INTERÉS SUPERIOR DE MENORES DE EDAD EN LA FIJACIÓN DE CUOTAS DE ALIMENTOS[1]

SUPERIOR INTEREST FOR MINORS ON THE ASSIGNATION OF FOOD SHARE

Lilia Zabala Ospina[2]

Recepción: Junio 16 de 2013
Aceptación: Septiembre 24 de 2013

Cómo citar este artículo:
Zabala O. Lilia. (2013). Interés superior de menores de edad en la fijación de cuotas de alimentos. *Inciso*, Vol. (15), 223-241

Resumen

Este artículo muestra el marco legal de los alimentos en Colombia y pretende evidenciar que en la práctica jurídica no se aplica el principio del interés superior del menor ni la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando se fija la cuota de alimentos para ellos. El escrito motiva la reflexión frente a la dignidad y justicia que hay en los montos fijados en algunos casos. Se cuestiona el respeto a la dignidad de las personas que tienen la custodia de estos menores. El texto es consecuencia de una investigación realizada sobre el tema siguiendo una metodología cualitativa y cuantitativa, con un estudio de casos y entrevistas[3]. El primer cuestionamiento que se plantea es si realmente priman los derechos de los niños (a) sobre cualquier otro, si el interés superior de los menores de edad se cumple y si se están respetando los principios constitucionales sobre la protección que el Estado le debe a los sujetos titulares de los derechos contemplados en el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando se fijan los valores de las cuotas de alimentos. También se expone la problemática que se observa en el tema desde la práctica jurídica[4]. Además se plantea una alternativa de solución, en cuanto al monto fijado para que haya un reconocimiento mínimo de las

1 Investigación "Justicia y Dignidad en las cuotas de alimentos para menores" Consultorio Jurídico Universidad de los Andes 2011. Bogotá.

2 Abogada Universidad Santo Tomás. Bogotá. Especialista en Derecho de Familia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Licenciada en Derecho Canónico. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Especialista en Educación y Orientación Familiar. Fundación Universitaria Monserrate. Bogotá. Abogada Litigante. Docente. Investigadora. Colombia. Coordinadora Área de Familia, Consultorio Jurídico Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia almalilizabala@yahoo.com

3 Investigación "Justicia y Dignidad en las cuotas de alimentos para menores" Consultorio Jurídico Universidad de los Andes 2011. Bogotá.

4 Investigación "Justicia y Dignidad en las cuotas de alimentos para menores" Consultorio Jurídico Universidad de los Andes 2011. Bogotá.

necesidades básicas del menor en términos económicos y se empiece a recuperar la fe y la dignidad en la justicia en el derecho de familia cuando se refiere a este tema.

Palabras clave

Alimentos, interés superior, prevalencia de derechos, salario, custodia.

Abstract

This article presents the legal frame of food share in Colombia and pretends to evidence that in the legal practice the Principle of Superior Interest is not applied to minors nor the providence of girls and adolescent Children´s Rights when it comes to establish food share. The writing motivates to the reflexion on people´s dignity and justice in the amounts established in some cases. It questions the respect and dignity of the people who have custody on these minors. The text is produced around the results of a research on the subject following a quantitative and qualitative methodology including case study and interviews. The first question was if Children Rights truly prevail over any other; if Minors Superior Interest is fulfilled, if the Constitutional Principles provided in the childhood and adolescence Code for the protection that the State ought to right holders are being respected whenever it comes to the establishment of food share. It also exhibits the problémica observed in the legal practice. Besides, an alternative for a solution is stated, in terms of the set amount, so it acknowledges the minimum basic needs in economic terms and faith and justice around Family Law begins to recover.

Key words

Child-support, best interests, prevalence of rights, minimum-wage, custody.

Introducción

La Carta Magna, tratados internacionales suscritos por el mismo Estado y en la normatividad en Colombia, apoyada por la jurisprudencia de las altas cortes, determinan la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre cualquier otra norma y la aplicación del interés superior de los menores, pero la vida práctica de los procesos de fijación de cuota de alimentos para ellos, no refleja el cumplimiento de estos derechos; y lo que es más grave, es que se encuentran situaciones en la práctica jurídica que van en contra de la dignidad del menor y de aquellas personas que ostentan la custodia.

En el marco legal actual que sustenta la obligación de alimentos se encuentran: la Constitución Política de 1991, tratados Internacionales suscritos por Colombia, El Código Civil, el Penal, el del Menor y el de la Infancia y la Adolescencia, otorgando una protección especial a los menores de edad.[5] Al tema también se han referido la jurisprudencia nacional. En este sentido, el Código Civil y el de la Infancia y la Adolescencia, establecen los alimentos como un derecho fundamental. Este derecho, comprende todo lo necesario para el desarrollo integral de un menor como la salud, la vivienda, la recreación, el vestuario, la comida y la educación, entre otros.

Así mismo, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia al establecer los derechos fundamentales de los niños especifica la prevalencia de estos sobre los de los demás. En el mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia expresa:

> En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que debe adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus Derechos Fundamentales con los de cualquier otra persona. (Código de la Infancia y la Adolescencia-Ley 1098 de 2006, Artículo 9).

De la misma forma, el artículo 5 de la Constitución Política establece que "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona, y ampara a la familia como institución básica de la sociedad". Además, otorga prevalencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento interno[6]; Colombia ha suscrito desde hace más de cuarenta años tratados internacionales obligándose a proteger la supremacía de los derechos

5 Código Civil: Libro Primero, Título XXI artículo 411, numeral 2° artículo 417. Código de Procedimiento Civil: Libro Tercero, Sección segunda, Título XXVII, y Artículos 25 y 46. Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor). Ley 1098 de 2006(Código de la Infancia y la Adolescencia) Artículos 7, 8, 9, 17, 24, 41 inciso 10 y 31, 111, 129, 130, 134. Ley 446 de 1998: Artículo 66. Decreto 2272 de 1989: Artículo 5. Decreto 2737 de 1989: Artículo 139.

6 Ver Artículo 93 Constitución Política de Colombia.

7 Algunos de esos instrumentos son: Declaración americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, La Convención de Nueva York de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero, aprobada por la ley 471 de 1998 y declarada exequible mediante sentencia C-305 de 1999. La Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias relacionadas con obligaciones alimentarias para menores, La Haya 1973. La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989, fue suscrita en Montevideo (Uruguay), el 15 de Julio de 1989, aprobada por la ley 449 de 1998 declarada exequible mediante sentencia C-184 de 1999.

de los niños, niñas y adolescentes, y a desarrollar políticas internas para proteger sus derechos.[7] El ordenamiento penal también se ha referido a la falta de pago de las cuotas de alimentos para niños, niñas y adolescentes, tipificando el delito de "inasistencia alimentaria"[8].

En la fijación del monto en las cuotas de alimentos para menor de edad, no se está ejerciendo la protección integral del alimentado, se están desconociendo sus necesidades básicas y es clara la desprotección en que se dejan, cuando no se fijan cuotas que por lo menos sostengan sus necesidades básicas sin entrar a determinar su *status* social. Las normas de procedimiento civil y los requisitos exigidos para tener derecho a los alimentos, hace imposible que se cubran los gastos del mínimo vital del menor de 18 años. Pese a la normatividad establecida no prima el interés superior del niño o adolescente, ni la prevalencia de sus derechos cuando de cuotas de alimentos se refiere.

El problema

El derecho de alimentos para los niños, niñas y adolescentes, nace como consecuencia de la filiación o vínculo que existe entre el padre o la madre y sus hijos, como una obligación para los padres de protección y sustento a los hijos con el fin de velar por su desarrollo integral. Incluso se extiende a los abuelos la obligación y se hace en la jurisprudencia[9] la extensión del derecho a aquellos que a pesar de ser mayores de 18 años y menores de 25 que aún estudian y se están preparando para un oficio o en una profesión y que no tienen capacidad económica.

En la práctica jurídica en el tema, a pesar de la normatividad existente, por demás bondadosa y estricta en su cumplimiento, hay una violación flagrante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente por dos razones. La primera es el efecto de la aplicación de los criterios que determinan el derecho de la cuota de alimentos, en el monto que es fijado, sin tener en cuenta que se trata de un menor de edad. La segunda, se debe a principios que hemos generalizado como principios del derecho, como el que estipula que "nadie está obligado a lo imposible". Como consecuencia de las dos situaciones anteriores, en el momento de fijar la cuota de alimentos, al alimentante se le fija una cuantía que burla la intención de

8 Ver Artículo 223 Código de Derecho Penal.
9 Ver Sentencia T 285 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

protección al menor puesto que comparada con las necesidades del niño, pierde el sentido o se le exonera a la persona demandada de su cumplimiento en la práctica, y se complica aún más, con el procedimiento legal probatorio establecido para estos casos, por tanto, resultan primando los derechos de los obligados, desconociendo el principio constitucional de la supremacía de los derechos de los menores de edad.

La Ley 1098 de 2006 en el libro 1, desarrolla los principios y derechos de los niños, niñas y adolescentes, los obligados a garantizar sus derechos, y las medidas de restablecimiento de estos junto con su procedimiento, entre otras cosas. El Código de la Infancia y la Adolescencia que es fuente de protección del derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes expresa en el artículo 24 que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, como: habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción, es decir, comprende todo lo que es necesario para su desarrollo integral. El mismo código, no solo describe qué comprenden los alimentos sino que lo complementa al desarrollar principios constitucionales dentro de sus normas. Incluso se extiende el artículo 129 del mismo ordenamiento, al facultar a los jueces para hacer todo lo necesario para el cumplimiento de las obligaciones de los padres y madres frente a sus hijos menores de edad: “El juez deberá adoptar las medidas necesarias para que el obligado cumpla lo dispuesto en el auto que fije la cuota provisional de alimentos, en la conciliación o en la sentencia que los señale” (Ley 1098 de 2006, artículos 6-7). Existen varios principios consagrados en el referido código cuando de aplicar la ley se trata, tales como: la interpretación de las normas y la protección integral.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, incorpora el bloque de constitucionalidad de manera expresa como reglas de interpretación y aplicación para la normativa dispuesta en este código. Con respecto a esta inclusión, la Corte se pronunció en sentencia que pretendía realizar control de constitucionalidad al mencionado artículo afirmando que:

> En él, se reafirman las disposiciones constitucionales cuya vulneración se aduce, y se integran al Código derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Colombia, de conformidad con los artículos 44 y 93 de la Carta, parámetros para la interpretación y aplicación de la ley frente al tema (Sentencia C- 961, Corte Constitucional).

Esto indica que al momento de ver la normativa aplicable para un caso concreto donde se están vulnerando los derechos de estos sujetos, es

indispensable mirar tanto el ordenamiento nacional como el bloque de constitucionalidad para conocer y aplicar la norma que mejor proteja los derechos del menor. Se le da alcance además en este principio a los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia. Se establecen entre otros principios[10]: la prevalencia de los tratados sobre los Derechos Humanos en especial la convención sobre los derechos del niño, aplicación de la ley más favorable entre lo previsto en los tratados y la normatividad interna y la interpretación de los derechos de los menores conforme a lo previsto en los tratados y la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección; especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El principio del interés superior del niño, niña y adolescente se encuentra consagrado en todos los tratados internacionales, especialmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño; y cuando de protección integral se trata para los sujetos titulares del derecho de alimentos en la normatividad de infancia y adolescencia, se le otorgan obligaciones al Estado, a la familia y a la sociedad, a los funcionarios públicos y a cualquier otro ciudadano de velar por la protección integral del menor de edad y adolescente; no solo se busca el restablecimiento de los derechos vulnerados sino que se extiende a la prevención en el caso de amenaza de violación de los mismos derechos, y se une al principio de la corresponsabilidad cuando materializa políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en todo el territorio nacional.

La doctrina reconoce este principio como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una situación histórica determinada”. (Quiroz, 2009:91). Esto indica que en cada caso específico, se deberá estudiar cuál es el conjunto de principios y normas aplicables que ofrecen una mejor protección a sus derechos.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en numerosas sentencias[11] ha reconocido que el interés superior, consiste en “reconocer al niño una caracterización jurídica especial fundada en sus intereses prevalentes y

10 Ver Monroy, M. (2008) Derecho de la familia y de la infancia y adolescencia. Ed. Del profesional Ltda. P. 713.

11 Véase Corte Constitucional Sentencias: T- 61 de 2011, T- 205 de 2011, T-319 de 2011, C-840 de 2010, C-145 de 2010, C-1045 de 2010, C- 804 de 2009, T-24 de 2009, C-256 de 2008, T. 268 cd 2008, T-577 de 2007.

en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad"[12]. Este principio tiene el fin de orientar el ejercicio de interpretación y ponderación para que se otorgue prioridad a sus derechos en caso de que existan intereses contrapuestos en una determinada situación que no se logren armonizar. Esto indica que los derechos de los padres deben ser interpretados en función de satisfacer el interés superior del menor[13]. Adicionalmente, ha afirmado que el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos deben ser criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida de los menores[14]. Esto debería ser tenido en cuenta al momento de la elaboración y aplicación de las normas que regulan la cuota de alimentos de estos sujetos.

De manera más clara la Corte Constitucional ha dicho que el concepto del interés superior del niño se caracteriza por ser:

> (1)Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. Este principio reconoce los derechos prevalentes de los menores, y exige un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano en los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad. (M.P. Cifuentes, T-408 de 1995).

También se contemplan otros principios que apoyan el interés superior del niño, tales como la prevalencia de sus derechos, la corresponsabilidad por medio de la familia, sociedad y Estado, la exigibilidad de los derechos por cualquier persona y la responsabilidad parental como complemento de la patria potestad.[15]

---

12 Véase Corte Constitucional Sentencia T-408 de 1995 M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
13 Véase Corte Constitucional. Sentencia T-557 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa
14 Defensoría del Pueblo. "El derecho a la Salud: En la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales". Bogotá, Colombia 2003.
15 Véase el Código de la Infancia y la Adolescencia Arts. 9,10,11,14

Todos estos principios están estrechamente relacionados y encuentran su fundamento en la fragilidad e indefensión en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes y en la responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado para protegerlos. Estos derechos tienen un carácter constitucional que protege a quienes por su edad están en estado de vulnerabilidad por la imposibilidad de valerse por sí mismos. La Constitución Política de 1991 ampara estos derechos al referirse al bienestar de los menores y al mantenimiento sano de las relaciones familiares en varios artículos[16]. Reza el artículo 44 de la Constitución que:

> 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.

En este sentido los menores de edad, tienen el derecho a recibir por parte de sus padres o de las personas encargadas, todo lo necesario para tener una subsistencia digna.

También existe una protección jurisprudencial en varias sentencias frente al tema.[17]

En palabras de la Corte: “siempre que se encuentren involucrados los derechos fundamentales de un niño, se debe partir del presupuesto ineludible de su prevalencia y de allí comenzar a realizar las demás

16 Consultar la Constitución Política Arts. 5, 14, 42.

17 Sentencia C-092 de 2002: “…prevalencia sobre los derechos de los demás; Sentencia C-994 de 2004 “[e]l fundamento constitucional del derecho de alimentos es el principio de solidaridad social (Artículo 1º y 95, Núm. 2) en el interior de la familia, por ser ésta la institución básica de la sociedad (Artículo 5º) o el núcleo fundamental de la misma (Artículo 42), por lo cual, por regla general, una de sus condiciones es el parentesco de consanguinidad o civil entre alimentario y alimentante…” Sentencia T-746/08 y la Sentencia C-105/94, entre muchas otras. T-212 de 1993, C-237 de 1997, C- 657 de 1998, C-1064 de 2000, C-919 de 2001: “principio de solidaridad”.

consideraciones constitucionales y legales a que haya lugar"[18]. De la misma manera la Corte ha afirmado que "el objetivo de todas las actuaciones oficiales o privadas que conciernan a los niños debe ser la prevalencia de los derechos e intereses de los menores"[19]. Actualmente, por la manera en la que están formuladas las normas que permiten exigir la obligación de la cuota de alimentos, ninguno de esos principios se cumple.

También existen diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos en los cuales se establece que la familia es la base de la sociedad y que, según los artículos 93 y 94 de la Constitución colombiana, prevalecen sobre el ordenamiento interno. La comunidad internacional ha promovido el bienestar integral de los menores de edad, situación que ha sido acompañada por varios Estados, suscribiendo múltiples instrumentos internacionales con el compromiso de cumplir la prevalencia de sus derechos con el fin de lograr el objetivo propuesto.

Y cuando nos referimos al ordenamiento civil, al referirnos a los derechos y obligaciones paternas y maternas se encuentra el derecho de alimentos, que nace como una obligación para los padres por el simple hecho de serlos, es decir, que la fuente de este derecho es el parentesco y la solidaridad de la familia. En el Derecho Romano, "ésta obligación estaba basada en el derecho natural.., "piedad e debido natural".., era una obligación "ex affectu pietate caritate sanguinis". (Monroy, 2009:162). En consecuencia "El Derecho reside así en la solidaridad de la familia, en las estrechas relaciones que deben unir a los miembros del mismo grupo familiar" (Solar, 1994:387).

Actualmente, el Código Civil colombiano recoge esta teoría de la filiación y de la obligación de alimentos. El artículo 419, determina que para poder reclamar alimentos deben cumplirse tres requisitos, a saber: demostrar la obligación legal, es decir, el parentesco o que se encuentre en la enumeración que hace el artículo 411 del mismo código, que el peticionario carezca de bienes, es decir, que se demuestre que realmente tiene necesidad de los alimentos que solicita y que la situación económica de la persona del alimentante le permita proporcionarlos. Considero que estos requisitos son generales para aquellas personas que tienen

18 Véase Corte Constitucional. T-970 10 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

19 Ver Corte Constitucional T-808 de 2006 MP. Manuel José Cepeda Espinoza y sentencias T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa, T-979 de 2001 MP: Jaime Córdoba Triviño y T-514 de 1998 MP: José Gregorio Hernández.

derecho de solicitar alimentos en razón no solo del vínculo parental sino del parentesco, del matrimonio, de la unión marital de hecho y de aquellos que han recibido una donación cuantiosa. El ordenamiento de la infancia y adolescencia asume el ordenamiento civil y traslada sus exigencias en la parte general, incorpora algunos cambios en aras de dar una protección integral a los niños, niñas y adolescentes además de dar cumplimiento a los tratados internacionales suscritos y obedecer principios constitucionales que se basan en el interés superior y en la prevalencia de los derechos de los sujetos titulares de las normas de infancia y adolescencia sobre el derecho de cualquier otra persona. El artículo 129 del ordenamiento, establece que puede fijarse una cuota provisional demostrando el vínculo y la capacidad económica del alimentante, situación que espero que con el Nuevo Código General del Proceso,[20] se subsane ya que la obligación de demostrar la capacidad económica no solo estará en cabeza del demandante; actualmente, si no se tiene prueba de la solvencia económica del alimentante el juez podrá establecerla teniendo en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar esa capacidad económica, pero la obligación de la prueba de esa capacidad está en cabeza de quien demanda, refiere además el artículo, que en todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo.

El tener en cuenta la capacidad económica del alimentante, conlleva a la aplicación del principio según el cual "nadie está obligado a lo imposible" *(ad impossibilia nemo tenetur)*, puesto que lo que se indica es que no se puede fijar una cuota de alimentos que el alimentante no está en capacidad económica de cancelar y que hay que respetar su mínimo vital. Sin embargo, el artículo 24 del ordenamiento de la infancia y adolescencia reza que: "Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante".

La condición de la solvencia económica del alimentante en el caso de los niñas, niños y adolescentes no puede estar por encima de las necesidades del alimentado, que es el tercer requisito a tener en cuenta para determinar el monto de las cuotas, tampoco puede pensarse que si uno de los padres tiene total capacidad económica para solventar los gastos de sus hijos, el

20 Véase Ley 1564 de 2012.

otro padre deba quedar relevado de la obligación totalmente puesto que se le está relevando de una de sus obligaciones parentales.

Considero que el anterior artículo es una extensión del artículo 419 del Código Civil, que indica que en la tasación de alimentos deberá tomarse siempre en consideración la facultad del deudor y sus circunstancias domésticas, sin embargo, esta es una condición que no debería aplicarse al fijarse el valor de la cuota de alimentos para niños (a), creo que la interpretación que debe darse no debe hacerse aisladamente en el sentido de creer que al decir "de acuerdo con la capacidad económica del alimentante" implica que si el alimentante no tiene capacidad económica, estará relevado de su obligación parental o si tiene capacidad económica no suficiente o no demostrable para asumir por lo menos las necesidades básicas de sus hijos, tampoco implica el hecho de abrir el espacio para la falta de responsabilidad parental, fijando montos irrisorios. Vale decir, que el padre o la persona que tenga la custodia, debe responder por el pago de las necesidades básicas y no básicas que sean necesarias para el desarrollo integral del menor, tenga o no tenga capacidad económica. Esto último podría percibirse como el precio que debe asumirse por estar a cargo.

Y por último cuando hablamos del ordenamiento penal, el panorama es aún más grave para los menores de edad y su efectividad deja mucho que desear frente a la obligación de protección del Estado a sujetos indefensos y a todos los principios expuestos, ya que se exige que no haya una causa justa para el incumplimiento, porque de existir, el delito de inasistencia alimentaria no se tipifica.

La Corte ha dicho con respecto a este tipo penal que:

> El bien jurídico que se busca proteger es la familia y no el patrimonio, tal y como es el caso de las otras obligaciones civiles. De lo anterior es fácilmente deducible que con la inasistencia alimentaria se sanciona el incumplimiento del deber de apoyo y el poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario. (M.P. Gaviria. C-237,1997).

Sin embargo, al sancionar ese deber de apoyo se abre el espacio cuando se tipifica la conducta, de ser un deber condicionado y relativo, es decir, que puede o no cumplirse dependiendo de la condición económica o del

patrimonio del alimentante o de las circunstancias económicas del mismo. Además el delito está condicionado a que el incumplimiento sea "sin justa causa", esto indica que este se estructura cuando el incumplimiento de la prestación de alimentos se realice "sin motivo, sin razón que lo justifique, esto es, el dejar de hacer lo que se debe hacer tiene que ser infundado, inexcusable"[21].

No puede olvidarse que en el derecho penal, también hay sanciones para aquellos que atenten contra la integridad de los menores de edad, naturalmente, en el tema que nos ocupa la sanción es para quien tiene la custodia por no cubrir en forma suficiente las necesidades del menor y ponerlo en peligro pero no para el alimentante, porque si no tiene capacidad económica o no ha tenido, ¿cómo cumple con lo imposible?

Materiales y métodos

La investigación, base de este artículo denominada "Justicia y Dignidad en las cuotas de alimentos para menores" de iniciativa del área de familia del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes de Bogotá, tuvo como propósito principal estudiar si la forma en la que se fijan las cuotas de alimentos respondía o no a los principios constitucionales de dignidad y justicia. Con base en lo anterior, se realizaron dos estudios cuantitativos: el primero fue realizado mediante la encuesta a 100 personas denunciadas por inasistencia alimentaria, en el año 2010 durante cuatro meses, a quienes se cuestionó sobre el conocimiento y efectividad del tipo penal de inasistencia alimentaria. El segundo estudio fue un análisis de 155 procesos de alimentos (ejecutivos y declarativos), que hacen parte de los procesos que acompañan los estudiantes del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes de Bogotá, entre los años 2006 y 2011, mediante la indagación de diversas variables sobre la fijación de las cuotas de alimentos para menores.

Resultados

En el estudio cuantitativo, se estableció el rango en el que oscila el valor de las cuotas alimentarias fijadas en los documentos que sirven como títulos para iniciar el proceso ejecutivo, qué tipo de título ejecutivo es el

21 Véase Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 19 de Enero de 2006. Proceso No. 21023.

más común, qué instituciones son las que profieren mayor cantidad de títulos, y con qué frecuencia se pactan intereses por incumplimiento. La primera variable, fue el tipo de proceso, en el sentido de saber si se trataba de un proceso ejecutivo o declarativo, así como el estado en el que se encontraba, es decir, judicial, prejudicial o archivado. Se encontró que del total de 155 procesos que se tomaron como muestra, 128 de ellos son ejecutivos y 27 declarativos. Los resultados de las encuestas indicaron que el valor de las cuotas alimentarias fijadas en los títulos ejecutivos eran, en su mayoría (110), de un valor inferior a $150.000 pesos mensuales para uno o más hijos. Solo 3 de los 128 procesos estudiados, cuentan con cuotas mensuales mayores a los $ 400.000 pesos, cuyo valor real termina siendo inferior al tener en cuenta que en los 3 casos hallados se pretende cumplir con la cuota alimentaria de más de dos menores de edad, por lo cual, al final la cuota por niño termina estando, en un promedio, entre $100.000 y $150.000 pesos mensuales. Es importante resaltar que las cuotas pactadas están generalmente entre $50.000 y $100.000 pesos mensuales, y que existen por lo menos procesos en los cuales la cuota es inferior a $50.000. De acuerdo a los resultados de las encuestas, en la mayoría de los títulos ejecutivos no se pactan intereses. En total, en 94 de los 128 títulos ejecutivos, no se pactaron intereses. Y en cuanto a la figura de inasistencia alimentaria, de acuerdo con el tipo penal de inasistencia alimentaria, consagrado en el artículo 233 del Código Penal:

> El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Aún más, la norma dispone que: “La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”. (CP Art. 233)

De acuerdo con el estudio realizado sobre la encuesta que se hizo a padres y madres denunciados por inasistencia alimentaria, se puede establecer que en su mayoría conocen la existencia de la configuración del tipo penal de inasistencia alimentaria y sus consecuencias penales. En este sentido, a la pregunta de ¿Sabe usted cuál es la sanción por el delito de inasistencia alimentaria? Respondieron afirmativamente el 84% de los encuestados; además, a pesar de conocer el tipo y la pena

por la conducta, solo el 6% de los encuestados respondió que podría ser condenado por inasistencia alimentaria.

Discusión de resultados

De acuerdo con los resultados presentados se concluyó que las cuotas que se asignan para los menores no corresponden a los mecanismos y las fuentes adecuadas para mantener una vida digna de acuerdo con las condiciones de dignidad entendidas por el constituyente. Es decir, no constituyen un mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna. Se concluyó que las cuotas que se otorgan mediante estos títulos ejecutivos son insuficientes, por no decir que ni siquiera cubren precariamente las necesidades mínimas de los niños, niñas y adolescentes. Aunque se encontraron algunas cuotas de cuantías elevadas, estas fueron fijadas para cubrir las necesidades de más de dos menores, por lo cual se vuelve a la situación de precariedad. Se evidenció una situación de injusticia, en la cual no se están teniendo en cuenta las verdaderas necesidades de los niños (as) para los cuales se solicitan alimentos ni las responsabilidades que tienen los padres en condiciones iguales.

Se mostró además la diferencia en cantidad, que existe entre la cuota de alimentos solicitada en los procesos declarativos y la cuota efectivamente fijada. Por otro lado, la desigualdad en cuanto a las obligaciones de los padres de familia se ha representado en la posibilidad que se le da al padre que no cuenta con la custodia, cuando este ve afectadas sus condiciones de vida digna. Esto es debido a que al padre que tiene la custodia sí está obligado a lo imposible, a tratar de mantener a sus hijos en condiciones de dignidad sin importar si su vida digna se está afectando o no. Todo lo anterior nos muestra que estamos en un estado de inconstitucionalidad en el ámbito de las obligaciones alimentarias para menores. Esto es debido a que, además de los principios citados en este artículo, como la prevalencia de sus derechos sobre cualquier otro derecho y el interés superior del menor, existe una violación al derecho a la igualdad, a la vida, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, en conexidad con el derecho a una vida digna, de acuerdo con lo que establece la Constitución Política.

En cuanto al derecho fundamental a la igualdad, actualmente no se les están reconociendo los mismos derechos y obligaciones a los padres cuando se trata de la manutención de sus hijos menores, pues el padre

que tiene la custodia hoy sí está obligado a lo imposible y al padre que se le fija la cuota sí se le respeta su mínimo vital. Y en cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, es pertinente mencionar que sin un mínimo vital no es posible desarrollarse de acuerdo con un plan de vida. De igual manera, sin este mínimo vital que provee la cuota alimentaria, no es posible acceder a la salud, derecho que se ve vulnerado y que es considerado fundamental por estar en conexidad con la vida digna.[22]

Conclusiones

La reflexión que se quiere motivar es el análisis frente al tema sustantivo y de procedimiento de la fijación de las cuotas de alimentos y el proceso ejecutivo de alimentos en el caso de los menores de edad. Aquellas personas que tienen la custodia de los niños, niñas y adolescentes se enfrentan a situaciones tan desafortunadas que pueden afectar el desarrollo integral de los sujetos titulares del Código de la Infancia y Adolescencia en Colombia, no tiene ninguna presentación que fijemos cuotas de alimentos en el estricto sentido que nos describe la norma, que no cubran ni siquiera el transporte escolar o los gastos de alimentación o vivienda de los mismos porque se tiene en cuenta la capacidad económica de la parte demandada. Y en cuanto al procedimiento, no me refiero a la parte sustantiva del proceso ejecutivo de alimentos sino a la forma práctica como deben ser cobrados los títulos de alimentos. Aparentemente, no es suficiente agresión para quien cobra la cuota, el hecho de demandar sino que además, se le obliga a someterse a más situaciones que atenten contra su dignidad. Es urgente cambiar las políticas públicas en familia y ajustarlas a la realidad social. El cambio que propongo es que no se fijen como cuotas de alimentos menos del 50% de un salario mínimo para cada uno de los hijos para por lo menos garantizar el cumplimiento o por lo menos la posibilidad de cubrir algunas de sus necesidades básicas, es un cambio que no es suficiente pero que por lo menos se acerca un poco más a la justicia, a la equidad y a la dignidad.

Es importante tener en cuenta que el constituyente ha determinado qué se entiende como dignidad y qué atributos debe tener la vida de una persona para ser considerada una “vida digna”. En efecto, en la Sentencia T-499 de 1992, el máximo organismo de la jurisdicción constitucional explicó que:

22 Véase Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda.

> El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de auto determinarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho (CP art. 1°).

Y en el sentido de la justicia como principio constitucional, de acuerdo con el preámbulo de la Constitución, es uno de los fines esenciales del Estado. Se considera que existe justicia cuando la realidad concuerda con lo establecido por el orden social, es decir cuando los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico están siendo ejecutados y respetados[23]. En el caso de la fijación de los montos de cuotas de alimentos no se respetan los principios constituciones referidos específicamente a los menores ni aquellos principios de dignidad y justicia establecidos en el orden social, afectando directamente la vida plena del menor, desconociendo el mínimo de condiciones materiales necesarias para que vivan dignamente.

Las políticas públicas son el instrumento que permiten trasformar la sociedad, se utilizan para solucionar los problemas del Estado. El temor del legislador de evolucionar es evidente y no quiere decir que pierda su horizonte o deje de fijar diques o referentes en las normas para lograr el mejoramiento social, lo que quiere decir es que se niega a cambiar sus paradigmas a sabiendas que ha tenido que legislar en forma separada para aquellas realidades familiares que se niega a reconocer abiertamente. En el tema de alimentos se ha negado a solucionar, consciente de la problemática de la realidad prefiere abrir el espacio de la irresponsabilidad paterna y del desconocimiento de la dignidad humana en los niños (a) de Colombia a cambio de no darle una carga económica real que respete por lo menos la calidad de vida del alimentado, a quien tiene una responsabilidad legal y moral. La ley es necesaria para la efectividad de las políticas públicas y estas se necesitan para el cumplimiento de la ley. Una sin la otra se convierten en letra muerta. Incluso en el diseño de políticas públicas debe incluirse además el aspecto educativo y académico para utilizar las herramientas que la misma pedagogía e investigación nos

23 Véase Pieper, J. (1997). Las virtudes fundamentales, Madrid. Rialp.

sugiere. La norma familiar efectiva dentro del ámbito de la educación, tiene varias aristas, las acciones se han dejado rebasar por la práctica y por la realidad social, que nos acompaña, situaciones que tiene en cuenta la academia a través de la investigación y olvida el legislador en algunas ocasiones.

Con leyes alejadas de la justicia que tengan como consecuencia lógica la impunidad, sin coherencia y que pertenecen a una colcha de retazos legislativos ya que incluso algunas son traídas de modelos del exterior, hacen que se pierda la confianza en las instituciones y como lo hemos observado recientemente posibilita que las personas piensen que la única salida que tienen es tomar la justicia por su propia mano. No tiene sentido redactar una ley de protección para niños, niñas y adolescentes donde se condicione su cumplimiento a la capacidad económica del alimentante y solo en teoría se esbocen las necesidades del menor, situación que pierde todo valor cuando de la capacidad económica del obligado se habla, es por eso que se convierte solo en teoría, quiere ello decir, en la vida práctica que se dejaron plasmados principios que son letra muerta. Creo que en Colombia tenemos algunas leyes en familia eminentemente teóricas, como es el caso de la aplicación del interés superior de los niños, leyes que obedecen a unos objetivos poco claros que responden a imaginarios de unos pocos de lo que quisieran que fuera la familia; las normas de familia en el tema de alimentos para menores de edad, se quedan no solo cortas sino que son escasas frente a la realidad familiar que tenemos y esto genera problemas de tipo social que son dañinos a futuro para la sociedad, la familia y para el individuo y naturalmente para el Estado. El pretender que se adelanten acciones con una norma que responde a una teorización hace que se imposibilite su cumplimiento, dando una estocada final a la credibilidad en las instituciones. A pesar de no coincidir siempre los conceptos de justicia y ley, la ley que no tenga en cuenta los derechos de equidad e igualdad y que se sacrifique frente al concepto de algunos pocos y que desconozca la realidad social, hace que se reciba una impunidad jurídica, una ausencia de seguridad jurídica para los miembros que integran un grupo.

En el caso que nos ocupa, en algunas ocasiones en la práctica, la ley no solo es insuficiente sino que es perjudicial y empeora situaciones que en principio deberían ayudar a resolver, llega incluso a generar una agresión de parte del Estado y la sociedad a la persona afectada, cuando su necesidad es desconocida e ignorada la necesidad del menor de edad en razón a la capacidad económica del alimentante. Esta agresión

por parte del Estado, forma parte de su estructura legislativa actual que silenciosamente deja huella en quien tiene la custodia del niño (a) y en el sujeto titular de los derechos contemplados en el Código de la Infancia y la Adolescencia, puesto que impide cubrir sus necesidades básicas, liberando legalmente de la responsabilidad que se tiene con un hijo. Y por parte de la sociedad cuando se legitima y se justifica el resultado legal.

El endurecimiento de la ley se convertiría en una advertencia legal que traería como consecuencia el cumplimiento de las obligaciones paternas, por lo menos en una, a sabiendas que su incumplimiento tendría una sanción real y efectiva que pedagógicamente le indicará a la parte demandada que debe asumir su paternidad o maternidad, responsablemente.

¿Se está aplicando el principio del interés superior y prevalencia de los de derechos de los menores de edad en la práctica? La respuesta es negativa, se violentan estos principios al igual que otros como la corresponsabilidad, donde se supone que todos debemos velar por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, en este sentido, la sociedad, la familia y el Estado están faltando a la obligación de protección que tienen en desarrollo del principio de solidaridad. Si el bien jurídico protegido es la familia y no el patrimonio de uno de los padres debe entonces, garantizarse que los menores de edad tengan asegurada su subsistencia con dignidad, respetando sus derechos humanos, sin poner en riesgo su desarrollo integral por anteponer el bienestar mínimo de un padre que no ha cumplido con su responsabilidad parental. Si bien en Colombia la pareja es quien decide el número de hijos que va a tener, también constitucionalmente se exige que sea responsablemente. El monto de la cuota de alimentos para un niño, niña y adolescente debe garantizar su mínimo vital, esta fue la premisa explicada por la Corte en una de sus sentencias al considerar la vulneración de los derechos de los menores[24]. En la aplicación del concepto y de la norma se me exige tener en cuenta para la fijación, la capacidad económica del demandado, sin importar que dicha cuota cubra o no los gastos mínimos del menor. Por ser la familia el bien jurídico protegido la Corte considera que se castiga a quien incumple no por defraudar el patrimonio ajeno sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario,[25] que en el caso particular que defendemos se refiere a un ser indefenso.

24 Corte Constitucional Sentencia C-092 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería. Febrero 13 de 2002.
25 Corte Constitucional. Sentencia C – 237 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Referencias bibliográficas

Código Civil (2010). Libro Primero, Título XXI. Bogotá. Temis.

Código de Derecho Penal (2012). Bogotá: Legis.

Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). (2012) Bogotá: Temis.

Código de Procedimiento Civil (2011). Libro Tercero, Sección segunda, Título XXVII. Bogotá: Temis.

Constitución Política de Colombia (2012) Bogotá: Legis.

Corte Constitucional Sentencia C-174 de 2004 M. P Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional Sentencias C-092 de 2002; C- 318 de 2003; C-994 de 2004

Corte Constitucional M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia T-408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada por, Sentencia T-1067 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. ÁLVARO Orlando Pérez Pinzón. 19 de Enero de 2006. Proceso No. 21023. Sentencia del 7 de mayo de 1991. Sentencia 7 de julio de 1993.

Investigación Justicia y Dignidad en las cuotas de alimentos para menores Consultorio Jurídico Universidad de los Andes 2011.

Monroy, M. (2009). *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. Bogotá. El profesional Ltda.

Quiroz, A. (2009). *Manual de derechos de infancia y adolescencia*. Bogotá, El profesional.

Solar, L. (1994). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Santiago de Chile, El Imparcial.