, aun cuando estos, con motivo del abandono se vean obligados a allegarse por cualquier medio de recursos para satisfacer sus requerimientos indispensables, independientemente de que se inicie o no la instancia civil. El delito se sancionará con prisión de dos a cinco años y de treinta a quinientos días multa.

Este delito se perseguirá a petición del ofendido o del legítimo representante de los hijos o de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia Estatal o Municipal, Instituciones de Asistencia Privada debidamente constituidas y a falta de estos, la acción se iniciará por el Ministerio Público como representante legítimo de los menores. Para que el perdón concedido por el ofendido pueda extinguir la pretensión punitiva, deberá el inculpado pagar todas las cantidades que hubiere dejado de ministrar por concepto de alimentos y garantizar el pago futuro de los mismos, por un término no menor a un año.

Al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrán de dos a siete años de prisión y de treinta a trescientos días multa. El órgano jurisdiccional determinará la aplicación del producto del trabajo que realice el inculpado, para satisfacer las obligaciones alimentarias a su cargo.

Este delito se perseguirá de oficio si de él resultare algún peligro, lesión o la muerte, independientemente de las reglas de concurso.

Al inculpado de este delito además de las sanciones señaladas se impondrá la pérdida los derechos inherentes a la patria potestad del menor o incapaz agraviado por resolución judicial.

3. PERÚ.

El Código Penal Peruano regula el problema alimentario así:

OMISION DE ASISTENCIA FAMILIAR

Artículo 149. OMISIÓN DE PRESTACIÓN DE ALIMENTOS

El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

4. EL SALVADOR.

El Código penal del Salvador regula el problema alimentario así:

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA ECONOMICA

Art. 201.

El padre, adoptante o tutor de un menor de dieciocho años o de persona desvalida que deliberadamente omitiere, prestar los medios indispensables de subsistencia a que estuviere obligado, mediando sentencia civil definitiva ejecutoriada, convenio celebrado en la Procuraduría General de la República o fuera de ella, será sancionado con diez a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Si para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria traspasare bienes o se

valiere de cualquier medio fraudulento, la sanción será de seis meses a un año de prisión.

EXCUSA ABSOLUTORIA

Art. 206.- En los casos de los artículos 201 y 203, quedarán exentos de pena:

1) El que pagare los alimentos debidos; y,

2) El que a juicio prudencial del Juez hubiere tenido razón justificada en beneficio del menor para inducirlo al abandono.

5. BRASIL.

El Código Penal de Brasil regula el problema alimentario así:

DE LOS CRÍMENES CONTRA LA ASITENCIA FAMILIAR

Art. 244 ABANDONO MATERIAL

Dejar, sin justa causa, de proveer a la subsistencia del cónyuge, de un hijo menor de 18 (dieciocho) años o un incapaz de trabajar, o de ascendiente inválido o valetudinário, no proporcionando los recursos necesarios o faltar al pago de la pensión alimentaria jurídicamente acordada, fijada o mejorada; dejar, sin justa causa, de socorrer a descendiente o ascendiente, gravemente enfermo:

Pena - Detención, de 1 (uno) a 4 (cuatro) años, y multa, de uno a diez veces el mayor jornal mínimo vigente del País.

Parágrafo único. En las mismas penas incide a quien siendo solvente, frustre u olvide de cualquier modo, inclusive por abandono injustificado de empleo o función, el pago de pensión alimenticia judicialmente acordada, fijada o mejorada.

6. BOLIVIA

El Código Penal Boliviano regula el problema alimentario así:

DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

Art. 248 ABANDONO DE FAMILIA.

El que sin justa causa no cumpliere las obligaciones de sustento, habitación, vestido, educación y asistencia inherente a la autoridad de los padres, tutela o condición de cónyuge o conviviente, o abandonare el domicilio familiar o se substraigere al cumplimiento de las indicadas obligaciones, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años o multa de cien a cuatrocientos días.

En la misma pena incurrirá el que no prestare asistencia o no subviere a las necesidades esenciales de sus ascendientes o descendientes, mayores incapacitados, o dejare de cumplir teniendo medios económicos, una prestación alimentaria legalmente impuesta.

Del análisis de las seis legislaciones anteriores se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1. En Brasil, Perú y Salvador es necesario que exista pronunciamiento judicial en la legislación civil o por lo menos un pacto entre las partes en el que se determine el monto de la obligación, para poder ejercer la acción penal (Sistema Franco-Belga). En México y Colombia no es necesario que se

cumpla este paso (Sistema Italiano). En España y Bolivia la protección penal cobija los dos sistemas.

2. La protección penal por alimentos se hace por regla general para los hijos haciendo especial énfasis en los menores de dieciocho (18) años, el o la cónyuge o compañero (a) permanente desprotegido, y en algunos casos los incapaces.
3. En cuanto la acción penal es una constante que el perjudicado o su representante legal tengan la potestad de ejercerla, aunque unos tipos penales también especifican algunos organismos al interior de cada Estado que cuentan con esta función.
4. Se observa igualmente la tendencia a manejar como agravante la conducta del obligado cuando intenta simular deudas, traspasar bienes o realizar cualquier tipo de fraude con el objetivo de no cumplir con la prestación alimentaria.
5. Las sanciones a imponer son de variada índole, algunas muy leves como trabajos comunitarios, otras de arresto y las más drásticas que son de prisión oscilando de uno a cuatro años, las cuales a su vez van acompañadas de penas secundarias como multas, inhabilitaciones para ejercer la patria potestad, entre otras.
6. Otra situación que se presenta en algunos tipos penales es que exigen como requisito para extinguir la acción penal, el pago de las cuantías atrasadas. En el caso del Estado Mexicano, además del mandato anterior, es necesario el otorgamiento de una garantía que cubra la obligación por un tiempo no menor a un año, haciendo más gravosa la situación para el infractor.

V. TRATAMIENTO DE LA INASISTENCIA ALIMENTARIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL COLOMBIANA

Para hacer un estudio comprensivo del fenómeno de la Inasistencia Alimentaria es preciso tener claro los supuestos jurídicos que dan lugar a la figura, tanto en lo que al campo penal como en lo que a la jurisdicción civil se refiere. En este aparte queremos hacer una exposición de los conceptos que integran la institución de la obligación alimentaria, por ser esta el eje de toda la legislación que se está estudiando.

En primer lugar se presentarán los elementos teóricos que dan lugar a la obligación y las diferentes posiciones que al respecto contempla la doctrina, en segundo lugar se hará un estudio del tratamiento procesal que se consagra en la legislación para el cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Constitución y en la ley en este campo teniendo siempre como referente la perspectiva extrapenal.

1. ASPECTOS SUSTANTIVOS

1.1. CONCEPTO DE ALIMENTOS

En diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define alimento como “Cada una de las sustancias que un ser vivo toma o recibe para su nutrición”⁹⁴. Esta es la definición común de alimentos, que de entrada da una luz sobre la importancia del concepto y de por qué el legislador ha decidido reglamentar estrictamente el tema, toda vez que la subsistencia del individuo se encuentra comprometida a la provisión de alimentos que pueda hacer para sí, y en el caso de los menores de la provisión que puedan hacer quienes lo tengan bajo su cuidado.

En el decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) se destaca el artículo 133 que conceptúa como alimentos “[...]todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”. La anterior es la regulación básica que de ordinario se emplea en la mayoría de los conflictos adelantados ante la jurisdicción en lo que a la obligación alimentaria se refiere.

Además de lo anterior también se utiliza el concepto de alimentos por fuera de la relación familiar: “Fuera de los alimentos debidos ex lege, la obligación de prestación alimenticia puede proceder de una donación entre vivos u otro acto contractual o de una asignación testamentaria. La doctrina acepta dos principios en esta materia a) la obligación alimentaria es obligación ex lege; y b) reciprocidad de la obligación alimentaria”⁹⁵.

En el código civil colombiano, artículos 411 y 427, se encuentran definidos los titulares y clases de alimentos, aun más, el título XXI del libro primero del Código Civil se dedica exclusivamente a las reglas generales respecto de “los alimentos que se deben por ley a ciertas personas”.

1.2. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La obligación alimentaria es una prestación radicada en cabeza de los padres y a favor de los hijos. Téngase en cuenta que esta misma prestación se hace inversamente recíproca cuando los padres alcanzan la tercera edad y entran en la etapa de ancianidad o decrepitud. La obligación es conjunta para los padres o al padre o a la madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de

⁹⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima Segunda Edición, 2001 p. 75.

sus hijos, tanto legítimos como extramatrimoniales, en virtud de lo dispuesto en la ley 75 de 1968.

La obligación alimentaria se origina desde la concepción del hijo, comprendiendo los cuidados y alimentos necesarios para el desarrollo integral del ser humano que esta por nacer.

La Corte Constitucional al referirse al tema de estudio se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La obligación alimentaria no difiere de las demás obligaciones civiles. Ella presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios”⁹⁶.

De acuerdo con el texto del artículo 253 del Código Civil es obligación de los padres velar por el cuidado y sostenimiento de sus hijos menores de edad, pero cuando exista inhabilidad física o moral de los padres que impidan velar por el sostenimiento del hijo menor de edad, el juez podrá confiar el cuidado de este a otra persona o personas competentes, tal y como lo regula el artículo 254 Código Civil, prefiriendo siempre a los consanguíneos más próximos y a los ascendientes legítimos.

Como se explicó en el aparte que hace referencia al concepto de alimentos, la noción que se utiliza en la legislación pertinente no es la misma que se emplea en el sentido común, por el contrario, los alimentos en el contexto de la legislación presentan ciertas particularidades:

⁹⁵ MARCO GERARDO MONROY CABRA. Derecho de Familia y de Menores, Bogotá: Ediciones Jurídicas Wilches, 1996, p. 166.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-237 de 1997, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

1.2.1. CARACTERÍSTICAS DE LOS ALIMENTOS

- 1.2.1.1. Orden público: la obligación alimentaria no puede ser renunciada, no es prescriptible y su obligatoriedad es de tracto sucesivo.
- 1.2.1.2. Intransmisible: por ser de orden público, la obligación alimentaria no es transmisible por causa de muerte, no se puede vender ni ceder a ningún título; la obligación alimentaria constituye un derecho personal o personalísimo y en consecuencia no es dable la transmisión mortis causa o transferencia inter vivos a título oneroso o gratuito, tal y como se ha contemplado en los artículos 424 del Código Civil y 158 del Código del Menor.
- 1.2.1.3. Incompensable: la obligación alimentaria futura no se puede compensar (Art. 158 del Código del Menor). Por excepción, las cuotas alimentarias atrasadas pueden renunciarse o compensarse y también existe derecho a demandarlas, transmitir las por causa de muerte, venderlas o cederlas, siempre y cuando exista para ello una autorización judicial pudiendo el deudor alegar en todo caso la prescripción.
- 1.2.1.4. Intransigible: la transacción sobre la obligación de alimentos futuros que se deban por ley solo será válida con autorización judicial, tal y como lo prescribe el Código Civil en el artículo 2474, pero en ningún caso podrá ser aprobada esta transacción si contraviene el contenido de los artículos 424 y 425 del mismo Código.
- 1.2.1.5. Indivisible: cada beneficiario solo podrá pedir la cuota vigente que le corresponda de su deudor y no todas o varias conjuntamente, tal y como lo ha señalado el artículo 416 del Código Civil.

- 1.2.1.6. Indeterminada: el parámetro para determinar la obligación lo dan las condiciones y circunstancias de cada obligado y beneficiario en particular (Art. 419 Código Civil)
- 1.2.1.7. Tracto sucesivo: la obligación alimentaria se paga por mesadas conforme al Art. 421 Código Civil, aunque para este pago se debe tener en cuenta el carácter de urgencia del alimentario.
- 1.2.1.8. Insolidario: el beneficiario de la obligación exige los alimentos a las personas obligadas a prestarlos en razón del orden establecido en la ley y no a su criterio personal, en concordancia con el texto normativo del Art. 416 del Código Civil.
- 1.2.1.9. Inembargables: de acuerdo con el artículo 1677 del Código Civil los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal son inembargables, encontrándose dentro de este grupo el disfrute de la obligación alimentaria.
- 1.2.1.10. Recíprocos: quien paga alimentos puede exigirlos de aquel que los recibe, este derecho es recíproco a excepción de haberse originado en una donación cuantiosa.
- 1.2.1.11. Limitado: por la ley la obligación alimentaria cobra vigencia hasta que el menor de edad alcanza los 18 años, es decir, hasta que cumpla la mayoría de edad. No obstante, la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 7 de mayo de 1991 y julio 9 de 1993 ha señalado que se deben alimentos a los hijos mayores de edad que estudien siempre y cuando no estén en capacidad de subsistir por sus propios medios y que los padres estén en capacidad de otorgarlos.

1.3. CLASIFICACIÓN DE LOS ALIMENTOS

Con respecto a la fuente en que se originan se pueden clasificar en legales y voluntarios, es decir, los debidos por ministerio de la ley (alimentos legales) y los pactados en un acuerdo de voluntades o por voluntad unilateral del alimentante (alimentos voluntarios).

- a. Legales: se conciben como aquellos alimentos debidos a favor del alimentario, única y exclusivamente por ministerio de la ley. De acuerdo al Art. 423 del Código Civil, modificado por la ley 24 de 1976, el legislador ha otorgado al juez la facultad de regular la forma de pago de los alimentos legales y esta puede ser en su cuantía y manera de pago, pudiendo disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consignen a ese efecto en una cuenta de ahorros o similar y sean restituidos al alimentante o a sus herederos luego de cesada la obligación; también se podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos al otro, por causa de divorcio o separación de cuerpos preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro; se le da igualmente validez a los pactos de los cónyuges, en los que según la ley se determine en consenso la cuantía de la obligación económica. Se permite también que la tasación que se hizo de los alimentos sea revisada periódicamente en virtud de la desvalorización de la moneda o del cambio de las circunstancias económicas del obligado o del acreedor.

- b. Voluntarios: son aquellos originados en un acuerdo de voluntades de las partes o en la manifestación unilateral de la voluntad del alimentante, tal como lo dispone el art. 427 del Código Civil. Como la designación de alimentos voluntarios no tiene más regla que la voluntad del donante o testador, esta obligación será catalogada como de orden privado y en consecuencia podrá ser renunciable, cesible, etc.

La primera clase de alimentos es debida a las personas que consagra el artículo 411 Código Civil como titulares de este derecho; en dicha enumeración es posible identificar el criterio que guió al legislador para establecer quienes son los titulares del derecho, ya todos los titulares están marcados bien por una relación de parentesco cercano o bien por una relación contraída en virtud de un negocio jurídico como en el caso de la obligación que surge con quien hace una donación cuantiosa.

Los alimentos voluntarios se asemejan a los debidos en virtud de una donación en tanto que surge de un negocio jurídico pero se diferencian por cuanto la relación que surja no estará enmarcada en los supuestos señalados por el Código sino únicamente en lo que en el respectivo acuerdo se estipule.

La clasificación de los alimentos en razón de su calidad los enmarca en dos tipos, congruos y necesarios, aunque indistintamente del tipo de alimentos del que se trate, ambos contemplan la obligación del alimentante de proveer al alimentario menor de edad la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio:

- a. Congruos: tal y como se consigna en el artículo 413 del Código Civil, con alimentos congruos “los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”; es decir, son aquellos alimentos concomitantes con el estrato socio económico del alimentario y que han sido denominados alimentos de carácter subjetivo, toda vez que varían con relación al beneficiario de los mismos.
- b. Necesarios: en concordancia con el citado artículo 413 del Código Civil son alimentos necesarios “los que le dan lo que basta para sustentar la vida”, son aquellos alimentos esenciales, vitales, básicos y precisos, siendo denominados de carácter objetivo, es decir, se valoran con independencia

del alimentario constituyéndose con lo mínimo exigible para que un ser humano pueda subsistir dignamente en el mundo natural.

“Los alimentos pueden clasificarse en: voluntarios, esto es, aquellos que se originan por un acuerdo entre las partes o una decisión unilateral de quien los brinda; y legales, es decir, aquellos que se deben por ley. Estos, a su vez, se clasifican en congruos y necesarios. Los primeros son "los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social", y los segundos, los que "le dan lo que basta para sustentar la vida" (artículo 413 del Código Civil)⁹⁷.

En el artículo 417 del Código Civil se contempla la clasificación de los alimentos en provisionales y definitivos, siendo los primeros aquellos que se otorgan mientras se ventila en juicio la obligación y los segundos aquellos impuestos por un fallo.

Dependiendo del momento en que se deban pagar los alimentos a favor del alimentario estos pueden ser de dos clases, provisionales o definitivos:

- a. Provisionales: son los alimentos fijados en tanto se esclarece en juicio la obligación de pagar alimentos conforme lo dispuesto en el art. 417 Código Civil. Estos alimentos se pueden decretar de oficio o a petición de parte, en el transcurso del procedimiento de alimentos pudiendo ser decretados desde la admisión de la demanda y durante todo el curso del proceso hasta antes de su fallo definitivo. Como prerrequisito para que se decreten los alimentos provisionales al interior de un juicio de alimentos se hace necesario el aporte de prueba sumaria por parte del demandante, de la capacidad económica del demandado y de la existencia de la obligación alimentaria. El art, 148 del Código del Menor faculta al juez para que al momento de decretar los alimentos provisionales de aviso a las autoridades de emigración para evitar que el demandado pueda salir del país sin prestar

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 919 de 2001, M.P.: JAIME ARAUJO RENTERIA.

la garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación evadiendo así la medida proteccional.

- b. Definitivos: son los alimentos decretados por el juez como resultado del debate jurídico sobre el soporte de una obligación, la cuantía y forma de pago de la prestación. El carácter definitivo de estos alimentos lo será sin perjuicio de la modificabilidad propia del derecho alimentario.

Existiendo una sentencia condenatoria de alimentos, esta condenará al pago de ellos desde el momento de presentación de la demanda; la tasación que se haga de los alimentos deberá tener en cuenta las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas (art. 419 Código Civil).

El art. 422 del Código Civil manifiesta que la obligación alimentaria lo será siempre que se mantengan las circunstancias que originaron la prestación.

Esta clasificación resulta importante toda vez que el decreto 2737 de 2989 en su artículo 155 establece una presunción que permite al juez fijar alimentos asumiendo que toda persona devenga por lo menos el salario mínimo legal mensual vigente. Así sucede que en ocasiones durante el proceso la persona se vea obligada a suministrar una cuota alimentaria mayor a la que le permite su condición económica, situación que luego viene a ser corregida con la sentencia que pone fin al proceso.

1.3. REQUISITOS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Para que se configure la exigibilidad de la obligación alimentaria en cabeza de una persona y a favor de otro se hace necesario que en esa relación se hagan presentes los siguientes requisitos:

- Un vínculo de parentesco o el supuesto jurídico que de origen a la obligación.
- Que quien solicite los alimentos carezca de bienes y riquezas, demostrando la real necesidad de la prestación alimentaria en su favor.
- Que la situación económica del obligado le permita proporcionar la obligación que le es oponible.
- Que un texto expreso del legislador otorgue el derecho a exigir los alimentos, es decir, que exista la norma que contemple la obligación o que avale la legalidad del acuerdo.
- Que la demanda de alimentos se dirija en contra de quien se encuentre obligado a prestarlos.

“Para poder reclamar alimentos, es necesario que se cumplan estas condiciones: que una norma jurídica otorgue el derecho a exigir los alimentos; que el petitionerario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita; que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para proporcionarlos. A nivel procesal, es menester demostrar el parentesco o la calidad de acreedor del derecho de alimentos según las normas aplicables; dirigir la demanda contra la persona obligada a dar alimentos y, por último, probar que se carece de bienes de tal forma que no puede asegurarse su subsistencia.”⁹⁸

1.5. BENEFICIARIOS DE LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA

Según el artículo 411 del Código Civil los beneficiarios de la prestación alimentaria son:

- 1.5.1. El Cónyuge: la obligación alimentaria a favor del cónyuge se sustenta en razón de la solidaridad y de la gratitud debida por efecto del matrimonio, conforme al art. 113 del Código Civil el matrimonio es un contrato de

⁹⁸ *Ibidem.*

típica solidaridad entre le hombre y la mujer, el cual tiene por objeto la vida en común, la procreación y el auxilio mutuo.

La sociedad conyugal, de conformidad con el art. 1796 del Código Civil, es obligada al pago “del mantenimiento, educación, y establecimiento de los descendientes comunes y de toda otra carga de familia”.

- 1.5.2. El divorciado o separado de cuerpos sin culpa: esta obligación constituye la prolongación hacia el futuro de la obligación de socorro y ayuda que existe entre los cónyuges; siendo además la forma de constituir una indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el cónyuge que no dio lugar a que se suscitara el divorcio o separación. El cónyuge que no dio lugar a la causal del divorcio o separación, es decir, separado o divorciado sin culpa, tiene derecho a los alimentos en contra del otro cónyuge que si dio lugar a que el hecho de separación o divorcio se presentara.
- 1.5.3. El compañero permanente: la doctrina ha considerado que en razón de la equidad los compañeros permanentes deben exigirse alimento al igual que los cónyuges toda vez que sin ser casados gozan de los mismos privilegios y contraen las mismas obligaciones que impone la sociedad conyugal, cuando han convivido por más de dos años carecen de otra sociedad conyugal o marital vigente y su unión es declarada por un juez dando lugar a la sociedad patrimonial de hecho.
- 1.5.4. Los descendientes: todos los hijos son iguales en sus derechos patrimoniales y alimentarios; los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos tienen igualdad de derechos para pedir alimentos hasta la mayoría de edad o de mantenerla indefinida si continúan las

circunstancias que los habilitan para ello cuando se prorroga la patria potestad del menor por sufrir severa deficiencia mental permanente.

En consecuencia, se deben alimentos a los hijos legítimos, a los hijos naturales, a los nietos legítimos y naturales, a los hijos adoptivos y sus respectivos hijos. Sin embargo, esta diferenciación fue declarada inexecutable por la sentencia C-105 de 1997, que se pronunció sobre la inexecutableidad del término “legítimos” de los numerales 2 y 3 y de la expresión “legítima” del numeral 5 del artículo 411 del Código Civil, dando a entender que se deben alimentos a los descendientes y ascendientes sin importar el carácter de matrimonial o extramatrimonial que detente.

- 1.5.5. Los hermanos legítimos: “el numeral 9 del art. 411 del Código Civil establece la obligación alimentaria respecto de hermanos legítimos lo cual indica que no existe esta obligación entre hermanos naturales”⁹⁹.

Esta diferenciación acerca de la calidad que deben tener los hermanos entre sí para ser acreedores de la obligación alimentaria también ha sido tratada por la Corte Constitucional a través de la sentencia antes mencionada en donde ha dado a entender que es posible que los hermanos extramatrimoniales ni siquiera se conozcan y hagan parte de familias diferentes, lo que desvirtúa el argumento de la solidaridad y la cercanía de la familia como base de la obligación alimentaria entre hermanos.

- 1.5.6. Los ascendientes: el art. 411 del Código Civil señala que la obligación alimentaria se extiende a los ascendientes legítimos, naturales y adoptantes, con ocasión de las reformas introducidas a dicho artículo

⁹⁹ MONROY CABRA. Ob. Cit. p. 170.

por las leyes 75 de 1968 y 5° de 1975. Los anteriores textos interpretados igualmente de conformidad con la Constitución Política, permiten entender que iguales derechos le asisten al padre matrimonial, al extramatrimonial, y al padre adoptivo en materia alimentaria.

- 1.5.7. Los donantes: el Código Civil señala que asiste el derecho de reclamar la obligación alimentaria “al que hizo una donación cuantiosa si no hubiera sido rescindida o revocada. La acción del donante se dirigirá contra el donatario”. Quien realizó una donación cuantiosa a favor de otra persona está legitimado para exigir alimentos de aquella, y el fundamento de esta legitimidad no se basa en el parentesco o en el matrimonio sino en la equidad y la solidaridad.

Se ha sostenido por algunos tratadistas que una donación cuantiosa es aquella que implica insinuación judicial, de otra parte se sostiene que esta situación no debe ser ponderada por el juez y debe aplicarse la norma sin interpretar el termino cuantiosa.

- 1.5.8. La mujer grávida: conforme al Código del Menor “la mujer grávida podrá reclamar alimentos respecto del hijo que está por nacer, del padre legítimo o del que haya reconocido la paternidad en el caso del hijo extramatrimonial” Es prerrequisito para la exigencia alimentaria por este concepto que la mujer grávida demuestre su calidad, en otras palabras, debe estar embarazada para hacer la exigencia alimentaria, toda vez que los alimentos en estas circunstancias incluirán los gastos por concepto de embarazo y parto así como el alimento material para la madre del hijo por nacer.

El fundamento de esta reglamentación estriba en que como bien lo contemplados artículos 90 a 93 del Código Civil, en Colombia la vida del menor comienza y es

protegida desde el momento de su concepción y no con el evento de su nacimiento (en concordancia el artículo 4 del a Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 ratificada por Colombia).

Por otra parte la ley contempla que el derecho a recibir alimentos se puede perder por las siguientes causas:

- En caso de que el alimentario no socorra al alimentante en situación de demencia o pobreza absoluta.
- Cuando el alimentario, mediante fuerza o dolo logre una disposición testamentaria del alimentante.
- Cuando el alimentario impida al alimentante la realización de su voluntad testamentaria.
- Cuando el alimentario, dolosamente oculte el testamento del alimentante

Es necesario aclarar que la injuria atroz, no le es atribuible al menor de edad en razón de su estado de inimputabilidad.

De todas maneras, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el cumplimiento con la obligación alimentaria se verá limitado en razón de la insolvencia del obligado, que puede producirse por su incapacidad para trabajar; también por la incapacidad económica del obligado, que igualmente se reflejara en la carencia de bienes y rentas; extinguiéndose finalmente la obligación alimentaria, en razón de la suficiente capacidad económica del alimentario, que se reflejará en una ausencia de necesidad o por su propia negligencia en el disfrute de la prestación.

2. SANCIONES LEGALES POR LA ABSTENCIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

A. Civiles: en primer lugar el art 154 num 2 del Código Civil contempla que el incumplimiento de uno de los deberes conyugales dará lugar a una causal de divorcio; y se entiende que el socorro y la prestación de alimentos es una obligación conyugal y en consecuencia el incumplimiento de esta prestación será justificante de la acción de divorcio impetrada por el cónyuge desfavorecido.

En segundo lugar el alimentante incumplido, podrá perder el derecho a ejercer la patria potestad sobre sus hijos, en razón del concepto normativo del artículo 315 Num. 1 del Código Civil ya que el incumplimiento con la prestación de alimentos hacia el menor de edad constituye claramente una forma de maltrato que pone en riesgo su integridad física y su propia vida.

Finalmente, podrá ser declarado indigno para suceder, quien pudiendo socorrer al alimentario en estado de demencia o pobreza, no lo hiciese, tal y como contempla el artículo 1025 numeral tercero del Código Civil. También serán imponibles en contra del alimentante incumplido las sanciones contempladas en el artículo 150 del Código del Menor, bajo la modalidad de impedimentos para ejercer sus derechos de padre respecto de su hijo.

B. Laborales: bajo el imperio de la ley 311 de 1996 se contemplaba en su art. 8 como causal de despido justificado el hecho de que el alimentante se abstuviera de prestar los alimentos a sus alimentarios legales; es decir, se aplicaba una sanción laboral al alimentante evasor de sus obligaciones alimentarias.

Este artículo fue declarado inexecutable por la Sentencia C-657 de 1997, según la cual el precepto legal atacado es inconstitucional por violar flagrantemente los derechos fundamentales al debido proceso al derecho al trabajo y al habeas data,

lo que ha ocasionado que actualmente en materia laboral no exista sanción para quien deliberadamente se niegue a al cumplimiento de las obligaciones alimentarias a las que está atado por ley¹⁰⁰.

C. Penales: Son las sanciones establecidas en los artículos 233 y 234 del Código Penal que ya fueron objeto de estudio.

3. ASPECTOS PROCESALES

Una vez vistos los componentes sustantivos de la figura de la obligación alimentaria se puede analizar el tratamiento procesal que recibe la exigibilidad de la misma cuando se pretende obtener su satisfacción por las vías judiciales. Para esto se presentarán los procedimientos que acuden a la jurisdicción civil contemplados en la ley.

Como regla común en el proceso de alimentos pueden hacerse valer cinco tipos de pretensiones de acuerdo con el tratadista Jaime Azula¹⁰¹, a saber: la pretensión impositiva, cuando se busca obtener la fijación de la cuota alimenticia que una persona debe pagarle a otra; la pretensión modificativa, cuando se quiere la alteración del monto de la obligación alimenticia, bien para su aumento o para su disminución; la extintiva, que como su nombre lo indica, tiende a finalizar con la obligación de pagar alimentos; la restitutiva, que se encamina a obtener el

¹⁰⁰ “Siendo conveniente el propósito de garantizar la adecuada atención de las necesidades alimentarias, el instrumento legal concebido para lograrlo no se aviene a la Constitución, ya que condiciona el ejercicio del derecho al trabajo a un elemento enteramente aleatorio y provisional -la certificación del DAS acerca de que se tiene "pendiente" una obligación alimentaria-, sin establecer siquiera que en realidad exista una responsabilidad, definida judicialmente en cabeza de la persona. Con ello no solamente se afecta el derecho a trabajar, que según la Constitución gozará de la especial protección del Estado, sino que la presunción de inocencia resulta desvirtuada por una declaración puramente administrativa y sin proceso judicial alguno. No se espera a la definición judicial sino que la consecuencia jurídica de la certificación del DAS se extrae directamente sin previo proceso” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-657 de 1997 M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

reintegro de las cantidades canceladas cuando se ha fijado un monto provisional durante el proceso y se niega con el fallo definitivo la imposición o el aumento; y finalmente la pretensión de ofrecimiento, que se plantea cuando quien se considera obligado a suministrar alimentos solicita al juez fijar el monto de la cuota o pensión.

El hecho de que existan dos tipos de procesos con respecto a la obligación alimentaria no obedece a diferencias fundamentales en la materia de la controversia que se ventila en ellos, en el fondo tampoco existen mayores diferencias en las actuaciones que se surten, simplemente resulta más preciso hablar de dos procesos porque la legislación así lo hace, y esto tiene una explicación histórica ya que es gracias a lo dispuesto en el decreto 2737 de 1989 que se contempló un proceso “especial” para reclamar los alimentos de los menores de 18 años, proceso que aparentemente es diferente del señalado en el Código de Procedimiento Civil para la reclamación de alimentos en general, sin embargo, por tratarse el decreto 2737 de 1989 de una norma especial y posterior debe asumirse que no se trata del mismo tipo de proceso.

PROCESO DE ALIMENTOS

Se trata de un proceso declarativo, verbal sumario, de competencia exclusiva de la jurisdicción de familia y a falta de éstos conocerán los jueces civiles municipales. En cuanto a la determinación de la competencia por el factor territorial corresponde al juez del domicilio del menor cuando los alimentos sean para éste o al juez del domicilio del demandado si se trata de la solicitud para una persona capaz, también puede demandarse en el domicilio común anterior si el demandante lo conserva, igualmente en el evento en que se trate de la solicitud por parte de un mayor de edad.

¹⁰¹ JAIME AZULA CAMACHO. Manual de Derecho Procesal, Tomo III, Procesos de conocimiento cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis. 2000 p. 479 y sig.

En este procedimiento se respeta en líneas generales la estructura del proceso verbal sumario aun en los procesos relativos a los alimentos de menores de edad, y su principal innovación consiste en permitir que el agente del Ministerio Público o el Defensor de Familia demanden alimentos en nombre del menor.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 35 y 40 numeral 2° de la ley 640 de 2001 antes de iniciar la acción ante la jurisdicción de familia se requiere agotar una audiencia de conciliación extrajudicial en donde se intente la aceptación de fórmulas de arreglo que puedan prevenir el litigio. Esta audiencia podrá realizarse ante un centro de conciliación debidamente reconocido por el Ministerio del Interior y de Justicia, ante las comisarías de familia y demás autoridades facultadas para realizar este trámite. El acuerdo al que se llegue deberá constar en un acta y el contenido de la misma prestará mérito ejecutivo y hará tránsito a cosa juzgada.

Como proceso verbal sumario¹⁰² que es, se adelanta una actuación de única instancia, en la que presentada y admitida la demanda se corre traslado de cuatro días después de la notificación personal. Este tipo de proceso no admite excepciones previas, tales cuestionamientos deben plantearse como recurso frente al auto admisorio de la demanda.

El paso siguiente consiste en la celebración de la audiencia dispuesta en el artículo 101 del código de Procedimiento Civil, donde se procede a hacer la fijación del litigio con el cuestionamiento sobre los hechos que se aceptan de común acuerdo entre las partes.

¹⁰² Regulado en los artículos 436 a 440 del Código de Procedimiento Civil en lo que a los aspectos generales se refiere.

Posteriormente se agota la práctica de las pruebas que no sean de adjuntar en la demanda (por regla general los testimonios), y se da paso al periodo de alegaciones previas a la sentencia.

Cabe resaltar que en este proceso no son admisibles la reforma de la demanda, la reconvencción, la acumulación de procesos¹⁰³, los incidentes, siendo esta la regla general consagrada en la norma, regla que ha sido morigerada por la Corte Constitucional¹⁰⁴, para permitir cierto tipo de incidentes, como el que se provoca cuando en un proceso de alimentos se embargan bienes de terceros.

Este tipo de proceso admite la posibilidad de solicitar medias cautelares, y esta previsión resulta de evidente necesidad, ya que si se trata de un proceso en el que se persigue la satisfacción de carácter económico lo más lógico asegurar el cumplimiento de la obligación en el caso en que salgan acogidas las pretensiones de la demanda.

Las medidas cautelares admitidas en este tipo de procesos son, principalmente, en primer lugar, la fijación de alimentos provisionales, que de ordinario se solicitan con el escrito de la demanda aunque también es posible su solicitud cuando el proceso ya está en curso; y en segundo lugar, el proceso ejecutivo para el cobro de los mismos, en este último proceso es posible cobrar no solo las cuotas adeudadas sino también las que se causaren en el curso del proceso.

Resulta interesante en este punto hacer eco a las afirmaciones del doctrinante Hernán Fabio López Blanco en lo que toca a las sumas que se pueden exigir cuando se demanda el cumplimiento de la obligación alimentaria: “Debe, entonces, ser desterrado el malentendido, muy difundido en el país, atinente a que

¹⁰³ De nuevo esta constituye la regla general para los procesos verbales sumarios, exceptuándose, precisamente, los procesos relativos a menores de edad como el de alimentos, en los que es posible someter la decisión del caso que se tramita a otros casos relacionados o unir el trámite de los procesos por acumulación de pretensiones, de procesos o de actuaciones

si no se demandan los alimentos ni se ha celebrado pacto al respecto, dejar pasar el tiempo conlleva un ahorro, pues el lapso transcurrido sin haberlos solicitado presume que hasta tanto no se hicieron necesarios y precluyó la posibilidad de solicitarlos con carácter retroactivo.”¹⁰⁵

También señala el mencionado autor que el monto de los alimentos provisionales siempre depende de la falta de capacidad económica del favorecido con los mismos y de la correlativa posibilidad del alimentante de suministrarlos. Se debe mencionar en este punto que si bien la carga de los alimentos provisionales recae en el demandado la carga de la prueba sobre la capacidad económica del mismo está asignada a la parte demandante aunque se satisfaga este requerimiento con prueba siquiera sumaria de la capacidad aludida.

Sobre la sentencia en este proceso se puede aclarar que no hace tránsito a cosa juzgada ya que la fijación no es permanente ni definitiva, por cuanto la variación de las circunstancias del beneficiario de los alimentos o del alimentante hacen posible modificación de la suma establecida, bien para aumentarla o para disminuirla.

En la sentencia el juez puede pronunciarse también acerca de las garantías que debe prestar el obligado para el cumplimiento de su obligación, garantías que dependen de las circunstancias particulares del caso pero que por ejemplo podrían ser de carácter personal o incluso real.

De no cumplirse la obligación en los términos establecidos en la sentencia es posible, constituirle en un plazo de diez días para el pago, de no ser cumplido el fallo en este lapso habrá lugar a que ante el mismo juez se adelante un proceso

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-179 de 1995. M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹⁰⁵ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, Procedimiento Civil parte especial. Octava Edición. Bogotá: Dupré Editores. 2004, p. 321.

ejecutivo para obtener mediante el remate de los bienes del deudor la cantidad necesaria para la obtención del capital fijado.

VI. BIENESTAR FAMILIAR Y COMISARIAS DE FAMILIA.

Además del tratamiento que recibe la problemática alimentaria en el sistema jurídico colombiano por parte de la jurisdicción civil y de la penal existe un procedimiento ante la administración, representada en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y radicado en cabeza de las comisarías de familia para solucionar las controversias relativas a la dinámica familiar, controversias que por su puesto incluyen la Inasistencia Alimentaria.

Desde la expedición del Código del Menor en 1989 se organizaron las Comisarías de Familia como organismos auxiliares en la labor del ICBF y con la orientación legal de “proteger a los menores que se hallen en situación irregular y en los casos de conflictos familiares”¹⁰⁶.

Ubicadas dentro del sistema nacional de bienestar familiar, las comisarías de familia están a cargo de un funcionario designado por el alcalde del municipio en el que desarrollan sus labores, y deben componer su equipo de trabajo por un psicólogo, un médico, un trabajador social, y por los demás funcionarios que determine el respectivo Consejo Municipal. Como complemento para el adecuado ejercicio de sus labores el Código del Menor también prescribe la permanente colaboración de la policía para las Comisarías de Familia.

En el decreto 2272 de 1989, que organiza la jurisdicción de familia señala las pautas para el conocimiento de los conflictos relacionados con la familia que deban ser conocidos por la administración de justicia. En esta norma se asigna además la competencia para las Comisarías de Familia de:

“Aprobar cuando no haya proceso judicial en curso las conciliaciones las conciliaciones entre cónyuges, padres y demás familiares sobre los siguientes asuntos:

(...)

c. Alimentos entre cónyuges, si hay hijos menores

d. Custodia de los hijos, padres, o abuelos y alimentos entre ellos. (...)¹⁰⁷.

Se pretende aparentemente ayudar a la descongestión de los despachos judiciales en lo que a estos trámites se refiere, por lo que se faculta a las Comisarías de Familia para adelantar trámites en principio reservados a los despachos judiciales. Cabe anotar que esta norma es prácticamente simultánea al Código del Menor y por lo tanto anterior a las reformas que en los últimos años ha experimentado la conciliación, por tal razón constituyó un gran avance en aras de depurar la jurisdicción de trámites cuyo conocimiento puede asignarse a otra autoridad.

Este mismo artículo faculta a las Comisarías de Familia para adoptar las medidas provisionales necesarias (que en este caso sería la fijación de una cuota provisional de alimentos), para evitar los perjuicios al menor o a la familia, cuando el intento de conciliación fracase o cuando no se pueda llevar a cabo.

La conciliación alimentaria respecto de menores de edad se guiará por las siguientes pautas: el acta de conciliación y el auto que la aprueba, prestarán mérito ejecutivo, mediante el trámite de proceso ejecutivo de mínima cuantía ante los Jueces de Familia o Municipales (Art. 136 C.M). La función incluye la facultad en caso de fracaso de la conciliación de fijación prudencial y provisional de los

¹⁰⁶ Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) artículo 296.

¹⁰⁷ Decreto 2272 de 1989 artículo 16.

alimentos. El auto que los fije presta mérito ejecutivo. (Art. 137 y 138 C.M. - Literal A Art. 3 Acuerdo 10 de 1995 - Art. 31 Ley 640 año 2001, en concordancia con el Art. 47 Ley 23 de 1991 y Art. 36 de Decreto 1818 de 1998).

El trámite conciliatorio se guía por los preceptos de la ley 640 de 2001 que es la norma aplicable para las diligencias conciliación en materia civil y de familia, por tal razón, las etapas que se agotan en las conciliaciones ante las Comisarías de Familia se desarrollan de conformidad con el texto de dicha disposición¹⁰⁸.

“Artículo 31. Conciliación extrajudicial en materia de familia. La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991.

Artículo 32. Medidas provisionales en la conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de familia. Si fuere urgente los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.

Los conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los personeros municipales y los notarios

podrán solicitar al juez competente la toma de las medidas señaladas en el presente artículo.

El incumplimiento de estas medidas acarreará multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del sujeto pasivo de la medida a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”

La ventaja que ofrecen las conciliaciones ante esta entidad radica en la interdisciplinariedad del equipo de trabajo que asiste las conciliaciones, como se explico con anterioridad, el hecho de que estas sean hechas con la asistencia de psicólogos y trabajadores sociales es garantía para que se aborden los aspectos personales del problema, aspectos que no pueden ser ventilados en las diligencias judiciales por razones de falta de tiempo de los funcionarios asignados para realizar los trámites.

Suscritas las actas sobre cumplimiento de la obligación alimentaría y ante el incumplimiento del obligado, normalmente, pasados tres meses de incumplimiento, la comisaría recibe las denuncias por insistencia alimentaría y da traslado a la Fiscalía General de la Nación para el trámite correspondiente.

Esta proceder conecta las actividades de las dos ramas del poder público que intervienen en la para la solución de los conflictos sobre la Inasistencia Alimentaria, sin embargo, el seguimiento que brindan en las Comisarías de familia permite observar que en “muchos casos se reciben reclamaciones porque según las usuarias, la Fiscalía no les soluciono el problema y manifiestan que están cansadas de ir de Despacho en despacho y nadie les soluciona el problema”¹⁰⁹.

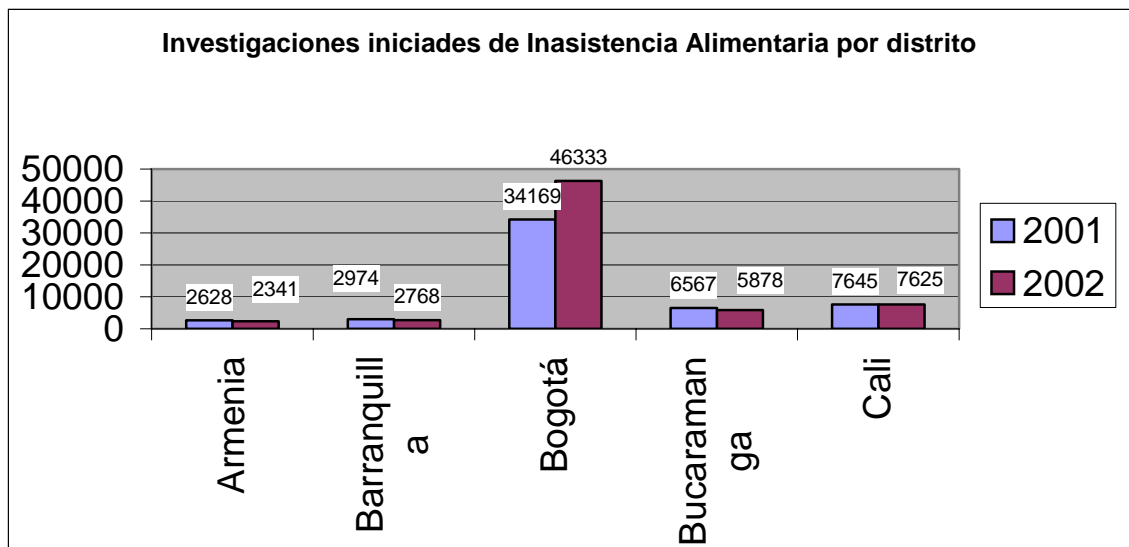
¹⁰⁸ Ley 640 de 2001 Capítulo VII, artículos 31 y 32.

¹⁰⁹ Tomado de la página de Internet www.segobdis.gov.co/tunjuelito/comisaria_familia.html. Pagina de la alcaldía local de Tunjuelito donde la comisaría sexta de familia presenta los aspectos generales del funcionamiento de dicha entidad.

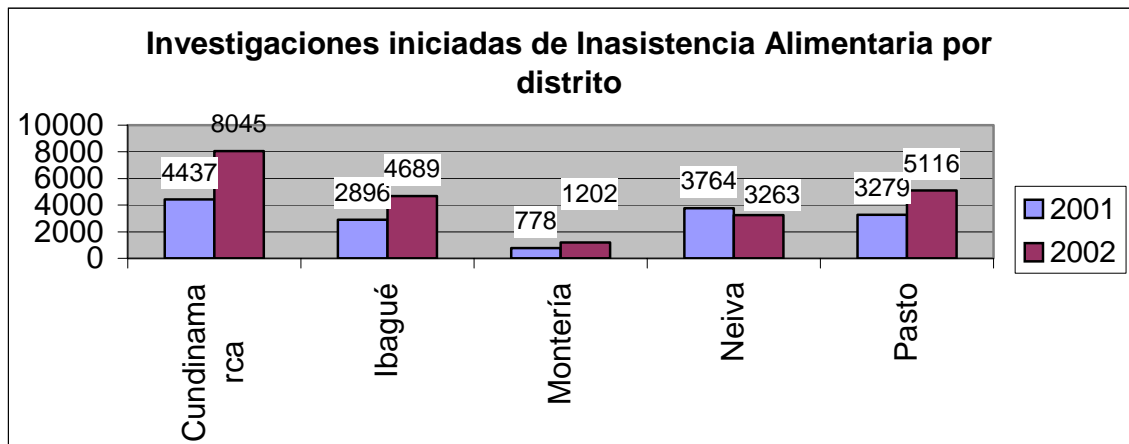
CAPÍTULO TRES

I. ANÁLISIS ESTADÍSTICO.

La Inasistencia Alimentaria se encuentra dentro de los cuatro delitos de mayor ocurrencia en el territorio nacional junto con el hurto, las lesiones culposas y la violencia intrafamiliar. Por esta razón es importante tener en cuenta el comportamiento que ha tenido este delito en el país a efectos de observar la eficiencia que se da dentro de la jurisdicción penal. Con este propósito se analizarán los resultados obtenidos en los años 2001 y 2002 con información suministrada por la Fiscalía General de la Nación y del Consejo Superior de la Judicatura.



Gráfica 1



Gráfica 2

Estas dos primeras gráficas representan el número de investigaciones iniciadas por el delito de Inasistencia Alimentaria en los distritos de Armenia, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cundinamarca, Ibagué, Montería, Neiva y Pasto. No se puede contar con el consolidado total del país ya que esta información no se encuentra recopilada por la Fiscalía.

El análisis de las investigaciones en estos diez distritos permite dar cuenta del significativo número de denuncias que llegan a conocimiento del ente investigador y del volumen de trabajo que esto representa para los fiscales.

Es notoria la tendencia en la mayoría de distritos al aumento de investigaciones entre los años 2001 a 2002 la cual se concreta en promedio en un 20.72%.

También es importante resaltar que el distrito de Bogotá es en el que más inician investigaciones por el delito de Inasistencia Alimentaria, 34.169 en el 2001, representando un 49.42% frente a los nueve distritos. En el 2002 se iniciaron 46.333 investigaciones lo que representa el 53% de la información total.

Gráfica 3

Este gráfico representa el movimiento que se da en los juzgados penales del país en el año 2001. De un total de 21.915 procesos que entraron, finalizaron 921 por prescripción (4.2%), 3940 por cesación de procedimiento (17.97%), 9680 por sentencias condenatorias (44.17%) y 134 por sentencias absolutorias (0.61%), quedando un margen de procesos por déficit para el 2002 de 7240 (33.03%), dentro de los cuales consideramos que se encuentran los represados, dado que la información del Consejo Superior de la Judicatura no hace ninguna especificación al respecto.

Gráfica 4

Este gráfico representa el movimiento que se da en los juzgados penales del país en el año 2002. De un total de 16.211 procesos que entraron, finalizaron 202 por prescripción (1.24%), 3920 por cesación de procedimiento (24.18%), 8641 por sentencias condenatorias (52.19%) y 954 por sentencias absolutorias (5.88%), quedando un margen de procesos represados para el 2002 de 2461 (16.49%).

Sentencias condenatorias en primera instancia

Gráfica 5

En el 2001 se presenta una desproporción de 59.457 procesos entre las investigaciones iniciadas en diez distritos por Inasistencia Alimentaria y la totalidad de condenas proferidas por los jueces penales del país por el mismo delito, lo que equivale al 14% de efectividad en el desarrollo de la totalidad de los procesos, es decir, que en el 86% de los procesos, se precluye la investigación, se concilia, se desiste, se profiere sentencia absolutoria o se quedan represados. En el 2002 la desproporción es de 78.799 procesos, representando un 9.69% de efectividad, y un 90.31% de desgaste para la justicia.

Entre los años 2001 y 2002 en los diez distritos analizados se presenta un aumento en 18.123 investigaciones iniciadas, es decir, las Fiscalías tuvieron en promedio un aumento del 20.76% en el conocimiento de este delito en el 2002.

En los juzgados penales las sentencias condenatorias disminuyeron en un 12.59% ya que en el 2002 se profirieron 1.219 sentencias menos que en el 2001. Se debe tener en cuenta que mientras el número de denuncias aumenta de un año a otro, en ese mismo lapso la producción de sentencias se reduce ocasionando congestión en los despachos judiciales.

Es importante aclarar que estas cifras son más amplias, ya que el dato sobre las investigaciones iniciadas por la Fiscalía corresponde a solo a diez distritos judiciales y no a todo el país, mientras que el número de sentencias condenatorias si corresponde a la información de todos los juzgados penales del territorio nacional; esto permite concluir que de contarse con un consolidado de todo el país por parte de la Fiscalía la desproporción sería aún mayor.

Gráfica 6

Esta gráfica muestra la participación de la Inasistencia Alimentaria en los cinco delitos más denunciados en Bogotá en el año 2003, que sumados totalizan 113.329, mostrando que el problema alimentario representa el delito con mayor incidencia con un 32.32%, continuando la tendencia que se presentaba en los años 2001 y 2002 de ser la capital del país la ciudad en la que más se denuncia esta conducta.

II. CRÍTICA DEL TIPO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

Bajo los parámetros estudiados en los dos capítulos anteriores, en donde se han identificado tanto los componentes del derecho penal como los elementos de la institución jurídica de la Inasistencia Alimentaria en la legislación penal y en la civil, consideramos que el tratamiento de esta conducta con la intermediación del sistema punitivo presenta una notoria contradicción que nos permite realizar una crítica a dicha figura al interior del sistema penal.

1. CRÍTICA DESDE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL

El derecho penal no es un componente cualquiera en la organización jurídica de un país; cuando de él se habla se está haciendo referencia al instrumento principal con que cuenta el Estado para hacer frente a las conductas que impiden el adecuado funcionamiento social mediante el uso legítimo de la fuerza y de la restricción de ciertos derechos fundamentales.

Como se explicó en la primera parte de este trabajo, las conductas que llegan a conocimiento de la jurisdicción penal no pueden provenir de caprichos del legislador o de reacciones “rápidas” a fenómenos que afectan la vida social para los cuales se pretenden ejemplarizantes medidas de corrección.

El derecho penal debe ser la “última ratio” en un Estado Social de Derecho, es decir, se trata del último recurso que emplea una sociedad para regular su funcionamiento. Por tal razón si a conocimiento de esta rama del derecho llegan conductas que no satisfacen en su totalidad los requisitos que son necesarios para su determinación como delitos, el sistema penal se descompone y empieza a asumir funciones que pueden ser llevadas a cabo por las otras ramas de la organización estatal.

El caso concreto se encuentra en la figura de la Inasistencia Alimentaria, frente a este fenómeno existen, además del tratamiento en la jurisdicción penal, toda una serie de procedimientos en la jurisdicción de familia, los cuales han sido diseñados para proteger el mismo bien jurídico, pero con la diferencia de los métodos utilizados y del personal encargado para cumplir tal labor; por si esto fuera poco, existe además el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, que como ente de la Administración es el encargado de procurar la solución integral de los conflictos

familiares valiéndose también de recursos propios, métodos especiales, procedimientos administrativos y personal especializado.

Si un Estado decide tipificar conductas que son de conocimiento de otras áreas del ordenamiento, tácitamente esta aceptando que los demás mecanismos de control son ineficaces y no responden adecuadamente a los fines propuestos en lo que a la solución de los conflictos se refiere.

Afirmar tal ineficacia es inconsecuente en el ordenamiento nacional. En primer lugar porque la especial preparación y disposición de los mecanismos existentes, asegura, en teoría, un manejo integral del problema alimentario; y en segundo lugar porque la totalidad de las alternativas extrapenales de solución del problema, no son utilizadas por quienes son víctimas de la omisión alimentaria. Esto obedece principalmente a la existencia de la vía penal (muchas veces la única conocida), que induce a las personas que sufren la Inasistencia Alimentaria a iniciar los trámites penales bajo la esperanza de un proceso ágil y de una solución drástica y definitiva.

Por el contrario, la técnica legislativa y la opinión jurídica generalizada, abogan por la reducción de derecho penal; la evolución normativa muestra cómo, en los últimos años el uso de la jurisdicción tiende a ser desplazado por los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

No es explicable cómo, en contravía con esta tendencia, se mantienen dentro de la esfera penal conflictos familiares que perfectamente pueden estar a cargo de la jurisdicción de familia, y que más aún, pueden ser solucionados con mejores resultados sin la intervención directa de la jurisdicción.

El principio de necesidad integra dentro de sus supuestos el mandato según el cual la imposición de una pena para una conducta debe fundamentarse en la

conveniencia de tal imposición para el mantenimiento de la estructura democrática de la sociedad, en otras palabras, sólo se justifica la intervención del aparato punitivo cuando la relevancia social de la conducta así lo requiera.

Para el caso de la Inasistencia Alimentaria tal relevancia parece ser relativa. En teoría, el bien jurídico protegido por el legislador merece la acción efectiva del Estado, sin embargo, como se mencionó en la parte segunda de este trabajo, los motivos que dan lugar a la acción de los querellantes en este tipo de casos, rara vez corresponden con la intención del legislador de proteger la institución familiar, por el contrario, en un gran número de ocasiones (como se afirma por las comisarías de familia¹¹⁰) las denuncias por Inasistencia Alimentaria obedecen a motivos pasionales generados por los resentimientos que se producen con las crisis al interior de la familia.

Así las cosas, el componente fáctico y descriptivo del que parece estar dotada la norma se desbarata, salpicado de consideraciones afectivas, morales y sentimentales, que hacen inconveniente la protección de la organización familiar con medidas tan drásticas como la privación de la libertad cuando no es posible, de ordinario, atacar las causas de la problemática por esta vía.

De esta manera, frecuentemente se utilizan los estrados judiciales, y lo que es peor, el aparato punitivo, como instrumentos para ventilar las rencillas familiares ocasionando un desgaste innecesario para el Estado, que podría perfectamente ocupar los recursos que se destinan en estos casos¹¹¹ a la atención de fenómenos más prioritarios tanto al interior como fuera del derecho penal.

El Estado colombiano no puede permitirse tener mecanismos de solución de conflictos que no sean operantes y que además se encuentren dispersos en

¹¹⁰ Supra, p. 106.

diferentes áreas de la administración, ocasionando duplicidad en los procedimientos y en última instancia ineficacia generalizada.

Como se ve, las implicaciones de una incriminación no adecuada de una conducta van más allá de la simple pretensión de solidez y armonía del sistema, el hecho de que se persigan conductas que el Estado puede manejar por otras vías implica un desgaste de la administración de justicia y de los mecanismos destinados a apoyar su labor, especialmente si se habla de la jurisdicción penal, que trabaja en una vinculación estrecha con la Administración para asegurar que se cumpla carácter coercitivo de sus fallos.

En tal sentido, los lineamientos que desde la Constitución, la legislación y la jurisprudencia, se hacen para el buen funcionamiento del sistema punitivo deben ser más que tenidos en cuenta, estrictamente aplicados en aras del mayor respeto posible para el individuo y la menor vulneración de sus derechos.

Es así como la contradicción que implica la incriminación de la conducta de la Inasistencia Alimentaria frente a los principios de última ratio, necesidad, y las características garantizadora y de fragmentariedad del derecho penal, deberían ser motivo suficiente para el replanteamiento de la institución y su eliminación como delito.

2. CRÍTICA DESDE LA DOGMÁTICA Y LA TEORÍA DE LA PENA

Como se analizó en su momento, el alcance que buscó el legislador colombiano con la implantación de la pena, muestra que la ley penal de nuestro país se encuentra inscrita dentro de las teorías unificadoras, al tener como propósito con su implantación la prevención general, la retribución justa, la prevención especial,

¹¹¹ Véase la gráfica sobre la participación de la Inasistencia Alimentaria en los 5 delitos más denunciados en Bogotá.

la reinserción social y la protección del condenado según se desprende del artículo cuarto del Código Penal.

Teniendo en cuenta lo anterior es preciso confrontar el delito de Inasistencia Alimentaria con cada postura de las observadas para determinar los alcances que se desprenden de cada una y concretar con cuál es la que más se identifica su consecuencia legal.

Respecto a la prevención general positiva, consideramos que la capacidad de motivación de la pena, que busca que todo el conglomerado social respete los parámetros establecidos en la ley, en principio se podría dar, ya que la mayoría de personas satisfacen sus obligaciones alimentarias de acuerdo con los mandatos legales, lo cual demostraría que en ese aspecto la norma cumple con su propósito; sin embargo, no se puede desconocer que ante una sociedad tan desigual como la nuestra, en donde las condiciones de subsistencia son precarias en algunos sectores, la motivación que se desprende de la pena pasa desapercibida, puesto que por más que las personas denunciadas quieran cumplir con sus obligaciones alimentarias y sean consientes de que el incumplimiento de esta carga es considerado como delito, las condiciones económicas que los rodean no permiten que actúen conforme a derecho.

Derivado de lo anterior, no puede existir confianza en una norma cuyo supuesto de hecho es denunciado con tanta frecuencia y cuyos resultados procesales son tan desalentadores, puesto que solo un porcentaje muy bajo de los implicados en el trámite judicial va a la cárcel, generando incertidumbre en la efectividad de los procedimientos lo mismo que en la jurisdicción penal.

Con la prevención especial positiva encontramos serias dificultades, dado que el solo hecho de privar de su libertad a una persona por no suministrar alimentos demuestra la falta de operancia y utilidad de las demás instancias con que cuenta

el Estado para controlar la conducta. Si se llega a condenar a alguien por este delito ha sido porque se logró demostrar que contaba con los medios para proporcionar alimentos y que dolosamente no lo quiso hacer, lo que de manera directa nos conduce a descalificar la labor de la jurisdicción de familia, ya que si se tenía solvencia económica, desde ésta se hubieran podido embargar o secuestrar aquellos bienes o rentas del procesado para garantizar el cubrimiento de la obligación, sin la necesidad de someter a la persona a un proceso penal y mucho menos a pasar tiempo en la cárcel.

Lograr la resocialización que se pretende en este delito con la reclusión es bastante difícil, porque concretar cuáles son los métodos que se deben emplear y aplicar al individuo, para inculcarle que posteriormente al cumplimiento de su pena le suministre alimento a sus familiares, requiere de una organización penitenciaria bien estructurada con la cual Colombia no cuenta.

Una última consecuencia que se deriva de la implantación de la pena, se presenta con la inconveniencia de la “privación de la libertad” para un individuo que omite suministrar alimentos a sus familiares, puesto que si no lo hace gozando de su libertad, mucho menos lo hará encontrándose recluido en una prisión en donde de ninguna manera puede contar con los medios que le permitan producir alguna renta o beneficio económico, y lo que sí se consigue con esta medida es justificarle el incumplimiento de su obligación alimentaria por el tiempo que dure la condena, desencadenando una doble afectación al bien jurídico que se pretende proteger, porque se vulnera la familia con la conducta y se continúa afectando con la pena.

Con la prevención especial negativa parece tener alguna relación, ya que una persona que se encontraba en la cárcel, poco a poco va siendo relegada y finalmente neutralizada frente al resto del conglomerado social por el solo hecho de ser un expresidiario. Un ejemplo nos ayuda a esclarecer este punto. Para una

persona que finaliza su condena y se incorpora a la sociedad se hace muy difícil, casi imposible, conseguir empleo, puesto que al tener antecedentes penales y con la actual costumbre que tienen los empleadores de solicitarle a los aspirantes a los cargos el certificado judicial, una vez se dan cuenta que la persona ha estado inmerso en procesos penales o ha estado recluido en una cárcel, independientemente del delito cometido, es descartado inmediatamente, “(...)el ex-ladrón, así, está marcado en la frente: ¿quién ha de darle trabajo?”¹¹².

Es en este momento en donde cabe preguntarse si es justo o no reprimir con pena la Inasistencia Alimentaria. Las consecuencias son desalentadoras; además de no poder cumplir con las obligaciones alimentarias de sus familiares, el alimentante tampoco puede cubrir las propias, lo que directamente lo lleva a contemplar otras posibilidades, incluyendo el delito, con el agravante de que nuevamente puede ser denunciado por Inasistencia Alimentaria si se repite el incumplimiento de la obligación.

La prevención general negativa puede encajar dentro de la teleología que ha buscado el legislador para la pena, ya que la tipificación de una conducta como la Inasistencia Alimentaria en el fondo pretende generar intimidación en la población, amenazando con la imposición de la pena a todos los individuos de la sociedad que tienen la obligación de brindar alimentos.

No obstante, lo cierto es que la norma tan solo se queda en la coacción psicológica “incumpla y se irá a la cárcel” pues como lo demuestran las cifras presentadas al inicio de este capítulo, son muchos los denunciados pero muy pocos los castigados, quedando la pena que trae el artículo como una consecuencia que no se llega a cumplir.

¹¹² FRANCESCO CARNELUTTI, *Las Miserias del Proceso Penal*. Bogotá: Ed. Temis, 1999, p. 95.

Por esto compartimos los planteamientos del profesor Juan Bustos Ramírez, quien al hacer referencia a las consecuencias que acarrea el manejo de la prevención general negativa en un Estado manifiesta: “(...)una política criminal destinada simplemente a intimidar a las personas, de partida implica rebajar su dignidad de tal, en cuanto estima que todas ellas configuran sus relaciones sólo con base en la amenaza, en la violencia. Por otra parte, su punto de partida resulta tan falso que tampoco logran empíricamente comprobar que ello es cierto o por lo menos que la amenaza de la pena tiene tal cualidad en relación a las personas. En otras palabras, las personas reivindican su carácter de tal y no de animales, con lo cual echan por tierra el presupuesto básico de esta política criminal, que además para ser coherente tiene necesariamente que llegar al terror estatal y aún a trastocar la jerarquía de los derechos fundamentales de la persona en cuanto sólo tiene que guiarse por la frecuencia de los hechos delictivos (o por su pretendida gravedad puntual, la llamada alarma pública) y no por la trascendencia del bien jurídico afectado”¹¹³.

Con el retribucionismo el resultado no es mejor. La problemática que se genera alrededor de la pena nos lleva a entender, en principio, que su imposición sólo esta encaminada a castigar al infractor, es decir, se priva de la libertad a la persona por no suministrar alimentos, pero esta privación no tiene otro propósito más que castigar, lo que pone a nuestro sistema penal a operar bajo las reglas propias de hace dos siglos, dejando de lado los desarrollos dogmáticos que ha tenido la ciencia penal en doscientos años y convirtiendo en letra muerta los fundamentos que rigen desde la Constitución de 1991.

No es concebible en un Estado Social de Derecho como el nuestro, un enfoque de la pena como el retributivo, que sólo se limita a analizar las circunstancias pasadas, referidas a la omisión en que incurrió el infractor, para castigar, sin

¹¹³ JUAN BUASTOS RAMÍREZ, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre de 1996, Revista No 12.

importar las consecuencias que se derivan para el individuo en el presente y en el futuro. Esta postura no reconoce el principio de dignidad humana al que tiene derecho cualquier persona y que es el fundamento de lo social en el Estado Colombiano.

Sumado a lo anterior, está tan encaminada la norma a castigar que los Fiscales por lo general con la sola denuncia profieren resolución de acusación, amparados en la presunción consagrada en el artículo 155 del Código del Menor, sin realizar ningún tipo de investigación y dejando para la etapa del juicio algunos interrogantes, mostrando la indiferencia del operador judicial frente a este delito.

Y es que además de la displicencia que promueve la citada norma en los funcionarios, el establecer una presunción que invierte la carga de la prueba, obligando al individuo a demostrar su inocencia, atenta frontalmente contra la estructura del debido proceso, desconociendo también el mandato constitucional del artículo 250 en donde se establece que es el Estado, en cabeza de la Fiscalía, el que tiene el deber de aportar las pruebas y demostrar la culpabilidad del acusado en las causas penales.

Derivado de lo anterior, al involucrar una institución propia de la legislación de familia diseñada para ser utilizada en los procedimientos de esa jurisdicción, se incurre en un error dogmático en el manejo del derecho penal, dado que resultan incompatibles las implicaciones que trae la figura con la estructura del sistema, en donde prima el debido proceso y la presunción de inocencia.

Para hacer más patente la confusión de las figuras, ocasionada por las imprecisiones dogmáticas, se puede hablar de otro caso concreto: en la jurisdicción de familia, no es permitido el cobro de las sumas adeudadas por concepto de la obligación alimentaria sin que se haya establecido un monto que

las cuantifique¹¹⁴; es decir, se parte de la base que sólo desde el momento en que se reclaman los alimentos estos se hacen exigibles, sin poderse solicitar el reconocimiento de los causados en fechas anteriores ya que no es coherente requerir el pago de alimentos que para esos momentos, presumiblemente no eran necesarios.

Por el contrario, frecuentemente se acude a los funcionarios judiciales del sistema penal (fiscales y jueces) para lograr el pago de tales sumas por parte del procesado, en otras palabras, las pretensiones que el querellante debería someter a la justicia civil, y en concreto a la jurisdicción de familia, son asumidas por la justicia penal para darles un alcance que patrimonialmente excede lo que se podría obtener en los procesos concebidos para tal efecto.

Como se puede observar, político-criminalmente el enfoque que tiene el delito de Inasistencia Alimentaria presenta muchas dificultades, convirtiéndolo en un tipo penal inconveniente ya que se encuentra alejado de los postulados de un sistema penal científico que busque brindar el mayor número de garantías a los ciudadanos y que respete los parámetros fundamentales sobre los que descansa el tratamiento dogmático del Derecho Penal.

Las teorías que se formulan como explicaciones para el quehacer del sistema penal y que pretenden su adecuado funcionamiento no son pretensiones puramente abstractas, de hecho, obedecen en la mayoría de ocasiones a intentos de respuesta de problemas concretos que entorpecen la dinámica en la que deben funcionar las instituciones jurídicas.

¹¹⁴ LÓPEZ BLANCO. Ob. Cit p. 321

Por esto, cuando se dejan de lado las recomendaciones de los estudiosos sobre la materia, cuando se abandona el manejo científico del problema, los obstáculos no se hacen esperar, y el sistema se torna confuso y lo que es peor, insuficiente para atender los problemas a los que está llamado a responder. Cuando esto sucede, el camino que permite continuar con la marcha del aparato punitivo es el recorte de los derechos y de las garantías que en ese estado de cosas parecen más una traba que un derrotero, y es en ese momento donde los principios tradicionales que inspiran la organización tienden a ser revaluados en aras de la producción de resultados.

Como se ha explicado en páginas anteriores, en un Estado Social de Derecho no pueden perseguirse indiscriminadamente conductas sino que se deben respetar criterios señalados por el texto constitucional, y si dicho texto señala claramente la orientación hacia el garantismo, es decir, hacia el aseguramiento de los derechos y libertades de las personas mediante instituciones jurídicas positivizadas, las normas que se aparten de dichos mandatos deben ser consideradas como falencias dentro de la organización y debe haber el compromiso por parte del legislador de depurar el sistema de estos obstáculos en aras del estricto cumplimiento de los mandatos emanados de la Constitución. Sólo de esta manera se puede garantizar un sistema penal que respete la dignidad de la persona que se ve inmiscuida en un proceso penal.

Como consecuencia de las críticas planteadas anteriormente proponemos la desaparición de la Inasistencia Alimentaria como conducta autónoma dentro del Código Penal, dado que los múltiples inconvenientes que se han señalado al respecto, permiten ver la inconveniencia de esta norma tal y como se encuentra actualmente dentro del sistema penal.

III. AGRAVANTE EN EL ALZAMIENTO DE BIENES

Si bien no debe contarse con un tipo penal que directamente incrimine la conducta de la Inasistencia Alimentaria, tampoco puede permitirse que el obligado, de manera fraudulenta, no cumpla con su deber para con las personas que tienen el derecho a recibir alimentos de su parte.

En estas circunstancias resultaría necesaria la intervención de la ley penal para reprimir la conducta de quien debe prestar alimentos y que teniendo la capacidad económica para hacerlo, oculte o dilapide sus bienes, rentas o ingresos con el propósito de sustraerse al cumplimiento de la obligación.

La ausencia de incriminación de una conducta como esta, sería una puerta abierta para permitir que los procesos que se realicen ante las autoridades administrativas o en la jurisdicción de familia lleguen a fracasar. Aunque no puede pretenderse el encarcelamiento de quien simplemente no cumple con su obligación de suministrar alimentos tampoco puede dejarse impune la conducta del que quiere defraudar a la justicia al impedir la acción de los mecanismos que están destinados a obtener la satisfacción de la obligación.

Por lo anterior, consideramos conveniente ubicar esta conducta como un agravante dentro del tipo penal del alzamiento de bienes, en tanto que los supuestos de hecho que darían lugar a la persecución serían comunes con los dispuestos en aquella norma.

EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.

El delito de alzamiento de bienes se encuentra consagrado en el título VII, capítulo sexto, artículo 253 del Código Penal, dentro de los delitos contra el patrimonio económico y esta tipificado de la siguiente manera:

Art. 253. Alzamiento de bienes. El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimo legales mensuales vigentes.

“Circunstancia de agravación punitiva. La pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a una prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio”. (Agregado nuestro).

Por ser el patrimonio económico el bien jurídico que se protege con este delito, la redacción de la norma esta establecida para garantizar relaciones contractuales en donde el factor patrimonial representado principalmente en dinero o cosas que se pueden valorar en este, se presenta como el componente que se afecta con la defraudación.

“Con el objeto de proteger los derechos de los acreedores, tradicionalmente se ha sancionado penalmente la conducta de los deudores dirigida a simular una situación de insolvencia. Entre los actos reprobados se encuentra el del alzamiento de bienes, consistente en retirar cualquier objeto de la masa de bienes, con intención fraudulenta”¹¹⁵

Es evidente que se trata de una conducta activa por parte del deudor quien mediante actos concretos busca la manera de ocultar sus bienes o rentas para no cumplir con la obligación contraída con su acreedor evitando que éste repita contra aquéllos. Por tal razón, “Se da alzamiento de bienes cuando el agente destruye los de su propiedad o celebra contratos simulados, tales como compraventa o arrendamiento, para burlar la efectividad de alguna acción judicial, o contrae obligaciones que disminuyen de manera considerable el patrimonio, o

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-015 de 1997, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

aumenta de manera ficticia el pasivo, o hace desaparecer los bienes sirviéndose de medios judiciales (procesos ejecutivos por obligaciones simuladas)¹¹⁶.

A pesar de la ubicación de esta norma en el ordenamiento colombiano, compartimos la postura que frente a este delito contempla el profesor Antonio Quintano Ripolles: “(...)entiendo que su naturaleza no es estrictamente patrimonial, sino que responde más bien a salvaguardar normas civiles y comerciales, de estructura procesal, encaminadas al logro de la efectividad de los créditos, (...) Delito que pudiera estar incurso, quizá con mejor razón entre los de “Contra la Administración de Justicia”, como lo está en el Código italiano el burlarse las previsiones estatuidas para la exigibilidad de las obligaciones; trátase, en suma, de una *evasión de bienes*, eventual materia de un proceso que se frustra, entorpeciéndose la acción nacida de lícitas relaciones civiles y el normal funcionamiento de las instituciones judiciales”¹¹⁷.

Creemos que lo verdaderamente significativo de este enfoque, para los intereses que persigue esta investigación, se encontraría en la protección de los mecanismos judiciales destinados a la satisfacción de la obligación alimentaria. En efecto, resulta importante fortalecer las acciones establecidas fuera del ordenamiento penal para que se asegure de manera efectiva el suministro de los alimentos y así continúe existiendo una protección decidida de la familia.

En cuanto la punibilidad, el alzamiento de bienes no genera ninguna contradicción con el tipo de Inasistencia Alimentaria, puesto que los dos cuentan con la misma pena privativa de la libertad. La única diferencia notoria en este punto se presenta con la multa, dado que el tratamiento en el Alzamiento Bienes es más gravosa, de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes,

¹¹⁶ ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, en Lecciones de Derecho Penal, Parte especial, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 762.

¹¹⁷ ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, T. III, Madrid: Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 37, 38.

mientras que la inasistencia alimentaria contiene una multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con la despenalización de la Inasistencia Alimentaria, y la propuesta de agravante que aquí se hace, el manejo de un caso concreto operaría de la siguiente manera: cuando se presente el incumplimiento de la obligación alimentaria habría que acudir a las comisarías de familia, centros de conciliación y demás entidades facultadas para la solución alternativa de los conflictos, para buscar fórmulas de arreglo con quien incumple su obligación; de no ser posible un acuerdo, o en caso de incumplimiento de lo pactado, se procedería la acción ante la jurisdicción de familia, que sería la encargada de obtener el cumplimiento forzoso de la obligación mediante la afectación del patrimonio del deudor incumplido.

Si el obligado que contando con suficientes recursos para atender a la obligación que la ley le señala, decide insolventarse para evitar suministrar alimentos a quien por ley tiene derecho, incurriría en el delito de Alzamiento de Bienes agravado por su intención de defraudar tanto a su familia como a la justicia.

CONCLUSIONES

- En un Estado Social de Derecho como el proclamado por la Constitución colombiana, las instituciones jurídicas deben respetar los principios fundamentales de su estructura y por tal razón debe existir coherencia entre los postulados generales y las instituciones que pretenden darles desarrollo. Es por esto que normas incompatibles con dicha estructura, como la Inasistencia Alimentaria deben ser reformuladas de manera que se mantenga la protección que pretenden, pero que también se respeten los fundamentos del orden superior.
- Todas las instituciones del ordenamiento legal, y en concreto, las del subsistema penal, deben crearse y aplicarse con un respeto irrestricto a los derechos fundamentales (garantismo), de tal manera que el mal que implica la imposición de una pena sea menor que el que supondría la impunidad o la venganza privada. Si se permite la existencia de conductas como la Inasistencia Alimentaria, que comportan el desconocimiento del orden superior, la vulneración del bien jurídico que pretenden proteger e imponen pena aun cuando las consideraciones prácticas no lo aconsejan, se contravienen los principios fundamentales de las concepciones hegemónicas sobre el carácter liberal del derecho penal.
- La actividad sancionatoria de un Estado, en especial la que restringe el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona mediante la atribución de responsabilidad penal y el uso de la fuerza, debe estar reservada sólo para las conductas que alteran de manera insoportable el orden social. En tal sentido, perseguir conductas que pueden ser

controladas por mecanismos menos aflictivos y con mejores resultados es, además de inconsecuente, antigarantista.

- Para que las instituciones jurídicas y los mecanismos que los hagan aplicables funcionen de manera complementaria y armónica se requiere que estén integradas en el marco de una política criminal adscrita al Estado Social de Derecho. Y la política criminal debe propender por el aseguramiento de los valores que, por esta forma de estado se consideran indispensables, para que, por esta vía, se asegure, por sobre cualquier otra consideración, el respeto de los derechos fundamentales.
- La penalización de la Inasistencia Alimentaria va en contravía de los postulados fundamentales que trae la Constitución de 1991, la cual, claramente, esta orientada hacia la consolidación de un Derecho Penal garantista, libre de conductas moralizantes y ético-valorativas.
- La dignidad como concepto fundamental en el orden constitucional vigente y además como valor inherente a la condición humana no debe ser desconocida por normas que pretenden el eficientismo en el control social como la que contempla el delito de Inasistencia Alimentaria. Cuando se concibe una norma que antepone los resultados a la coherencia y que privilegia la intimidación y el terror de Estado a la dignidad humana se está en presencia de un ordenamiento jurídico de corte autoritario.
- Despenalizar la Inasistencia alimentaria resulta imperioso, tanto porque existen mecanismos que sirven para la protección de los mismos intereses que se pretende amparar, como porque la forma de protección que brinda el derecho penal es en si misma, lesiva para dichos intereses y además limita derechos fundamentales sin obtener resultados significativos.

- Ni la tipificación de conductas lesivas ni el aumento de su punibilidad garantizan la efectividad del control al interior de la sociedad. El ejemplo más claro es la Inasistencia Alimentaria, ya que su penalización pasa desapercibida siendo uno de los delitos mas denunciados pero porcentualmente menos sancionados en el país.
- Para que la protección que debe existir de los intereses de la familia sea efectiva y eficiente, no se requiere el concurso del derecho penal, simplemente es preciso fortalecer los mecanismos de solución extrapenal del problema, dotando a la jurisdicción de familia de mayores recursos para perseguir los bienes que permitan el aseguramiento de los medios para el sostenimiento de del núcleo familiar.
- Deben fortalecerse los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos para que las entidades dotadas de mejores herramientas como el Sistema Nacional de Bienestar Familiar sean los estamentos a los que normalmente se recurre en busca de la solución a los problemas de índole alimentaria.
- Mantener como delito la conducta del alimentante que mediante maniobras fraudulentas busca ocultar o disminuir su patrimonio con el propósito de incumplir su obligación, sería una garantía que permitiría que los procesos que se efectúen en la jurisdicción de familia, centros de conciliación, comisarías de familia etc., puedan llegar a buen término, de tal forma que de manera efectiva se llegue a obtener la prestación alimentaria por parte del familiar que la necesita.
- El Alzamiento de Bienes es el delito que permitiría la incorporación de la conducta de quien fraudulentamente se sustraiga al cumplimiento de su obligación alimentaria; no tanto porque se busque la protección del

patrimonio económico del titular de la obligación, sino porque se pretende respaldar la labor de los procedimientos extrapenales de solución al problema.

- El Estado colombiano no debe penalizar todas las conductas que le generen inconvenientes (ceder al influjo del eficientismo penal) sino que debe propender por la estructuración de políticas serias, estructuradas y continuas que produzcan resultados positivos en la adecuada organización de la vida social del país.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA VALLEJO MARIO, RUIZ SALAZAR JOSE ARMANDO, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, Cuarta edición, Bogotá: Editorial Leyer 2002.

ARENAS ANTONIO VICENTE, Comentarios al Código Penal Colombiano, Tomo II, Bogotá: Editorial Temis, 1991.

AZULA CAMACHO JAIME, Manual de Derecho Procesal, Tomo III, Procesos de conocimiento cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis. 2000.

BECCARIA CESAR, De los Delito y de las Penas, Bogotá: Editorial Temis, 1999.

BERNAL CUELLAR JAIME, MOTEALEGRE LYNETT EDUARDO. El Proceso Penal, Tomo I, Quinta edición, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ JUAN, Lecciones de Derecho Penal volumen I, Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ JUAN. Introducción al Derecho Penal, Segunda Edición, Bogotá: Editorial Temis, 1994.

CARNELUTTI FRANCESCO, Las Miserias del Proceso Penal. Bogotá: Ed. Temis, 1999

CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL, Decimotercera edición, Bogotá: Editorial Leyer, 2003.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Decimonovena edición, Bogotá: Editorial Leyer, 2004.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésima segunda edición, 2001.

FERRAJOLI LUIGI, Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal, Cuarta edición, Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FERRO TORRES JOSÉ GUILLERMO, en Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Imprenta Nacional, 1998.

GOMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO, Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática Penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000.

GÓMEZ VELÁSQUEZ GUSTAVO, Delitos Contra la Asistencia Familiar, Medellín: Editorial Colecciones Pequeño Foro, 1973.

GROSSO GARCÍA MANUEL SALVADOR, El Concepto del Delito en el Nuevo Código Penal, Primera edición, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

JESCHECK HANS-HEINRICH, WEIGEND THOMAS, Tratado de Derecho Penal, parte general, Quinta edición, Granada: Editorial Comares, 2002.

LÓPEZ BLANCO HERNÁN, Procedimiento Civil Parte Especial Tomo II, Octava edición, Bogotá: Editorial Dupré, 2004.

LÓPEZ MORALES JAIRO, Nuevo Código Penal, Tomo II, Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley, 2002.

MIR PUIG SANTIAGO, El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MONROY CABRA MARCO GERARDO, Derecho de Familia y de Menores. Bogotá: Ediciones Jurídicas Wilches, 1996.

MOYA VARGAS MANUEL FERNANDO, El Delito de Inasistencia Alimentaria. Apuntes para una Interpretación Sistemática de Tipo, en Derecho Penal y Criminología, No. 68, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000.

QUINTANO RIPOLLES ANTONIO, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, T. III, Madrid: Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

ROCCO ARTURO, El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho, Bogotá; Editorial Temis, 1999.

ROXIN CLAUS, Derecho Penal, parte general, Tomo I Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, Segunda Edición, Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN CLAUS, Iniciación al Derecho Penal de Hoy, Sevilla: Editorial Publicaciones Universidad de Sevilla, 1981.

SUÁREZ SÁNCHEZ ALBERTO, en Lecciones de Derecho Penal, Parte especial, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JUAQUIN. Concepto y Función del Derecho Penal, en Lecciones de Derecho Penal, parte general, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO. Manual de Derecho Penal, parte general, primera edición, Bogotá: Editorial Temis, 2002.

WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán, parte general, onceava edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, ALAGIA ALEJANDRO, SLOKAR ALEJANDRO, Derecho Penal, parte general, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2000.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

- CORTE CONSTITUCIONAL

1. Sentencia C-658 de 1997, M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
2. Sentencia C-646 de 2001, M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
3. Sentencia C-919 de 2001, M.P.: JAIME ARAUJO RENTERIA.
4. Sentencia C-016 de 2004, M.P.: ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.
5. Sentencia C-1112 de 2000, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

6. Sentencia C-237 de 1997, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
 7. Sentencia C-247 de 2004, M.P.: ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.
 8. Sentencia C-015 de 1997, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
 9. Sentencia C-388 de 2000, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
 10. Sentencia C-285 de 1997, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
 11. Sentencia C-521 de 1998 M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONEL.
 12. Sentencia C-647 de 2001, M.P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
 13. Sentencia C-566 de 1995. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 14. Sentencia T-006 de 1992. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 15. Sentencia T-179 de 1995. M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
 16. Sentencia T-426 de 1992 M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 17. Sentencia T-465 de 1996, M.P.: FABIO MORÓN DÍAZ.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL
1. Sentencia de abril 17 de 1980, M.P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA.