

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES
FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**SUPREMACÍA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN CASOS DE INASISTENCIA ALIMENTARIA POR INDEBIDA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y ARCHIVADOS POR CONDUCTA ATÍPICA
DERIVADOS DE LA ECONOMÍA DEL ALIMENTANTE**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: FAMILIA Y ESTADO

BOGOTÁ D.C., SEPTIEMBRE 23 DE 2017

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES
FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**SUPREMACÍA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN CASOS DE INASISTENCIA ALIMENTARIA POR INDEBIDA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y ARCHIVADOS POR CONDUCTA ATÍPICA
DERIVADOS DE LA ECONOMÍA DEL ALIMENTANTE**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: FAMILIA Y ESTADO

**ALUMNO
JENNY KATERINE AGUILERA
CÓDIGO 7081221259**

**Docente
LIBIA PATRICIA PÉREZ QUIMBAYA
MAGÍSTER EN EDUCACIÓN**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO DE FAMILIA**

BOGOTÁ D.C., SEPTIEMBRE 23 DE 2017

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
1. JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	10
1.1. Planteamiento del problema de investigación	10
1.2. Pregunta problema de investigación.....	10
1.3. Hipótesis	11
2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	11
2.1. Objetivo general	11
2.2. Objetivos específicos	11
3. MARCO REFERENCIAL.....	12
3.1. Marco histórico	12
3.2. Marco jurídico	16
3.3. Marco conceptual	20
3.4. Marco teórico.....	21
4. UNIDAD DE ANÁLISIS	32
4.1. Toma de muestras: Análisis de entrevistas	33
4.1.1. Criterio taxativo	33
4.1.2. Criterio subjetivo – objeto	36
4.1.3. Criterio objetivo – procedimientos	40
4.2. Eficacia del estado garantista	43
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA	48

RESUMEN

La inasistencia alimentaria, es un delito que día a día vulnera los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes; actualmente padres y madres que no dan alimentos a sus hijos, ocultan sus medios económicos en una mentira, capacidad económica, que no les permite a estos padres cumplir con tales obligaciones alimentarias.

Estos padres, sin discapacidad física o intelectual (mental), distraen su verdadera economía, ocultando bienes, dineros, y hasta colocando a otros hijos que no son de sangre, como si fuesen suyos. Quienes representan los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se ven 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 o indiciada” que frecuentemente es simulada por los padres inconscientes que ocultan su actividad económica y sus bienes.

Gran parte de la problemática que surge, es ser consecuentes a las problemáticas judiciales; es evidente que falta medios investigativos, mecanismos alternativos por parte del Estado para lograr los fines del mismo, falta de capacitación y de personal a nivel judicial, hacen que actualmente, muchos casos de inasistencia alimentaria vulneren de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; la misma administración de justicia tiene grandes fallas.

Palabras clave: Inasistencia alimentaria, atipicidad, falta de capacidad económica, Administración de justicia, Estado.

ABSTRACT

The lack of food, is a crime that day by day violates the rights of our children and adolescents; currently fathers and mothers who do not give food to their children, hide their economic means in a lie, economic capacity, which does not allow these parents to meet such food obligations.

These parents, without physical or intellectual (mental) disabilities, distract their true economy, hiding goods, money, and even placing other children who are not blood, as if they were theirs. Those who represent the rights of children and adolescents who are affected by this behavior can, among other alternatives, file a complaint with the Attorney General of the Nation for this entity to take responsibility for penalizing irresponsible parents. However, many of these cases are filed by "lack of economic capacity of the indicted or indicted" that is often simulated by unconscious parents who hide their economic activity and assets.

Much of the problem that arises is to be consistent with judicial issues; it is clear that there is a lack of investigative means, alternative mechanisms by the State to achieve its objectives, lack of training and personnel at the judicial level, which means that many cases of food insecurity currently violate the rights of children and adolescents; the same administration of justice has major flaws.

Keywords: Food insecurity, atypical, lack of economic capacity, Administration of justice, State.

INTRODUCCIÓN

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 nuestros niños, niñas y adolescentes, entre ellos, el de los alimentos. Como es bien sabido, nuestros niños, niñas y adolescentes, muchos de ellos, se ven privados de este derecho fundamental, razón que asiste en primer lugar, ser privilegio de ellos a gozar de estos derechos, pero que, por razones injustas, no se cuenta con el goce pleno de este derecho.

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, vulnerando este derecho fundamental, consagrado en el Art. 44 de la Constitución Política; vemos así, como padres y en algunos casos madres, se sustraen de esa obligación alimentaria que les asiste como derecho natural en primer lugar y buscando evadir los medios indagativos 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 en contra de la familia, recae en sus 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.

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 800 y 1000 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 de los niños, niñas y adolescentes, 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 800 a 1000 procesos al año. Se cuenta con alrededor de 11 unidades. Promediando, tendríamos 132 Fiscales, cada uno con un promedio de 900 procesos, que, multiplicados por el número de fiscales, da un total de 118.800 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 59.400 procesos de inasistencia alimentaria, en la unidad de delitos 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 15840 a 23760 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 sus obligación alimentaria, y que entre comillas podríamos decir, la ley es permisiva, porque les permite que 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 de los niños, niñas y adolescentes, 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.

Es aquí, donde nace el problema. 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, que es este otro punto que sumado a la problemática, convierte en mayor el problemas, tanto así, que la falta de medios, mecanismos, recursos, personal y capacitación

de quienes administran justicia, pueden muchas veces hacer que esos resultados se reflejen en la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, convirtiéndose hoy en día en otro factor imperante y definitivamente lamentable porque 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, donde puede encontrarse la problemática planteada.

La Línea de Investigación dentro de la cual se ubica el tema de investigación: FAMILIA – ESTADO, por cuanto la problemática de investigación que surge en torno a este Proyecto, se refleja en el conjunto de niños, niñas y adolescentes que se ven afectados por la vulneración de sus derechos constitucionales, más exactamente, en el derecho de los alimentos, por causa de la injustificada asistencia alimentaria de padres y madres que se sustraen sin justa causa de ese deber moral y material, sumado a las indagaciones que se quedan cortas para encontrar la verdadera fuentes que permita constitucionalmente al estado cumplir con ese deber de garantista: cumplir con los fines esenciales preservando la constitución por encima de cualquier otra legislación colombiana.

Como lo podemos ver, se trata de un enfoque primero de la familia, por ser el primer responsable de garantizar los derechos fundamentales y en segundo lugar del Estado, de hacer que se cumpla esos derechos fundamentales, lo que nos lleva a una línea de investigación FAMILIA – ESTADO.

Para que se permita el desarrollo de los objetivos propuestos en esta investigación, la sub línea que plantea el problema jurídico a resolver, la aplicación de la ley penal, más exactamente al Art. 233 del C.P. y como el Estado, dentro de sus funciones, lo aplica para garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

1. JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Es importante y de gran relevancia, el desarrollo de este proyecto investigativo, porque nos permite verificar que existe un problema alrededor de uno de los derechos fundamentales de nuestros niños, niñas y adolescentes, el derecho a sus alimentos.

De igual modo. La importancia de esta investigación dentro del ámbito de aplicación, más exactamente, para los fines apreciativos y aplicativos en la Especialización en Derecho de Familia, teniendo en cuenta que nuestra profesión exige cada día más profesionales idóneos en la materia, a fin de lograr alcanzar el cumplimiento de los derechos fundamentales y de los fines esenciales del Estado aportando nuestro conocimiento y practica en la doctrina del Derecho; no solo esta profesión es implícita para lograr los objetivos propuestos, existen otras profesiones afines la psicología, el trabajo social, los terapeutas, la psiquiatría, la medicina y otras profesiones que nos aportan grandes rasgos para ejemplarizar y cumplir con los mandatos legales.

1.1. Planteamiento del problema de investigación

La garantía de los derechos superiores de los niños, niñas y adolescentes que se ven afectados por el incumplimiento de padres y madres, que no sufren de discapacidad física o intelectual (Motriz) se afectan porque a la hora de ser investigados en su capacidad económica, estos distraen bienes, dineros, formas de trabajo entre otros, para no cumplir con esa obligación de alimentante, sumado a las pocas posibilidades de investigación que se limitan a personal, capacitación y tiempo para encontrar una fuente de ingresos.

1.2. Pregunta Problema:

¿Se vulneran de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que no tienen una cuota alimentaria por parte de padres o madres, que dicen no tener la capacidad económica para dar la debida asistencia alimentaria, por el imperativo de la rigurosidad del Art. 233 del C.P., sumado a la inoperancia prevalente en la aplicación de la norma constitucional por parte del Estado?

1.3. Hipótesis:

Con la propuesta de en primer lugar una reforma al Art. 233 del C.P., donde no se justifique más la expresión *el que se sustraiga sin justa causa*, para que se aplique con gran rigurosidad el precepto constitucional; y en segundo lugar, una mirada amplia de reforma a la administración de justicia, para que se implemente recursos humanos, capacitación de funcionarios idóneos en la materia, adquirir medios investigativos adoptados por nuestro país, para evitar que en tiempo récord se siga insolventando y distraendo la capacidad económica existente en padres y madres causantes de la vulneración de derechos constitucionales por una supuesta incapacidad económica.

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivo General

Identificar las fuentes que vulneran los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes cuando se ven afectados por padres y madres que no cumplen con su deber moral y material de dar alimentos, así como el deber garantista del Estado y la aplicación de la ley.

2.2. Objetivos específicos:

1. Demostrar que los padres y madres que se insolventan o distraen sus bienes, vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes al no cumplir con el deber de dar alimentos.
2. Analizar los factores en materia de investigación por parte del estado, que no permiten demostrar una verdadera capacidad económica de padres y madres incumplidos en el deber de dar alimentos.
3. Determinar la permisibilidad del Art. 233 del C.P., en cuanto a la razón de justa causa para no cumplir con la obligación de suministrar alimentos a los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

3. MARCOS DE REFERENCIA

3.1. Marco histórico:

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).

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 atenderlas necesidades mínimas para sobrevivir. La ley ha sancionado esta obligación moral, “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”. Lo anterior, bajo el criterio y argumento del Dr. FERNANDO VÉLEZ (VÉLEZ, 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 denominaba simplemente "alimentos", hoy está en la ley 1098 de 2006, Art. 24.

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: ¹

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. Pero 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,

¹ Los antecedentes históricos que se toman para la presente investigación, son una atenta nota de las siguientes obras: LÓPEZ 1992, págs. 236 a 244. VALENCIA 1977, págs. 75 a 89. MONROY, 1982, págs. 104 a 115. CABANELLAS, pág. 252, ESCRICHE, 1977, pág. 270. VÉLEZ, 1981 págs. 154 a 200. ANZOLA, págs. 152 a 161. CAMACHO ROLDAN y TAMAYO, 1981. GARCÍA SARMIENTO, 1991, págs. 47 a 145.

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, conocíase 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 allá 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. Pero 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.

3.2. Marco Jurídico:

Evolución normativa: (PABÓN PARRA, 2004, pág. 331 a 340)

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".

Ley 75 de 1968: El artículo 40 de esta preceptiva 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. La norma comprendió la asistencia moral al elevar a categoría delictiva la falta de asistencia moral, incriminando el incumplimiento voluntario del "auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole". Este mismo cuerpo, en su artículo 45, dispuso que la figura de la inasistencia moral quedara incorporada al Código Penal, entre las conductas atentatorias del bien jurídico de la familia, en capítulo especial denominado "Delitos contra la asistencia familiar".

Como antecedentes de la regulación penal contenida en los artículos 40 a 49 de la ley 75 se citan múltiples intentos de normalización penal de la conducta de abandono familiar (Como se puede apreciar en el libro *Comentarios al Código Penal Colombiano* del Dr. Antonio Vicente Arenas); como antecedente normativo inmediato encontramos 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".

Proyecto de 1974: 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 contiene 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.

El elemento discriminatorio del hijo natural, al que hoy la ley civil denomina *extramatrimonial*, se mantuvo bajo diversas formas hasta su abolición definitiva por la Ley 599 de 2000, en claro acatamiento del principio de igualdad dominante en la materia. Esta figura fue introducida soterradamente en el proyecto de 1978, que se constituyó en un frustrado intento de revivir atávicos criterios que propugnaban la conservación de esta irracional forma de discriminación conservada con algún paliativo en la revisión de 1979 y en el decreto 100 de 1980. No sucedió lo mismo con la propuesta relativa a introducir subsidiariedad alternativa al tipo, "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.

La normatividad propuesta y finalmente adoptada por la Comisión para el capítulo 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...."*

Proyecto de 1978 y 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 para la ocultación de bienes con el fin de substraerse a la prestación alimentaria, con la clara deficiencia dogmática que aún conserva la ley 599 de 2000, al incriminar como circunstancia de agravación una composición comportamental que en apariencia *no exige el cumplimiento de la conducta básica, pues su ámbito gramatical restringe a la punición de la finalidad: “propósito de sustraerse a la restricción alimentaria”*. (Negrilla y cursivas mías).

Como se aprecia, este es el problema central de esta investigación, se restringe el delito, siendo la ley permisiva para varios casos de inasistencia alimentaria.

En precepto que en esencia también conservan los Códigos de 1980 y 2000 se introdujo de manera rescatable la aclaración normativa según la cual el pronunciamiento de sentencia condenatoria no impide la iniciación de un nuevo proceso si la conducta de inasistencia alimentaria "persiste o es reiterada".

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.

Código de 1980: La comprensión definitiva de este género delictivo incorporada al decreto 100 de 1980 modifica 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; así, se transforma la nominación del tipo básico de "inasistencia familiar", "inasistencia alimentaria": sobrevive su tratamiento limitado para el caso de parentesco natural de consanguinidad a padres e hijos. La circunstancia de agravación punitiva quedó sin ninguna modificación respecto del texto revisado en 1979.

El decreto 141 de 1980 nominó acertadamente la aclaración normativa referente a la reiteración, perfilando de mejor manera su redacción. En torno al delito de malversación y dilapidación de bienes el objeto material se limitó a los bienes 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.

Proyecto de 1998: Como gran novedad, este trabajo propuso 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.

Código de 2000: En lo atinente al delito de inasistencia alimentaria se suprimió con total acierto a los clamores del proyecto que exigía que los alimentos debidos hubieran sido "reconocidos u ordenados" por autoridad competente. Se incorpora 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.

La agravación por ocultamiento fraudulento del patrimonio con el propósito de sustraerse a la obligación alimentaria permanece inalterada acerca de la norma de 1980 reiterada también por el proyecto de 1998. 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.

3.3. Marco conceptual:

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. (Gustavo Gómez Velásquez). 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, (Alfonso Reyes Echandía, Delitos contra la Asistencia familiar, 1969 Universidad Externado). 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 familiar. La falta de asistencia moral es una de las causas determinantes de la criminalidad infantil y juvenil, la vagancia, la mendicidad, la prostitución, el alcoholismo y la gaminería. 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, editado en 1972 (Pedro Pacheco Osorio) 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. (Luis Carlos Pérez Velasco).

Los diferentes estudiosos del tema entran a conceptuar 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 la suscrita investigadora.

3.4. Marco teórico

Revisando los antecedentes y la definición conceptual de la connotación del delito, encontramos precisamente la propuesta de solución 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. (Gustavo Gómez Velásquez). 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).

El Derecho de alimentos en el menor, es tomado como fuente imperativa sobre las demás normas, porque desde el rango constitucional tiene absoluta prevalencia respecto a su bienestar, como derecho fundamental que consigo enmarca la calidad de vida como carácter obligatorio. Pero en estos momentos no nos vamos a basar en consecuencias o efectos, sino en la estipulación normativa, en otro punto encontrándose el desarrollo de los efectos que trae consigo preceptuar bajo derechos fundamentales que van consigo aprehendidos, para darle respuesta o más bien pleno sustento al derecho a la vida.

Según la Constitución Política, el Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

Tenemos principalmente a la vida como derecho fundamental y muchos autores en sus escritos comentan la importancia que sostiene.

Nuestra Constitución Política en su inciso segundo artículo 44, nos habla de la obligación que la familia, la sociedad y el Estado tienen, de prestar una asistencia y protección digna al niño, con el fin de “garantizar el desarrollo armónico e integral”, así mismo la validez de sus derechos y frente a ellos cualquier persona fuera de sus acudientes, tiene el pleno derecho en su momento convertido en obligación, de hacer exigibles todas las garantías por parte de la ley competente, como mandato de orden Constitucional, por encima de la normatividad existente que se refiera a ello.

ARTICULO 44 CONSTITUCIÓN NACIONAL.

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 de cada uno de los valores que sus hijos tienen para poder crear una sana convivencia dentro de nuestra territorialidad.

Por mandato Constitucional, tenemos el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que no significa hacer de nuestra vida lo que queremos, sino cumplir bajo una esfera, cada normatividad existente de carácter prevalente, que muchas veces se convierte en alguno de nuestros derechos, como también deberes para con los demás, más cuando nos encontramos hablando de menores de edad, cuyos derechos son prevalentes con respecto al resto del conglomerado social.

La Constitución Política en su Artículo 42, otorga fundamento respecto de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, cabeza merecedora de posicionamiento esencial para nuestra sociedad, dejando al libre albedrío del hombre y la mujer para que entre ellos se pueda formar; posterior y a la vez inherente a este derecho, la obligación como ascendentes de generar todas las garantías y derechos necesarios.

Nuestra Ley 599 de 2000 Código Penal en su libro segundo De los Delitos en Particular Artículo 233, forma parte del grupo vigía del incumplimiento de la Obligación Alimentaria, estipulando hoy una pena privativa de la libertad por uno (1) a tres (3) años de prisión, ajustadas también respecto de agravantes que ahonden la condena, por las conductas.

“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”.

Adentrándonos en el Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de los derechos fundamentales de los niños, el de la alimentación juega un papel importante respecto al derecho a la vida, puesto que va ligado al ejercicio de su vida, dignidad humana y desarrollo. En su inciso segundo, muestra a la familia, la sociedad y el Estado, como obligados para la promoción del desarrollo del menor, en cada uno de sus aspectos.

Se define así, la pregunta de investigación, donde en casos de inasistencia alimentaria archivados por atipicidad derivados de incapacidad económica, vislumbrando claramente que se constituye una norma permisiva en tanto se carece de medios de indagación, con el fin de lograr que los padres irresponsables se concienticen a la fuerza del deber que les asisten como padres.

La pregunta de investigación, se centra en revisar qué factores jurídicos justificarían la obligatoriedad de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en casos de inasistencia alimentaria archivados por atipicidad derivados de incapacidad económica.

Como se explicó anteriormente, la norma indica que la persona que se sustraiga con justa causa, no le recae el delito de inasistencia alimentaria; por ende, dentro de esta premisa, están aquellos padres o madres que teniendo capacidad física e intelectual, donde generan sustento a diario, no les asiste razón para desobligarse de este deber, y es aquí donde se centra la problemática de la norma y a su vez en la aplicación de la indagación y sus métodos, que no permiten avanzar en el encausamiento de la conducta con el fin primordial de salvaguardar el precepto constitucional del Art. 44. Desde este punto de vista, la primacía de la norma, debe ser siempre así, prevalecer sobre cualquier otra norma y no permitir que se violenten los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Vemos claramente, cómo la norma permite que se conmine a que se realice una “justificación” en aquellos padres o madres que en realidad tienen la formalidad de responder por su obligación alimentaria, a manera de escudo en contra de la norma,

salvaguardándose en ella, en el modelo garantista, sin visualizar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, están primero, están por encima de cualquier otra persona, siendo inconsecuente la norma ya que en ella existe eximente de responsabilidad y es aquí donde surgen las preguntas, ¿qué debe prevalecer cuando estos padres ocultan sus bienes, sus actividades económicas y se disponen a no responder por esa obligación?, entonces, ¿No debe ser la misma Constitución garante de los derechos de los menores y ser aún más consecuente con lo que tiene plasmado e inmerso en ella? ¿Dónde queda ese poder constituyente que debe proyectarse por encima de todos los derechos de los menores, debiendo primar la Constitución, pues desde el principio se debe aplicar este precepto y no converger a su ignorancia como tal?

Si nos damos cuenta, la norma penal es amplia en su aplicación, siendo permisiva para no castigar a los padres y madres que se sustraen de su deber con sus menores hijos por falta de capacidad económica, cuando en nuestro país refleja claramente que esta clase de padres se sostienen todos los días de sus vidas, tienen un sustento, no se encuentran impedidos físicamente e intelectualmente, cuando trabajo existe y entre estos trabajos existe la informalidad, cuestión que debe ser analizada por los juristas como una fuente de trabajo y de vida; otra de sus formas es precisamente la ocultación de su vida económica, cuando distraen los bienes en manos de terceros. Pero la excepción al caso se puede presentar en casos especiales de discapacidad, que hoy en día nos han dado claro ejemplo de que una discapacidad no es límite para lograr alcanzar las metas personales y económicas, reflejando un espíritu de superación, demostrando a la sociedad que personas así pueden lograr mejores grandes metas, que uno mismo; sería algo excepcional este caso, así como padres que tengan limitación intelectual y aquellos que no pueden valerse por sí mismos.

Se debe partir de la premisa que todos los ciudadanos de este país, tienen un mínimo vital, el cual es mencionado abiertamente en acciones constitucionales, como un derecho fundamental, el cual no evita que se realice un desinterés en poder legalmente por los menores, reflejando que no se debe archivar esta clase de casos de inasistencia alimentaria, cuando la norma supra, implementa este derecho fundamental y que se debe aplicar más la norma supra que la norma penal, teniendo que arremeter un cambio legislativo en el comportamiento de la norma y su aplicación más rigurosa a esta clase de padres.

Ahora, todo lo anterior manifiesta claramente una respuesta de una parte del problema; como es bien sabido la Fiscalía General de la Nación fue creada con la Constitución de 1991 y es esta entidad la encargada de castigar el delito, de punibilidad y dar ejemplo de la sanción.

Siendo esta entidad quien indaga, investiga y lleva la conducta punible a una sanción cuando converge la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad para la imputación objetiva, en materia de inasistencia alimentaria se ha quedado corta al momento de indagar. Es claro que no hay elementos suficientes en materia de investigación tanto físicos como humano, pues se refleja en la cantidad de trabajo y el poco personal para desarrollarlo dentro de un marco de tiempo aceptable, tanto así que se determina con un tiempo muy tardío para encontrar resultados, que para esta investigación, simplemente son resultados negativos, pues mientras se indaga, los padres y madres terminan por ocultar bienes e insolventarse de manera que no puedan ser sancionados por la ley penal. Este deber de garantista del estado, no se está cumpliendo en pro y beneficio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando el tiempo en casos donde se demuestra capacidad económica, actualmente el tiempo es un factor que va en contra de las víctimas, cuando han pasado más de cuatro o seis años y en realidad se aplica la prescripción de la acción, lo que es injusto e inconstitucional.

El estado como garantista, debe propender en primer lugar, por tener personal adicional, capacitado y calificado para sus investigaciones, una mayor planta de servicio humano o personal; en segundo lugar debe introducir sistemas de información y técnicas nuevas de investigación para que en tiempo record, se logren resultados positivos; y en tercer lugar, debe dejar que se trabaje en pro y defensa de los derechos fundamentales y no en la responsabilidad estatal, llenando solo formatos de atención, estadísticas y formalismos inocuos que solo quitan tiempo y no convergen o atañen mejoría a las investigaciones.

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.

Prevalencia del derecho del menor

En este capítulo 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; pp 39-46)

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 la 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 (1997; pp 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 subproblemas: 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, pp. 397-398).

4. UNIDAD DE ANÁLISIS

La incidencia de la capacidad económica, se define por los factores legales en especial la norma que contiene el precepto penal como incidente en la garantía constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al amparar la alimentación como uno de estos derechos en fundamental. Al marco de la legalidad encontramos precisamente los lineamientos procedimentales y el objeto de los mismos, permitiendo dar claridad a los problemas que se encuentran dentro de la norma y la forma de aplicación, donde se encuentra precisamente el problema materia de esta investigación, cuando la norma es permisiva a encontrar la falta de garantismo de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, reflejando la no aplicación de preceptos constitucionales y de criterio de forma que permitan dar el cabal cumplimiento al precepto constitucional.

Los criterios para clasificar la capacidad económica en nuestro país, deben partir precisamente del criterio del mínimo vital; ¿pero acaso se aplica este criterio? No obstante debe interpretarse que el mínimo vital, se refiere a que en nuestro país el monto mínimo que una persona percibe al mes es un salario mínimo legal vigente y de esto se desprende que tiene un ingreso mensual y por ende se convierte en el derecho de toda persona a percibir un rubro, pero así mismo, debe entenderse que cuando una persona en el transcurso de su vida, adquiere una serie de obligaciones, como por ejemplo, para el caso que nos ocupa, la engendración de hijos, no es el solo acto de la naturaleza por si el que se debe proteger, de igual forma se debe proteger los derechos que surgen a partir del nacimiento, y reglar las obligaciones que se contraen en pro y defensa de los interés comunes de la pareja que procrea, teniendo en cuenta el deber de cuidado del infante a partir del nacimiento, por lo cual con este acto del nacimiento, nacen de igual forma obligaciones, las cuales son amparadas por la constitución y las leyes de nuestro país. Esto se convierte más en un acto de responsabilidad que en un acto de placer corporal. Teniendo esto en cuenta, vemos que

la capacidad económica, es una presunción que se estima como base de las obligaciones civiles de las personas, donde nace de igual forma la obligación natural y constitucional que deben ser garantizadas por el alimentante.

Basados en lo anterior, encontramos la falencia de aplicación de la norma, cuando no se tiene en cuenta el precepto legal y la base esencial de su fundamentación, al no percibir que debe haber un punto de partida para garantizar los alimentos a los menores de edad: El mínimo vital; teniendo esto como partida, veremos cómo se aplica en cuestionamiento el criterio del deber legal de dar alimentos a los niños, niñas y adolescentes.

4.1. 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 ente que conoce claramente el delito de la Inasistencia Alimentaria, es precisamente 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 delito como tal.

A los entrevistados, se les ha informado sobre el objeto de la presente investigación y la problemática a tratar; dentro de la temática de esta investigación, los planteamientos dados por los entrevistados, surgen criterios diferentes, encontrando puntos de vista que posiblemente no pudieron ser vistos por los presentes, antes de la investigación, pero que aportan nuevos datos a la investigación, aportando sugerencias y aplicación de soluciones en pro y defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

4.1.1. Criterio taxativo:

En cuanto al análisis del Art. 233 del C.P., siendo consecuentes en que la norma puede ser o no permisiva, surge el planteamiento 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; es de análisis que si bien es cierto, es permisiva cuando trastoca el fondo de la norma, teniendo en cuenta que hay excepción a la aplicación de la misma, donde denota que al no aplicarse este delito a los padres y madres que teniendo capacidad física e intelectual, con capacidad para laborar y ser garantes de la obligación natural que se inicia con la misma procreación, no se connota en la verdadera obligación contraída. A este aparte, indican 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, convirtiéndose la norma en un análisis de mayor profundidad para su aplicación, donde los criterios de la calificación de la capacidad económica se incoan en la aplicación de procedimientos para encontrar infructuosamente razones válidas que permitan esclarecer y que sin duda, permitan mantener la obligación de dar alimentos, cuando estos procedimientos se quedan cortos y no permiten reflejar una realidad latente, que se oculta dentro de marco de la distracción y la irresponsabilidad, la garantía real que establece la constitución para los niños, niñas y adolescentes.

Como se refleja en la Constitución, el derecho a los alimentos en los menores, es un derecho fundamental, el cual comporta rasgos donde se relaciona la aplicación de la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, en pro de garantizar esta clase de derechos. Es de interés para todos, que se la aplicación constitucional prevalezca ante la norma secundaria, siendo garantes de los derechos primordiales de los niños, niñas y adolescentes.

Como tal, analizan los encuestados, anotando que no solo la Fiscalía se compromete en este delito, sino que en medida administrativa, se comporta el delito antes mencionado, con el objetivo primordial de no llegar a estas instancias, donde se menciona, que la atipicidad, se ha vuelto causa del no logro de los fines esenciales del Estado, en sí, refleja la dura realidad de un país como el nuestro, donde se debe propender por una mayor investigación, arrojando que sin una correcta y mayor investigación, el delito como tal de la inasistencia alimentaria, se queda sin el menor castigo posible y por ende se está vulnerado el precepto constitucional del Art. 44. La atipicidad como tal, es una de las consecuencias de las categorías del comportamiento del delito, cuando su aplicación, en pro y defensa de

los derechos, no se tiene en cuenta como tal a la hora de revisar la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores.

En comparación, los encuestados, afirman que si bien es cierto el Art. 44 de la Constitución Política recalca la prevalencia de los derechos, el Art. 79 del C.P.P., no lo tiene en cuenta al ser aplicado, pues en sí no se está brindado esa seguridad jurídica que se plantea en la Norma Superior; la atipicidad se aplica a la falta de elemento probatorio que permita desvirtuar la presunción de culpabilidad y por ende los padres y madres con capacidades para generar ingresos a diario y mantener un sustento para sí mismo, comporta el claro reflejo de la no aplicación del precepto constitucional.

Después de un segundo sondeo, respecto a este planteamiento, después de otros planteamientos a la norma y de mirar más a profundidad la problemática y la operancia de la norma, son coincidentes los entrevistados en identificar que la norma permite una mayor interpretación a la permisión de esta clase de padres, en vista que su aplicación es de índole penal, convirtiéndose estos padres en personas que pueden distraer fácilmente bienes, dineros, factores laborales y entradas económicas adicionales, factores estos que se quedan cortos al alcance de la labor investigativa para el esclarecimiento del delito comportamental, dejando que los derechos del menor, se vulneren por el padre o madre que no cumple con el deber legal de dar alimentos.

A la perspectiva de que factores pueden incidir en que en la investigación del delito no resulte en la imputación de cargos para este delito en contra de los padres que se sustraen sin justa causa de dar alimentos a los menores, informan los entrevistados que se refleja esto en la labor investigativa, cuando se refleja que faltan más recursos para investigar, recursos humanos, así como métodos investigativos que permitan que se encuentre la distracción de bienes, pero que para este aspecto, debe tenerse en cuenta que quien denuncia debe atender a las acciones de simulación, las cuales puede incoar ante la jurisdicción civil. En ese punto, son coincidentes los encuestados en decir que deben tenerse en cuenta que no solo la jurisdicción penal, es la pertinente, también existe la jurisdicción civil para incoar las acciones respectivas.

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

4.1.2. 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. La sentencia C 1033 DE 27/11/2002 M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO EXP. No. D 4102 nos menciona:

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.

Los encuestados, todos ellos 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 estos alimentos. 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 a 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*** (Negrilla y cursiva mía). 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, que, 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 familia 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 caso de insistencia 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 al final permite a los padres infractores y del comportamiento delictual, sustraerse de la obligación alimentaria que les asiste. Es por esto que se convierte en un factor sustantivo, un criterio de que permea la des obligación del padre o madre que no cumple con esta elocuencia natural y civil, cuando se debe dar aplicación a la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a sus alimentos.

Pero la confrontación al precepto constitucional, se replantea cuando los entrevistados mencionan que hay Jueces de la república que son garantistas, pero, ¿de qué son garantistas?. Mencionan que el derecho fundamental al debido proceso, se 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 duda razonable, que el padre o madre del menor afectado, en realidad está faltando al deber de dar alimentos; por ello se soslaya 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 esta clase 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 luces 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 inca pie 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 apercudador judicial es diferentes, 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.

Entonces así, 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 pasa y por qué pasa y como esto se convierte en una forma de sustraerse de la obligación de dar alimentos.

4.1.3. 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, genera que se llegue al archivo de las indagaciones, por falta de configurar los tres elementos del tipo penal: Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Pero, a que 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 indaga, 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 se han enfatizado los encuestados, se establece en el trabajo de manera informal. Si bien es cierto, es una fuente de trabajo, se demuestra que ese padre o madre, físicamente no está discapacitado, tiene los medios para trabajar, llenar dentro de sus posibilidades, de expectativas económicas, su propio mantenimiento personal y hasta el de su familia más cercana y extensa o el sostenimiento de otra familia, pero no se acuerda de que existe otra persona, en condición de vulnerabilidad manifiesta, que necesita y merece de su ayuda. 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, que es la argucia que debería complementar los señores Fiscales a fin de 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, más por ende se critica que si no hay capacidad económica, se está haciendo alusión al que sin justa causa, por lo cual se está probando que existe una causa justa de sustraer de la obligación legal de dar alimentos, y en sí, no se está garantizando 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 insistencia alimentaria han nacido dentro de los más oscuros sentimientos de odio y rencor de un apareja, 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, sin pensar en garantizar los derechos del menor, que corresponde en primera medida a la familia. En este sentido, cuando existe la generación a la obligación, se debe ser conscientes en 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, que existen otros mecanismos aún más rápidos y de igual forma eficaces para satisfacer los derechos vulnerados. Precisamente, cuando se consagra 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 encuentran los procesos tendientes a concluir si 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.

4.2. Eficacia del Estado garantista

Para terminar el tema de investigación, corresponde entablar una problemática que se suma a la planteada inicialmente: Es el estado garantista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al aplicar la ley. Previo a ello, es indispensable analizar que el Estado, recae precisamente en sus representantes y las funciones que le atañe al cargo ejercido.

Siendo claros, la administración de justicia, hoy en día se ve perturbada por demoras y dilataciones en los resultados investigativos, así como las apretadas agendas de los directores del proceso. Esto se debe en gran parte a la falta de recursos humanos, profesionales, capaces y capacitados, además de que, por cada despacho de fiscalía local, solo existe un asistente de fiscal con un gran volumen de procesos, lo que significa que el recurso humano, debe ser más apreciado y valorado. La falta de personal para tanta carga de trabajo, es indispensable suplirla. Del mismo modo, se ha manifestado que solo se puede hoy en día estar llenando formatos, formularios con informaciones que para los casos en indagación o en investigación, no trae nada consigo, solo un desgaste de tiempo, que no se utiliza en lo que se debe utilizar, en la verdadera misión de los fines esenciales del estado, ser garante de los derechos constitucionales.

Los investigadores, por otra parte, al igual, están acumulados de trabajo y muchas de las herramientas investigativas no son suficientemente ágiles para lograr encontrara resultados favorables. Se necesita de métodos más rápidos y alfeices para encontrar dentro del delito de inasistencia alimentaria, capacidad económica, para lograr una imputación de cargos. Son los mismo funcionarios quienes a la vez se quejan de la falta de recursos, infraestructura, medios, personal, capacitación, y mejores ambientes laborales, para lograr un buen resultado en menos tiempo, ya que hoy en día, este delito prescribe a los cinco (5) años (Entre la acusación y el fallo), lo que antes no sucedía, y cuando se lleva a las etapas del proceso, sencillamente se prescriben los alimentos y el infractor no tiene sanción; con esto hay un excelente resultado para las víctimas (Sarcásticamente): La clara vulneración de sus derechos fundamentales, el derecho de los alimentos, un gran resultado de la aplicación de la justicia colombiana, que cosa tan injusta con los niños, niñas y adolescentes.

Entonces, así las cosas, el estado colombiano, también es vulnerante de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, pues su demora en las investigaciones y los resultados de las mismas, no traen consigo una solución pronta y eficaz; todo lo contrario, se refleja una de las miles y miles de injusticias que se viven a diario en nuestro país, pero las víctimas en estos caso son los menores de edad, que no tienen el derecho de ser alimentados por el padre o madre infractor, todo por los formalismos de los términos y el respeto al debido proceso para quien infringe la ley en nuestro país.

Conclusiones

Después del análisis crítico de la investigación, de los aportes dados por los entrevistados y del análisis de la constitución, 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 para 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.

Que 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 implementar con justa razón la prevalencia constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por encima de los derechos de los demás y del mismo infractor, considerando que deben haber, por supuesto, 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 persona que no pueden valerse por sí misma, a pesar de que hayan tenido la posibilidad de engendrar hijos y no les pueda asistir la 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 generan un sustento diario para sí mismos, se lo niegan a sus menores hijos; entonces que se debe hacer en estos casos. Nuevamente, replantear la norma para que se aplique con más rigor y con el precepto constitucional por encima de ella; 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 ámbito 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 del procesado y garantizar la obligación alimentaria dentro del sentido de la corresponsabilidad que asiste a todos los colombianos.

En igual ámbito, el Estado Colombiano, debe ponderar a una mejor administración de justicia, revisando la capacidad laboral de sus servidores y empleados, con apoyo en recurso humano, nuevas técnicas y métodos de investigación, un análisis de los tiempos de investigación, tanto así, en razón a que mientras el funcionario y sus investigadores realizan las respectivas indagaciones, los niño , niñas y adolescentes, siguen pasando sus necesidades y el tiempo avanza, con resultados poco prometedores. De este modo, debe lograrse una efectiva reforma a la administración de justicia, con personal idóneo y capacitado, generar más recursos humanos que apoyen las labores investigativas, así como, implementar y mejorara las técnicas de investigación.

Deben los directores de cada proceso, propender por mejorar los tiempos de investigación, apoyados en su equipo de trabajo, para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, no tener tiempos adicionales que son solo un capricho y en sí, una gran ausencia de la responsabilidad y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Una reforma a la administración de justicia y al Art. 233 del C.P., son ejemplo de un Estado garantista para con los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, dejando de lado el formalismo de formatos y estadísticas, que solo hacen perder tiempo que se puede usar en propender por un mejor futuro por estos menores víctimas del delito de inasistencia alimentaria.

Por último, es importante resalta que en la actualidad existe un proyecto de ley sobre política criminal, impulsado por el actual Fiscal General de la Nación, Dr. NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ, donde manifiesta que delitos como la inasistencia alimentaria, no deben ser penalizados, porque si se está en la cárcel, se asegura por parte del Estado, que nunca se cumplirá la obligación del alimentante, con el fin de descongestionar las cárceles colombianas, al igual que la administración de justicia. Se ha de revisar la punibilidad de

ciertas conductas, para que al despenalizar, se logre manejar bajo otros criterios de sancionabilidad, tal como lo plantea la senadora Dra. MARITZA MARTÍNEZ del partido de la U, a través de proyecto de ley que busca sanciones administrativas a fin de no dejar a la deriva la responsabilidad de los alimentantes respecto de los niños, niñas y adolescentes, reemplazando el castigo penal (Intramural) por la creación de una central de riesgos similar al DATA CRÉDITO, llamada REDAM, a fin de que en sí ese castigo les duela a quienes no quieren cumplir con sus obligaciones alimentarias.

Bibliografía

- ANZOLA, Nicasio, Lecciones elementales de derecho civil colombiano, Curso primero, libros 1 y 2, págs. 152 a 161, Librería colombiana, CAMACHO ROLDAN y TAMAYO, Editorial de Arboleda y Valencia, 1981.
- 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 la convivencia. *USAID – Dejusticia*.
- CABANELLAS A., Guillermo, Tomo I, pág. 252, 14a, edición, revisada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Casti-illo, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L.
- Claro Solar, L (1940). Tratado de Derecho Civil Colombiano. *Librairie de la Societe de recueil Général de Lois Et Der Arrets. París – Francia. 444*
- ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Tomo I, pág. 270, Editorial Temis, Bogotá, 1977.
- GARCÍA SARMIENTO, Eduardo, La jurisdicción de familia y alimentos, fascículo 2S, 11 edición, 1991, Editorial Librería el Foro de la Justicia, 1991, Bogotá, págs. 47 a 145.
- Gómez Velázquez G s F
- Guastini, r (sf). Las razones del garantismo.
- Guastini, R (19969. Estudios de la Teoría Constitucional.
- Gutiérrez Anzola, J.E. (1964). Las conductas antisociales Bogotá D.C. Lener.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones De Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo II parte especial, quinta edición, editorial ABC, Bogotá Colombia, 1992, págs. 236 a 244.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho de familia, Librería Jurídica Wilches, Bogotá Colombia, 1982, págs. 104 a 115.

Moya Vargas, M.F. (2007). Las fallas penales por inasistencia alimentaria. Bogotá D.C., Universidad Santo Tomas.

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 Temis.

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

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V, Derecho de familia. Cuarta edición. Temis. Bogotá 1977, págs. 75 a 89.

VÉLEZ, Fernando, Estudio sobre el derecho civil colombiano. Tomo I, actualizado y aumentado, págs. 154 a 200, ediciones Lex Ltda., Bogotá, 1981.

Constitución Política de Colombia, Artículos: 11, 12, 15, 42, 44.

Código de Procedimiento Penal – L 599 / 2000, Artículo 233

http://www.eladedut.net/Documentos/Reformas_2008/reformas_2010/Proyecto_Tierras.pdf

<http://www.semana.com/nacion/articulo/inasistencia-alimentaria-avanza-en-debate-en-el-congreso/525544>

<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/civil-y-familia/inasistencia-alimentaria-debe-dejar-de-ser-delito>