

LAS ACCIONES AFIRMATIVAS COMO ESTRATEGIA DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE INASISTENCIA ALIMENTARIA EN COLOMBIA

THE AFFIRMATIVE ACTIONS AS A STRATEGY FOR THE PROTECTION OF VICTIMS OF FOOD IMMUNITY IN COLOMBIA

Lyda Marina Dueñas Gómez¹

Recepción: 18/06/2017; Evaluación: 19/06/2017; Aceptación: 22/08/2017

Resumen

En el presente se Analizó el delito de Inasistencia Alimentaria (Artículo 233 del CP) a partir de las denuncias y condenas alcanzadas en el país durante el período de 2012 a 2016 y las implicaciones que tiene una acción afirmativa como instrumento de protección del derecho humano a la igualdad de las víctimas (Fiscalía General de la Nación)”, para ello se estudiaron las estadísticas de los ingresos (en curso: archivos, otros; y salidas: conciliación, sentencias: condenatoria y absolutoria, preclusión, otras salidas) en las Fiscalías del país, respecto al delito de inasistencia alimentaria en el período 2012 a 2016; establecer desde la visión de los Fiscales de la Seccional, los hechos más relevantes que caracterizan éste delito; determina cuál fue el papel que asumió el Estado colombiano, para atender la problemática que se genera con el delito de inasistencia alimentaria, los aportes que al respecto realizó la sociedad civil y los organismos de Derecho Internacional y se formula una propuesta de trabajo que les garantice el derecho fundamental a la

igualdad a las víctimas, afectadas con las penas de prisión impuestas a los padres por el delito de inasistencia alimentaria (artículo 233 del CP). Se concluye, que a enero 31 de 2017, en el país el INPEC tenía bajo su custodia en calidad de detenidos a 998 personas, de las cuales 964 (11 mujeres y 953 hombres) estaban reclusos en cárceles pagando penas por la infracción al delito de Inasistencia Alimentaria, mientras que en el municipio de Tunja había 66.

Palabras claves: Multa, penas de prisión, igualdad, detenidos, víctimas.

Abstract

At present, the crime of Food Inasistence (Article 233 of the CP) was analyzed based on the complaints and convictions reached in the country during the period from 2012 to 2016 and the implications of affirmative action as an instrument of protection of the human right to The equality of victims (Attorney General of the Nation) “, for this purpose, the statistics on income (in progress: archives, others, and exits: conciliation, convictions and acquittals, es-toppel, Prosecutor’s Office of the country, regarding the crime of food failure in the period 2012 to 2016; Establishes from the vision of the Prosecutors of the Sectional, the most relevant facts that characterize this

1 Abogada de la Universidad de Boyacá, Especialista en Ética y Pedagogía de la Universidad Juan de Castellanos, aspirante a Magister en Derechos Humanos de la UPTC, Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la ciudad de Tunja. maestria.ddhh@uptc.edu.co

crime; Determines the role that the Colombian State assumed, in order to address the problems generated by the crime of non-food assistance, the contributions made by civil society and international law agencies in this regard, and formulate a work proposal that guarantees them The fundamental right to equality of victims, affected by imprisonment imposed on their parents for the crime of non-existence of food (article 233 of the PC). It is concluded that on January 31, 2017, INPEC had 998 people in custody as detainees, of whom 964 (11 women and 953 men) were held in prisons paying penalties for the crime of Inasistencia Alimentaria, while in the municipality of Tunja there were 66.

Key words: Fine, imprisonment, equality, detained, victims.

Introducción

*Todos los hombres nacen iguales,
pero es la última vez que lo son.
Abraham Lincoln (1808-1865)*

Artículo de investigación realizado desde los presupuestos epistemológicos de la investigación social, con un análisis documental, con alcance descriptivo, la cual se caracteriza por intentar “descubrir conceptos y relaciones en los datos brutos y luego organizarlos en un esquema explicativo teórico”, teniendo como métodos de recolección de información el uso de entrevistas y observaciones, además de documentos, películas, reportajes etc. (Strauss, A. y Corbin, J. 2002). El método cualitativo que usa este tipo de investigación, permite el análisis de supuestos sobre los cuales la investigación en Colombia no ha reflexionado a profundidad, esto es, la comprensión de las acciones afirmativas como estrategia de protección del derecho a la igualdad de las víctimas del delito de inasistencia alimentaria, cuya implementación podría incidir en el campo cultural, social y jurídico, de

gran interés para la Maestría en Derechos Humanos y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.

El derecho a la Igualdad, consagrado como fundamental en nuestra Constitución Política, establece que “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley*” y que “*recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen, nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*” (Negrilla fuera de texto). Sin embargo, a fin de procurar su efectividad en los incisos subsiguientes puntualizó: *El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

La dificultad frente a la efectiva aplicación del artículo 13, radica en el hecho de que el legislador no precisó el contenido de las medidas que el Estado debía adoptar para garantizar que las personas fueran libres e iguales.

Las acciones afirmativas – también llamadas en otras latitudes como en España, acciones positivas - han venido construyéndose históricamente como una herramienta que posibilita la efectividad y eficacia del gaseoso e imperfecto derecho humano a la igualdad, específicamente de las personas y grupos sistemáticamente discriminados por razones de género, etnia, ideologías políticas o religiosas, entre otros, que han hecho necesaria la intervención del Estado, en el anhelo de la aplicación del derecho a la igualdad no sólo en sentido formal, sino en sentido material, respecto del cual la legislación Colombiana no ha sido del todo ajena.

Básicamente son aquellas medidas jurídicas con proyección social, cultural o económica diseñadas para beneficiar individuos o colectivos en situación de debilidad o tradicionalmente discriminados como las mujeres, las negritudes o los gitanos. Ejemplos de ellas son los subsidios escolares, las exenciones tributarias o las reservas de cupos universitarios y de plazas laborales. Su objetivo es esencialmente altruista en la búsqueda por una igualdad material, pero en ellas subyace un profundo debate ético y jurídico, no sólo porque inciden en la distribución de bienes o servicios particularmente escasos en la sociedad, sino, además, porque su implementación exige tratamientos diferenciales respecto al sentido de la igualdad.

El derecho penal, concebido como el instrumento de control social que permite la armónica vida del conglomerado, también ha venido positivizando a través de sus tipos penales acciones afirmativas, las cuales como veremos, muchas de las veces se han quedado tan sólo en el papel, se tomará como ejemplo de estudio el feminicidio como acción afirmativa autónoma ante la inaplicabilidad sistemática de tal circunstancia, cuando estaba activo tal agravante para el delito de homicidio.

Dentro de la temática desarrollada, es forzoso hacer un análisis acerca del populismo punitivo frente a la necesidad de la protección real y efectiva de los derechos de los menos favorecidos, en el caso concreto, a partir del análisis del delito de inasistencia alimentaria, sobre el cual se pretende por algunos representantes del estado verbigracia el Fiscal General de la Nación su despenalización; asunto del cual se difiere en el desarrollo y posturas asumidas en el presente texto, pues desde el análisis de las acciones afirmativas, encontramos imperioso implementar o al menos proponer alternativas que posibiliten una efectiva protección del derecho a la igualdad de quienes

son víctimas del punible; en primer lugar los menores o mayores dependientes, pero de contera el padre o madre denunciante y hasta el sujeto activo del delito, quien podría también desde una óptica más humanista ser beneficiario de una efectiva y bien planteada acción afirmativa.

Metodología

El enfoque mediante el cual se realizó la investigación es el mixto, porque combina lo cuantitativo y lo cualitativo, donde el primero se fundamenta en cifras y el segundo, en los argumentos que exponen diversos autores y eruditos en la materia sobre el eje temático.

El desarrollo de la investigación cualitativa, según Bautista (2011): “trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su sistema de relaciones y su estructura dinámica” (p.16), teniendo en cuenta un afianzamiento de las diferentes posturas en el raciocinio de la colectividad frente a un contexto dado. Así mismo, el rol del investigador plantea una lectura del medio en donde relaciona su postura como parte de la realidad, reafirmando una conexión con la población para llegar a comprender cada uno de los elementos partícipes dentro de la investigación, logrando de esta manera, una acción comunicativa y recíproca en la comprensión del campo social.

Por otro lado, el paradigma cualitativo sostiene una fundamentación teórica desde la praxis, en donde se conjugan elementos externos de observación con una caracterización interna compuesta por símbolos y significados de interacción del sujeto con la comunidad, de esta manera, se abre campo a una cristalización de la alteridad en el intercambio de saberes y en el reconocimiento de las diferencias en relación a un espacio común.

En el caso concreto encaminados a dar una respuesta a la pregunta de investigación:

¿Es posible desde la premisa del derecho fundamental a la igualdad y a partir del análisis del delito de Inasistencia alimentaria en Colombia durante el período 2012 a 2016, proponer la implementación de acciones afirmativas que permitan a las personas judicializadas por este delito (artículo 233 C.P) la aplicación de nuevas medidas que repercutan de manera directa en la protección de las víctimas del injusto punible?

Resultados y discusión

Consideraciones generales sobre la igualdad.

Al intentar realizar un recuento histórico, podemos remontarnos a lo conocido sobre la noción de igualdad desde las sociedades primitivas; encontraremos entonces que para aquellas no existía y mucho menos la de justicia, básicamente porque los conflictos surgidos en estos grupos sociales, eran resueltos o cobrados por mano propia sin ningún tipo de proporcionalidad entre la agresión, la causa y la respuesta; precisamente, porque se trataba de conglomerados que desde la barbarie resolvían sus conflictos de ésta manera y cuya regulación primigenia se atribuyó en unos casos a una inspiración de origen divino como ocurrió con el Código Hammurabi (1760 a. C.) en la antigua Mesopotamia, al que se le abroga la aparición de la Ley del Talión, con la que de alguna forma a lo que se llegó fue a la regulación de la intensidad del daño, o los diez mandamientos (1250 a. C.), o el Código de Manú (1280 a 880 a. C.) hasta encontrarnos con normatividades positivizadas por el hombre, como La Ley de las XII Tablas (451-450 a.C.), que reguló los comportamientos y la aplicación de la justicia para quienes hacían parte de la sociedad Romana; claro, siempre y cuando se tuviera la condición de ciudadano, e incluso una anterior a ella, denominada el Cilindro de Ciro (539. a.C.), “reconocido por las Naciones Unidas en 1971 como el primer

documento en relación con los derechos humanos, que contiene conceptos como la abolición de la esclavitud y las discriminaciones raciales, la libertad de creencias religiosas o el establecimiento de la paz entre las naciones” (Ferrajoli, 1995, p. 906).

Desde que surge la idea de la igualdad y a lo largo del proceso evolutivo de los diversos grupos sociales, su significado ha sufrido profundos cambios, aun cuando su espíritu se mantiene inalterado e innegablemente cercano al de la justicia, tal vez por ese motivo haya acompañado a buena parte de la humanidad; desde los grandes pensadores como en Heródoto, el llamado “*padre de la historia*”, en los presocráticos como Anaximandro o Heráclito, (Tapia, 2000, p. 13) en Platón (Popper, 1985, p. 101) y por supuesto en Aristóteles se encuentran referencias acerca su importancia.

Lo cierto es que, sólo a partir de la revolución francesa la igualdad cobra relevancia concreta en el plano normativo y particularmente del derecho constitucional, “como consecuencia del rechazo a los privilegios del “*ancien régime*” y del deseo de poner fin a las prerrogativas monárquicas” (Rubio LL, 1993, p. 615). Así, “una de las grandes conquistas de la revolución francesa fue el reconocimiento del derecho a la igualdad; eso sí, concebido como la igual libertad” (Conac, 1993, p. 23).

Pero para delimitar su contenido es necesario comprender que el sustrato ideológico de toda la revolución giró en torno a dos grandes pilares: “(i) el control a la arbitrariedad y (ii) el respeto a las libertades individuales. El primero se tradujo en el principio de legalidad, años más tarde eje para la consolidación de la idea de Estado de Derecho”. (García de Enterría, 1994, p. 84).

Al margen de las implicaciones que la revolución francesa tuvo en otros escenarios, el reconocimiento de la igualdad como principio en la Declaración de 1789 consti-

tuyó un importante cambio. Con un prisma de contenido formal la *igualdad ante la ley* se proyectó en dos sentidos: *igualdad en la formulación* de ley e *igualdad en la aplicación* de la ley, el cual “se concibió como abstracción y generalidad y así aparece en el artículo 6 de la Declaración de 1789” (Conac, 1993, p. 35).

La igualdad como valor

Desde una perspectiva jurídica los valores son algo objetivo puesto que se conciben como una realidad, como una concepción humana destinada a garantizar el orden y la armonía social. Son aquellos parámetros que orientan la pacífica convivencia, que reflejan el deseo de la colectividad luego de un proceso deliberativo consciente y plasman las aspiraciones últimas de una comunidad política.

Al respecto, Antonio Pérez Luño (Pérez L, 1995, p. 228) considera que “son opciones ético-sociales básicas orientadas a presidir el orden político, jurídico, económico y cultural con una función tripartita: fundamentadora, orientadora y crítica”. Fundamentadora, en la medida que “son la base del ordenamiento jurídico político; orientadora, por cuanto una Constitución es un proyecto en construcción; y crítica, porque a partir de ellos se analizan hechos y normas con relevancia jurídica” (Recasens S, 1995, p. 288).

Respecto a su formulación normativa, Luis Vigo precisa que los valores constitucionales, en alguna similitud con los derechos fundamentales, “*se enuncian sin recurrir a la estructura sintáctica de una proposición o juicio*” (Luis V, 1993, p. 70).

Dimensión formal de la igualdad

En primer lugar, es necesario resaltar que solamente a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 se reconoce a la Igualdad como un derecho fundamental, en su artículo 13, pues en el marco de la

Constitución de 1886, vigente hasta entonces, no existía norma expresa que lo consagrara; otrora, el derecho a la igualdad había sido desglosado a partir de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como un Principio Constitucional contenido en los Artículos 16, 17, 20, 22, 23, 25, 26, 30, 36, 39, 45 y 46 (Corte Suprema de Justicia, 1974, p. 18)

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 13, ofrece garantías, destacando la responsabilidad que le corresponde al Estado, enfatizando en las personas de mayor vulnerabilidad, para nuestro caso, lo menores de edad y mayores con dependencia económica (Congreso de la República, 1991, p. 5), que en el caso analizado en el presente, no se cumplen.

A pesar de que su reconocimiento como derecho fundamental es innegable, resulta más complejo delimitar su significado concreto, lo que se explica por dos razones: en primer lugar debido al carácter relacional que suele acompañar a la igualdad, es decir, a la necesidad de apelar a un criterio externo (*tertium comparationis*) para determinar frente a qué se reclama igualdad; y en segundo lugar porque, acogiendo la división propuesta por Alexy, las normas que consagran derechos fundamentales contemplan tanto principios como reglas. Pero si el tema de los valores constitucionales genera controversia, el de los principios y las reglas resulta no menos problemático (Alexy, 1993, p. 167).

Finalmente debemos precisar que la igualdad formal implica básicamente que la ley en su texto proteja a todas las personas sin distinción y en la situación descrita por la norma jurídica.

Dimensión sustantiva o material de la igualdad

El anhelo de una igualdad sustantiva o material, surge como consecuencia del modelo de Estado Social de Derecho que

proclama el artículo primero de nuestra constitución y que se precisa en el artículo 13, enfocada garantizar la efectividad de los incisos segundo y tercero de la norma.

La igualdad sustantiva o material, por oposición a la igualdad de derecho o formal, supone la modificación de las circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades. La norma, como vemos, omite señalar una forma específica para su realización, lo cual significa que tanto los operadores jurídicos –los jueces-, como el propio Legislador y toda la administración pública tienen una amplia gama de posibilidades o estrategias por desarrollar, pero ninguno puede pasarla inadvertida. Este precepto es el eje de las acciones afirmativas, precisamente como una manifestación de las opciones políticas para alcanzar la igualdad sustantiva o material y señala tres objetivos –conductas- claramente definidos:

- *La promoción de condiciones* de igualdad de la persona, tanto en su dimensión individual como colectiva. Este principio se acerca a la idea de igualdad de oportunidades para la consecución de bienes y servicios y la realización de proyectos de vida autónomos. Utilizando un sencillo ejemplo, sería como organizar una carrera deportiva y promocionarla ampliamente sin fijar una inscripción, evitando que sólo pudieran participar aquellos con excedentes financieros para asumir los costos de ingreso (igualdad en el punto de partida)
- *La remoción de los obstáculos* que impidan unas condiciones efectivas de igualdad. A diferencia del principio anterior aquí parece haber un interés de resultado, pero no en cuanto al punto de llegada sino para eliminar las barreras en las condiciones de salida. Siguiendo con el ejemplo de la carrera, y suponiendo que algunos competidores lleva-

sen alguna carga extra al momento de ingresar a la pista, sería como quitarles esa carga para que pudieran correr libremente como todos los demás.

- *Facilitar la participación* de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Con espíritu esencialmente democrático, el objetivo es entonces lograr la integración del individuo en diversos sectores de la sociedad. Sin duda hay un alto grado de indeterminación en la medida en que tanto la promoción de condiciones para la igualdad como la remoción de obstáculos contribuyen a la participación en esos diversos escenarios. Así, el pago de la inscripción a la carrera y el hecho de retirar las cargas de exceso a los competidores contribuirían a que unos y otros participaran en los ámbitos cultural y social por medio del deporte. Pero habría muchas otras formas de *facilitar* esa participación, lo que evidencia un amplio margen de maniobra para realizar este cometido.

Acciones afirmativas

La *acción afirmativa* es un concepto acuñado por el sistema jurídico de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado con el propósito de promover medidas encaminadas a superar la discriminación y los prejuicios que, más de cien años después de la abolición de la esclavitud, existían aún en contra de la población negra, y comprende medidas de carácter legislativo, ejecutivo, e incluso decisiones judiciales. Poco tiempo después este concepto fue acogido en Europa, en donde tuvo gran desarrollo, especialmente frente a la situación de las mujeres, y su entonces incipiente incursión en varios espacios hasta poco antes reservados a los hombres, entre ellos el ámbito profesional y laboral y el de la participación política. (DIEZ-PICASO, 2005).

La doctrina y la jurisprudencia de esos países han reconocido varios tipos de acción afirmativa, destacándose entre ellas las acciones de *promoción o facilitación*, y las llamadas *acciones de discriminación positiva*, que si bien en algunos casos se confunden con el concepto mismo de acción afirmativa, son en realidad una especie de esta última. Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes públicos escasos, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos educativos o incluso, selección de contratistas del Estado. En todos los casos la implementación de una acción afirmativa conlleva costos o cargas, que deben ser razonables, y que frecuentemente se diseminan y son asumidos por la sociedad como conjunto. Sin embargo, debe resaltarse que en el caso de las acciones de discriminación positiva, la carga puede recaer de manera exclusiva sobre personas determinadas.

En Colombia, si bien existen normas anteriores a 1991 que podrían ser entendidas como acciones afirmativas, este concepto gana espacial notoriedad sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política, cuyo artículo 13 resalta el deber del Estado de *promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados*. El texto superior contiene además otras disposiciones que de manera específica plantean el mismo mandato frente a colectividades específicas, entre ellas los artículos 43 a favor de las mujeres, 47 a favor de las personas discapacitadas y 171 y 176 sobre circunscripciones especiales para determinados grupos étnicos para la elección del Senado y la Cámara de Representantes.

A partir de estas pautas, la Corte Constitucional se ha ocupado con frecuencia del tema, tanto en decisiones de constitucionalidad sobre la exequibilidad de medidas le-

gislativas de este tipo o su eventual omisión como en decisiones de tutela en las que se ordena adelantar acciones concretas o abstenerse de afectar de manera negativa a grupos o personas merecedoras de especial protección constitucional. Cfr., sobre estos temas, sólo durante los años más recientes, las sentencias C-371 de 2000, C-964 y C-1036 de 2003, C-174 de 2004, C-101 de 2005, C-667 de 2006, C-932 de 2007 y C-258 de 2008.

Populismo Punitivo

En el ambiente globalizado actual, especialmente los países industrializados o desarrollados, se han venido endurecido drásticamente las legislaciones penales, así, los que se catalogan como en vía de desarrollo por imposición o imitación han seguido dicho ejemplo, de suerte que sus contenidos normativos están dirigidos no a la solución de los problemas de conducta existentes en la sociedad, sino a castigar a los ciudadanos que se ubican en los estratos más bajos de la población (menos educación e ingresos).

Entre los países que han asumido la actitud anterior, se destaca Estados Unidos de América (Tonry, 2006, p. 21), y más recientemente Inglaterra, razón por la cual estudiosos del tema han realizado investigaciones para profundizar en las causas, consecuencias y retos que deben asumir los Estados, entre los cuales se destacan, entre otros, la cultura del control (Garland, 2005, p. 45) el populismo punitivo (Bottoms, 1995, p. 65) o el gobernando a través del delito (Simón, 1997, p. 23).

En ese orden de ideas, Juan Pablo Uribe Barrera, analiza la existencia del populismo punitivo en Colombia, definiéndolo como la “respuesta penal expresiva que -sin asomo de eficiencia, con fines eminentemente electorales- se usufructúa de las sensibilidades de la clase política dominante -determinadas por contextos de emergencia social y

se dirige esencialmente contra miembros de las minorías, de los otros”. (Uribe B, 2013, p. 71), lo que quiere decir que son acciones encaminadas no bajo criterios funcionales de una política criminal, sino al libre albedrío de quien o quienes representan a las clases dominantes, en aras de optar por una decisión que en el caso del delito de inasistencia alimentaria en Colombia, no ha sido funcional.

Una de las exigencias que debe cumplir la determinación de existencia del populismo punitivo, es entre otros, que “sectores políticos dominantes utilicen el derecho penal para efectos electorales sin importar las consecuencias de efectividad, o de daño social, de la norma” Uribe B, 2013, p. 73), a lo cual hay que agregarle, la presencia de problemas sociales, donde las políticas neoliberales y de globalización, en vez de disminuirlos, han acrecentado la brecha entre ricos y pobres, lo que aumenta la desigualdad económica y genera inestabilidad laboral.

Es así, como la decisión de aumentar las penas de ciertos delitos, incluyendo el de inasistencia alimentaria, ha de originarse en estudios serios y profundos, donde se analicen las diferentes causas que lo originan, sus consecuencias a corto, mediano y largo plazo, sus participantes y los factores encadenados que se pueden asociar a estos problemas, pero en especial, las políticas funcionales que se pueden aplicar para enfrentarlo con recursos, estrategias y acciones serias. “Son decisiones momentáneas, como lo demuestra el crecimiento del problema carcelario, que ha generado un mayor hacinamiento, insalubridad en los inmuebles y letargo en la justicia, coincidiendo con lo expresado por Garland (2001, p. 91) que por su parte, afirma que en el mundo globalizado actual, el populismo punitivo, “no es un producto nuevo sino que está integrado por un discurso del pasado, de donde surgen los principios de

aumentar la pena para disminuir el mal de mayor envergadura, para enfrentar los crecientes índices de criminalidad”.

El delito de inasistencia alimentaria

En el estudio realizado por Carolina Bernal y Miguel Emilio Larrota, titulado *El delito de inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de su conveniencia*, realizan una investigación bibliográfica en la literatura pertinente e identifican cuatro modelos distintos de consagración penal de la IA, los cuales se clasifican de acuerdo con dos criterios: “1) La vía procesal que debe transitarse antes de llegar a la sanción penal; esto es, si las personas pueden iniciar directamente procesos penales por IA, o si deben acudir primero a procesos civiles, administrativos o de otro tipo, que permitan acudir posteriormente a la vía penal, o bien que el juez imponga una sanción penal por incumplimiento de la orden dada en el proceso civil” (Bernal, 2012, p. 12), y 2) “La amplitud del tipo penal; que depende de qué tantos supuestos de hecho están incluidos en la legislación penal de un país como constitutivos del tipo de IA”.

Las consagraciones del tipo de IA, o de sus equivalentes, se clasifican en dos modelos de acuerdo según la vía procesal que sigan para culminar en la sanción penal. Es así, como está el modelo directo, “en el cual las personas pueden acudir directamente a la jurisdicción penal a interponer una denuncia cuando quiera que se configuren los elementos del tipo, sin necesidad de contar con una decisión previa –judicial o administrativa–, en la que se declare la existencia del incumplimiento frente a la obligación de dar alimentos o brindar asistencia familiar. Por esta vía, el juez penal es quien tiene la competencia para decidir si se configuran los elementos del delito. Ello supone que será el juez penal, y no el civil o una autoridad administrativa, quien decla-

re, aunque sea implícitamente, que existe una obligación legal que fue incumplida por el indiciado de la comisión del delito” (Bernal, 2012, p. 12).

De otro lado, en el modelo indirecto, corresponden “las consagraciones penales que establecen como requisito para la vía penal, acudir primero ante un juez civil, con el fin de que este haga un reconocimiento previo o imposición de la obligación alimentaria. Como consecuencia, la constitución del delito necesita de la existencia de un título claro, expreso y exigible, otorgado a través de este procedimiento. Países como Francia y Bélgica siguen el modelo indirecto” (Bernal, 2012, p. 12).

Por otra parte, las legislaciones que contemplan la inasistencia alimentaria como delito, se amparan en dos modelos: 1) “el realista –también llamado material– o el idealista. Al primero de ellos pertenecen aquellas legislaciones en las cuales constituye delito únicamente la sustracción de la obligación de dar alimentos, entendida ésta como una obligación de asistencia económica. En la mayoría de ordenamientos jurídicos se trata de una obligación impuesta por ley a parientes que usualmente incluyen

a los descendientes, ascendientes y cónyuges. Además de Colombia, siguen este modelo países como Argentina y Francia” (Bernal, 2012, p. 22).

En el modelo idealista, se ubican “aquellas legislaciones que consagran tipos penales que no se limitan a la sustracción de los deberes de asistencia económica, pues además incluyen el incumplimiento de obligaciones más amplias. Se trata de penalizaciones de conductas como la inasistencia moral y/o educacional. Cuando la víctima del delito es un menor de edad, la configuración del mismo suele obedecer –en estos modelos legales– al incumplimiento de algunos de los deberes impuestos por la ley civil a los padres para con sus hijos” (Bernal, 2012, p. 34).

El delito de I.A, en el Código Penal colombiano, contempla circunstancias de agravación punitiva (artículo 234), que permite aumentar la pena hasta en una tercera parte al obligado, si actúa con dolo en el transcurso del proceso judicial y por otra parte, se reitera nuevamente, puede iniciarse otro proceso por la misma causa (artículo 235) (Congreso de la República, 2000, p. 1).

Figura 1
Total delitos cometidos en Colombia y denuncias por inasistencia alimentaria (2010-2016)

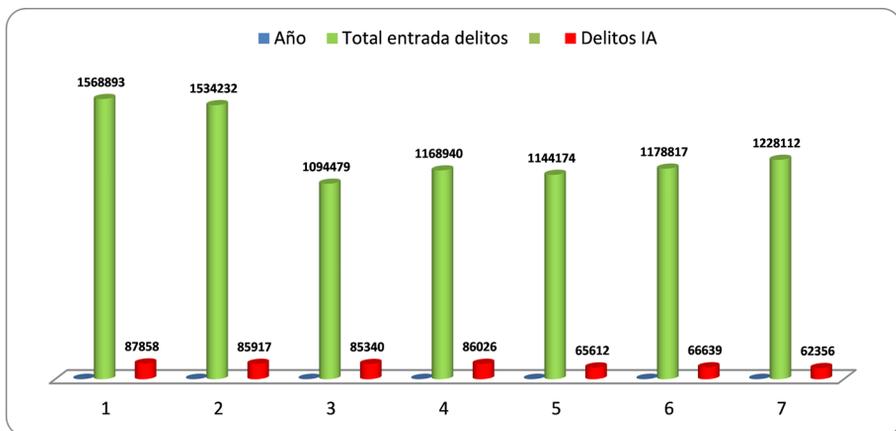


Figura 2
Actuaciones de la Fiscalía en los delitos de Inasistencia alimentaria
Art. 233 C.P (2010-2016)

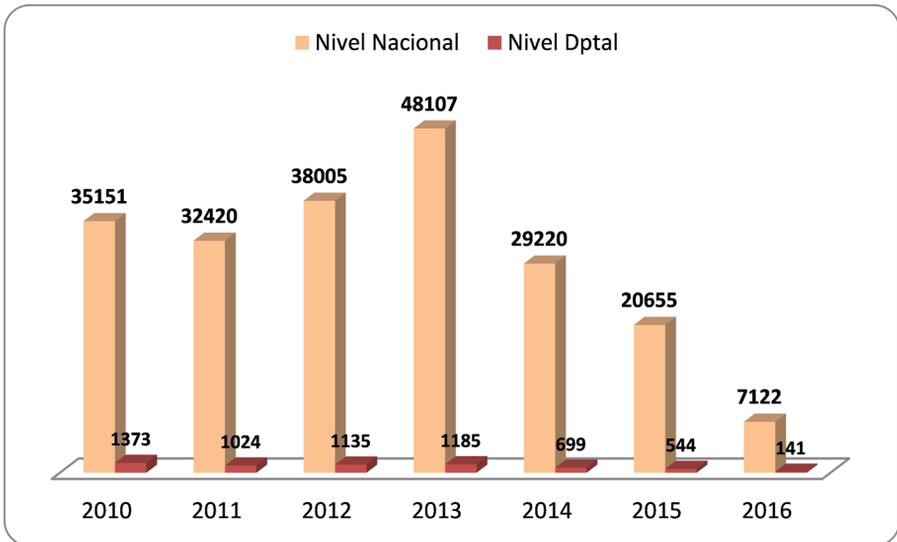


Figura 3
Número de denuncias por Inasistencia Alimentaria en Colombia,
departamento de Boyacá y municipio de Tunja (2010-2016)



Respecto a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, en los delitos de Inasistencia Alimentaria (art. 233) en el periodo 2010-2016, estas fueron en total 210.680 mientras que las departamentales 6.101 que contribuyen con el 2,9% sobre la suma anterior, ocupando el séptimo puesto a nivel nacional. La tendencia en ambas cifras es decreciente disminuyendo en el primer caso 28.029 actuaciones y en el segundo 1.232, las cuales representan respectivamente un 79,7% y 89,7%, frente a las denuncias por IA que mostraron un porcentaje en el mismo sentido, de sólo 29,0% (Ver Cuadro 2, Figura 5).

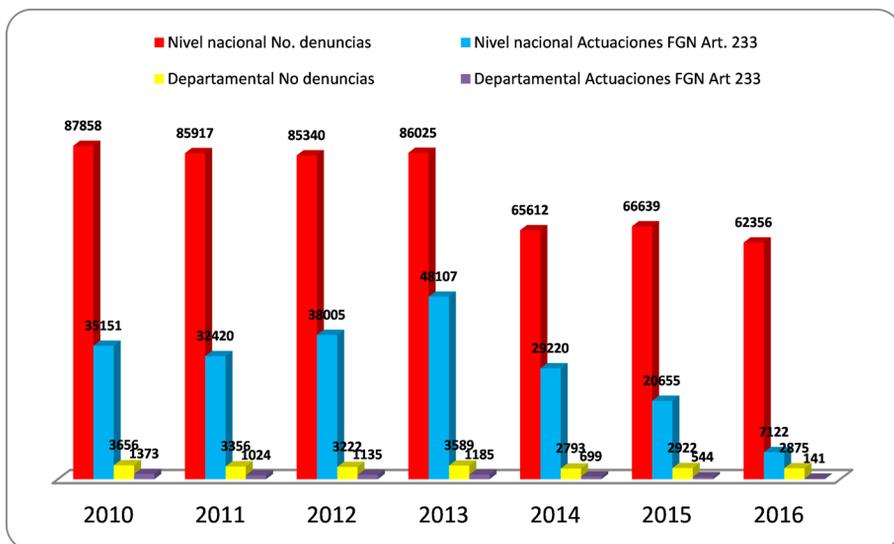
En lo que respecta al departamento de Boyacá, en el 2010 se presentaron 3.656 denuncias y en el 2016, 2875, observándose un decremento de 1.620, que porcentualmente equivale a un 48.0%, con una tendencia similar a las cifras nacionales, pero con mayor significancia a nivel regional, destacando los periodos 2013-2014 con

-24.7% y 2014-2015 con -30.6% (Ver Cuadro 3, Figura 6). La participación del total de las denuncias por IA en el departamento respecto al nacional, es del 4,2%, mientras que en el 2010 era de 4.2% al 2016 fue de 4,6%.

Por otra parte, si se compara el número de denuncias por IA, frente a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación la relación en el ámbito nacional en las sumatorias los resultados se circunscriben a los siguientes: (ver figura 4).

Frente a la actual problemática no sólo del hacinamiento en las cárceles, sino de la falta de eficacia que representa la actual tipificación del delito de Inasistencia alimentaria, se propone la implementación de acciones afirmativas, que permitan mejorar la protección del derecho a la igualdad de las víctimas del delito, a partir del análisis del tipo en el periodo del 2012 al 2016, puntualizado en las siguientes estrategias:

Figura 4
Número de denuncias por Inasistencia Alimentaria frente a actuaciones (Art 233 CP), en Colombia y departamento de Boyacá (2010-2016)



Implementación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos – REDAM

Iniciativa que tan sólo se quedó en la propuesta que en el año 2013, la Senadora Maritza Martínez Aristizabal (Partido de la U), presentó Proyecto de Ley (98 de 2013), mediante el cual se crea el Registro Alimentario de Deudores Morosos (Redam) con fundamento en las experiencias de países, como Estados Unidos (Child Support Enforcement, 1984), en Buenos Aires, Uruguay, Perú y México D.F. donde ha sido funcional porque a través de éste mecanismo, se impone una sanción social, civil y administrativa a los padres que incumplan con la obligación alimentaria de sus hijos (Martínez A, M, 2013, p.6).

De manera complementaria a lo presentado por la citada senadora, se propone la creación de una plataforma o Sistema de Información Abierto, manejado en forma primaria por el Consejo de la Judicatura, a través del cual se estarían cruzando datos en forma permanente de los Deudores Alimentarios Morosos, con todas las instituciones del Estado (Nacional, Departamental, Distrital y Municipal) y con las empresas privadas prestadoras de servicios públicos, lo que restringiría la posibilidad de obtener o actualizar el pase, obtener pasaporte o visa, adquirir certificado de antecedentes disciplinarios, comprar o vender bienes, inscribirse en la Cámara de Comercio, contratar con el Estado, acceder a créditos de las entidades bancarias, entre otras, bloqueando por decir así, el accionar del infractor.

Modificación del artículo 233 del Código Penal

La pena de prisión que pocas veces se materializa, debe quedar inicialmente con la aplicación directa del subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena, contemplado en el Artículo 63 del Código Penal y solo en caso de reincidencia o antecedentes se aplicarán las señaladas en el

código, pero siempre por este delito con detención domiciliaria. La pena de multa será eliminada y la Inscripción en el REDAM será obligatoria.

- Se judicializan todos los casos a partir de la presunción legal de los ingresos, sin perjuicio de la aplicación de la Preclusión o el Principio de Oportunidad.
- Se implementa también como requisito de procedibilidad la Conciliación establecida en el artículo 522 del C.P.P, con la asistencia del defensor de familia ante quien se podrá incluso modificar la cuota alimentaria fijada.

El nuevo texto sería el siguiente:

Artículo 233. Inasistencia alimentaria (modificación)

El que se sustraiga a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en suspensión condicional de la pena si se encuentra culpable por primera vez o de prisión domiciliaria con permiso de trabajo (Ley 1826 de 2017), en caso de reincidencia de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses e inscripción inmediata en el REDAM.

La pena será de suspensión condicional si se encuentra culpable por primera vez o de prisión domiciliaria con permiso de trabajo (Ley 1826 de 2017), en caso de reincidencia, de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor. Se deberá realizar la inscripción inmediata en el REDAM.

Parágrafo 1o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible. Aparte tachado INEXEQUIBLE> Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente **únicamente** al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a

dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

Parágrafo 2o. Será necesario agotar como requisito de procedibilidad la conciliación establecida en el artículo 522 del C.P.P, con la presencia obligatoria del defensor de familia, en cuya diligencia se podrá incluso reajustar la cuota alimentaria.

Desarrollo de estrategias educativas, para promover y fomentar desde la familia y las Instituciones Educativas el respeto por sí mismo y especialmente por las mujeres, encaminadas a procrear con responsabilidad.

Esta labor estará a cargo del Ministerio de Educación, Secretarías de Educación Distritales y Municipales, del ICBF a través de las Comisarías de Familia y de todas las Universidades e Instituciones de Educación Básica Públicas y Privadas, que tienen programas afines con éste propósito.

Conclusiones

Por cuenta del delito de Inasistencia alimentaria, efectivamente se genera un aporte importante a la población carcelaria en Colombia

Las personas judicializadas con fundamento en el artículo 233 del Código Penal, terminan pagando penas que oscilan incluidas en el rango entre los 24 y 72 meses de prisión y una multa (de 16.7 a 37.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes), la cual es exageradamente superior frente a las deudas por las cuotas pendientes que se adeudan por el incumplimiento en el pago de mesadas a los niños. En éste caso, se si paga la deuda por mesadas pendientes y no la multa, debe el infractor seguir en la cárcel.

La modificación del tipo penal en el sentido de eliminar la justa causa y dejar la presunción legal para judicializar al infractor, genera un cambio en la carga de la

prueba, pues ahora, debe ser este quien en búsqueda de una preclusión o un principio de oportunidad, demuestre que le asiste una causal de exclusión de responsabilidad, además la posibilidad de tener una conciliación preprocesal con la asistencia del defensor de familia, procura la garantía por el respeto de las víctimas e incluso de los infractores, a quienes muchas veces en su ausencia les fijan exageradas cuotas, desconociendo su realidad económica, las cuales en esta diligencia pueden ser rectificadas.

A la luz de las acciones afirmativas, la realidad en el país muestra la aplicación de este mecanismo, a través del cual se equiparan y restablecen derechos de algunas mayorías, derivadas del derecho a la igualdad, pero en la negación y violación del fundamental que debe favorecer a las víctimas de los actores infractores de la IA, pues aún no se observan políticas serias y reales por parte del Estado.

Ahora, desde la premisa del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, las acciones afirmativas fundadas en estrategias de protección, y con el apoyo del Estado y de la empresa privada, pueden posibilitar a las personas que incurran en el delito de inasistencia alimentaria (artículo 233 CP) que les sean sustituidas las penas de prisión y la sanción pecuniaria por otras medidas que han tenido mayor funcionalidad en otros países, tales como el REDAM.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrade C, B. &. (2013). Acciones afirmativas (Políticas educativas internas de las Universidades públicas colombianas para los afro-colombianos. *Zona, Número 13 Semestral*, 123-133.
- Arboleda V, M. &. (2008). *Manual de Derecho Penal. Partes General y Especial*. Bogotá: Leyer.

- Asis R, R. (2000). *La igualdad en el discurso de los derechos*. Madrid: Universidad de Jaén-Dykinson.
- Bernal C & La Rota, M. (2012). *El delito de la inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de su conveniencia*. Bogotá: Dejusticia-USAID.
- Bernal Pulido, C. (2012). *El Derecho de Los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Brague C, J. (2001). *Discriminación positiva en el derecho comunitario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Camps, V. (1994). *La igualdad y la libertad*. Madrid: Pablo Iglesias.
- Celis G, J. (2009). Las acciones afirmativas en educación superior: el caso de los Estados Unidos. *Educación, vol 12 No. 2, ISSN 0123-1294*, 15-27.
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad . (2012). *El delito de inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de la conveniencia*. Bogotá: USAID.
- Cepeda E, M. (1997). *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.
- Cepeda, M. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.
- Conac, G. (1993). *La Declaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; histoire, analyse et commentaires*. París: Economica ISBN 978-2-7178-2483-4.
- Congreso de la República . (2007). *Ley 1181 de 2007 (31 de diciembre de 2007). Por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000*. Bogotá: Diario Oficial 46858.
- Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Magisterio.
- Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Magisterio.
- Congreso de la República. (2000). *Ley 599 de 2000. Código Penal (24 de julio)*. Bogotá: Diario Oficial No. 44097.
- Corporación Excelencia de la Justicia. (2015). *Balance Diez años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio* . Bogotá: USAID ISBN 978-958-97915-5-4.
- Corte Constitucional Sala Plenal . (2001). *Expediente D 3067 - C 093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Corte Suprema de Estados Unidos. (1971). *Caso Groggs vs Duque Power Company - 401 U.S. 424*. Washington: CS US.
- Durango A, G. (2011). *Incorporación, inclusión y desarrollo de las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Bogotá: Jurídica Díké.
- Elósegui I, M. (2003). *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid : Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (2015). *Censo delictivo 2015*. Bogotá: FGN.
- Fiscalía General de la Nación. (2016). *Censo Delictivo 2016*. Bogotá: FGN.
- Fiscalía General de la Nación. (2017). *Censo Delictivo 2017*. Bogotá: FGN.
- Foucault, M. (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Gainza, P. (2014). Acciones afirmativas: una herramienta de implementación de los derechos humanos. El caso de la Tarjeta Uruguay Social. *Derechos humanos Aracé, v q, No. 1*, 178-200.
- García A, J. (1999). El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. *GARCÍA AÑÓN, José, "El principio de igualdad y las polCuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, No. 2. Universidad de Valencia*, 5-28.

- García de E, E. (1994). *La Lengua de los Derechos*. Madrid: Alianza.
- García de Enterría, E. (1994). *La lengua de los derechos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Garland, J. (2001). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad Contemporánea*. Barcelona : Gedisa.
- Guilbourg, R. (1996). Igualdad y Discriminación. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 19 Universidad de Alicante, 89-102.
- Gunther, G. (1972). Foreword: in search of evolving doctrine on changing court: a model for a newer equal protection. *Harvard Law Review*, Vol. 86, No.1, 8-22.
- Julio E, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jurídico, Á. (2013). *La crisis del sistema penitenciario: un problema de nunca acabar*. Bogotá: Legis.
- Luis V, R. (1993). *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Martín V, M. (2003). *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Madrid: Civitas.
- Martínez A, M. (2013). *Proyecto de ley número 98 de 2013 Senado. Por medio de la cual se crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam) y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Gaceta del Congreso Comisión Séptima Constitucional.
- Martínez N, NH. (10 de Julio de 2017). Razones de la congestión en el Sistema Penal Acusatorio en Colombia . *El Tiempo - Judicial*, págs. 13-18.
- Martínez T, R. (2000). *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Almería: Universidad de Almería.
- Martínez T, R. (2000). *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Almería: Universidad de Almería.
- Mason, G. (1985). *Declaración de derechos del pueblo de Virginia* . México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Méndez A, C. (1995). *Metodología*. Bogotá: McGraw Hill.
- Morales A, A. (2012). *Lecciones de derecho de familia*. Bogotá: Leyer.
- Mosquera R, C. &. (2009). *Acciones Afirmativas en Colombia: entre paradojas y superposiciones de lógicas políticas y académicas*. Bogotá: CES Universidad Nacional.
- Pabón P, P. (2012). *Código Penal Esquemático*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Pabón P, P. (2012). *Código Penal Esquemático*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Pérez L, A. (1995). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Popper, K. (1985). *La sociedad abierta y sus enemigos* . Barcelona: Paidós.
- Pujol A, C. (2001). La discriminación nunca puede ser positiva como los excrementos nunca pueden oler bien". "Las medidas acción positiva, ¿discriminan a los varones?". *Themis.matiz.net*, 12-23.
- RAE. (2005). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe.
- Ramírez M, P. &. (2015). Acciones afirmativas. Políticas en pugna con la discriminación que develan estructuras hegemónicas de sometimiento. *Ratio Juris Vol. 10 No. 20 (enero-junio 2015)*, 115-138.
- Recasens S, L. (1995). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- Rey M, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Rosenfeld, M. (1999). *Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry*. Yale: University Press.
- Rubbio LI, F. (1995). *Derechos Constitucionales y principios fundamentales*. Barcelona: Ariel Derecho.

- Rubio LL, F. (1993). *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz M, A. (1996). La Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, No.19. Universidad de Alicante*, 42-53.
- Sierra H, E. (1999). *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Sierra H, E. (1999). *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Sullivan, K. (1986). Sind of discrimination: last term's affirmative actions cases. *Harvard Law Review*, 98-118.
- Tapia, R. (2000). *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Almería: Universidad de Almería.
- Tribe, L. (1978). *American Constitutional Law*. New York: Mineola, The Foundation Press.
- Unesco. (2016). *Pertinencia de las acciones afirmativas y las competencias interculturales para el efectivo ejercicio de los derechos humanos en Centroamérica*. Costa Rica: Unesco.
- Uribe B, J. (2013). ¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo? *Nuevo Foro Penal Vol. 7, No. 78, enero-junio 2012 ISSN 0120-8179*, 70-106.
- Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.
- Wiesner M, L. (2007). La acción afirmativa en la Constituyente de 1991. *Universidad Sergio Arboleda, 7 (13) ISSN 1657-8953*, 61-80.
- Zaffaroni, E. (2005). *Manual de Derecho Penal General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zagrabelsky, G. (1995). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.