

Sentencia C-1646/00

NORMA-Vigencia

INASISTENCIA ALIMENTARIA-Regulación de obligaciones imponible a sindicado

NORMA EN EL TIEMPO-Vigencia

INTERPRETACION DE NORMA EN EL TIEMPO-Finalidad

INTERPRETACION SISTEMATICA Y FINALISTA DE NORMA-Finalidad

INASISTENCIA ALIMENTARIA-Cambio de régimen penal/LIBERTAD PROVISIONAL EN INASISTENCIA ALIMENTARIA-Fiscal o juez determina garantías adicionales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Eventual ineficacia de norma

LIBERTAD PROVISIONAL EN INASISTENCIA ALIMENTARIA-Determinación de garantías para cumplimiento de obligaciones alimentarias

INASISTENCIA ALIMENTARIA-Garantías legales para cumplimiento de obligación alimentaria

Referencia: expediente D-3017

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 270 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

Actores: Rosa Nelly Urbina Contreras y Yecid Celis Melgarejo

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre del año dos mil (2000).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Rosa Nelly Urbina Contreras y Yecid Celis Melgarejo demandaron parcialmente el inciso segundo del artículo 270 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 39080, del 27 de noviembre de 1989. Se subraya lo demandado:

“DECRETO 2737 DE 1989

(noviembre 27)

por el cual se expide el Código del Menor

(...)

### TITULO X

Situaciones especiales que atentan contra los derechos y la integridad del menor

(...)

Art. 270. Cuando el delito de inasistencia alimentaria se cometa contra un menor, la pena será de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a cien (100) días de salarios mínimos legales.

Además de lo previsto por el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, el juez, al otorgar la libertad provisional, determinará las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria.”

## III. LA DEMANDA

En concepto de los demandantes, la norma demandada en el aparte enjuiciado, vulnera los artículos 1o. y 44 de la Constitución Política por las razones que se exponen a continuación:

En primer término, advierten que la remisión efectuada por la disposición en cuestión al artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, hace referencia a un régimen derogado (Decreto 050 de 1987), en el que se menciona al juez como el funcionario que “.. al otorgar la libertad provisional determinará las garantías que deban constituirse para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria”, excluyendo de dicha competencia a los fiscales, con lo que se hace inaplicable el precepto en la etapa instructiva del proceso penal.

En ese orden de ideas, agregan que el inciso controvertido al prever la constitución de las garantías allí mencionadas, lo hizo exclusivamente para los casos de otorgamiento de la libertad provisional, ignorando su posible establecimiento junto con las medidas de aseguramiento, con lo cual se deja desprovisto al alimentado menor de edad de la protección provisional, “porque al no existir una coerción tangible en una medida de aseguramiento y asumida en un acta de compromiso, no será posible hablar de garantía en sentido sustancial”.

De la misma manera, los demandantes reprochan la inaplicabilidad de los artículos 394 del C.P.P., 419, numeral 2o., del C.P.P., y 417 del Código Civil, pues suponen la prestación de alimentos mientras dure la actuación procesal penal, asunto que, según lo indican, sólo se

decidirá al momento de la primera calificación provisional del mérito sumarial, así como por razón de la precariedad de la norma enjuiciada dada la mención exclusiva al funcionario judicial para adoptar la medida. En estricto rigor jurídico, la regulación sobre la materia para los actores, adicionalmente, lleva a que sólo los jueces civiles municipales o de familia, puedan aplicar las garantías previstas en el artículo 153 del Código del Menor, como también ocurre respecto de los artículos 137 a 141 y 148 ibídem.

En resumen, los demandantes edifican el cargo de inconstitucionalidad en el sentido de que las garantías de que trata el inciso controvertido son inaplicables, exiguas, e inocuas, y por lo tanto dan lugar a la vulneración del artículo 44 de la Constitución Política, ya que los niños deben ser protegidos por el Estado de manera permanente, más aún tratándose de los temas relacionados con la obligación alimentaria en su favor, la cual está contenida en instrumentos internacionales aprobados por Colombia<sup>1</sup>, que hacen mayor el compromiso para su cumplimiento, y prioritaria e imprescindible su protección, ya que ninguna norma excepcional autoriza su desconocimiento en la etapa instructiva del proceso penal.

Para finalizar, expresan que por los mismos argumentos expuestos, la norma acusada contraría consecencialmente el Estado Social de Derecho fundado en el artículo 1o. de la Constitución Política de 1991.

## I. INTERVENCIONES.

### 1. Ministerio de Justicia y el Derecho.

El representante del Ministerio de Justicia y el Derecho, interviene para defender la constitucionalidad de la norma acusada y solicitar la declaratoria de exequibilidad de la misma, de la siguiente manera:

Considera en primer término, que la imposibilidad de constituir la garantía provisional, en la etapa instructiva del proceso penal, se justifica por el hecho de que en esa instancia procesal aún no se poseen los elementos probatorios necesarios para exigir el cumplimiento del deber alimentario al sindicado o para declarar su responsabilidad, lo cual previene y evita “actuaciones temerarias al margen de los fines y objetivos pretendidos por la administración de justicia”.

Manifiesta, también, que la legislación colombiana, contrario a lo expresado por los demandantes, es generosa y garantista en lo que refiere a la obligación alimentaria, ya que ofrece la posibilidad de que sea reclamada ante la jurisdicción civil o penal indistintamente, sin exigir a los interesados una declaración previa de la cual dependa la iniciación de cualquiera de los procesos.

Finalmente, por las razones expuestas, concluye que con la norma acusada no se vulneran los derechos de los niños (C.P., art. 44), ni mucho menos el artículo 1o. de la Carta constitucional, y por lo tanto la considera armónica con el orden jurídico vigente.

### 2. Fiscalía General de la Nación.

El Señor Fiscal General de la Nación, interviene en este proceso con el fin de defender la norma acusada y solicitar su exequibilidad con base en las argumentaciones que se indican a continuación:

En forma previa a cualquier consideración de fondo, explica que el examen de una norma en procesos de constitucionalidad como éste, no supone debatir la eventual inocuidad o inaplicabilidad de la misma, sino que se limita a su cotejo con la Constitución Política para verificar la congruencia y armonía con la norma superior.

Sin embargo, con base en esos cuestionamientos, explica que la eficacia de una ley no esta determinada únicamente por su texto, el cual puede perseguir “los mejores y mas loables propósitos”, sino que depende de la actitud dispuesta de los destinatarios encargados de aplicarla, para impedir ver frustrada su finalidad, por lo que respecto a la supuesta carencia de utilidad práctica del precepto acusado, por la remisión que hace al artículo 443 del C.P.P del derogado régimen de 1987 (Decreto No. 050), aclara que la cita debe entenderse como correspondiente al artículo 419 del Estatuto Procesal Penal actual. Por lo tanto, concluye que el argumento expuesto en la demanda, por carecer de “solidez e importancia”, no fundamenta la inexecutable de la norma.

Añade, así mismo, que el hecho de que el inciso 2o. del artículo 270 del Código del Menor haga referencia al juez y no al fiscal, como el funcionario competente para aplicarlo, obedece a que para la época de la expedición de dicho estatuto la labor investigativa estaba a cargo de los jueces de instrucción criminal, toda vez que los fiscales fueron creados posteriormente en la Constitución de 1991. Dicha situación, en su opinión, no priva a éstos de la posibilidad de emplear la norma cuestionada, pues dentro de las funciones que ejercen en la instrucción de delitos, según el artículo 33 del Decreto Ley 261 de 2000 numeral 4, está la de ejecutar las “... demás actuaciones inherentes a la investigación de los hechos punibles de conformidad con la ley” lo cual cubija las propias del delito de inasistencia alimentaria.

De otra parte, respecto de la vulneración al artículo 1o. de la Constitución Política en el cual se funda la fórmula del Estado Social de Derecho, manifiesta que en la demanda tan sólo se hizo mención a su supuesta violación, pero sin especificar las causas, lo que implicaría teóricamente una revisión de la norma acusada respecto de todo el texto fundamental, a lo largo del cual dicho principio se encuentra respaldado, según se expuso en la sentencia T - 406 de 1992.

En lo atinente al caso presente, destaca de esa misma jurisprudencia apartes que al tratar sobre los cambios cualitativos de esta nueva concepción de Estado, advierten sobre el “...surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos...”

Así las cosas, considera que la norma demandada, contrario a lo expresado por los actores, contribuye a la protección de la obligación alimentaria y atiende la importancia de ésta en la preservación de la familia como núcleo de las estructuras sociales y estatales.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Señor Procurador General de la Nación (E), mediante concepto No. 2260 recibido el 28 de julio de 2000 en la Secretaría de la Corte Constitucional, solicita a esta Corporación que se declare inhibida para decidir sobre la demanda presentada contra la norma enjuiciada, con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, estima necesario llevar a cabo una interpretación "sistemática temporal" de la remisión que la norma acusada hace al artículo 443 del antiguo C.P.P, para concluir que, en vigencia de este estatuto, el juez adicionalmente a las garantías expresadas en el citado artículo, podía constituir aquellas que estimara conveniente para el cumplimiento de la obligación alimentaria, siempre y cuando el sindicado estuviere afectado con medida de aseguramiento, o beneficiado con la libertad provisional.

Sin embargo, en criterio del Procurador General (E), el anterior artículo, así como la norma demandada se encuentran derogados por el vigente Código de Procedimiento Penal (Decreto No. 2700 de 1991), ya que en sus artículos 394 y 419 quedaron replanteadas las obligaciones de quienes fueren afectados con medidas de aseguramiento como conminación, caución - juratoria o prendaria-, o beneficiados con la libertad provisional, es decir, respecto de las mismas situaciones en estudio.

Por último, sobre la regulación que estima vigente, explica que el funcionario judicial (juez o fiscal), está en la obligación de comprometer al sindicado para que observe buena conducta familiar, dentro de lo cual incluye el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias y, para ello cuenta con la facultad de imponer las demás cargas o deberes que atendiendo la naturaleza del delito, garanticen el restablecimiento del derecho, la indemnización de los perjuicios y la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, numerales 1o. y 4o.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

#### 1. La materia sujeta a examen

Los actores solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 270 del decreto 2737 de 1989 en el que, una vez fijada en el mismo artículo la pena para el delito de inasistencia alimentaria contra un menor, se establece que además de lo previsto en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, el juez al otorgar la libertad provisional determinará las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Estiman los actores que dicho precepto, en el que se hace reenvío a una norma derogada, y en la cual solo se alude al juez y no al fiscal, es inaplicable en la fase instructiva del proceso penal de inasistencia alimentaria, dejando desprotegido el derecho del menor, el cual debe

prevalecer sobre el de los demás conforme al artículo 44 de la Carta. Consideran que la norma no fija una medida coercitiva para asegurar que el procesado cumpla con su obligación alimentaria de manera permanente y adicionalmente que la garantía consagrada en la norma es tan exigua que es imposible hacerla tangible en el curso de la actuación penal, además de que su texto aparece desueto y abiertamente en contravía con el Estado Social de Derecho.

El señor Procurador (E.) solicita que esta Corte se declare inhibida para decidir la demanda presentada, por cuanto en su concepto la regulación de las obligaciones imponibles a los sindicatos en los eventos señalados en el artículo 443 del decreto 050 de 1987 y específicamente en el inciso 2 del decreto 2737 de 1989 respecto del delito de inasistencia alimentaria, fue derogada por los artículos 394 y 419 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Por su parte, el señor Fiscal General de la Nación aboga por la declaratoria de constitucionalidad de la norma acusada por cuanto ésta, antes que controvertir el Estado Social de Derecho como se señala en la demanda, contribuye positivamente a sostenerlo en tanto persigue la efectividad de una obligación originada en la relación familiar y en particular en la protección de los menores. Rechaza el debate planteado en la demanda sobre la no aplicabilidad de la norma derivada de la referencia que en ella se hace a un artículo (el 443) del derogado decreto 050 de 1987 (antiguo Código de Procedimiento Penal), en la medida en que dicha remisión debe entenderse respecto del artículo 419 del estatuto procesal penal actual, norma que lo remplazó en términos semejantes. Así mismo rechaza el argumento de los demandantes según el cual esta norma no permite la protección del menor durante la etapa de instrucción, por cuanto, ésta, en el marco de una interpretación sistemática de la legislación vigente y tomando en cuenta el cambio de régimen penal que dio paso a la aparición de la Fiscalía General de la Nación, permite tanto al fiscal como al juez, tratándose de procesos por inasistencia alimentaria fijar unas garantías adicionales o complementarias a las previstas en el artículo 419 del Código Procesal Penal para avalar la obligación eventual de dar alimentos. Por todo lo cual considera equivocada la apreciación de los demandantes, de que la figura legal consagrada en este precepto, no es aplicable en el periodo de la instrucción penal, que no tiene ninguna utilidad práctica y que por ende es inconstitucional.

Para el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho, el hecho, señalado por el demandante, de limitarse la protección a la etapa del juicio se justifica en la medida en que “básicamente en la etapa instructiva aún no se poseen los indicios necesarios respecto del cumplimiento del deber alimentario” y adicionalmente “Por cuanto existe la justicia civil para que el juez en esta etapa determine todos los caminos necesarios para salvaguardar y garantizar las prescripciones que se derivan del artículo 44 constitucional”.

### 3. Consideraciones previas.

Revisados los cargos de la demanda, así como las consideraciones y argumentos de cada uno de los intervinientes en el presente proceso, esta Corporación encuentra que antes de entrar a efectuar el análisis de constitucionalidad, resulta imprescindible dilucidar cuál de los entendimientos que de la norma se han hecho es el ajustado.

(i.) El primero de ellos, es la interpretación restrictiva y exégeta a partir de la cual se argumentan los cargos de inconstitucionalidad en la demanda, según ésta, la norma acusada habría de entenderse con estricto apego a lo expresado en su texto, deviniendo éste en inocuo e inaplicable cuando de la constitución de las garantías para la obligación alimentaria en favor de menores se trata. (ii.) De otro lado, el representante del Ministerio de Justicia y el Derecho, observando la norma tal como está redactada y con los mismos alcances que el actor le atribuye en cuanto se refiere a la etapa procesal en la que se adoptan las medidas de que trata dicho artículo, expone que no existe divergencia o inconsistencia alguna que dé lugar al sostenimiento de los cargos que en su contra se endilgan. (iii.) Por su parte, el Fiscal General de la Nación, a pesar de advertir que en efecto la norma en su texto posee algunas divergencias formales con el ordenamiento actual, interpreta las mismas de manera sistemática, conciliándolas razonadamente con la evolución normativa que ha sufrido la materia. (iv.) Por último, el Procurador General (E) expone una interpretación según la cual, tanto la inciso acusado como el artículo al cual remite se encuentran derogados, dado el replantamiento que sobre el tema, estima, se hizo en el nuevo régimen procesal penal.

Así las cosas, el verdadero alcance de la norma debe ser determinado previamente, a su estudio constitucional, de la siguiente manera:

### 3.1 Vigencia de la norma acusada

Como lo recuerda el señor Procurador (E.) dentro del Título XIX del Código Penal, el decreto 100 de 1980 previó el delito de inasistencia alimentaria en el artículo 263, el cual fue modificado por el inciso primero del artículo 270 del decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), en cuanto se refiere a la sanción cuando el hecho se comete contra un menor.

Esta última disposición también señaló que “además de lo previsto por el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, el juez, al otorgar la libertad provisional, determinará las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria”, norma que es cuestionada por los actores en primer término por la remisión que se hace a una norma del decreto 050 de 1987 en la cual se establecía:

“Artículo 443: Obligaciones del procesado. En los casos de conminación, caución y libertad provisional se le impondrán las siguientes obligaciones:

Presentarse cuando el Juez lo solicite,

Observar buena conducta individual, familiar y social,

Informar todo cambio de residencia.”

Obligaciones éstas a las cuales, en virtud del precepto demandado, debía adicionarse las garantías que el juez estimara necesarias para el cumplimiento de la obligación alimentaria, tratándose del delito de inasistencia alimentaria cometido contra un menor.

Para la Vista Fiscal, tanto el artículo 443 del decreto 50 de 1987, como el inciso segundo del artículo 270 del decreto 2737 de 1989, fueron derogados por el decreto 2700 de 1991, donde en su concepto se replantearon íntegramente las obligaciones imponibles a quienes fueran afectados con conminación, caución -juratoria o prendaria-, y a quienes se les

concediera la libertad provisional. Y ello de conformidad con los artículos 394 y 419 del decreto 2700 de 1991, los cuales tienen respectivamente el siguiente texto:

“Art. 394. Contenido de las actas En las actas de conminación y de caución juratoria o prendaria se consignarán las obligaciones que deba cumplir el sindicado. El Funcionario judicial determinará dichas obligaciones y su duración de acuerdo con la naturaleza del hecho punible y dejará constancia de las consecuencias legales de su incumplimiento”

“Art. 419. Obligaciones del sindicado. En los casos de conminación, caución, detención domiciliaria y libertad provisional se le impondrán las siguientes obligaciones:

Presentarse cuando el funcionario competente lo solicite,

Observar buena conducta individual, familiar y social,

Informar todo cambio de residencia,

No salir del país sin previa autorización del funcionario”

Salta a la vista, sin embargo, de la lectura de estos artículos que con ellos no se ha producido derogatoria expresa ni tácita del inciso segundo del artículo 270 del decreto 2737 de 1989, por cuanto este tiene un carácter específico para el caso del delito de inasistencia alimentaria contra un menor y señala una competencia adicional a las establecidas en el artículo 433 del antiguo Código de Procedimiento Penal -hoy sustituido por el artículo 419 del decreto 2700 de 1991-, para que se determinen las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Para la Corte por tanto no asiste razón al señor Procurador (E.) cuando considera que: “teniendo en cuenta que conforme a las disposiciones precedentes (Artículos 394 y 419 del C.P.P) el funcionario judicial al momento de imponer la medida de aseguramiento de caución o al otorgar la libertad provisional debe comprometer al sindicado para que observe buena conducta familiar (dentro del cual se incluye el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias) y adicionalmente, que cuando se trate de conminación o caución, está facultado para imponer al procesado otras obligaciones atendiendo a la naturaleza del hecho punible y las consecuencias de su incumplimiento, no hay duda que la regulación de las obligaciones imponibles a los sindicados en los eventos señalados en el artículo 443 del decreto 50 de 1987 y específicamente en el inciso 2º del decreto 2737 de 1989 respecto del punible de inasistencia alimentaria, fue derogada por los artículos 394 y 419 del Código de Procedimiento Penal vigente”.

No debe olvidarse que la determinación de la obligación alimentaria en favor de los menores de edad, establecida con el fin de garantizar a éstos la satisfacción de sus necesidades básicas, cuenta, como ya lo ha dicho la Corte, con un trámite judicial especial dentro del ordenamiento jurídico, específicamente contenido en el Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor)<sup>2</sup>.

Tampoco debe perderse de vista que en relación con el delito de inasistencia alimentaria, dicho decreto contiene, precisamente en el artículo 270, inciso primero, unas reglas específicas en materia de determinación de la pena atribuible cuando este delito se cometa

contra un menor, sobre las que ya tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte en la Sentencia C-237 del 20 de mayo de 1997 -M.P. Carlos Gaviria Díaz-, mediante la cual se declaró su exequibilidad.

Respecto del inciso segundo del mismo artículo 270, disposición acusada en el presente proceso, igualmente se está frente a una disposición que establece elementos adicionales a la normatividad procesal penal general, en materia de garantías que deben constituirse por el sindicado. Y ello en virtud de la especial atención que merece el cumplimiento de la obligación alimentaria en relación con los menores.

Para que pudiera aceptarse el argumento del señor Procurador (E.) se debería estar, en consecuencia, frente a una derogatoria expresa o en todo caso frente a una clara derogatoria tácita de estas normas especiales, lo cual como se ha visto no sucede, por lo que no cabe tampoco admitir la solicitud que el mismo funcionario hace de que la Corte Constitucional se declare inhibida para decidir en el presente caso por la razón expuesta de la presunta derogatoria de la norma acusada.

### 3.2 Necesaria interpretación sistemática y finalista de la norma en el tiempo.

Ahora bien, en relación con el argumento de los demandantes según el cual el precepto demandado es inaplicable, particularmente durante la instrucción del proceso penal, entre otras razones porque este hace referencia al artículo 443 del derogado decreto 050 de 1987, antiguo Código de Procedimiento Penal, que alude al juez y no al Fiscal instructor y a la libertad provisional y no a medida de aseguramiento, la Corte considera indispensable enmarcar el estudio de la constitucionalidad de la norma dentro de un análisis sistemático y finalista de la misma en el tiempo.

Al respecto no sobra recordar como ya lo dijo la Corte que “cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, por que las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística”<sup>3</sup>

En este sentido es necesario tener en cuenta igualmente que dentro de los principios rectores fijados en el decreto 2737 de 1989 se señala que las normas del Código del Menor “son de orden público y, por lo mismo, los principios en ellas consagrados son de carácter irrenunciable y se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”<sup>4</sup> y que en materia de su interpretación “ ésta deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor”<sup>5</sup>

Así, en primer término resulta evidente que la remisión que se hace al citado artículo 443, debe entenderse respecto del artículo 419 del estatuto procesal penal actual, norma que lo sustituyó. De esta manera la interpretación más acorde con el sentido establecido por el legislador para la norma acusada, dado el cambio de legislación, es la que señala que además de las disposiciones previstas en el artículo que fija actualmente las obligaciones del sindicado, se determinarán por el funcionario competente, que como veremos ya no es

exclusivamente el juez, y en la ocasión procesal pertinente, “las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria”.

Precisamente, la circunstancia de que el inciso segundo del artículo 270 del decreto 2737 de 1989 haga referencia solo al juez, obedece a que, como lo recuerda el señor Fiscal General, para la época de su expedición, la labor de investigación judicial de este tipo de delitos estaba encomendada a los desaparecidos Jueces de Instrucción Criminal. Las fiscalías, tal como están organizadas en la actualidad, aparecen en la vida jurídica del país después de la promulgación de la Constitución de 1991, de ahí que no se puede exigir que una norma anterior a ella, como lo es la impugnada, haga mención expresa de esos despachos judiciales.

Para el caso presente la unidades de fiscalía adscritas a las direcciones seccionales de fiscalía actúan ante los jueces penales municipales a quienes la ley atribuye hoy<sup>6</sup> el conocimiento de los delitos que requieran querrela de parte, como es precisamente el caso de la inasistencia alimentaria.

De acuerdo con las normas que regulan la fase instructiva del proceso penal corresponde hoy a los fiscales adscritos a estas Unidades la posibilidad de privar y conceder la libertad a los procesados, cuando fuere procedente de acuerdo con sus funciones, por lo que esta competencia en el régimen penal actual no es exclusiva de los jueces

Dado el cambio de régimen penal, la norma debe interpretarse, entonces, en el sentido de que el fiscal o el juez según sus funciones dentro del curso del proceso, tratándose de causas por inasistencia alimentaria, pueden fijar garantías adicionales o complementarias<sup>7</sup> a las previstas en el artículo 419 del Código Procesal Penal para avalar la obligación eventual de alimentos, en el evento de conceder la libertad provisional al sindicado en los casos previstos en dicho Código<sup>8</sup>.

En la medida en que el momento procesal señalado en la norma acusada es el del otorgamiento de la libertad provisional, y en ella no se hace mención a la “medida de aseguramiento”, como lo reprochan los demandantes, resulta necesario dilucidar finalmente si ello corresponde a una nueva dificultad surgida del cambio de régimen, que debe analizarse, o si por el contrario ella no tiene ninguna implicación en lo referente a este aspecto de interpretación en el tiempo de la norma. Y ello más allá de la supuesta inaplicabilidad de la misma durante la fase de instrucción, según se analizará más adelante.

Al respecto, según el artículo 388 del C.P.P. vigente son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva. En relación con ellas no considera la Corte que pueda interpretarse que la aplicación del inciso segundo del artículo 270 del decreto 2737 de 1989 en el nuevo contexto de la legislación penal implique extender a esas figuras las competencias adicionales que ella fija en materia de garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria frente a los menores y en consecuencia, estas deben limitarse al supuesto específico de la concesión de la libertad provisional. Máxime cuando en muchos de estos supuestos se presenta una contradicción lógica entre las figuras señaladas y la libertad provisional.

Hecha esta interpretación sistemática, en el tiempo, de la disposición acusada, la Corte entra al análisis de constitucionalidad, examinando de manera específica los cargos planteados por los demandantes, ya no a partir de una lectura exegética y atemporal de la norma, sino a partir de la interpretación de la misma en el marco del actual régimen penal y tomando en cuenta su finalidad, cual es la protección de los derechos de los menores.

#### 4. El análisis de los cargos

Al respecto y previamente a su estudio debe la Corte descartar el examen de un cargo genérico de inaplicabilidad real de la norma señalado con énfasis por los demandantes.

##### 4.1 La supuesta inocuidad de la norma acusada no constituye un cargo de inconstitucionalidad atendible por la Corte

Elemento central de la argumentación de los demandantes lo constituye en efecto la supuesta inocuidad de la norma atacada, en cuanto para ellos, la misma “se limita a enunciar genéricamente que el juez determinará las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria; lo cual solamente constituye un saludo a la bandera, desde la óptica jurídica del amparo reclamado frente al omitente alimentario”

Así mismo afirman que “al no existir una coerción tangible en una medida de aseguramiento y asumida en un acta de compromiso, no será posible hablar de garantía en sentido sustancial”.

Al respecto es claro, no puede entrar la Corte a estudiar en el marco del examen de exequibilidad de una norma aspectos como la inocuidad o inaplicabilidad de un precepto jurídico tal y como lo plantean los demandantes.

Como ya lo ha dicho la Corte “bajo la tesis de que una disposición de la Ley puede resultar inocua, innecesaria o reiterativa, no es posible estructurar un cargo de inconstitucionalidad. Tampoco con apoyo en la supuesta inconveniencia de lo que dispone, pues a la competencia de la Corte Constitucional escapa ese tipo de juicios”<sup>9</sup>.

En el mismo sentido no debe olvidarse que “la total ineficacia del precepto legal no hace que éste devenga inconstitucional, puesto que una cosa es la validez de las normas jurídicas y otra muy distinta su eficacia”<sup>10</sup>. La eventual ineficacia de un precepto no lo convierte en inconstitucional. “En el ordenamiento jurídico pueden subsistir normas ineficaces que, por esta sola circunstancia fáctica, no deben ser declaradas inexecutable.”<sup>11</sup>

Si bien los demandantes estructuran su demanda esencialmente a partir de esta supuesta inaplicabilidad e ineficacia de la norma atacada, la Corte debe examinar los cargos específicos que se deducen de la demanda planteada.

##### 4.2 El análisis del cargo de inconstitucionalidad por la supuesta violación del artículo 1º de la Constitución.

Frente a este cargo basado en que el texto de la norma acusada “aparece desueto y

abiertamente en contravía del Estado social y democrático de derecho” la Corte considera que los términos en los que éste se formula obligarían a confrontar el precepto señalado, con la totalidad del articulado de la Constitución en el cual se amplía y respalda la fórmula del Estado Social de Derecho prevista en el artículo 1º de la Constitución. Lo cual, como lo recuerda el señor fiscal General, no tendría sentido, si se tiene en cuenta, además, que los argumentos en los que se fundamenta este aspecto de la demanda se limitan a aseverar que la norma acusada es inocua y que como ya se dijo, tal circunstancia no es de aquellas que puede entrar a examinar la Corte en un juicio de constitucionalidad.

Como ya esta Corporación lo expresó “En el Estado social de derecho colombiano constituye un fin esencial adelantar precisas acciones que permitan a los menores de edad alcanzar un desarrollo armónico e integral, en los aspectos de orden biológico, físico, síquico, intelectual, familiar y social” y ello dado que “La población infantil es vulnerable y la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento agravan su indefensión”<sup>12</sup>.

Los menores en consecuencia “Son considerados como grupo destinatario de una atención especial estatal que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico superior que irradia todo el ordenamiento jurídico”. (...) “Dicho interés supremo del menor se revela como un principio, el cual implica una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucra, el cual obtiene reconocimiento en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional como en el nacional.”<sup>13</sup>

Se hace necesario determinar entonces si la norma contradice realmente la Constitución en este aspecto fundamental.

No encuentra sin embargo la Corte razón para considerar que con el precepto acusado se ponga en peligro el cumplimiento de los objetivos que en esta materia fijó el Constituyente, máxime cuando como se verá a continuación del análisis del cargo por la supuesta violación del artículo 44 de la Constitución no se desprende ninguna conclusión que pueda llevar a la Corte a declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada.

4.3 El análisis del cargo de inconstitucionalidad por la supuesta violación del artículo 44 de la Constitución<sup>14</sup>

Conforme a lo expresado por los actores en el artículo 44 de la Constitución se predica “un amparo permanente del estado de necesidad vital de los menores de edad. Sin existir ninguna norma, que autorice su desconocimiento, mientras se surta el trámite procesal penal en su fase instructiva”. Estiman concretamente los actores que del texto de la norma acusada se desprende que “la requisitoria del cumplimiento de un derecho (el de los alimentos debidos a los menores) solamente sería factible en la etapa del juicio, quedando durante toda la instructiva en la absoluta desprovisión alimentaria, el menor de edad”

Argumentan adicionalmente que la normas penales (artículo 394 del C.P.C) del Código del Menor (artículos 137 a 141 y 148 del decreto 2737 de 1989) y del Código Civil (artículo

417), eventualmente aplicables tampoco ofrecen una protección real en esta etapa, por lo que consideran que la “precariedad” de la norma acusada deriva en una clara violación del artículo 44 de la Constitución sobre la cual se debe pronunciar la Corte.

Al respecto esta Corporación considera que de la interpretación sistemática y finalista efectuada atrás se colige que la norma acusada, contrariamente a lo afirmado en la demanda, sí está llamada a tener aplicación durante la fase de instrucción del proceso penal.

En ese orden de ideas, la Corte comparte los argumentos del señor fiscal General cuando señala que “La normatividad penal y procesal penal vigente, le permite a las fiscalías privar y conceder la libertad a los procesados cuando fuese procedente, y disponer en uno u otro caso las garantías que las circunstancias ameriten, sin excluir en el punible de inasistencia alimentaria, las preceptuadas en el ítem cuya inconstitucionalidad se demanda; el que se haga una descripción genérica de ellas, no conduce a predicar su inaplicabilidad; por el contrario se está abriendo un espacio jurídico para que el Fiscal, o el Juez dentro de un criterio racional, sin extralimitación tratándose de procesos por inasistencia alimentaria fije unas garantías adicionales o complementarias a las previstas en el artículo 419 del Código Procesal Penal para avalar la obligación eventual de dar alimentos; por tanto, es equivocada la apreciación de los demandantes de que la figura legal consagrada en ese precepto, no es aplicable en el periodo de la Instrucción penal, que no tiene utilidad práctica y que por ende es inconstitucional”.

La norma acusada en efecto lo que ofrece es un instrumento adicional a los establecidos en las normas procesales penales para que en el caso del delito de inasistencia alimentaria el funcionario competente, según la etapa del proceso penal en la que se decida conceder la libertad provisional al sindicado, cuente con la posibilidad de garantizar el cumplimiento inmediato o futuro de la obligación alimentaria que éste haya venido desconociendo, y ello en virtud precisamente de la especial protección exigida por el artículo 44 de la Constitución para los derechos de los menores.

Lejos de contravenir el mandato de este artículo constitucional, lo que la norma hace, independientemente de su eficacia y de la diligencia de los operadores jurídicos en su aplicación, es desarrollarlo, estableciendo en cabeza de la autoridad judicial competente una obligación de fijar garantías que aseguren el pago de los alimentos al menor.

5. El carácter legal de las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria.

La norma acusada, dentro de la interpretación acogida por la Corte, señala que el juez o el fiscal de acuerdo con sus competencias, determinarán las garantías que se hayan de constituir para el cumplimiento de la obligación alimentaria, adicionales a las señaladas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, al momento de conceder la libertad provisional.

Sobre el particular, la Corte considera necesario precisar que las garantías que podrán establecerse deben necesariamente ser de aquellas autorizadas por la ley. No cabría entender que existe una competencia abierta para crear o imaginar garantías que no se

encuentren consagradas por el legislador.

En este sentido el funcionario competente deberá acudir en primer término las disposiciones del Código del Menor<sup>15</sup> y a disposiciones del Código Civil y del Procedimiento Civil, a las cuales éste en varias de sus disposiciones remite<sup>16</sup>.

Encuentra así la Corte, finalmente que la disposición acusada no solamente no viola la Constitución sino que debe entenderse como un instrumento que debe ser utilizado por los funcionarios competentes para garantizar el respeto de los derechos de los menores y en particular para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria que les es debida.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### R E S U E L V E :

Declarar exequible el inciso segundo del artículo 270 del decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-

(...)

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

FABIO MORON DIAZ

Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JAIRO CHARRY RIVAS

Magistrado (E.)

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E.)

MARTHA V. SACHICA MENDEZ

Magistrada (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN H. ESCRUCERIA MAYOLO

Secretaria General

2 Sentencia C-1064/00 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

3 Sentencia C-011/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero

4 Artículo 18 del decreto 2737 de 1989

5 Artículo 22 del decreto 2737 de 1989

6 Artículo 73 del Código de procedimiento Penal y artículo 33 del D.L. 261 de 2000.

7 Sobre el contenido concreto de estas garantías y su eventual constitucionalidad la Corte entra en su análisis más adelante luego de examinar los cargos concretos señalados por los demandantes frente al precepto acusado.

8 Artículo 415 del C.P.P

9 Sentencia C-374/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

10 Sentencia C-070/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

11 Idem.

12 Sentencia C-1064/00 M.P. Alvaro Tafur Galvis

13 Idem

14 ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

15 Artículos 148, 149 y en particular 153 del decreto 2737 de 1989.

16 A manera de ilustración cabe recordar que el artículo 134 del decreto 2737 de 1989 señala que los créditos por alimentos a favor de menores pertenecen a la quinta causa de los créditos de primera clase y se regulan por las normas del presente capítulo y, en lo allí no previsto, por el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil.