

**Ley 1542 de 2012: ¿es un instrumento eficiente para combatir la
inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar?**

ANABELLA GARZON

C.C.NO. 21.153.324

**ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL PENAL,
CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA PENAL MILITAR**

Ley 1542 de 2012: ¿es un instrumento eficiente para combatir la inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar?

[Anabella Garzón¹](#)

Resumen

Soportado en el axioma jurídico según el cual el Derecho penal es un instrumento de control social que opera como *ultima ratio*, este artículo sienta una posición crítica en torno a la ley 1542 de 2012 por medio de la cual se le devolvió a los punibles de inasistencia alimentaria y de violencia intrafamiliar el carácter de inquerellables, bajo la firme convicción de que con ello se reducirían las cifras que se registran con respecto a este fenómeno criminal.

Recurriendo a la doctrina moderna del Derecho penal, la ley 1542 de 2012 se traduce en una manifestación clara por parte del Estado de aquello que se conoce lacónicamente como escape o expansión del Derecho Penal, es decir un punitivismo excesivo que regularmente está orientado a la privación de la libertad. Esa huida apresurada hacia el instrumento penal impide estudiar alternativamente otras estrategias que conduzcan a la reducción del fenómeno social criminalizado, conclusión de la que se extrae otra fundamental para este artículo: la ley 1542 de 2012 resulta ineficiente e insuficiente para combatir los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar.

Palabras clave

Derecho penal, última ratio, eficientismo penal, subsidiaridad, sociedad de riesgo, violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria.

Abstract

Supported on the legal axiom that the criminal law is an instrument of social control that operates as ultima ratio, this article sets out a critical position on the law 1542 of 2012 by which he was returned to punishable truancy food and domestic violence inquerellables character, under the firm conviction that it figures on this phenomenon criminal record would be reduced.

Drawing on the modern doctrine of criminal law, in our view the law 1542 of 2012 results in a clear demonstration by the State of what is tersely called escape or expansion of criminal law, ie excessive punitivity is regularly oriented deprivation of liberty. That hasty flight into the penal instrument alternately from studying other strategies leading to reduced criminalized social phenomenon, concluded that another key to this article is taken , the law 1542 of 2012 is inefficient and insufficient to combat crimes of alimony payments and domestic violence.

Key Word

Criminal law, last resort, criminal eficientismo, subsidiarity, risk society, domestic violence, alimony payments.

Introducción

Como respuesta al fenómeno socio-cultural de la violencia intrafamiliar y la sustracción indebida de alimentos, el legislador, haciendo gala del poder de configuración normativa que le fue otorgado por la Constitución Política de 1991, expidió con el apoyo incondicional del Presidente de la República la ley 1542 de 2012, por medio de la cual reformó el artículo 74 de la ley 906 de 2004 y provocó como consecuencia inmediata la eliminación del carácter de querellables y

desistibles las mentadas conductas punibles, afincado en un sentido contrario a su condición de oficiosas.

La reforma, como suele suceder con toda modificación que se le hace a la ley penal y procesal penal ha generado diversas opiniones. Así, en criterio de algunos la ley se traduce en el único instrumento capaz de ponerle freno a tan delicado problema, para otros, por el contrario, se traduce en una reforma que, además de congestionar de sobremanera el sistema judicial desconoce el principio de *ultima ratio* o de *mínima intervención* del derecho penal, pues a parte de las sanciones civiles que puedan imponerse al que se ha sustraído de alimentos, no se haya registro de que el Estado haya explorado otros medios difusos o sancionatorios que permitan reducir este fenómeno social. La falta de esas alternativas ha generando la inversión del clásico aforismo del derecho penal y lo ha convertido en un instrumento principal de represión. Ultima posición que es compartida por los autores de este artículo.

Esa dinámica en el establecimiento sucesivo de normas penales ha sido un factor muy común en un Estado con una tradición fuertemente represiva como lo es el caso de Colombia. La única respuesta “eficiente y racional” que el Estado ha encontrado para hacerle frente a un problema socio-cultural es criminalizarlo, desplazando con esto el principio elemental de *ultima ratio* del derecho penal por el *de prima ratio*; luego entonces, esa naturaleza secundaria del derecho penal y que se considera es una exigencia político-jurídica que está dirigida al legislador (Maurach y Zipf, 1994) ha desaparecido tácitamente producto de la desmesurada carrera punitiva del Estado.

Esa trágica realidad se ha venido manifestando día a día, pues el legislador colombiano se ha vuelto un “criminalizador compulsivo”, y ha olvidado de ésta manera la primera función de sus proyectos legislativos, esto es: la función social. Como antecedentes que ponen al descubierto esa penalización reiterada, se encuentra el problema de las “pirámides”, aquel fenómeno social que puso en

riesgo el capital de los banqueros del país, lo cual forzó al Gobierno Nacional de entonces para que a través de un estado de Excepción modificara el tipo penal de *captación masiva y habitual de dinero* e instituyera una pena más severa; así también se hicieron una serie de adiciones al supuesto típico que sólo afectaba a las personas que en ese momento se dedicaban a captar los dineros.

La lista es interminable, obsérvese la problemática actual que se vive con las personas que se deciden por conducir en estado de embriaguez y que por esa circunstancia terminan involucrados en delitos como homicidios y/o lesiones. La primera y única solución que se planteó por parte del legislativo y del Gobierno fue criminalizar la conducción ejercida bajo los efectos del alcohol, incluso se propuso el tipo penal de la “conducción temeraria”. La academia por su parte ha planteado sanciones de carácter civil y administrativo.

A partir de esto, debe plantearse como problema fundamental **¿constituye una medida “eficiente y racional” capaz de solucionar el fenómeno socio-cultural de la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, la reforma introducida por la ley 1542 de 2012 al artículo 74 del C.P.P.?**

Este artículo se enfoca en comprender no sólo un fenómeno socio-cultural en particular –esto es las conductas que afectan el núcleo familiar-, sino que, además, pone en evidencia la ineficiencia y el poco apelo a lo racional en las normas que el Estado sancionador y criminalizador ha establecido para conjurarlas, pues más que una represión severa lo que se demanda es el diseño, el establecimiento y la exploración de otras alternativas político criminales distintas al encarcelamiento; es decir, el presente artículo está focalizado en defender la idea según la cual antes de criminalizar severamente la inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar es necesario que se estudien desde la política criminal preventiva o sancionadora otras alternativas de solución. El trabajo se justifica por la necesidad de encontrar alternativas distintas al *ius puniendi*, de suerte que el

principio de intervención mínima del derecho penal siga siendo el principal fundamento en un estado democrático.

Así entonces y justificado como está, nos proponemos como objetivo principal desnudar la ineficacia jurídica de la reforma introducida por la ley 1542 de 2012 al régimen de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.

Por lo tanto y en aras de dar respuesta al planteamiento que supra fue resaltado, en el presente artículo se abordará el marco teórico y legal que gravita en torno a la problemática que encapsula la reforma legal introducida al artículo 74 de la ley 906 de 2004.

Así que, atendiendo a las elevadas cifras de maltrato intrafamiliar e inasistencia alimentaria que se han consignado por parte de organismos estatales o de organizaciones sociales –por lo regular feministas- y que fueron utilizadas el 12 de junio de 2012 en la presentación de la ponencia del proyecto de ley 227/12C-164/11S, puede advertirse no solo el colapso del aparato persecutor, sino además la ineficacia en la práctica de la referida ley.

La Constitución Política de 1991 pregona como núcleo fundamental de la sociedad a la familia –art 42 ibíd.- y, estatuye, la primacía de los derechos fundamentales de los menores de edad sobre los derechos de los demás –art 44 ibíd.-, en orden a estos postulados, el legislador con la expedición de la ley 1542 creyó haber encontrado la fórmula “mágica” para garantizar y proteger ese bien jurídico, no empero, ha desconocido la realidad normada como fenómeno social y cultural y por ello la ha sometido al poder punitivo del Estado, desconociendo adrede el principio de intervención mínima del derecho penal.

No puede olvidarse que el principio de *ultima ratio* del derecho penal está afincado según la doctrina en la filosofía utilitarista, cuya génesis se halla en el movimiento de la Ilustración que surgió en el Siglo XVIII, por lo tanto, esto significa que cuando el derecho penal interviene, esa intervención debe ser

eficiente y por ende ha de representar para la sociedad una utilidad, de lo contrario esa huida hacia el derecho de la que se habla hoy en las sociedades posmodernas sería un fracaso(Maurach y Zipf, 1994).

Lo anterior significa que:

“estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general” (Carnevali, 2008, párr. 2).

De acuerdo con lo anterior, la intervención del derecho penal debe necesariamente representar una utilidad para la sociedad, pues solo cuando ésta logra hacerse evidente es que esa intervención aparece justificada. De esta manera, el costo social está determinado por la utilidad que el instrumento penal proyecte en la sociedad, pues si se trata de una intervención excesiva que no represente ninguna utilidad el costo social habrá de ser mayor.

Es entonces, ésta utilidad la que debe proyectar el legislador al momento de intervenir a través del derecho penal en los procesos socio-culturales que se presentan. La criminalización y la represión punitiva excepcionalmente comportan un factor capaz de detener ese problema criminalizado; esto se afirma no solo por las fallas que presenta el aparato jurisdiccional sino además por la incomprensión y la falta de exploración a las raíces del problema. La escapada hacia el derecho penal, por lo regular, termina por ser desacertada.

Asimismo, en este trabajo se hará una exploración al marco legal que campea el problema que se nos hemos propuesto resolver; éste, permitirá verificar el destacado error en el que se hundió el legislador al expedir la ley 1542 de 2012, pues existe una válvula jurídica de escape a partir de la cual puede constatarse la posibilidad de que los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria sigan signados por la conciliación y el desistimiento, aun después de su nueva

condición de oficiosos. Aquella circunstancia fue desconocida por el legislador al momento de expedir la pluricitada ley. Así entonces, el marco legal estará comprendido por normas sustanciales y procesales del orden nacional, ora también del orden internacional.

Por consiguiente y atendiendo a la problemática expuesta, en este trabajo se desarrollará como inferencia principal la ineficacia práctica de la ley 1542 de 2012, misma que deviene por la errónea salida que hacia el derecho penal tomó el legislador al expedirla, pues no comprendió la realidad socio-cultural normada y la deficiencia del aparato persecutor para llevar hasta el juicio tales comportamientos.

Para finalizar, en el presente trabajo se recurrirá al método descriptivo-critico-propositivo. Descriptivo porque lo que se busca es comprender desde el punto de vista teórico y jurídico el problema socio-cultural criminalizado; crítico en razón a la posición que se asume frente a la ineficacia de la ley y la falta de utilidad social que representa y, propositiva por la alternativa diferente a la punición que se propondrá.

1. El derecho penal como *ultima ratio*

Las ideas liberales y humanistas que surgieron como consecuencia del proceso revolucionario que se vivió en el siglo XVIII, no sólo implicaron un cambio político y económico, sino que, también, significaron un cambio para el derecho penal. El movimiento de la Ilustración terminó por convertir el derecho del *ancien régime*, en el cual no existían límites para sancionar a las personas en uno de sus principales objetivos; lo cual favoreció el nacimiento de un derecho penal liberal y humanista, sustentado hoy en día en los principios de *última ratio*, *intervención mínima* y *subsidiaridad*.

Estos principios significan para el poder punitivo del Estado un límite, pues le imponen a lo sumo un grado mínimo de intervención a través del instrumento penal. Antes de acudir a la punición de la conducta lesiva, el Estado debe explorar otras medidas de sanción que puedan causar un mayor grado de disuasión que aquel que presume generar cuando recurre a la sanción penal. La falta de exploración de esas alternativas sancionatorias o disuasivas, implica, según la doctrina “moderna” del derecho penal, la recurrencia al derecho penal como *prima ratio* contrario a su carácter de *última ratio*.

En este orden de ideas, se afirma que ya no es posible hablar del Derecho Penal como *última ratio* sino como *prima ratio*, lo cual equivale a decir que hoy se acude al recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuan eficiente y necesario pueda ser éste; perspectiva desde la cual es procedente afirmar que estamos insertos en un período de expansión del Derecho penal. (Carnevali, 2008, sección 3, párr. 1). Esta expansión punitiva, dicho sea de paso, aparece muy ligada a la sociedad de riesgos, la cual, ha sido consecuencia de la generación de riqueza por la que se esfuerza la sociedad postindustrial (Beck, 2006, p. 25).

Así entonces, los principios de intervención mínima y necesaria del derecho penal han ido cediendo frente al expansionismo punitivo del Estado, pues impera en éste políticas restrictivas y represivas que en nada parecen conciliarse con los problemas sociales que pretenden detener. El derecho penal sufre hoy en día lo que Palazzo se ha dado la licencia de llamar “hipertrofia punitiva” (2001, p. 434), donde hay una excesiva intervención del Estado que, además de ser desproporcionada, en la mayoría de los casos resulta ser ineficiente pues las sanciones punitivas parecen quedar más en el simbolismo antes que tener los efectos esperados: detener el fenómeno social criminalizado. La coacción estatal no representa ninguna utilidad, pues los efectos de la norma son apenas simbólicos, muy ligado por cierto, a “estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político” (Cancio Meliá, 2006, p. 108-109).

Así entonces, la eficacia de la disuasión no siempre tiene su génesis en el uso del derecho penal, pues su intervención debe ser estrictamente necesaria, es decir una vez han fracasado las técnicas sancionatorias o reparadoras que se proyectaron como conjuradoras de la conducta tipificada. Este postulado, a pesar de las nuevas tendencias “modernistas” del derecho penal y de su inusitada expansión –especialmente en las sociedades de riesgo-, sigue vigente y ello puede inequívocamente extractarse del artículo 8º de la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Por consiguiente, la intervención mínima constituye como ya se dijo un límite al poder punitivo del Estado, empero, cuando esa intervención se habilita debe estar fundamentada en su estricta necesidad, esto es controlar el fenómeno social frente al cual, a pesar de haberse diseñado otros mecanismos para disuadirlo, estos no resultan ser eficientes. La intervención del Estado aparece en un principio limitada, no obstante de manera subsidiaria puede recurrir como ultima ratio al derecho penal. Por el contrario, “Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso” (Carnevali, 2008, sección 1, párr. 1).

Es decir que, la eficacia disuasiva frente al fenómeno socialmente considerado como delictivo no depende de su punición, pues es claro que si otros medios ofrecen igual nivel de eficacia, la intervención del derecho penal debe ser la última alternativa a la que se debe recurrir. También, es necesario tener en cuenta que el legislador al momento de tipificar delitos y establecer penas debe observar el principio de proporcionalidad (Bernal Pulido, 2008, p. 129), pues la intervención del Estado a través del derecho penal tiene sus límites.

Pero, además de lo anterior, el modelo de organización política del Estado marca la pauta sobre la cual habrá o no de observarse los plurictados principios. Así, durante la monarquía absoluta de Luis XVI, es indiscutible que aquellos no eran observados pues el Estado se encargaba de punir y castigar severamente a

las personas que infringían las reglas que el monarca creía debían respetarse. Ese modelo feneció ante la doctrina del liberalismo y del humanismo, a partir de la cual el derecho penal dejó de ser el único mecanismo de represión y de sanción.

De la misma forma, en un Estado absolutista y totalitario los basamentos del derecho penal que fueron explicados quedan relegados, pues bajo éste modelo de organización política los únicos postulados que transitan son los del *ancien régime*, así por ejemplo, Italia con Mussoline, Alemania con Hitler y España con Franco, fueron regímenes que más promovieron ese mecanismo de represión.

A la inversa, en un Estado social y Constitucional de Derecho, la sociedad demanda antes que represión, atención primaria a sus necesidades sociales. Esa necesidad tiene su fuente inmediata en el Estado y por eso ha de ser éste quien se encargue de diseñar los mecanismos más racionales y eficaces para contrarrestar esa problemática.

Para hacer notar la importancia que representa el modelo de organización política en la utilización del instrumento penal, bien puede hacerse eco de la referencia que al respecto hace Carnevali cuando acude a Pritwitz para explicar lo dicho. Al respecto señala el autor:

“Por otro lado, como certeramente afirma Pritwitz, tampoco es suficiente para limitar el recurso del Derecho penal la sola exigencia de un Estado de Derecho. Sostiene el autor que un Estado liberal, donde la proposición *in dubio pro libértate*” tiene un sentido, surge la pregunta de quién asume los costos de una política criminal restrictiva. O en un Estado social, en donde se exige más ayuda que represión, qué límite dispone si la ayuda que se requiere debe provenir del Derecho penal. Es más, para Pritwitz de la democracia no se pueden desprender presupuestos para un Derecho penal reducido. (Carnevali, 2008, sección 1, párr. 9)”.

De acuerdo con la anterior opinión, se puede afirmar que en un estado social de derecho solo debe hacerse uso de la norma penal cuando hayan fracasado otros mecanismos alternativos de control social. La ineficacia –más no la falta de exploración de esos mecanismos- es la que habilita que, de manera subsidiaria, el Estado haga uso del derecho penal para criminalizar y castigar aquellas conductas que se considera no pueden ser contrarrestadas de otra manera. Esa incursión del Estado en el derecho penal solo puede estar habilitada por la estricta necesidad de intervención, es decir debe tratarse de “un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social” (Bustos & Hormazábal, 1997, p. 66). En consecuencia, debe haber un apelo mínimo a la contemplación de leyes penales represivas.

Prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos; es definir a su voluntad la virtud y el vicio, que nos predicen eternos e inmutables. (Beccaria, 1882, p. 194).

2. El derecho penal como instrumento de control social

En la doctrina suele discutirse si el derecho penal debe ser considerado como un instrumento de control social primario o secundario (Muñoz, 1985). Así, para la mayoría de los autores, el derecho penal sólo debe actuar secundariamente como controlador social y no como medio principal. Estos autores apoyados en otras disciplinas como la sociología, entienden que la coerción que ofrece la ley es el último de los recursos a los cuales debe acudir, más antes de ello, deberá recurrirse a otros medios que permitan asegurar la convivencia o restablecer el orden que se estima ha sido alterado. El orden social no depende única y exclusivamente del instrumento penal, como suele pensarse en las actuales sociedades de peligro o reaccionarias, pues la idea principal es que “Las normas penales por sí solas son insuficientes y paradójicamente débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad” (Muñoz, 1985, p. 37-38).

Así las cosas, el escape hacia el derecho penal es el último recurso y debe estar además acompañado de otros medios, verbigracia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos o medidas administrativas o pedagógicas que *ex ante* o *simultáneamente* aseguren la convivencia humana.

“La ley como modo de control social tiene toda la fuerza, pero también toda la debilidad de la dependencia de la fuerza. Sería un error considerar que la ley por sí sola puede resolver todas las tareas del control social. La ley debe funcionar apoyando (sic) a los mecanismos de control social informal.” (De la Cruz, 2003, 46).

Es decir, el derecho penal no siempre se traduce en la garantía de control social, pues es dable que la represión que este genera conlleve consecuentemente una resistencia a la fuerza, de modo que para evitar tal situación es necesario que la ley penal vaya acompañada de otros instrumentos que ayuden a contener y solucionar el problema social criminalizado.

Por consiguiente, cuando el Estado legislador acude a la represión, envía ipso facto a la sociedad un mensaje reaccionario y cargado de violencia. En sentencia C-575 de 2009, la Corte Constitucional al resolver la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 461 del Código Penal y que tipificaba la conducta de *ultraje a emblemas o símbolos patrios* signándole dentro del derecho penal una pena de multa, censuró el hecho de que el legislador haya acudido desproporcionadamente al mecanismo penal para castigar una conducta –que además de imprecisa- bien podría disuadirse a través de otros medios más eficaces.

Es decir, para detener ese fenómeno social –ultrajes a los símbolos patrios- bien pudo el legislador acudir a otras medidas menos drásticas. La promoción de la represión como medio principal tiende a reproducir eventos aun más violentos, máxime cuando existen comportamientos que por su alto grado de rechazo social han sido despejados de toda regulación. El pronunciamiento de la Corte

Constitucional se dirige entonces en la dirección que se ha propuesto del derecho penal, esto es: como mecanismo de control social secundario, el cual para que sea eficaz debe estar acompañado de ser el caso *ex ante o simultáneamente*- de otros medios disuasivos.

3. De la tesis del eficientismo penal

Hoy, en el derecho penal moderno suele hablarse o recurrirse al término eficientismo penal, del que, el académico Alejandro Aponte (2001) sobresale como el mayor expositor. El estacionamiento del pensamiento del autor colombiano se dio como consecuencia de la tesis que a mediados de la década de los noventa empezó a formular el profesor Gunther Jakobs respecto de lo que él denomina “derecho penal del enemigo”; y, sin que interese en este trabajo entrar a reflexionar sobre ambos pensamientos, si resulta conveniente para el mismo la apropiación del concepto de eficientismo penal que ofrece el académico nacional.

Y es que, las directivas legislativas, suelen estar invadidas de este fenómeno, no de otra manera puede explicarse el permanente cambio de las normas penales y procesales penales cuyo rumbo y fin parece ser una práctica sistemática en busca de lo que se denomina eficientismo del derecho penal.

A modo de ejercicio pedagógico, podría suponerse que la primera pregunta que se hace el Estado al momento de abordar los problemas sociales –criminales por supuesto-, es *¿Cuál es el mecanismo más eficiente para contrarrestar ese fenómeno criminal?* Es decir, el modelo sancionatorio que busca el Estado se corresponde con un “derecho penal endurecido y levantado sobre una idea particular de “eficacia” o de “eficiencia” de la administración de justicia” (Aponte, p. 2, parr. 3). Sobresaltándose además los principios de *ultima ratio* y *subsidiaridad* que identifican el derecho penal.

Los términos eficacia y eficiencia, que emplea el autor colombiano suelen y, en este caso están definido diferencialmente, así:

La eficacia es entendida prácticamente como la producción a toda costa de sentencias condenatorias o, en todo caso, como la producción de decisiones que afectan de manera directa la libertad de las personas. No en vano el derecho penal eficientista se articula, por ejemplo, sobre una regulación más allá de todo límite razonable de la detención preventiva. Una persona está detenida “preventivamente” hasta que el Estado prácticamente le consiga las pruebas para condenarlo. En la práctica eficientista el proceso penal se convierte, en sí mismo, en la pena. (Aponte, p. 2, parr. 3).

Ambos conceptos, en la práctica, están dirigidos a afectar la libertad del individuo y se afincan sobre criterios puramente pragmáticos, diríase también simbólicos, antes que responder a los verdaderos principios que emergen del derecho penal liberal y humanista que fue fundado a finales del siglo XVII y comienzos de siglos XVIII. En contraste, al eficientismo penal se contraponen las posturas garantistas que abogan por la garantía y conservación de los derechos fundamentales de los procesados y/o detenidos.

Diríase como último que el sistema penal colombiano, o mejor, el sistema de administración de justicia orientado por las políticas criminales del Estado se ha direccionado hacia el eficientismo penal. Y, si por si acaso, esta afirmación se pone en entredicho revísense las decisiones que últimamente ha tomada la justicia penal colombiana y el colapso que sufre actualmente el sistema penal penitenciario como consecuencia de ello.

Y es que, el hacinamiento carcelario se ha venido manifestando de manera progresiva, pues según cifras de la Defensoría del Pueblo (2012) para enero de 2010, datos del INPEC, demostraban que las cárceles del país tenían una capacidad para 55.060 presos, no empero, la población carcelaria se encontraba en 76.761 internos. Para inicios de 2012 el INPEC contaba con 75.620 cupos, no obstante la realidad mostraba que la población carcelaria era de 102. 296, cifra

que aumentó a 113.884 reos, es decir, había al término de ese año una sobrepoblación de 50.4%.

El fenómeno no es reciente, por el contrario, otro informe de la Defensoría del Pueblo pone en evidencia que desde el año de 1990 a 2003, el sistema penitenciario sufrió una situación de hacinamiento, la cual, al finalizar la anualidad de 2003 correspondía al 29.32%, ubicándose de esta manera el sistema con un hacinamiento superior al de otros países de Latinoamérica. (www.defensoria.org.co).

Razón le asiste a Fernández (2012) cuando afirma que “la causa del hacinamiento carcelario, hoy elevado a niveles sin precedentes, no es otra que el fracaso de la política criminal del Estado, incentivada por el populismo del legislativo y la crisis de la justicia penal”. La sentencia del autor no se distancia de la realidad, pues la manía del legislador colombiano es la proponer reformas al código penal y al código de procedimiento penal como única respuesta al fenómeno social que en su momento altera la tranquilidad de la sociedad. La crisis de la justicia penal, no está en el sistema sino en quienes definen su funcionamiento; en este caso el legislador derivado.

Lo anterior, indudablemente se muestra como una causa de las políticas criminales eficientista que el Estado, desde la década de los ochenta ha implementado, pues no otra medida diferente a la represión penal ha encontrado para atacar los diversos fenómenos criminales. La criminalización por parte del Estado, dígase, ha desconocido las mutaciones de las manifestaciones criminales, así por ejemplo, las prácticas narco terroristas de la década de los ochenta difieren sustancialmente de las que hoy en día vive el país. Esa lógica se vive frente a todos los fenómenos criminales y por ello mismo el Estado debe variar el modelo para contrarrestarlas.

4. Fundamentos constitucionales y legales de la reforma

La exposición de motivos que se presentó para fundamentar el proyecto de ley 227/12C-164/11S, por la bancada de la mujeres del Congreso de la república, estuvo, como todo proyecto, signado por los instrumentos legales nacionales e internaciones que propugnan por la protección de los derechos de las mujeres.

Entre otros instrumentos se referenciaron: la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada a través de la Ley 51 de 1981; la ley 248 de 1995 mediante la cual se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, -Convención de Belem do Pará-. Como fundamentos constitucionales de la reforma se invocó el contenido de los artículos 13, 42 y 43 de la carta política de 1991.

Así también, se trajo a colación la ley 1142 de 2007, primer instrumento jurídico mediante el cual se excluyó del listado de delitos querellables la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, pues la reforma introdujo un aumento en la pena de prisión, esto es de cuatro a ocho años, en adelante, entonces estas dos conductas típicas no serían conciliables, desistibles ora menos excarcelables.

A contra cara se cuestionó la ley 1453 de 2011, instrumento jurídico que revivió la querellabilidad de dichos delitos y por ello mismo les devolvió su condición de desistibles, excarcelables y concialibles, punto este en el que se aseguró, se obviaba el deber que tiene la justicia de iniciar las investigaciones. Además de esto, los proponentes adujeron en la exposición de motivos la manifestación del punible de inasistencia alimentaria como uno de aquellos que con mayor frecuencia se comete, pues según informe del Consejo Superior de la Judicatura para el año 2010 este delito se ubicaba en una escala percentual de 5.6%, después de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (29.9%), hurto, (17.6%) y porte ilegal de armas (6.2%).

A partir de lo anterior, los proponentes del proyecto abogaron para que el Estado interviniera de manera eficaz el fenómeno criminal de la violencia intrafamiliar y de la inasistencia alimentaria. Al respecto se expuso:

“Amén de lo anterior, resulta aún de mayor gravedad, si la mujer no desiste de la acción y mantiene su decisión de continuar con ésta, es el enfrentarse a la conciliación, por cuanto la reforma obliga a que la víctima y el agresor concurren a una transacción de los derechos conculcados con motivo la violencia intrafamiliar o de la inasistencia alimentaria, colocando a las mujeres en una evidente desventaja para acceder a la justicia, por cuanto el miedo y el temor a ser abandonas o revictimizadas, juegan un papel definitivo en la voluntad de la mujer conduciéndola a aceptar una negociación que en nada le favorece, que no restablece sus derechos y que la mantendrá en condiciones de desigualdad frente al agresor” .

Lo anterior nos permite afirmar, que la política criminal orientada en la citada ley, no protege a la mujer en su derecho de acceso a una pronta y cumplida justicia y, por el contrario, favorece la acción de impunidad del agresor y profundizando la insoportable discriminación histórica contra las mujeres.

Resulta entonces totalmente inaceptable, que la violencia contra las mujeres que se produce en el espacio de lo doméstico, como resultado de las relaciones desiguales de poder que subyacen en la sociedad, esta no sea intervenida de forma eficaz por parte del Estado colombiano, para erradicarla, prevenirla y sancionarla en la dimensión de los graves daños que ésta produce en la vida, la salud, la integridad personal y el proyecto de las mujeres. (www.congresovisible.org/agora/post).

5. De la reforma introducida por la ley

A partir de lo expuesto en el acápite número cuatro, véase entonces como la reforma fue proyectada por los legisladores encargados de su presentación, como una medida eficaz para contrarrestar la violencia contra las mujeres. El término eficaz, aparece así ligado a lo que supra (pág. 14) fue expuesto y muestra entonces esa tendencia del legislador por abogar por la eficiencia del sistema penal; además, su formulación envía un mensaje ambiguo a la sociedad, pues pretende dar por descontado la evolución de estos dos fenómenos criminales: la violencia intrafamiliar y la sustracción indebida de alimentos y, si por el contrario, se aprovecha de la repulsión que generan tales comportamientos para darse, parafraseando a Fernández, un baño de populismo legislativo (2012).

Retomar la tendencia criminalizadora que en su momento planteó la ley 1142 de 2007, no genera per se que la medida sea eficaz, pues otras alternativas de carácter no represivas, pueden reducir estos fenómenos criminales, además de representar un mayor beneficio. El escape hacia el derecho penal, como única medida encontrada se contrapone de manera abierta a los principios de última ratio y subsidiaridad del derecho penal, pues la norma indudablemente se plantea como prima ratio.

La comunidad jurídica, por ejemplo, ha sentido su voz de protesta de manera enérgica y ha desnudado las falencias de la reforma introducida por la ley 1542 de 2012. Así por ejemplo, Gil Ordoñez coordinador del área de capacitación y desarrollo del instituto de victimología de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga quien consultando la sentencia C-1198 de 2008, aduce una imposibilidad jurídica y por ello mismo concluye acertadamente que “una vez más se creyó legislativamente que la dureza de las normas puede acabar con todos nuestros conflictos, llegando al extremo de desconocer la propia ley y los mandatos que sobre el asunto ya dejó sentados la Corte Constitucional” (Gil,

2012). Y diríase nuevamente, quebrantando el principio de intervención mínima del derecho penal.

La ley, en los términos en que fue planteada –con serias falencias que más adelante serán desnudadas- se ubica como una medida de control social formal, a la cual se llega sin haberse transitado de manera previa otras alternativas–medidas de control informal-. Se refleja una epidemia criminalizante y una recurrencia al derecho penal como alternativa principal y única. Los principios que gobiernan el derecho penal se esfuman ante los constantes esfuerzos del poder legislativo por criminalizar todo tipo de conductas (supra pág. 13) que, hablando en plata blanca, bien pueden ser abordadas desde otras esferas distintas al derecho penal. Al respecto se señala con agudeza:

“Colombia se ha vuelto una sociedad demasiado criminalizada, donde todos los problemas sociales se pretenden resolver a través del sistema penal, donde se anuncian a diario decenas de investigaciones penales y donde la justicia mediática se ha impuesto. Todo esto contrasta con la ineficiencia de un sistema al cual cada vez le exigimos más y más, estando en absoluta incapacidad de resolver los conflictos sociales, los cuales profundiza y multiplica. (Bernate, 2012, párr. 14)”.

A contra cara, se plantea en este artículo la necesidad de que se adopten medidas de control social informal, como primer eslabón que ha de recorrerse en la confrontación de los pluricitados delitos, de suerte que, si estos mecanismos quedan en la estacada, se recurra ya entonces al derecho penal en su máxima expresión de ultima ratio y subsidiario.

La responsabilidad de garantizar el control social no corresponde únicamente al Sistema Penal, este último es solo el eslabón final de la cadena controladora, el recurso extremo que actuará subsidiariamente y con objetivos limitados. Achacar al Sistema Penal, la responsabilidad por la

desregulación social constituye una falacia, es decir una mentira sustentada en la pretendida centralidad del Control Social Formal. (Torres Álvarez, 2012, párr. 17).

De ahí la crítica aguda que en este artículo se le formula a la reforma introducida por la ley 1542, en tanto que, se pretende con ella, en primera instancia, regular y sancionar de manera drástica fenómenos criminales que deberían ser detenidos a partir de la exploración de otras medidas, que desde luego no son penales; en segunda instancia, se plantea en la lógica del legislador colombiano la respuesta del derecho penal como única alternativa “eficiente” para combatir los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria y a partir de ello supone reducir estos fenómenos criminales. Razón le asiste a Roxin (1998) cuando afirma que “se espera demasiado tarde cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente”.

A partir de lo anterior, la doctrina penal se ha replanteado y por ello mismo se ha volcado por la exploración de otras alternativas distintas al instrumento penal; con dichas propuestas, los académicos pretenden edificar mecanismos que garanticen al derecho penal una intervención mínima; pues desistir de éste no tiene razón de ser. Se propone así parafraseando a Torres un derecho penal mínimo y garantista. Respecto de esta tendencia “moderna” escribe la citada autora:

“Mientras las sociedades necesiten del Derecho Penal, entonces debe optarse por un Derecho Penal Mínimo y Garantista, caracterizado por tutelar los bienes jurídicos de la mayor trascendencia y únicamente sancionador de los ataques especialmente graves a esos bienes”. (Torres, 2012).

El Derecho Penal Mínimo propone en esencia una contracción del Sistema Penal, que solo autoriza la intervención penal cuando sea imprescindible para que la violencia informal no desestabilice el orden social. Igualmente deberá tener un carácter garantista, por cuanto, el propio Derecho Penal debe auto-acotarse con

vistas a controlar al mínimo el daño y la estigmatización que supone la aplicación de sanciones penales, esta variante es partidaria de un Sistema Penal repensado sobre la base de concretar efectivamente sus garantías procesales máximas con un uso mínimo de este recurso controlador. (Torres Álvarez, 2012, párr. 25-26).

A partir de lo precedente, véase entonces como las alternativas propuestas en el acto legislativo 03 de 2002 y desarrolladas en el libro VI de la ley 906 de 2004, tienen su razón de ser y por ello mismo deberían, para el caso que nos ocupa, ser corporizados ante fenómenos criminales como la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria. Así el primero de los mecanismos que se plantea, es el de la justicia restaurativa, instrumento jurídico que, a partir de los planteamientos que hace la victimología, propone una interrelación entre el victimario y la víctima, un acuerdo entre los dos únicos sujetos que intervienen en el hecho dañino y quienes de manera libre y voluntaria consienten someter el conflicto a un proceso restaurativo.

En un análisis efectuado sobre la aplicación de la justicia restaurativa en los casos de violencia intrafamiliar, en el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (CAVIF) de la Fiscalía General de la Nación, se concluyó la importancia de generar canales de información que permitan a las víctimas de este fenómeno social y cultural, se asegura en el informe, conocer esta alternativa de solución del conflicto. Asimismo, se plantea de acuerdo con las conclusiones del estudio la necesidad de “generar espacios informativos de orientación psicojurídica para víctimas y agresores de VIF que deseen hacer parte del programa” (Rodríguez, Padilla, Rodríguez y Díaz, 2010).

Esa interrelación entre el victimario y la víctima que propone la justicia restaurativa permite, según los autorizados en el tema, “la transformación del delito y las condiciones que los propiciaron” (Britto, 2010, pág. 24). Se trata entonces, de un mecanismo que basa el restablecimiento de los derechos de la víctimas y de la confrontación del delito a partir de acuerdos que se logran entre

ambos sujetos que, de manera libre y voluntaria eligen la alternativa para solucionar el conflicto. La justicia restaurativa como modelo alternativo a la justicia represiva, asegura Britto:

“Supera la puramente reparativa en cuanto que no se limita a sanar el daño causado a la víctima, sino que procura además que el victimario, a través del reconocimiento de su culpa y de la realización de actuaciones para la reparación de la víctima, restaure sus relaciones con la sociedad. La Justicia Restaurativa es un modelo de justicia que aplicado con rigurosidad lleva a indagar sobre las bases mismas de la violencia, los conflictos y/o delitos, los cuales tienen diferentes niveles de expresión que es necesario atender para una verdadera resolución”. (2010, p. 24).

En resumen, la Justicia Restaurativa es una justicia, que si bien busca el concurso de los expertos y expertas en el tema jurídico, pone su mayor interés en comprender y transformar las bases que subyacen al delito y la violencia apelando a la creación de un pacto social y de una ética de la convivencia. Atiende las personas inmersas en el conflicto, pues reconoce que los conflictos y delitos son entre personas y no la fría interpretación o trasgresión de un código o norma, y sobretodo reconoce que en cada conflicto, delito, y manifestación de violencia hay una historia, y una serie de elementos del orden estructural y cultural que lo complejizan. En síntesis, podríamos decir que la Justicia Restaurativa es un modelo de justicia comunitaria que pone todo su énfasis en la dimensión social de los delitos y conflictos. Busca restaurar el lazo social dañado, a través de un proceso de reparación y reconciliación entre la víctima y el ofensor, con la mediación de la comunidad. No busca el encierro del infractor sino su rehabilitación a través de la reparación del daño. En un sentido radical, la Justicia Restaurativa procura modificar las relaciones desiguales e injustas que han dado origen a los conflictos y delitos.

Es así como el legislador, a partir de la anterior premisa estableció como mecanismos de justicia alternativa la conciliación pre procesal, la conciliación en el incidente de reparación y la mediación (Art. 521. Ley 906 de 2004). La primera de tales alternativas de solución, establece que solo es aplicable en los delitos querellables como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, lo que por sustracción lógica podría decirse, en principio, excluye las conductas típicas de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar. Se dice que en principio, porque luego se observará que por falencias en su regulación, los efectos de la querrela, que son el desistimiento y la conciliación, resultan aplicables a las conductas que son investigables de oficio.

Por último, se encuentra el mecanismo de la mediación, instrumento este en el que un tercero neutral, ya sea particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado propone un intercambio de opiniones entre el victimario y la víctima, de suerte que entre estos se pueda solucionar el conflicto que los enfrente (Art. 523. Ley 906 de 2004).

Para su procedencia se ha establecido en la legislación procesal como presupuestos: i) se puede realizar desde la formulación de imputación y hasta antes del inicio del juicio oral; ii) opera en los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión. La mediación puede ser solicitada bien por el victimario ora por la víctima ante el fiscal, el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, según el caso, y será entonces el Fiscal General de la Nación o su delegado quien proceda a designar el mediador.

Esa decisión adoptada por la relación victimario-victima- tiene efectos vinculantes y por ello mismo, excluye el ejercicio de la acción civil que se deriva del delito y el incidente de reparación. A su vez y atendiendo a sus resultados, la mediación permite valorar lo atinente al ejercicio de la acción penal, la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

De lo anterior se desprende que la mediación se torna como un mecanismo de justicia restaurativa idóneo para solucionar los conflictos que surgen entre el victimario y la víctima, en donde ante un tercero neutral, se logre entre aquellos una solución definitiva al conflicto. De esta manera el derecho penal cumple una función más allá de la mera represión. Sobre este punto Torres ofrece una conclusión muy precisa:

“La mediación reparadora será siempre un entendimiento facilitado entre las partes que requiere de determinados presupuestos para que se aplique y de habilidades aprehendidas por el facilitador, pero de malograrse tendrá expedita la vía legal para la solución de conflictos, por lo que un intento de socializar las divergencias de poca monta o escasa relevancia jurídica entre los miembros de la sociedad, sin intervención del derecho de última fila, es una decisión sabia en la que la víctima debe quedar satisfecha en primer lugar y ayudar a mitigar la denominada crisis de la punición. (Torres, 2012)”.

Se colige de lo expuesto que para solucionar los conflictos que se derivan de las conductas punibles de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, bien puede acudir a estos dos mecanismos de justicia restaurativa, entendidos si se quiere, como instrumentos de control social informal; no obstante la lógica criminalizadora del Estado hace perder la funcionalidad de estos, pues con la expedición de la ley 1542 de 2012 quiso acudir al instrumento de control social formal principal, esto es la represión que ofrece el derecho penal.

Conclusión

Este artículo ha tratado de presentar la idea sobre la inutilidad de la ley 1542 de 2012 y por ello mismo, nuevamente, el desconocimiento real, por parte del Estado, del principio de la última ratio del derecho penal.

Y es que, como ya quedó expuesto este principio nació como consecuencia de los postulados de la filosofía utilitarista (supra pág. 4), significando no otra cosa que cuando el derecho penal interviene debe ser eficiente y representar para la sociedad una utilidad (Maurach y Zipf, 1994), por contera que de no ser así, el escape hacia el derecho sería un paso en falso. Fue esto último lo que le sucedió al Estado al proferir la pluricitada ley, pues existen dos premisas jurídicas que destronan esa eficacia de la norma que los proponentes del proyecto expusieron ante el congreso de la República.

La primera de estas, es la correspondiente a los instrumentos de justicia restaurativa que contempla la ley 906 de 2004 y, que, como quedó visto, tanto la conciliación pre procesal como la mediación puede ser aplicables en la solución de las conductas punibles de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar. Los presupuestos de procedibilidad en ambos casos se cumplen. Así, para el caso de la conciliación pre procesal, y que la norma autoriza su aplicabilidad solo para delitos querellables, dable es colegir que por virtud del artículo 37 numeral 3º estas tipologías penales no perdieron ese carácter toda vez que, por disposición de la mentada norma, los efectos de la querrela: la conciliación y el desistimiento se aplican de igual forma en los delitos investigables de oficio.

Y, en el caso de la mediación también se cumplen los dos presupuestos básicos para que proceda: sobre el primero de ellos no hay cuestionamiento alguno, pues una vez formulada la imputación al infractor contra el bien jurídico de la familia, éste tiene la posibilidad hasta antes de iniciarse el juicio de acudir al mecanismo alternativo de la mediación; y, frente al segundo requisito los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar no tienen pena mínima que exceda de cinco años y dada su nueva condición de oficiosidad, son susceptibles de aplicabilidad de la mediación.

La segunda de las premisas que hace caer en la inutilidad la norma, tiene que ver con la realidad que descubre el contenido del artículo 37 numeral 3º

parágrafo segundo del Código de Procedimiento Penal, en este mismo sentido (Bernate, 2012) y (Gil, 2012), pues la norma autoriza al operador judicial para que en los delitos investigables de oficio se apliquen de igual forma los efectos de la querrela, esto es el desistimiento y la conciliación, si ello es así, se pregunta entonces qué sentido y funcionalidad representa la norma. Ninguna. Qué utilidad para la sociedad, conforme al principio de última ratio del derecho penal, representa la pluricitada ley. Ninguna. Y que eficacia refleja la norma frente a la reducción de los punibles de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar. Ninguna.

Se colige de lo anterior, entonces que, la norma analizada representa para el Estado no una medida eficaz como lo adujeron los ponentes del proyecto de reforma, todo lo contrario, para el Estado la ley 1542 de 2012 y para los operadores judiciales que la apliquen al pie de la letra representa un escape erróneo hacia el derecho penal. Una medida represiva que escapa a toda lógica jurídica y doctrinal, tal como ha quedado demostrado en anterioridad.

Nadie niega que los delitos de inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar se convirtieron de mucho tiempo atrás en fenómenos criminales que en la sociedad colombiana han alcanzado un desarrollo notorio. Obsérvese que de acuerdo con las pocas estadísticas que se tienen registradas, por ejemplo, para el año 2010 de acuerdo con el informe de gestión llevado a cabo por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el Sistema Penal Acusatorio el delito de inasistencia alimentaria, atentatorio contra el bien jurídico de la familia se ubicó en el puesto número cuatro con un 5.4% de frecuencia, inclusive por encima del delito de homicidio.

Ese reporte, se repite, es uno de los pocos con que se cuenta y, a pesar de ser así se demuestra que esa referencia porcentual de 5.4 que ocupa la inasistencia alimentaria dentro del mapa de delitos más comunes en el nuevo sistema penal acusatorio deja entrever con mayor razón que no obstante

habérsele sustraído la condición de delitos querellables –ley 1142 de 2007-, no se ha logrado reducir la comisión de uno de los delitos que atenta contra el bien jurídico de la familia.

Obsérvese adicionalmente que el informe abarca el periodo que va de 2005 a 2010 y desde esta perspectiva se denota entonces que ni aun cuando ostentaba la condición de delito querellable ni aun después que dejó de serlo hubo una disminución en la realización del punible de inasistencia alimentaria; reflexión que resulta del todo llamativa pues permite reafirmar la tesis que a lo largo de este trabajo se ha sostenido y que se contrae a una premisa incuestionable: el escape que hacia el derecho penal ha pretendido el Estado al tomar como única solución frente a dichos fenómenos criminales ha significado a la postre el fracaso de su política criminal, si es que a esto puede llamársele así. La política criminal recuérdese no se reduce solo al poder de punición del Estado. La función no se contrae única y exclusivamente a criminalizar y endurecer las penas o suprimir garantías. No. La política criminal implica también la adopción de otras medidas, inclusive de carácter administrativo y educativo que permitan atenuar la comisión de estos delitos.

Frente al delito de violencia intrafamiliar, los reportes del Instituto Nacional de Medicina Legal dejan entrever que para el año 2010 se valoraron 89.436 víctimas de este delito y que el año inmediatamente anterior tan solo fueron denunciados 120 casos. Por su parte los informes de la Fiscalía General de la Nación ubican la violencia intrafamiliar como uno de los cinco delitos más cometidos. Mírese entonces que, se insiste, ni aun cuando la norma sea laxa o dura estos fenómenos criminales han encontrado de parte del Estado una política criminal distinta que permita su reducción o por lo menos su contención.

Ahora en términos de condenas, de acuerdo con un estudio adelantado por el Centro de Estudios de Derecho justicia y Sociedad –*de justicia*- se señalan frente al delito de inasistencia alimentaria las siguientes conclusiones:

La IA [léase inasistencia alimentaria] no es efectiva en términos de condenas. Las sentencias condenatorias corresponden a una de cada cien salidas de los procesos de IA, en comparación del 14 de cada cien salidas para todo el sistema acusatorio. En igual sentido, la inasistencia es uno de los delitos con menor nivel relativo de condenas (en comparación de las entradas). Y las condenas por IA corresponden sólo a un 1% del total de condenas.

En contrapartida, la IA es el delito analizado para el que más salidas corresponden a la conciliación. Casi siete de cada diez casos que terminan son conciliados, en comparación del uno de cada diez hurtos de finalizan. Es decir, la actividad más realizada por los funcionarios judiciales respecto de este delito se relaciona con la conciliación de los conflictos. (Bernal & La Rota, 2012. p. 36).

En el mismo documento se hace un flujo de los casos de inasistencia alimentaria que va del año 2005 al año 2010 y de él se extrae lo siguiente: de 248.815 casos por dicho delito ingresaron, del 84% de las salidas solo un 1.3% culminó en sentencias, de las cuales el 1% de las fueron condenatorias y el 0.3% fueron absolutorias. Entretanto el 56% de dichas salidas terminó en conciliación y otro 22% en preclusión por extinción. (Bernal & La Rota, 2012. p. 38).

De todo lo anterior, es indudable que las exploraciones legislativas que el Estado colombiano ha hecho en torno a reducir estos fenómenos criminales han sido ineficaces y su ceguera ha generado que el problema cada día sea aun mayor, pues la única alternativa que hasta ahora ha explorado es la de la penalización, siendo esta un rotundo fracaso. Ese escape hacia el derecho penal –otros lo llaman expansionismo punitivo- del que se habla en la moderna sociedad ha sido frente a los fenómenos criminales analizados un fiasco.

Ante este panorama debe el Estado colombiano desarrollar otras alternativas distintas a la penalización, así por ejemplo siguiendo con el trabajo desarrollado por el centro de estudios *de justicia*, otros países han desarrollado como mecanismos para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria los siguientes:

- 1) medidas judiciales civiles propias de la ejecución forzosa de créditos están usualmente disponibles para conminar al deudor alimentario a pagar.
- 2) disposiciones que amplían la responsabilidad por el pago de la cuota de alimentos a otras personas diferentes del obligado principal.
- 3) medidas sancionatorias o indemnizatorias civiles, como por ejemplo la fijación de cláusula penal, intereses o “astreintes”. Esta última es una figura de la legislación argentina que consiste en la imposición de una multa por día de mora en el pago de la cuota alimentaria.
- 4) medidas sobre procesos judiciales pendientes, con el objetivo de impulsar el pago de la obligación alimentaria.
- 5) medidas restrictivas de ciertos derechos de los deudores con el fin de conminarlos a pagar.
- 6) medidas que tienden más a proteger los derechos de los menores que a motivar el pago de la obligación por parte del alimentante. Ese es el caso de Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Alemania y Suiza que cuentan con fondos públicos que, ante el incumplimiento del deudor alimentario, realizan el pago de las cuotas alimentarias, los cuales se subrogan posteriormente en los derechos del acreedor para cobrarle al deudor. (Bernal & La Rota, 2012. p. 30-32).

Como corolario de todo lo anterior puede afirmarse que la solución planteada al problema del fenómeno criminal tantas veces referenciado no ha sido la correcta y por lo mismo las medidas penales que se han tomado han sido ineficaces. La política criminal ha sido errónea por su tendencia a la criminalización. A su turno, la querrelabilidad u oficiosidad de los delitos contra la familia no ha logrado que estos decaigan y si por el contrario han conducido el

debate por un camino erróneo. A pesar de que la ley 906 de 2004 establece otros mecanismos de justicia alternativa no ha sido posible que los funcionarios judiciales los pongan en práctica. La reforma introducida por la ley 1542 de 2012 no solo se muestra como un instrumento jurídico ineficaz sino con muchos inconvenientes legales para su aplicación. El carácter querellable la insistencia alimentaria y de la violencia intrafamiliar aun está vigente. Y, finalmente es necesario que, como siempre, repensemos y propongamos así sea copiado o importado de otras legislaciones medidas de solución como las mencionadas en el estudio de la fundación *de justicia*.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Beccaria, C. (1882). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Autónoma de Nuevo León. Madrid: España. En: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388_MA.PDF
- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. 1ª Ed. Paidós-Surcos: Barcelona: España.
- Bernal. C & La Rota. M. E. (2012). *El delito de inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de su conveniencia*. Recuperado el 22 de junio de 2013. En: www.dejusticia.org/admin/file.php
- Bernal P, Carlos. (2008). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. 5ª reimpresión. Bogotá: Colombia.
- Britto R, D. (2010). *Justicia restaurativa. Reflexiones sobre Colombia*. Universidad Técnica Particular de Loja. San Cayetano: Ecuador.
- Bustos R. J. & Hormazábal M. H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen I. Trotta. Madrid: España.
- CANCIO M, M. (2006). *De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?* En: Derecho penal del enemigo. 2ª Ed. Civitas. Madrid: España.
- Carnevali, R.R (2008). *Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional*. Revista Ius et Praxis –año 14 –n 1:13-48.
- De la Cruz O. R. (2003) *Control social y Derecho Penal*. El otro derecho, número 29. Marzo 2003. ISLA. Bogotá: Colombia.
- Maurach, R. Zipf, H (1994). *Derecho penal*. Parte general. (Bofill, J. & Aimo-Ne, E. Trad.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

MUÑOZ C, F. (1985). *Derecho penal y control social*. Fundación universitaria de Jerez. España.

PALAZZO, F. (2001). *Principio de ultima ratio e hipertrofia del derecho penal*. La Mancha Ediciones.

PRITWITZ, C. (2003). *Sociedad de riesgo y Derecho penal*. En: "Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo". Universidad Castilla-La Mancha. p. 261 en adelante.

Roxin, C. (1998). ¿Tiene futuro el Derecho Penal? En: Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen No. 49. Consejo General del Poder Judicial. Madrid: España.

Torres A, D. "*Reflexiones sobre la mediación reparatoria como forma alternativa al derecho penal*". (2012). En Contribuciones a las Ciencias Sociales. www.eumed.net/rev/cccss/18

WEBGRAFÍA

http://www.usta.edu.co/otraspaginas/diversitas/doc_pdf/diversitas_10/vol.6no.2/articulo_10.pdf (CAVIF). Recuperado el 30 de marzo de 2013.

<http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/663.pdf>. Alejandro Aponte. Recuperado 30 marzo 2013.

www.congresovisible.org/agora/post. Recuperado abril del 2013.

www.defensoria.org.co. Recuperado abril del 2013.