

¿A lo imposible nadie está obligado? Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria

No one is obligated beyond what he is able to do?
A critical view on the application of this defense
mechanism in cases of child support in colombia

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.43.6186>

Norberto Hernández Jiménez*
Universidad de los Andes (Colombia)

* Abogado, especialista y magíster en derecho penal de la Universidad Libre. Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Colombia). Coordinador del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes y conjuer del Tribunal Superior de Florencia – Sala Penal. *n.hernandez29@uniandes.edu.co*

REVISTA DE DERECHO
N.º 43, Barranquilla, 2015
ISSN: 0121-8697 (impreso)
ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

En este artículo de reflexión se exponen algunos comentarios críticos relacionados con el dictum de Ulpiano: Ultra posse nemo obligatum¹, comúnmente utilizado como mecanismo de defensa en los delitos contra la asistencia alimentaria en beneficio del ascendiente irresponsable, e irrespetado, para efectos de acusación por la omisión del progenitor a cuyo cargo se encuentran los hijos, lo cual puede degenerar en la lesión o puesta en peligro de la vida u otros derechos a favor de su descendiente, siendo exigible en contra de aquel la superación de este paradigma a toda costa.

Palabras clave: delito, obligación alimentaria, defensa, acusación.

Abstract

This article discusses some critical comments on Ulpiano's dictum: Ultra posse nemo obligatum, which has commonly been used as a defense mechanism in legal processes on child support. Since the use of this dictum may lead to the omission of parenthood responsibilities, and may affect the children's rights, clear limitations to the scope of this legal instrument are under debate.

Keywords: crime, maintenance obligation, defense, accusation.

1 "Nadie está obligado a lo imposible", conocido también bajo la locución latina *ad impossibilia nemo tenetur*.

INTRODUCCIÓN

La dogmática jurídico-penal ha debatido, en no pocas oportunidades, la calidad de *delito* que reviste el incumplimiento de la obligación alimentaria¹. Sin embargo, más allá de la concepción positiva o negativa frente a la tipificación penal de esta conducta, es dable analizar la exigibilidad de lo imposible en contra del progenitor a cuyo cargo se encuentran los hijos –que no siempre es la madre², aun cuando debemos reconocer que sobre esta figura reposan la mayoría de los casos³– y edificar ciertas críticas que tornan incongruente o acomodaticia esa premisa.

¹ Al respecto, la profesora Natalia Ramírez (Universidad de los Andes) considera inequitativo que el padre pueda excusarse en su incapacidad económica para abstenerse de sufragar los gastos de sus hijos y la madre deba conseguir en todo caso –y a toda costa– los recursos para satisfacer las necesidades básicas de aquellos. En línea: http://www.semana.com/wf_ImprimirArticulo.aspx?IdArt=114668. En respuesta a la propuesta de Natalia Ramírez sobre que “debería ser el padre quien pruebe que no cumple con la obligación porque no tiene un empleo remunerado a pesar de que lo ha buscado infructuosamente”, es preciso anotar que esta tesis, a través de la cual se invierte la carga de la prueba, va adquiriendo fuerza dentro de la Jurisdicción Penal [cfr. Colombia, Rama Judicial del Poder Público, sentencia del 14 de marzo de 2011, Radicado (en lo sucesivo Rad.) 110016000027200702774 01, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, magistrado ponente (en lo sucesivo M. P.) Jorge del Carmen Rodríguez Cárdenas)], tal como lo consagra la Jurisdicción de Familia y es ratificado por nuestro Tribunal Constitucional para los procesos de alimentos [cfr. Sentencia C-055/10, M.P. Juan Carlos Henao Pérez]. Nota: Las referencias que en este texto se hagan a las providencias precedidas por los literales C- y T- corresponden a sentencias de constitucionalidad y de tutela, respectivamente, proferidas por la Corte Constitucional, organismo perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público en Colombia, corporación a la que el constituyente primario le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política.

² Cfr. (i) <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/condenan-a-una-mujer-por-inasistencia-alimentaria/20110113/nota/1410501.aspx>, (ii) <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/54297-padres-de-familia-incumplieron-la-cuota-alimentaria-durante-el-2010/20110205/nota/1421837.aspx>. Claro está que para 2008 el porcentaje de mujeres denunciadas por este delito no sobrepasaba el 5 % del total de casos. [Fiscalía General de la Nación, Perspectivas de política criminal, construyendo un derecho garantista]. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/publicaciones/politica%20criminal/Revista%20Perspectivas%20de%20Pol%C3%ADtica%20Cr%C3%ADminal.pdf>

³ En la actualidad, mientras que 470 hombres han sido condenados por este delito y se encuentran reclusos en un establecimiento penitenciario, solo 7 mujeres se encuentran en esta situación. Fuente: Informe INPEC, 31 de enero de 2013. Capítulo *Población de internos por delito*. Disponible en: <http://relatoresmaticos.uniandes.edu.co/index.php/es/relatorias/40/533-novedades.html>

Con base en lo anterior y con miras a construir este trabajo de investigación se formularon las siguientes preguntas: (i) ¿cuál es la fuerza vinculante del aforismo *ad impossibilia nemo tenetur?*, (ii) ¿cuál es la relación existente entre la sistemática acusatoria del proceso penal colombiano y la acreditación de esta imposibilidad?, (iii) ¿puede utilizarse este obstáculo como instrumento de defensa válido en un sistema penal acusatorio?, y (iv) ¿puede ser morigerada esta limitación para efectos de acusar al progenitor que no satisface las necesidades de su hijo dentro de ese contexto procesal?

En consecuencia, este texto pretende dar respuesta a estos interrogantes, basados no solo en la doctrina relacionada con el tema, sino que, recurriendo al trabajo de campo en algunos despachos judiciales, se indagó sobre la utilización del pluricitado aforismo en la práctica judicial y su funcionalidad como estrategia de defensa, así como su eventual superación, en aras de consolidar una acusación, procurando, en definitiva, responsabilizar de manera individual la obligación frente a los descendientes, obviando la figura de pareja y la procreación conjunta del ser humano.

Por último, es oportuno manifestar que aun cuando el delito de inasistencia alimentaria puede cobijar en calidad de sujeto pasivo también a los ascendientes⁴ y al cónyuge o compañero permanente⁵, este estudio se delimitó al análisis de la obligación que tienen los padres respecto de sus hijos.

1. FUERZA VINCULANTE DEL AFORISMO *AD IMPOSSIBILIA NEMO TENERTUR*

Para abordar este acápite es preciso comenzar por anotar que la labor judicial se rige por criterios de imparcialidad e independencia; de donde se deriva la separación absoluta del juez respecto de las pre-

⁴ Cfr. Sentencia C-125/96, M. P. Jorge Arango Mejía.

⁵ Cfr. Sentencia C-016/04, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

tensiones de las partes⁶, resultando sometido solo al imperio de la ley, de conformidad con lo normado en el artículo 230 constitucional, que incluso clasifica como criterio auxiliar de la actividad judicial a la jurisprudencia.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional⁷ dejó relegado a este campo axiológico “secundario” los *obiter dicta* –afirmaciones dichas de paso– de cada decisión; no así los *ratione decidendi* –fundamentos jurídicos suficientes– que resultan vinculantes y obligatorios, tópico sobre el cual no profundizaremos en este texto⁸.

Adicionalmente consagra la norma jurídica en cita, bajo la misma connotación de criterio auxiliar de la actividad judicial, los principios generales del derecho. En este sentido: ¿puede catalogarse el aforismo⁹ *ad impossibilia nemo tenetur* principio general del derecho y, por ende, criterio auxiliar de interpretación?

Son pocas las referencias expresas a este aforismo, rotulando como principio¹⁰ la no exigibilidad de cumplir algo frente a su imposibili-

⁶ “ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos” (Ferrajoli, 1998, p. 581).

⁷ Sentencia C-836/01, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Sobre el tema remitimos al lector a la célebre obra del profesor Diego Eduardo López Medina (2010) *El derecho de los jueces*.

⁹ Cfr. por todas, sentencias C-337/93 y C-029/94, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-388/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-648/01, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-446/02, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 19 de marzo de 2002, Rad. 13.396, M. P. Luis Gonzalo Toro Correa; Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado [en lo sucesivo C. de E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, Rad. 25000-23-26-000-1990-06968-01(16460), consejera ponente [en lo sucesivo C. P.] Ruth Stella Correa Palacio, y Colombia, Rama Judicial del Poder Público, C. de E., Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 27 de julio de 2011, Rad. 2.064, 11001-03-06-000-2011-00040-00, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁰ Cfr. por todas, (i) Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal (en lo sucesivo CSJ-Penal), providencia del 18 de agosto de 2010, Rad. 33509, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés y Julio Enrique Socha Salamanca, (ii) Justicia Global y Derechos Humanos Women’s Link Worldwide (2009), (iii) Henao (2005) y (iv) Díaz (2007). Incluso la Corte Constitucional, en **Sentencia C-994/04, M. P. Jaime Araújo Rentería**, al analizar si el decreto de alimentos provisionales del menor en el proceso judicial requería la aportación de prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado, calificó como “PRINCIPIO

dad, sin embargo, consideramos que debe catalogarse como tal, por las razones que se construyen a continuación a través de un sorites, de la manera más descriptiva posible:

1.1 Los principios generales del derecho son universales, tópicos y axiológicos (Valencia, 1993, p. 222)

Nótese cómo Hobbes (1979) en la exposición del capítulo XIV de su obra, *El Leviatán*, hace referencia a la existencia de este principio en los siguientes términos:

En consecuencia, prometer lo que se sabe que es imposible, no es pacto. Pero, si se prueba ulteriormente como imposible algo que se consideró como posible en un principio, el pacto es válido y obliga (si no a la cosa misma, por lo menos a su valor); o, **si esto es imposible, a la obligación manifiesta de cumplir tanto como sea posible; porque nadie está obligado a más.** (p. 113).[La negrilla no es del texto]

Con esta cita como preludeo veamos, entonces, por qué los principios generales del derecho son universales, tópicos y axiológicos.

1.1.1 El aforismo *ad impossibilia nemo tenetur es universal en la medida que aplica para todos los casos, con independencia de la especialidad del derecho a que se haga referencia*

Al respecto se puede observar en las notas a pie de página 9 y 10 (*supra*) cómo se recurre a dicho principio tanto en la Jurisdicción Penal como en la Contencioso Administrativa y en la Laboral, reconocida igualmente en la Jurisdicción Constitucional y sin que sea óbice para que opere, por ejemplo, en la Jurisdicción Civil, cuando a pesar de haberse pactado la entrega de un bien determinado –que rotularemos con la

JURÍDICO MILENARIO” el hecho de que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*), refiriendo que “una de las condiciones para el reconocimiento del derecho de alimentos es la capacidad económica del demandado. Si por cualquier circunstancia éste carece de ella, esto es, no percibe ingresos económicos, no es posible imponerle la obligación”. También se pueden consultar las sentencias C-010/03, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-875/10, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-062A/11, M. P. Mauricio González Cuervo.

letra X-, dicha obligación no puede cumplirse porque el bien desapareció como consecuencia de un desastre natural.

1.1.1.1 El aforismo ad impossibilia nemo tenetur es universal porque aplica en todo momento y espacio

Nótese que con independencia del momento en que se reclame la entrega del bien X tras la ocurrencia del desastre natural, en ningún lapso ni lugar podrá cumplirse la obligación, así como no podría ordenarse el reintegro laboral dentro de una empresa liquidada o el salvamento de una persona que se está ahogando por alguien que ni siquiera sabe flotar.

1.1.2 El aforismo ad impossibilia nemo tenetur es tópico porque es reconocido por los interlocutores

Con independencia de si estamos en presencia de un interlocutor docto o lego en derecho, cualquiera entendería la imposibilidad de hacer entrega del bien X a consecuencia de su destrucción por el desastre natural. Consideramos que en el mismo sentido el trabajador de la empresa liquidada entiende por qué no puede ser reintegrado a la misma, y claro, si el bañista logra salvarse, también podrá concebirlo.

Incluso los contradictores respecto a la operatividad del aforismo, para casos como el delito de inasistencia alimentaria, reconocen su existencia y la lógica que lo inspira, a pesar del argumento retórico en función de sustentar una tesis determinada.

1.1.3 El aforismo ad impossibilia nemo tenetur es axiológico porque expresa un valor

El raciocinio humano conlleva a entender la imposibilidad de hacer entrega del bien X. Es un deber ser que no se mide por la concreción del principio sino por la prospección de su utilidad que, por ejemplo, en los casos enunciados resulta incontrovertible.

Bajo la misma connotación de principios generales del derecho y acorde con las características anteriormente analizadas pueden relacionarse los siguientes axiomas: (i) lo accesorio sigue la suerte de los principal¹¹, (ii) el derecho nace del hecho, (iii) el derecho público no puede ser cambiado por pacto de particulares¹², (iv) lo que es nulo no produce efecto alguno, (v) nadie puede alegar en su beneficio la propia torpeza, (vi) no se puede ser juez y parte de una misma causa, (vii) no hay delito ni pena sin ley¹³, (viii) no hay tributo sino está previsto en la ley, (ix) la cosa juzgada se tiene por cierta¹⁴, etc., advirtiendo que “eventualmente un aforismo puede ser el vehículo de expresión de un principio (lo que se da con suma frecuencia). Pero entre lo uno y lo otro no media un vínculo o relación de necesidad sino de simple contingencia” (Valencia, 1993, p. 292), y en el presente caso, el aforismo permite materializar un principio lógico que justifica un eventual incumplimiento.

Una vez sentada nuestra postura sobre la calidad de principio del aforismo *ad impossibilia nemo tenetur* y respetando el mandato del constituyente primario, consideramos que a través de este se otorga una herramienta de interpretación valiosísima para la resolución de los conflictos, no de manera flexible, como ocurre de conformidad con la divergencia que hemos planteado y que desarrollaremos a lo largo de este texto, sino de manera absoluta, máxime cuando una de sus características es la universalidad.

Insistimos, su aplicación no se limita a la presencia de lagunas normativas¹⁵ sino que además sirve para contextualizar la decisión judicial ante su constatación.

¹¹ Cfr. Sentencia T-112/09, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

¹² *Ius reipublicae pacto mutari non potest* [Ulpiano: *Digesto* 50, 8, 2, 8].

¹³ *Nullum crimen, nulla poena sine lege previa* [Cesare Beccaria: *De los delitos y de las penas* (1764). Más adelante Paul Johann Anselm Von Feuerbach: *Código de Baviera* (1813)].

¹⁴ *Res iudicata pro veritate accipitur* [Ulpiano: *Digesto* 1, 5, 25].

¹⁵ “La jurisprudencia clásica supone, como ya dije, que los jueces deciden los casos en dos etapas: encuentran el límite de lo que exige el derecho explícito, y después ejercitan una discreción independiente para legislar sobre problemas que el derecho no abarca” (Dworkin, 1989, p. 201).

2. DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y EL DERECHO PENAL

Sabido es que la obligación alimentaria se deriva del deber de solidaridad, que entre particulares se predica sociológica y culturalmente de la familia¹⁶. Por otra parte, la doctrina constitucional ha reconocido que los niños son sujetos de especial protección¹⁷, 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–.

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-237/97¹⁸ se predicen 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,

¹⁶ No se analizará *in extenso* la consagración legal de esta obligación; para lo cual se remite al lector a los artículos 411 y subsiguientes del Código Civil, artículo 448 y subsiguientes del Código de Procedimiento Civil y artículos 24, 129 y subsiguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia.

¹⁷ Ver, entre otras las sentencias, SU-225/98, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-425/10, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸ M. P. Carlos Gaviria Díaz.

bajo la fórmula *sin justa causa*¹⁹, en cuyo caso la conducta degenera en atípica²⁰.

Sobre este ingrediente normativo del tipo ha expresado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²¹:

6. Cabe precisar que la inclusión de ese elemento dentro de la definición del comportamiento hace que los motivos conocidos tradicionalmente como causales de justificación y de inculpabilidad —ahora causas de no responsabilidad—, y que al lado de otros pueden constituir la “**justa causa**”, sean desplazados desde sus sedes al ámbito de la tipicidad.

Así, es claro que concurriendo alguna de ellas, se disuelve la tipicidad y no la antijuridicidad o la culpabilidad.

7. De la Constitución Política y de las normas que rigen las legislaciones penal y procesal penal, se desprende que una persona solamente puede ser juzgada y sancionada después de un juicio plenamente respetuoso del debido proceso, dentro del cual se demuestre que cometió una conducta punible, esto es, típica, antijurídica y culpable.

Tratándose de la primera de esas exigencias, la tipicidad, es menester verificar si el agente ha recorrido en su integridad todos los elementos contenidos en el tipo penal, esto es, “las características básicas estructurales” que la ley ha definido “de manera inequívoca, expresa y clara”.

Frente al delito que ocupa la atención de la Sala, entonces, el funcionario judicial debe comprobar, con base en las pruebas legalmente prac-

¹⁹ “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” (Sentencia T-502/92, M. P. Alejandro Martínez Caballero).

²⁰ “Fenómeno en virtud del cual un cierto quehacer del hombre, aparentemente punible, no se adecua a ningún tipo legal y, por ende, no es susceptible de sanción alguna en el ámbito del derecho penal” (Reyes, 1997, p. 6).

²¹ Providencia del 19 de enero de 2006, Rad. 21023, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Postura que ha reiterado la misma corporación en providencias fechadas 23 de marzo de 2006, Rad. 21161, M. P. Yesid Ramírez Bastidas; 4 de diciembre de 2008, Rad. 28813, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, y 11 de noviembre de 2009, Rad. 32896, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

ticadas, si el agente se ha sustraído “a la prestación de alimentos legalmente debidos”, “**sin justa causa**”.

En consecuencia, la falta de capacidad económica imposibilita el cumplimiento de la obligación alimentaria y, por ende, impone la absolución del procesado en virtud de la atipicidad de su conducta. No obstante lo anterior, y en beneficio de la primacía de los derechos de los niños, la absolución como consecuencia de la aplicación del principio *ad impossibilia nemo tenetur* no es la generalidad²², atreviéndonos a decir que 9 de cada 10 sentencias proferidas por este delito son condenatorias.

En el mismo sentido, para 2013 se reportó una población carcelaria que ascendía a 486 reclusos por inasistencia alimentaria²³ y que en la actualidad continúa en aumento, especialmente de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 193 del Código de la Infancia y Adolescencia, que prohíbe aplicar el principio de oportunidad y el su-

²² En un juicioso estudio realizado en 2008 por el profesor Manuel Fernando Moya Vargas intitulado “La inasistencia alimentaria en Colombia ¿Será delito?”, luego de estudiar 300 decisiones de la Judicatura sobre este delito se concluyó que “de un total de 140 calificaciones del mérito analizadas se encontró que en el 87.14% de los casos fueron acusatorias, mientras que apenas en un 12.8% se precluyó. De 125 sentencias, el 85.6% fueron adversas al procesado, mientras que el 14.4% resultaron absolutorias. Y de 38 sentencias de segundo grado, el 92% fueron confirmatorias y un escaso 8% fue en sentido inverso”.

²³ Fuente: Informe INPEC, 31 de enero de 2013. Capítulo *Población de internos por delito*. Disponible en: <http://relatoresmaticos.uniandes.edu.co/index.php/es/relatorias/40/533-novedades.html>. Hay más personas privadas de la libertad por este delito que aquellos que han cometido acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir: 448; acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir: 148; administración de recursos relacionados con actividades terroristas: 74; amenazas (del concierto el terrorismo las amenazas y la instigación): 104; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan: 182; cohecho por dar u ofrecer: 310; cohecho propio: 78; concusión: 151; conservación o financiación de plantaciones: 330; daño en bien ajeno: 313; desaparición forzada: 368; desplazamiento forzado: 368; enriquecimiento ilícito: 73; fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos: 240; fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos: 394; falsedad en documento privado: 425; falsedad ideológica en documento público: 159; falsedad material de particular en documento público: 133; fuga de presos: 259; lavado de activos: 239; peculado por apropiación: 267; pornografía con menores: 80; tortura: 160; trata de personas: 85, y violencia contra servidor público: 291, por citar algunos ejemplos.

brogado de la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados²⁴.

Ahora bien, desde la otra arista del debate está la posición de garante, que atribuye la legislación penal a los padres respecto de sus hijos cuando están en posibilidad de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo hicieron²⁵.

Recordemos que el artículo 104 del Código Penal contempla para el *parricidio* una pena que va de 33.33 a 55 años, muy superior a la del homicidio simple, que va de 17.33 a 37.5 años y ocurre cuando se mata a los cónyuges o compañeros permanentes (uxoricidio), al padre y la madre, a los ascendientes (abuelos, bisabuelos, tatarabuelos), descendientes (hijos, nietos, bisnietos, tataranietos), adoptante o adoptivo y las demás personas que integren la unidad doméstica.

Comoquiera que este delito puede cometerse por acción u omisión, supongamos que una madre con carencia de recursos económicos deja morir a su hijo por falta de suministro de alimentos. ¿La Jurisdicción Penal será tan condescendiente con aquella como lo es con el progenitor irresponsable en el delito de inasistencia alimentaria en aplicación del principio *ad impossibilia nemo tenetur*? Muy probablemente no. Pareciera que la Jurisdicción Penal edificará un principio, con base en una dúctil presunción pretoriana, sobre la obligación a toda costa, por parte de la madre, respecto de los alimentos requeridos por sus hijos.

²⁴ “Un total de 164.064 personas resultaron condenadas en los últimos seis años, 47.243 de ellas el año pasado. Casi la tercera parte de las sentencias corresponden a delitos relacionados con el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En segundo lugar figura el hurto, con un 17,6 % del total, seguidamente el porte ilegal de armas y, muy por encima de los casos de homicidio, sorprende la estadística de condenas por inasistencia alimentaria: 5,6%. Entre 2007 y 2010 más de 15 mil personas fueron sentenciadas por este delito. De las estadísticas recogidas por el Consejo Superior de la Judicatura, en ese mismo lapso fueron condenadas 94.522 personas por delitos conexos con el narcotráfico” (“Radiografía de la violencia”, columna del diario *El Espectador*). Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/judicial/articulo-243283-radiografia-de-violencia>

²⁵ Cfr. Artículo 25 del Código Penal.

El principio *sub examine* también se encuentra consagrado en la redacción de los delitos de omisión bajo la fórmula *estando en posibilidad de hacerlo*, pero eso no implica que el progenitor a cuyo cargo se encuentran los hijos pueda adoptar un comportamiento desidioso, como si podrá hacerlo el padre irresponsable en relación con su asistencia alimentaria, con las variantes de interpretación judicial que estudiaremos más adelante.

3. ESTRATEGIA DE DEFENSA EN EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

En los procesos de inasistencia alimentaria, la estrategia por excelencia radica en la construcción de una justa causa para el incumplimiento, atendiendo a que *nadie está obligado a lo imposible*.

En la tesis *La incapacidad económica como justa causa para incumplir la obligación de alimentos, implicaciones y aplicación de la jurisprudencia*, el entonces estudiante Álvaro Gasca (2010) recurrió a una entrevista realizada por las también egresadas de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes Ana María Blanco e Isabella Jaramillo, en la que anotaban la posición del profesor Yesid Reyes Alvarado sobre el tema, cuyo aparte procedemos a transcribir: “Cuando ninguna otra persona en ese lugar habría podido cumplir, no se le puede exigir a otra que cumpla, no está obligado a lo imposible. Le es inexigible una conducta distinta y por consiguiente está exento de responsabilidad”.

Esta teoría del caso es explotada en múltiples oportunidades, con ocasión de la deficiente labor investigativa desplegada por la Fiscalía, que permite a la defensa, incluso carente de pruebas, derrumbar una precaria labor probatoria del ente acusador y pretender sacar adelante un fallo beneficioso para los intereses del condenado.

Esto encuentra sustento en la exigencia que debe hacerse al Estado como titular del *ius puniendi* y que acorde con la crítica que se hace al sistema de igualdad de armas, la defensa no goza de las mismas facilidades para su investigación. Es preciso señalar que la Fiscalía cuenta con un órgano relativamente significativo de investigación, a

través del cual puede acreditar la capacidad económica del procesado, por ejemplo: (i) por su vinculación al sistema de seguridad social en salud o pensiones —oficiando al Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), al Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) o a los fondos privados de pensiones—, (ii) la titularidad de bienes inmuebles —oficiando a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos—, (iii) la titularidad de rodantes —oficiando a los servicios integrales para la movilidad (SIM)—, (iv) la apertura de cuentas bancarias —oficiando a las entidades financieras—, (v) la suscripción de contratos para el suministro de telefonía móvil —oficiando a *Claro, Movistar o Tigo*—, (vi) la existencia de declaraciones de renta —con el Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)—, etc.²⁶, labor investigativa al cabo de la cual obtendrá una constatación de la capacidad del alimentante que le permita acusarlo penalmente o, en su defecto, precluir la investigación en su contra.

No obstante lo anterior, como fue anotado con anterioridad, ha venido haciendo carrera la tesis que invierte la carga de la prueba en contra del procesado para efectos de demostrar la incapacidad económica, liberando al Estado de esta obligación y atentando, a nuestro parecer, contra la presunción de inocencia.

Se cita *in extenso* la decisión que profirió una de las salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá en este sentido:

Si bien es claro que la carga de la prueba corresponde al Ente Acusador como titular de la acción penal, no lo es menos que, en tratándose de casos específicos como en el delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA cometido contra niños, niñas y adolescentes, dicha carga probatoria se invierte en la medida en que procede la presunción legal respecto de la capacidad económica de los obligados a suministrar alimentos a sus descendientes, es decir, que estos, cuando menos, perciben el salario

²⁶ En similar sentido, Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, providencia del 19 de junio de 2008, M. P. Esperanza Durán Ariza, citada en la tesis *La incapacidad económica como justa causa para incumplir la obligación de alimentos, implicaciones y aplicación de la jurisprudencia* (Gasca, 2010).

mínimo legal mensual vigente, correspondiendo por tanto a la parte contra la cual se activa el órgano judicial, desvirtuar dicha presunción.

Sobre este tema ha puntualizado la Corte Constitucional:

Por su naturaleza, señala entonces la Corte, las presunciones legales liberan a la parte beneficiada por ellas de la carga de demostrar el hecho que se presume, **correspondiendo al afectado por la misma, demostrar la inexistencia o no ocurrencia de los hechos presumidos**. Por ello se pregunta si “la distribución de las cargas procesales que se produce en virtud de la existencia de una determinada presunción legal, lesiona los derechos a la igualdad y al debido proceso –en particular el derecho de defensa y la presunción de inocencia– de la parte procesal que resulta finalmente afectada por la presunción”. Sobre este particular el Tribunal observa que “la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso”, al estar justificadas y ser razonables, al construirse con el objeto de proteger bienes jurídicos particularmente importantes y de “promover relaciones procesales más equitativas”. Es decir que, antes que ir en contra de la Constitución, **las presunciones legales tienden “a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta”**.

Sobre la legitimidad constitucional de las presunciones, señala entre otras, las sentencias C-015/93; C-109/95; C-540/95; C-238/97; C-622/97; C-665/98. (...)

Aplica igualmente el test de proporcionalidad sobre la medida a fin de determinar si la misma no apareja un desequilibrio excesivo entre las partes procesales, con afectación del núcleo esencial de los derechos que componen el debido proceso. A tales efectos, observa que la presunción legal consagrada en la parte final del artículo 155 del Código del Menor, “persigue que la cuota alimentaria se fije, por lo menos, con relación al salario mínimo legal”. **Una presunción que protege a la parte más débil de la relación procesal –el menor– “de la carga de demostrar que quien se encuentra legal y constitucionalmente obligado a sostenerlo y educarlo devenga, al menos, el salario mínimo legal”**. Con ello se corrige, dijo la Corte, “la desigualdad material entre las partes res-

pecto de la prueba” y, se “evita que un eventual deudor de mala fe, pueda evadir sus más elementales obligaciones ocultando o disminuyendo una parte de su patrimonio”. Además, desde la perspectiva material o sustantiva, “la presunción estudiada se orienta a hacer efectiva la ineludible responsabilidad constitucional que tienen los padres respecto de los hijos, especialmente, en cuanto respecta a la obligación de cuidarlos, sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”

(...)

Ahora bien, además de lo anterior, es decir, el deber judicial del procesado por alimentos de demostrar la no concurrencia de la presunción legal respecto de la capacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria, es claro que también le corresponde acreditar la justa causa como factor determinante de tal sustracción.

Resulta ilógico, desde el ámbito de protección de los derechos fundamentales, en especial el de la prevalencia de los derechos de los menores, que se imponga a las víctimas en este tipo de delitos la carga de probar que sus progenitores cuentan con la capacidad económica para prodigar el apoyo material que estas necesitan, tal y como erradamente lo argumenta el a-quo en este asunto para exonerar de responsabilidad al procesado bajo la premisa de no haberse demostrado por parte de la Fiscalía su capacidad económica.

Por el contrario, acreditado como se encuentra que el procesado se ha sustraído de la obligación alimentaria, conforme se señaló precedentemente, esto es, con el Registro civil de nacimiento de la menor M. E. D. G. por medio de la cual queda plenamente probado que el procesado GONZALO DUARTE ORTIZ es su padre, los testimonios de DIANA FERNANDA GARNICA SÁNCHEZ, madre de la víctima y querellante en este asunto, de ROSALBA RINCÓN CASTILLO, amiga de la quejosa desde 20 años atrás, y de LILIA LORENA SARMIENTO SÁNCHEZ, tía de la menor afectada, de las cuales, en lo fundamental se evidencia el conocimiento que el procesado tenía del nacimiento de su hija, y se denota la total desatención al que ésta fue sometida por parte de su progenitor, así como de las actas de conciliación de fechas 4 de diciembre de 2006 y 13 de marzo de 2008 por medio de las cuales queda probado no solo

el conocimiento que el acusado tenía de un proceso en su contra por INASISTENCIA ALIMENTARIA, sino que además se denota el desinterés por cumplir con sus compromisos alimentarios a pesar de haber sido requerido para ello, y con la declaración de la propia víctima M. E. D. G. en cámara de Gesell, en la que ésta señala que su padre jamás le ha colaborado en su vida para su manutención y cuidado personal y afectivo, correspondía a GONZALO DUARTE ORTIZ el deber de acudir al proceso abierto en su contra y aportar los medios de convicción suficientes para demostrar, no solo la ausencia de capacidad económica, sino también, la justificación de tal hecho. Sin embargo nada de ello se hizo en este caso.

Resáltese que no se juzga solamente el hecho de no brindar un apoyo económico, sino, además, la total desatención tanto afectiva, como emocional, componentes fundamentales de la obligación alimentaria, y para cuyo cumplimiento no se hace necesario contar con un ingreso económico sino que basta con el hecho de asumir con responsabilidad la obligación surgida con el simple nacimiento de la menor.

(...)

Asumir una posición jurídica como la plasmada en la sentencia recurrida, sería convertir en una burla la protección especial establecida por el legislador respecto de los menores, en tanto se traduciría casi que en un imposible pretender que en casos en que el padre o madre demandados perciban ingresos, por ejemplo, por actividades económicas informales, el menor tuviera que demostrar tal situación²⁷.

La misma tesis fue adoptada en un caso adelantado en el Juzgado 3° Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá, que mediante sentencia datada 28 de febrero de 2012²⁸ acogió los planteamientos arriba expuestos.

²⁷ Sentencia del 14 de marzo de 2011, Rad. 110016000027200702774 01 (ya relacionada).

²⁸ Radicado: 110016000020200680596, N.I. 140459.

Ambos pronunciamientos utilizan de manera sofisticada los lineamientos expresados por la Corte Constitucional mediante sentencias C-388/00²⁹ y C-055/10³⁰, en las que se declara la exequibilidad de la presunción que consagraba el artículo 155 del Decreto 2737 de 1989 –hoy reproducida en el artículo 129 del Código de la Infancia y Adolescencia–, en cuanto para los procesos de alimentos se asume de antemano que el deudor devenga al menos el salario mínimo legal, pronunciamientos que llegan a esta conclusión no sin antes advertir que *nadie está obligado a lo imposible*.

De la lectura contextualizada de los precitados artículos del Código del Menor y del Código de la Infancia y Adolescencia se puede concluir que el legislador pretende garantizar la fijación de una cuota alimentaria y la necesidad de incentivar el cumplimiento de las obligaciones que se tienen con un menor. En este sentido, la presunción *iuris tantum* del ingreso de un salario mínimo se hace con el fin de poder fijar la obligación alimentaria³¹ a favor del menor, máxime cuando esta disposición hace parte del capítulo V –procedimiento judicial y reglas especiales– y no tiene operatividad dentro del ámbito penal.

El Juzgado Quinto Penal Municipal de esta ciudad³² consagra en sus providencias una línea argumentativa similar a la que aquí se critica:

²⁹ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

³¹ “Respecto de la expresión acusada del artículo 129 del C.I.A., resulta procedente declarar la constitucionalidad de la misma con base en lo resuelto en la Sentencia C-388 de 2000. Lo anterior, como quiera que la presunción iuris tantum establecida de que la cuota provisional de alimentos, a falta de otros elementos de juicio, se fije con base en el salario mínimo, es razonable por basarse tanto en datos empíricos como en la existencia de una obligación legal de los empleadores de pagar al menos dicho monto. También, porque es proporcional en tanto medida idónea y necesaria para garantizar el pago de la cuota debida al menor, parte débil de la relación procesal en el juicio de alimentos. Y finalmente por cuanto se trata de una presunción legal que en todo caso puede ser desvirtuada”. Sentencia C-055/10, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. [Las subrayas no son del texto original].

³² Para la fecha en que se recaudaron los datos objeto de este investigación, en este despacho se tramitaban procesos regidos por la Ley 600 de 2000.

REFERENCIA	TESIS
<p>Sentencia condenatoria fechada 17 de noviembre de 2011</p> <p>Radicado: 1001400400502202011</p> <p>Procesado: John Jairo Robayo Tovar. Denunciante: Martha Yolanda Mendoza</p>	<p>“Se entiende que si la madre de las niños fue capaz de sostenerlos durante el tiempo aquí investigado con o sin trabajo o con estabilidad o sin estabilidad económica, nada existe en el proceso que permita siquiera inferir que al acusado le asistía una causa que le impidiera –física o moralmente– la protección de los menores de edad, como sí lo hizo su progenitora. Por el contrario, lo que se advierte es un descuido del acusado, quien conocedor de sus deberes, decide incumplir con los mínimos deberes que tenía para con sus descendientes quienes esperaban de él una actitud compadecida y constante con la grande misión de padre que asumió cuando tuvo a bien procrearlos, razón de más para predicar la realización de una conducta dolosa que, a no dudarlo, generó la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que es plenamente imputable al procesado”.</p>
<p>Sentencia condenatoria fechada 17 de junio de 2010</p> <p>Radicado: 11001 4004 005 2006 0298</p> <p>Procesado: José Aníbal Leguizamón Báez Denunciante: Julia Azucena Villegas Barón</p>	<p>“Es necesario informar que para la época de los hechos se encontraba vigente el artículo 155 del Decreto 2737 de 1989, que indicaba que para los efectos alimentarios se presumía que el alimentante devengaba el salario mínimo, norma reproducida casi en su integridad por el artículo 129 del Código de la Infancia y de la Adolescencia que resulta una herramienta interpretativa adecuada a fin de establecer lo que devengaba el acusado. El elemento normativo “a la prestación de alimentos legalmente debidos”, en el caso de los menores, debe remitir a la normatividad señalada, a fin de comprender no sólo lo que se entiende por alimentos, sino también las reglas diseñadas por el Legislador para su determinación, dentro de las que se encuentra la presunción legal de devengar al menos un salario mínimo”.</p>

Igualmente la Corte Suprema de Justicia ha ido edificando la doctrina de la *carga dinámica de la prueba* en los siguientes términos:

El concepto de carga dinámica de la prueba, al que alude la cita anterior, ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Sala con ocasión especialmente de la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio, el cual permite exigir a la parte que posee la prueba, que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca. Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o acusado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión³³.

Con lo anterior, si bien no se denota el decaimiento del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, sí se observa que su acreditación dependerá de la defensa, sin que pueda limitarse a una actividad pasiva, esperando la demostración de la capacidad económica por parte del ente acusador.

4. MORIGERACIÓN DEL PRINCIPIO EN CONTRA DEL PROGENITOR A CUYO CARGO SE ENCUENTRAN LOS HIJOS

La legislación penal consagra como delitos el abandono³⁴ y el homicidio³⁵. Este último puede acontecer por acción u omisión, acorde con lo consagrado en el artículo 25 del Código de las penas.

³³ Colombia, Rama Judicial del Poder Público, CSJ-Penal, providencia del 25 de mayo de 2011, Rad. 33660, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

³⁴ Artículo 127 del Código Penal.

³⁵ Artículos 103 y 104-1 *Ibidem*.

Los padres ostentan sobre los hijos una posición de garante³⁶, y a pesar de que la norma jurídica anteriormente citada consagra el principio *ad impossibilia nemo tenetur* bajo la fórmula “quien tuviera el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no la llevara a cabo, **estando en posibilidad de hacerlo**, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal”, el progenitor a cuyo cargo se encuentren los hijos —que generalmente es la madre— en caso de incumplir su obligación, que conlleve a la consecución de los resultados típicos *sub examine*, difícilmente podrá beneficiarse de un fallo absolutorio.

Es común observar que muchas madres ejercen más de un empleo, debiendo además administrar el hogar al retornar del trabajo, para desempeñar otras funciones extenuantes y dignas de resaltar. Igualmente es admirable observar cómo aquellas logran sacar adelante a sus hijos sin la ayuda de sus padres por la irresponsabilidad de estos. Pero también existen casos de madres que no pueden acceder a oportunidades laborales³⁷ y terminan perdiendo la custodia de sus hijos frente a esta situación o terminan abandonándolos por la imposibilidad económica —que incluso puede inspirar abortos—³⁸, y terminar con lamentables resultados: la muerte del menor.

³⁶ Cfr. Colombia, Rama Judicial del Poder Público, CSJ-Penal, providencia del 2 de septiembre de 2009, Rad. 32174, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

³⁷ “Las estadísticas muestran cómo en nuestra Patria la mujer tiene menos oportunidades de acceso a la salud, la protección y la educación que el hombre. A su vez en el campo laboral, a pesar de que su participación ha señalado cambios importantes en la estructura del mercado de trabajo (41% en 1989) el 35 % de la población femenina urbana percibe una remuneración por debajo del sueldo mínimo, frente a un 16% de hombres que se encuentran en la misma situación; y si miramos hacia el sector rural encontramos mujeres que, sin ser dueñas de la tierra, trabajan sin paga la mayoría de las veces pues su oficio es considerado como una labor de apoyo a su marido, padres o hermanos. Igualmente el desempleo generado por la situación económica actual recae con más fortaleza sobre ella: hoy en día el 55% de los desempleados del país son mujeres” (situación presentada en la Asamblea Nacional Constituyente, citada en la Sentencia C-184/03, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

³⁸ Cuando la capacidad económica de la madre no permite hacer un análisis satisfactorio de la futura vida en condiciones dignas de su hijo [aborto por indicación económica (Pabón, 2011, p. 16)], evento que continúa penalizado bajo los lineamientos del Código Penal y que no fuera excluido en el análisis de la Sentencia C-355/06, M. P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Para estos efectos consideramos que en la práctica se aplica una morigeración del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, con miras a proteger el interés superior del menor, que no es vislumbrado en las mismas dimensiones al abordar el análisis del delito de inasistencia alimentaria.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando una madre decide apoderarse de una cosa mueble ajena con el propósito de alimentar a sus hijos? Jurídicamente podría alegar la ocurrencia de un estado de necesidad. Recordemos que el estado de necesidad (artículo 32-7 del Código Penal) exime de responsabilidad a quien realice un comportamiento que sería considerado delictivo siempre y cuando haya buscado *proteger* (a diferencia de la legítima defensa, en la que lo que se busca es *defender*) un derecho propio o ajeno de un peligro que haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que no se pueda evitar de otra manera.

Por supuesto, no operará la eximente si el peligro fue originado por el sujeto intencionalmente o por falta de cuidado, no previendo lo previsible. Tampoco si el individuo, teniendo el deber jurídico de afrontarlo, se abstiene del mismo, como sería el caso del bombero que en medio de un incendio prefiere correr y pisotear a la multitud, causando en estos últimos lesiones.

Precisamente hablando de incendios, en *Ensayo sobre la ceguera*, obra del escritor portugués José Saramago (1995), encontramos representada esta eximente en el siguiente pasaje:

Evidentemente muchos de estos ciegos están siendo pisoteados, empujados, golpeados, son los efectos del pánico, efecto natural podríamos decir, la naturaleza animal es así, también la vegetal se comportaría de esa manera si no tuviera aquellas raíces que la prenden al suelo, qué bonito sería ver los árboles del bosque huyendo del incendio.

Es en esa “naturaleza animal” que se inspira esta causal, y por esta razón jurídica aquellos ciegos que huyen afanosamente de las llamas, matando o lesionando personas, como consecuencia de la huida, no son responsables penalmente.

Esta solución ha sido constantemente rechazada por la Judicatura, muy probablemente por encontrarnos inmersos en un contexto socioeconómico que protege la propiedad privada y con miras a desincentivar la comisión del delito de hurto, pero dogmáticamente, resulta completamente aplicable y procedente, acorde con la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho que efectivamente no constituye una “muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”³⁹.

El mismo obstáculo presenta el argumento defensivo en el caso de mujeres que alegan un estado de necesidad para efectos de comercializar estupefacientes, situación que no ostenta ninguna vocación de prosperidad⁴⁰. La Judicatura entiende que esta necesidad es evitable de otra manera que circunscriba el comportamiento de esta madre a la legalidad y, por ende, debe erigirse en su contra un juicio de reproche punitivo.

Paradigmáticas se muestran algunas situaciones judicializadas por el Tribunal Supremo Español⁴¹ en los siguientes términos:

- Marta Lucía T. C. es madre de dos hijos menores de edad, uno de los cuales padece una deformidad congénita que ha requerido distintas intervenciones médicas. Cuando tomó la decisión de transportar la droga se encontraba sometida a una situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores. (STS 24-7-2000 [RJ 2000\7121])
- La acción del procesado estuvo impulsada por una situación familiar grave, sin posibilidad de solucionar debido a su situación económica. Con su madre, su esposa, su hermana de 15 años de edad y su hija, a su cargo, sin trabajo, con una hipoteca que pesa sobre su vivienda, a la que

³⁹ Sentencia T-406/92, M. P. Ciro Angarita Barón.

⁴⁰ Cfr. Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, sentencia del 27 de octubre de 2005, Rad. 2005-02503 [031], M. P. Marco Antonio Rueda Soto.

⁴¹ Citadas en el artículo *Pobreza, estado de necesidad y prevención general: Los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español*, de autoría de la profesora Margarita Martínez Escamilla [*Revista de Derecho penal Contemporáneo*, 12, Jul.-Sep., 2005, Editorial Legis].

no puede hacer frente, ni en cuanto al capital ni a sus intereses, padeciendo su hija una enfermedad respiratoria, que de no hacer frente con la oportuna operación devendría en irremediable, no pudiendo hacerle frente debido a la carencia de medios económicos, y habiendo agotado las posibilidades a su alcance, incluso las de empeño de sus bienes, que ya había efectuado... (STS 23-1-1998 [RJ 1998\52])⁴²

No obstante lo anterior, la profesora Martínez reconoce que en la mayoría de los casos esta situación de necesidad no es avalada por el Tribunal Supremo Español, debido a la falta de acreditación sobre la pobreza.

Este conocimiento de frontera resulta útil para la aplicación del eximente de responsabilidad bajo análisis, considerando que en muchas ocasiones aquella madre a cuyo cuidado se encuentran los hijos no logra acceder a un trabajo y termina transitando por el camino de la ilegalidad, sin que su conducta deba ser calificada como *delito*.

Lo anterior sin justificar todo comportamiento amparado en abstracto por esta premisa, ya que deberá analizar el juzgador la ocurrencia de esta situación en cada caso concreto, exigiendo también una labor importante de la defensa⁴³ para lograr acreditar la pobreza que degenera en estado de necesidad.

⁴² “Y continúa la descripción: “... Persona sin la cualificación apta para obtener un trabajo regularmente remunerado, lo que le cerraba las puertas a la adquisición de una colocación, había solicitado un préstamo de 10 millones de pesos, para adquirir la vivienda, y ante la imposibilidad de pagar al menos los intereses, acudió a prestamistas y por medio de amistades consiguió que se pagaran los intereses y atrasos de la hipoteca constituida sobre la vivienda. Agotado su crédito sobrevino la enfermedad de su hija, cuya operación costaba 10 millones de pesos, si bien, pudo conseguir que esa cifra se redujera a 2 millones de pesos en el caso de intervenir a la niña en un Hospital de la Beneficencia. En estas condiciones y con la finalidad de conseguir el dinero accede a realizar el viaje, no sin antes haber dudado e incluso rompiendo el primer pasaporte que le proporcionaron, lo que ocasionó una cadena de amenazas para su familia que le impuso finalmente a acceder a la propuesta hecha por terceras personas”.

⁴³ “... el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la

CONCLUSIONES

Se concluye advirtiendo que el principio *ad impossibilia nemo tenetur* en una sociedad como la nuestra, con altas tasas de desempleo⁴⁴, falta de oportunidades de educación y, en general, de combatir la pobreza y las desigualdades, adquiere trascendencia y gran aplicación en el análisis de conductas que pueden ser catalogadas como delito.

Pero este análisis debe ser universal y aplicable en todo caso, sin que se pueda alegar solo a favor de unos; por ejemplo, el progenitor que salió del hogar y omitió su obligación alimentaria para con sus hijos, cargando a su pareja de manera excesiva frente al cuidado de los mismos, sin que este último sujeto pueda excusarse con base en la misma premisa para satisfacer las necesidades de los menores.

Así como resulta imposible solicitar la entrega de un bien que ha sido destruido, el reintegro laboral a una empresa liquidada o el salvamento acuático por parte de alguien que no sabe nadar, no puede privarse de la libertad a una persona por no pagar su obligación monetaria derivada de la procreación, ni tampoco a quien mediante fines altruistas desvía su camino de la legalidad, constituyéndose el derecho penal como una herramienta inútil para estos efectos.

Adicionalmente, debe fortalecerse la presunción de inocencia, sin que la misma termine tergiversada por los operadores judiciales, omitiendo el entendido de que *todos somos inocentes mientras no se demuestre lo contrario*, resultando modificado bajo su personalísima interpretación que nos atreveríamos a descifrar bajo la siguiente frase: *Todos son culpables hasta que se demuestre su inocencia*.

investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia". Sentencia C-1194/05, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁴ Para la fecha de elaboración de este artículo la tasa de desempleo, según los índices del Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE– era del 8.5 %. [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_ech_nov13.pdf].

Finalmente, deben enfatizarse como prioridad los derechos de los niños, acorde con la primacía que le otorga nuestra Constitución⁴⁵, y en procura de ellos deben intentarse otras alternativas coercitivas, ante el fracaso del *ius puniendi* para resolver estas situaciones, como se procuró demostrar en este documento.

REFERENCIAS

- Bernal, J. & Montealegre, E. (2004). *El Proceso Penal*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bustos, J. & Hormazábal, H. (2004). *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Código Civil (2010). Bogotá, D. C.: Legis.
- Código Penal & Códigos de Procedimiento Penal (2008). Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 27 de julio de 2011, Rad. 2.064, 11001-03-06-000-2011-00040-00.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 6 de junio de 2007, Rad. 25000-23-26-000-1990-06968-01(16460).
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa (2010). Boletín estadístico n° 1.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Constitucional, providencias T-406/92, T-502/92, C-337/93, C-029/94, C-125/96, T-153/98, SU-225/98, C-388/00, C-1064/00, C-648/01, C-836/01, T-446/02, C-010/03, C-184/03, C-016/04, C-994/04, C-590/05, C-591/05, C-1194/05, C-355/06, C-454/06, C-397/07, T-112/09, T-105/10, C-055/10, C-059/10, T-495/10, T-875/10, T-062A/11 y T-205-11.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, providencia del 19 de marzo de 2002, Rad. 13.396.

⁴⁵ En el mismo sentido, Sentencia C-1064/00, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias del 21 de enero de 2004, Rad. 16384, 19 de enero de 2006; Rad. 21023, 23 de marzo de 2006; Rad. 21161, 30 de marzo de 2006; Radicado 24468, 18 de julio de 2007; Rad. 27857, 4 de diciembre de 2008; Rad. 28813, 2 de septiembre de 2009; Rad. 32174, 11 de noviembre de 2009; Rad. 32896, 10 de marzo de 2010; Rad. 32422, 18 de agosto de 2010; Rad. 33509 y 25 de mayo de 2011, Rad. 33660.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Juzgado 3° Penal Municipal con función de conocimiento, sentencia del 28 de febrero de 2012, 110016000020200680596, N.I. 140459.
- Colombia, Rama Judicial del Poder Público, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, providencias del 27 de octubre de 2005, Rad. 2005-02503 [031] y del 14 de marzo de 2011, Rad. 110016000027200702774.
- Constitución Política de Colombia (2010). Bogotá, D. C.: Legis.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos de los Niños.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- Díaz, L. (2007). Los principios generales del derecho. *Nuevo Consultorio Fiscal*, 247. Disponible en: <http://www.consultoriefiscalunam.com.mx/enviar.php?type=2&id=722>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.
- Gasca, A. (2010). *La incapacidad económica como justa causa para incumplir la obligación de alimentos, implicaciones y aplicación de la jurisprudencia*. Bogotá, D. C.: Universidad de los Andes.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta.
- Henoa, J. (2005). *Novedades Jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Memorias del segundo seminario internacional Gerencia Jurídica, Módulo III, El Daño Antijurídico. Disponible en: <http://http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=20763>.
- Hobbes, T. (1979). *El Leviatán*. Bogotá: Oveja Negra.

- INPEC. Informe del 31 de enero de 2013. Capítulo *Población de internos por delito*.
- Justicia Global y Derechos Humanos Women's Link Worldwide (2009). *Sancción por desacato dentro del marco de protección de los derechos sexuales y reproductivos en la sentencia T-209/08*. Disponible en: <http://www.justiciaglobal.info/docs/memorial%20desacato.pdf>.
- López, D. (2010). *El derecho de los jueces*. Bogotá, D. C.: Legis.
- Martínez, M. (2005). Pobreza, estado de necesidad y prevención general: Los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo Español. *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, 12, Jul.-Sep. Bogotá, D. C.: Legis.
- Moreno, L. (2007). *La encrucijada del poder*. Disponible en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/Laencrucijadadel%20poder..html>
- Moya, M. (2008). La inasistencia alimentaria en Colombia ¿Será delito? *Revista virtual via inveniendi et iudicandi*. Disponible en: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi7/lainasistencia.pdf>.
- Pabón, P. (2011). *Manual de Derecho Penal*. t. II: *Parte especial*. Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Régimen Penal Colombiano (2011). Bogotá, D. C.: Legis.
- Reyes, A. (1997). *Tipicidad*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: del Puerto.
- Saramago, J. (1995). *Ensayo sobre la ceguera*. Traducción de Basilio Losada. Bogotá, D. C.: Santillana Ediciones Generales.
- Valencia, H. (1993). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá, D. C.: Temis.