

REFORMAS DE LA LEY 1542 DEL 2012, AL DELITO DE INASISTENCIA
ALIMENTARIA, REDUCCIÓN DE CRIMINALIDAD O DESINTEGRACIÓN
FAMILIAR.

LUZ MARINA DUARTE BENÍTEZ
FERNANDO BENAVIDES MARTÍNEZ

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA "UNICOC"
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BOGOTÁ, D.C.

2015

REFORMAS DE LA LEY 1542 DEL 2012, AL DELITO DE INASISTENCIA
ALIMENTARIA, REDUCCIÓN DE CRIMINALIDAD O DESINTEGRACIÓN
FAMILIAR.

Monografía para optar al título de Abogado

LUZ MARINA DUARTE BENÍTEZ
FERNANDO BENAVIDES MARTÍNEZ

Directora
MARÍA TERESA LANCHEROS DUQUE
Abogada Especializada en Derecho Penal

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA "UNICOC"
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BOGOTÁ, D.C.

2015

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

DEDICATORIA

A nuestro Dios, por habernos dado las fuerzas
necesarias para afrontar y culminar este reto
en nuestras vidas.

A nuestras familias, por el apoyo recibido para
que pudiéramos sacar adelante nuestros
anhelos de progreso y conocimientos.

A nuestras hijas y nietos, quienes con su paciencia,
entendimiento y comprensión hicieron posible
que pudiéramos finalizar armoniosamente
nuestra carrera profesional.

AGRADECIMIENTOS

A nuestro Dios por darnos la vida y la salud para terminar con éxito esta carrera profesional, orgullo de nuestras familias.

A la Institución Universitaria Colegios de Colombia "UNICOC", por ofrecernos calidad humana y excelente educación a través de su personal administrativo y docente, logrando con ello en nosotros unas mejores personas y verdaderos profesionales del derecho para el servicio a la sociedad.

A la directora de la monografía, Dra. MARÍA TERESA LANCHEROS DUQUE, por su tiempo, apoyo, colaboración, orientación y dirección profesional.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	14
1. OBJETIVOS	15
1.1 OBJETIVO GENERAL	15
1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	15
2. REFORMAS DE LA LEY 1542 DE 2012	16
3. EL DERECHO DE ALIMENTOS	18
3.1 CONCEPTO	18
3.2 CARACTERÍSTICAS	22
4. LA FAMILIA	24
4.1 TIPOS DE FAMILIA	24
4.2 DERECHOS Y DEBERES DE LA FAMILIA	27
4.3 MARCO DE PROTECCIÓN LEGAL A LA FAMILIA	29
5. EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA	33
5.1 ANTECEDENTES	36
5.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN COLOMBIA	37
5.3 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL	39
5.4 TIPO OBJETIVO	40

5.4.1. SUJETO ACTIVO	40
5.4.2. SUJETO PASIVO	41
5.4.3. CONDUCTA	41
5.4.4. OBJETO MATERIAL	41
5.5 FACTORES QUE INCIDEN EN ESTE DELITO	42
5.5.1. SOCIAL	42
5.5.2. ECONÓMICO	44
6.6. CONCEPTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	45
6.7. PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	46
CONCLUSIONES	52
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

RESUMEN GENERAL DE LA MONOGRAFÍA DE GRADO

TÍTULO: REFORMAS DE LA LEY 1542 DEL 2012, AL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA, REDUCCIÓN DE CRIMINALIDAD O DESINTEGRACIÓN FAMILIAR.

AUTORES: LUZ MARINA DUARTE BENÍTEZ
FERNANDO BENAVIDES MARTÍNEZ

FACULTAD: FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DIRECTORA: MARÍA TERESA LANCHEROS DUQUE

RESUMEN

Con este trabajo pretendemos dar a conocer a la sociedad en general, sobre si las reformas introducidas por la Ley 1542 de 2012 al delito de inasistencia alimentaria contemplado en el artículo 233 del código penal, han reducido su criminalidad o han contribuido a desintegrar las familias, teniendo como base su evolución histórica, su desarrollo normativo, los conceptos y líneas jurisprudenciales y quien puede reclamarlos por la vía penal como última ratio. Así mismo, se mirará la efectividad de la norma penal frente a los problemas sociales y económicos generados por la inasistencia alimentaria de quienes tienen la obligación de suplirla, específicamente con la entrada en vigencia de la mencionada ley desde el 5 de julio del 2012, por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, que eliminó el carácter de querellables, conciliables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

PALABRAS CLAVES: Inasistencia, alimentos, Ley 1542 de 2012, reformas, efectividad, evolución, desintegración, niños, niñas y adolescentes.

INTRODUCCIÓN

Colombia está enfrentando en los inicios del siglo XXI, graves problemas de violencia social. Según el Instituto de Medicina Legal, en este país en el último lustro más de 30.000 personas perdieron la vida de forma violenta. La mitad de estas muertes son causadas por arma de fuego, y no son producidas exclusivamente en los sitios de conflicto armado, sino también en nuestras ciudades, convirtiéndonos en uno de los países más violentos del planeta.

Pero no es solo la muerte violenta uno de los indicadores de violencia en Colombia, la situación de la familia también está inmersa en esta situación. Los niños, niñas y adolescentes son víctimas de esta violencia social, de igual forma son los afectados directamente por la violencia intrafamiliar, el maltrato infantil, el abuso sexual y por supuesto por el tema que nos ocupa: La Inasistencia Alimentaria.

Este fenómeno de Inasistencia Alimentaria visto desde un punto de vista penal, hace que sea necesario conocer la dimensión humana y las consecuencias a nivel de costo social por cuanto miles de niños de la comunidad no están disfrutando un derecho fundamental, considerándose con ello que la inasistencia alimentaria es la peor forma de abandono que puede sufrir un ser humano.

Es importante decir que a pesar de que en este siglo la Humanidad ha dado enormes pasos a muchos niveles de su desarrollo hacia una civilización, especialmente en el campo científico, aún sigue sin resolver las necesidades más básicas de un enorme porcentaje de sus pobladores, y miles de niños y niñas y adolescentes aún siguen siendo víctimas vulnerables de estas incivilizaciones que aún no hemos podido superar.

En la Inasistencia Alimentaria el padre es el que estadísticamente juega el rol de victimario. La madre falla fundamentalmente al abandonar también a su hijo derivando en sus demandas judiciales la solución de su situación de vida, sin desarrollar estrategias de sobrevivencia adecuadas a su realidad, y ejerciendo un abandono más sobre el menor.

El derecho de alimentos tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, por regla general la obligación alimentaria será hasta cuando el alimentario cumpla su mayoría de edad esto es 18 años, el artículo 422 del Código Civil establece dos excepciones a esta regla: i) cuando una persona se encuentra impedida físicamente para trabajar y ii) por incapacidad económica aunque haya alcanzado la mayoría de edad y que esté adelantando estudios, hasta los 25 años.

Los fiscales y los jueces imponen decisiones judiciales adversas por inasistencia alimentaria a las personas sin demostrar si ellas pueden o no proveer alimentos, no indagan su capacidad de pago, porque el no tenerla no puede dispensarlos de la provisión de alimentos. Es decir, fracturan el propósito intencional vigente desde el génesis de la obligación, condenando personas sin saber si pueden pagar alimentos, todo en aras de las estadísticas, que reflejen en ellos su labor; se está proveyendo siempre un deudor que, aunque no pague, sigue siendo el deudor.

La pretensión según la cual la obligación alimentaria tiene fuente en el derecho natural, no es más que un presupuesto epistemológicamente falso, mediante el cual se procura justificar apartarse del propósito intencional del legislador, soslayando que el canon operativo es la referencialidad de la familia, y que es el trasfondo jurídico lo que permite su práctica por encima y en contra de la ley.

El delito de inasistencia alimentaria como todo delito, genera todo tipo de daños, los cuales se valoran de acuerdo al bien jurídico afectado; en ocasiones son medibles patrimonialmente, ya que estas conductas producen traumas en el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, y de igual manera crea sentimientos de venganza, odio y animadversión hacia el incumplido, lo que promueve la separación y la ruptura de la familia, la cual es considerada constitucionalmente el núcleo de la sociedad colombiana.

Este tipo penal de omisión, no realizado por cualquier persona, sino por ascendientes, descendientes y demás familiares determinados por la ley; por ser un tipo en blanco y dependiente, se tiene que acudir a la legislación civil, que desarrolla ampliamente quiénes son los ascendientes, descendientes y demás grados de parentesco y cuáles son los alimentos debidos (congruos y necesarios).

La inasistencia alimentaria es una problemática social que ha aumentado a través de los años en el territorio colombiano, y subyacen como elementos de origen diversos componentes, por los cuales atraviesan los integrantes del núcleo familiar, tales como el desempleo, el desplazamiento, la marginación, la falta de oportunidades laborales, la desintegración familiar y la falta de conocimiento del común de la gente de la normatividad existente frente a la protección de sus propios derechos y las obligaciones que nacen de los lazos de consanguinidad, afinidad y demás grados mencionados en la legislación que regula esta conducta. En búsqueda de vías de solución a dicha problemática, se expidieron las Leyes 1181 y 1142 del 2007, 1453 del 2011 y ahora último la Ley 1542 del 5 de julio del 2012, con las cuales el legislador aumentó las penas y cambió de querellables a oficiosos los delitos de violencia intrafamiliar y de inasistencia alimentaria, buscando que los procesos que se inicien lleguen a un término, es decir, se agote todo el juicio y se profiera sentencia, modificándose lo atinente a la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación o el desistimiento.

Con este trabajo, se pretende examinar las implicaciones que tiene la normatividad existente sobre el tema en el campo práctico de la justicia colombiana y la aplicación de los mecanismos de conciliación y desistimiento en el delito de inasistencia alimentaria, para determinar las consecuencias de la querrela y la oficiosidad fijadas en las leyes mencionadas, con miras a dar cabal cumplimiento a las cuotas alimentarias debidas a los afectados con la omisión, esencialmente cuando el fin no es otro que la protección del bien jurídico de la familia, como núcleo esencial de la sociedad colombiana.

Además de establecer las circunstancias que dan origen al crecimiento acelerado de la conducta con cifras alarmantes de su vaguedad jurídica, también se determinará, si para la solución de los conflictos, en la práctica es efectiva la oficiosidad, o si por el contrario contribuyó a la congestión judicial al interior de los despachos que administran justicia y por ende el resquebrajamiento o desintegración familiar por las penas impuestas.

También se refleja en la comisión de esta conducta el tema relacionado con la condición de la víctima, que aunque si bien los menores son los más afectados, no puede pasarse por alto que los adultos mayores cuentan con normas que también les otorgan protección respecto de la obligación de suministrarles alimentos; sin embargo, los casos que se ponen en conocimiento de la Administración de Justicia son reducidos, muchas veces por vergüenza, falta de información y en otras ocasiones porque aquellos ni siquiera recuerdan el nombre de sus hijos y las personas que están a su cargo se abstienen de denunciar por miedo a que los demás descendientes no quieran colaborar con la manutención.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Las reformas introducidas por la Ley 1542 del 2012, respecto del delito de Inasistencia Alimentaria, contemplado en el artículo 233 del Código Penal, han reducido su criminalidad o desintegrado las familias?

HIPÓTESIS

La Ley 1542 del 2012, busca acabar con la impunidad en los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, eliminó para estas conductas punibles el carácter de querellables, conciliables y desistibles; la investigación de esos delitos será oficiosa y la etapa de juzgamiento se agotará en su integridad, a no ser que exista allanamiento a cargos.

1. OBJETIVOS

1.1. GENERAL

Determinar si las reformas introducidas por la ley 1542 del 2012, respecto del delito de inasistencia alimentaria, contemplado en el artículo 233 del código penal, han reducido su criminalidad o desintegrado las familias.

1.2. ESPECÍFICOS

Enunciar las reformas introducidas por la Ley 1542 de 2012 al delito de inasistencia alimentaria, a través del derecho de alimentos y las familias.

Establecer mediante el análisis crítico si el delito de inasistencia alimentaria se ha reducido después de la aplicación de la Ley 1542 de 2012 o se ha incrementado la desintegración familiar en nuestro país.

Comprobar si las reformas de la Ley 1542 de 2012 han sido efectivas para el cumplimiento por parte de los alimentantes, disminuyéndose la criminalidad por inasistencia alimentaria, o se están desintegrando las familias colombianas.

Enunciar los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, así como del ente de Control Disciplinario, respecto de la protección de las víctimas del delito de inasistencia alimentaria.

2. REFORMAS DE LA LEY 1542 DE 2012

“LEY No 1542 de 2012

(5 de julio)

"Por la cual se reforma el artículo 74 de la ley 906 de 2004, código de procedimiento penal."

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

Artículo 2º. Suprímense del numeral 2, del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, las expresiones: violencia intrafamiliar C. P. Artículo 229); e inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233).
(...)”¹

Con la entrada en vigencia de la Ley 1542 de 2012 que prohíbe el desistimiento en los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar, por medio de la cual esos delitos tendrán que ser investigados oficiosamente, o sea, hasta el final y las últimas consecuencias.

Según el discurso oficial se pretende acabar con la impunidad en esas conductas, permitiendo que cualquier persona conocedora de su comisión pueda denunciarlas ante la Fiscalía, sin que sea necesaria la queja de la persona maltratada o de la madre que no recibe alimentos para sus hijos. El ente investigador y los jueces deberán agotar todo el procedimiento en contra del presunto responsable hasta proferir la sentencia, a menos, claro está, que éste acepte anticipadamente su responsabilidad. El propósito de la nueva

¹ Sentencia C-022-2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

disposición es: a la cárcel los maltratadores de la familia y los padres que deben alimentos a sus hijos de manera injustificada.

La adopción de esas medidas extremas y severas envía un mensaje de alerta a esa clase de infractores, pero a su vez parece hundir a la Fiscalía en una profunda congestión, pues lo que antes podía solucionarse en una audiencia de conciliación o con el pago de los alimentos adeudados hoy tendrá que investigarse y sancionarse sin remedio, si se reúnen los presupuestos indispensables para ello. Por la violencia intrafamiliar está bien, para que ante el riesgo de cárcel pueda disminuir el gran número de casos de agresiones físicas o psicológicas en el núcleo familiar; pero no creemos que la vía de solución para un delito como la inasistencia alimentaria sea exclusivamente la represión estatal, cuando a todas luces subyace un problema socioeconómico y hasta de pobreza del deudor alimentario².

El aumento de la carga laboral de las Fiscalías Locales será inevitable y seguramente quedará de nuevo en evidencia que faltan funcionarios para atender tantas denuncias. Las voces de los expertos no siempre han recomendado medidas penales para dirimir esos conflictos de ausencia de recursos económicos. Por el contrario, proponen la creación de programas interinstitucionales con la presencia de un fiscal, un psicólogo, un médico pediatra y un trabajador social, todo con el fin de proteger y preservar los derechos de los menores afectados, que son los que en esencia merecen la prioritaria atención del Estado.

Otra vez se nota la ausencia de una política pública en estas materias, creyendo a ciegas todavía que sólo la dureza de la ley penal podrá acabar con todos nuestros conflictos.

² <http://www.vanguardia.com/opinion/columnistas/instituto-de-victimologia-usta/instituto-de-victimologia-usta/165172-carcel-para>

3. EL DERECHO DE ALIMENTOS

3.1 CONCEPTO

La Constitución Política de Colombia reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos titulares de derechos y consagra en sus artículos 44 y 45 su protección integral y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás.

El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a dar, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se radica por ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos y tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia.

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.

Los términos de la obligación aparecen regulados en la ley, que contiene normas sobre los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales; el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto, y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad.

El artículo 24 de la Ley 1098 de 2006³ consagra el derecho a los alimentos entendiendo por ellos todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los

³ Código de la Infancia y la Adolescencia.

niños, las niñas y los adolescentes y lo que es indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción que garantice su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante.

El proceso de alimentos se encuentra consagrado en el Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-, norma que pese a haber sido derogada por la Ley 1098 de 2006, por expresa disposición del artículo 217 de este estatuto, mantuvo vigentes entre otros los artículos referentes al proceso de alimentos, para fijar la cuota alimentaria se puede acudir por vía administrativa a conciliar la misma, ante la Defensoría de Familia, Comisario de Familia o Inspector de Policía del sitio donde reside los hijos, en dicha conciliación se determinará la cuantía de la obligación alimentaria, el lugar y forma de su cumplimiento, la persona a quien debe hacerse el pago, los descuentos salariales, sus garantías y demás aspectos que se estimen necesarios, requisito de procedibilidad para acudir en caso necesario y de no llegar a un acuerdo a la jurisdicción de familia.

El artículo 411 del código civil nos dice a quienes se deben los alimentos, teniendo en cuenta lo expresado por este artículo se deben alimentos a:

- Al cónyuge.
- Los hijos ya sean matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos.
- Los padres naturales o adoptivos.
- Los hermanos legítimos.
- Al cónyuge divorciado o separado sin su culpa a cargo del cónyuge culpable.
- Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

Sobre los requisitos necesarios para tener derecho de reclamar alimentos, nuestro código civil no enumera requisitos para obtener o reclamar alimentos, la jurisprudencia establece que:

Los requisitos o condiciones para adquirir el derecho de alimentos son:

- ✓ La necesidad del alimentario
- ✓ La capacidad económica del alimentante
- ✓ El vínculo jurídico existente

Respecto al derecho de los alimentos la Corte Constitucional en su sentencia C-029 de 2009⁴ se ha pronunciado de la siguiente manera:

“El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos, y tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia. Así, la obligación alimentaria se establece sobre tres condiciones fundamentales: i) la necesidad del beneficiario; ii) la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia y, iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas”.

En esta sentencia la Corte declaró exequible el numeral 1° del artículo 411 del código civil en el entendido que también comprende, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifique; posteriormente en sentencia C-1033 de 2002⁵ se volvió a declarar condicionalmente exequible el numeral 1° mencionado anteriormente en el entendido de que siempre y cuando se entienda que esta disposición es

⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁵ Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 1 y 4 del artículo 411 del Código Civil. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho.

La ley 54 de 1990 fue modificada por la Ley 979 de 2005, que fue declarada exequible por la Constitucional, mediante sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

Por otro lado, los alimentos se dividen en alimentos para menores y alimentos para mayores, los primeros se encuentra regidos por el Código de la Infancia y la Adolescencia, mientras que los segundos se encuentran regidos por el código civil. También se clasifican en congruos y necesarios, los congruos son los que permiten vivir al alimentario según la condición social y los necesarios los que permiten subsistir en la vida.

Cuando se trata de hijos y estos están estudiando, la jurisprudencia ha establecido que los alimentos son obligatorios debido a la condición del hijo, es decir, que aunque hayan cumplido la mayoría de edad la circunstancia de estar estudiando los habilita para poder exigir los alimentos de sus padres. Todos los hijos sean extramatrimoniales o no, sean adoptivos, tienen derecho a los alimento congruos, pese a lo que se encuentra establecido en el inciso primero del artículo 414, así lo ha establecido la jurisprudencia.

Sobre la obligación alimentaria cuando los hijos son mayores de edad, pero se encuentran estudiando la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de noviembre de 2000 se refirió al tema de la siguiente manera:

“Se deben alimentos necesarios al hijo que estudia, aunque haya alcanzado mayoría de edad, porque sin dunda está inhabilitado para subsistir de su trabajo. Si la imposición de la cuota alimentaria supone la preexistencia de un derecho en cabeza del alimentario, desaparecido el derecho desaparece la obligación correlativa”.

3.2. CARACTERÍSTICAS

El derecho de alimentos tiene unas características específicas:

- ✓ **Es un derecho personalísimo:** El derecho a pedir alimentos es inherente a la persona, por tanto solo el alimentario tiene derecho a disfrutarlos y no puede transmitirse ni por acto entre vivos, ni por causa de muerte. Es un derecho que se funda en el parentesco y por tanto solo puede reclamarse por la persona que ostenta este parentesco. Debe tenerse en cuenta que si se está incapacitado para la reclamación de alimentos a sus descendientes la reclamación debe hacerla su representante legal.
- ✓ **Es inalienable,** esto es que no puede ser vendido, ni cedido de modo alguno. Este carácter hace que el derecho alimentario esté fuera del comercio.
- ✓ **Es de orden público:** Hace parte del conjunto de principios fundamentales en que se cimienta la organización social.
- ✓ **Es irrenunciable:** Por ser de orden público se prohíbe la renuncia al derecho alimentario. El artículo 424 del C.C. afirma que no puede renunciarse al derecho a los alimentos futuros; en cambio sí es posible esta eventualidad frente a las pensiones alimentarias atrasadas. Este derecho a pedir alimentos se halla tutelado, aún contra la voluntad del titular.
- ✓ **No es cesible:** Los alimentos futuros tampoco pueden cederse, lo que es consecuencia de ser un derecho inherente a la persona.

- ✓ **Es incompensable:** El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba al él, toda vez que los alimentos están llamados a satisfacer necesidades actuales. (artículo 425 C.C.)

- ✓ **Es inembargable:** No podrán embargarse derechos personales e intransferibles.

- ✓ **Es imprescriptible:** Es un derecho que no prescribe, que no se extingue por el transcurso del tiempo. Que se puede reclamar siempre que exista la necesidad. La obligación alimentaria se renueva día a día en la medida en que nacen diariamente las necesidades del alimentario.

- ✓ **Es recíproca:** Se trata de una obligación familiar en la que el parentesco y la posición es recíproca, es decir, si con anterioridad los hijos estaban necesitados y reclamaron los alimentos puede suceder al contrario, que sea el padre ahora el necesitado y les reclame a ellos.

- ✓ **Es transable:** La transacción es un acuerdo en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, esto operará en los términos establecidos en el artículo 2474 C.C., esto es, cuando recaen sobre alimentos futuros, previa autorización judicial.

El juez se abstendrá de otorgar su venia al respecto si se trata de una transacción aparente o si conlleva a la renuncia de los mismos o a su compensación.

- ✓ **Es conciliable:** *“La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, llamado*

conciliador".⁶ (Artículo 64 Ley 446 de 1998). La conciliación en materia de alimentos, es un requisito de procedibilidad, y por lo tanto debiere intentarse previamente a la iniciación del proceso correspondiente, en la forma señalada en el artículo 31 de la Ley 640 de 2001.

4. LA FAMILIA

4.1 TIPOS DE FAMILIA

La igualdad familiar resulta siendo un postulado central de la regulación constitucional; el artículo 42 de la Constitución lo consagra al señalar que la familia, núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla; que ambos tipos de familia, matrimonial y de hecho, recibirán igual protección y respeto del Estado, igualdad que se complementa con lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta que al garantizar éste derecho a todos los habitantes del territorio nacional, señala que no podrá haber discriminación en su reconocimiento con base en el origen familiar⁷.

Y aun cuando la igualdad pregonada por la Constitución todavía no se logra⁸, particularmente en el campo del Derecho de Familia, son significativos los pasos dados en la jurisprudencia y en la Ley, para lograr dicho propósito.

⁶ Suarez Franco, et. al. pág. 370

⁷ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. "Violencia Familiar" Pág. 24

⁸ Leyes 54 DE 1990, 575 de 2000, 1257 de 2008, 1542 de 2012.

Según Aries, citado por Francisco Cobos⁹, el concepto del niño y de Familia no era conocido en la Edad Media. La Familia nuclear, típica, se origina según él, en el siglo XV. En la América Precolombina de Sur América, los cronistas son bien parcos dándonos a conocer que en el altiplano andino los hombres vivían en casas separadas de las mujeres, que el divorcio era muy común y que la educación de los niños estaba a cargo de las mujeres. Esa Familia que se nos enseña actualmente como una institución con funciones básicamente protectoras, normativas y de sobrevivencia de la especie, es la misma en donde muchas veces se les define una vida más o menos feliz a las personas.

Por otro lado Sigmund Freud define la familia como el lugar en donde los seres humanos establecen relaciones de padres a hijos, desarrollándose la psicosexualidad humana, en la que deben superar etapas como la Oral, la Anal, la Fálica hasta llegar a la Genitalidad Adulta, enfrentando conflictos como el Edípico, del cual según Freud, se desprenden una serie de consecuencias en el desarrollo de la personalidad como lo es la aparición del Súper Yo. En 1.932 Freud publicó "Las Nuevas Lecciones Introdutorias al Psicoanálisis" afirmando..."las restricciones impuestas a nuestros instintos suponen una pesada carga psíquica... Estos instintos son sobre todo, los que dificultan la vida común de los hombres y amenazan su perduración; la restricción de su agresividad es el sacrificio primero y quizás el más duro que la sociedad exige al individuo. En otras palabras es en la Familia donde con seguridad el ser humano va a recibir un marco de referencia de normas y límites para funcionar a un principio de realidad en la comunidad social en la que vive, y dependiendo de las relaciones que haya establecido con sus padres y de la manera en la que haya superado sus conflictivas psíquicas, así como de la manera en que se hayan formado sus

⁹ Francisco Cobos, Psiquiatra, autor de dos obras que se han convertido en un referente sobre el fenómeno, "Estrategia para una lucha contra el abandono: modelo de atención integral al niño de la calle" y "Psiquiatría del niño, el adolescente y la familia".

estructuras psíquicas, el Ello, el Yo y el Súper Yo, de esa manera será más o menos sano lo que reproducirá en la familia que funde a su vez este ser humano.

Erick Erickson, alumno de Freud y psicoanalista más centrado en el aspecto social afirmó que en la medida en que la madre primero, y el padre después, satisfagan las necesidades básicas de su hijo, se desarrollará en él la "confianza básica". En esta confianza básica se fundamenta la salud mental de una persona y según los psiquiatras argentinos Vidal y Alarcón, este sentimiento de confianza cuya garante primordial es la Familia, es tan importante como para implicar que una persona pueda tener un crecimiento interior óptimo y así desarrollar valores tales como el compromiso y la entrega sin temor en una relación. Lo contrario, es decir la desconfianza básica, garantiza con toda seguridad una serie de temores, resentimientos, miedos y dependencia, ambigüedad entre amor y odio, miedo a ser uno mismo, miedo a no ser, miedo a la soledad, miedo a amar y a ser amado.

Para la Investigadora y Trabajadora Social Colombiana, Yolanda Puyana los estudios sobre las características y evolución sobre el grupo familiar encierran muchas dificultades porque en Colombia solo se encuentran archivos sobre familias como grupos y estructuras desde 1.973. Para ella la conceptualización de Grupo Familiar tiende a estar idealizada porque los autores que lo estudian son poco objetivos al estar ligados afectivamente, siendo muy difícil lograr una distancia y objetividad con respecto al objeto de estudio..."Por eso un pensador como Estanislao Zuleta decía acerca de la relación matrimonial que: El matrimonio es para Tolstoi al mismo tiempo el lugar de la tragedia y de la esperanza, de la horrible mentira cotidiana y de la paz idealizada, el nido y el infierno...pero es precisamente un infierno por ser la aspiración de un nido (Zuleta, 1.994).

Afirma la investigadora Puyana que es esta idealización de Nido que según ella le ha dado la ética judeo-cristiana al concepto de familia, la que precisamente le niega una dinámica propia al núcleo familiar, hundiéndolo en esa imagen de nido eterno sin conflictos, en el cual prima la felicidad aparente, pero que fácilmente se derrumba ante los cambios de la sociedad. Para ella la familia ha sido conceptualizada por la antropología y la sociología como una institución, articulada con la sociedad, ligada a la conservación de la vida y la socialización de las nuevas generaciones. Por las funciones que cumple es diferente a las demás instituciones sociales, pero al mismo tiempo es afectada por los cambios sociales y culturales acaecidos en el contexto social. Calificarla como institución implica afirmar que contiene una dinámica diferente a la del mundo animal, pertenece a la cultura, a lo simbólico, a lo histórico, con cualidades propiamente humanas.

4.2 DERECHOS Y DEBERES DE LA FAMILIA

4.2.1 DERECHOS

- 4.2.1.1 La familia que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, es núcleo fundamental de la sociedad (Art. 42).
- 4.2.1.2 Es principio fundamental del Estado, amparar a la familia como institución básica de la sociedad (Art. 5).
- 4.2.1.3 El origen familiar no puede ser factor de discriminación contra persona alguna para negarle la protección de las autoridades o el goce de derechos, libertades u oportunidades (Art. 13).

- 4.2.1.4 Es deber del Estado proteger, respetar y hacer respetar el derecho a la intimidad familiar (Art. 15), la honra y la dignidad familia (Art. 1, 21 y 42).
- 4.2.1.5 Es garantía fundamental de toda persona, no ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión ni arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de un mandamiento judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos por la ley (Art. 28).
- 4.2.1.6 Nadie puede ser obligado a declarar contra su cónyuge o compañero o compañera permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (Art. 33).
- 4.2.1.7 La familia puede constituir asociaciones familiares para realizar actividades que conduzcan a su desarrollo y fortalecimiento (Art. 38).
- 4.2.1.8 El Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia (Art. 42).
- 4.2.1.9 La pareja tiene el derecho de decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (Art. 42).

4.2.2. DEBERES

- 4.2.2.1 Los miembros de la familia deben respetar la igualdad de derechos y deberes (Art. 42).

- 4.2.2.2 Mantener la honra, dignidad e intimidad familiar (Art. 42).
- 4.2.2.3 Mantener la armonía y unidad familiar (Art. 42).
- 4.2.2.4 Reconocer la igualdad de los hijos (Art. 42).
- 4.2.2.5 Garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los menores (Art. 44).

Los derechos y deberes constitucionales que por disposición expresa del artículo 93 de la Carta Política deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

4.3 MARCO DE PROTECCIÓN LEGAL A LA FAMILIA

En el campo de la normatividad interna, la protección de la familia frente a la violencia que se presenta a su interior recibe su primera regulación específica con la expedición de la Ley 294 de 1996.

Antes de la Constitución de 1991 la protección se limitaba a las actuaciones de los alcaldes municipales y de las autoridades policivas: inspectores, comandantes y comisarios que podían, en aplicación del derecho de policía, relativo a las contravenciones especiales, imponer multas convertibles en arresto o represión en audiencia pública a quienes protagonizaran riñas o perturbaran la tranquilidad del vecindario, ello en aplicación del Código Nacional de Policía y la legislación complementaria¹⁰.

¹⁰ Artículos 1 a 3 del Decreto 66 de 1974 y 202 del Decreto 1355 de 1970

Esta regulación, sin embargo, cambiaba poco el panorama advertido por sus múltiples vacíos, no especificaba cuáles eran las medidas que de forma urgente podían tomar las comisarías para sanear las situaciones presentadas en los senos de las familias y solo se limitaba a remitir a la autoridad la actuación al Juez Penal competente para conocer del tipo penal común infringido como consecuencia de la violencia intrafamiliar.

La expedición de la Ley 294 de 1996, se considera un desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 42 de la Carta Política, derecho-obligación de los miembros de un grupo familiar y el cumplimiento de los compromisos internacionales que el Estado había adquirido al suscribir o adherirse a instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos. La ley busca lograr la protección de la familia, asegurar su armonía y unidad; sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial, dando un tratamiento integral a las diferentes modalidades de violencia, señalando mecanismos para lograr la prevención del maltrato a su interior y alcanzar su remedio, mediante el tratamiento terapéutico o reeducativo que se requiera para evitar la repetición de los actos de maltrato y el debido asesoramiento para evitar la desintegración familiar. Todo lo anterior con las políticas, planes y programas establecidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – I.C.B.F.

Para efectos de la ley, integran la familia:

- 1) Los cónyuges o compañeros permanentes,
- 2) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar,
- 3) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos,
- 4) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

La ley 311 de 1996, regula un aspecto importante en lo referente al Registro Nacional de Protección Familiar, en ella se establece la responsabilidad de las empresas de ser agentes activos de la protección de los intereses de la familia y se designa al DAS como el ente regulador encargado de la actualización de las listas de personas que se sustraigan sin justa causa de las obligaciones alimentarias.

La reglamentación de la Ley 294 de 1996 presentaba vacíos y evidenciaba contradicciones en su texto, como falta de equipos interdisciplinarios (trabajador social, psicólogo, nutricionista, etc.), infraestructura y dotación, articulación interinstitucional, bajísima motivación salarial y estabilidad laboral a las Comisarias de Familia, constituyéndose de manera directa un factor sustantivo en la prestación de un servicio con calidad y contradicciones tales como la observada en el artículo 52 de la ley de infancia y adolescencia, que indica que la verificación de la garantía de los derechos se realiza antes de la apertura de investigación, mientras que en la ley aquí analizada, se indica que la citada verificación se realiza después de proferido el auto de apertura de investigación; algunas de las cuales fueron superadas con la reforma introducida por la Ley 575 de 2000, correspondiéndole a los operadores interpretar sus imperfecciones y buscando una aplicación que responda en mejor medida a los propósitos de protección de los Derechos Humanos que la normatividad persigue; propósito en el que cobra importancia las modificaciones que a ésta ley introduce la Ley 1257 de 2008, dentro de su objeto de garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el pleno ejercicio de sus derechos y el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales de calidad para su protección¹¹

La ley de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, ubica a las Comisarias de Familia, con su equipo interdisciplinario, como entidades que pueden

¹¹ Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

conformarse en el orden Departamental, Intermunicipales o Municipal como el estamento Estatal que tiene por misión prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar, entre ellas la inasistencia alimentaria, pero bien es sabido que dichas entidades municipales carecen totalmente de ese equipo.

Por eso, cuando se trate de situaciones anómalas al interior de la familia, la función del juez en esta clase de conflictos es precisamente la de propiciar el acercamiento y la convivencia en la familia, tratando en lo posible de no fallar e imponer sanciones cuando el agresor se ha reivindicado con la víctima, enmendado su error y guardado buen comportamiento, pues de lo contrario, dicha familia tiende a desintegrarse por el internamiento intramuros del victimario, sin habérsele dado la oportunidad de resarcir y enmendar su error, generándose en él resentimientos hacia su grupo familiar y por ende total abandono.

Los Códigos Penal y Procesal Penal (Leyes 599 y 600 de 2000), no tardaron en ser modificados, esta vez con la expedición de la Ley 882 de 2004 que elimina del tipo penal Violencia Intrafamiliar los maltratos sexuales y modifica la tipificación de maltrato psíquico por maltrato psicológico.

Con la expedición de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que implementó el sistema acusatorio, se ratificó en cabeza de los Juzgados Penales Municipales la competencia para conocer de los delitos cuya iniciación requiere querella de parte, aún aquellos investigables de oficio por tener como sujeto pasivo un menor de edad, y con ello, de la violencia intrafamiliar y el maltrato con restricción de la libertad, pues estos tipos se reseñan como conductas querellables en el artículo 74 de la mencionada ley.

La Ley 1142 de 2007, por medio de la cual se reforma parcialmente las Leyes 599, 600 de 2000 y 906 de 2004, y se adoptan medidas para la

prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, reafirma la competencia en el Juzgado Penal Municipal para el conocimiento del delito de violencia intrafamiliar, consagrando la obligatoriedad de querrela de parte para el inicio de la investigación, aun cuando fuere investigable de oficio, por tener como sujeto pasivo a un menor de edad.

Posteriormente, se expidió la Ley 1361 de 2009, denominada de Protección Integral a la Familia, cuyo objetivo es fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad; así mismo establecer las disposiciones necesarias para la elaboración de una política pública para la familia. Acerca de esa normatividad, lo que se advierte es que solo aparece en el texto, pero no resulta efectiva, porque de lo contrario, antes que incrementarse se habría reducido este delito atentatorio de la familia, generador del quebrantamiento de los lazos de afecto y solidaridad que existen entre los miembros de la familia, con el consiguiente aumento de la impunidad. (Ley 1361 del 3 diciembre, 2009).

La Ley 1542 del 2012, busca acabar con la impunidad en los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, eliminó para estas conductas punibles el carácter de querellables. Esto significa que ahora, para que en estos eventos actúe la Fiscalía, no es necesaria la denuncia de la persona maltratada o del progenitor (a) que no recibe los alimentos para sus hijos, pues cualquier persona conocedora de su comisión puede dar cuenta de la noticia criminal. De acuerdo con esto, la investigación de esos delitos será oficiosa y la etapa de juzgamiento se agotará en su integridad, a no ser que exista allanamiento a cargos, sin que sean factibles la conciliación y el desistimiento previstos en el Código de Procedimiento Penal.

5. EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

La inasistencia alimentaria es una problemática social que ha aumentado a través de los años en el territorio colombiano, y subyacen como elementos de origen diversos componentes, por los cuales atraviesan los integrantes del núcleo familiar, tales como el desempleo, el desplazamiento, la marginación, la falta de oportunidades laborales, la desintegración familiar y la falta de conocimiento del común de la gente de la normatividad existente frente a la protección de sus propios derechos y las obligaciones que nacen de los lazos de consanguinidad, afinidad y demás grados mencionados en la legislación que regula esta conducta. En búsqueda de vías de solución a dicha problemática, se expidieron las Leyes 1181 y 1142 del 2007, 1453 del 2011 y ahora último la Ley 1542 del 5 de julio del 2012, con las cuales el legislador aumentó las penas y cambió de querellables a oficiosos los delitos de violencia intrafamiliar y de inasistencia alimentaria, buscando que los procesos que se inicien lleguen a un término, es decir, se agote todo el juicio y se profiera sentencia, modificándose lo atinente a la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación o el desistimiento, situación que se venía presentando en el medio jurídico.

El Artículo 233 del Código Penal consagra para la Inasistencia Alimentaria pena que va de “dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, de manera general; pero, en los eventos en que la víctima sea menor de edad, esta pena se aumenta a la pena de prisión “de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”.

Adicionalmente, “la pena señalada en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte si el obligado, con el propósito de sustraerse a la

prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio”.

Se trata de un tipo penal de omisión, no realizado por cualquier persona, sino por ascendientes, descendientes y demás familiares determinados por la ley; por ser un tipo en blanco y dependiente, como más adelante se estudiará, se tiene que acudir a la legislación civil, que desarrolla ampliamente quiénes son los ascendientes, descendientes y demás grados de parentesco y cuáles son los alimentos debidos (congruos y necesarios).

Por lo tanto, se halla incurso en este delito la persona que se sustraiga sin justa causa, ya sea por parte del padre o la madre, hijos, cónyuge o compañeros permanentes, en suministrar los alimentos debidos, quienes en muchos casos para evadir esa obligación se alejan de la familia, bien sea para vivir solos, o conformar otra unión, para luego continuar con el ciclo de abandono, sumado a que en ocasiones recurren a insolventarse para no cubrir la cuota alimentaria.

Es evidente la gravedad de la conducta, que hoy, por efectos de la Ley 1542 de 2012, que reformó el Código de Procedimiento Penal en cuanto a las conductas de Violencia Intrafamiliar, Inasistencia Alimentaria, le quitó a estos punibles el carácter de querellables, con lo cual a partir de su vigencia la conducta es perseguible de oficio o por denuncia de cualesquiera persona, y por lo tanto no es delito desistible.

Así, salvo los accidentes de la actuación penal, en principio va hasta su finalización (con absolución o condena) en los eventos que se mencionan. Es importante destacar que antes de la reforma la inasistencia alimentaria contra menor de edad podía ser desistida o terminada por conciliación, de acuerdo con el artículo 71 del Código Penal, que se refiere a los delitos querellables; pero ahora no, porque dejaron de ser tales.

No obstante, de acuerdo con el Código Penal, aplica el Principio de Oportunidad, que en cuanto a competencia le corresponde al Fiscal General, por el quantum máximo de la pena.

Es un delito que requiere de un afinado manejo profesional; esto, porque pese al texto expreso de esta Ley y la aparente modificación introducida a la posibilidad de conciliación en los casos de violencia e inasistencia alimentaria en menores, la Corte ha sostenido (C-1198 de 2008, Mg. Ponente Nilson Pinilla Pinilla), que se impone la interpretación a favor de la conciliación cuando hay compromiso de menores, si aparece comprobada la indemnización de perjuicios, por razón de *“principios del intereses superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás prerrogativas consagradas en convenios internacionales ratificados por Colombia, al igual que en la Constitución Política y en las leyes colombianas”*. Esto, porque hay que atenerse a las previsiones de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, que estos eventos consagra.

De lo anterior resulta un choque entre la Ley 906 de 2004 y la Ley 1098 de 2006, que se interpreta in bona parte de esta última.

Es así, incluso si no existiese lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 906 de 2004, modificada por el artículo 2do de la Ley 1142 de 2007, que dispone que la iniciación oficiosa no es obstáculo para que se apliquen los efectos de la querella, porque aun en ausencia de este texto legal, se impondría la remisión a la Ley de la Infancia y la Adolescencia.

El punto práctico sigue siendo que, pese al buen sentido de la sentencia constitucional, en los delitos de inasistencia alimentaria se acumulan cuantías económicas tan importantes que se hacen inmanejables las reparaciones, determinándose que, en no pocas ocasiones, es más fácil conciliar una violencia intrafamiliar, que la misma inasistencia alimentaria. Entonces, se

hace necesario valorar las indemnizaciones con la finalidad de los mandatos constitucionales y supranacionales; toda vez que, caso contrario, se castigaría con mayor rigor la carencia de bienes de fortuna del infractor alimentario, en detrimento de los intereses superiores de los menores y de la familia.

Todo lo anterior dejando a salvo consideraciones sobre los efectos del monto de las penas imponibles y las oportunidades procesales para la terminación por conciliación o principio de oportunidad, en cuyos eventos lo anteriormente dicho puede cobrar otras interpretaciones y soluciones.

5.1. ANTECEDENTES

Al inicio, los deberes y obligaciones que surgían entre los familiares, eran desarrollados por la normatividad civil, siendo desconocidos por la Legislación Penal; fue al pasar de los años y al detectar la poca efectividad de las acciones civiles que se crea como instituto penal la inasistencia familiar, en razón del deber de las personas de velar por la subsistencia de aquellos a quienes la ley los obliga y que con el fin de garantizar esa obligación alimentaria se ha hecho necesario, inclusive acudir a la consideración y uso de una jurisdicción tan excepcional (última ratio) como la penal, para amparar el bien jurídico de la familia. (Sentencia C - 1064, 2000)¹².

Desde 1946 con la Ley 83, se comenzó a incluir dentro del desarrollo penal el incumplimiento de pagar la pensión alimentaria del padre, quien en principio sería condenado a una multa o en últimas a padecer prisión; posteriormente con la redacción del proyecto de ley de 1974, se trató de dar una connotación subjetiva y moral, fuera del objeto material real que genera el incumplimiento de las prestaciones alimentarias.

¹² Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 148 (parcial) del Decreto Extraordinario No. 2737 de 1989 (Código del Menor). M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Se buscó así que la asistencia moral, es decir, aquellas acciones de ayuda frente a situaciones de angustia y calamidad, estar en momentos trascendentales para la vida del individuo, como un cumpleaños, grado, etc., tenían que estar incorporados en el ámbito penal; fue en este año que se admitió, siendo que en 1978 y 1979 se excluyó totalmente, dando paso a la comprensión que hoy se conoce en el Código de 1980 y reiterado en la Ley 599 de 2000 (Parra, 2004).

5.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN COLOMBIA

La Ley 83 de 1946 en el artículo 78 señaló que:

...el padre sentenciado a servir una pensión alimentaria y que pudiendo no la cumple durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez (10) pesos a trescientos (300) pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año. (Parra, 2004). La Ley 75 de 1968 en el artículo 40 creó el delito de inasistencia moral y alimentaria, que era el acto de sustracción a las obligaciones legales debidas a determinadas personas dentro de expresos grados de parentesco; comprendió la asistencia moral quedando incorporado el incumplimiento voluntario de auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole. (Parra, 2004).

El Proyecto de 1974, como se indicó, admitió en forma expresa la incriminación de la inasistencia familiar de la naturaleza moral asumiendo la protección de elementos subjetivos de los miembros del grupo familiar. (Parra, 2004).

El proyecto de 1978 y omisión revisora en el artículo 382, describió el delito de inasistencia alimentaria, como aquel en el que incurre quien se sustraiga a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptantes o adoptivo, o cónyuge, con sanción de arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de mil a cien mil pesos. Igualmente prevé circunstancias

de agravación en el artículo 383 para el obligado que con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, oculte sus bienes, rentas o salarios, se los hace embargar o secuestrar, abandonar o renunciar a su trabajo o remuneración adecuados o se abstiene de ejercer acciones, transige o renuncia a derechos o pretensiones que puedan mejorar su patrimonio o renta. (Parra, 2004).

El Código de 1980, en el artículo 263 describió la inasistencia alimentaria, como la conducta en la que incurre quien se sustraiga, sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptantes o adoptivos; con el decreto 100 de 1980 se dejó claro que la pretensión que se quiere castigar es el incumplimiento de prestaciones objetivas de contenido económico, alejadas de las de carácter moral; las circunstancias de agravación quedaron sin ninguna modificación de la de 1979. Antes del Código de 1980 se incluía en tipo penal a los hermanos legítimos, hoy son excluidos. (Parra, 2004).

El Proyecto del 2000 en el artículo 233 señala:

...el que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendiente, descendientes, adoptantes o adoptivos 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.

Se incorpora el agravante ya contenido en el Código del Menor, es decir, que la pena se agravará cuando la inasistencia alimentaria se concreta contra un menor de 14 años. (Parra, 2004)

5.3. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Es un tipo de mera conducta: se perfecciona, consume y agota con su realización, con la simple omisión al incumplir un deber legal.

Es un tipo básico: es una descripción fundamental con estructura material y adecuación típica independiente, no requiere que el intérprete se remita a elementos descriptivos de otro tipo penal.

- **Tipo general:** independiente del que podrían derivarse figuras específicas.
- **Tipo simple:** verbo rector sustraerse, describe una sola conducta de omisión.
- **Tipo completo:** incluye los elementos estructurales del (sujeto-objeto-conducta) y sus consecuencias jurídicas positivas.
- **Tipo de lesión:** se lesiona con la omisión el cumplimiento de los deberes legales de naturaleza alimentaria, es un delito de tipo de mera conducta.
- **Tipo de conducta permanente:** el perfeccionamiento se produce en el instante de la realización negativa (omisión), el agotamiento o extinción típica ocurre cuando cesan los efectos materiales y jurídicos de la conducta, se inicia en la fecha del incumplimiento y se prolonga mientras persista.
- **Tipo en blanco y dependiente:** Los aspectos incompletos son de naturaleza jurídica extrapenal, esto es, que para determinar en este caso, la prestación alimentaria y las categorías de ascendientes, descendientes, adoptantes o adoptivos o cónyuge, se debe acudir a la legislación civil y administrativa vigentes al momento en que surge la conducta negativa de sustracción.
- **Tipo principal:** no está condicionado a que se configure otro delito o una sancionada con pena mayor.
- **Tipo pluriofensivo:** la sustracción descrita pone en peligro la subsistencia de la víctima y lesiona la finalidad de la institución familiar protegida constitucionalmente. Es un tipo exclusivamente doloso.

Significa entonces, que confirmando la existencia de la obligación alimentaria depende la conformación de los restantes elementos del tipo, por ello su verificación debe ser el primer paso lógico para dar aplicación al tipo penal. (Parra, 2004).

5.4. TIPO OBJETIVO

5.4.1. SUJETO ACTIVO

Es singular y cualificado (ascendiente, descendiente, adoptante, adoptivo, cónyuge culpable o compañero permanente y donatario en relación directa con la víctima), es la persona que está obligada legalmente a prestaciones alimentarias.

- ✓ **Ascendientes:** padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos.
- ✓ **Descendientes:** descienden de una persona en línea recta.
- ✓ **Cónyuges:** Sujetos que han contraído matrimonio válido.
- ✓ **Adoptante:** quien incorpora a su familia a alguien que no tiene vínculo biológico.
- ✓ **Adoptivo:** quien por medio de acto jurídico de adopción ingresa a una familia con la cual no tiene vínculos naturales.
- ✓ **Donatario:** persona a quien se le hace una donación.

Compañero o compañera permanente: según legislación, quienes han convivido en Unión Marital de Hecho, por un lapso no inferior a dos años. (Ley 54 del 28 diciembre, 1990).

5.4.2. SUJETO PASIVO

La norma protege los derechos emanados del vínculo familiar, que se deben mutuamente. Estos derechos se radican en cabeza del ascendiente legítimo,

descendiente legítimo, adoptante, adoptivo, cónyuge, padre natural, madre natural e hijo extramatrimonial, compañero o compañera permanente y donante.

5.4.3. CONDUCTA

El verbo determinante es sustraer, que significa eludir, incumplir, evitar, apartarse del deber que se tiene, conducta omisiva, abstenerse a los deberes legales de asistencia alimentaria.

5.4.4. OBJETO MATERIAL

El objeto material, el elemento sobre el cual recae directamente el comportamiento para el caso la acción omisiva recae sobre la obligación alimentaria legalmente debida por el agente a la víctima, es decir que el verbo determinado hace directa referencia a la obligación.

La clase de alimentos que son legalmente obligatorios son tanto congruos como los necesarios, según la legislación civil. Los congruos habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, los necesarios son los que bastan para sustentar la vida. (Parra, 2004).

5.5. FACTORES QUE INCIDEN EN ESTE DELITO.

5.5.1. SOCIAL

En nuestra sociedad todos hemos sido educados con ciertos valores y costumbres que nos señalan cuáles son los roles del hombre y la mujer; las obligaciones del matrimonio; las consecuencias de un divorcio; la privacidad del hogar; cómo debemos comportarnos y ser niños obedientes y educados; cuáles

son las responsabilidades, obligaciones y jerarquía de los hijos en la familia: lo que hace más difícil la convivencia de las mujeres y niños maltratados.

Algunos de los factores que sustentan la violencia intrafamiliar contra la mujer y los niños, niñas y adolescentes son: los valores del rol femenino tradicional; la privacidad del hogar; la constitución de la familia nuclear (padre, madre e hijos) como la familia perfecta; acusar a la víctima haciéndola responsable en parte o en todo de lo que le sucede, justificando así a la figura masculina; la actitud de las autoridades frente a la denuncia de la mujer agredida o el incumplimiento del alimentante para con sus hijos; la falta; la falta de servicios de asistencia y orientación; la escasez de empleo bien remunerado; la falta de servidores públicos especializados en violencia intrafamiliar en las instancias competentes (psicólogos, médicos, abogados, trabajadoras sociales, agentes del Ministerio Público).

En el caso de los menores, son situaciones como el lugar cronológico de los hijos en la familia, que en algunos casos influye en la forma en que son tratados por los padres, familiares y amigos (se hacen comparaciones o se crea competencia entre ellos); la hiperactividad no reconocida o detectada que hace que el menor sea demasiado inquieto y tenga problemas de concentración, aprendizaje o conducta; el que los menores en una familia nuclear pertenezcan a distintos padres (el caso de los matrimonios de padres divorciados o de madres solteras); características físicas como el color del pelo o de piel; defectos o enfermedades físicas y mentales; la falta de promoción de las instancias que protegen al menor, y la falta de educación relativa al respeto de los derechos e integridad del menor.

Podemos afirmar que la jerarquía existente entre los miembros de la familia es lo que determina, en el núcleo familiar, las reglas de convivencia y conducta como son la obediencia, la lealtad, la confianza, el amor, el compromiso para atender sus necesidades de manutención y cuidado y el respeto, bajo las que el

menor deberá vivir y con base en las que será premiado o castigado; claro que éstas no siempre tienden a reflejarse positivamente en los integrantes de la familia y por ende en la persona del menor.

La situación de Violencia Social, desigualdad, insatisfacción de necesidades básicas, desempleo, carencia de vivienda, todas estas dificultades que implican un cúmulo de tensiones y ansiedades que son depositadas en la Vida Familiar.

La violencia social puede influir en las familias creando situaciones de inseguridad y temor que a su vez se manejan con conductas agresivas y defensivas.

En nuestra cultura la estructura patriarcal y autoritaria que se basa en la desigualdad y en unas líneas de poder que se sostienen en el miedo y en la dependencia hacia uno de los miembros de la familia aún persisten.

5.5.2. ECONÓMICO

Este factor en especial, ha sido el que ha tenido mayor incidencia en el conflicto de inasistencia alimentaria, debido al alto índice de desocupación laboral en Colombia, las cifras son muy altas y lamentables, las estadísticas son alarmantes, el Estado colombiano ha dado escasas soluciones a este mal que nos afecta a todos y es que los índices de informalidad son vestigios de las pésimas políticas públicas, afectando al núcleo familiar, en especial la obligación alimentaria y respecto a este tema:

Equivale al reconocimiento de las máximas latinas Nemo potest ad impossibile obligari (nadie puede ser obligado a lo imposible) e Impotentia excusat legem (la imposibilidad excusa de la observancia de la ley). Pues la base de la prestación está constituida por la capacidad de cubrirla, y quien no tiene con qué se sitúa fuera del alcance coactivo del mandato (Ferro, 211, p.547)

Las comunidades han perdido el deber de solidaridad, un deber que de ser aplicado y concientizado ayudaría a solucionar la inasistencia alimentaria así como las demás carencias que tiene el grupo familiar como los sentimientos, el respeto, la ayuda desinteresada y la protección y el progreso de la familia:

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 beneficiarios¹³.

En la asistencia alimentaria se debe tener en cuenta dos requisitos fundamentales como la capacidad del deudor y la necesidad del beneficiario.

El campo punitivo no es la solución y camino para contrarrestar la inasistencia alimentaria, existen otros mecanismos que pueden cambiar este incumplimiento alimentario, uno de ellos es la conciliación en derecho, como se observa a continuación:

En el estudio de los delitos contra la familia y sobre todo respecto al género delictivo, tradicionalmente denominado inasistencia familiar, se debe atender de manera primordial el desarrollo de este postulado, de tal suerte que no todos los atentados contra estos bienes jurídicos pueden y deben ingresar al campo punitivo, pues como se ha dejado reseñado, existen muchos, eficientes y suficientes instrumentos civiles, administrativos-policivos de clara repercusión económica, social y aún moral, que pueden ejercer idóneamente el control preventivo y sancionatorio de tales comportamientos. (Pabón, 2003, p. 321).

¹³ Sentencia C-237-97, Expediente D-1482, Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

6.6 CONCEPTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia frente a la Ley 1542 de 2012 en su precepto 2° señaló: *“suprímase del numeral 2, del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, las expresiones: violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); e inasistencia alimentaria (C.P. artículo 233)”*, para indicar que el delito de inasistencia alimentaria no es desistible, ni mucho menos se le puede aplicar el mecanismo de la indemnización integral. (Sentencia 41522 del 9 de octubre, 2009).

Para una mayor precisión legislativa la Ley 1542 de 2012 estableció como objeto *“garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal”*, ratificando la supresión de ese comportamiento punible como querellable.

Así mismo, en sentencia SC4499-2015, del 20 de abril de 2015, refiere: La Constitución Política de 1991, que es reflejo de un nuevo pacto de convivencia, reconoce, sin equívoco ninguno, que la familia, célula fundamental de la sociedad, no solo se forma por el vínculo matrimonial de las personas, sino por los lazos o relaciones naturales que voluntaria y concienzudamente ellos conforman.

6.7 PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Esa Corporación ha señalado en su jurisprudencia, que el régimen de la familia en el ordenamiento jurídico colombiano, se rige por los siguientes preceptos constitucionales: (i) la consagración de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad (CP., art. 5); (ii) el reconocimiento de que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación (CP., art. 3); (iii) el

derecho de las personas a su intimidad familiar y el deber del Estado de respetarlo y hacerlo respetar (CP., art. 15); (iv) la garantía del derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (CP., art. 28); (v) la garantía de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (CP., art. 33); (vi) la imposición al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia (CP., art. 43); (vii) el derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella (CP., art. 44); y (viii) el reconocimiento a los adolescentes del derecho a la protección y a la formación integral (CP., art. 45).¹⁴

La Corte Constitucional precisa que los delitos no son querellables o de oficio, sino perseguibles de oficio a instancia de la persona ofendida por el delito o del titular del bien jurídico tutelado, como quiera que la tipificación deviene del interés en consagrarlos y no de la voluntad del lesionado, siendo ese requisito de procebilidad un instrumento de la política criminal para la salvaguarda de bienes jurídicos. El proceso es el mismo tratándose de iniciación de oficio o no. (Sentencia C - 425 del 30 abril, 2008).

Igualmente, la misma Corporación puntualiza que la voluntad del legislador al promulgar la Ley 1142 de 2007, no fue limitar la aplicación de las figuras de conciliación, desistimiento, indemnización integral o prescripción.

Debe recalcar, que siempre ha de consultarse el interés superior del menor y las garantías de la familia, como núcleo esencial de la sociedad (artículos 5° y 42 a 45 Constitución Nacional), máxime cuando la práctica de pretender llevar todas estas conductas hasta juicio oral y la sentencia ulterior,

¹⁴ Sentencia C-022-2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

no solo genera un mayor desgaste para la administración de justicia, sino que puede desconocer los derechos a la dignidad y a la intimidad de la víctima.

Resulta más oprobioso que junto con los agravios causados con el comportamiento sujeto a reproche penal, deba someterse a prolongadas investigaciones y diligencias que le recuerden lo indignante del comportamiento de aquel agresor miembro de su familia.

Más adelante, recuerda que en aquellos comportamientos delictivos en los cuales el sujeto pasivo sea o haya sido un niño, niña o un adolescente, deben los operadores judiciales tener presente, por su especialidad, las reglas consagradas en el Título II del Libro II de la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, que fijó unos procedimientos especiales para esas circunstancias.

De forma tal, que cuando estos sujetos de especial protección sean víctimas de un delito, impera para el funcionario judicial sopesar el interés superior, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y las demás garantías consagradas en instrumentos internacionales, en la Constitución y en la ley. (Adolescencia, 2006)

Refiere la Alta Corporación:

“Por consiguiente, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede adoptar - entre otras decisiones- las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, etc. Sin embargo, como se dijo anteriormente, el alcance de dicha regulación no puede

comprometer la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución”¹⁵

Respecto de la protección a la integridad de la familia, la Alta Corporación en sentencia C-368-2014¹⁶ manifestó dentro de los límites constitucionales y garantías penales en el ejercicio del poder punitivo del Estado lo siguiente:

“Uno de los mecanismos a través de los cuales se busca regular el comportamiento de la colectividad – control social- es mediante un sistema de represión legal que disuada a quienes la integran de incurrir en ciertas conductas que han sido descritas y clasificadas como delitos, por afectar bienes que socialmente revisten importancia y existe consenso respecto a la necesidad de brindarles una forma especial de protección. Este mecanismo, en un Estado Social de Derecho, en el cual impere el principio de dignidad humana y se justifique la intervención mínima del Estado para la protección de los derechos y libertades, debe ser ultima y extrema ratio, vale decir, en cuanto sea imperioso acudir al derecho penal para cumplir los fines de represión y prevención general y especial de comportamientos inadmisibles dentro de la sociedad.

En un Estado democrático la definición de aquellos comportamientos que deben ser considerados infracciones penales, corresponde al legislador, en cuanto órgano de representación popular a cuyo interior y mediante el proceso de formación legislativo se construyen y promulgan las normas que regularan la conducta de los habitantes dentro de un territorio determinado. Es por ello que, en salvaguarda del derecho a la libertad personal, el artículo 28 de la Constitución establece el principio de reserva legal al señalar que “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.”

¹⁵ Sentencia C-1086 de 2008.

¹⁶ Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007. M.P. Alberto Rojas Ríos.

De este modo debe entenderse que al redactar los tipos penales, el Legislador debe especialmente tener en cuenta el contenido material de los derechos constitucionales que con ellos se busca proteger y los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por eso, el deber de obrar conforme al principio de necesidad de la intervención se concreta en asumir que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio, de tal suerte que para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves. El deber de obrar conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que el derecho penal está instituido para proteger valores esenciales de la sociedad, determinados conforme a la política criminal del Estado.

De otra parte, la Fiscalía General de la Nación, en el mes de julio del presente año, presentó el proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal No. 021 de 2015C – Cámara de Representantes, con el objetivo de agilizar el sistema penal acusatorio, para modificar numerosos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y 65 de 1993, contemplando además cambios en la legalización de capturas, un proceso abreviado para contravenciones, reformas a la casación, cambios en las normas de apelación e imputación, entre otros.

Según la exposición de motivos, con la reforma se espera poder entregar al país un modelo procesal que eleve la capacidad de respuesta de la administración de justicia, que pueda dar mejores respuestas al ciudadano de a pie, que cuente con mayores y mejores herramientas de investigación y que fortalezca la utilización de mecanismos de terminaciones alternativas en los procesos y de justicia restaurativa.

Respecto del delito de inasistencia alimentaria, dicho proyecto aplica, pues se sugiere un nuevo modelo de investigación criminal que amplíe el rango de elementos materiales probatorios, lo que posibilitaría la incorporación al proceso penal de metodologías de investigación criminal en contexto con métodos de análisis cuantitativos, cualitativos y de redes.

Así mismo, se modifica el tratamiento de contravenciones a las conductas del artículo 74 del CPP (delitos que requieren querrela), para que tengan un procedimiento abreviado, incluyendo la inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar, aunque se propone que este último continúe siendo un delito oficioso, pero dejando la posibilidad de desistimiento de la víctima.

Con ello, el procedimiento abreviado para estas contravenciones suprimiría el acto de imputación y se realizaría en una audiencia concentrada, en la cual se agota la acusación y las solicitudes de pruebas para el juicio oral. El procesado contaría con 60 días para preparar su defensa. La audiencia de juzgamiento se fijaría en un término de 30 días.

De otra parte, el proyecto prevé que las personas condenadas podrían recibir beneficios por colaboración con la justicia, entre ellos, la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por domiciliaria y la concesión de libertad condicional.

CONCLUSIONES

Como ya es costumbre, cada escándalo social que acontece en nuestro país es seguido por una poderosa reforma legislativa, con la que pretendemos resolver nuestra creciente conflictividad. Lejos de enfrentar el problema desde su raíz, nuestro legislador, a cada escándalo, prefiere responder con una solución coyuntural, sin atender la cuestión estructural que subyace a la creciente impunidad de la que somos víctimas todos los colombianos.

La Ley 1542 del 2012, que pretende acabar con la impunidad en los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, eliminó para estas conductas punibles el carácter de querellables. Esto significa que ahora, para que en estos eventos actúe la Fiscalía, no es necesaria la denuncia de la persona maltratada o del progenitor (a) que no recibe los alimentos para sus hijos, pues cualquier persona conocedora de su comisión puede dar cuenta de la noticia criminal.

No estamos de acuerdo con los actos criminales en contra de la familia que se vienen presentando en el país y creemos que todos aquellos que se desvían de las normas protectoras merecen su sanción, pero de ahí a aceptar que todo acto de violencia en el hogar, por mínima que sea, se convierta en presidio y no se permita la reconciliación sin importar si es posible, si se rescatará la unidad familiar, ni si se mantendrá la economía que lo hace sustentable, no es aceptable.

Los altos índices de pobreza y de desempleo en Colombia hacen difícil que padres y madres cumplan con la manutención de sus hijos. Con relación a este tema, es posible plantear varias hipótesis tales como: teniendo como base las normas civiles, de familia, del menor y la adolescencia, tratados y normas de

Derecho Internacional y normas penales que obligan a los padres a cumplir con una cuota alimentaria para sufragar los gastos de sus hijos, en caso de incumplir con esta obligación, obliga al Estado a proteger a los menores dándole cumplimiento a las normas relacionadas con la inasistencia alimentaria.

La mayoría de sentencias que emiten los Juzgados y Tribunales por inasistencia alimentaria son falladas a favor de la parte demandante, a pesar de que el demandado argumente no tener suficientes recursos económicos pues simplemente los derechos de los niños enuncian el derecho que éste tiene a la alimentación. A esta causa se suma también el conflicto armado que ha dejado tantos huérfanos en nuestras regiones, hombres que se desligan del todo de sus familias para incursionar en las filas de grupos al margen de la ley dejando el compromiso del cuidado y asistencia alimentaria de los menores solo a las madres

Toda la situación podría cambiar si se diera la capacitación adecuada a las comunidades frente a temas de interés y de responsabilidades como los contenidos en el artículo 233 del Código Penal y normas complementarias referenciadas con el tema, mediante el efectivo acompañamiento a las familias, a través de grupos interdisciplinarios, donde el trabajador social, el psicólogo, el nutricionista y demás personas componentes del I.C.B.F. y Comisarías de Familia, realicen ingentes esfuerzos de rehabilitación a los grupos familiares, especialmente al incumplido con sus obligaciones, brindando espacios para solucionar sus conflictos, a través de acuerdos concertados por las partes y brindándole a ese grupo familiar las posibilidades para recibir ingresos que ayuden al menos al sustento básico del grupo familiar, a través de las Entidades del Estado, entre ellas la más llamada a hacerlo como lo es el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Se puede deducir que en la mayoría de nuestros municipios y ciudades, existe desconocimiento de la Ley por parte de la ciudadanía, ya que el Estado

no proporciona la suficiente divulgación frente a la norma, pues no se realizan campañas de sensibilización sobre las responsabilidades y roles de los padres con las necesidades básicas de los hijos como vestuario, alimentación, recreación, educación y salud. Gran parte de las denuncias por inasistencia alimentaria, provienen de mujeres abandonadas por su pareja y toman ésta decisión debido a que ellos no responden económicamente por la obligación alimentaria, otros ocultan sus ingresos, empleos y posesiones, o en su defecto se declaran en iliquidez, para no cumplir con la cuota alimentaria y demás, pues en la mayoría de los casos es la madre quien queda al cuidado del menor de edad.

Las normas e instrumentos legales existentes para proteger y hacer valer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se desconocen, no se aplican o no son divulgados eficazmente. Pese a la existencia de instrumentos dirigidos a garantizar los derechos de los menores, se manifiestan varios problemas como las limitantes derivadas de la congestión de los despachos y de los parámetros de asignación de dichas cuotas que las hacen insuficientes, la dilación en los procesos, la inasistencia del alimentante a los procesos, la negación al reconocimiento de alimentos, al desconocimiento de ser el padre biológico, al desconocimiento del proceso en contra del demandado.

El tema de la inasistencia alimentaria en nuestro país, es un flagelo que viene azotando a la comunidad en general, ya que con ello crece día a día la violación de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes. Es por ello que se hace necesario divulgar, hacer conocer e instruir a toda la comunidad sobre las normas que protegen los derechos de asistencia alimentaria a favor de los niños, las niñas, adultos mayores y personas con discapacidad, que no se puedan sustentar por sí mismas, y con ello lograr disminuir el abandono de esta obligación que por mandato Constitucional, legal y ético se debe cumplir. La realización de continuas campañas a nivel comunitario, en la educación básica, secundaria y

universitaria ya sea como cátedra o como conferencias, talleres para padres, videos y demás recursos técnicos y comunicativos que permitan ofrecer y desarrollar un conocimiento básico legal de las normas relacionadas con el tema, pero sobre todo el desarrollo de la prevención, para así poder proteger a la familia como núcleo social primario y con estos mecanismo de ayuda podemos sensibilizar a la ciudadanía sobre el respeto a los derechos de los demás y a la obligación que se tiene sobre la Asistencia Alimentaria.

El inciso segundo del numeral 3° del artículo 37 instrumental penal¹⁷, señala que “La investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querella para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto”. Es decir que resulta posible tratar de solucionar el conflicto por la vía de la conciliación y que se puede acudir también al desistimiento en estos casos, figuras jurídicas que pretendió eliminar el legislador para la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, al quitarles su condición de delitos querellables y dejarlos como de investigación oficiosa, pero que persisten para los ilícitos de tracto por continuar vigente la disposición del artículo 37.

Esta posición constitucional consulta el interés superior del menor y las garantías de la familia como núcleo esencial de la sociedad, razones suficientes para permitir que asuntos delictivos como la violencia intrafamiliar o la inasistencia alimentaria, aun convertidos en oficiosos, admitan los efectos propios de la querella, o sea que pueden ser materia de conciliación y de desistimiento, en respeto además de la eficacia de la justicia, la economía procesal y la negación de los procesos de victimización.

La congestión en la Fiscalía en especial y en los estrados judiciales en general, ante la imposibilidad de la salida negociada, forzará la separación de esas familias y no podrán ser sanadas las heridas y restablecido el respeto.

¹⁷ Ley 906 de 2004.

El Legislativo promovió la ley 1361 de 2009 (protección e integridad familiar), pero rápidamente y por hechos populistas, la hizo a un lado, erigiendo la ley 1542 de 2012. Por eso debe emitir una ley que verdaderamente proteja la unidad familiar, la niñez y la parte débil en una relación de pareja, las que, por cierto, hoy día no tienen especificidad de género. Una ley que prevea las consecuencias y contemple soluciones reales cuando uno de los miembros del hogar, en especial si es el que aporta económicamente es recluido en prisión, para que no quede en el desamparo, puesto que estamos en un país con altos niveles de desempleo aún calificado ¿qué creen que pasará con esa familia? La contraparte se verá arrojada a la prostitución, al delito o caerá en manos de un abusador(a) igual o peor que el anterior.

Ya no es posible que parejas que tuvieron comportamientos violentos que ameritaron su denuncia, encuentren en la conciliación y la ayuda psicosocial la recomposición de la unidad familiar, aunque tengan que buscarla de forma particular y pagarla de su bolsillo. Ni podrán terminarse los procesos de inasistencia alimentaria por conciliar una cuota adecuada o al menos pagable para la parte que ha mantenido el hogar. Por eso les asiste razón al diagnóstico de política criminal efectuado por la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado, cuando refieren que el hacinamiento es producto de la generación indiscriminada de leyes populistas que no generan soluciones de raíz a los problemas que aquejan a la ciudadanía.

Inexplicable, además, que por un lado pretendan mecanismos transaccionales y de justicia alternativa (disque eso es el marco para la paz) como la selectividad, o que el Ministerio de Justicia afirme que en mecanismos como la conciliación están las oportunidades de descongestión, mientras por el otro le quitan esa oportunidad precisamente al núcleo esencial de la sociedad como lo es la familia.

Consideramos que la aprobación y sanción de la ley 1542 de 2012 que impide la conciliación de los delitos de inasistencia alimentaria y violencia contra la mujer y ordena que un equipo interdisciplinario de medicina legal (de cuya existencia no tenemos conocimiento, ni como estará conformado) conceptúe previamente para proceder al uso de mecanismos electrónicos como sustitutivos de la prisión, sin las medidas adicionales de protección a la unidad familiar y a la familia como núcleo esencial de la sociedad sólo traerá un agravamiento en la violencia, mayor congestión en los despachos judiciales y fiscales y no es, ni remotamente, un acercamiento a la paz social.

Está el sistema penitenciario colombiano preparado para la “sobrecarga” de procesados que podrán detenerse preventivamente a raíz de la vigencia de la ley 1542 de 2012?

Este efecto procesal, acaso no producirá más congestión de los despachos judiciales y hacinamiento en los centros de reclusión?

No desconocemos la importancia de la convivencia pacífica y armoniosa; pero, tampoco podemos olvidar que en este momento histórico, también se proclama la importancia de la Justicia restaurativa, que busca en palabras más, palabras menos, que la víctima tenga una real reparación del daño acaecido con el delito y que intervenga activamente en la solución del conflicto generado por el delito.

Esta aspiración fundamental enfrentada a la realidad concreta en algún momento generará complicaciones, congestiones, traumas familiares, por lo que en nuestro modesto concepto, creemos que el legislador debió sostener la tesis según la cual, si bien la investigación deba adelantarse de oficio, ello no impide aplicar instituciones procesales como la conciliación y el desistimiento.

Qué decir por ejemplo, en los delitos de inasistencia alimentaria cuando después de la denuncia, el padre (por lo general que es a quien se denuncia),

quiera formalizar una forma de cancelar cuotas atrasadas, quiera suministrar alimentos en debida forma, pero no pueda hacerlo porque la norma procesal, le restringe la posibilidad de concretar un acuerdo en el marco de la justicia restaurativa?

De otra parte, la Procuraduría General de la Nación, máximo órgano disciplinador, refiere en su Concepto 5832¹⁸

“Mantener el carácter querellable y la posibilidad de desistimiento en los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, a su juicio, impedir que la acción penal solo se inicie con la denuncia de la víctima y evitar que esta pueda retractarse de su pretensión inicial no permite acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación.

Además, resultaría ineficaz para proteger los bienes jurídicos que se pretende tutelar, como la unidad familiar y los derechos fundamentales de los menores. Por el contrario, se afecta la unidad de este núcleo, en tanto se privilegian mecanismos más lesivos, al reducir las posibilidades para evitar la continuación de los litigios.

La eliminación de la querella y el desistimiento, en primer lugar, constituye un medio poco adecuado, efectivo o idóneo y, por tanto, desproporcionado para alcanzar el fin constitucional de amparar y proteger a la familia y su unidad.

La querellabilidad no impide que el trámite de la acción penal prosiga en caso de no llegar a un acuerdo conciliatorio o a que, en caso de que se incumplan con las obligaciones que constan en el acta de conciliación, se pueda iniciar un proceso ejecutivo de alimentos ante la jurisdicción de familia para que allí se libre un mandamiento de pago a favor de los menores de edad involucrados.

¹⁸ D-10405 octubre 6/14

El legislador expidió la Ley 1542 del 2012, que establece que tanto el delito de violencia intrafamiliar como el de inasistencia alimentaria pierden su carácter de querellables, de manera que cualquier ciudadano que tenga conocimiento de estos hechos podrá denunciarlos ante la autoridad, quien, a su vez, podrá iniciar por su propia iniciativa las investigaciones respectivas cuando se tenga conocimiento de situaciones que puedan constituir estos delitos. En otras palabras, el conflicto subyacente a estos delitos se desarraiga del núcleo familiar, y pasa a ser un asunto de interés público.

Sobre este asunto, pueden existir posturas que estén de acuerdo con ese desarraigo del conflicto, como posturas disidentes. La realidad es que, más allá de lo retórico, estamos frente a una disposición que no surte efectos jurídicos y, además, se aparta de la filosofía del destartado sistema penal acusatorio, que cada vez más se aleja de lo que, en su momento, se pensó debería ser.

En cuanto a lo primero, la disposición es inútil, pues si bien se anuncia dentro de la ley que estos delitos pierden el carácter de conciliables y desistibles, la realidad es que ello no es así, pues por expresa disposición del artículo 37.3 del Código de Procedimiento Penal, los efectos de la querella (desistimiento y conciliación) se aplican igualmente a los delitos que deban ser investigados de oficio. Adicionalmente, en estos delitos sigue siendo aplicable el principio de oportunidad, que procederá cuando las partes lleguen a un acuerdo sobre una indemnización de los perjuicios ocasionados. De esta manera, la idea de que el proceso pueda terminarse a instancias de las partes sigue estando perfectamente vigente, con lo que esta legislación queda en letra muerta.

En cuanto a lo segundo, la característica esencial del sistema penal acusatorio es que la gran mayoría de casos puedan ser resueltos sin llegar a un juicio, como lo demuestran los países donde se aplica. Sobre este principio, en nuestro medio, se presupuestó en su momento la disponibilidad de jueces, fiscales e investigadores que intervienen en el proceso penal. Medidas como

estas, que buscan que todos los procesos lleguen efectivamente a condenas, atentan contra este principio del sistema acusatorio, que seguirá incrementando exponencialmente el evidente colapso que acusa desde su expedición, pues tanto jueces como fiscales, emiten sus pronunciamientos solo pensando en las estadísticas sin llegar al fondo del asunto para aplicar la norma de conformidad con el caso en concreto.

Así pues, lo único novedoso que trae la norma en comento es que las investigaciones por los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar puedan ser iniciadas aun en contra del afectado con la situación. Esto, atendiendo la problemática específica de esta modalidad delictiva, es altamente indeseable, pues cualquier persona tendrá el derecho a llevar un problema ajeno de la casa a la Fiscalía, negando cualquier opción de arreglo directo entre los involucrados en el conflicto, y revictimizando a quienes sufren este flagelo, aun en contra de su voluntad.

Por el contrario, lo ideal frente a este tipo de delincuencia es permitir su manejo por los mismos afectados, preservando la familia como institución, pues, cuando entra el Derecho Penal, se cierran los espacios al diálogo, el entendimiento y la reconciliación, sin duda, la mejor manera de resolver esta problemática. Creemos firmemente que el derecho penal debe ser la última opción para resolver cualquier conflicto, incluida la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria.

La realidad es que esta norma tiene un propósito, el cual cumple a cabalidad. En adelante, los problemas de violencia intrafamiliar y de inasistencia alimentaria no serán responsabilidad de quienes incurren en ellos, sino que el dedo acusador de ciudadanos y medios de comunicación se dirigirá implacablemente hacia las autoridades encargadas de investigar y juzgar estos delitos, quienes serán acusadas, como siempre, de ineficiencia, atraso y congestión.

Creemos firmemente que ni el incremento de penas ni la implementación de medidas procesales como las que hoy se proponen resuelven un problema cuya solución pasa, en nuestro sentir, por la prevención y la concientización social de lo nocivo de estos hechos, y no por acudir al sistema penal.

Colombia se ha vuelto una sociedad demasiado criminalizada, donde todos los problemas sociales se pretenden resolver a través del sistema penal, donde se anuncian a diario decenas de investigaciones penales y donde la justicia mediática se ha impuesto. Todo esto contrasta con la ineficiencia de un sistema al cual cada vez le exigimos más y más, estando en absoluta incapacidad de resolver los conflictos sociales, los cuales profundiza y multiplica.

Es hora de asumir de frente el debate sobre la eficiencia de nuestro sistema penal acusatorio, que ha llenado de impunidad nuestra cotidianeidad, donde peligrosos delincuentes se encuentran campantes en nuestras calles, mientras ciudadanos de bien se ven obligados a aceptar delitos que no cometieron, con tal de evitar la prisión. Un sistema penal que profundiza las desigualdades sociales al ser abiertamente elitista, y que desconoce los estándares mínimos de protección de derechos en materia penal señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No busquemos más la enfermedad en las sábanas, no es con incremento de penas ni con rigurosas investigaciones que se resuelven nuestros problemas. Es necesario enfrentar la cuestión desde la cultura ciudadana, la prevención de este tipo de hechos, y la solución eficiente y pronta de los conflictos, de manera que solamente aquellos que tienen una real trascendencia ingresen al sistema penal, que, ante un menor número de casos, puede operar de una manera más eficiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HERRERA MARTÍNEZ, Sandra. El delito de inasistencia alimentaria para la jurisprudencia y la doctrina. [CD-ROM], Windows 95 o posterior. Universidad de Antioquia, biblioteca principal (t346, 2 h565), Medellín Colombia, 2008.

MORALES ACACIO, Alcides. Protección penal a la familia, Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1064 de 2000. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-368-2014. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-022-2015. Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

(Cámara de Representantes, proyecto de ley 021/15C, Julio 27/2015)

OTERO, L. (1965). Desintegración Familiar. Editorial Culbimex. Pág. 23

PABON, Pedro. (2003). Delitos Contra la Familia. Bogotá: Doctrina y Ley
Cataño, Gonzalo. Ferro, Eduardo. (2003).

Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887: Colombia Código Penal Colombiano. Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000. Ley 599 de 2000: Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. Código de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006: Constitución Nacional de Colombia: Ley 1542 de 2015.

Constitución Nacional. (2012). Ediciones Jurídicas.

Delgado, F. J. (2006). Derecho Penal Especial. Ed. Temis S.A. Bogotá, Colombia

Giraldo, L. A. (2008). Derecho de Familia. Los Alimentos. Ed. Librería Jurídica. Medellín, Colombia.

WEB GRAFÍA

Ambitojuridico.com. (06 de 05 de 2014). Obtenido de ambitojuridico.com:
<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120719>

Fiscalia.gov.co. (2012). Recuperado el 06 de 05 de 2014, de
<http://www.fiscalia.gov.co>