

**PREVALENCIA DEL DERECHO DEL MENOR EN LOS CASOS DE
INASISTENCIA ALIMENTARIA ARCHIVADOS POR ATIPICIDAD
DERIVADOS DE INCAPACIDAD ECONOMICA**

DIEGO ALEJANDRO BLANCO

REGINA SOFIA CARABALLO ZAMUDIO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA

BOGOTÁ D.C.

2014

**PREVALENCIA DEL DERECHO DEL MENOR EN LOS CASOS DE
INASISTENCIA ALIMENTARIA ARCHIVADOS POR ATIPICIDAD
DERIVADOS DE INCAPACIDAD ECONOMICA**

DIEGO ALEJANDRO BLANCO

REGINA SOFIA CARABALLO ZAMUDIO

Docente

JOSUÉ OTTO DE QUESADA VARONA

MAGÍSTER EN EDUCACIÓN

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA

BOGOTÁ D.C.

2014

Resumen

Una de las problemáticas reflejadas en nuestro país, es la falta de asistencia alimentaria a los niños, niñas y adolescentes, cuando tienen padres o en menor escala madres, que sin limitación física o intelectual, se sustraen de la obligación alimentaria para con sus menores hijos. Quienes representen a los afectados con esta conducta pueden, entre otras alternativas, presentar denuncia ante la Fiscalía General de la Nación para que esta entidad se encargue de penalizar a los padres irresponsables. Sin embargo, muchos de estos casos, se archivan por falta de capacidad económica del indiciado que frecuentemente es simulada por los padres irresponsables que ocultan su actividad económica y sus bienes, de modo tal que al momento de la indagación, concluyen que no tienen cómo responder, pero diariamente obtienen un sustento, e inclusive sostienen otra familia. Así, surge un problema jurídico según el cual la norma penal resulta permisiva frente a la norma Constitucional en la que prevalecen los derechos de los menores, en particular, su derecho a la alimentación. Siendo la Constitución la norma suprema, por consagrar derechos fundamentales, no es admisible que la norma penal permita que padres y madres se sustraigan de su deber frente al derecho prevalente del menor, cuando se procede al archivo de los casos de inasistencia alimentaria por atipicidad por la causal de falta de capacidad económica del indiciado.

Palabras clave: Inasistencia alimentaria, atipicidad, falta de capacidad económica, Constitución, discrecionalidad, proporcionalidad, menor, Fiscalía General de la Nación.

Abstract

One of the problems reflected in our country is the lack of food assistance to children and adolescents when they have fathers or mothers (few cases) who are physical, intellectual or other limitation, are subtracted from the maintenance obligation towards their children. Those affected with this behavior may, among other alternatives, complain to the Attorney General's Office to take care of this entity penalize irresponsible parents. However, many of these cases are filed for lack of economic capacity which is often simulated by unconscious parents who hide their economic activity and property, so that at the time of inquiry concluded that there have how to respond but daily gain a livelihood, and even hold another family. Thus arises a legal issue in which the criminal law is permissive face of the prevailing constitutional rights of minors, in particular their right to food. The Constitution being the supreme law, to enshrine fundamental rights, it is unacceptable that the criminal law allows parents is undermined its duty to the less prevalent right when it comes to file cases for alimony payments for atypical the grounds of lack of economic capacity.

Key words: Food absence, atypical, insufficient financial resources, Constitution, discretionality, proportionality, minor, Attorney General's Office.

Introducción

El delito de inasistencia alimentaria, no es suficiente para garantizar por parte del Estado, el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a que sus padres les suministren los alimentos, siendo un delito no repercutible, por ciertos grados de irresponsabilidad, permitidos en la defensa del contraventor de la ley. No es porque el Fiscal desee que se permee el delito, sino porque la norma lo contempla, y más aún cuando en el Art. 79 del Código de procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece las causales para el Archivo de las diligencias, debe el Fiscal ceñirse a este constreñimiento, sin poder hacer nada relativo en contra de la voluntad del indiciado, y en favor del menor. Los padres se sustraen de su obligación alimentaria, y podría decirse entre comillas que la ley es permisiva porque a pesar de comprobarse su capacidad física e intelectual, y tengan sustento diario para sí mismos, carecerían de sustento para sus menores hijos, situación que vulnera los derechos fundamentales del menor, y se pregunta, ¿Por qué la ley permite que estos padres irresponsables no sean castigados?

De lo anterior se desprende establecer cuáles son los factores jurídicos que deben justificar esa obligatoriedad de la prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes para los casos de inasistencia alimentaria que se archivan por atipicidad, derivada de la incapacidad económica, que supuestamente se refleja en los trabajos de indagación y que permiten a estos padres terminar sustrayéndose de tal obligación, cuando es indispensable que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean siempre protegidos en primer lugar por la familia, luego por la sociedad y por último por el estado, siendo este último, en donde puede encontrarse la problemática planteada.

El objetivo del presente trabajo de investigación es el de determinar los factores de incidencia que permiten que el delito de inasistencia alimentaria no se contemple bajo el principio de corresponsabilidad, donde el principal garante es la familia. Llegaremos a dicha determinación por medio del Método Delphi, entrevistando a Fiscales locales de la Provincia de Sugamuxi (Boyacá) que comprende los municipios de Aquitania, Cuitiba, Firavitoba, Gámeza, Iza, Mongua, Monguít, Nobsa, Pesca, Sogamoso, Tibasosa y Tota, para verificar los puntos donde se puede evidenciar el problema y en contingencia, cual sería una solución, concentrando la atención en los factores jurídicos en los casos de atipicidad.

Nuestra Carta Política, en su Art. 42, argumenta que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, dentro de su estructura jurídica y argumentativa, cabe mencionar ciertos derechos que se ven vulnerados por la comisión del delito de Inasistencia Alimentaria, cuando se constituyen los elementos del tipo penal, logrando la imputación objetiva; los valores se protegen, al involucrar a la familia o a un miembro de ella en una especie de encuadramiento de tipo penal; la definición del bien jurídico tutelado por el delito, pretende proteger valores como la estabilidad, la unidad y armonía familiares, el auxilio mutuo, la solidaridad y la justicia, el derecho a la asistencia económica, como orden legal específico, entre otros similares que en todo caso descansan sobre la idea de la familia como núcleo de la sociedad. De ello se desprende destacadamente que el delito de inasistencia alimentaria concuerda a la desventaja de proteger valores, pero desequilibra la armonía familiar, ya que al ingresar la familia en un conflicto de intereses jurídicos, su estabilidad emocional se desarmoniza y no se restablece tan fácilmente.

Es bien entendido, que los alimentos de un menor constituyen la base fundamental del desarrollo físico y moral, ya que no solo el padre o madre que está en la obligación de suministrar los alimentos necesariamente realiza su papel con la entrega de dinero para su manutención; es bien sabido que la presencia del padre o la madre en su formación moral, ética y como persona, es otra parte fundamental de la asistencia alimentaria, que comporta las relaciones paterno o materno filiales, generando un núcleo familiar, acorde a lo preceptuado por el Art. 42 de la Carta Política.

En un concepto tradicional, la inasistencia alimentaria comprende el incumplimiento de algunos de los fines esenciales de la institución de la familia, respecto a los deberes de asistencia económica que deben ser observados entre los miembros del núcleo familiar, desarrollando los conceptos de solidaridad, socorro y ayuda mutua, dentro de esa vida intrafamiliar.

Se evidencia claramente que la garantía de alimentos a un menor debe comportar que el Estado se involucre en el proceso, cuando los derechos del menor son reclamados; si bien es cierto, hay otras formas fuera del ámbito penal para obtener estos derechos, no implica ello que se termine siempre en la administración de justicia penal. Solamente se refiere a que cuando al acudirse a las anteriores instancias (procedimientos administrativos y civiles) y estas no arrojan un resultado favorable al menor, ya que los padres (Madre o padre), se sustraen injustificadamente de su deber legal, se debe acudir a la justicia penal para lograr lo que en otras jurisdicciones no se ha logrado.

Pero la garantía de los alimentos como valor jurídico que representa la situación fáctica, en el sentido de que a un menor no se le debe desproteger, teniendo en cuenta que

una persona que se encuentra en estado de inferioridad y de indefensión, al propender por la protección de sus derechos fundamentales, cuando es bien sabido que estos derechos priman por encima de los demás derechos, por ende, debe ser el estado, bajo los preceptos legales y constitucionales, que debe garantizar que a los menores no se les vulnere estos derechos, por el contrario, debe ser el último estadio en quien debe reposar la obligación de dar alimentos. Así las cosas, es el Estado el llamado a garantizar, en primer lugar (Después de que se han surtido los trámites pertinentes antes de iniciar cualquier acción judicial), el deber que tiene un alimentante para con su alimentario a través del cumplimiento de los lineamientos judiciales, dando la debida protección. Pero así mismo, cuando la justicia se ha pronunciado, y el alimentario no tiene la supuesta capacidad económica para sufragar los alimentos del menor, se incumbe que debe ser el Estado quien aborde ese rol de alimentario, y contribuir a la alimentación del menor.

La transmisión ideológica, es la fuente más cercana a las costumbres que se van arraigando para la formación de una cultura que en Colombia debe de existir, con padres preocupados por cada uno de los valores que sus hijos tienen para poder crear una sana convivencia dentro de nuestra territorialidad que tenemos.

La prevalencia del derecho del menor a los alimentos de cara a la permisibilidad normativa en el delito de inasistencia alimentaria

En nuestro país la Constitución Política, como norma de normas, constituye la base fundamental de los derechos de toda persona en su dignidad humana; así mismo establece los derechos fundamentales que tienen los menores de edad, entre ellos, el de los alimentos. Como es bien sabido, muchos de nuestros niños, niñas y adolescentes, se

ven privados de este derecho fundamental cuando es privilegio de ellos gozar de tal derecho, pero que por razones injustas, no cuenta con su pleno goce.

A este precepto, se vislumbra una problemática consensualista de visiones jurídicas en la aplicación de las normas y se nota en ciertas ocasiones, la aplicación garantista de las mismas a favor del alimentante, vulnerando este derecho fundamental, consagrado en el Art. 44 de la Constitución Política; vemos así, cómo padres y en algunos casos madres, se sustraen de esa obligación alimentaria que les asiste a los menores como derecho natural buscando evadir los medios indagatorios ante un proceso, con el fin de evitar ese deber natural y legal para con los niños, niñas y adolescentes.

Se refleja en sí, que el delito de inasistencia alimentaria, como delito recae en contra de la familia, en numerosos casos reportados diariamente, vislumbrando una realidad sin solución, siendo los padres los directamente responsables de esta situación, porque con motivos ocultos a su razón, se sustraen de esa obligación alimentaria.

Los delitos de inasistencia alimentaria son consecuentes con los delitos cometidos en contra de la familia. Son numerosos los casos que se reportan a diario, viendo una realidad de nuestro conglomerado social, donde los padres por motivos ocultos, deciden sustraerse de esa obligación alimentaria.

Según los reportes oficiados por la Fiscalía General de la Nación, el promedio de los delitos de Inasistencia Alimentaria, en un (1) solo despacho, abarca un poco más del 50% de los delitos que conocen las Fiscalías Locales Delegadas antes los Jueces Penales Municipales. El otro 50%, consiste en delitos de carácter querellable, del Art. 74 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

En promedio, un despacho tiene alrededor entre 600 y 700 procesos, de los cuales un poco más de la mitad, pertenecen al grupo de los delitos contra la familia, más exactamente, el delito de Inasistencia Alimentaria, plasmado en el Art. 233 del Código Penal, (Ley 599 de 2000).

De los procesos de inasistencia alimentaria que llegan a la Fiscalía General de la Nación, hay un promedio del 7 al 12% que se archivan durante su trámite judicial por parte del Fiscal asignado, por desistimiento; del 28 al 30% se archivan por conciliación, del 46% al 56%, se archivan por atipicidad, más exactamente por falta de capacidad económica y el promedio restante llega a Juicio, donde en la mayoría de casos, los imputados se acogen al principio de oportunidad, con tal de no terminar reclusos en un centro penitenciario.

Cabe mencionar que ese 46% al 56% de los casos de inasistencia alimentaria archivados por atipicidad, no solo corresponde a la causal de falta de capacidad económica del indiciado. Dentro de este porcentaje, hay un número no tan elevado de archivos que se hacen en favor del indiciado, cuando logra demostrar que no ha incurrido en el delito, porque nunca se sustrajo de la obligación de dar alimentos al menor o menores. Esta escasa cantidad de casos de archivo por atipicidad por la causal de inexistencia de la conducta típica, depende de la capacidad para allegar al proceso mediante una muy buena defensa, de las pruebas suficientes que lleven al convencimiento del ente acusador más allá de la duda razonable, de que el padre presuntamente infractor no cometió tal delito. Esta situación es frecuente, cuando entre los padres existen “cuentas pendientes” por situaciones ajenas a la protección del hijo, y uno de ellos decide instaurar la denuncia penal con el único fin de “vengarse o tomar

represalias” en contra del denunciado, lejos de velar por el interés superior y prevalente del derecho del menor, pero donde el mayor perjudicado es él mismo.

Ahora bien, según las estadísticas que hemos visto, un poco más del 50% de los procesos que atiende un despacho corresponden a casos de inasistencia alimentaria. En cada unidad de fiscalías locales, se cuenta con alrededor de 12 Fiscales, y cada uno de ellos tramita un promedio de 600 a 700 procesos al año. Se cuenta con alrededor de 11 unidades. Promediando, tendríamos 132 Fiscales, cada uno con un promedio de 650 procesos, que multiplicados por el número de fiscales, da un total de 85.800 procesos de los cuales se dice que cerca del 50% son inasistencias alimentarias, eso significa que en un año la Fiscalía General de la Nación está tramitando cerca de 42.900 procesos de inasistencia alimentaria.

En un solo despacho, mensualmente se archivan por la causa de falta de capacidad económica del indiciado, un promedio de 10 a 15 procesos. Al año sería entre 120 y 180; esto es un solo despacho, entonces si multiplicamos por 132 fiscalías, nos daría un promedio de 15.840 a 23.760 procesos de inasistencia alimentaria archivados por la causal de falta de capacidad económica del indiciado.

Según lo anterior, estos últimos valores, corresponden a padres que se sustraen de su obligación alimentaria, y que entre comillas podríamos decir, que la ley es permisiva, porque a pesar de que tengan capacidad física e intelectual, y tengan sustento diario para sí mismos o para terceros, no tiene sustento para sus menores hijos, situación que vulnera los derechos fundamentales del menor, llevándonos al interrogante de por qué la Ley permite tal irresponsabilidad.

La respuesta es sencilla; la ley dice que si hay justa causa para que se sustraiga, no hay delito, por ende no hay castigo. Así, vemos cómo muchos padres que, teniendo toda la capacidad real para cumplir con sus obligaciones para con sus menores hijos, simulan una situación económica precaria para descaradamente desconocer derechos fundamentales de los menores, bajo el amparo de la ley penal que ante la carencia de pruebas de solvencia económica no puede más que dejar en la impunidad un acto tan atroz como el de negar a los propios hijos la alimentación.

El problema consiste en la insuficiencia del Estado para garantizar a los niños, niñas y adolescentes, la protección de su derecho a la alimentación y el deber que sus padres tienen de suministrarlos. Esta insuficiencia está determinada por la misma ley al establecer que estos casos se puedan archivar por la causal de falta de capacidad económica (Art. 79 Ley 906 de 2004), dejando a los fiscales de manos atadas, pues la demostración de que el irresponsable tiene todas las condiciones económicas para cumplir con su deber legal se ve viciada por la carencia de medios de prueba idóneos, ya que en muchos de estos casos los padres proceden al ocultamiento de ingresos y bienes. ¿Es lógico, que padres o madres con capacidad física, intelectual y sin discapacidad alguna, se le pueda contemplar la idea que se sustraiga de su deber alimentario, cuando la norma le permite o es condescendiente, realizando acciones para distraer bienes, dineros, actividades laborales y demás elementos que le demuestran capacidad económica para que realmente no se sustraiga de esta obligación?

De lo anterior se desprende establecer cuáles son los factores jurídicos que deben justificar esa obligatoriedad de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para los casos de inasistencia alimentaria que se archivan por atipicidad,

derivada de la incapacidad económica, que supuestamente se refleja en los trabajos de indagación y que permiten a estos padres terminar sustrayéndose de tal obligación, cuando es indispensable que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean siempre protegidos en primer lugar por la familia, luego por la sociedad y por último por el Estado.

La sustracción de la obligación alimentaria como problema socio jurídico

Para entender un poco más sobre el problema, se analizará de manera conceptual, revisando el comportamiento de la norma.

La inasistencia alimentaria, en Colombia es uno de los delitos con mayor índice en ejecución por diferentes sujetos que a diario son implicados por casos denunciados, en donde día a día por medio de funcionarios y servidores de la justicia son procesados para resolverles constitucionalmente su situación jurídica.

En su mayoría, el delito de inasistencia alimentaria no es notificado para su ejecución sobre el sujeto activo que representa la acción punible, sino que él o la cónyuge afectada prefiere quedarse en un silencio que cada día se encuentra creciendo, culturizando al país a echar al olvido las enormes afectaciones que consigo trae, responsabilizándose de una obligación que aunque en parte sea propia, también debe ser compartida tras la participación de la concepción.

Frente a un tema determinado, los conceptos por parte de los doctrinantes, son variados, aun cuando todos apuntan al mismo fin. En el caso de la inasistencia alimentaria no es muy amplia la gama de conceptos, sin embargo se puede afirmar que las diferentes apreciaciones se centran en hacer valoraciones de las normas sustantivas y

adjetivas, más olvidan en la mayoría de los casos analizar el entorno de la familia, núcleo esencial de la sociedad, desde los aspectos psicológico, sociológico y antropológico. El desprestigio de la familia es un fenómeno mundialmente reconocido. A nivel internacional destaca como causa del mismo la guerra y a nivel nacional la pobreza, el abandono que desata la necesidad de los padres de salir a buscar trabajo e incluso de los mismos hijos. (Velásquez, s.f.). El incumplimiento de las obligaciones arriesga a la familia a los más bajos fondos de la miseria, la mendicidad, la vagancia, la prostitución. Los alimentos son un acto de justicia, no de caridad (ibídem).

Históricamente el Código de Hamurabi contemplaba la no armonía de la dote, la cual no hacía referencia a la asistencia alimentaria, (Reyes, 1969). El autor en referencia es de los pocos que ha realizado un estudio histórico del delito de la inasistencia alimentaria. Adicionalmente frente al artículo 40 de la ley 75 de 1968 afirma que es más un elemento pedagógico ya que tutela la armonía y la unidad familiares. La falta de asistencia moral es una de las causas determinantes de la criminalidad infantil y juvenil, la vagancia, la mendicidad, la prostitución y el alcoholismo. La inasistencia alimentaria es una conducta por omisión, se deja de hacer lo que se debe hacer.

Para Reyes Echandía la inasistencia alimentaria está muy relacionada con la violencia intrafamiliar.

Paralelamente en su texto Derecho Penal Especial, Pacheco Osorio (1972) entraña su atención también en el artículo 40 de la ley 75 de 1968, centrando su mirada en el auxilio moral, el cual lo interpreta como un auxilio mutuo, para intercalar en el mismo la

cópula nupcial, por ser ésta el medio para la prolongación de la familia y convertirse su no práctica en una omisión lesiva esencial del matrimonio.

Otros doctrinantes enfocan su estudio en temas alternos como son las justas causas legales para la no prestación de la asistencia alimentaria: la injuria atroz, el cumplimiento de la mayoría de edad, la muerte del beneficiario o que dentro del marco de concurrencia existe un familiar deudor más próximo que aquel contra el cual se dirigió el acreedor. (Perez, s.f.)

Los diferentes estudiosos del tema conceptúan desde el punto de vista subjetivo de la norma, qué es lo que realmente se pretende con la misma, más no su obligatoriedad, su fidedigno cumplimiento, para así poder sacar a la sociedad de la crisis en la cual se encuentra, tema a abordar por el presente equipo de trabajo.

El comportamiento histórico y legal de este delito, se refleja en las normas y su avanzada hasta el día de hoy, lo cual ha connotado sobre todo, la presencia de la Garantía Constitucional que lleva a reflejar esa ley garantista en beneficio de los padres infractores, pero no se permite visualizar el garantismo que debe tener la misma norma, en pro de los derechos (prevalentes dentro de la misma Constitución) de los niños, niñas y adolescentes.

Veamos ahora, a grandes rasgos el comportamiento histórico y legal de la norma y su incidencia jurídica en la época actual.

Como lo ha sostenido el célebre autor Claro Solar:

La obligación alimenticia, según la cual ciertas personas deben subvenir a las necesidades de otras personas que se hallen en imposibilidad de satisfacerlas por sí mismas, no deriva evidentemente del deber moral que nos obliga socorrer a nuestros semejantes. Así lo da a entender el misino rótulo del título XVIII del libro 1º del Código «De los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas» [que equivale al título XXI de nuestro Código Civil]. Como obligación civil la prestación alimenticia necesita de un texto legal que la establezca. (Claro Solar, 1940, p.391)

Los individuos de una misma familia tienen la obligación moral de socorrerse y ayudarse. Cuando un miembro de una familia carece de medios de subsistencia, los demás están en la obligación de suministrarle lo indispensable para que puedan atender las necesidades mínimas para sobrevivir. La ley ha sancionado esta obligación moral, bajo el criterio del Doctor Fernando Vález:

Convirtiéndola así en obligación jurídica, entre cónyuges y entre próximos parientes. Este derecho de los alimentos existe prácticamente en la legislación de todos los países civilizados del hemisferio occidental y tiene como fundamento la necesidad social que requiere que todas las personas vivan para la realización de su fin, y la individual originada en las leyes de la naturaleza, que tiene exigencias, sin el cumplimiento de las cuales la vida no es posible. (Vález, 1923)

El título XXI del libro primero de nuestro Código Civil se intitula "De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas", a diferencia del correspondiente título del Código Civil español, que trata "De los alimentos entre parientes" y al del Código Civil italiano que habla simplemente "De los alimentos". Ello porque en nuestro derecho la extensión de la pensión alimenticia, en cuanto a las personas, abarca no solo a los

parientes, sino también a otras personas, como ocurre en el caso previsto en el numeral 10 del artículo 411 del Código Civil, según el cual se deben alimentos "al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada". El Código del Menor los denomina simplemente "alimentos".

Por consiguiente, vemos que la ley ha fijado como fuente de los alimentos a la misma ley, con lo cual la sustrae del campo de las simples obligaciones de carácter moral para colocarla dentro del marco de las obligaciones civiles de donde derivan su exigibilidad y de la acción penal, como mecanismo conducente cuando no se puede hacer exigible por el medio civil.

Antecedentes históricos.

La obligación de dar alimentos y la necesidad correlativa de solicitarlos, se conoce desde muy antiguo. En los griegos se estableció que la obligación de padres hacia los hijos y de estos en relación con aquellos, era recíproca para la satisfacción de esa necesidad. El deber de los hijos con sus ascendientes se quebrantaba en determinadas situaciones de antemano, entre ellas, la prostitución de las hijas, aconsejada, facilitada o estimulada por los mismos padres.

En el derecho romano. En el antiguo derecho romano, sólo se admitía pedir los alimentos para quienes aún estaban sometidos a la patria potestad. Después se amplió el derecho a alimentos entre descendientes y emancipados, recíprocamente. Pudiéndose, en posterior evolución, derivarlos de una convención, o de un testamento, de la relación de parentesco, de patronato y de tutela. El vínculo familiar es pues, la causa eficiente de la

prestación de alimentos era la idea del derecho romano, en el cual los textos legales presentan esta obligación *ex affectu, pietate caritate sanguinis*.

En el derecho germánico. También existió el reconocimiento de la obligación alimentaria, de carácter familiar; encontrándose al mismo tiempo reglamentada alguna que otra situación jurídica que excedía del derecho familiar, como la donación de alimentos.

En la legislación española. Reglamentó los alimentos en sus procedimientos, modalidades y características desde las Siete Partidas donde se consideraban los alimentos como una obligación fundada en el derecho natural, *piEDAD e debido natural*. Según la Ley 2ª Título 19, partida 4a, la obligación de alimentar existe *por movimiento natural porque se mueven todas las cosas del mundo para criar e guardar lo que nasedellas, y por razón de amor que han con ellas naturalmente*. Entonces, como se ve, en dos principios fundó la legislación Alfonsina el derecho de prestar alimentos: los afectos naturales, y la certidumbre del parentesco.

Se ha creído generalmente, conforme a la ley citada, que la obligación de prestar alimentos se funda en el amor de las personas entre sí, quizás ese presunto amor ha movido a los legisladores a elevar a obligación civil la natural de prestarlos. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que esta obligación como cualquier derecho no se funda en amor ninguno por noble que sea, sino en principios éticos de justicia. En el Derecho Feudal, se conocía la obligación alimentaría entre el señor y el vasallo, como así mismo en el ámbito familiar, conforme con las características del régimen.

En el Derecho Canónico. El derecho a pedir alimentos y la obligación de concederlos, especialmente entre familiares, ha pasado al derecho moderno, con los mismos fundamentos del derecho antiguo, sustituyéndose las innovaciones de orden religioso por razones jurídicas consagradas en la ley, o admitidas dentro del sistema general de ideas que inspira el ordenamiento legal. Regladas debidamente las relaciones de familia y establecida la prueba para justificarlas los códigos reconocen y reglamentan el derecho natural que ciertas personas tienen para exigir de otras que le suministren lo necesario para vivir, cuando circunstancias desgraciadas no le permiten procurárselo por sí mismas.

La obligación alimentaria en Colombia: Origen.

La obligación alimentaria es otro de los más importantes efectos del parentesco, que surge de la moral, de la concreción o particularización del principio que allí crea y establece entre las personas la obligación de ayudarse las unas a las otras, la necesidad de una ayuda mutua y recíproca de parte de quien tiene a quien carece de todo; pero la moral que es mucho más amplia que el derecho permite que quien ayude al necesitado dé todos sus bienes, y se los otorgue, a cualquier persona; para ella es perfectamente válido entregar todo lo que se posee en desarrollo del principio de ayudar al desvalido. La moral en toda esa amplitud, mayor a la del derecho, no tiene sanciones efectivas para hacer que se cumplan sus ordenamientos, para efectivizar sus principios, porque sus sanciones son ultra terrenales, de suerte que si yo no le entrego nada al necesitado, teniéndolo todo, no recibo sanción coercitiva desde el punto de vista moral.

El derecho que es mucho más estricto reglamenta ese principio moral de ayuda mutua, en la denominada obligación alimentaria, también de parte de las personas que tienen capacidad económica y a favor de quienes no la tienen y no pueden obtener el sustento a través de su trabajo. Pero limita la obligación en cuanto a las personas, puesto que en el campo jurídico la ayuda tiene mucha mayor validez cuando se trata de favorecer a los parientes consanguíneos; dice entonces la ley en desarrollo del postulado moral, que se le deben alimentos sólo a las personas señaladas en el Art. 411 del C.C. en el orden establecido en el artículo 416 *ibídem*; conforme a esas normas se deben alimentos al cónyuge, que hace vida común o separado de hecho, o al varón o mujer divorciado o separado de cuerpos judicialmente, sin su culpa; a los descendientes, a los ascendientes, a los hermanos legítimos y al donante que hizo una donación cuantiosa y no se reservó lo necesario para su congrua subsistencia.

Evolución normativa (Pabón Parra, 2004, p. 331 a 340). El artículo 25 de la Ley 45 de 1936 dispuso la asistencia alimentaria a los ascendientes naturales.

Ley 83 de 1946: Dispuso en su artículo 78: "El padre sentenciado a servir una pensión alimenticia y que pudiendo no la cumple durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año".

Por su parte, el artículo 77 de la misma normatividad estableció que: "la ocultación total o parcial de sueldos, jornales, o de bienes por parte del padre, patrón o empresario, será considerada como delito de estafa".

Así las cosas, se observa que el artículo 77 de la mencionada ley, equiparaba la ocultación de remuneraciones derivadas de una relación de trabajo, con el tipo penal de la

estafa, el cual establecía una conducta con una pena superior a la contemplada en el artículo 78 *ibídem*.

Ley 75 de 1968: En su artículo 40 creó el delito de "inasistencia moral y alimentaria", consistente en el acto de sustracción a las obligaciones legales debidas a determinadas personas dentro de expresos ámbitos y grados de parentesco. Este precepto elevó a categoría delictiva la falta de asistencia moral y alimentaria, situación que sólo estaba prevista en la legislación anterior, para el caso del ocultamiento de salarios y jornales, pero no como delito autónomo, sino dentro de los presupuestos del delito de estafa; la evolución consistió en incriminar el incumplimiento voluntario del "auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole".

Este mismo cuerpo normativo, en su artículo 45, dispuso que la figura de la inasistencia moral y alimentaria, quedará incorporada al Código Penal, entre las conductas atentatorias contra el bien jurídico de la familia, en el capítulo especial denominado "Delitos contra la asistencia familiar".

Como antecedentes de la regulación penal contenida en los artículos 40 a 49 *ibídem*, se citan múltiples intentos para elevar a la categoría de delito la conducta de abandono familiar, entre ellos, se cuenta como precedente inmediato el artículo 27 del Decreto 1699 de 1964, que dispuso: El que sin causa justificada deje sin asistencia económica o moral a personas a quienes esté obligado a prestarla, incurrirá en arresto de seis meses a dos años. (Arenas, 1983 p. 259).

Un proyecto de Ley presentado en 1974, con respecto a los derechos del menor admitió en forma expresa la incriminación de la asistencia familiar de naturaleza moral,

reproduciendo el criterio contenido en el artículo 40 de la ley 75 de 1968 y asumiendo con ello la protección de elementos subjetivos y actitudinales de los miembros del grupo familiar que ya hemos criticado suficientemente. No obstante, el proyecto incluyó algunas modificaciones dogmáticas a la norma anterior dignas de resaltar, pues manifiesta la importancia del estudio de la evolución normativa de los tipos penales con la finalidad de alcanzar una adecuada intermediación y aplicación de la norma vigente en un momento histórico determinado.

Entre los rasgos más importantes del mencionado proyecto, se evidencia que subsiste el elemento discriminatorio del hijo natural, al que hoy la legislación civil denomina hijo extramatrimonial, el cual estuvo presente bajo diversas formas hasta su desaparición total y definitiva que introdujo la Ley 599 de 2000, como consecuencia lógica de la constitucionalización de la política criminal en función del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Con anterioridad a esta preceptiva, el proyecto de 1978 mostró un frustrado intento por revivir atávicos criterios que propugnaban por la conservación de esta irracional e injustificada forma de discriminación, morigerada con algún paliativo en la revisión de 1979 y en el Código Penal de 1980.

Suerte distinta corrió la propuesta relativa a introducir una subsidiariedad alternativa al tipo mediante la inclusión de la expresión "si el hecho no constituye delito de mayor gravedad", la cual fue eliminada en 1978 en forma atinada, ya que ante hipótesis como la presente, que expresan un contenido tutelar especial debe darse margen a la aplicación causa y consecuencia de los principios generales en materia del concurso

delictuoso, manteniendo de esta forma, la independencia y autonomía total del tipo penal de inasistencia.

La normatividad propuesta y finalmente adoptada por la Comisión para el capítulo correspondiente es del siguiente tenor: *Artículo 340. Inasistencia económica o moral. -Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria, debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos, padres adoptantes, hijos adoptivos, o al cónyuge, aun el divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil a cincuenta mil pesos...*

El Proyecto de 1978 y la Comisión Revisora: Trató de hacer algunas aclaraciones del todo injustificadas al contenido preceptivo, estableciendo que la protección penal se circunscribía a los alimentos necesarios y por tanto excluyendo de ella a los congruos. Se propuso de manera verdaderamente irracional una limitación para el parentesco ilegítimo de consanguinidad, limitando en tal evento la acción penal a padres e hijos y exigiendo en forma expresa la demostración plena de dicha calidad, por sentencia judicial ejecutoriada.

Se introdujo la agravación de la conducta para el ocultamiento de bienes, con el fin de sustraerse a la prestación alimentaria, con la clara deficiencia dogmática que aún conserva la Ley 599 de 2000, al incriminar como circunstancia de agravación punitiva una composición comportamental que en apariencia no exige el cumplimiento de la conducta básica, pues su ámbito gramatical se restringe a la punición de la finalidad: “propósito de sustraerse a la restricción alimentaria.

Bajo estos presupuestos, había que efectuar una demostración clara de la finalidad con la cual se realizaba la conducta del ocultamiento de bienes o créditos, para poder

darle aplicación a la circunstancia de agravación punitiva, adicional a la demostración de los elementos esenciales del tipo penal, lo que en la praxis se convertía en un ejercicio probatorio complejo, dada la absoluta subjetividad que contiene el “telos” de dicho comportamiento.

Los Códigos de 1980 y 2000 introdujeron de manera destacable, la disposición expresa según la cual, el pronunciamiento de una sentencia condenatoria no impide la iniciación de un nuevo proceso penal si la conducta de inasistencia alimentaria persiste o es reiterada, lo que equivale a decir, que si bien la conducta punible se puede prolongar en el tiempo, la inasistencia alimentaria no puede catalogarse como un comportamiento continuado, pues como se explica, si se llegare a presentar nuevamente la sustracción injustificada de la obligación alimentaria, esta situación conlleva de forma automática a la posibilidad de un nuevo proceso penal y por consiguiente una nueva condena.

Con plena aceptación de la doctrina causalista del hecho punible, se propuso incriminar una modalidad culposa inusitada desde el punto de vista criminológico, por cuanto es causación de alguno de los hechos de inasistencia alimentaria o malversación y dilapidación de bienes, previsión que no hizo carrera toda vez que los elementos propios de la conducta punible, excluyen la modalidad culposa del tipo penal, pues no es lógico pensar en una sustracción del cumplimiento de una obligación por negligencia, torpeza o falta del deber objetivo de cuidado.

El Código de 1980 estableció que la comprensión definitiva de este género delictivo que incorporó el Decreto 100 del mismo año, modificó la denominación típica básica, en clara aceptación de que lo que se pretende incriminar es el incumplimiento de

prestaciones objetivas, de contenido económico, ajenas en un todo a cualquier referencia al deber moral; es así como se transforma la denominación del tipo básico de "inasistencia familiar" al de "inasistencia alimentaria": conservando su tratamiento limitado para el caso del parentesco natural de consanguinidad de padres e hijos. La circunstancia de agravación punitiva quedó sin ninguna modificación respecto del texto revisado en 1979.

Lo anterior permitió una total claridad en cuanto a la prestación debida, eliminando todo tinte de subjetividad que permitiera la configuración del delito por el incumplimiento de obligaciones distintas a las de los alimentos, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, evolución que resulta pertinente en el afán de buscar la supresión de tipos penales ambiguos que puedan contrariar el sagrado principio de legalidad, pues hablar de la penalización por el incumplimiento de un deber moral dentro del marco de la familia, era aceptar la validez de una norma carente de contenido objetivo.

El Decreto 141 de 1980 nominó acertadamente la aclaración normativa referente a la reiteración, perfilando de mejor manera su redacción, trasformando una circunstancia de agravación punitiva, en un delito autónomo cuando se tratara de la malversación y dilapidación de bienes, cuyo objeto material se limitó a aquellos administrados en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, excluyéndose los bienes confiados de cualquier forma por el cónyuge, aspecto que se reiteraba desde el proyecto de 1974.

El Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, en su artículo 270 aumentó la pena conforme al cual "Cuando el delito de inasistencia alimentaria se cometa contra menor, la

pena será de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno a cien días de salarios mínimos legales”, otorgándole así una especial protección a los derechos de los menores, los cuales son de carácter prevalente.

El Proyecto de 1998 introdujo como gran novedad, una nueva descripción para el delito de inasistencia alimentaria, que por ventura no fue finalmente aceptada, haciendo necesario el reconocimiento previo de los alimentos por parte de la jurisdicción civil, aspecto que alejaba de la realidad la tutela penal y obligaba al sujeto pasivo a acudir al adelantamiento de un proceso civil de alimentos, para poder encontrar abierta la puerta de la represión penal del comportamiento, habiéndose producido con mucha anterioridad la conducta antijurídica y con ello la afectación del bien jurídico protegido.

Esta inusitada propuesta que, reiteramos por fortuna no fue adoptada por nuestro sistema punitivo, se fundamentó de la siguiente manera: "El capítulo cuarto propone una nueva descripción del reato de inasistencia alimentaria, determinando como necesaria para la configuración de la conducta el reconocimiento u ordenación previa de los alimentos por parte de las autoridades civiles, de suerte que se deja a la instancia civil el proceso de acreditar el deber, evitando que la instancia penal deba probar aspectos que no son de su órbita de competencia,

El Código Penal de 2000, en lo atinente al delito de inasistencia alimentaria se apartó con total acierto a los clamores del proyecto que exigía que los alimentos debidos hubieran sido "reconocidos u ordenados" por autoridad competente. Incorporó además la forma agravada ya contenida en la norma proyectada y trasladada del Código del Menor, relativa a la cualificación natural de la víctima menor de 14 años, en clara consonancia

con los preceptos Constitucionales y los tratados internacionales sobre la materia y que forman parte del bloque de constitucionalidad.

La agravación por ocultamiento fraudulento del patrimonio con el propósito de sustraerse de la obligación alimentaria permanece inalterada acerca de la norma de 1980 reiterada también por el proyecto de 1998 con las restricciones ya introducidas; también se conserva la figura de la reiteración, de acuerdo con lo acogido en el Decreto 141 de 1980.

Con gran acierto se adoptó, en la malversación y dilapidación de bienes familiares, el ámbito “se cometa el delito”, a quienes ejerzan la tutela o curatela circunscrita a la familia comprendiendo que la conducta realizada en otras clases de curaduría o tutoría, constituyen en estricto sentido atentados patrimoniales.

Análisis de legalidad respecto del archivo de los casos de inasistencia alimentaria por falta de capacidad económica

La inasistencia alimentaria es un delito que se ha convertido en uno de los más frecuentes, con un alto nivel de repetitividad. La penalización de la falta de asistencia alimentaria no es el único mecanismo. De hecho esta debería ser la *última facie* y no la *prima facie*, para lograr la garantía del derecho a los alimentos de los menores. Este derecho conculcado también se puede exigir por procesos civiles de alimentos como el de fijación de la cuota alimentaria y el proceso ejecutivo de alimentos y en teoría se puede recurrir al proceso administrativo de restablecimiento de los derechos del menor establecido por el Código de infancia y adolescencia (ley 1098 de 2006). (Bernal C. & Larrota, M. E. 2012, p.20)

Las víctimas prefieren acudir al procedimiento penal, teniendo como base los siguientes argumentos: La inasistencia alimentaria está considerada como una forma de violencia intrafamiliar. La inasistencia alimentaria lesiona bienes jurídicos como la unidad familiar o la solidaridad y conlleva consecuencias sociales a largo plazo, lo que justifica el mantenimiento de un tipo penal intimidatorio. Las acciones de tipo civil resultan ineficaces versus la eficacia del proceso penal, demostrada dicha confianza en la cantidad de denuncias que se presentan en las fiscalías.

Sin embargo, quienes recurren al procedimiento penal se enfrentan al archivo de las diligencias cuando no se logra demostrar que el infractor tenga la suficiencia económica para suministrar los alimentos a los que está obligado. Esta situación es perfectamente legal en el sentido que la norma no pretende penalizar la pobreza. Sin embargo son muchos los casos en los cuales el padre irresponsable oculta sus ingresos, valiéndose de la informalidad de los mismos o enajena sus bienes en cabeza de terceros, simulando una situación económica precaria. Los principales elementos constitutivos del delito de inasistencia alimentaria son: la existencia de la obligación (determinada por el parentesco), su exigibilidad (que se deriva de la posibilidad del deudor de suministrar alimentos) y la inexistencia de una justa causa para el incumplimiento de la obligación. (Bernal C. & Larrota, M. E. 2012, p.20)

En virtud de estos elementos se configura el delito, pero respecto de la posibilidad y la inexistencia de justa causa ha derivado la impunidad, dado que lo que pretende el deudor es que estos dos elementos no se demuestren y en muchos casos emplea maniobras fraudulentas para configurar imposibilidad y justa causa.

Así se impone a la víctima una carga adicional, que es la de demostrar tal simulación, se le traslada la carga probatoria para demostrar que el padre irresponsable si tiene capacidad económica y los medios para cumplir su obligación.

Ahora bien, hagamos un análisis adicional. El delito de inasistencia alimentaria consiste en sustraerse de la obligación que se tiene para con los hijos (entre otros beneficiarios). Quien se sustrae de dicha obligación y adicionalmente simula una situación precaria para mantenerse en el incumplimiento está ante una doble infracción a la ley penal y a su misma vez de sus obligaciones de asistencia moral. En el código penal esta situación está considerado como causal de agravación punitiva (Art. 234 C.P.) y a nuestro criterio, podría configurarse concurso con el delito de estafa.

El problema al parecer está enfocado en la capacidad probatoria de las partes. Aquí viene la segunda cuestión. ¿Debe privilegiarse el debido proceso sobre los derechos de los menores aún cuando nuestra Constitución Política, que es norma suprema en nuestro ordenamiento jurídico, reza que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son prevalentes, están por encima de todos los demás derechos?

Vista bajo la lupa, la norma se encamina a respetar ese precepto Constitucional. Tanto el artículo básico 233, como los artículos 234 y 235 pretenden velar por el cumplimiento de la máxima norma del Estado, al contemplar garantías preferentes a los derechos de los niños, agravando los márgenes de punibilidad en los menores de 14 años y evitando que el obligado con la prestación alimentaria por diferentes medios mengue su propio patrimonio en detrimento del sujeto pasivo de la conducta y a la vez evitando que aquel , una vez haya sido condenado en determinado momento al cumplimiento de lo

indicado por la ley, reincida en la conducta omisiva. Por tratarse de un delito de tracto sucesivo, admite una nueva realización del hecho, pero en estricto sentido, el nuevo proceso penal y consiguiente juzgamiento se refiere, objetiva y cuantitativamente a una obligación alimentaria incumplida diferente en el espacio y en el tiempo. (Pabón, 2004, p.321)

Así mismo la Corte constitucional en sentencia C-388/00 que demandó la inconstitucionalidad del artículo 155 del código del Menor (vigente para esa época):

Quando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos sus antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. Se presumirá que devenga al menos el salario mínimo mensual, los magistrados en el estudio de la misma manifiestan que en sí, se trata de una presunción legal, tendiente a invertir la carga de la prueba. La presunción legal persigue un fin constitucional valioso, en este caso garantizar los alimentos del menor o beneficiario y adicionalmente debe contener una proporcionalidad razonable, presupuestos que la Alta Corte encontró en la norma en estudio para finalmente declarar exequible la misma (C - 388, 2000).

En la sentencia C-237/97 (C - 237 de, 1997), el actor no ve con buenos ojos que conforme a los textos de los artículos 263 y 270 el legislador del Código penal de 1980, textos que fueron ratificados por el actual código, se castigue con arresto a las personas que no cuentan con una capacidad económica solvente. Así rezan las normas en referencia, artículo 263: El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, adoptantes o adoptivo, o cónyuge, incurrirá en

arresto de seis meses a tres años y multa de un mil a cien mil pesos. Artículo 270: Cuando el delito de inasistencia alimentaria se cometa contra un menor, la pena será prisión de 1 a 4 años y multa de 1 a 100 días salarios mínimos legales. En concepto del accionante la norma acusada atribuye una sanción penal al incumplimiento de una deuda, contrariando así el artículo 28 de la Constitución e igualmente argumenta que el derecho penal, concebido como última ratio, no debe operar frente a hechos que pueden ser controlados por otras vías, además la norma castiga la incapacidad económica del deudor y sustrae al Estado de su deber de proteger a las personas que por sus condiciones económicas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. La Corte dentro de sus diferentes valoraciones manifiesta que cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley le obliga, el Estado cumple un papel subsidiario, el directo responsable es el alimentante, el derecho protegido no es el patrimonial, es la familia, para concluir que cualquiera sea la postura dogmática que se asuma, lo cierto es que la carencia de recursos económicos no sólo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino – a fortiori- la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (art 40-1 Código Penal); y finalmente declarar exequible el artículo 263 del Código Penal (decreto 100 de 1980)

Cabe destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o pacto de Costa Rica, en el artículo 7 numeral 7 excluye de la prohibición de detención por deudas, a quienes incumple los derechos alimentarios.

Bajo estos preceptos puede decirse que la norma no es insuficiente, entonces podemos estar frente a la insuficiencia del operador jurídico para concluir que se está frente a la sustracción del artículo 234, y la deficiente actividad probatoria de la víctima a quien se le invirtió la carga probatoria.

Un cambio normativo puede estar enfocado en que la ley establezca de manera taxativa las excepciones, es decir, explícitamente cuáles son circunstancias de fuerza mayor que justifican a los padres sustraerse de su obligación alimentaria.

El Método Garantista

Según Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, s.f.), la pena es una segunda violencia que se añade a la del delito. De acuerdo a este famoso filósofo del derecho, de origen italiano, la razón la somete a estudio a partir de tres concepciones diferentes: la razón en el derecho, la razón del derecho y la razón del derecho penal.

En la razón del derecho destaca la proporcionalidad que debe existir en la pena. La imposición de la pena está sujeta a la veracidad y confrontación de las pruebas, lo que los estudiosos del tema denominan el contradictorio. Para desarrollar con un mayor grado de eficiencia los postulados de Ferrajoli, él argumenta que se debe adquirir un mayor grado de conocimiento del derecho para así, el Estado no cometer abusos o arbitrariedad en el ejercicio de su poder. En la razón del derecho, Ferrajoli centra su atención en la filosofía del mismo, la justicia penal, o sea las justificaciones ético-políticas de la calidad, de la cantidad y lo más destacable de la necesidad. No tiene sustento la imposición de una pena, si no se logra la resocialización del reo y se genera un ambiente de prevención colectivo.

Finalmente en la razón del derecho penal, debe existir una coherencia entre los principios constitucionales y las normas inferiores, al respecto destacan que en la jurisdicción Italiana el legislativo le confiere facultades especiales a la policía y a otros entes gubernamentales, que contravienen los propósitos esenciales de la carta magna. Adicionalmente manifiesta que debe castigarse únicamente lo que está prohibido por la ley, reafirmando en estas condiciones el postulado principal de Carrara: el principio de legalidad.

La situación esbozada en el párrafo precedente es denominado por Ferrajoli como antonimias, la no coordinación entre el anhelo primordial del Estado contemplado en la norma de normas y en el desarrollo de las mismas, al encontrarse con unas normas inferiores que no logran el fin perseguido, por contener ciertos grados de invalidez o de ilegitimidad. El garantismo, en sí, es la tutela de los derechos fundamentales.

Si Ferrajoli se apersonara del tema objeto de la presente investigación muy posiblemente no sería partidario de los permanentes cambios que han caracterizado a la legislación penal colombiana, tendientes a hacer más recalcitrante el sistema punitivo, olvidándose de analizar más concienzudamente los factores que generan la inasistencia alimentaria.

Por otra parte Ricardo Guastini (s.f.), afirma que al hablar de garantismo se está haciendo eco en una barrera, un obstáculo entre el poder ejecutivo y el particular.

Guastini, al inicio de su exposición hace un reconocimiento especial a Ferrajoli, y a continuación procede a formular sus propios puntos de vista, para expresar sus desavenencias en torno a ciertos tópicos.

Ricardo Guastini afirma que según Ferrajoli el ente colegiado encargado de crear las leyes en cada Estado debe hacer uso de un lenguaje riguroso y no fáctico, para así el operador jurídico al promulgar las respectivas sentencias, hacer las correspondientes valoraciones sin temor a equívocos. Para Guastini, conforme a los estudios de Ferrajoli, el juez se convierte en un decisionista. Debe responder a la norma exegéticamente, sin dar paso a la interpretación.

Guastini expresa que hay casos de casos que llegan a los diferentes despachos judiciales, unos son sencillos de resolver, y por el contrario otros contienen un elevado grado de dificultad.

Es por ello que no puede encasillarse al juez en una posición cerrada, es importante concederle al encargado de administrar justicia cierta maniobrabilidad para poder hacer uso de la discrecionalidad, para desentrañar de la norma lo más apropiado en beneficio de una auténtica administración de justicia, en aras de elevar a su máxima expresión la equidad y la justicia.

Si Guastini tuviera en sus manos el tema que aborda el presente equipo de investigación, estaría de acuerdo con la legislación actual, porque le brinda al juez la opción de hacer uso de cierta dosis de subjetividad para interpretar las normas y así resolver los diferentes conflictos.

Pero lo anterior, atiende a un modelo de poder político para Norberto Bobbio, ya que a pesar de los pensamientos de otros garantistas y constitucionalistas, que expresan que el poder político debe garantizar a través de mecanismos e instituciones, los derechos y libertades básicas de la persona, donde el poder político debe someterse a los rigores del derecho, bajo extensión de un poder privado, donde para el caso que se investiga, la familia en sí y su incidencia en la sociedad, exactamente, en lo atinente al bienestar de sus menores, bajo la cautela de sus padres o sus representantes, expresando este modo el modelo garantista, donde el modelo en sí es una vocación de bienestar, que comparte una igualdad, que es clara y evidente en la constitucionalización y en la garantía de ciertos derechos sociales. Por ello, Bobbio, atiende este tema, en el sentido conceptual, de teoría política.

Desarrollemos estas teorías más a profundidad:

Prevalencia del derecho del menor. En este sub epígrafe analizaremos la Constitucionalización del derecho del menor en cuanto a la prevalencia de los mismos de acuerdo con las teorías de Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini, y cómo los principios de proporcionalidad, discrecionalidad y el lenguaje riguroso, adquieren peso en la interpretación normativa que hacen los Fiscales al decidir archivar los casos de inasistencia alimentaria por atipicidad por la falta de capacidad económica del indiciado, posición avalada por la ley penal pero contraria a los preceptos constitucionales.

Constitucionalización del derecho. Guastini señala siete condiciones que deben cumplirse para establecer si un determinado ordenamiento jurídico está constitucionalizado.

Estas son:

a) La existencia de una Constitución rígida, a partir del cumplimiento de tres condiciones: en primer lugar, que la Constitución esté escrita; en segundo lugar, hay una Constitución rígida cuando ésta tiene supremacía en relación con la legislación ordinaria y; en tercer lugar, la rigidez de la Constitución hace referencia a la complejidad de los procedimientos para modificarla, si se comparan con los procedimientos para la modificación de las leyes ordinarias. b) La garantía jurisdiccional de la Constitución, esto es, la existencia de un control, realizado por jueces, cuyo objeto es establecer la conformidad de las leyes con la Constitución. Este control se puede hacer en tres modalidades, a saber: Un primer modelo, llamado por Guastini, de control a posteriori y en concreto, en el que cada juez se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de una disposición legislativa, y sus efectos son exclusivamente frente a las partes de la controversia. El segundo modelo, a priori y en abstracto, es el sometimiento de las leyes, antes de su entrada en vigencia, a un control de constitucionalidad ejercido por un tribunal constitucional. El tercer modelo de control constitucional es el que se realiza a posteriori y en concreto, por un tribunal constitucional, cuya decisión de inconformidad tiene efectos erga omnes.

c) La fuerza vinculante de la Constitución, expresada en que cualquier norma constitucional, sin importar si hace referencia a la estructura y organización del Estado, o trata de los derechos y garantías de las personas, es una norma que produce plenos efectos jurídicos.

d) Estrechamente enlazada con la fuerza vinculante de la Constitución, una interpretación extensiva o “sobre interpretación” de la Constitución, tiene como consecuencia la inexistencia de espacios para el ejercicio de discrecionalidad por parte del legislativo.

e) A consecuencia de la fuerza vinculante de la Constitución y de su interpretación extensiva, las normas constitucionales son de aplicación directa y, en este sentido, la Constitución es entendida como moldeadora de las relaciones sociales.

f) La interpretación de la ley conforme a la Constitución; que ocurre cuando una ley es susceptible de dos interpretaciones: una contraria a la Constitución y otra que armoniza con ella, prefiriendo, en este caso, conservar la validez de la norma legal mediante la interpretación que se adecua a los postulados constitucionales.

g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, se presenta cuando algunos tribunales constitucionales tienen como función decidir sobre los conflictos de competencia entre órganos del Estado; así como también en el uso del principio de igualdad, el juicio de proporcionalidad y la ponderación como herramientas para resolver conflictos entre principios constitucionales; finalmente, la influencia de la Constitución en las relaciones políticas se pone de manifiesto en el uso, por parte de órganos y actores políticos, de las normas constitucionales, para justificar sus acciones y decisiones. (Guastini, 1996, p 39 a 46)

Coinciden los doctrinantes en decir que Colombia corresponde a un ordenamiento jurídico constitucionalizado, pues frente a nuestra Constitución, se cumplen los siete requisitos de Guastini.

Para responder a nuestra pregunta de investigación, tomamos ciertos aspectos relevantes de los siete requisitos de Guastini: Las normas constitucionales son normas supremas frente a la legislación ordinaria. Las leyes deben estarse conforme a lo establecido por la Constitución. Las normas constitucionales producen plenos efectos jurídicos. No es dable al legislador aplicar el principio de discrecionalidad respecto de las normas constitucionales en la producción legislativa. Las normas constitucionales son de aplicación directa y regulan las relaciones de nuestra sociedad. La ley debe ser interpretada conforme a la Constitución. Los conflictos entre principios constitucionales se resuelven mediante el uso de los principios de igualdad, proporcionalidad y ponderación.

En cuanto al derecho del menor, las relaciones jurídicas con respecto a sus derechos comenzaron a abordarse desde el texto mismo de la Constitución, consagrados en los artículos 42 inciso 6º, 44, 45, 53, 67 y 68, en los cuales familia, sociedad y Estado son responsables de la protección integral de los menores, y sus derechos prevalecen por encima de todo el conglomerado social.

Esta enunciación normativa adquiere especial relevancia por tratarse de consagraciones de carácter constitucional que por lo tanto deben obedecer a los requisitos de nuestro orden jurídico constitucionalizado.

Sin embargo, en nuestro problema jurídico, la ley penal parece alejarse de estos preceptos pues desconoce la prevalencia de los derechos de los menores, particularmente el derecho a la alimentación, que es un derecho de rango Constitucional, al permitir que se archiven los casos de inasistencia alimentaria por falta de capacidad económica del

indiciado. Parece que el legislador pondera el derecho del indiciado a sustraerse del cumplimiento de la obligación alimentaria con hijos por encima del derecho constitucional de los menores a recibir alimentación, haciendo un juicio de discrecionalidad que no le es dable y llevando como consecuencia la impunidad de aquellos irresponsables que ocultan bienes e ingresos, simulando una precaria situación económica.

Esta ponderación normativa está determinada por principios de interpretación judicial como la discrecionalidad y la proporcionalidad y el lenguaje.

En este sentido afirma Ferrajoli (en Marcilla, 2009: 21) *Para que de una norma legal sea predicable la validez, no sólo formal sino también sustancial, hoy es necesario que sus formas resulten no sólo conformes, sino también que sus significados, es decir su sustancia, o bien sus contenidos, sean coherentes con las normas constitucionales que regulan su producción.*

Discrecionalidad. Guastini (Ibídem; p 121-131) expresa la existencia de puntos de intersección entre los principios del derecho y la discrecionalidad judicial. Dentro de estos puntos de intersección, entre otros, encontramos la identificación de principios que no están expresos en la norma, la aplicación de los mismos a casos concretos, la ponderación de los principios constitucionales y la interpretación de normas jurídicas que giran en torno a los principios. Los principios constitucionales son supremos e inmodificables. Esto quiere decir que aunque no están contenidos de manera expresa en la norma (para nuestro caso la ley penal), deben ser identificados y aplicados por encima de la misma norma. Es por estos puntos de intersección que no le es dable al operador judicial, en aplicación del principio de discrecionalidad, ponderar normativas por encima de los principios constitucionales.

Proporcionalidad. Según Luigi Ferrajoli no existe una relación natural entre pena y delito, pero esto no significa que la pena deba ser adecuada al delito. El carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la pena exige que la calidad y la cantidad de la misma se realicen por el legislador tomando en cuenta la relación con la naturaleza y la gravedad del delito. Para Ferrajoli el principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El principio de proporcionalidad, propio de un régimen constitucionalizado, solamente puede afirmarse con el derecho penal moderno, es decir cuando hablamos de legalidad, certeza, igualdad, mensurabilidad y la calculabilidad de las penas. Ya Beccaria pensaba que «si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen de la mayor hasta la menos dura». Ante esto dice Ferrajoli que no se puede lograr con las viejas penas del talión, desde las corporales a las capitales: las cuales, aunque en apariencia más próxima al principio retributivo, no permitían ninguna graduación y medición, a causa de su indivisibilidad. Sólo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias se realiza, mediante la posibilidad de cuantificación en tiempo y en dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena.

Desgraciadamente, como observó Bentham, la idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece, de por sí, ningún criterio objetivo de ponderación. Una vez dissociada la calidad de la primera de la calidad del segundo y

reconocida la insalvable heterogeneidad entre una y otro, no existen en efecto criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito. De ello se sigue que el problema de la justificación del tipo y de la medida de la pena aplicable en cada caso, como por lo demás el apenas discutido de los límites máximos de pena sea cual fuere el delito cometido, es un problema moral y político, es decir, exclusivamente de legitimación externa. Este problema es a su vez susceptible de ser descompuesto en tres sub problemas: el de la pre-determinación por el legislador del tipo y de la medida máxima y mínima de pena para cada tipo de delito; el de la determinación por parte del juez de la naturaleza y medida de la pena para cada delito concreto; el de la post-determinación, en la fase ejecutiva, de la duración de la pena efectivamente sufrida. (Ferrajoli, 2009, p. 397-398).

Propuesta de solución

Es incólume pensar que la norma actual del Código Penal (ley 599 de 2000), presenta en realidad un vacío significativo en cuanto a la permisibilidad de la comisión del delito, porque al revisar los anteriores elementos contenidos en la norma penal y la comparación con los actuales, se ha venido modificando el supuesto de hecho que estructura el tipo. En los dos últimos Códigos Penales los elementos constitutivos del delito se han conservado casi iguales, pero en la normatividad anterior el tipo penal era sustancialmente más amplio que el actual, pues además de sancionar el incumplimiento de la obligación alimentaria, castigaba la inasistencia moral.

Uno de los argumentos más comunes a favor de la penalización de la inasistencia alimentaria, ha sido que la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos de alta importancia social. Desde las primeras discusiones que se presentaron frente a la expedición de la Ley 83 de 1946, el Decreto 1699 de 1964, la Ley 75 de 1968 y algunos Proyectos de Ley presentados entre 1956 y 1963, se afirmó que la necesidad del tipo penal de inasistencia, que en aquel entonces no era sólo alimentaria sino también moral, se encontraba en sus funciones intimidatoria y preventiva. Autores como Alfonso Reyes Echandía le atribuyeron además funciones “culturizantes”, pues por medio de ella el legislador creaba consciencia ciudadana sobre los deberes de asistencia mutua (REYES ECHANDÍA, 1969); consistentes en argumentos ilustres a la tendencia propia de una cultura generadora de intereses generales sobre particulares, moralmente se ha convertido en un deber social la prestación alimentaria no solo con los menores de edad, sino con aquellas personas adultas o mayores (Tercera edad) que prescinden de un sustento por parte de sus descendientes, y de aquellas a quienes la ley les obliga. Es por ello, que se ha tratado a la familia, como el eje central de las relaciones sociales, para que sea esta el ejemplo a seguir, donde la cultura sea más humana, y no se cree el yerro, terminando ante los estrados judiciales.

Si bien es cierto, nuestra Carta Política, en su Art. 42, argumenta que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, dentro de sus estructura jurídica y argumentativa, cabe mencionar ciertos derechos que se ven vulnerados por la comisión del delito de Inasistencia Alimentaria, cuando se constituyen los elementos del tipo penal, logrando la imputación objetiva, y como lo ilustran autores, los valores se protegen, al involucrar a la familia o a un miembro de ella en una especie de encuadramiento de tipo penal; algunos

autores han sido más específicos en la definición del bien jurídico tutelado por el delito, y señalan que pretende proteger valores como la estabilidad familiar (PROYECTO DE LEY 085 DE 2009), la unidad y armonía familiares (REYES ECHANDÍA, 1969), el auxilio mutuo (PACHECO OSORIO, 1972), la solidaridad y la justicia (ORTIZ RODRÍGUEZ, 1983), el derecho a la asistencia económica, como orden legal específico (PABÓN, Delitos contra la asistencia alimentaria, 2004), entre otros similares que en todo caso descansan sobre la idea de la familia como núcleo de la sociedad.

De ello se desprende destacadamente, que el delito de inasistencia alimentaria, concuerda a la desventaja de proteger valores, pero desequilibrar la armonía familiar, ya que al ingresar la familia en un conflicto de intereses jurídicos, su estabilidad emocional se desarmoniza y no se restablece tan fácilmente.

Otro de los argumentos presentados desde los orígenes de la tipificación de la inasistencia alimentaria, fue que la misma resultaba necesaria debido a la ineficacia de las herramientas jurídicas civiles. Por simple que parezca, muchas veces es necesario ante la jurisdicción civil, que se presente elementos propios de la economía del demandado(a), para restablecer los derechos de quien se le vulneran; cuando no se cuentan con los medios para realizar medidas cautelares o tener en garantía el cumplimiento de las acreencias obligacionales alimentarias, la justicia o jurisdicción civil, es insuficiente para reclamar los derechos adquiridos y hacerlos cumplir; por ello la jurisdicción penal, es el mejor elemento, para reclamar tales derechos, aunque su proceso es más largo, es en sí el medio más adecuado cuando no se tiene la certeza o el conocimiento sobre la economía de la persona que estando obligada a dar alimentos, se sustrae sin justa causa de ello.

Bernardo Gaitán Mahecha, por ejemplo, presentó en 1956 un proyecto ley para tipificar el abandono familiar (que en ese momento se entendía que comprendía la Inasistencia Alimentaria), y en la exposición de motivos del mismo señaló que su propuesta se justificaba, entre otras cosas, porque (...) *la simple intervención del magisterio civil [era] impotente para evitar el doloroso y criminal atentado. De ahí la urgencia de estudiar una reglamentación de carácter penal, que ponga fin a los desmanes de tantos padres y madres de familia que ponen con su conducta antisocial en peligro la vida y la moral de los hijos.*

Autores como Reyes Echandía y Gutiérrez Anzola afirmaron que la penalización de inasistencia alimentaria cumplía funciones de tipo preventivo frente a otros fenómenos de tipo social. Con base en investigaciones adelantadas entre 1966 y 1968, el primero de estos autores afirmó que el incumplimiento de las obligaciones de asistencia moral y material es una de las causas determinantes de la criminalidad infantil y juvenil, la vagancia, la mendicidad, la prostitución, el alcoholismo y la gaminería. El autor encontró además una relación entre este último fenómeno y la existencia de ambientes familiares hostiles (REYES, 1969).

Por su parte, Jorge E. Gutiérrez Anzola señaló que el peligro de la inasistencia consistía en que acercaba a la familia a los más bajos fondos de la miseria, la mendicidad, la vagancia, la prostitución, etc.. (GUTIERREZ, 1964)

Aunque existen debates doctrinales (MOYA, 2007) acerca de la interpretación de algunos de los elementos constitutivos del delito, se acepta de manera general que para que el mismo se configure es necesario verificar la existencia de la obligación (que depende a su vez de que haya un parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción), su exigibilidad (derivada de la posibilidad del deudor de proporcionar alimentos) y la

inexistencia de una justa causa que hubiera llevado al incumplimiento de la obligación. Pensando así, es como es la última causal enunciada anteriormente, radica la problemática de la supuesta justificación para cometer el delito, a través del ocultamiento de bienes, de dineros y demás fuentes económicas, para sustraerse de la obligación alimentaria que le asiste por la existencia de la misma obligación; se excusan así, de existir justa causa para no verse obligados a dar una cuota alimentaria, que por pequeña o mínima que sea, se excusan en falta de dinero para hacerla, no hay trabajo, o simplemente no pueden porque no tienen recursos para sufragar sumas de dinero adicionales a sus propias necesidades. Es en este punto, donde se mira, porque la ley permite que pasen esta clase de cosas?, porque se volvió permisiva, viendo tantas personas capaces de contraer derechos y del mismo modo obligaciones, con todas sus capacidades físicas e intelectuales, sobreviviendo el día a día y por ende incumpliendo una obligación que nació con el hecho de la adquisición de derechos, es acaso esto justo, que la ley permita que se escuden muchos autores de este delito, en una causa que en realidad debería revisarse a fondo, para que no se permita que más madres o padres, digan, pero si trabaja y se mantiene todos los días, entonces, porque si tiene para él, (ella) y no para mí(s) menor(es) hijos(as).

En el estudio realizado por el Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia - para revisión de la Agencia de los Estados Unidos para el desarrollo internacional, realizada en el mes de febrero de 2012, realiza las siguientes acotaciones finales, al desarrollo investigativo sobre el delito de inasistencia alimentaria.

La toma de decisiones acerca de la conveniencia de la penalización de la IA, así como de la manera como debe funcionar, puede enriquecerse a partir de nuevos elementos de

juicio para los que al día de hoy no existe evidencia empírica. Recomendamos estudiar dos asuntos: primero, es necesario saber acerca de las consecuencias de los procesos penales y civiles adelantados por inasistencia. En particular, sería valioso estudiar el cumplimiento de las conciliaciones y de las decisiones judiciales, así como también el impacto de la judicialización sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias de las personas. (BERNAL & LARROTA, 2012).

Entendiendo las anteriores situaciones prevalentes de la conclusión del estudio hecho por DeJusticia, para Estados Unidos, que tan viable puede ser revisar si se cumple o no una conciliación, cuando el compromiso de aquel que se obliga, muchas veces, me atrevería a decir, que es por salir del paso, sin tener en cuenta las consecuencias jurídicas, que aporta el mal actuar en condiciones de acciones personales, incoadas por la voluntad libre de obligarse, a título ejecutivo; es justo, entonces que se incumpla?. Claro que es injusto, y que esto lleve al desgaste de la justicia, y que terminen padres irresponsables no soportando una obligación alimentaria, escudándose en una supuesta falta de capacidad económica.

Otro aparte, el impacto de la judicialización, debe ser concordante con los aspectos del legislador, al ser la norma permisiva, y la vez no garante de los derechos fundamentales de los niños(as), al crear la conducta con el objetivo de lograr una imputación objetiva, sin el lleno de sus requisitos, vislumbrando que permite así la norma incoada por el legislador, adentrarse en la causal de falta de capacidad económica, para que la obligación del ejecutante, no se realice o se lleve a termino feliz, el cual ha de ser los alimentos del menor. Es una muy valiente excusa, para aquellos que en realidad tienen los medios y los ocultan y para aquellos que obtienen recursos económicos en el

ámbito de la informalidad; no se cree entonces que la norma a la final es muy permisiva. Entonces ¿dónde quedan los derechos de estos menores?.

Quedamos con el interrogante, pero ello, implica que se sule de la intencionalidad de proteger los derechos (Ese es supuestamente el derecho fáctico que implora el legislador, como garante de los derechos tutelados).

Otros aspectos encontramos bajo la intencionalidad de otras tesis e investigaciones que detallamos a continuación:

Bajo el título la falta de apoyo económico a las madres, otra modalidad de violencia, escrito por Myriam Bustos Sánchez, en la revista Criterio Jurídico Garantista, se analiza en forma detenida la forma valiente como las madres enfrentan la manutención de sus hijos, ante el desempleo de sus padres o las bajas cuotas alimentarias fijadas por los funcionarios judiciales.

El estudio centra su atención en las constantes injusticias a que a diario se ven sometidas las mujeres. De acuerdo a la investigación en análisis un promedio del 90% de las demandas se entablan contra los hombres; pero desafortunadamente, en la mayoría de los casos surge la falta de empleo de los mismos o unas sentencias tasando cuotas alimentarias en promedio de ochenta a cien mil pesos por hijo, y cuando el varón cuenta con más de un hogar con cuotas hasta incluso de sesenta mil pesos por cada una de las mismas, cantidades que no alcanzan a suplir las necesidades básicas de un menor de edad. En consecuencia, las madres se ven forzadas a redoblar sus esfuerzos en procura de brindarles a sus hijos lo básico y adicionalmente de acudir al núcleo familiar (padres,

hermanos, tíos), para no dejarlos a la deriva. Afirma la titular del escrito: si no se suplen los alimentos básicos, es letra muerta los artículos que hacen referencia a los alimentos congruos en el código civil.

La autora propone como mecanismos para superar esta crítica situación la humanización de los funcionarios judiciales, la implementación de campañas educativas, el monitoreo de las diferentes actividades desplegadas por el estado para que cumplan con el mayor grado de eficiencia los roles para los cuales fueron creadas, promover una cultura de reconocimiento a la mujer y afianzar las políticas de equidad y justicia en todos los ámbitos de la sociedad.

En el año 2005 había en la fiscalía general de la nación 73.000 investigaciones por inasistencia alimentaria, y en el mismo año los juzgados de familia tuvieron a su cargo 24.000 procesos que buscaban fijar una cuota de alimentos a favor de niños y niñas.

La sociedad tiene una visión paternalista de la sociedad, una concepción narcisista, donde cada uno vela por sus propios intereses, sin esmerarse por responder a las obligaciones que surgen de sus respectivas actuaciones. A nivel estatal las autoridades toman medidas en procura de garantizar primigeniamente los derechos de los menores, como es la decisión tomada por la Corte constitucional, en el sentido de ubicar los créditos de alimentos por encima de otros créditos. Otro aporte importante de Myriam bustos el relacionado con la prescripción del delito de inasistencia alimentaria, al afirmar que si transcurridos cinco años después de iniciada la investigación, no se tiene información del denunciado, la acción prescribe.

El equipo investigativo ve con buenos ojos las apreciaciones de Myriam Bustos, sin embargo considera que la legislación se está quedando corta para garantizar los derechos fundamentales de los niños y por supuesto de la mujer. El cambio legislativo desde luego debe ir acompañado de las propuestas que formula la catedrática en referencia.

Según la tesis con referencia 340 A 935 a Ej 1 de las autoras Ana Briceida Avalla Holguing y María Nancy Vaquero Hernández, que en 1993 fue sustentada en la Universidad La Gran Colombia Bogotá D.C., sobre la Acción Penal en la inasistencia alimentaria “debido al alto índice de denuncias sustentadas ante Jueces competentes” y por ende el manejo y aplicación que el Estado le está dando a este delito, además como tal se dejó el ánimo de dejar claridad a los conceptos que orientarían aclarando su estructura a la época que políticamente en el texto se ha hablado, ya que en ella se hablaba que la inasistencia alimentaria se ha encontrado por la falta de “mano dura del Estado frente al incumplimiento”.

Sustentando en la ley 1098 de Infancia y Adolescencia capítulo II en la violencia intrafamiliar como anotación cabe señalar que se encuentran las rutas de atención, para el cubrimiento de las conductas como la violencia intrafamiliar que genera una turbia situación que consigo se encuentra acompañada del inicio del fin de toda familia, que en la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 se define como núcleo fundamental de la sociedad.

Colombia es un país que sustancialmente se encuentra aprehendido a normas de carácter vinculante, aunque tras la realidad del país no se puede aplicar dichas normas, lo que dificulta llevar a cabo plenamente la salvaguarda del menor.

Según la anterior tesis citada, siendo la inasistencia alimentaria un delito de peligro que por su estructura puede generar otros de mayor proporción como mendicidad, delincuencia, violación, etc. los cuales como conductas típicas, antijurídicas y culpables, hacen parte de toda nuestra legislación siendo más efectivo desde cualquier ámbito la aplicación sustancial procedimental de la Ley creando una jurisdicción especial de familia que sea la que conozca de estos delitos con la ayuda de la comunidad; es decir todo el país.

La inasistencia alimentaria busca ser fuente vigía por parte de las autoridades verdaderas, para garantizar el respeto de los derechos del hombre completamente, garantizando y no solo al cumplimiento de unos derechos frente a las personas protegidas, sino cumpliendo con cada uno de los derechos del hombre

Valor e importancia jurídica y social de la investigación

El objetivo principal a lograr con esta investigación, es garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la alimentación. Recae este objetivo en su importancia social, cuando se vislumbra en la sociedad una realidad cotidiana reflejada en los miles de rostros de los menores que sufren este flagelo día a día. Con el cambio jurídico en la norma y una aplicación más rigurosa, donde los campos de indagación se permitan con más amplitud, se logra que la sociedad sea partícipe de esa innovación jurídica a fin de proyectar una verdadera responsabilidad en la familia, en la sociedad y en el Estado.

Una investigación como esta, nos puede permitir, buscar la fuente del problema en aquellos padres y madres que de manera irresponsable se sustraen de la obligación alimentaria que por ley se debe a sus menores hijos, investigación que nos permitirá concluir cual es el problema y la solución que se debe plantear al mismo.

Su resultado nos podrá revelar que existen mecanismos a implementar, como el cambio jurídico o mejor aún, ser más garantistas de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, centrando la importancia que consagra el Art. 44 de la Constitución Política con un resultado majestuoso: niños, niñas y adolescentes con alimentación reglada de sus propios padres y sin la intervención brusca de una indagación, a fin de crear conciencia en estos padres, cuando la norma puede ser más drástica en su aplicación y dejar de ser permisiva.

Unidad de análisis

La relevancia de la capacidad económica, se define por los factores legales contenidos en el precepto penal y su incidencia en la garantía constitucional de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, amparando el derecho fundamental a la alimentación. Respecto del criterio de legalidad encontramos los lineamientos procedimentales y el objeto de los mismos, permitiendo dar claridad a los problemas que se inmersos dentro de la norma y la forma de aplicación, en la cual radica el problema materia de esta investigación, ya que la norma es permisiva en cuanto no garantiza los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, reflejado en la no aplicación de preceptos constitucionales y/o criterios formales en detrimento de la supremacía constitucional.

En la determinación de la capacidad económica en nuestro país se toma como base la presunción del salario mínimo, según la cual y como su nombre lo indica, se presume que toda persona no percibe menos de un salario mínimo legal vigente, esto, en concordancia con el derecho que tiene toda persona al trabajo, a una remuneración por el mismo y al mínimo vital. Sin embargo la enunciación de derechos lleva consigo el cumplimiento de deberes y las obligaciones que sus mismos actos le imponen. Así cuando una persona, por voluntad, o por negligencia engendra hijos, adquiere la obligación de proteger sus derechos, garantizar su bienestar, reglar las obligaciones que se contraen en pro y defensa de los interés comunes de la pareja que procrea, cumpliendo con el deber de cuidado del infante. Por lo tanto, con este acto del nacimiento, nacen de igual forma obligaciones amparadas por la Constitución y las leyes de nuestro país. Así tenemos que la capacidad económica es una presunción que se estima como base de las obligaciones civiles de las personas, donde nacen de igual forma las obligaciones naturales y constitucionales que deben ser garantizadas por el alimentante.

Basados en lo anterior, encontramos falencias en la aplicación de la norma cuando se parte del precepto legal de la causal de atipicidad para proceder al archivo de las denuncias por inasistencia alimentaria sin respetar la supremacía constitucional en cuanto a que los derechos del menor prevalecen sobre los derechos del resto del conglomerado e inaplicando la presunción del mínimo vital en cuanto al deber legal de dar alimentos a los niños, niñas y adolescentes.

Toma de muestra: Análisis de las entrevistas:

Para valorar las temáticas planeadas en las entrevistas, se conceptuaron tres (3) categorías, desprendiendo puntos claros sobre la temática a analizar y centrando su atención a lo largo de la investigación. Las categorías se radicaron en los temas taxativo, objetivo o sustantivo y procedimental u objetivo.

El organismo encargado de investigar los casos de Inasistencia Alimentaria es la Fiscalía General de la Nación, por considerarse un delito en contra de los derechos de la familia; en este sentido, quien mejor que los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales Municipales o Fiscales Locales, para tomar su apreciación respecto al tema y el comportamiento del punible.

Se informó a los entrevistados sobre el objeto de la presente investigación y la problemática a tratar. De las respuestas brindadas por los entrevistados respecto de la temática de esta investigación, surgen criterios diferentes, puntos de vista que posiblemente no fueron visualizados por los presentes investigadores previamente, pero que aportan nuevos datos a la investigación, proponiendo y aplicando soluciones en pro y defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Criterio taxativo:

En cuanto al análisis del Art. 233 del C.P., interrogando acerca de la permisividad de la norma, se plantea que en realidad la norma es permisiva y se queda corta tal como lo menciona el Dr. LUIS GUILLERMO PINTO, Fiscal Local de la ciudad de Sogamoso, Delegado Ante los Jueces Penales Municipales. Coinciden los encuestados en su mayoría, que la norma se queda corta porque permite que esta clase de padres se sustraiga

de la obligación alimentaria que le asiste, requiriéndose un análisis más profundo en su aplicación, puesto que los criterios de calificación de la capacidad económica se fundamentan en la procedimientos para encontrar razones válidas que permitan esclarecer la capacidad para el cumplimiento de la obligación de dar alimentos, búsqueda infructuosa cuando dicha actividad no refleja la realidad latente, ni permite evidenciar el ocultamiento, la distracción y la irresponsabilidad a las que recurren algunos padres para incumplir con la garantía real que establece la constitución para los niños, niñas y adolescentes.

Como se refleja en la Constitución, el derecho de los menores a los alimentos, está en la categoría de Derechos Fundamentales y comporta la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en pro de su garantía. Así mismo compromete la supremacía de la Constitución sobre la norma secundaria protegiendo de manera preferente y prevalente los derechos primordiales de los niños, niñas y adolescentes.

Como tal, analizan los encuestados que no solo la Fiscalía interviene en la conducta sustractiva de la obligación alimentaria, siendo esta entidad la única competente para investigarla como delito. Resaltan la existencia de la vía civil y el procedimiento administrativo, a los que se puede recurrir con el objetivo primordial de no llegar a esta instancia pues es en la parte penal donde se configura la atipicidad, que en últimas resulta siendo un obstáculo para el logro de los fines esenciales del Estado, por cuenta de las deficiencias de carácter investigativo con el fatídico resultado de dejar en la impunidad el delito de inasistencia alimentaria de donde se desprende la grave vulneración de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución política de Colombia. Así resulta siendo la atipicidad una de las consecuencias de las categorías del comportamiento del delito,

cuando su aplicación en defensa del debido proceso (derecho que también goza de rango constitucional) a favor del infractor sobrepasa la aplicación prevalente de los derechos del menor.

En comparación, los encuestados, afirman que si bien es cierto el Art. 44 de la Constitución Política recalca la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el Art. 79 del C.P.P. no lo tiene en cuenta al ser aplicado específicamente a los casos de inasistencia alimentaria de menores, contraviniendo la seguridad jurídica que se plantea en la Norma Superior. La atipicidad se aplica por la falta de elementos probatorios que permitan desvirtuar la presunción de inocencia permitiendo que los padres y madres que cuentan con capacidades para generar ingresos a diario y mantener un sustento para sí mismos, se sustraigan de la obligación alimentaria para con sus menores hijos, comportando el claro reflejo de la no aplicación del precepto constitucional.

Después de un segundo sondeo, respecto a este y otros planteamientos a la norma en sí y su aplicabilidad y de mirar más a profundidad la problemática, coinciden los entrevistados en identificar que la norma permite una mayor interpretación a la permisividad de esta conducta, en vista que su aplicación es de índole penal, permitiendo que esta clase de padres puedan distraer fácilmente bienes, dineros, factores laborales y entradas económicas adicionales y ante los cuales la labor investigativa para el esclarecimiento del delito se queda corta, llevando en definitiva a la vulneración de los derechos del menor por cuenta del padre o madre cuya intención es la de incumplir con el deber legal de dar alimentos a sus hijos menores.

A la perspectiva de qué factores dentro de la investigación penal del delito de inasistencia alimentaria pueden incidir para que finalmente no se imputen cargos en contra de los padres que se sustraen sin justa causa de dar alimentos a los menores, informan los entrevistados que tal vez esta ineficiencia es debido a la carencia de recursos para investigar. No se refieren a recursos humano o económicos, sino a mecanismos más eficaces o medios técnicos que permitan evidenciar la distracción u ocultamiento de bienes, así mismo expresan que es necesaria la actividad de la parte denunciante en cuanto a que esta puede incoar ante la jurisdicción civil las acciones de simulación, lo que facilitaría enormemente la actividad probatoria a cargo de la Fiscalía General de la Nación y posiblemente brindaría herramientas para evitar el archivo de los casos cuando no se trate de una verdadera falta de capacidad económica. Así mismo reiteran que la garantía del derecho a los alimentos del menor puede reclamarse no solo ante la jurisdicción penal sino que también ante la civil.

De lo anterior, con los criterios plasmados, se desglosa el análisis profundo de los criterios sustantivo y objetivo de la presente investigación, creando un análisis consiente de la situación problemática.

Criterio subjetivo – Objeto:

Para replantear el problema es indispensable contemplar la jurisprudencia y lo que nos dice respecto de los alimentos y la inasistencia alimentaria.

Según sentencia C 1033 DE 27/11/2002 M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
EXP. No. D 4102

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. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de la persona que por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.

Entre las características que la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la obligación alimentaria se tienen las siguientes: a. La obligación alimentaria no es una que difiera de las demás de naturaleza civil, por cuanto presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho. b. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, la obligación alimentaria aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios. c. El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: i) la necesidad del beneficiario y ii) la capacidad del obligado, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia. d. La obligación de dar alimentos y los derechos que de ella surgen tiene unos medios de protección efectiva, por cuanto el ordenamiento jurídico contiene normas relacionadas con 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, todo lo cual permite al beneficiario de la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía, cuando el obligado elude su responsabilidad.

En cuanto a la inasistencia alimentaria, la sentencia C – 984 de 2002, y C 247 de 2004, del MP. ÁLVARO TAFUR GALVIS, menciona:

El fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios. El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario.

Todos los encuestados, son profesionales en el ámbito del Derecho, pero no significa que la aplicación de sus carreras se centre dentro de los parámetros de la investigación del delito, es decir, no todos son fiscales; para el caso, se trae a colación los planteamientos de la Dra. JAZMINE GÓMEZ, actual Comisaria de Familia del Municipio de Tota (Boyacá), quien mantiene la postura de aplicación del precepto constitucional, donde menciona que es deber del Estado, en los casos de inasistencia alimentaria, garantizar los mismos a los menores, por lo cual, en la medida administrativa, se hace correlación al Art. 129 de la ley 1098 de 2006, donde se acoge a la garantía de los alimentos, donde se presume que toda persona se gana un salario mínimo, tal como lo contempla el parágrafo primero de este artículo, en su parte final, cuando menciona que ***en todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal***. Es consecuente este precepto legal, al cumplimiento de la norma Constitucional, porque se refleja que se garantiza la protección de los niños, niñas y adolescentes. Ahora, en caso de incumplimiento de la obligación, esta genera en sí una

responsabilidad penal. En este último argumento, plantean los demás encuestados, que precisamente se debe tener en cuenta que no solo existe la jurisdicción penal, como quiera que se ha constituido una acción civil, puede incoarse dichas acciones y exigir su cumplimiento ante esta jurisdicción, no solo en materia de alimentos, pues esto conlleva a que se replantee la distracción de bienes, la simulación y demás acciones que realizan los padres del menor afectado, en pro de no cumplir con la obligación generada de manera natural. A lo anterior se suma que si bien es cierto, la distracción de los bienes cuando se ponen de presente en cabeza de familiares y familia extensa, correlaciona a que se vea un posible delito de enriquecimiento sin causa, donde debe haber una investigación más profunda a fin de determinar la procedencia de los bienes de la familia extensa o de terceros que se puedan ver involucrados en la distracción de los bienes.

Se plantea como tal en los resultados finales, que se debe garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, por parte de la familia, en primer lugar, generando la seguridad que trae consigo la conformación de la misma y que se arguye en instrumentos normativos, tales como es la aplicación del Art. 233 del C.P., pero que se deben orientar las políticas, para que en caso de inasistencia alimentaria, no sean archivados por atipicidad, donde deben ser consecuentes en brindar la garantía constitucional, prevaleciendo los derechos del menor y no los del debido proceso como tal, cuestión que a la postre, permite a los padres infractores y del comportamiento delictual, sustraerse de la obligación alimentaria que les asiste. Es notable entonces como el operador jurídico dentro de su apreciación, debe dar prelación al derecho del menor y no ser tan lapso con el padre o madre que no cumple con esta Obligación natural y civil,

teniendo en cuenta que por orden Constitucional la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes prima sobre los demás.

Pero la confrontación al precepto constitucional, se replantea cuando los entrevistados mencionan que hay Jueces de la república que son garantistas. Mencionan que se el derecho fundamental al debido proceso, influye por los resultados de la investigación de los elementos estructurales del delito y que comporta la falta de elementos de juicio y probatorios, que permitan comprobar más allá de toda duda razonable, que el padre o madre del menor afectado, en realidad está faltando al deber de dar alimentos; por ello se aduce que sin prueba, no hay delito y sin delito no hay pena. En este ámbito de ideas, se contempla en sí, que el Juez garantiza el debido proceso al imputado, le sobreviene que sin los elementos probatorios que permitan declarar una conducta como típica, antijurídica y culpable, no es posible encontrar delito, por lo cual manifiestan este grupo de jueces que se debe garantizar el debido proceso y sin más preámbulos no hay el resultado que se debe tener en pro y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Pero, ¿dónde queda la primacía de la constitución? Grave cuestionamiento que se le plantea a los jueces que garantizan el debido proceso, pero no garantizan la prevalencia de los derechos de los menores afectados, cuando a luz jurídica se ve claramente que con la aplicación de la norma contemplada en la ley 1098 de 2006 en su Art. 129, debe alegarse la presunción de ganarse un mínimo por lo menos y desprenderse de allí la protección integral de los derechos prevalentes y fundamentales de los menores.

Concuerdan en sí los entrevistados, que no debería ser así, que debe hacerse hincapié en que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben prevalecer por encima de cualquier otro derecho y por ende de cualquier otra norma de aplicación, que los jueces deben amparar la Constitución en su integridad y que no deben permitir que se menoscabe los derechos de los afectados en pro y defensa de los derechos de las personas que se los están vulnerando.

En confrontación con los parámetros de la garantía al derecho de alimentos y la garantía constitucional al debido proceso, muchos de los casos de inasistencia alimentaria, están siendo archivados por atipicidad, es decir por falta de elementos probatorios en contra del presunto vulnerante y por ende no se está acudiendo a la primacía de la Constitución y a la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta que el criterio jurídico de cada operador judicial es diferente, pero la norma es la misma, por lo cual, debe dársele aplicación a la prevalencia de los derechos del menor y no a los del procesado en cuestión, pues claramente está faltando al compromiso natural y civil que le asiste como padre o madre del menor afectado.

En este orden de ideas, nuevamente se plantea que no es admisible que la norma penal permita que padres y madres se sustraigan de su deber frente al derecho prevalente del menor, cuando se procede al archivo de los casos de inasistencia alimentaria por atipicidad por la causal de falta de capacidad económica del indiciado, reflejando claramente que la misma constitución emite las herramientas reales y suficientes para que sea la familia en primer lugar, la que acuda al principio de corresponsabilidad, garantizando los derechos a los alimentos de los niños, niñas y adolescentes.

Pero vemos con todo lo anteriormente planteado, que la problemática, trastoca el siguiente criterio a tratar, pues de los procedimientos y de las labores investigativas, se trae a colación, lo que en realidad está pasando, y por qué pasa y como esto se convierte en una forma de sustraerse de la obligación de dar alimentos.

Criterio objetivo – procedimientos

Ha quedado claro que dentro de los criterios que justifican la falta de obligatoriedad para que se cumpla con el deber de dar alimentos a los niños, niñas y adolescentes, existe dentro de ellos, la aplicación y el procedimiento legal de la norma trasgresora y vulnerante de derechos fundamentales; el acervo probatorio, que emerge de la situación problemática y el cual genera que se llegue al archivo de las indagaciones, por falta de configurar los tres elementos del tipo penal: Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Pero, ¿a qué debemos este elemento? Como lo han mencionado los encuestados, al hacer la interpretación literal de la norma, esta trasgrede los derechos del menor afectado, cuando dentro de los procesos investigativos, las ordenes a policía judicial emitidas y las acciones del asistente de fiscal, se quedan cortas para esclarecer la capacidad económica que se inculca, a fin de lograr que sin duda, se realice la respectiva imputación de los cargos al padre o madre infractor.

Se debe esta clase de investigación, a que las herramientas logísticas, humanas y sistemáticas, no son suficientes para lograr entrar dentro de la verdadera capacidad económica del infractor; el caso puntual en el que han enfatizado los encuestados, se establece en el trabajo de manera informal, el cual se reconoce de algún modo como una

fuente de trabajo y que por otra parte, se demuestra que ese padre o madre, físicamente no está impedido o discapacitado, tiene los medios para trabajar, llenar dentro de sus posibilidades sus expectativas económicas, su propio mantenimiento personal y hasta el de su familia más cercana y extensa, y a veces el sostenimiento hasta de otra familia, pero que a la final no se acuerda que existe otra persona, en condición de vulnerabilidad manifiesta, que necesita, merece de su ayuda y que en nuestro ordenamiento jurídico se le deben garantizar sus derechos como lo es el de la alimentación.

Entendemos entonces que es precisamente aquí, donde la informalidad hace distraer la capacidad laboral y por ende se refleja en una falta de capacidad económica, que conlleva a la aplicación del Art. 79 del C.P.P., donde se archiva la denuncia, porque sencillamente no se cuenta con la forma precisa de que el padre infractor cumpla con el deber legal que le asiste y si a esto le sumamos un Juez garantista de los derechos al debido proceso, entonces, se está vulnerando los derechos de los niños, niñas y adolescentes afectados por la falta de capacidad económica, supuestamente comprobada en una actividad investigativa de padres y madres que dentro de la informalidad, se excusan de no tener medios económicos para cumplir con el deber legal que les asiste desde el momento de la generación de la obligación natural y que se mantienen a lo largo del transcurso de la vida de los menores hasta lograr su mayoría de edad.

Casos como el trabajo informal, la distracción de los bienes, son factores que deberían complementar los señores Fiscales, a fin que mediante un enriquecimiento sin causa, se logre demostrar la distracción y la simulación de bienes que se pueden encontrar dentro de la familia del infractor (a) y la familia extensa, se convierten en criterio normativo de la actividad probatoria, para sustentar que no existe capacidad

económica y cree una causa justa de sustraer la obligación legal de dar alimentos al menor, y en consecuencia se vulneren gravemente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora, al ver esto, que se complementa con la jurisdicción, se ha enfatizado que los casos de inasistencia alimentaria, están llegando como si fuera la última ratio, que es la razón de ser de la jurisdicción penal. Al momento de constituir una serie de obligaciones en pro y defensa de los derechos a los alimentos del menor, se constituye de igual forma, los modos de hacer cumplir las obligaciones planteadas, esto genera que no solo la jurisdicción penal sea la encargada de dar cumplimiento a las obligaciones establecidas para la garantía de los derechos a los alimentos.

Dentro de la organización de nuestra Justicia Colombiana, se estableció una serie de jurisdicciones, las cuales, dentro del ámbito de su competencia, establecen asuntos a conocer, como son temas civiles, comerciales, penales, administrativos, laborales, entre otros. Si a la constitución de la obligación, le surge un incumplimiento, se debe acudir a la jurisdicción civil a fin de reclamar lo dejado de dar por el alimentario en pro del alimentante, siendo consecuentes a que se debe garantizar por parte del Estado, esa protección y lo hace precisamente cuando por los medios legales se logra en cumplimiento de la obligación.

Es concebible que muchos de los casos de inasistencia alimentaria han nacido dentro de los más oscuros sentimientos de odio y rencor de una pareja, donde lo más importante es reflejar la seguridad y el garantismo constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero esta situación no es tomada en cuenta por el padre o

madre que denuncia el delito de inasistencia alimentaria. Su sentir, se acoge a sentimientos profundos de odio y resentimiento, sin pensar en garantizar los derechos del menor, que corresponde en primera medida a la familia. En este sentido, cuando existe la generación de la obligación, se debe ser consciente que en primera medida se debe acudir a otras instancias para garantizar los derechos fundamentales del menor afectado.

Concuerdan los entrevistados, que es indispensable, que los actores de la acción judicial, deben conocer que no solo existe la acción penal para lograr la garantía de derechos constitucionales, sino que existen otros mecanismos aún más rápidos y de igual forma eficaces para satisfacer los derechos vulnerados. Precisamente, cuando se consagro la obligación, existió la forma de hacerla cumplir, y esto se logra ante la jurisdicción civil, teniendo como mecanismo los procesos ejecutivos para el cobro de las deudas atrasadas de alimentos, así como tener en cuenta dentro de estos procesos la prelación de créditos y deudas. Dentro de esta misma jurisdicción, se encuentra los procesos tendientes a concluir su existe la distracción y la simulación de bienes del padre o madre que a través de esta clase de acciones, se sustrae de la obligación de dar alimentos al menor afectado.

En sí, no solo a través de la jurisdicción penal se puede reclamar los derechos vulnerados de los menores, existen otras jurisdicciones que permiten que se garantice el derecho a los alimentos. Encontramos así, que la jurisdicción, también es una de las categorías que influyen en los factores que justifican la sustracción de la obligación alimentaria.

Conclusiones

Después del análisis crítico de la investigación, de los aportes dados por los entrevistados y del análisis de nuestra Carta Política, contrarrestándola con la norma del Art. 233 del C.P., el Art. 79 del C.P.P. y el Art. 129 de la ley 1098 de 2006, se ha podido concluir que la norma es permisiva a evadir la responsabilidad de aquellos padres y madres que de manera errónea, están sujetos a las aplicaciones de los procedimientos legales y de la norma Constitucional en defensa de sus derechos y por ende, encuentran la forma de sustraerse de la obligación alimentaria de dar alimentos a los niños, niñas y adolescentes.

Los factores jurídicos que se encontraron para que no se genere esa obligatoriedad de dar alimentos, se encuentran en la no aplicación exacta del precepto constitucional del Art. 44 acompañado especialmente de la prevalencia de los derechos de los menores afectados y no solo de ellos, de todos nuestros niños, niñas y adolescentes colombianos.

¿Qué se necesita en realidad para establecer la garantía del derecho a los alimentos? Es imperioso corregir la norma del Art. 233 del C.P., además de aplicar predisposición alguna, la prevalencia constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por encima de los derechos de los demás y en el caso concreto de quien se sustrae de dar alimentos, considerando que debe haber excepciones a la regla. Estas excepciones se plantean en casos especiales como son las personas que en realidad tiene una limitación física, poseen alguna limitación mental o que por sentencia judicial se han declarado personas que no pueden valerse por sí mismas, a pesar de que hayan tenido la

posibilidad de engendrar hijos y no les pueda asistir al responsabilidad alimentaria para con sus procreados.

Existe actualmente un problema en sí, y es esa irresponsabilidad de los padres que teniendo la capacidad física e intelectual, que generar un sustento diario para sí mismo, se lo niegan a sus menores hijos; entonces ¿qué se debe hacer en estos casos? Nuevamente, replantear la norma, que se aplique con más rigor, que se hagan trabajos de investigación más arduos para la valoración de la prueba y aplicar el valor constitucional por encima de cualquier otro, de igual forma que se replantee la forma de investigación en temas como el trabajo informal, la distracción de bienes, el ocultamiento de rubros y aplicar la necesidad intrínseca del garantismo pero en pro y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En este conjunto de ideas, la norma como tal, debería ser más garantista del precepto constitucional, además de que se debe contar con mecanismos investigativos más profundos, a fin de no vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y garantizar la obligación alimentaria dentro del sentido de la corresponsabilidad que asiste a todos los colombianos.

Bibliografía

Arenas, A.V. (1983). Comentarios al Código Penal Colombiano. En A.V. Arenas, *Comentarios al Código Penal Colombiano*. 265

Bernal, C., & Larrota, M.E. (2012). El delito de inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de su conveniencia. *USAID – DeJusticia*.

Claro Solar, L. (1940). Tratado de derecho civil colombiano. *Librairie de la Société de Recueil Général des Lois et der Arrésts*. París. Francia. 444

Gómez Velásquez, G. s.f.

Guastini, R. (s.f.) Las razones del garantismo..

Guastini R. (1996) Estudios de Teoría Constitucional.

Gutiérrez Anzola, J.E. (1964) Las conductas antisociales. Bogotá D.C. Lerner

Moya Vargas, M.F. (2007). Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Bogotá D.C. Universidad Santo Tomás.

Pabón Parra, P.A. (2004). Delitos contra la asistencia alimentaria. Bogotá D.C. Doctrina y Ley

Pabón Parra, P.A. (2004). Delitos contra la familia. Bogotá D.C. Doctrina y Ley.

321

Pacheco Osorio, P. (1972) Derecho Penal Especial. Tomo III. Temmis.

Reyes Echandía, A. (1969). Delitos contra la asistencia familiar. Bogotá D.C.
Universidad Externado de Colombia.

http://www.elabedul.net/Documentos/Reformas_2008/Reformas_2010/Proyecto_Tierras.pdf