



Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

E.S.D.

Referencia: Expediente número D-12248.

Demanda de constitucionalidad en contra del artículo 233 del Código Penal.

Actor: Juan Felipe Cardozo Ramírez

Asunto: Intervención ciudadana (Decreto 2067 de 1991, artículo 7º).

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá** y **NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**, actuando como ciudadano y **docente del área de Derecho Penal de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras correspondientes firmas, de conformidad con lo señalado en los autos del 10 y 28 de agosto de 2017 y en virtud de lo normado en el numeral 1º del artículo 242 Constitucional y el artículo 7º del Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención, en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991.

1. DE LA NORMA DEMANDADA Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se trata del artículo 233 del Código Penal, que tipifica el delito de inasistencia alimentaria.

Considera el demandante que la pena privativa de la libertad para este delito es incompatible con la posibilidad de ejercer un trabajo y de esta manera satisfacer la obligación alimentaria. Esto en definitiva atenta contra los sujetos de derecho que se pretenden resguardar, es decir, los beneficiarios de la obligación alimentaria, haciendo énfasis en los menores de edad. En virtud de lo anterior el reproche constitucional se edifica tras confrontar la norma demandada con los artículos 11 y 44 constitucionales y la posible afectación contra el mínimo vital de los menores de edad.

Insularmente se menciona como argumento de la demanda la prohibición constitucional de imponer penas de prisión como consecuencia de las deudas civiles insolutas.

2. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

Aunque el Observatorio de Intervención Ciudadana la Universidad Libre comparte los argumentos de inconveniencia en cuanto a tipificar la conducta contra la asistencia alimentaria de la manera como actualmente se regula en nuestro Código de las penas, considera que ese análisis no es del resorte de la Corte Constitucional sino del legislador, de conformidad con los criterios que delimitan la política criminal del Estado¹ y por ende, se debe declarar la exequibilidad de la norma demandada.

¹ En el mismo sentido sentencia C-237/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz

Para sustentar nuestra posición, la estructura argumentativa se dividirá en 3 secciones: (i) un análisis de la obligación alimentaria y su tipificación penal, (ii) la posible inconstitucionalidad de penalizar deudas civiles y (iii) la referencia al proyecto de ley 014 que pretende despenalizar la inasistencia alimentaria.

Al final del documento se encontrarán las conclusiones y las solicitudes que se hacen ante esta Corporación, como consecuencia del análisis de los argumentos contenidos en el libelo y la confrontación de la norma demandada con los parámetros de constitucionalidad.

2.1. La obligación alimentaria y el derecho penal²

La obligación alimentaria se deriva del deber de solidaridad, que entre particulares se predica sociológica y culturalmente de la familia. Por otra parte la doctrina constitucional ha reconocido que los niños son sujetos de especial protección (sentencias SU-225 de 1998 y T-425 de 2010) y en esa medida debe propenderse por brindarles la oportunidad de satisfacer la mayor cantidad de prerrogativas con que cuentan, en especial cuando las mismas no ocasionen una carga excesiva en el normal funcionamiento del Estado, como sería el cumplimiento de la obligación alimentaria en su favor, a cargo de los particulares –padres-. Esto último a propósito del argumento contenido en la demanda en cuanto a la posible afectación del mínimo vital de los menores de edad, excluyendo del presente análisis los demás beneficiarios, frente a los cuales es ajeno el presente debate constitucional.

Es preciso destacar que la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los artículos 5º, 9º y 18 de la Convención Internacional de los Derechos del Niños, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores.

Ahora bien, desde la sentencia C-237 de 1997 se predicán de manera pacífica, dos requisitos fundamentales del deber de asistencia alimentaria: (i) la necesidad del beneficiario y (ii) *la capacidad del deudor*, agregándose a esta segunda premisa, que no se debe sacrificar la propia subsistencia del alimentante. El debate de responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria, suele girar respecto del segundo requisito, reforzado por el principio *ad impossibilia nemo tenetur* y la existencia del ingrediente normativo del tipo consagrado en el artículo 233 del Código Penal, bajo la fórmula “*sin justa causa*”³ en cuyo caso la conducta degenera en atípica.

La Corte Constitucional, como guardiana suprema del texto fundamental, se ha encargado de analizar las razones por las cuales dicha conducta ha merecido ser catalogada como delito:

No se olvide que es deber especial de las personas velar por la subsistencia de aquellos a quienes la Ley las obliga y que con el fin de garantizar esa obligación alimentaria se ha hecho necesario, inclusive, acudir a la consideración y uso de una jurisdicción tan excepcional (ultima ratio) como la penal, para amparar el bien jurídico de la familia, pues con el no cumplimiento de esa obligación se falta a un deber nacido del vínculo de parentesco, [o] matrimonio, poniendo en peligro su estabilidad y así la subsistencia del beneficiario. (Corte Constitucional, sentencia C-388/00).

² Se sigue lo argumentado en Hernández, Norberto (2015). *¿A lo imposible nadie está obligado? Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria*. Revista de derecho, pp. 322-349.

³ “Se entiende por justa causa todo acontecimiento previsto en la ley, o existente fuera de ella, que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente, y cuya realización desintegra el tipo penal. También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compromisos a pesar de que no quiere actuar de esa manera. La justicia de la causa es determinación razonable, explicable, aceptable y hace desaparecer la incriminación, cualquiera fuera su origen o la oportunidad de su ocurrencia” (Corte Constitucional, sentencia T-502/92).

Un razonamiento similar empleaba el doctrinante Valencia Zea⁴, para quien la necesidad de que el derecho penal intervenga en el ámbito del incumplimiento de la obligación alimentaria radica en que “*el objeto de la tutela penal no es la obligación civil de suministrar alimentos, sino [es una] sanción a dicho incumplimiento por la omisión de un deber primario de subsistir a la familia*”.

Así pues, *prima facie* pareciera que el derecho penal es una esfera válida para tipificar la conducta en el marco de un Estado social de derecho, pues como sugiere la Corte Constitucional y la doctrina especializada, con este delito se busca proteger el bien jurídico de la familia ante cuya puesta en peligro es necesaria la intervención del *ius puniendi*.

Asimismo, la Corte Constitucional estableció que además de que uno de los fundamentos para penalizar la inasistencia alimentaria radicaba en la afectación al bien jurídico de la familia, dicho tipo penal también tiene como premisa constitucional el principio de solidaridad:

En esencia, la obligación alimentaria no difiere de las demás obligaciones civiles [...] Ella presupone (como las otras) la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho, v.gr. el tener descendientes y encontrarse en ciertas circunstancias económicas. [Sin embargo] Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios. (Corte Constitucional, sentencia C-237/97).

Muchos han sido los debates en torno a la (in)necesidad de mantener la inasistencia alimentaria como delito. Diversos estudios se han ocupado del tema desde posiciones en muchas ocasiones diametralmente opuestas⁵. En todo caso, en lo que atañe al análisis de conveniencia del delito de inasistencia alimentaria por la imposibilidad de devengar recursos al ser privado de la libertad y poder así satisfacer el mínimo vital de los menores de edad, ha sido considerado como parte de la libertad de configuración legislativa.

2.2. Inconstitucionalidad por penalizar deudas civiles.

En el auto del 10 de agosto de 2017 se hace mención al cargo por desconocimiento del derecho al mínimo vital y la referencia del actor respecto a la prohibición de imponer penas de prisión como consecuencia de las deudas civiles insolutas.

Efectivamente, el delito de inasistencia alimentaria encierra una crítica que a primera vista parece plausible: viola la garantía constitucional, que se encontraba ya en la Constitución de 1886 artículo 23 y que se consagra en la actual Carta política en el artículo 28, según la cual “*no habrá cárcel por deudas*”.

Como bien reconoce la Corte Constitucional en sentencia C-237 de 1997, la obligación de prestar alimentos es “*como las otras obligaciones civiles*”, de contenido patrimonial. En esta medida parecería que si bien el argumento, según el cual lo que se quiere proteger es la dignidad del alimentado y el bien jurídico de la familia, consideramos que en el fondo el argumento es inconsistente en la medida en que lo que se castiga es el no pago de la obligación, es decir, la afectación del patrimonio económico del alimentado que, en muchas ocasiones, claro está, incide en su forma de subsistencia. Consideramos, entonces, que con este tipo penal, que a propósito está consagrado por una técnica

⁴ Valencia, A. (1983). Derecho civil Familia. Sexta edición. Editorial Temis, Bogotá, p. 70

⁵ Sobre el particular, importante el análisis de Bernal, C. & La Rotta, M. (2012). El delito de inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de su conveniencia. En DeJusticia. Disponible on line: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_260.pdf

legislativa de hace más de sesenta años, es la puerta de entrada a un retroceso en materia de garantías constitucionales y una violación al derecho penal garantista.

En todo caso, es dable advertir que el artículo 7-7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene una excepción a la expedición. Así, excluye de la prohibición de detención por deudas, a quien incumple los deberes alimentarios, al afirmar que: "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita a los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios".

2.3. Proyecto de ley 014 y despenalización de la inasistencia alimentaria.

Actualmente se tramita en el Congreso de la República el proyecto de ley 014, que entre otras medidas, se propone despenalizar la inasistencia alimentaria. En lo concerniente al porqué debe despenalizarse esta conducta, se pueden resaltar los siguientes aspectos: (i) Es una herramienta de presión frente al alimentante –no especifica si incumplido o no-, (ii) Se profundizan los conflictos familiares y sociales; (iii) Desconoce el principio de subsidiaridad del derecho penal; (iv) Si bien la Corte Constitucional avaló constitucionalmente el delito, también es cierto que reconoció que los alimentos constituyen una obligación civil y dejó en manos del legislador decidir sobre la conveniencia o no del delito atendiendo a razones de política criminal y (v) Se establecen una serie de medidas adicionales, no privativas de la libertad en forma directa, para garantizar la efectividad de la prestación.

Congruente con el desarrollo argumentativo de este documento, consideramos que esta es la vía adecuada a través de la cual se pueden corregir los criterios de inconveniencia que se vislumbran en la norma demandada, que, insistimos, desbordan el ámbito de competencia de la Corte Constitucional.

3. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo expuesto, reiteramos que los argumentos de la demanda se circunscriben al análisis de conveniencia sobre la categoría de delito, lo que desborda los límites del juicio de constitucionalidad y por ende, solicitamos a la H. Corte Constitucional declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 233 del Código Penal.

Atentamente,



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150
Correo: jkbv@hotmail.com

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Docente del Área de Derecho Penal
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá
Calle 8 5-80, Centro de Investigaciones. Cel. 3183778724
Correo: norberto.hernandezj@unilibrebog.edu.co