

CONVENIENCIA DE LA DESPENALIZACIÓN DE LA INASISTENCIA ALIMENTARIA

Convenience of the depenalization of food non-assistance

Hernando Triana Sánchez* Wilson Carreño Morantes**

Luisa Saldarriaga Amaya***

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

El presente artículo expone los resultados del trabajo de investigación titulado: “Conveniencia de la despenalización de la inasistencia alimentaria”. Se centra en la recopilación y análisis de los aspectos que dieron lugar a la tipificación del delito y cuestiona la efectividad de la pena contemplada para el tipo penal desde el punto de vista de salvaguardar los derechos de los menores. Claramente, el Estado está obligado a sancionar penalmente las conductas antisociales, pero no todas generan el mismo riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos y no todos los delitos tipificados con pena privativa de la libertad garantizan la salvaguarda o restablecimiento de un derecho. En el caso de la inasistencia alimentaria una pena privativa de la libertad no es proporcional al daño social generado, si bien no se debe premiar la vulneración a los derechos del menor tampoco este tipo de medida los protege, por el contrario, podría decirse que los victimiza, ya que el menor podría verse más afectado al estar obligado a pasar por una situación que ningún niño debería soportar; alejado de sus padres y en un entorno de juzgamiento. En consecuencia, despenalizar la inasistencia

alimentaria en Colombia y optar por medidas sancionatorias más efectivas y no privativas de la libertad lograría una mayor garantía de los derechos fundamentales de los niños.

Palabras clave: alimentos, inasistencia alimentaria, delito, derecho del menor, protección al menor.

Abstract

The present article exposes the results of the research work entitled: Convenience of the decriminalization of food non-attendance. It focuses on the collection and analysis of the aspects that gave rise to the criminalization of the crime and questions the effectiveness of the punishment contemplated for the criminal offense from the point of view of safeguarding the rights of minors. Clearly, the State is obliged to criminally sanction antisocial behavior, but not all generate the same risk to the interests of the community or individuals and not all crimes punishable by deprivation of liberty guarantee the safeguarding or restoration of a right. In the case of food non-attendance a deprivation of liberty is not proportional to the social damage generated, although the violation of the rights of the minor must not be

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

*** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

rewarded, nor does this type of measure protect them, on the contrary it could be said that they are victimized, since the child could be more affected by being forced to go through a situation that no child should endure; away from his parents and in a judging environment. Consequently, decriminalizing food shortages in Colombia and opting for more effective and non-custodial sanction measures would achieve a greater guarantee of the fundamental rights of children.

Key words: Child support, Alimony, Crime Minor Law, Child Protection.



Introducción

“Alimentos” es el nombre genérico que se le da a un tipo de obligación de origen legal, por medio de la cual se le impone a un sujeto llamado alimentante la obligación de proveer al alimentario, que es un sujeto con quien tiene un vínculo familiar, los medios necesarios para su subsistencia y bienestar.

Además del vínculo entre los sujetos, “para que se configure la obligación es necesario que el alimentario carezca de medios suficientes para subsistir en condiciones dignas, y que el alimentante tenga capacidad económica para proporcionar dichos medios” (Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, 2012).

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

En síntesis, cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley les obliga. El deber de asistencia del Estado es subsidiario, y se limita a atender las necesidades de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Sentencia C-237, 1997).

En nuestro ordenamiento jurídico diversas son las normas que consagran esta obligación. Para el caso de los menores de edad constituye un derecho fundamental consagrado en el artículo 44 de la Constitución Nacional y, por tanto, exigible incluso por vía de tutela. De este deber se ocupa todo un capítulo del Código Civil y para el caso de los niños está regulado de manera especial en la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia.

Proporcionar alimentos es una obligación en cabeza de quien la ley señale y, por tanto, sustraerse de este deber trae consecuencias de diversa índole, tanto en el campo del derecho civil, como en el campo del derecho penal en el que se considera una conducta típica castigada con privación de la libertad.

Desde que en nuestro ordenamiento jurídico se incluyó la inasistencia alimentaria como delito, ha habido diversas posiciones tanto en pro como en contra de esta sanción punitiva que van desde los que consideran su imperiosa necesidad para evitar graves problemas sociales a futuro, y los que piensan que es una medida

exagerada y que en muchos casos es una manera de criminalizar la pobreza.

Este artículo no pretende esclarecer si es conveniente mantener el delito de inasistencia alimentaria o no, se limita a hacer una revisión jurídica de lo que actualmente se hace en nuestro país tanto desde el punto de vista civil, penal y administrativo para garantizar el deber de proporcionar alimentos a quienes por ley se deba y, además, determinar la efectividad de la penalización de la inasistencia alimentaria respecto al cumplimiento de la obligación y, por otra parte, indicar la forma como otros ordenamientos jurídicos abordan la misma problemática a fin de estudiar posibles alternativas a las medidas actualmente aplicables.

A. Desarrollo histórico del concepto de alimentos

El registro histórico más antiguo con que contamos de una regulación jurídica completa del derecho de alimentos se encuentra en un texto del Digesto. Allí se halla un desarrollo altamente elaborado del derecho a exigir alimentos, del cual evidentemente fueron tomadas las reglas para el code francés a su vez trasladadas al código de Andrés Bello y, al cabo, al Código Civil colombiano, siendo insignificantes las diferencias que registran estas legislaciones respecto de la fuente.

Se precisaba que quien pretendía los alimentos tenga necesidad de ellos, entendiendo que pudiendo proveérselos por sí mismo, carecería de legitimidad para reclamarlos, por otro lado, al deudor de alimentos solo podría exigírsele de acuerdo con sus facultades. Presupuesto que reiteró al prever que si el deudor se negara a prestar alimentos, su monto sería fijado por el juez, pero con arreglo a las facultades del deudor. En tercer lugar, podría el deudor negarse a

prestar alimentos si su acreedor hubiese hecho algo en su contra, por ejemplo, denunciarlo. De donde surge que no solo se precisaban condiciones objetivas como la capacidad de pago correspondiente a la necesidad igualmente objetiva por parte del acreedor, sino que entre los extremos subjetivos de la obligación debían persistir presupuestos, si se quiere subjetivos, que expliquen la vigencia de la “caridad de sangre”, antes que basarse en sentimientos particulares, de reconocimiento y respeto de la dignidad ostentada.

Así mismo, según Ulpiano, la carga de los alimentos respecto de los hijos recaía tanto en el padre como en la madre simultáneamente, dado que si la madre suplía lo que el padre dejó de pagar tendría derecho a reembolso contra este, salvo en aquella parte que debió pagar ella en todo caso, por el amor propio de la madre hacia el hijo (Vargas, 2007, p. 47).

Naturaleza del derecho de alimentos

El concepto de derecho natural se ha asociado con las disposiciones introducidas al derecho civil sin necesidad de explicación diversa que la naturaleza humana.

Es decir, se trata de un derecho de orígenes inciertos, cuya existencia y validez no depende de la voluntad de los pueblos o de los consejos con funciones legislativas, si no que se impone por la fuerza de la naturaleza, termina por ser algo así como un saber confiado por los dioses a los hombres, no se presta a duda, es inmutable, imperecedero y perfecto (Kaser, 2004, pp. 68-74).

Pérez Moya explica en su libro los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial que el derecho de alimentos no era posible en el tipo de familia propio del derecho arcaico y en buena parte republicano, organizando conforme al criterio genético, caracterizado por la unidad domés-

tica de orden, social, económico y político, en que se apoyó Roma desde su fundación hasta ya desatada irreversiblemente la crisis de la República que dio paso al principado. Por consiguiente, el derecho de alimentos surge cuando la familia, fuertemente coaccionada, fue desplazada por otra que extraña los lazos de unidad sólida, que tiende a la dispersión y más que ello a la desaparición. En la época de los juristas clásicos sigue existiendo aún la categoría social de las gens, pero paulatinamente va exigiéndose el derecho especial de los gentiles, que se nos ha transmitido en relación con la sucesión intestada y la tutela y la curatela.

Ese derecho no se designa como *ius gentium*, sino como *gentilicium ius*. Como restos históricos del mismo sobrevivieron el nomen gentile y ciertas relaciones sacrales y sociales.

Es precisamente esta la explicación de por qué Ulpiano invoca las naturales ratio y aequitas, al momento de justificar la naturaleza de la obligación alimentaria, y no una indiscutible y divina ordenación natural. El derecho de alimentos nació frente a una necesidad política concreta de procurar mantener un estatus que antes estaba asegurado por la consistencia y solidez de la organización familiar de raigambre gentilicia, ancestral, patriarcal, cerrada y autosuficiente.

La autosatisfacción prodigada por la economía doméstica que naturalmente proveía la familia, estaba llamada a perderse junto con la estructura familiar gentilicia, porque ahora la sociedad era receptora del individuo cuyo sostenimiento, prodigado inicialmente para la familia, debía procurarse dentro de la sociedad respecto de la cual la familia no era otra cosa que el articulador, algo así como un esquema en que aparece el individuo familia-sociedad, siendo la familia el puente que une a los dos extremos. Sin embargo, el individuo no se encontraba abandonado a su suerte. Las normas romanas sobre derecho de alimentos son enfáticas en condicionar la obligación a que los parientes

deudores tuviesen capacidad de proveer alimentos a su acreedor, quien a su vez debía necesitar la asistencia. ¿Qué sucedía cuando ningún pariente disponía de dicha capacidad?

La verdad es que la obligación alimentaria habría surgido cuando ya el Estado había consolidado un sistema de seguridad social que hacia responsable al Estado (Grimal, 1999, pp. 281-282).

Los antónimos se distinguieron entre otros, por su política de seguridad social; inicialmente fue Nerva quien consolidó un sistema alimentario de asistencia estatal para personas pobres. Incluso, inició un fondo a favor de los huérfanos y pobres, además de una reforma agraria que permitía distribuir tierras entre las clases menos favorecidas.

Esta política fue seguida de cerca por sus sucesores. Adriano incrementó la ayuda a la infancia, mientras que Antonio Pío sancionó leyes orientadas a favorecer a las familias pobres. Ciertamente, la consagración del derecho de alimentos es el principal reconocimiento a la creciente desaparición de la familia nuclear, como modelo habitual de familia estandarizada, entendida esta como una realidad fenoménica inherente a organizaciones políticas estáticas, mantenida ahora como una realidad meramente institucional, dentro de la cual, y solo dentro de ella, son posibles mecanismos que se ejercen por alguno de los miembros contra otro, que cuestionan los lazos emocionales en los cuales descansaba la familia gentilicia y se pretende, desde luego artificialmente, que coexistan con estos cuando la verdad es precisamente lo contrario.

El derecho de alimentos pone de manifiesto que la familia, entendida como como estatus termina por sobreponerse a la asociación de personas, verdadera familia si se quiere, fundada en la unidad de propósitos y cohesionada por emociones compartidas (Bonfante, 1963, p. 379).

La obligación alimentaria es patrimonio de la familia jurídica, donde lo que cuenta es el estatus sustentado en una relación cuyo contenido ha podido dejar de existir; se trata de una atadura, un ligamen, un vínculo jurídico, esto es meramente institucional, de ahí que exista sin importar la clase de sentimientos que pervivan entre el acreedor y el deudor.

Así que el derecho de alimentos nada tiene que ver con el amor compartido de los miembros de la familia, antes bien insinúa su desaparición (Vargas, 2007, p. 51).

Prueba de lo cual es que solo se grava a los parientes que cuenten con la suficiente capacidad de provisión a quienes la requieran, pero su imposibilidad está suplida por el Estado a través de un sistema de seguridad social que atendía a las necesidades de las personas pobres y , patrimonialmente, de niños pobres o huérfanos.

El individuo antes confiado a la unidad doméstica amenazaba ser una responsabilidad de la sociedad, y frente a tal exigencia su respuesta fue configurar un sistema corresponsable que si bien, gravó a quienes observaban cierta condición jurídica respecto de él y los primeros afectados fueron los familiares, tanto más cuanto más próximos, también el Estado estuvo involucrado como codeudor corresponsable.

B. La familia y el deber de brindar alimentos

Dado que la obligación alimentaria está íntimamente ligada con la institución familiar, es menester iniciar nuestro abordaje del delito de inasistencia alimentaria hablando de la familia.

El origen etimológico de la palabra familia se remonta al latín famulus, que hace inicialmente referencia al grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens (sistema social). De otro lado se cree que, el vocablo proviene del latín fames (hambre) haciendo referencia al conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa, lo cual evidencia la importancia del uso de una olla común como un elemento fundamental en la configuración de la familia, independientemente de los lazos de sangre (Ortiz, 2004, p. 74).

Desde el punto de vista sociológico el concepto de familia es multidimensional y multidisciplinario, lo que permite que sea estudiada desde una perspectiva integradora; desde la biología, la familia nace con el encuentro de dos seres humanos de sexo distinto que se unen con el fin primario de generar la reproducción y que tiene como fin último la conservación de la especie; de igual manera, bajo una perspectiva biológica solo se reconoce como familia la unión de individuos bajo lazos de sangre (Gómez, 2013, pp. 11-20).

Desde la concepción de familia como grupo de parientes se hace referencia a la construcción de familia desde una relación de parentesco,

así la estructura de familia se considera el centro de la sociedad y esta es conformada por personas con algún lazo de consanguinidad en la cual la posición dominante es la del padre como estructurador de la familia (Gómez, 2013, pp. 11-20).

En el sentido económico la concepción de familia se basa en el término pecus que hace referencia al dinero amonedado, así el sentido de familia apunta, desde lo económico, hacia la concepción de esta como bien perdurable. Para la economía, la familia es una unidad básica de consumo, y su estudio está orientado a la proyección de costos, gastos e ingresos de la misma como unidad, dentro de sus funciones se encuentra la de dotar a sus miembros de los

elementos básicos para suplir sus necesidades básicas (Suárez Franco, 1992, p. 75).

Una de esas necesidades básicas es la de los alimentos, por ello se abordará desde el punto de vista teórico este concepto.

El significado del verbo alimentar, comprende no solo el hecho crítico de administrar alimentos a quien los necesita sino también aprovisionarlos, de otro lado, el verbo deber, expresa la existencia de un crédito, una situación de exigibilidad, al paso que el sustantivo alimentos se orienta a concretar el objeto de la prestación sin que la palabra cifre su significado en una cosa particular y excluyente.

Se trata de una obligación de medio, información que aportan las formas de pago posibles como las restantes características, pues el pago puede verificarse por cualquier medio lícito con idoneidad al fin de proveer la alimentación del acreedor. Lo cual desde luego rechaza que es una obligación de resultado. Máxime que el efectivo cuidado no se confunde con el aprovisionamiento de alimentos. Adicionalmente, como podría tratarse de una obligación real sino esta previamente determinado su objeto, que se trate de una obligación patrimonial no rivaliza con el origen de la obligación ni con su esencia humanista (Moya Vargas, 2000, p. 24).

C. La inasistencia alimentaria como delito

El delito de inasistencia alimentaria solo se integra cuando la obligación tuvo su fuente en la ley, ya que claramente el texto de la norma indicó "alimentos legalmente debidos". El delito es doloso. No obstante, es bueno estimar que una persona puede ser completamente consciente de que es antijurídico no asistir a los hijos. Y más aún querer el resultado, pero ello no garantiza que la conducta sea punible. Puesto que

es necesario que el acreedor necesite algo que el deudor le puede dar pero que se resiste a ello, así que el juicio de antijuridicidad y culpabilidad desborda los sistemas tradicionales (Moya Vargas, 2000, p. 30).

Una vez entendida la concepción del delito se han de conocer aquellos elementos que constituyen el tipo penal de inasistencia alimentaria. Sujeto activo: Es el denominado agresor, es decir, quien consume el tipo penal. En el delito de inasistencia alimentaria, según el Código Penal, es "quien se sustraiga sin justa causa de la prestación de alimentos". Además, el sujeto activo es "cualificado o calificado jurídicamente por el vínculo de familiaridad: ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo o cónyuge".

Sujeto pasivo: Entendiendo que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que resulta afectado por la conducta del sujeto activo, son sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria el cónyuge, el compañero permanente, los ascendientes, los descendientes, los adoptantes y los adoptivos.

Objeto jurídico: Es el bien jurídico que se pretende proteger con la norma, *es decir, consiste en que el comportamiento que encierra el verbo determinador que ponga en peligro o de lesión efectiva de un determinado bien predicable o atribuible a los sujetos pasivos, este tipificado en una norma (Herrera Martínez, 2008, p 38).*

Objeto material: Son las personas sobre quienes recae la acción inculpativa o la acción típica, esa conducta típica la comprende la expresión "se sustraiga sin justa causa". Esas personas que padecen esa conducta o acción criminal son los ascendientes, descendientes, adoptantes o adoptivos, cónyuge o compañero permanente. Perturba la armonía del hogar y pone en peligro la subsistencia de los seres que la conforman y que están protegidos cons-

titucionalmente en el artículo 42 y siguientes de nuestra Constitución Nacional (Herrera Martínez, 2008, p 38).

Objeto jurídico:

Es el objeto jurídico, que resulta vulnerado por la conducta del sujeto activo, cuando encaja en la descripción establecida por el legislador, en este caso, el agente afecta el bien jurídico familia (Caro López y Mejía Guzmán, 2006).

La conducta: En el delito de inasistencia alimentaria la conducta está determinada por el verbo “sustraerse” que, en este caso, es el determinador y significa abstenerse de hacer algo.

Culpabilidad: Para que una conducta se califique como punible, además de típica y anti-jurídica tiene que existir voluntad para su realización, es decir, “que la conducta para que sea infracción es necesario que se adecue a un tipo penal y lesione o ponga en peligro sin causa de justificación un bien jurídico”, este delito en concreto es esencialmente doloso, ya que el tipo penal consagra quien se sustraiga sin justa causa, es decir, que no haya justificación en la sustracción a la prestación de alimentos legalmente debidos (Corte Constitucional, 1992).

Visto lo anterior, se encuentran establecidos como elementos del tipo penal: la preexistencia de la obligación, su exigibilidad durante la consumación, que acontezca la sustracción y, por último, que esta sea injustificada,

Esto tiene por consecuencia que, para poder soportar jurídicamente un juicio de responsabilidad penal por inasistencia alimentaria, la condición primera es que se verifiquen todos los elementos de la obligación, especialmente el que tiene que ver con el débito (Moya Vargas, 2007).

La razón se ofrece clara: no existe obligación si no hay un objeto de la prestación que pueda

reclamarse. Y este preciso aspecto es objeto de regulación concreta; en el caso de Colombia existe desde hace más de un siglo.

Así las cosas para que exista débito exigible se precisa:

- Que el acreedor alimentario sufra una necesidad actual de asistencia alimentaria.
- Que el deudor de alimentos tenga capacidad de satisfacer la necesidad alimentaria.
- Que el deudor de alimentos solo debe de lo que su acreedor alimentario necesita, aquello que pueda aportarle.

“Verificadas estas tres condiciones podemos sostener que existe obligación de pagar alimentos. De lo contrario definitivamente no” (Moya Vargas, 2007, p. 120).

D. El dilema de inasistencia alimentaria

La inasistencia alimentaria es un delito tipificado en nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, se corresponde a un antivalor con el cual nuestra sociedad no está dispuesta a convivir, infortunadamente la cifra de personas que incumplen con este deber es creciente, lo que congestiona nuestro ya lento aparato judicial, genera una carga adicional a los investigadores y desvía la atención de la Fiscalía en un asunto que si bien es muy relevante dentro del Estado Social de Derecho, no lo es dentro de la política criminal colombiana, que tiene como prioridad delitos de mayor envergadura como el narcotráfico, desapariciones forzosas, torturas, masacres , homicidios y tantos más delitos que por desgracia forman parte de nuestra cotidianidad.

Si bien la obligación alimentaria es de la esfera de las conductas inscritas en las costumbres y en las afectividades propias del ser humano aparece un sistemático incumplimiento en la misma, que el Estado ha intentado atacar des-

de diversas ópticas, civil, penal e incluso por medio de mecanismos alternativos de solución de conflictos, pese a ello la efectividad resulta precaria, por tanto, se hace necesario, desde el área de la investigación jurídica, estudiar esta fenomenología para poder plantear una ruta diferente en el abordaje de la conducta anti-jurídica.

Así las cosas, revisar los mecanismos actuales con que cuenta el sujeto pasivo afectado por la conducta punible, se convierte en una tarea de especial relevancia jurídica máxime si lo que se busca es garantizar el suministro de los alimentos en favor de quienes no están en capacidad de proporcionárselos por sí mismos y sancionar a quienes por ley están obligados a suministrarlos. No se trata entonces de minimizar el delito, sino de entender sus implicaciones, sus raíces y la poca o nula eficacia de la criminalización de la conducta, para poder enfrentarla con mecanismos ágiles y efectivos que resulten en la materialización del deber establecido.

E. Desarrollo jurisprudencial de la inasistencia alimentaria

Es recurrente pensar que la necesidad de proveer alimentos es una obligación crediticia o lo que el régimen de derecho civil ha denominado un derecho personal, respecto de cuyo incumplimiento no puede imponerse pena privativa de la libertad se deduce de contera que, siendo así las cosas, hay una violación al artículo 28 de la Carta Política en cuanto este prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas. Ello porque si lo que vincula al alimentante con el alimentado es una deuda, un crédito, no puede el Estado sancionar el incumplimiento con una pena privativa de la libertad.

Por suerte la Corte Constitucional, en razón de la demanda de inconstitucionalidad interpues-

ta en contra del artículo 263 del Código Penal (Decreto 100 de 1980), y el inciso primero del artículo 270 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) emitió la Sentencia C-237 del 97 con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz en la cual se abordaron varios aspectos relacionados con el delito de inasistencia alimentaria y de cómo con la penalización de la conducta el bien tutelado es la familia y no el patrimonio económico, en primer lugar hizo referencia al deber de solidaridad en cabeza del Estado, en este sentido señaló:

El deber de solidaridad del Estado, ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental.

Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la "alimentaria".

En la misma Sentencia se establecieron cuáles eran los requisitos fundamentales del deber de inasistencia alimentaria “la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia”.

Desde el punto de vista jurídico, la obligación alimentaria se encuentra determinada en la ley y, en general, 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. Sin embargo, para la Corte Constitucional

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.

El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario (Sentencia C-237 de 1997).

Ha quedado establecido que en materia de inasistencia alimentaria, la razón de la sanción es la afrenta que el incumplimiento genera en la unidad familiar y en la subsistencia de los miembros del núcleo social, mientras que el deudor incumplido de otro tipo de créditos afecta, apenas, el patrimonio ajeno. Dado que se trata de dos situaciones diferentes, la que incumbe al deudor de un crédito regular y la del deudor de un crédito alimentario, no podría

la ley conferirles un tratamiento igualitario en punto al incumplimiento de la obligación, así las cosas es evidente que no existe vulneración del artículo 28 constitucional que prohíbe la prisión por deudas ya que en palabras de la Corte en Sentencia C-984 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra determinó:

El artículo 28 de la Constitución que prohíbe la sanción privativa de la libertad “por deudas”, se refiere a las obligaciones meramente patrimoniales, en las que el obligado que insatisface un crédito, vulnera los bienes materiales del acreedor. En la inasistencia alimentaria, se reitera, no se pone en riesgo el patrimonio del beneficiario sino su propia subsistencia.

Respecto a la iniciación del proceso penal de inasistencia alimentaria, la Corte estudió la exigencia impuesta por el artículo 33 del Decreto 2700/91 y reiterada en el artículo 2° de la Ley 81/93, y concluyó que

la querrela como condición de procesabilidad de los delitos que se cometan contra menores, frustra el principio de prevalencia de sus derechos y la garantía en la que reposa [ya que] la comisión de un hecho punible que tenga como víctima a un menor, no puede ser un asunto que solo concierna a la familia y que la ley pueda permitir no traspase el umbral de lo puramente privado, incluso hasta consagrar su virtual impunidad. La sociedad y el Estado deben acudir sin tardanza y con vigor a ofrecer su defensa al agraviado. Establecer, en estos casos, la querrela es impedir que la sociedad y el Estado puedan cumplir con su obligación constitucional, irrevocable e incondicional, de defender al niño (Sentencia C-459/95. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Este punible, según la jurisprudencia de la Sala, tiene como elementos constitutivos la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado; la sustracción total o par-

cial de la obligación; y la inexistencia de una justa causa, es decir, que la estructuración del incumplimiento ocurra sin motivo o razón que lo justifique.

En nuestro sistema penal, esta conducta se ha distinguido como de peligro, de ejecución permanente y de tracto sucesivo. Respecto de lo primero, tanto la Corte Constitucional como esta Sala han detallado que “La conducta descrita [...] es de peligro, en cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido”. En lo segundo, se ha precisado que su consumación comienza

Desde que el alimentante deja de satisfacer la carga legal de suministrar alimentos o de proveer lo necesario para el sostenimiento integral del alimentado y perdura en el tiempo hasta el último acto consumativo o hasta que se formule la imputación del cargo, salvo que materialmente la obligación alimentaria termine con antelación (Sentencia T-502 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero).

La misma Sentencia respecto del tipo penal estableció:

El verbo “sustraer”, que constituye el núcleo de la conducta punible, expresa la idea de separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir esta. Es una conducta activa, maliciosa, claramente regulada, de modo que deja de incriminarse cuando ocurren descuidos involuntarios o cuando se presentan inconvenientes de los que pueden incluirse dentro de las justas causas. Se entiende por justa causa todo acontecimiento previsto en la ley, o existente fuera de ella, que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente, y cuya realización desintegra el tipo penal”.

También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compro-

misos a pesar de que no quiere actuar de esa manera.

F. Posturas a favor y en contra de la despenalización

La obligación alimentaria tiene carácter de reciprocidad y busca proteger a quien se encuentre en estado de indefensión, bien sea que se encuentre en estado de incapacidad física o mental, o que sea menor de edad, o que pertenezca a la tercera edad, o por cualquier tipo de debilidad manifiesta (Patiño Becerra, 2015, p. 57).

El deber de alimentos que surge de un derecho natural de quien está en estado de indefensión se ve en la obligación de consagrarse en el derecho positivo a fin de tener un medio de coacción y de fundamento al momento de exigirlos.

También se ha dicho que, no basta concederle a ayuda alimentaria el simple carácter de un deber moral, sino que ha sido necesario dotarla de coercibilidad por parte de la ley positiva, a fin de que el necesitado materialmente pueda exigir a quien esté en condiciones de hacerlo, el suministro de lo necesario para subsistir; y precisamente por los vínculos de familia que unen al necesitado con el que se halle en condiciones de solvencia económica (Suárez Franco, 1992, p. 105).

Llevar el incumplimiento de este deber al carácter de delito, sin lugar a duda, requiere de factores y argumentos que deriven en la conclusión de que dicha penalización es la opción más viable para proteger los derechos del menor.

Desde la aparición de la inasistencia alimentaria como delito en la legislación colombiana, se han esgrimido principalmente cinco clases de argumentos apoyando la penalización de esta conducta.

Primero, la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos como la unidad familiar o la solidaridad, entre otros que justifican la creación o mantenimiento de un tipo penal intimidatorio; segundo, la ineficacia de las acciones de tipo civil para enfrentar el fenómeno de la inasistencia. Tercero, la importancia de mantener penalizada la inasistencia en razón de sus graves efectos sociales en el largo plazo. Cuarto, la idea de que la inasistencia alimentaria constituye una forma de violencia contra la mujer. Por último, el argumento de que el alto número de procesos judiciales por inasistencia demuestra la eficacia del tipo penal (Bernal y Larrota, 2012, p. 20).

Autores como Reyes Echandía y Gutiérrez Anzola afirmaron que la penalización de la inasistencia alimentaria cumplía funciones de tipo preventivo frente a otros fenómenos de tipo social. Con base en investigaciones adelantadas entre 1966 y 1968, el primero de estos autores afirmó que el incumplimiento de las obligaciones de asistencia moral y material es una de las causas determinantes de la criminalidad infantil y juvenil, la vagancia, la mendicidad, la prostitución, el alcoholismo y la gaminería. El autor encontró además una relación entre este último fenómeno y la existencia de ambientes familiares hostiles.

Por su parte, Jorge E. Gutiérrez Anzola señaló que el peligro de la inasistencia consistía en que acercaba a la familia “a los más bajos fondos de la miseria, la mendicidad, la vagancia, la prostitución, etc.” (Huertas Díaz, Charry Rojas, Archila Guio, 2014, p. 67).

En la otra orilla se encuentran quienes sostienen que el delito de inasistencia alimentaria debería ser excluido del ordenamiento jurídico penal y para sustentar su postura exponen principalmente, los siguientes argumentos:

- a. La inconstitucionalidad de penalizar el incumplimiento de deudas civiles,
- b. La violación a los principios del derecho penal garantista,
- c. Los altos niveles de congestión del sistema penal,
- d. La criminalización de la pobreza,
- e. La poca idoneidad de la penalización para proteger los derechos del alimentario,
- f. El agravamiento del conflicto social que le subyace,
- g. El uso inadecuado como “instrumento de venganza sentimental” y
- h. La mayor adecuación de la vía civil para proteger los derechos del alimentario.

Metodología

Esta investigación intenta entregar una visión general de lo que se ha escrito en materia de inasistencia alimentaria en Colombia. Pretendemos establecer si su inclusión como delito ha sido eficaz en cuanto al cumplimiento de la obligación.

Teniendo en cuenta la multilateralidad de este tema se abordará su estudio mediante una investigación exploratoria y descriptiva, que estudie el concepto de inasistencia alimentaria su evolución histórica, la respuesta penal que se brinda, las garantías procesales a las víctimas, y la regulación de otros mecanismos, sociales e institucionales, que pueden incidir en la disminución de este delito.

Los estudios explorativos nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo la investigación más completa sobre un contexto particular de la vida real, investigar problemas del comportamiento humano que se consideren cruciales, y los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido

a análisis. Miden o evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar.

Desde el punto de vista científico, describir es medir. Esto es, en un estudio descriptivo se selecciona la serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así describir lo que se investiga” (Sampieri, 1991, pp. 44-51).

El tipo de método apropiado para esta investigación es de carácter cualitativo.

Las variables cualitativas tienen como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno, se busca un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad. Es decir, no se trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible. Decidimos utilizar este tipo de variables ya que pretendemos analizar y comprender a los sujetos y fenómenos que rodean el delito de la inasistencia alimentaria desde la perspectiva de los dos últimos; eliminando o apartándonos de prejuicios, creencias o conceptos propios; para participar en la investigación a través de la interacción con los sujetos que rodean el estudio en cuestión.

Sujetos de investigación

El sujeto de la investigación es la normativa del ámbito nacional, pasando también por una revisión a la doctrina en la materia.

El diseño está constituido por la investigación documental, con la técnica inductiva que permitirá reconocer y contextualizar la problemática.

Determinar la efectividad de la penalización de la inasistencia alimentaria respecto al cumplimiento de la obligación.

Discusión

La Organización de las Naciones Unidas bajo el concepto de que:

La familia, es un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, y reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; establece la convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989.

Dicha convención tiene como fin otorgar una protección especial a quienes por no haber alcanzado su total desarrollo físico y mental lo requieren y convoca a que los Estados partes tomen todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

En el entendido de lo anterior Colombia, como Estado, propende por la protección de los menores, causando relevancia desde el marco constitucional en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, y en el marco legal, expide la Ley 1098 del 2006 a fin de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Además de lo anterior, existen distintas leyes que si bien no se consagran expresamente como medida de protecciones a los derechos de los menores, si se crearon con el objetivo de velar por esos derechos. Tal es el caso del título

XXI del Código Civil colombiano y el artículo 233 del Código Penal.

Mencionadas normas consagran el deber de los alimentos especialmente dirigidos a los niños y la consecuencia del no cumplimiento de dicha obligación.

El Código Civil dedica todo el título XXI “de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas” a definir la titularidad del derecho, clases de alimentos, duración de la obligación, entre otros aspectos. De aquí podemos derivar la intención del legislador de proteger a aquellos que por determinada situación dependen de otro y que más claro ejemplo que la dependencia de un niño a sus padres.

Un menor, conforme a lo ya mencionado por la ONU en la Convención de los Derechos del Niño, merece toda la protección y dignidad, por tanto, es inherente al hecho de ser padre la responsabilidad de suministrarle alimentos a los hijos, pero a su vez, el Estado debe otorgar garantías y establecer medidas de protección en caso de incumplimiento por parte del alimentante.

En razón a lo anterior, y dado al gran número de padres que se sustraen de brindar alimentos sus hijos, el Estado colombiano estableció una medida sancionatoria en caso de incumplimiento; estamos haciendo referencia al inciso segundo del artículo 233 del Código Penal que consagra que “aquel que se sustraiga injustificadamente del deber de brindar alimentos a un menor podría incurrir en prisión de 32 a 72 meses y multa entre 20 y 37.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Congreso de la República de Colombia, 2000).

Infortunadamente, la medida privativa de la libertad impuesta por la legislación colombiana ha dado como resultado la desunión de la familia, a que en ocasiones el padre que denun-

cia al que se sustrae de brindar alimentos por este delito lo hace a fin de lograr una venganza o persiguiendo su deseo de que el alimentante sea castigado por su irresponsabilidad, y no en pro de los derechos del menor.

Una vez fijada una cuota de alimentos y dado su incumpliendo se tienen dos opciones; iniciar un proceso civil para cobrar ejecutivamente esos alimentos adeudados o entablar una denuncia ante la Fiscalía a fin de iniciar un proceso penal y que el padre que se sustrae de la obligación vaya a la cárcel como castigo al incumplimiento.

Lo anterior, va en contra del llamado principio de ultima ratio ya que, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, pero en caso de incumplimiento por parte del alimentante no queda como última alternativa sino, al contrario, como la opción más usada.

El Estado está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos.

En el caso de la inasistencia alimentaria una pena privativa de la libertad no es proporcional al daño social generado, si bien no se debe premiar la vulneración a los derechos del menor, tampoco este tipo de medida los protege, pues podría decirse que los victimiza, puesto que el niño se verá obligado a crecer lejos de su padre y, peor aún, podría ser discriminado por ser hijo de un reo; situación que en nada se relaciona con la idea de garantizar los derechos fundamentales del menor, por el contrario, podría verse más afectado al estar obligado a pasar por una situación que ningún niño debería

soportar, alejado de sus padres y en un entorno de juzgamiento. Por motivos como estos es que se puede considerar la conveniencia de despenalizar la inasistencia alimentaria en Colombia cuando versa sobre menores de edad.

Conclusiones

Una vez revisada la normativa nacional respecto de la tipificación de la conducta de inasistencia alimentaria, así como jurisprudencia y doctrina existentes sobre la materia; resulta evidente que la tipificación del comportamiento prima facie resulta proporcional al injusto, teniendo en cuenta la protección constitucional reforzada en cabeza de los niños, niñas y adolescentes y el interés superior de los infantes, sin embargo, existen opiniones encontradas respecto a la eficacia y efectividad de la sanción impuesta, ya que el tipo penal que se tiene reglado para el delito de inasistencia alimentaria, además de las penas principales de prisión y multa, se pueden imponer otras de las penas accesorias contempladas dentro del cuerpo normativo del Código Penal, situación que puede en casos ser efectiva para el cumplimiento de la obligación alimentaria, ante el miedo que se le inflige al deudor que dentro del proceso judicial va a ocupar los roles de investigado, indiciado, acusado y condenado ya que al sentir esa prisión de una pena tan fuerte que le puede ser aplicada, va a pagar el valor adeudado.

Pero se encuentran también teorías que están en contra de las penas impuestas y se empieza a vislumbrar en Colombia la idea de despenalizar la inasistencia alimentaria, ya que hay personas que consideran que la efectividad de las penas contempladas en el Código Penal no es suficiente para hacer que el deudor pague, y se ponga al día con su obligación alimentaria, ya que en últimas en los casos en que por la inasistencia alimentaria la víctima sea un menor,

al condenar al deudor no se hace justicia realmente, ya que la pena de prisión puede llegar a ser una excusa para que no se haga el pago de los alimentos.

Quienes apoyan esta última teoría dan pie para pensar en la aplicación de otras medidas, quizá de índole administrativo, que hagan que el pago de los alimentos sea efectivo y no, por el contrario, que sirva esta sanción como una excusa para el deudor alejarse de la deuda argumentando que en el tiempo en que se encuentre pagando una pena de prisión carece de capacidad económica que le permita cumplir con su obligación.

Es por lo anterior que se ha concluido que en el país se encuentran actualmente dos teorías respecto a la forma de castigar la inasistencia alimentaria, y esta ronda en la efectividad de la sanción que se le impone al deudor, por lo que se genera la incertidumbre de cuál de estas puede ser mejor para una sociedad en la que es común observar casos en que se adeudan alimentos.

En Colombia se ha estado aplicando la pena de prisión y multa que se contempla en el artículo 233 del Código Penal, pero en países como México y Uruguay se utilizan medidas de índole administrativo que imponen sanciones a los deudores que hacen que se les dificulte la realización de sus trámites y, además, ser reportados en centrales de información.

En la apreciación que damos como estudiantes de derecho y después de realizar una investigación sobre el tema consideramos que puede llegar a ser más útil la aplicación de sanciones de índole administrativo que sean más contundentes en la hora de hacer que el deudor esté en una situación en la que deba pagar su deuda de alimentos y, además, que haga que por el tiempo en que esté obligado a pagar alimentos lo haga sin sustraerse de esta obligación, por

el contrario, consideramos que las penas actualmente aplicadas en Colombia no son suficientes para realizar los pagos de alimentos ya que al estar de por medio un proceso judicial puede ser óbice para que la parte que realice un mejor debate probatorio sea ganador y en los casos en que esta última posición la tenga la defensa hace que el deudor salga ileso de cualquier sanción o contrario sensu que en caso de ser condenado utilice el tiempo en el que está pagando la pena para sustraerse de la obligación por no tener capacidad económica.

REFERENCIAS

- Alimentaria, I. s. (22/07/2012). Issuu. Obtenido de issuu https://issuu.com/revistaci/docs/a8_impacto_social_del_delito_de_la_inasistencia_al/3
- Bernal, C., & Larrota, M.E. (2012). El delito de inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de su conveniencia. USAID - DeJusticia.
- Caro López, F. C. y Mejía Guzmán, K. L. (2006). El delito de inasistencia alimentaria y la proscripción de cárcel por deudas. [Trabajo de grado para optar al título de abogado], Medellín: Facultad de Derecho - Universidad de Antioquia. [Disponible en biblioteca principal.]
- Congreso de la República de Colombia. (1980). Decreto Número 100 de 1980 23 enero de 1980 "por el cual se expide el Nuevo Código Penal", Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1946). Ley 83. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1968). Ley 75. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1991). Constitución política. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1187. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-502. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (16/03/2004). Sentencia C- 247.
- Corte Constitucional de Colombia. (12/10/1995). Sentencia C-459/95
- Corte Constitucional de Colombia. (20/05/1997). Sentencia C-237
- Corte Constitucional de Colombia. (13/11/2002). Sentencia C-984
- Herrera Martínez, S. (2008). El delito de inasistencia alimentaria para la jurisprudencia y la doctrina, Medellín: Universidad de Antioquia.
- Huertas Díaz O, Charry Rojas R, Archila Guio C. M , (2014) , el Delito de Inasistencia Alimentaria.
- Moya Vargas, M. F. (2000). El delito de inasistencia alimentaria. Apuntes para una interpretación sistemática del tipo. Derecho Penal y Criminología, 88.
- Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los derechos del niño. Ginebra.
- Patiño Becerra, N. C. (02/2015). Repository: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de sitio web de la Universidad Nueva Granada https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahukewjp-4cq_iq_xahuhfjqkhd9bdacqfeggmae&url=http%3a%2f%2frepository.unimilitar.edu.co%2fbitstream%2f10654%2f13906%2f2%2fel%2520delito%2520de%2520inasistencia%2520alimentaria%2520en%2520e
- Sampieri Hernández , R., (1991), . Metodología de la investigación. Bogota : www.FreeLibros.com.
- Suárez Franco, R. (1992). Derecho de familia. Bogotá: Temis.
- Vargas, M. F. (2007). Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Bogotá: Universidad Santo Tomás.