

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y  
ADOLESCENTES SOBRE LA PROHIBICION DE LOS MECANISMOS  
SUSTITUTIVOS DE LA PENA EN EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA.

Juan Camilo Quintero Moreno C.C: 1.092.354.710 de Villa Rosario – Nte/der.

Natalia Andrea Hernández Gil, C.C.: 1.010.214.817 de Bogotá D.C

Zulia Andrea Lopez Achury, C.C.: 1.010.223.689 de Bogotá D.C.

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Diplomado en Técnicas de Juicio Oral.

Bogotá D.C

2016

## Resumen

La Constitución nacional ha establecido la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes sobre los derechos de los demás, y en desarrollo de este mandato, el legislador ha promulgado una ley que tiene como único fin garantizar a los niños, las niñas y los adolescentes, un pleno y armonioso crecimiento en su familia y en la comunidad, entre estos derechos, se encuentra el derecho a los alimentos, derecho que garantiza el correcto desarrollo de estos, para el cumplimiento de este deber de los padres y derecho de los niños, el legislador ha establecido mecanismos específicos para garantizar la materialización de dichos derechos y de igual forma ha establecido sanciones a quienes faltando a su deber paterno o materno, nieguen la materialización de los alimentos a sus hijos, es así, como la inasistencia alimentaria se contempló como delito en la codificación penal, sancionándolo con hasta tres años de prisión, yendo más allá, el código de la Infancia y la Adolescencia, prohibido cualquier tipo de beneficio, entre los que se puede contemplar la prisión domiciliaria, a aquellas personas que violaren derechos, en el que la víctima fuera un niño, niña o adolescentes, pero el legislador, en su afán por castigar a los victimarios no previó que dichas restricciones, más que generar una protección para los niños, niñas y adolescentes, generó una limitación para que su victimario garantice la materialización de los derechos alimentarios.

### Palabras clave:

Derecho a los alimentos, Prevalencia de Derechos, Inasistencia alimentaria, Garantizar Derechos, Prisión domiciliaria, Control de vigilancia electrónica, Hacinamiento Carcelario, Reinserción social, Mecanismo Sustitutivo, Medida de Aseguramiento.

## Abstract

The national Constitution has established the prevalence of the children's rights, the girls and the teenagers on the rights of the others and, in development of this mandate the legislator has promulgated a law that takes as only end to guarantee to the children, the girls and the teenagers a full and harmonious growth in his family and in the community, between these rights we find the right to the food, right that guarantees the correct development of these, for the fulfillment of this duty of the parents and right of the children, the legislator has established specific mechanisms to guarantee the materialization of the above mentioned rights and of equal form has established sanction those who breaching to his paternal or mother duty deny the materialization of the food to his children.

It is like that, the food nonattendance was contemplated as crime in the penal codification, sanctioning it with up to three years of prison, going beyond, the Infancy and the Adolescence code, prohibited any type of benefit, between that it is possible to contemplate the domiciliary prison, To those persons who will violate rights, where the victim was a child, girl or teenagers, but the legislator, in his eagerness for punishing the victimizers did not foresee that such restrictions , rather than generate a protection for children and adolescents, generated a limitation to their victimizer ensure the realization of food rights.

### Key Words:

Right to food, Rights Prevalence, Food nonattendance, Guarantee Rights, house prison, electronic monitoring Control, Prison Overcrowding, social reintegration, Substitute Mechanism, Measurement Assurance.

## Introducción.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de los derechos y deberes de la pareja y el respeto de los integrantes de la misma y cualquier forma de violencia se considera destructiva de su armonía y unidad, la cual deberá ser sancionada por el ordenamiento jurídico como lo establece el art 74 del código de procedimiento penal que refiere “los delitos que para la iniciación de la acción penal requieren querrela, exceptuando los casos en que el sujeto pasivo sea un menor de edad.” es por eso que la obligación alimentaria abarca el deber de necesidad y solidaridad que tienen el padre y madre por los hijos menores, pues se circunscribe como un valor primario el derecho a la vida conectándose a este el derecho a la salud sin olvidar lo que significan los demás derechos fundamentales orientados al cuidado, la preservación e importancia de los niños, niñas y adolescentes en la sociedad.

En primera medida es importante definir lo que significan los derechos fundamentales, como aquellos derechos inherentes al ser humano pertenecientes a cada persona en razón a su dignidad humana, ahora bien esto significa que todos los seres humanos, sin importar origen, sexo, religión, cultura, necesitan de un conjunto de elementos para su subsistencia lo cual se origina en un principio de solidaridad y colaboración humana que traduce en brindar ayuda y apoyo mutuo bien sea de carácter económico, moral o afectivo cuando así lo requieran. Es así como estos derechos inherentes de todo ser humano se tornan aún más obligatorios e indispensables en aquellos casos en que la relación del ser esta mediada por lazos de parentesco como la familia (padre, madre) quien son los directamente responsables en proporcionar un apoyo a quienes se encuentran bajo su cuidado o en estado de indefensión como lo son niños, niñas y adolescentes. La constitución política de Colombia en su artículo 44 consagra los derechos fundamentales de los niños puntualmente: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la

Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Desde ese punto de vista la obligación alimentaria es de carácter recíproco busca proteger a quien se encuentre en estado de indefensión o estado de incapacidad física o mental, quien sea menor de edad, o pertenezca a la tercera edad o por cualquier tipo de debilidad manifiesta. En cuanto a la norma aplicable al derecho de alimentos de los menores y adolescentes es la Ley 1098 de 2006 en su artículo 24 “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.” También el estado colombiano regula la obligación alimentaria en el Título XXI “De los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas artículo 411, cuales son las reglas generales de la prestación en el artículo 412, en los que el ordenamiento hace referencia a la obligación de dar alimentos y sus beneficiarios.

Tomando como base lo anterior en Colombia desde el punto de vista en materia punitiva se prevé que una de las “penas no privativas” sea la reinserción social de la persona condenada, y a facilitar la integración del condenado al entorno productivo de la sociedad a través de la vinculación en el ámbito educativo, laboral y recreativo. Además implementando en función de pena carcelaria condiciones dignas de reclusión a los internos, asegurar el respeto de los derechos humanos de la población carcelaria, garantizar condiciones dignas de reclusión a los internos y la disminución del hacinamiento. Mediante el Decreto 2636 de 2004 el cual se hace alusión por primera vez a los sistemas de vigilancia electrónica como mecanismo sustitutivo de la prisión en caso de delitos considerados menores, es decir con pena impuesta no menor a cuatro años de prisión. Por su parte la ley 906 de 2004 estableció la posibilidad de imponer una modalidad de vigilancia electrónica como medida de aseguramiento no privativa de la libertad, o como mecanismo de garantía al cumplimiento de la detención domiciliaria de procesados si se considera que la residencia es suficiente para cumplir con lo fines de la medida de

aseguramiento. El control electrónico lo maneja directamente el INPEC a las personas a las cuales se les ha impuesto “prisión domiciliaria” como medida sustitutiva a la privación de la libertad en establecimiento carcelario.

En todo caso es necesario aclarar que existen opiniones similares referentes a las personas que han sido condenadas por inasistencia alimentaria asegurando que pueden pagar las penas de cárcel en su casa, siempre y cuando se cumplan las directrices en cuanto a las obligaciones económicas con sus hijos e hijas ligado a que deben pagar la indemnización por el delito cometido y someterse a medidas de vigilancia para poder recibir el beneficio de detención domiciliaria, además que se agrega que la prisión domiciliaria resulta ser el mecanismo más idóneo para poder cumplir con las obligaciones frente a los hijos. Sintetizando que la reparación de perjuicios y el cumplimiento de la obligación alimentaria a futuro serán más difíciles de realizar si el sentenciado es enviado a prisión.

Sin embargo, los anteriores sustitutivos de pena y en especial la detención domiciliaria, se han prohibido para delitos específicos como el caso de los delitos contra los niños, niñas y adolescentes tal como lo contempla la Ley de infancia y adolescencia en su artículo 193 numeral 11, es importante destacar la consideración del autor en el delito específico de la inasistencia alimentaria dicha prohibición más que un beneficio para el victimario, lacera los derechos de la víctima.

Para llegar a una conclusión definitiva y darle al lector la justificación adecuada del desarrollo del trabajo y el porqué de la conclusión el autor realizara una investigación profunda de las garantías fundamentales de los menores respaldándose en jurisprudencia, tratados internacionales ratificados, trabajo de campo, encuestas del INPEC las cuales lleven la dirección del trabajo a una respuesta realista de la pregunta problema producto de la investigación exhaustiva del trabajo, es importante aclarar que el objetivo principal de la investigación va dirigida a dar respuesta en cuanto si existe garantía o no de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre la prohibición de los mecanismos sustitutivos de la pena en el delito de inasistencia alimentaria puesto que como se ha venido enunciando los derechos de los menores prevalecen sobre los demás.

Es así que la trayectoria de la investigación va conectada en primera medida a los lineamientos jurisprudenciales basados primordialmente en la ponderación de los derechos fundamentales ligados a los tratados internacionales ratificados por Colombia y su aplicación.

En síntesis, se presentan algunos de los más importantes factores de la problemática de Inasistencia Alimentaria en Bogotá en el año 2015, dado que el delito de Inasistencia Alimentaria no es un problema de resolver por vía judicial sino que es un deficiente nivel de educación y culturización que merece más atención por parte del estado.

La metodología implementada será la cualitativa realizaremos en un análisis de la jurisprudencia, tratados internacionales, la constitución política, la ley 1098 de 2006, el artículo 233 del código penal (Ley 599 de 2000) entre otros.

Discusión.

Prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

En Colombia, la Constitución Política de 1991, estableció en su artículo 44, los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes como prevalentes sobre los derechos del resto de los ciudadanos.

La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, tiene como fin propiciar una especial protección a estos, en razón a la vulnerabilidad en la que se encuentran, pues al empezar a vivir, su conocimiento acerca de la vida es nulo, lo que genera una indefensión que perdura hasta que los niños, las niñas y los adolescentes alcanzan una madurez física, mental y emocional, para la toma de decisiones y para la participación en la sociedad.

De esta prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, se desprende un deber del Estado y la sociedad en forma general y la familia en forma especial, de garantizar que dichos derechos sean materializados, hasta cuando estos sujetos de especial protección alcancen la suficiente madurez para ver por sí mismos.

Así fue definido por la Corte Constitucional en sentencia T – 557 cuando manifiesta que: Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (Calle, 2011)

Esta misma corporación en sentencia C – 318, trajo a colación tres razones básicas para la protección especial de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:

- i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos. (Araujo, 2003)

Aparte de lo que establece el artículo 44 del ordenamiento constitucional, existen tratados y convenios internacionales que consagran dicha prevalencia de derechos los cuales integran el Bloque de Constitucionalidad que consagra el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

Tratados y convenios internacionales sobre la prevalencia de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

En primer lugar se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), que en su artículo 24, numeral primero, señala: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Dicho artículo, señala el derecho de medidas de protección que deben tener todos los niños, sin que se limite dicha materialización por alguna condición de discriminación, sin embargo, dicho artículo no establece una prevalencia de derechos de los niños sobre los demás derechos.

Se encuentra también, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos – Pacto de San José (OEA, 1969), que en su artículo 19 establece: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado., se evidencia, que al igual que el artículo 24 numeral primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece como derecho de los niño, las medidas de protección por su condición, mas no una prevalencia de derechos, sin embargo y en consonancia con las anteriores disposiciones, la UNICEF en 1989 promulgo la Convención Sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3 numeral primero señala: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. En dicho numeral se establece que toda medida que afecte a los niños, debe advertir el interés superior de estos, es decir, que cualquier decisión que

afecte directamente algún derecho de los niños, las niñas o los adolescentes y que se encuentre en conflicto con derechos de sus padres o cualquier otro sujeto se debe resolver en pro del interés del menor, lo que supone una prevalencia de derechos de los niños sobre cualquier otro sujeto de derechos.

Como podemos observar, la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes encierra un sinnúmero de derechos, que buscan el correcto desarrollo de estos sujetos.

El Derecho a los alimentos de los niños, las niñas y los adolescentes.

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (1991) fue desarrollado ampliamente por medio de la Ley 1098 de 2006 Código de la infancia y la adolescencia, la cual, en su artículo 9 establece la prevalencia de los derechos, de los niños, las niñas y los adolescentes.

Dentro de estos derechos se encuentra el derecho a los alimentos, consagrado en el artículo 24 de la Ley 1098

Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto. (2006)

Los derechos alimentarios suponen un deber a quien por ley está obligado a suministrarlos, esto es al padre o la madre del niño, la niña o el adolescente que en su condición de indefensión, no tiene la facultad de proporcionarse a sí mismo una manutención y todo lo que ella ocupa, esto es alimentación, habitación, vestido, asistencia médica, educación y en general todo aquello que propicie un desarrollo íntegro, por lo tanto, el menor está en condición de exigir el cumplimiento de dicho derecho, para esto, la Corte Constitucional en sentencia C – 258

ha establecido tres requisitos (Pretelt, 2015), el primero de ellos es que el peticionario, esto es el niño, la niña o el adolescente que requiera los alimentos, no posea bienes, factor que resulta natural en estos sujetos de derecho, el segundo requisito que establece la corte, es que la persona a quien se le piden alimentos, esto es el padre o la madre en la mayoría de los casos, tenga recursos económicos para proporcionar dichos alimentos, y finalmente, el tercer requisito, es que exista un vínculo parental que haga nacer la obligación alimentaria entre quien la requiere, es decir el niño, la niña o el adolescente y quien tenga los recursos para suministrarlos.

Estos derechos se pueden materializar por medio de mecanismos que ha establecido la ley tales como la conciliación, el proceso de fijación, aumento o exoneración de cuota alimentaria, o la denuncia por el delito de inasistencia alimentaria, el primer mecanismo puede llevarse a cabo en las entidades propias para este fin como por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación o la Personería de Bogotá, el segundo mecanismo, esto es el proceso judicial, deberá adelantarse en los juzgados dispuestos para tal fin y finalmente, el tercer mecanismo, deberá llevarse ante la Fiscalía General de la Nación.

El delito de Inasistencia Alimentaria.

Este delito se encuentra contemplado en el artículo 233 de la codificación penal, que señala:

ARTICULO 233. INASISTENCIA ALIMENTARIA. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1181 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible. Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente ~~únicamente~~ al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

PARÁGRAFO 2o. En los eventos tipificados en la presente ley se podrá aplicar el principio de oportunidad.

Como se puede observar, los alimentos no solo se deben a los niños, niñas y adolescentes, que serían en todo caso descendientes (consanguíneos o por afinidad) del victimario, sino que también se deben a los ascendientes, conyugues o compañeros permanentes. Sin embargo, para el caso de los menores de 18 años a quienes se les debe alimentos, la codificación penal señaló una pena más alta.

Como factor adicional para la protección integral de las víctimas menores de 18 años, por ser la inasistencia alimentaria un delito que en el mayor de los casos se comete contra los niños, las niñas y los adolescentes, el artículo 193, numeral 11 de la Ley 1098 del 2006, ha establecido la siguiente: 11. Se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito., esto quiere decir que existe una prohibición para conceder la detención domiciliaria, en los casos en los que la víctima de un delito, como lo puede ser la inasistencia alimentaria, sea un niño, una niña o un adolescente y en el que su victimario sea parte de su grupo familiar, esto es su padre o madre, como se configura, casi siempre, en este tipo de delito.

Los subrogados Penales.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, surge la incógnita de la viabilidad sobre la aplicabilidad de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad a los infractores

del delito de la inasistencia alimentaria, ya que considerando en el mismo plano las múltiples ventajas y desventajas se podría llegar a afirmar que, por un extremo se encuentran los derechos ya vulnerados de las víctimas y el principio del carácter teleológico de las sanciones penales. (Bustamante, 2011)

Por consiguiente, se hace necesario precisar el concepto del subrogado penal o mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad y sus componentes más importantes, además de la razón de ser que la jurisprudencia constitucional les ha atribuido a estos, entre otras tareas que se emprenden a fin de analizar la viabilidad en la aplicación de estos mismos.

Al respecto, se ha afirmado por la Corte Constitucional de manera reiterativa sobre los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena que son medidas que tienen como fin reemplazar la pena privativa de la libertad por otra que le sea de mayor favorabilidad al condenado, esto en virtud del cumplimiento de la política criminal de estado, la humanización del derecho penal y de la motivación del delincuente a la resocialización efectiva. (Palacio, 2013)

En efecto, la Corte Constitucional ha afirmado que los derechos fundamentales deben ser protegidos al punto de que no sean reducidos al simple juicio de legalidad emitido por autoridad judicial competente (Angarita, 1992), además de lo anterior, se debe hacer un análisis con total observancia de la Constitución Política ya que esta determinación debe ser tomada con base en sus preceptos, derechos y garantías; pues la función que la pena cumple es de resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcional (Herrera, 1993), por ende, se entiende que esta no puede extralimitarse e infligir los derechos de los condenados. (Vargas, 2002).

Asimismo, señalo la Corte Constitucional que los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, concedidas a quienes cumplan ciertos parámetros contemplados en el artículo sesenta y tres en adelante del Código Penal (la ley 599 de 2000), evento en el cual el juez tiene la tarea de verificar dos tipos de factores para conceder el beneficio, los primeros son los objetivos: el quantum de la pena y al cumplimiento parcial de aquélla en el evento de la libertad condicional, y los segundos factores los subjetivos: que están vinculados con el condenado y su personalidad y el comportamiento en sociedad y en familia. (Gaviria, 1998)

A saber, en cuanto a los requisitos objetivos y subjetivos para la concesión de la suspensión de la pena el artículo 63 del Código Penal (ley 599 de 2000) establece la procedencia para penas impuestas en primera, segunda o única instancia por un periodo de dos a cinco años siempre y cuando: la pena impuesta sea de prisión que no exceda los 4 años, la persona condenada carezca de antecedentes penales por delitos dolosos por los 5 años anteriores y además no haya sido condenada por alguno de los delitos excluidos de beneficios por el artículo 68 a del mismo Código, en el evento de existir condena por delito doloso en los últimos cinco años el juez analizará los antecedentes sociales, familiares y personales para determinar si es necesario la ejecución de la privación de la libertad, y por último, el pago de la multa que fue eliminado como requisito pero si un acuerdo de pago de la multa que sea debida por el beneficiario de la medida.

Posteriormente, cuando ya ha sido concedido el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, el beneficiario adquiere cinco obligaciones contempladas en el artículo 65 del Código Penal (la ley 599 de 2000) que debe cumplir a cabalidad so pena de que se ejecute inmediatamente la sentencia en el motivo de que hubiere sido suspendida, igualmente sucederá así en el evento de que el condenado pasados 90 días a partir de la ejecutoria de la sentencia que reconoce el beneficio no comparece ante autoridad judicial.

Respecto de las cinco obligaciones que adquiere el beneficiario consignadas en el artículo 65 del Código Penal (ley 599 de 2000), se enuncia en primer lugar la necesidad de informar sobre todo cambio de residencia, en segundo lugar, la obligación de observar buena conducta, en tercer lugar, la de reparar los daños ocasionados con el delito, en cuarto lugar, comparecer personalmente ante la autoridad que vigile el correcto cumplimiento de la sentencia, y por último, no salir del país sin previa autorización del mismo funcionario.

Por otro lado, está el subrogado de la libertad condicional, que se encuentra contemplado en el artículo 64 del Código Penal (ley 599 de 2000), este mecanismo consiste en otorgar la libertad a la persona condenada, siempre y cuando esta haya cumplido las tres quintas partes de la pena, además de observar un buen comportamiento y desempeño durante su tratamiento penitenciario y de que demuestre un arraigo familiar y social. Esta medida comporta la exigencia de la reparación a la víctima mediante garantías reales, bancarias o de acuerdo de pago.

De igual manera, la libertad condicional implica el cumplimiento de ciertas obligaciones, contempladas en el artículo 65 del Código penal (ley 599 de 2000), es decir, las mismas obligaciones junto con la medida de la suspensión de la ejecución de la pena, so pena de que se revoque el beneficio concedido.

Por otra parte, se ha incluido el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave consagrado en el artículo 68 del Código Penal (ley 599 de 2000), el cual consiste en conceder al penado la posibilidad de ejecutar su pena en su propia residencia o en centro hospitalario, esta es procedente en el evento de que el penado se vea aquejado por enfermedad grave incompatible con la vida.

Para la materialización de este beneficio, inicialmente deberá mediar el concepto de un médico legista, además, el juez deberá ordenar que al penado se le practiquen exámenes periódicos con el fin de verificar la persistencia de la enfermedad que ocasionó la concesión del beneficio y, por último, en caso de evidente mejoría del estado de salud del penado al punto de permitir la continuación de la ejecución de su pena en reclusión formalmente se revocará el beneficio.

Luego, se puede observar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión contemplada en el artículo 38 del Código Penal (ley 599 de 2000), consiste esta en privar de la libertad al penado en su propia residencia o en otro lugar que será determinado por el juez, es importante tener en cuenta que se excluye de este beneficio a la persona que haya evadido la justicia.

En atención al beneficio de la prisión domiciliaria, el legislador estableció los requisitos para concederla de la siguiente manera: que la pena que se imponga por la conducta punible tenga como pena mínima 8 años de prisión o menos, que la conducta punible no esté dentro de las enunciadas en el artículo 68<sup>a</sup> inciso dos, que se logre demostrar la existencia de un arraigo familiar y social y, por último, que se garantice por medio de caución que el condenado no cambie de residencia sin autorización previa, se reparen los daños causados, comparezca personalmente ante la autoridad que le vigile la ejecución de la pena y se permita la entrada de servidores públicos al domicilio para cumplir con la vigilancia de la pena.

Posteriormente, el legislador contemplo la facultad que tiene el juez de acompañar junto con la prisión domiciliaria la vigilancia mediante un mecanismo electrónico, el cual deberá ser cubierto por el beneficiario, o en caso de no contar con los medios para sufragarlo correrá a cargo del gobierno nacional, este tiene una finalidad muy especial y es que facilita la concesión de autorización del juez al condenado para salir de su residencia a trabajar o estudiar, caso en el cual será obligatoria su implementación.

En síntesis, la Corte Constitucional ha señalado que las penas deben responder al principio de necesidad, a lo cual el legislador ha reaccionado emitiendo leyes penales más humanas, en efecto, considerando que si un condenado puede cumplir su pena bajo determinadas condiciones y circunstancias menos gravosas y sin la necesidad de estar privado de su libertad, debe concedérsele estos beneficios, sin que estos hagan menos eficaz la pena o pierdan la finalidad resocializadora que tiene. Esta afirmación da cabida a los subrogados penales, que además de hacer las penas más humanas, se caracterizan por aportar a la sociedad varios beneficios tales como aliviar a descongestionar las cárceles respecto del problema del hacinamiento carcelario. (Vargas, 2002).

La prisión domiciliaria en el delito de inasistencia alimentaria contra un menor de 18 años.

Pese a la prohibición contemplada en el artículo 193 numeral 11 de la ley 1098 del año 2006, anteriormente enunciado, a consideración, dicha prohibición, no satisface el fin último de la prevalencia de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, como tampoco el interés superior del menor, pues al estar el victimario, privado de la libertad, no puede cumplir a cabalidad con este deber, lo que ocasionaría un daño aun mayor para el alimentista, que no obtendría sus alimentos necesarios para el correcto desarrollo y adicional a esto, también se le privaría de compartir con su alimentante. En contra posición, se debe conceder dicho beneficio frente al delito que hoy nos ocupa, esto con el fin que garantizar al alimentista niño, niña o adolescente, recibir por parte de su alimentante los dineros que satisfagan tal necesidad, situación está que no podría darse en caso de que el victimario alimentante se encuentra recluso en un centro penitenciario y carcelario.

En tal sentido, se pronunció en reciente jurisprudencia, el Magistrado Jorge Leónidas Bustos Martínez de la honorable corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, quien manifestó:

La negativa del sustituto muestra un actuar desproporcionado del Tribunal, quien bajo el prurito del interés superior del menor propende por un uso excesivo del encarcelamiento, en contravía de las finalidades perseguidas por la Ley 1709 de 2004 y de los propios intereses de la víctima. Esto último, en la medida en que **la reparación de los perjuicios y el cumplimiento de la obligación alimentaria a futuro serán más difíciles de realizar si el sentenciado es enviado a prisión.** Si de lo que se trata es de armonizar adecuadamente el cumplimiento de las finalidades de la pena con la restauración de los daños ocasionados al menor ofendido, la legislación le ofrece al funcionario judicial los instrumentos apropiados para equilibrar la sanción con las prerrogativas restaurativas en cabeza de la víctima. (Bustos, 2016. P. 22) (Negrita y subrayado fuera del texto)

Esto quiere decir, que si al victimario del delito de inasistencia alimentaria, que cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiario de dicho sustitutivo de la pena a imponer, se le niega la prisión domiciliaria, el estado, por medio de su rama judicial, estaría perjudicando seriamente a la víctima, pues la misma no obtendría la reparación a la que tiene derecho ni mucho menos cesaría el incumplimiento al deber alimentario, pues su victimario no tendría los medios (en una forma lícita) para poder proporcionárselos.

Continúa el Magistrado Bustos manifestando que:

Desde una perspectiva constitucional, el cumplimiento de la prisión en el domicilio en el presente caso es la modalidad de ejecución de la pena que de mejor manera se acopla con la máxima de garantizar el interés superior del menor. (Bustos, 2016. P. 24)

Entiéndase por interés superior del menor de 18 años de edad, aquella obligación de garantizar, en cualquier circunstancia que atañe al niño, la niña o el adolescente, los derechos de estos sujetos, como lo expresa (Bustos, 2016, p, 24): El interés superior del menor corresponde al imperativo que obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Lo anterior va acorde con la orden constitucional que señala la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, que se diferencia del interés superior del menor en que, según (Bustos, 2016): la prevalencia de los derechos de los

menores, entre otras cosas, implica que ha de aplicarse la hermenéutica más favorable al interés superior de aquéllos. (P, 24-25)

Es decir, que con la prisión domiciliara, como sustitutivo de la prisión intramuros, se garantizando el interés superior del menor de 18 años, pues este sustitutivo permite al victimario, claro está con la debida autorización de un juez de la republica que verifique la viabilidad o no, trabajar para así conseguir el dinero con el que podrá brindarle a su hijo los alimentos propios para un correcto desarrollo físico y mental. Situación está que no podría lograr, de una forma licita, con una prisión intramuros.

Así lo manifiesta en la misma sentencia el Magistrado Bustos al decir que:

Una comprensión meramente retributiva de la sanción penal, sesgada por la absoluta preponderancia de la prisión, conlleva a limitar las posibilidades fácticas de garantizar los derechos del menor víctima a recibir alimentos. El encarcelamiento del padre infractor lejos está de facilitar la adquisición de los medios económicos para reparar los perjuicios causados con su conducta y cumplir a futuro con la obligación alimentaria. (Bustos, 2016, p, 25)

Por otro lado, este sustitutivo de la pena de prisión intramuros por prisión domiciliara, no solo es un beneficio para la víctima, que podrá ver materializados sus derechos y compartir, si así lo quisiere, con su familiar aliméntate, sino que también representa un beneficio para el victimario y la sociedad, el primero de estos en razón a que la prisión domiciliara es compatible con el fin de la pena, que es la resocialización, pues como es bien sabido, las cárceles colombianas poco o nada materializan este fin, pues las mismas son más una escuela criminal que un sitio de resocialización, en consonancia esto, la sociedad se vería beneficiada pues una prisión domicilia representa para el país una “descongestión” de presos en las cárceles colombianas, que por delitos de gravedad menor como lo puede ser la inasistencia alimentaria, disminuyen los cupos de la penitenciarias, cupos que ya se encuentra al doble y hasta el triple de su capacidad.

Vale la pena hacer un breve repaso sobre este factor que afecta gravemente a la sociedad Colombiana y que se vería reducido en cierta manera, con el objeto de este trabajo.

El hacinamiento carcelario.

El hacinamiento carcelario es un factor que junto con otras falencias en las penitenciarías se ha convertido en un problema social que de manera indiscriminada vulnera los derechos humanos de los reclusos. Entiéndase el hacinamiento carcelario como la sobrepoblación carcelaria, que genera entre tantos males: inseguridad y criminalidad. (Calle, 2013)

Por su parte, El INPEC en un informe estadístico rendido en el 2015 definió el hacinamiento como: la cantidad de personas privadas de la libertad en un espacio o centro de reclusión determinado en número superior a la capacidad del mismo. (INPEC, 2015)

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que la crisis en el sistema penitenciario y carcelario es un asunto de carácter internacional, especialmente el hacinamiento, pues preocupa a muchos países que tratan de disminuir su porcentaje sin éxito. El hacinamiento es tan grave que lleva consigo otros flagelos, como la generación de más problemas al interior de las cárceles, pues escasean hasta los bienes más básicos para la subsistencia humana, lo cual provoca que se creen mercados ilegales y corrupción. Adicionalmente, la corte Constitucional tras declarar el estado de cosas inconstitucional declaró que a los reclusos se les vulneran varios derechos de manera masiva, no hay garantías, respeto ni derechos. (Calle, 2013)

Según informe del INPEC, el hacinamiento sigue empeorando conforme pasa el tiempo, y las razones tienen que ver con que la población carcelaria a cargo suyo va incrementando superando incluso su propia capacidad ya que, en efecto, en enero contaban con la capacidad de albergar a 77.874 reclusos y los reclusos ascendían a 116.760, cifra incontrolable, pues no cuentan con el número de camas, comida, baños y celdas. (INPEC, 2015)

Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo mediante acuerdo, realizaron inspecciones a varios establecimientos carcelarios, arrojando un informe que titularon “situación de los Derechos Humanos de los reclusos en los establecimientos de reclusión de Colombia”.

Dicho informe, concluye que el hacinamiento vulnera los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, pues implica para el recluso, problemas de salud, violencia e inseguridad, carencia de trabajo, educación, deportes, educación, visita conyugal, servicios médicos, entre otros servicios, además de vulnerar su integridad física y mental, autoestima y la

dignidad humana. Tal situación es descrita en el informe como una pena cruel, inhumana y degradante, concluyen que la calidad de vida de los reclusos y la garantía de sus derechos humanos es menor a mayor hacinamiento.

Con relación a lo anterior, la Corte Constitucional en la parte resolutive de su sentencia de tutela 153 de 1998 indicó que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación tienen la responsabilidad de revisar el plan de construcción y refacción de la infraestructura carcelaria, que ha contribuido de a poco a disminuir el hacinamiento carcelario. En conjunto, el plan de construcción y refacción de la infraestructura carcelaria y la legislación penal vigente han aportado para la disminución de las personas reclusos en los centros penitenciarios. (Cifuentes, 1998)

## Conclusión.

En conclusión, la sustitución de la pena intramuros con la prisión domiciliaria, garantiza la materialización del interés superior del menor y por su puesto la prevalencia de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes a que hace referencia el artículo 44 del Constitución Política de Colombia.

Pues, aunque dicha situación se pueda interpretar como un conflicto de interés entre el bienestar del victimario alimentante y la víctima alimentista, este conflicto de intereses se dirime en una situación en la que aparte de beneficiar al victimario que podrá pugar su pena en su domicilio y podrá gozar de libertades, aunque estas restringida, podrá también, previo permiso de trabajo ante el juez competente, satisfacer las necesidades económicas para poder cumplir a cabalidad con el deber que le corresponde como alimentante, también la víctima se ve beneficiada, pues esta podrá gozar del derecho a sus alimentos, que no podrán ser excusados por el victimario en razón a estar privado de la libertad y además, y si así lo quisiere la víctima, podrá disfrutar con su familiar alimentante.

Vale la pena aclarar, que no se quiere generar una imposición de conceder la sustitución de pena intramuros por pena domiciliaria, en todos los casos de inasistencia alimentaria, pues, para conceder dicho beneficio es necesario como se determino antes, que el victimario cumpla con ciertos requisitos y sobre todo se garantice el bienestar de la víctima, pues si el victimario es una persona con historial penitenciario o una persona que no posee arraigo más que el familiar con la víctima, este no es apto para que se le sea concedido dicho beneficio, más si se podría poner en riesgo a la víctima.

Respecto a los subrogados penales, estos han sido la respuesta a muchas necesidades sociales, estos son además necesarios y contribuyen a una mejor realización de la justicia en el país, estos aportan en múltiples campos al bienestar de las instituciones y de los ciudadanos que han sido objeto de la pena por conducta punible cometida, e incluso para se podría decir que en ocasiones las víctimas se ven beneficiadas por la concesión de estos beneficios a los condenados.

Inicialmente, es de resaltar que los subrogados penales atienden en gran parte al principio teleológico de la ley penal, que tiende sobre todo a pensar que la pena debe ser lo más necesaria y justa posible, para evitar incurrir en extralimitaciones y arbitrariedades contra los reclusos, es importante, además, recordar que la ley penal tiene una dependencia de la Constitución Política de Colombia por lo tanto es de carácter garantista y humanista.

Por un lado, los subrogados penales consagrados en el artículo sesenta y tres en adelante del Código Penal (la ley 599 de 2000), han representado un auxilio para la justicia que se ve fragmentada ante el aumento de los problemas al interior de los centros penitenciarios. Estos centros tienen como fin la resocialización de los penados y tienen la obligación de garantizarles unos derechos mínimos que, por un conjunto de problemas tales como: el hacinamiento, la corrupción y la inseguridad, se les han terminado violando de manera indiscriminada, situación que ha sido objeto estudio de estudio de la Corte, declarando el estado de cosas inconstitucionales.

En consecuencia, previa observancia de los requisitos exigidos por ley, ante el problema carcelario la concesión de alguno de los beneficios de los subrogados penales, es una respuesta oportuna y muy útil que, de diferentes maneras da una solución parcial o al menos ayuda a disminuir el porcentaje de los derechos violados a los condenados en dichos centros penitenciarios.

En relación con lo anterior, con la aplicación de los subrogados penales se aliviana la carga de los centros penitenciarios que están rebasados numéricamente en su capacidad, los cuales ante esta pequeña reducción pueden garantizar con mayor facilidad los derechos humanos de los reclusos, y los beneficiarios en su lugar pueden disfrutar de una pena más digna y humana al poder cumplir con su pena en su domicilio, centro médico hospitalario o libertad condicional.

Adicionalmente, en ciertas ocasiones las concesiones de los subrogados penales representan para las víctimas numerosas ventajas, pues si se tiene en cuenta que al beneficiario puede serle concedido permiso para trabajar, este adquiere la capacidad de sufragar los gastos causados a las víctimas, además de repararlas, sin tener en cuenta que, además, el penado puede seguir cumpliendo de esta manera con sus obligaciones personales.

En síntesis, es importante observar el panorama completo de los subrogados penales en relación con el delito de la inasistencia alimentaria y, he aquí las víctimas como un punto de partida importante para analizar la viabilidad y aplicación de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa, hay varios puntos que deben ser tenidos en cuenta para confirmar que es realmente provechoso su aplicación.

En general, la inasistencia alimentaria tiene como victimarios a los menores de edad a quienes se les ha sustraído sin justa causa el derecho a recibir sus alimentos, conducta que tiene pena de prisión, es así como al enviar al responsable de esta conducta punible a una cárcel o centro penitenciario, no se consigue nada más allá de una pena, puesto que a la menor víctima del incumplimiento no se le restablece ni garantiza de ninguna manera el efectivo cumplimiento de su derecho.

Considerando lo anterior, solo se castiga la conducta punible pero la víctima no obtiene una real reparación y su derecho sigue vulnerado, en efecto, la concesión del mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad implica para la víctima un beneficio, puesto que es más factible que el condenado pueda cumplir con su responsabilidad estando en su domicilio, ya que las oportunidades que tiene en un establecimiento carcelario de obtener medios para sufragar los alimentos son nulas, mientras que, en su domicilio puede solicitar ante el juez una autorización para estudiar y trabajar.

Por último, para reforzar más la idea de los subrogados penales como solución a la vulneración de los derechos de los menores víctimas, como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, el encarcelamiento del infractor no constituye bienestar para el menor, pues en lugar de facilitar la adquisición de los medios económicos para efectos de reparación y cumplimiento de su obligación, le imposibilita, esto sin dejar de observar que el infractor puede ser también responsable de otras personas a las cuales se les vulnerarían sus derechos y que, finalmente, la pena dejaría de lado su objetivo y no sería compatible con los estamentos legales vigentes siendo un mecanismo poco idóneo.

#### Referencias Bibliográficas:

Bustamante, J. L. (2011). Principios rectores de la ley penal. [On line] Disponible en <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (febrero, 2016), “Casación, radicado No 46.647, No de providencia SP918- 2016”, M.P. Bustos Martínez, J. L., Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional, (julio, 2011), “Sentencia T -557”, M. P. Calle Corre, M. V., Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional, (abril, 2003), “Sentencia C -318”, M. P. Araujo Rentería, J., Bogotá D.C.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2006, 08 de Noviembre), “Ley 1098 del 8 de Noviembre de 2006, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.”. Diario Oficial, núm. 46446 de noviembre 08 de 2006. Bogotá D.C.

Colombia (2014), Código Penal, Bogotá, Leyer.

Colombia, Corte Constitucional, (mayo, 2015), “Sentencia C - 258”, M. P. Pretelt Chaljub, J. I., Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional. (enero, 2013). “Sentencia T-035”. M.P. Palacio Palacio, J. I., Bogotá D.C.

Colombia. Corte Constitucional. (diciembre, 1992) “Sentencia T-596” M.P. Angarita Barón, C. Bogotá D.C.

Colombia, Corte constitucional, (abril, 1998) “Sentencia T-153” M. P. Cifuentes Muñoz, E. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional, (junio, 2013) “Sentencia T-388” M. P. Calle Corre, M. V., Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional, (diciembre, 1993) “Sentencia C-565” M. P. Herrera Vergara, H., Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional, (octubre, 2002) “Sentencia C-806” M. P. Vargas Hernández, C. I. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional, (noviembre, 1998) “Sentencia C-679” M. P. Gaviria Díaz, C., Bogotá D.C.

Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho (Septiembre, 2014), “subrogados penales, mecanismos sustitutivos de pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano” [On line]. Disponible en:

<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Cartilla%20Subrogados%20Penales.pdf>

Colombia, Instituto Penitenciario y Carcelario – INPEC (febrero, 2015) “Informe estadístico, Enero 2015” [On line]. Disponible en:  
[http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/INFORME%20ENERO%202015%201\\_0.pdf](http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/INFORME%20ENERO%202015%201_0.pdf)

Estados Unidos, (diciembre, 1966), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, ONU.

Estados Unidos, (noviembre, 1989) “Convención Sobre los Derechos del Niño”, UNICEF.

San José de Costa Rica, (noviembre, 1969) “Convención Americana Sobre Derechos Humanos – Pacto de San José”, OEA.