



Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448

revistaiusta@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás
Colombia

MOYA VARGAS, MANUEL FERNANDO
LOS FALLOS PENALES POR INASISTENCIA ALIMENTARIA. Un desfase entre la ley y
la práctica judicial
Revista IUSTA, vol. 1, núm. 26, enero-junio, 2007, pp. 43-57
Universidad Santo Tomás
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358684002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

LOS FALLOS PENALES POR INASISTENCIA ALIMENTARIA

Un desfase entre la ley y la práctica judicial Penal Sentences on the lack of food assistance

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS¹

Fecha de entrega: 6 de marzo de 2007
Fecha de aprobación: 11 de mayo de 2007

Resumen

Las decisiones judiciales producidas por los jueces acerca del delito de inasistencia alimentaria, se caracterizan por salir de los límites considerados por el legislador. De esta manera, involucran más situaciones y más personas de las que una auténtica aplicación de la ley permitiría. El efecto de esta práctica trae como consecuencia la evasión de la responsabilidad social que se deriva de un estado con individuos que adolecen la insatisfacción de sus necesidades primarias.

Palabras clave

Inasistencia, alimentaria, evasión, corresponsabilidad, Roma, delito, obligación, exigibilidad, intensional, extensional.

¹ Avance de investigación de la línea de investigación "Derecho penal y realidad", docente de la Facultad de Derecho de la USTA, perteneciente a la línea de investigación "Derecho penal y realidad".

Abstract

Court decisions concerning the crime of lack of food assistance characterize themselves by transcending the limits intended by the legislator. On account of this, they involve more situations and people than the law's authentic application would permit. The consequence of this practice brings an evasion of social responsibility that is derived from of a state in which the individuals lack of the satisfaction of their basic needs.

Key words

Lack of food assistance, evasion, co-responsibility, Rome, crime, obligation, exigibility, nonpayment, non-fulfillment

INTRODUCCIÓN

Es probable que parezca del mayor atractivo desarrollar una investigación sociojurídica acerca del delito de inasistencia alimentaria. Si se mira desde una perspectiva estrictamente penal o estrictamente social, compartiríamos tal sensación estupefaciente ante la propuesta. Sin embargo, si se atiende a los dos presupuestos discursivos y metodológicos, encuentra el investigador que tal reato resulta uno de los más apropiados pretextos para urdir varias categorías investigativas muy poco recurridas, en el plan de establecer las prácticas del espacio-judiciales y su articulación con algunas prácticas políticas del Estado, a fin de identificar sus efectos funcionales.

En primer lugar, se partió de la existencia institucional del delito, es decir, como parte distinguida dentro del proceso de construcción social de la realidad. Por otra parte, se asume la condición política del juez como contribuyente social distinguido en el mismo proceso de construcción de la realidad. Por último, aunque debía referirse en primer lugar por ser la que subtiende las otras dos, la categoría del trasfondo jurídico se despliega como eje de análisis, también designado como *habitus*, en la terminología bourdiana, o instinto de

juridicidad, como hemos optado designarlo en el proceso.

A partir de estos presupuestos epistémicos de análisis, se eligió el delito de inasistencia alimentaria por evidenciar las características adecuadas a la aplicación de aquellas categorías. Se trata del reato señalado como uno de los de mayor frecuencia en el país. Pero simultáneamente, uno de los que menos ha ocupado tanto a la sociedad como a la academia, y tampoco al Estado.

La inquietud que asistió al proceso de investigación señala que siendo un delito que, perfectamente, puede tener connotaciones sociales anómicas, pues afecta directamente uno de los bienes jurídicos más caros a la Constitución Política, como es la familia, ¿entonces por qué provoca niveles tan curiosos de indiferencia? Ciertamente, tal estado de cosas sociales permite entrever la existencia de algún efecto funcional dentro del sistema político, que facilita la perpetuación de la situación.

A tal propósito se orientó esta investigación arrojando resultados inquietantes conforme con los cuales, no es el delito de alta frecuencia la inasistencia alimentaria, pero sí el que siendo denunciado es muy difícil que no concluya con una

condena, en la medida que conforme a las prácticas judiciales, da igual que la acción penal sea ejercida por un juez del Estado, que por el denunciante.

El proceso de investigación sobre los fallos penales por inasistencia alimentaria, surgió como un trabajo académico que procura examinar dos características que registra ese delito en Colombia. Por una parte, según estadísticas oficiales, tiene una frecuencia que lo expone como el segundo o tercero con más alta ocurrencia en el país².

Por otro lado, pese a lo anterior, no es de los que haya registrado modificaciones significativas desde que apareció, lo cual ocurre durante la primera mitad del siglo XX. Tampoco ha sido objeto de frecuentes trabajos especializados y, muy escasamente, de investigaciones socio-jurídicas³.

El hecho de que coexistan estas dos cualidades es lo que hace de la situación un fenómeno social significativo. Sin embargo, quienes han trabajado en él parecen no haberse cuestionado acerca del tratamiento que le imprimen los operadores judiciales en el espacio judicial. Esta situación ha generado conclusiones que pueden carecer de bases sólidas. Por ejemplo, precisamente, admitir que definitivamente se trata de uno de los delitos de más alta frecuencia.

Si fuese cierta la frecuencia surgirían de inmediato exigencias sociales de urgente solución. Por

una parte, resultaría muy inquietante puesto que las tendencias criminales registradas en los países miembros de Naciones Unidas no señalan la inasistencia alimentaria⁴, es decir, habría que analizarse por qué Colombia observa tal tendencia.

Por otra parte, evidenciaría una situación anómica, en la medida en que se trata de un reato que, de acuerdo con nuestro código penal, que atenta con uno de los bienes jurídicos más caros a la sociedad, esto es, la familia. Se trataría, entonces, de un comportamiento que afecta directamente la base misma de la organización social.

Sin embargo, si es así, es decir, si el delito ocurre con tan alta frecuencia hasta ubicarse entre el segundo y tercer delito más cometido en nuestro país, y daña la organización social desde sus propios fundamentos, ¿cómo se explica que ni el Estado ni la academia reaccionen con políticas y trabajos de estudio apropiados a la situación⁵? Tal evidencia es la que inquieta esencialmente el proceso investigativo de los fallos penales por inasistencia alimentaria, lo cual conllevó a evidenciar un desfase entre la ley y la práctica judicial.

Es frecuente que los expertos⁶ encuentren satisfecho su análisis con la recurrida demanda de eliminación del delito de inasistencia alimentaria, a fin de radicar el conflicto social en la jurisdicción civil, con el único fin de desembarazar la penal de los expedientes, muy numerosos, que se tienen por inasistencia alimentaria. Demanda esta poco sa-

2 Al respecto, pueden consultarse las estadísticas de la Fiscalía General de la Nación y las de la Policía Nacional.

3 Apenas podemos mencionar como trabajo metodológicamente consolidado el de Silva G., G. (2004). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria. En Cataño, G. (Coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

4 Si se piensa en los delitos contra el patrimonio, se advertirá que en todo el mundo son los de más alta frecuencia, seguidos por las agresiones corporales. Mientras que, guiéndonos por los estudios estadísticos de Naciones Unidas, ni siquiera figuran registros del delito de inasistencia alimentaria, sugiriéndose que en los demás países, al menos en la mayoría de ellos, no hace parte de los que registran niveles inquietantes.

5 Mientras que el homicidio, por ejemplo, siendo un delito de alta frecuencia en Colombia, de cualquier forma inferior a la inasistencia alimentaria, ha generado estudios específicos sobre violencia, y políticas públicas ordenadas a su disminución.

6 Por ello [expertos], entendemos abogados, que, como intervenientes del espacio judicial, conocen de cerca la problemática registrada a nivel judicial con ocasión de la inasistencia alimentaria.

tisfactoria, pues de nada le serviría al país reubicar la congestión judicial, cuando lo que se requiere es verificar cuál es el problema de fondo que subyace⁷.

Curiosamente al realizar, dentro de la investigación, el proceso de reconstrucción histórica del delito, se encontró que una de las razones más decididamente invocadas para su creación fue que la jurisdicción civil resultaba poco eficiente para paliar la situación social. Lo cierto es que nunca se demostró que la jurisdicción penal resultara más apropiada para lograr lo que a la civil le resultaba imposible⁸.

Sesenta años después se invoca el mismo argumento, pero invirtiendo el destino de los procesos, es decir, ahora se dice que la jurisdicción apropiada es la civil, pero sin haberse hecho estudio alguno que así lo acredite.

En suma, en uno y otro caso, de la manera más ligera se improvisan "soluciones" sin otro sustento que principios del derecho penal como la fragmentariedad, o la última razón, los cuales nunca fueron pensados como mecanismos de abstracción de la realidad social de comunidad alguna, sino como categorías de análisis que, desde luego, no dispensan los deberes académicos de investigación. Unos y otros, defensores y detractores de aquélla o esta jurisdicción, jamás han adelantado estudios apropiados para llegar a las conclusiones que pregonan, arriesgando el país a solu-

ciones inconsultas que en nada contribuirían a la evolución del estado social de derecho⁹.

Otra característica detectada es que los operadores judiciales (jueces y fiscales), recurren a sus creencias personales, de alto contenido subjetivo, para fundamentar las decisiones¹⁰.

De manera que el proceso investigativo permitió concluir que jueces penales y fiscales introducen en la premisa fáctica del tipo penal de inasistencia alimentaria, situaciones que no caben dentro de ella, conforme al propósito *intensional*¹¹ legislativo. Esta situación ha llevado a que el juicio de responsabilidad se elabora únicamente con la prueba de parentesco entre las personas teóricamente llamadas a responder y sus acreedores, siempre que los deudores no paguen la supuesta prestación.

La existencia de juicios enteramente subjetivos abunda en expresiones como la de que el "Estado no puede aceptar comportamientos del sindicado, en donde la madre trata de propender su propia subsistencia y la de la menor, pasando necesidades, mientras aquel, cómoda y plácidamente, se limitó a reconocerlo como si hasta allí llegarán sus obligaciones", o la de que "quien toma la decisión de tener hijos, tiene la obligación de mantenerlos".

Además, actuaron con fundamento en las querellas pero sin verificar si las afirmaciones vertidas tienen algún sustento objetivo, acogiendo

7 Desde los primeros como Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Pacheco Osorio, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Ortiz Rodríguez, Luis Carlos Pérez Velasco, Jairo López Morales o Antonio Vicente Arenas, hasta los más recientes, como Pedro Alfonso Pavón Parra, José Guillermo Ferro Torres o Manuel Salvador Grossó.

8 Desde la Ley 83 de 1946 hasta la recientemente aprobada ley para la Infancia y la Adolescencia.

9 Este es un tema que debe ser abordado desde la óptica de la justicia material pues no tendrá mayor sentido medirla como categoría de administración de justicia sin verificar el verdadero servicio social que presta. Advertidas, claro está, la dificultades que representan las investigaciones sobre justicia material.

10 Es importante destacar que autores como Pietro Bonfante habían advertido acerca de la posibilidad social de la Prevalencia de las creencias sociales sobre la familiar, por encima y en contra si es preciso de las normas legales sobre ellas. Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus.

11 Dentro de la filosofía del lenguaje esta expresión es frecuentemente recurrida. Intensión (con s) significa que existen límites de extensionalidad, es decir, que hay un grado de insustituibilidad en los términos de la sentencia, según lo dijera Leibnitz. En términos de derecho, y más específicamente de derecho penal, la intensionalidad implicaría que con un delito el legislador se propuso cobijar cierto tipo de situaciones pero no todas.

completamente sus razonamientos y juicios, cual si se tratase de expertos en derecho de las obligaciones.

La investigación nos ha permitido postular como probable explicación de fondo, que los funcionarios judiciales sobreponen sus tendencias instintivas de justicia, por encima de la ley aplicable. No puede, de cualquier forma pretenderse que se trata de un comportamiento en donde el funcionario actúa en un margen deliberado de arbitrariedad. Antes bien, es el efecto de una tendencia normal, pues el instinto de justicia es en sí una demanda de supervivencia, es connatural al hombre, hace parte de su "ser del mundo". Pero es incuestionable su incompatibilidad con las reglas del espacio judicial en cuanto el juego no contempla este tipo de argumentación.

Una creencia en el imaginario social subyace a las tendencias de los funcionarios judiciales, la cual descubre un modelo ideal de padres, socialmente tipificado. Es frecuente encontrar juicios de valor en sustento de las decisiones como las siguientes: "No es aceptable que un hombre con capacidad, desampare a un menor siendo su propio hijo". "El padre se desentendió de su hijo y no obra ninguna justa causa para su incumplimiento"; "se tiene como dolo por parte del sindicado, el no prever el bienestar de sus menores hijos"; "preocupa la insensibilidad del incremento frente a las necesidades de su pequeño hijo"; "en la denuncia" el padre no se ha preocupado por la menor, desde que nació" expresiones con las cuales resulta fácil fijarse de las calidades de este señor."; "El menor tiene la carencia de un padre por eso el sindicado merece un reproche."; "... el sindicado ha cumplido con sus obligaciones es por que se ha sentido obligado no por que le nazca"; "el padre es un insensible y tampoco aporta afecto al menor"; "el sindicado sólo se limitó que reconocer a su hijo como si eso fuera todo, y durante toda la vida

del menor su padre no ha mostrado el mas mínimo interés".

Los jueces penales de primero y segundo grado hacen otro tanto. Entre sus argumentos podemos citar: "Comportamiento ajeno a un buen padre de familia, y si bien es cierto, estos jóvenes son mayores de edad, tuvieron que soportar durante su adolescencia la injusticia de su padre"; "comportamiento ajeno a una madre, ya que a la procesada no se ha esforzado a compartir con sus hijos, ni los llama"; "el despacho considera que la procesada no quiere a sus hijos y no le importa su bienestar"; "el procesado ha afectado el desarrollo de su menor hijo, ya que las teorías psicológicas sostienen que la presencia del padre es esencial para la formación moral y emocional de los niños"; "el mismo sentido común de la naturaleza nos enseña que el padre es necesario para la educación crianza, etc."; "un padre de familia responsable no se queda en casa esperando que el dinero le caiga del cielo, busca trabajo y cumple con su deber legal y moral".

La tipificación social de lo que debe ser un comportamiento deseable del "ser padre", evidentemente, dirección, en cierto sentido, las decisiones penales y, en algunos eventos, se presta al contraste entre el comportamiento de la madre como guía que enruta lo que puede llegar a exigirse del padre: "Un indicio grave que compromete su responsabilidad es el desapego para con sus hijos"; "un buen padre suple las necesidades primarias del infante"; "el procesado ha asumido la cómoda posición de dejar que sólo la madre cumpla con la obligación"; "el implicado ha dejado sin la más mínima consideración en cabeza de la madre"; "hay dolo en la actitud del denunciado, pues conoce la difícil situación económica de la madre"; "la madre desempeña su obligación de forma ejemplar, empero el denunciado demuestra un desinterés por la suerte de su descendiente"; "no sólo la madre tiene la obligación

alimentaria como es costumbre. En nuestro país, los señores olvidan a sus hijos dejando la carga a sus madres”; “deja la obligación a la madre como un acto de irresponsabilidad”; “deja la obligación alimentaria a la madre y esto no es justo”; “deja la obligación bajo la sola responsabilidad de la progenitora y lo que ella pueda conseguir con su solo esfuerzo sin importarle”; “es injusto que la obligación sólo este a cargo de la madre”; “el sindicado no puede pretender que el menor sobreviva con el solo ingreso de la madre, eso es dolo”; “el padre ha dejado toda la carga a la madre, el no tener trabajo no es excusa de su incumplimiento, con eso no se puede exonerar de su obligación”; “no es justo que toda la carga esté con la madre”; “no es justo que el hijo viva sólo con los ingresos de la madre”; “no es justo que deje toda la responsabilidad a la madre, se entiende la actitud irresponsable del sindicado”.

Lo cual pone en evidencia una actitud marcada por favorecer los intereses de las presuntas víctimas de los delitos de inasistencia alimentaria, entre quienes juega un papel importante el querellante, normalmente la madre de los hijos, a quienes representa en el proceso.

De esta manera, se produce un efecto muy particular consistente en que las personas que resultan ser reos de juicios por este delito, no son juzgadas a partir de una norma, sino del amanuén de una norma a una específica interpretación que, en momento alguno, justifica el salir del límite legislativo.

En efecto, al realizar un estudio histórico y dogmático del delito de inasistencia alimentaria, se encuentra que el mismo consiste en la sustracción injustificada a la prestación con fuente le-

gal, por parte de una persona que pudiendo pagar los alimentos deliberadamente se abstenga de hacerlo Anzola, 1964; Arenas, 199; Arias 2006; Ferro, 1973; Moya, 2006; Ortiz, 1983; Pacheco, 1972; Pavó, 2001; Pérez, 1985; Reyes, 1969)¹². Es decir, no hay delito cuando el supuesto agente carece de capacidad de pago de la prestación. Que es tanto como sostener que no basta, ni siquiera para que surja la obligación, con que se ostente el parentesco previsto con el sujeto pasivo del delito, sino que además, se requiere tener cierta solvencia que permita asumir el pago de la obligación conforme a criterios objetivos.

Siendo así, un juicio de responsabilidad penal por el delito en cuestión exige demostrar que el autor cuenta con los medios necesarios para poder pagar, de lo contrario no puede haber delito alguno.

Pero lo que refleja la realidad judicial es que los fiscales y los jueces no consideran este aspecto del delito, es decir, siempre que encuentren acreditado el parentesco y tengan un soporte probatorio, así sea precario, para mantener que la persona no paga alimentos, libran decisiones acusatorias y condenatorias, sin percibir que el legislador jamás quiso producir este efecto.

Desde un punto de vista socio-jurídico, surge un desfase, puesto que cuando el legislador creó la norma de la inasistencia alimentaria, fijó al juez un límite en la aplicación del resultado, lo que conlleva que no todos los parientes que dejan de pagar alimentos se encuentran cobijados por la norma penal, sino tan sólo los que pudiendo pagar dejan de hacerlo deliberadamente. Mientras que los jueces¹³ amplían el límite de cobertura del delito, abrigando situaciones y, por con-

¹² Moya Vargas Manuel Fernando. La Acción Resarcitoria por Incumplimiento Alimentario en el Delito de Inasistencia Familiar. Estudio comparado entre las legislaciones colombiana y española. (En proceso de publicación).

¹³ Dentro de concepto de juez incluimos el de fiscal, advirtiendo que la investigación se realizó sobre procesos operados al amparo de la Ley 600 de 2000, es decir bajo un régimen de enjuiciamiento criminal propiamente napoleónico, en donde el instructor tiene poderes propios de un juez.

siguiente, personas, que el legislador nunca consideró involucrar.

De acuerdo con el análisis¹⁴, en ningún evento se encontraron dadas las condiciones para poder edificar una acusación ni una condena. Es decir, en ningún evento, frente a la norma, era procedente afectar al procesado con la decisión que se tomó.

Conclusión que pone en entredicho que en Colombia la inasistencia alimentaria pueda ser el segundo o tercer delito de mayor frecuencia, porque si bien las decisiones judiciales permitirían matemáticamente arribar a dicha conclusión, el dato estaría alterado desde la práctica judicial, en cuanto los jueces han, a su vez, alterado el delito haciendo que, mediante su interpretación, lo cometan muchas más veces de lo que en realidad ocurre. Es decir, “acomodan” al tipo penal situaciones que en rigor no caben dentro de él, en cambio sí, en sus ideas particulares de lo que debe ser un padre o madre ejemplares.

En este tratamiento del delito, incurren en otro tipo de prácticas. Por ejemplo, la que parece ser más lamentable, es que arriban a las sentencias con investigaciones tan precarias que podrían tomarse por inexistentes. La práctica judicial efectivamente revela que el fundamento esencial de las decisiones adversas al procesado, está constituido por la querella, esto es, la versión de quien promueve la acción penal, con el propósito específico de obtener una condena y, sin que el estado verifique la certeza de las afirmaciones, ni siquiera tratándose de aspectos típicamente objetivos, por consiguiente susceptibles de demostración incontrovertible.

El efecto no es menos que lamentable. A una persona procesada por inasistencia alimentaria

en Colombia, le da igual que lo juzgue un juez o que lo haga su propio denunciante.

De cualquier forma, el fenómeno social no se revela en este hecho nudo. El aspecto verdaderamente crítico es que esta práctica se tolere sin reacción alguna, cuando la academia y el estado están esencialmente llamados a desarrollar las acciones que sus competencias les permiten. Así que la inquietud esencial de la investigación es, tras describir el fenómeno, descubrir cómo es posible que se perpetúe la coexistencia de una acción judicial que viola la pretensión legislativa, junto con una indiferencia pasmosa frente a semejante situación.

En suma, la investigación se orientó a descubrir los aspectos funcionales que subyacen al fenómeno.

Para ello, lo primero que se cuestionó es el pretendido origen natural del derecho de alimentos. A partir del surgimiento de la obligación alimentaria en el derecho romano, se evidenciaron las características tanto de la institución como las históricas a las cuales se articula.

Se encontró, en cuanto al primer aspecto, que la obligación alimentaria se institucionalizó poco después de la muerte de Jesús de Nazaret como institución jurídica de derecho de gentes, no de derecho natural, con las mismas características esenciales con que la encontramos en la actualidad en las legislaciones de tendencia continental europea. Es decir, se precisa que exista el vínculo parental y la capacidad de pago por el deudor adjunta la necesidad alimentaria del acreedor, quedando eximidas las personas sin capacidad de pago, independientemente del parentesco.

14 Se analizaron más de trescientas decisiones, entre acusaciones y sentencias, de primer y segundo grado.

En cuanto al segundo aspecto, se encontró que el surgimiento de la obligación coincidió con el despositionamiento de un modelo de organización familiar, caracterizado por una agrupación social fuertemente cohesionada, en torno a una figura central, organización que, por esencia, estaba llamada a expandirse, era fuente de sostenimiento de todos sus integrantes, en cuanto todos contribuían a su economía y, al tiempo, todos se beneficiaban de ella (Voltera, 1985; Bofante, 1965; Espitia, 2005; Gaius, 2000).

Pero su decaimiento permitió que la desplazara otra organización con características contrarias, esto es, familias perecederas, en donde sus integrantes resultan más temprano que tarde expulsados, que no ofrece medios de subsistencia permanentes, amén de un modelo económico que demanda personas dispuestas a vender su capacidad de trabajo.

Cuando Roma creó la obligación alimentaria¹⁵, atendió una situación social que reclamaba adecuar las instituciones jurídicas de la familia, con la práctica social que venía consolidándose. Es decir, al encontrar una serie de individuos con necesidades actual o potencialmente insatisfechas, creó un sistema de aseguramiento consistente en que, por una parte, otorgó una serie de deudores primarios de alimentos, a quienes debía acudirse inicialmente. Por otra parte, consolidó un sistema de seguridad social que actuaba cuando las personas no podían saciar sus necesidades básicas a través de sus parientes, bien porque carecieran de ellos o, porque teniéndolos resultaban materialmente incapaces de solucionar su situación.

Este sistema resulta apropiado a un cambio drástico en la concepción misma de la familia. Cuando el modelo familiar operante dejó de ser

funcional a las nuevas prácticas sociales, se adaptaron las normas para facilitar una organización que se articulara apropiadamente a las nuevas condiciones. Es decir, como ya no se disponía de una familia que proporcionaba medios de subsistencia a sus integrantes, se admite que ahora lo haga la sociedad, en el entretanto, se previó un "ejército" de deudores, a quienes podían acudirse mientras el individuo resultaba impotente para producir los medios de su propia subsistencia. Si ello no era viable, conforme a las condiciones anotadas, subvendría el estado.

La investigación reveló que si bien el cristianismo no consolidó un concepto de derecho de alimentos, sí sentó las bases de una doctrina en que la padre-hombre, como heredero del poder genitivo de Dios, tendría unas responsabilidades incontrovertibles. Se sabe que en Roma poco tiempo después de la muerte del Maestro de Nazaret, se desató una influencia significativa del cristianismo sobre el derecho, lo cual se vino a consolidar cuando en el siglo III, así los dispuso Teodosio y, precisamente, el Codex Theodosianus es el que registra por vez primera un conato de delito de inasistencia alimentaria, a instancia de Constantino.

Esta múltiple retroalimentación conlleva una ambigüedad consistente en que el modelo cristiano permitiría exigir alimentos más allá de toda condición material, al deudor, puesto que la provisión alimentaria, en últimas, corresponde o es exigible del Creador, mientras que el derecho romano demanda la posibilidad real, tanto jurídica como material de la prestación.

La herencia histórico-jurídica permeó profundamente las prácticas judiciales en Colombia. En efecto, durante el Siglo XIX, la nación se edificó sobre una modelo familiar sólido, cohesionado

15 Presupuesto indispensable del delito puesto que sin obligación alimentaria no podría sancionarse su incumplimiento.

y de economía doméstica satisfactoria para las necesidades de sus integrantes. Mientras que, finalizando el decimonónico y durante la primera mitad del siglo XX, dicho modelo cedió a favor de otro mucho más lábil y heterodoxo, un modelo de organización familiar con vocación de finitud e inepto para la satisfacción de las necesidades de sus miembros, correspondiente con una economía de producción intensiva, opresivamente distinta a la economía familiar.

A propósito de esta reconcepción de la organización familiar¹⁶, apareció la represión penal del incumplimiento alimentario.

Los legisladores del siglo XX, justificaron, prioritariamente, la defensa del modelo familiar, cuyo encumbramiento había ya decaído, como soporte justificador, tanto epistemológico como ontológico, de la sobreviniente legislación represora. Frecuentemente acudieron a criterios religiosos para proveerle fundamentación. Hasta consolidar el delito en los términos que actualmente se conocen.

Sin embargo, la contradicción es evidente. Por un lado, se invoca la necesidad de reivindicar un modelo de organización familiar específico. Por otro y para lograrlo, se acude a una legislación, la diseñada en Roma, que apareció como reacción pública de reconocimiento de la desaparición de ese mismo modelo. Es tanto como emblemar un anzuelo como ícono de la vida de los peces.

Ello habría sido posible a propósito de la consolidación, en el inconsciente colectivo, de un ideal familiar en donde las cualidades defendidas por el cristianismo predominaban. En dicho modelo se advierte la presencia de un padre señalado como el proveedor material de los demás miembros de la familia; quien oficiaba al lado de una

madre que sostiene el ser moral del hogar y sus miembros. Al amparo de una organización que se erige en la principal alternativa frente a la contingencia del riesgo (Zamudio & Rubiano, 1991a; 1991b; Gutiérrez, 1963; 1976; 2000).

Pero obsérvese que, a diferencia de Roma, cuando en Colombia se incorpora la obligación alimentaria y posteriormente el delito de su incumplimiento, no se cuenta, como actualmente tampoco, con un sistema de seguridad social que amortigüe el riesgo que no pueden afrontar los deudores legales de alimentos.

Una forma de contribuir a la distracción política que permite evadir este tipo de responsabilidad es la inclusión de situaciones no previstas en la omnicomprensión del reato en cuestión, sino mediante la superposición de la referencialidad vigente de la familia, tal y como surge de los argumentos subjetivos empleados para edificar los juicios de responsabilidad.

Se aprecia que el recurso repetitivo a la querella para fundamentar las decisiones y total ausencia de pruebas objetivas que garanticen la inmediación y certeza del delito, conlleva a la ausencia de justicia heterocompositiva en materia de inasistencia alimentaria.

Si bien no puede menos que admitirse que por el hecho nudo de ser querellante no puede ponerse en cuestión la idoneidad de este tipo de medio probatorio, tampoco puede ignorarse el interés que los asiste en concretar la imputación, ni su intereses económicos específicos involucrados en el proceso, cuando no emocionales.

Por otra parte, la obligación alimentaria es una categoría jurídica que involucra conocimientos especializados. Si a ello agregamos que el delito

¹⁶ Por cierto que en el decurso del Siglo XX y en lo que va del XXI no ha hecho más que consolidarse, pese a la nostalgia social que evoca el modelo antiguo.

es de estructura compleja, se comprende que un testigo idóneo para edificar exclusivamente en él un juicio de responsabilidad, sería al que le constan los hechos, siempre que comprenda en qué consiste el delito, lo cual demanda a su vez comprender en qué consiste la obligación.

Sin embargo, lo que se aprecia de los testigos-querellantes, es que, por un lado, no se trata de personas debidamente informadas de la forma como se estructura la obligación alimentaria ni el delito de inasistencia alimentaria.

Las denuncias no obedecen a propósitos específicos de ilegalidad, sino a las mismas inclinaciones del ego en cuanto procuran la realización de las simbologías sociales nutritas a partir de la referencialidad de familia que se opera desde el inconsciente colectivo.

Por la misma razón los querellantes no suelen ofrecer información suficiente sobre todos los elementos que estructuran el delito y, vierten afirmaciones susceptibles de verificación objetiva. Frente a ello, lo menos que podrían hacer los operadores judiciales para basar en tales versiones la decisión de responsabilidad, es corroborar lo que afirman por medios, se insiste, objetivos.

En cambio, si se edifican las decisiones adversas al procesado fundamentalmente en una versión con las características anotadas y con base en una investigación tan limitada, el resultado es que al procesado le viene a dar igual que lo investigue y juzgue un fiscal y un juez o que lo haga su querellante. Si se agrega que la actividad probatoria del sumario es señaladamente pobre y, que en la mayoría de los casos, no modifica las conclusiones el contar con otros medios de prueba, queda en cuestión el carácter supuestamente heterocompositivo de la justicia penal.

En el otro extremo, se encuentra que tiene a ser nulo el recurso a pruebas como la inspección judicial y el experticio de profesionales en condi-

ciones de valorar idóneamente las condiciones de vida de cada una de las personas que conforman los extremos subjetivos de la obligación, es decir, acreedores y deudores. Verificar directamente por parte de los operadores judiciales, a través de inspección, cuáles son las condiciones de vida de unos y otros, permitirían una idea más cierta acerca de la necesidad de alimentos y la capacidad de pago del deudor.

Otra muy lamentable tendencia es que se edifican los juicios de responsabilidad sobre situaciones procesales como la contumacia y la conciliación fallida, las cuales no tienen la entidad de demostrar la responsabilidad penal. Quizás se explique así el recurso tan manido a criterios cuestionables tanto en su racionalidad como en su objetividad: "Conducta repetitiva de no afrontar sus obligaciones, lo que se entiende del por qué ni siquiera está al frente del proceso, no se inmuta en lo más mínimo y no trata de enmendarse"; "el actuar del sindicado es doloso y esto trae nefastas consecuencias al no atender al proceso"; "el sindicado ha adquirido una posición negativa en el proceso esto es muestra de su responsabilidad"; "el sindicado no asistió a la indagatoria por que no quiso defenderse de forma libre y espontánea, esto se tiene como indicio grave"; "no es de buen recibo la actitud evasora del sindicado, su conducta merece un reproche penal"; "ser abogado y no comparecer al proceso es mal indicio"; "el sindicado no se apersona de la situación"; "el aceptar una conciliación es muestra de una capacidad económica"; "si se obliga en una conciliación es por que tiene unos ingresos, que le harán posible cumplirla"; "su conducta omisiva es muestra de dolo, pues sabe del compromiso que adquirió en la conciliación".

Ninguna de las decisiones sometidas a estudio evidenció que los funcionarios hubiesen analizado la exigibilidad de la obligación. Siendo un juicio complejo que demanda probar el nivel de ingresos y

de egresos, para poder establecer la capacidad de pago, se apreció la marcada tendencia a no demostrar los ingresos y a ignorar completamente cuanto tiene que ver con los egresos.

En cambio, abundan los criterios subjetivos en suplencia de la comprobación del elemento normativo, como que "la falta de ingresos no es excusa, pues el país está en situación crítica"; "el sindicado es profesional, por lo tanto, tiene capacidad de laborar para obtener bienes y salarios"; "siendo conductor de tracto mula debe considerarse privilegiado de tener un trabajo formal"; "no es razón de incumplimiento que la madre se encontraba con un empleo estable y el padre no"; "no es excusa no tener trabajo o cómo hacen las madres, los tíos los abuelos que tienen en su custodia a menores"; "no interesan los ingresos de los padres, la obligación alimentaria es permanente"; "el no tener un puesto de trabajo laboral fijo no es excusa de inculpabilidad"; "la causa por parte del sindicado de no trabajar es pereza"; "no es justa causa estar sin trabajo sólo una incapacidad física o mental lo son, al tomarla como justa causa sería violar los derechos del menor"; "al aceptar la falta de recursos, se estaría poniendo en una situación secundaria la obligación alimentaria y esta es especialísima"; "no es necesario demostrar los gastos, sino el conocimiento del delito a las autoridades en lo penal"; "el sindicado es joven, por lo tanto tiene que trabajar y conseguir un ingreso"; "el sindicado tiene para suplir sus necesidades y puede hacerlo extensivo con su menor hijo"; "el hecho de no tener un trabajo no es excusa, la mujer así no esté laborando, no desatiende sus obligaciones como madre, por esto, el padre es un irresponsable"; "la cuota es de \$160 mil pesos para los 2 hijos, eso no es nada imposible, ni irresistible, él es joven y tiene la capacidad para trabajar"; "no se tiene probada la capacidad del sindicado pero tampoco la de la madre y aun así ella responde por sus hijos"; "el no tener empleo no es excusa; la misma excusa

la podría dar la madre que aun así vela por sus hijos"; "el padre se presenta a las diligencias bien vestido y alimentado, mientras sus hijos padecen grandes penurias y las pobres mamás deben hacerse cargo de la crianza y los costos económicos de esto"; "no es necesario verificar la capacidad económica del padre, pues vale más la necesidad del menor de 10 años que se encuentra en situación precaria"; "el padre así sea con un salario mínimo puede satisfacer las necesidades del menor"; "el sindicado ha sido una persona irresponsable y se justifica en la situación económica, pero el mismo ha mencionado que se encuentra con trabajo como conductor de servicio público"; "la situación es difícil, pero no da razón al incumplimiento total del padre"; "lo más grave es que dejó a la deriva la subsistencia de sus hijos olvidando que estos requiere afecto físico y moral de sus padres a efectos de lograr un bienestar integral"; "La carencia de empleo no es justa causa para evadir su obligación de aportar alimentos a sus hijos, además esta es una obligación que el procesado adquirió voluntariamente, y antes de traer hijos al mundo deben prever tales situaciones"; "si el procesado se basa en la falta de recursos económicos, pues ha debido pensarlo antes de engendrar hijos siendo su responsabilidad asumir las consecuencias de sus actos, máxime cuando se evidencia que es una persona sana y laboralmente capaz, además si no contaba con los recursos para cumplir la cuota, debió asistir al juzgado a solicitar una disminución"; "para el momento de la comisión de la conducta ilícita, el procesado contaba con un estado de salud bueno que le permitía trabajar y así cumplir su obligación para con sus consanguíneos"; "el procesado se retiro de la empresa con el fin de invertir su tiempo y dinero en el alcohol, razón por la cual tuvo grandes problemas de alcoholización, prefiriendo gastar su dinero en dicha bebida a cumplir su deber legal como padre de pasar alimentos a sus menores hijos".

En cambio, se ocupan bastante de "demostrar" el incumplimiento mediante la querella. Pero a falta de prueba de la exigibilidad, pierde todo sentido dicha demostración, aun cuando se pensara que la querella es prueba más que suficiente, porque no puede considerarse jurídicamente si una obligación se encuentra soluta o insoluta cuando ni siquiera se sabe si es exigible.

Cuando los jueces y los fiscales constituyen la responsabilidad alimentaria de personas respecto de quienes se ignora qué tanta capacidad de pago disponen, crean artificialmente deudores de alimentos. Es decir, siempre existe quién debe alimentos, que es tanto como entregar un "demandable" en el evento de no poderse autosatisfacer. Obviamente al acreedor, es decir, quien precisa de los alimentos, no le proveen absolutamente ninguna alternativa, puesto que lo más probable es que su pretendido deudor no pueda contribuirle de manera alguna. Es decir, la práctica judicial crea una falsa solución a un problema social cuya insatisfacción termina por desatar el caldo de cultivo más apropiado a la búsqueda de alternativas ilícitas, como las organizaciones que demandan una gran mano de obra criminal (guerrilla, paramilitarismo, narcotráfico, etcétera) (DNP, 2002).

Al tiempo otorgan al estado un mecanismo de evasión a su corresponsabilidad en la satisfacción de las necesidades básicas de la población. Mientras exista un deudor formal de alimentos, nunca se va actualizar la obligación constitucional del estado de proveer un medio de satisfacción real.

De esta manera, la práctica judicial vigente contribuye a consolidar otra práctica consistente en la evasión pública de la responsabilidad social, que se desata en efectos mucho más graves, consistentes en la conformación de grupos sociales dispersos de individuos altamente vulnerables sin solución a la satisfacción de sus necesidades impostergables.

El estado mantiene su evasión atribuyendo a la familia la responsabilidad de sostener a los individuos, desatendiendo que el esquema familiar que puede producir ese efecto ha sido desplazado por otro completamente inoperante para esos fines. A través de las normas penales se dice defender un modelo, pero esas normas son el producto directo de la desaparición del modelo que en nuestro entorno se dice defender.

Al propio tiempo, los operadores judiciales imparten sentencias condenatorias contra personas, cual si se tratase de seres que por el hecho mismo del parentesco hubiesen generado con fecundidad incontrovertible la provisión automática, es decir, *asocial* de las necesidades de sus parientes.

Obviamente se trata de una práctica con efectos perversos, que impide actualizar la obligación constitucional del estado acerca de la satisfacción de las necesidades de la población. Por esta vía se facilita toda suerte de prácticas políticas que de facto impiden construir el estado social de derecho, donde está llamada a prevalecer la dignidad humana más allá de cualquier pretensión económica, militar, ejecutiva o comercial, y antes bien conforman las bases mismas de su imposibilidad, al desatar las condiciones propicias para que existan individuos con inclinaciones racionales hacia prácticas contrasociales.

Este efecto se produce a través del desconocimiento de los límites intensionales creados por el legislador al delito de inasistencia alimentaria. Es decir, no se trata de una falencia en la redacción de la norma, ni mucho menos, errores de interpretación.

Resulta predecible a estas alturas que los funcionarios judiciales no orientan la actividad jurisdiccional a determinar si el comportamiento que estimaron típico, es así mismo antijurídico, ni mucho menos si es probable la imputación subjetiva.

Este panorama, desde un punto de vista, jurídico, parece ser insostenible. En efecto, siguiendo la posición de Damaska, podríamos sostener que la administración de justicia penal en Colombia se encuentra edificada a partir del modelo jerarquizado¹⁷, en donde la lógica normativa orienta las decisiones.

Sin embargo, las características descritas evidencian una práctica marcadamente paritaria, en donde los juicios de valor subjetivos y los ideales sociales se superponen, incuso, sobre las reglas de derecho.

Tal contradicción podría interpretarse en el sentido de la ausencia de la eficacia jerárquica, en cuanto las probabilidades de un control real de esta índole, en donde las decisiones de la Corte Suprema, como máximo órgano de control de legalidad, acondicionaran y dirigieran con sentido de curia la actividad jurisdiccional en materia de inasistencia alimentaria, es mínima, permitiendo que los funcionarios de primer grado actuaran con un nivel significativo de liberalidad y paridad.

Ésta bien puede ser una explicación. Y aunque no riñe, creemos que otra mucho más eficaz al abordar el fenómeno social, es la que revela la existencia de un trasfondo jurídico, en el cual se agudizan los datos de referencialidad de la familia colombiana, permitiendo que éstos se hagan valer más allá y en contra de las normas sobre la familia.

Si bien esta descripción del fenómeno es inquietante y pone en cuestión muchas conclusiones hasta ahora tenidas por ciertas, lo más lamentable de esta práctica es precisamente la contención de las condiciones que permitirían hacer valer el principio de corresponsabilidad del estado en cuanto al riesgo individual de las personas.

Recientemente se recibe un avance importante a través de la llamada Ley para la infancia y la adolescencia, mediante la cual se prescribe el principio de corresponsabilidad. Desde luego, ello no palia por completo la situación, pues de la práctica de dicho principio deben beneficiarse todas las personas que demandan atención básica del estado y no apenas los niños y los adolescentes. Por el momento, se tiene que la investigación descubre una práctica con efectos mucho más graves de los que acostumbradamente se escucha, pero ante todo, deja en evidencia que la situación no es, como se ha dicho, que tenemos una población con un alto grado de proclividad, sino, antes bien, la articulación funcional de la indiferencia académica y la evasión política de la sociedad acerca de su responsabilidad para con sus individuos.

CONCLUSIONES

El delito de inasistencia alimentaria apareció tras el asentamiento definitivo de la ética cristiana en el imperio romano. Siendo ésta su primera expresión normativa conocida en occidente, no encuentra correspondencia con su elemento por antonomasia como es la obligación alimentaria.

En efecto, dicha obligación apareció cuando fue despositionada la organización familiar que aparentemente defiende el delito, esto es, la que se caracteriza por una fuerte unidad en torno a sus generadores, y la cohesión fundamental basada en la existencia de significaciones compartidas, lazos emocionales perennes y mecanismo de subsistencia del individuo. Dicha organización promovía permanentemente la existencia de la familia, por lo que tendía a extenderse, pero rápidamente a extinguirse. Se trata algo así como la familia ideal defendida decididamente por el cristianismo y la Iglesia Católica. Sin embargo, histó-

ricamente las exigencias económicas y políticas de la sociedad, abandonaron dicho modelo de organización, dando paso a otro caracterizado por constituir familias, si se quiere, desechables, que producen individuos que algún día dejarán de contar con ella para poder ingresar en el mercado de producción a escala.

Para que funcione este último modelo familiar, la ingeniería social confió a las formas jurídicas la producción de instituciones que la hicieran posible, tales como la obligación alimentaria.

Lo extraño es que el discurso con que ha querido justificarse la aparición y permanencia del delito, señala la organización familiar abandonada como su objeto de protección. Tal ambivalencia se ha resuelto en lo que los investigadores sobre la familia, han designado "referencialidad", significando con ello que el sistema de creencias acerca de lo que debe ser la familia, logra imponerse con tal fuerza que si es preciso se sobreponen a las disposiciones normativas.

Si cumplir una norma es observar el comportamiento que manda su estructura semántica, la norma del artículo 233 del Código Penal colombiano, simplemente no se cumple. Pero ello se le atribuye ante todo a los operadores judiciales, específicamente, los jueces dentro del espacio judicial. Es así porque en lo investigado no se halló una sola decisión que gravara la responsabilidad del denunciado favorable o desfavorablemente, en que se hayan cuidado el fiscal y el juez de aplicar las disposiciones normativas con rigor jurídico. En cambio, se apreció la tendencia manifiesta a hacer valer sus creencias personales, incardinadas en el imaginario social a través del proceso de aculturación cristiana, por encima de las disposiciones legales.

Por esta vía se produjeron una serie de acusaciones y denuncias sin sustento probatorio. Y esto

ha venido siendo posible, porque se presta para una práctica política conforme a la cual el Estado ha venido sistemáticamente omitiendo su obligación constitucional de proveer a la existencia regular de la familia. De manera que si los operadores judiciales generan condenas contra personas respecto de quienes se ignora si legalmente están llamadas a responder, logra constituirse una serie de deudores virtuales de alimentos, de manera que habiéndolos, nunca se actualiza la obligación que asiste al Estado de subvenir a la familia cuando sus integrantes no pueden hacerlo.

Es así que se halló la práctica de condenar personas respecto de las cuales no se sabe si están en condiciones de pagar alimentos, conforme lo ordena el Código Civil, a partir de la creencia conforme a la cual, los padres por el nudo hecho de serlo deben proveer alimentos a sus hijos, presupuesto que desafía la más elemental estructura del derecho de las obligaciones. Pero tal creencia se sobrepone a la ley en la medida que de ella participa la sociedad colombiana, incluso, los integrantes especializados de la academia superior.

Tal situación de insubordinación legal de los jueces ha sido posible, adicionalmente, porque para el Estado es preferible que siga siendo así, mecanismo efectivo para evadir su corresponsabilidad, recurriendo a nivel de discurso al topos común que es precisamente, los contenidos referenciales acerca de la familia.

BIBLIOGRAFÍA

Anzola, J. E. (1964). *Las conductas antisociales*. Ediciones Lerner.

Arenas, A. (1991). *Comentarios al código penal colombiano*. tomo II. Temis.

- Arias, J. (2006). *El sistema acusatorio colombiano. Análisis desde su implementación*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Bonfante, P. (1965). *Instituciones de derecho romano*. Instituto Editorial Reus.
- Departamento Nacional de Planeación. (2002). *Familias Colombianas: Estrategias Frente al Riesgo*. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Instituto colombiano de bienestar familiar, Misión Social. Alfaomega Colombiana S.A.
- Espitia, G. (2005). *Historia del derecho romano*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Ferro, J. et al. *Lecciones de derecho penal, parte especial, delitos contra la familia*. Universidad Externado de Colombia.
- Gaius. (2000). *Instituciones jurídicas de Gayo*. Editorial Jurídica de Chile.
- Gómez, G. (1973). *Delitos contra la asistencia familiar*. Editorial Temis.
- Gutiérrez, J. (1964). *Las conductas antisociales*. Ediciones Lerner.
- Gutiérrez, V. (1963). *La Familia en Colombia: trasfondo histórico*. Universidad Nacional de Colombia.
- _____. (1976). *Estructura, función y cambio de la familia en Colombia*. Volumen II. Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.
- _____. (2000). *Estructura, familia y cultura en Colombia. tipologías, funciones y dinámica de la familia. Manifestaciones múltiples a través del mosaico cultural y sus estructuras sociales*. (5^a Edición). Editorial Universidad de Antioquia.
- Moya, M. *La acción resarcitoria por incumplimiento alimentario en el delito de inasistencia familiar. Estudio comparado entre las legislaciones colombiana y española*. Manuscrito enviado para publicación.
- _____. (2000, enero-abril). *El Delito de inasistencia alimentaria. Apuntes para una interpretación sistemática del tipo*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Volumen XXI, Nº 68.
- Ortiz, A. (1983). *Manual de derecho penal especial*. Universidad de Medellín.
- Pacheco, P. (1972). *Derecho penal especial*. Tomo III. Temis.
- Pavón, P. (2001). *Delitos contra la familia*. Editorial Leyer.
- Pérez, L. C. (1985). *Derecho penal partes general y especial*. Tomo IV. Temis.
- Reyes, A. (1969). *Delitos contra la asistencia familiar*. Universidad Externado de Colombia.
- Silva, G. (2004). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria. En, *Teoría e Investigación en Sociología Jurídica*. Coordinador Gonzalo Cataño. Universidad Externado de Colombia.
- Volterra, E. (1986). *Instituciones de derecho privado romano*. Civitas S.A.
- Zamudio, L. & Rubiano, N. (1991a). *Las separaciones conyugales en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- _____. (1991). *La nupcialidad en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.