

# Cuadernos de Derecho Público

**Comentarios críticos al proyecto de  
Ley 005 de 2008**

*Ileana Marlitt Melo Salcedo*

**La obligación alimentaria.  
Fijación y reajuste de su cuota**

*Albertina Guerra de la Espriella*



2



**UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA**

*UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA*  
*Cuaderno de Derecho Público No. 2*  
*Director: Camilo Guzmán Gómez*  
*Coordinador: Luis Javier Moreno Ortiz*

*Comité Editorial:*  
*José María del Castillo Abella*  
*Ernesto Lucena Barrero*  
*Ileana Marlitt Melo*  
*Myriam Julieta Arenas Ceballos*

*Comentario crítico al proyecto de Ley 005 de 2008*  
*© Ileana Marlitt Melo Salcedo*  
*La obligación alimentaria. Fijación y reajuste de su cuota*  
*© Albertina Guerra de la Espriella*

*Primera edición: mayo de 2010.*

*Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin  
previa autorización escrita del editor.*

*Edición realizada por el Fondo de Publicaciones*  
*Universidad Sergio Arboleda.*  
*Carrera 15 No. 74-40*  
*Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.*  
*www.usa.edu.co*  
*Fax: 3 17 75 29.*  
*Bogotá D.C.*

*Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez*  
*Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo*

*Bogotá, D.C.*

*ISSN: 2145-2717*

# CONTENIDO

## PRESENTACIÓN

<i>Luis Javier Moreno Ortiz</i> .....	5
---------------------------------------	---

## COMENTARIO CRÍTICO AL PROYECTO DE LEY 005 DE 2008 “Por medio de la cual se establece el Régimen de Custodia Compartida de los hijos menores”

<i>Ileana Marlitt Melo Salcedo</i> .....	9
• ¿Qué es lo que justifica el proyecto de Ley de Régimen de Custodia Compartida?.....	13
• Múltiples casos que, por no de haberse incluido en el proyecto de ley, quedan por fuera y sin respuesta.....	14
• La inconveniencia de la Ley por falta de Unidad de Materia y otros vacíos.....	15

## LA OBLIGACION ALIMENTARIA, FIJACIÓN Y REAJUSTE DE SU CUOTA *Problemática actual y deficiencias legislativas*

<i>Albertina Guerra de la Espriella</i> .....	21
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	21
<b>1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA</b> .....	26
<b>2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA</b> .....	32
<b>3. TRATAMIENTO ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN EL DERECHO EXTRANJERO</b> .....	38
3.1. España.....	38
3.2. Francia.....	39
3.3. Holanda.....	40
3.4. Italia.....	43
3.5. Reino Unido.....	47
<b>4. EL DERECHO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SU TRATAMIENTO</b> .....	51
<b>5. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA</b> .....	59
5.1. La asistencia alimentaria.....	60
5.2. Los titulares del derecho de alimentos.....	64

5.3. El principio de solidaridad como fundamento constitucional del derecho de alimentos.....	69
5.4. La revisión de la cuota alimentaria.....	70
5.4.1. La procedibilidad de la acción de tutela frente a la revisión de la cuota alimentaria.....	70
5.5. La competencia del juez ordinario para conocer de la acción de revisión de cuota alimentaria.....	74
5.6. El delito de inasistencia alimentaria.....	77
5.7. Reflexiones sobre la jurisprudencia.....	80
<b>6. SITUACIÓN ACTUAL. LA PROBLEMÁTICA.....</b>	<b>80</b>
<b>7. PROPUESTAS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS NIÑOS Y UNA SANCIÓN MÁS EFICAZ PARA EL INFRACTOR.....</b>	<b>83</b>
7.1. Ampliación del papel del juez en el proceso de inasistencia alimentaria.....	83
7.2. Responsabilidad Solidaria extendida a los terceros que participen en actos en perjuicio del cumplimiento de la obligación alimentaria a un menor.....	85
7.3. Modificación del tipo penal de inasistencia alimentaria.....	86
<b>II. CONCLUSIONES GENERALES.....</b>	<b>88</b>
<b>III. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>89</b>

## PRESENTACIÓN

El derecho público tiene un vínculo muy estrecho, desde su origen, con la noción de orden público. Este último interesa en grado sumo a todos los miembros de una comunidad política, pues es una de las condiciones, quizá la más importante, de la paz social. El orden público, impuesto por la ley, al margen de la voluntad de las partes y por encima de ella, es la expresión por excelencia del poder político. En esa medida es un asunto que corresponde al derecho público, bien sea por su contacto con los derechos fundamentales, y por esa vía con la Constitución Política, bien sea por las competencias de ese poder, que deben hallar su sustento y su límite en las autoridades del Estado, sean judiciales o administrativas, y por esa vía con el derecho procesal y con el derecho administrativo.

En los últimos meses se ha estado tramitando, sin tener la atención que merece, un importante proyecto de ley que afecta uno de los pilares de toda sociedad: la familia, al establecer un nuevo régimen de custodia compartida de los hijos menores. La relación de los padres con sus hijos no es un tema menor en la agenda nacional, pues de sus hechos y desechos está colmado el panorama actual, como pasa a verse.

En materia penal el delito más frecuente parece ser el de inasistencia alimentaria. Es común encontrar a muchas madres en los despachos judiciales, en una rutina de todos los meses, en procura de que la justicia se ocupe de hacer cumplir los derechos de sus hijos, ignorados o desconocidos por padres irresponsables.

En materia de derecho de familia, la precariedad de las relaciones de pareja, sea ésta formada por matrimonio o por unión de hecho, y lo poco amistoso de su rompimiento, ha generado una situación muy difícil para los hijos nacidos dentro de las mismas. Los conflictos entre los cónyuges o compañeros, involucran casi todo lo que hace parte de su mundo: los bienes, los amigos, los espacios, y, en especial, los hijos.

Sin ser arte ni parte en el rompimiento de los padres, los niños son las principales víctimas, y, además de sufrir las consecuencias emotivas y sociales de la disolución de su familia original, se convierten en el centro del conflicto entre sus padres. Ninguno de los adultos involucrados parece tener la intención de ceder en sus derechos o intereses, así ello implique dejar de lado los derechos o intereses de sus hijos. Bajo el nombre de la custodia compartida, se agita el tema capital para el derecho público, de los derechos de los niños.

Por lo anterior, el segundo número de los Cuadernos de Derecho Público está dedicado al tema de la relación de los padres separados con sus hijos menores. Un tema que, pese a ser de la mayor importancia para las familias colombianas, ha pasado desapercibido para la opinión pública, pero en él está en juego, nada más, pero tampoco nada menos, que el futuro de los niños habidos en uniones que se han roto.

La Profesora ILEANA MARLITT MELO SALCEDO hace un completo análisis del proyecto de ley sobre custodia compartida, en desarrollo del cual pone de presente las lagunas del mismo. El proyecto, que dice inspirarse en los derechos del niño, asume de manera muy simplificada, y por ello incompleta, el complejo fenómeno de la paternidad, o de la maternidad, según se quiera calificar a los progenitores. Se dice que lo que interesa es el menor, pero al momento de tomar decisiones, se parte del principio de que hay que favorecer a uno de sus padres, casi siempre al que se ha encargado de su crianza, educación y cuidado. Se muestra indiferencia por la rica casuística que cabe en este tema, pues no todos los padres tienen las mismas conductas, en el modo, en el espacio y en el tiempo. Estas son algunas de las carencias del proyecto, que la Profesora pone en evidencia.

La Estudiante ALBERTINA GUERRA DE LA ESPRIELLA presenta un completo y prolijo estudio de la obligación alimentaria, en el contexto de la historia de las instituciones, valiéndose de dos métodos: el derecho comparado y el análisis jurisprudencial. En el primero, considera los casos de España, Francia, Holanda, Italia y el Reino Unido. En el segundo, estudia varias sentencias de la Corte Constitucional. Este ejercicio le sirve de base para hacer un diagnóstico de los principales problemas que existen en la actualidad, respecto de la obligación alimentaria y, lo que es más interesante, para hacer unas propuestas de cara a garantizar el cumplimiento efectivo de dicha obligación.

Los dos discursos jurídicos convergen en un punto: los derechos de los niños. Derechos que no pueden ser convertidos en una mercancía de intercambio, como parte de un negocio entre sus padres, en el cual la voluntad o

consentimiento de los menores, así como su estabilidad emocional, es irrelevante, como ocurre en el proyecto de custodia compartida. Derechos cuya eficacia y garantía, vitales para la subsistencia y la satisfacción de las necesidades básicas de los menores, no pueden estar sometidas al azaroso resultado de una denuncia repetida, rutinaria y envilecedora, que su padre o su madre, deban hacer ante la cansina justicia penal cada mes. Los derechos de los niños deben ser primero, no sólo en la justificación o en las palabras, sino en la realidad, en los hechos, así ello implique, como lo implica, la renuncia o el sacrificio de los padres.

Luis Javier Moreno Ortiz



## COMENTARIO CRÍTICO AL PROYECTO DE LEY 005 DE 2008

*“Por medio de la cual se establece el Régimen de  
Custodia Compartida de los hijos menores”*

*Ileana Marlitt Melo Salcedo\**

El Senador Juan Carlos Vélez Uribe presentó el 19 de noviembre de 2008, - previa introducción de algunas modificaciones frente al proyecto original<sup>1</sup>, informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 005 de 2008, “*Por medio de la cual se establecerá el Régimen de Custodia Compartida de los hijos menores*”, Este proyecto, luego de una modificación al artículo 5º, fue aprobado por la plenaria de esa Corporación, según consta en el Acta 028 de 2008<sup>2</sup>. Siguiendo el proceso legislativo, el proyecto se trasladó a la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes y fue recibido allí el 7 de mayo de 2009, correspondiéndole el No. 337 de 2009 Cámara<sup>3</sup>.

*\*Doctora en Derecho por la Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid (España)  
Investigadora de la Universidad Sergio Arboleda Bogotá (Colombia).*

<sup>1</sup> El Ponente señala que inicialmente el proyecto se identificaba con el No. 249 de 2008 y que contenía diez (10) artículos, de los cuales los nueve primeros establecían la custodia y cuidado personal de los hijos. La custodia en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio. El reparto de la custodia y cuidado personal de los hijos. Igualdad de derechos y obligaciones, las causales para la pérdida de la custodia y cuidado personal. El acuerdo de cesión temporal de la custodia. La pérdida temporal de la custodia. El incumplimiento del régimen de custodia compartida. Y, que de igual manera se proponía una modificación al artículo 230 del Código Penal” Vid. En la Secretaría del Senado, Gaceta No. 825 de 2008, accesible en [http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3)

<sup>2</sup> *Ibidem*, Gaceta No. 158 de 2009, accesible en [http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3)

<sup>3</sup> *Cfr.* La información que reposa en la página de la H. Cámara de Representantes, el proyecto se encuentra pendiente para ponencia para Primer Debate en dicha Comisión, el cual se identifica con el No. 337/09 Cámara, 05/08 Senado, “por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores”; autor H.R: Guillermo Santos Marín HHSS. Mauricio Jaramillo y Juan Carlos Vélez Uribe. ponentes H. R.: Carlos Arturo Gálvez Mejía; texto aprobado en Senado Gac.: 271/09, recibido en comisión: mayo 07/09, Estado: pendiente ponencia. Publicación de la ponencia en la Gaceta Cámara No. 744 de 2009, accesible en [http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/337\\_09\\_p\\_p\\_camara\\_custodia\\_compartida\\_rep\\_carlos\\_arturo\\_galvez\\_mejia.doc](http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/337_09_p_p_camara_custodia_compartida_rep_carlos_arturo_galvez_mejia.doc)

El texto aprobado en la Plenaria del H. Senado de la República, es el siguiente:

“TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN SESIÓN PLENARIA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, EL 22 DE ABRIL DE 2009, por medio de la cual se establece el Régimen de Custodia compartida de los hijos menores<sup>4</sup>.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Custodia y cuidado personal de los hijos.* La Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente y a los terceros autorizados en los casos establecidos en la legislación civil. La custodia compartida es una forma más de otorgar la custodia, por mutuo acuerdo de ambos padres o a falta de acuerdo, por el Juez de Familia.

Artículo 2°. *Custodia en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio.* En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se procurará un régimen de custodia que privilegie períodos iguales de tiempo, atendiendo entre otros la residencia de los padres y primando el interés superior del menor. Este régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplados en la Ley 640 de 2001. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplados (sic) en el Código de Procedimiento Civil, respetando siempre los criterios de igualdad contemplados en este artículo.

Parágrafo 1°. Cada progenitor se encargará de los gastos del menor durante el tiempo que conviva con él, teniendo en cuenta la capacidad económica de los progenitores. El juez deberá imponer al padre que esté en mayor capacidad económica, la obligación de contribuir al otro de menor capacidad para efectos de asegurar que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

---

<sup>4</sup> Gaceta del Congreso 271 del 5 de mayo de 2009, accesible en [http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3)

Parágrafo 2°. Al establecer el régimen de custodia a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta el periodo de lactancia materna, permitiendo contactos frecuentes con cada uno de los progenitores, sin perjuicio del régimen de visitas y de salidas del país.

Artículo 3°. *Igualdad de derechos y obligaciones.* Los derechos y obligaciones que emanan de este régimen de custodia serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

La suspensión, disminución o restricción del régimen previsto deberá fundarse en causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad o la salud del hijo menor. Dichas causas deberán ser apreciadas con criterio restrictivo y riguroso.

Artículo 4°. *Cambio de residencia.* Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el menor y respetar los vínculos de este con el otro progenitor.

Todo cambio de residencia o la salida del país de uno o ambos progenitores, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la custodia compartida, deberán comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, uno de los progenitores podrá solicitar al Juez de Familia que adopte una decisión en función del interés superior del niño.

El incumplimiento de estas obligaciones acarreará la pérdida de la custodia para el padre infractor, sin perjuicio de las sanciones previstas en la legislación civil y penal para la pérdida de la patria potestad, y el ejercicio arbitrario de la custodia.

Artículo 5°. El artículo 5° del Proyecto de ley número 05 de 2008, quedará así:

Pérdida de la custodia y cuidado personal. Sin perjuicio de las causales previstas para pérdida de la patria potestad, la custodia y el cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

1. Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacia los menores por parte de quien la tiene.

3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.
5. Fallecimiento del progenitor Tutor.
6. Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor, siempre que la discapacidad que dé origen a la interdicción tenga relación con el adecuado ejercicio de la custodia.
7. Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
8. Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.
9. Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.
10. Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre que no ostente la calidad de tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.
11. Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias.

Artículo 6°. *Acuerdo de cesión temporal de la custodia.* El padre o la madre de mutuo acuerdo podrán avenir la cesión temporal del derecho a custodia, por un periodo determinado, el cual será previamente autorizado por el Juez de Familia, sin perjuicio del derecho que le asiste a los progenitores a tener contacto personal con sus hijos, salvo que concurra alguna causal que ocasione peligro grave hacia el menor.

Artículo 7°. *Incumplimiento del Régimen de Custodia compartida.* El incumplimiento del régimen de custodia establecido en la presente ley, acarreará multa hasta de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes según el caso, mediante incidente que se iniciará de oficio o a petición de parte, ante el Juez de Familia del domicilio del menor y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia del hecho, sin perjuicio de incurrir en el delito de Ejercicio Arbitrario de la Custodia.

Artículo 8°. El proceso de custodia a que se refiere la presente ley, deberá ser acompañado por estudios obligatorios de equipos técnicos interdisciplinarios integrados por lo menos por un psicólogo y un trabajador social. Dichos conceptos tendrán el carácter de dictamen pericial que deberán ser tenidos en cuenta por el juez al momento de tomar la decisión.

Artículo 9°. *Vigencia.* Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992, me permito presentar el texto definitivo aprobado en Sesión Plenaria del Senado de la República, el 22 de abril de 2009, al Proyecto de ley número 05 de 2008, *por medio de la cual se establece el Régimen de Custodia compartida de los hijos menores*, y de esta manera continúe su trámite legal y reglamentario ante la Cámara de Representantes.

Juan Carlos Vélez Uribe,  
Ponente.”

- **¿Qué es lo que justifica el proyecto de Ley de Régimen de Custodia Compartida?**

Tal y como se había estudiado en el proyecto original No. 249 de 2008 -y que se recoge en el actual proyecto-, *la custodia compartida es una reivindicación irrenunciable de los padres separados, reconocida así en muchos países durante ya varios años*, -por ello considera el Ponente: que es imprescindible que se aplique en nuestro país por los efectos benéficos para los niños<sup>5</sup>.

Con base en el interés superior del niño, en el sentido de que comparta con sus padres el mismo tiempo, según serios estudios sicológicos que trae la exposición de motivos, se concluye, en resumen, que el menor obtendrá más beneficios que en un régimen monoparental, en los campos de la sociabilidad y del aprendizaje.

---

<sup>5</sup> Vid. Secretaría Senado, accesible en [http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3) Gaceta Congreso No. 825 de 2008.

Sin embargo, llama la atención que este nuevo proyecto de ley, el No. 005 de 2008, no resuelve sino en un solo caso, el régimen del menor, es decir, sólo para el evento en que los padres, por desavenencia, se hayan *separado, divorciado o anulado su matrimonio*. Pero los demás casos, en que también podría presentarse el régimen de custodia compartida, no los trata y, se convierte entonces, en un proyecto que de convertirse en ley de la República, sólo sería excluyente y, el interés superior del niño, que es en definitiva lo que se busca con esta nueva regulación, quedaría en letra muerta para los demás.

- **Múltiples casos que, por no haberse incluido en el proyecto de ley, quedan por fuera y sin respuesta**

Se contemplan en este acápite algunos de los múltiples casos de hogares monoparentales donde el menor nunca ha tenido contacto alguno con uno de los padres; en estas situaciones no entra este proyecto de ley.

Así por ejemplo, el caso de madres o padres solteros en que, luego de meses e incluso años, aparece el otro padre del menor con la intención de reconocer a su hijo y compartir su custodia, ¿qué sucedería en este tipo de situación? Este proyecto de ley no lo contempla. El mismo caso anterior, pero cuando el padre (que no ha tenido la custodia y cuidado de su menor) es *extranjero* y luego de meses o incluso años pretende obtener la custodia ¿cómo se resuelve esta situación si el proyecto de ley no lo contempla? Podría acogerse al régimen de custodia compartida sin ninguna implicación por su descuido o desatención?

Otro ejemplo significativo es el caso del hijo producto de una violación sea de un extraño, de un conocido o familiar. ¿Qué sucedería en este caso cuando se purgue la condena?

Y en el evento de aquellas madres o padres que por años han decidido asumir la custodia, cuidado y gastos de sus hijos menores, porque el otro padre, separado y desentendido hace años del hogar, se presenta con que quiere compartir la custodia en igualdad de condiciones, ¿qué se prevé para este caso? Máxime si la madre o el padre que ha asumido las obligaciones para con su(s) hijo(s), no ha querido entablar ninguna querrela o demanda para no desdibujar la imagen del otro padre o por posibles amenazas contra su integridad o la de su menor.

Ahora bien, cuando los niños no tan pequeños, adolescentes por ejemplo, que han vivido en un hogar monoparental y luego por imperio de la ley *deben* entrar a un régimen de custodia compartida, ¿no tienen acaso el derecho a que se les interroge o a decidir si quieren compartir en igualdad de condiciones el tiempo con cada uno de sus padres? Según los comentarios expuestos al proyecto original 249 de 2008 (Archivado) [...] < la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión ><sup>6</sup>.

Y es que los años de soledad o de desinterés de uno de los padres por sus hijos hacen mella en él, sin necesidad de que el otro le desdibuje la imagen: simplemente, como ser humano, comprende igualmente siente. Así, ¿por qué no consultar con el menor si quiere o desea estar con el otro padre (que no le ha prestado atención por años) en igualdad de condiciones con el padre bajo cuyo cuidado ha estado? ¿No es el interés superior del niño lo que se predica?

Existen estos casos y más, pues la lista puede extenderse. Sin embargo, se han destacado algunos de los más frecuentes que no aparecen en el proyecto de ley. ¿Los dejamos para que los decida un Juez de la República porque la ley se quedó corta en ello?

- **La inconveniencia de la Ley por falta de Unidad de Materia y otros vacíos**

Es cierto que la exposición de motivos del proyecto original recogida para el proyecto actual No. 005 de 2008, es rica en estado del arte y marco teórico sobre las ventajas que se obtienen con una custodia compartida frente a una monoparental, pero tal y como se expone en el actual proyecto de ley que acaba de surtir dos debates, sólo refleja unos intereses particulares que, so pretexto del interés superior del niño, quieren convertir en ley de la República.

Queremos llamar la atención respecto de este proyecto, pues si deseamos una buena norma, ella debe tratar de abarcar los casos más frecuentes en

---

<sup>6</sup> Vid. Secretaría Senado, accesible en [http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3), Gaceta Congreso No. 323 de 2008.

nuestra sociedad colombiana, sin tener por qué inventárnoslos: están ahí, son palpables, y no son de nuestra propia cosecha.

El proyecto de ley prevé que el régimen de custodia compartida *es una forma más de obtener la custodia*. Leyendo desprevenidamente esta frase puede pasar desapercibida, pero el texto íntegro señala: *es obligatorio ponerse de acuerdo si no, le corresponderá al Juez decidir*. Esta *otra forma de obtener la custodia*, es la principal y obligatoria, so pena de dejar a un Juez que decida quién deberá asumir la custodia, siempre en función del interés superior del niño *e iguales derechos de los padres*. Nos preguntamos cómo tasar ése interés superior del menor, en aquellas situaciones en que uno de los padres, por alguna razón, viene asumiendo la custodia y ha mantenido un estrecho vínculo con su menor hijo. ¿Sería en la medida de las posibilidades económicas o emocionales físicas y mentales del menor? ¿Qué pesará para los sicólogos y expertos que deban apoyar la labor del Juez, cuando de por medio está un concepto jurídico indeterminado?

El “*repartirse*” voluntariamente el cuidado o la tuición del niño, que es en últimas lo que se infiere del articulado del proyecto, trae más complicaciones que beneficios, máxime en un país como el nuestro: cerca del 90% de las parejas casadas o no, terminan su relación por desavenencias o infidelidades. Por ello, pretender *imponer como primera medida un régimen voluntario de custodia compartida*, so pena de acudir al juez, no resulta comparable con Estados más evolucionados “socialmente”, por decirlo así; creemos que no es aplicable a nuestra realidad: quedaría en letra muerta si, en últimas, le viene a corresponder al Juez definir la custodia dando un tratamiento igual a los derechos de los padres y de acuerdo con el *interés superior del niño*, cuando éste último principio es el que debería prevalecer, porque está por encima de cualquier derecho de los padres o de uno de ellos.

A su turno, el proyecto se queda corto cuando habla de la conciliación prejudicial, y por ello nos preguntamos: ¿acaso la conciliación judicial no puede darse por haberse iniciado ya el proceso? Opinamos que sí, pero se da a entender que se la excluye, siendo necesario incorporarla expresamente en el articulado.

Además, se prevé que la custodia se pierde por “drogadicción”. ¿Qué pasa entonces con los padres *alcohólicos* o *adictos al juego*? Los *alcohólicos* son más violentos y son los causantes, en un gran porcentaje, de las riñas intrafamiliares y en algunos casos de las separaciones, divorcios y demás

desavenencias de una pareja, que ponen en grave peligro el bienestar no sólo físico sino inclusive mental del menor. Y en el segundo caso, la *adicción al juego* puede convertirse en una especie de abandono temporal del menor, y es mal ejemplo. ¿Por qué no se incluyeron estos casos tan sobresalientes que generan inestabilidad física y emocional del menor? En ese mismo sentido, existen también otras situaciones de los padres que no han cohabitado con su hijo, como las personales (por el trabajo del padre o de la madre), físicas y psicológicas (sin que exista interdicción judicial), que pueden afectar el estado emocional del hijo menor, y tampoco se resuelven con el actual proyecto de ley.

El “repartirse” por igual el cuidado del menor puede parecer muy sencillo, pero en la práctica, ¿cómo someter al menor a un cambio permanente de residencia, de colegio, incluso de región o de país, cuando está en la etapa primaria o aun en la secundaria? Otra vez volvemos a la misma inquietud: por más civilizados que sean los padres, el retiro por periodos largos de seis meses o incluso un año, cómo se podría instrumentalizar, cuando alguno de los padres no vive en el mismo sitio que el otro o cambia de lugar de residencia?

¿Cómo se le dice al menor que debe dejar su colegio, sus amigos, su familia materna o paterna, su entorno por seis meses, o por un año, sólo para cumplir los deseos de alguno de los padres? Por lo menos alguna Institución educativa sería no le va a permitir que curse medio semestre en un lado y medio en otro; son situaciones difíciles de resolver y que en realidad, perjudican la estabilidad física y mental del menor en lugar de otorgarle beneficios y, ello en el articulado no se ve reflejado-, por lo que le corresponderá al operador jurídico enfrentarse a este tipo de situaciones. ¿Qué hacer? Pues de aprobarse el proyecto como está, será el juez (apoyado en expertos) el que decida; con lo cual, el régimen de custodia compartida *como otra forma de obtener la custodia*, sería útil: veríamos ante todo, batallas por la custodia de los hijos menores y en menor proporción, el sacrificio de madres o padres por el bienestar de su hijo, al cual no querrían ver convertido en *judío errante* sin una región, idiosincrasia, incluso cultura, en qué arraigarse.

Podríamos destacar también el siguiente comentario hecho al proyecto original que fue archivado, el No 249 de 2008:

[...] Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y

social que de algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, la orientación, la asistencia, el cuidado y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad. Es más, la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a este (sic) a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable<sup>7</sup>.

Por lo anterior, nos cuestionamos si vale la pena todo este engorroso trámite legislativo que no soluciona la problemática de la custodia monoparental y por el contrario, sí existen grandes vacíos temáticos. Lo que nos hace juzgar que este proyecto de ley es inconveniente, inoportuno y atropella el principio del interés superior del niño; pues ¿qué pasa entonces en los demás casos expuestos y planteados? Debemos advertir que el objeto de la ley, si se trata de custodia compartida, debe incluir por unidad de materia, todas las aristas del tema y no sólo un caso, pues es en los otros en donde mayoritaria y verdaderamente radican los principales inconvenientes.

Ahora que hemos reparado, con ocasión de la noticia del diario El Tiempo, en esta futura ley, vemos más objeciones que beneficios. Esperamos que esto no se convierta en una batalla por el cuidado de los hijos y que ello no perjudique al menor, pues el contacto permanente también *puede darse con un correcto régimen de visitas*, sin perjudicar la estabilidad emocional del menor, que es lo que prima sobre cualquier interés de un grupo de padres actualmente excluidos (separados, divorciados, anulados sus matrimonios).

Podemos concluir que compartimos la idea de concebir un régimen de custodia compartida que no signifique la repartición matemática del tiempo del menor con cada uno de sus padres, pues la custodia compartida no puede significar sólo tiempo en igualdad de condiciones, sino también asunción del cuidado y amor del menor, en otras palabras, el régimen de custodia compartida no puede significar la tenencia física del hijo menor, como se pretende en el proyecto de ley; por lo mismo, nos atrevemos a calificarlo como mediocre en su contenido y utilitarista al valerse del principio del interés superior del niño para un solo caso concreto, para el de los padres separados, divorciados o anulados sus matrimonios.

---

<sup>7</sup> Ídem.

Lo más coherente es archivar este proyecto y proponer otro, con el objeto de unificar, en un solo proyecto de ley, todas estas situaciones que son propias de nuestra realidad, insistiendo en la necesidad y prioridad de los acuerdos de un régimen de visitas, que también son benéficas para el menor, y sólo dejar los casos extremos o difíciles a la decisión del Juez.



# LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA FIJACIÓN Y REAJUSTE DE SU CUOTA

*Problemática actual y deficiencias legislativas*

*Albertina Guerra de la Espriella*

## I. INTRODUCCIÓN

Al momento de seleccionar el tema objeto del presente trabajo de grado, he preferido elegir una temática que, si bien para muchos no constituye un asunto de actualidad, considero que por sus implicaciones prácticas nos permitirá realizar un aporte que permita mejorar la calidad de vida y las garantías de los niños y niñas en Colombia.

Después de analizar las condiciones y calidad de vida de los niños y niñas en nuestro país, he decidido enfocar mi trabajo hacia el respeto y efectividad de un derecho para los que viven en nuestra nación. Se trata de la *obligación alimentaria*, la que, a su vez, se constituye en un derecho de los niños y niñas a recibir alimentos de sus padres. Tal prestación debe permitirles desarrollar su vida en forma digna de acuerdo con sus necesidades y las reales condiciones económicas sus progenitores.

En la selección de este tema se ha tenido en cuenta en gran medida la situación que en la actualidad viven los niños y niñas en nuestro país cuando tienen que recurrir a las autoridades judiciales para exigir la efectividad de sus derechos, puesto que, si bien se cuenta en la actualidad con una legislación –la que por lo demás ha sido ajustada recientemente–, existen en la práctica problemas en su aplicación, particularmente cuando se trata de las pruebas de la capacidad económica de la persona obligada a suministrar los alimentos, así como de las conductas y prácticas fraudulentas, que hoy en día se consideran generalizadas, tendientes a evadir el cabal cumplimiento de tales obligaciones.

A partir de la Constitución Política de 1991, los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes son derechos fundamentales, los cuales, en

virtud de los principios de protección especial y del interés superior, prevalecen sobre los derechos de los demás, razón por la cual constituyen una prioridad para la agenda pública, por lo que, existe un número considerable de normas constitucionales, legales y administrativas tendientes a establecer garantías de protección a los derechos de este importante sector de la población, sin perjuicio de toda una serie de reglas y subreglas jurisprudenciales.

Desde la perspectiva del derecho constitucional, se puede afirmar que el fundamento del derecho de alimentos es el principio de solidaridad social (Artículos 1º y 95, Num. 2 de la Constitución Política) 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, en los grados señalados en la ley. La Constitución Política de 1991 se preocupó por la protección de los derechos de los niños, por lo que elevó a rango constitucional la prohibición de conductas que atenten contra sus derechos fundamentales.

Vemos también que la comunidad internacional se ha preocupado por el bienestar y el desarrollo integral de los niños y las niñas, lo cual se ha materializado en la aprobación de múltiples instrumentos internacionales sobre la materia, de los cuales una gran parte, han sido ratificados por el Estado colombiano. A modo de ejemplo y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, *“para efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”*.

Según el Artículo 44 de la Carta Política, 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.

Dicha norma agrega que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Tal protección constitucional especial es plenamente concordante con el Derecho Internacional y es desarrollo del concepto del “*interés superior del niño*” plasmado en el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en virtud del cual “[E]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño.”

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), acogida en Colombia por medio de la Ley 12 de 1991, también vela por la protección y garantía del menor (Artículo 3°).

Desde el año de 1968, el Estado colombiano, mediante la Ley 74 de 1968, aprobó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969), aprobada por Colombia en virtud de la Ley 16 de 1972, todos los cuales proclaman la primacía de los derechos de los niños y su importancia a nivel nacional como internacional.

El Código Civil Colombiano en su artículo 413 divide los alimentos en congruos y necesarios, señalando que congruos son los que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social y, necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida.

Por su parte, el Decreto Ley 2737 de 1989, por medio del cual se expidió el Código del Menor, reguló en su Título Tercero, con carácter especial, la situación del menor que carece de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas y, en el Capítulo III de dicho Título (Artículos 133 a 159), lo concerniente a alimentos del menor, artículos que continúan vigentes por expreso mandato del artículo 217 del Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 sancionada en el año 2006.

En el Artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 sancionada en el año 2006, se señala que “...se entiende

*por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral, educación o instrucción del menor y en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”.*

Por su parte, el Código Penal contiene las normas que consagran el delito de inasistencia alimentaria para quienes se sustraigan, sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente (Artículo 233); las circunstancias de agravación punitiva si el obligado, con el propósito de sustraerse a la prestación alimentaria, fraudulentamente oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio (Artículos 234) y la posibilidad de iniciar otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria, no obstante la sentencia condenatoria anterior (Artículo 235).

Así, dentro de tal catálogo de normas, nos referimos específicamente al tema de la obligación alimentaria, un tema que aparentemente ha sido reglado ampliamente, pero dentro del cual, desde el punto de vista de su aplicación, se requiere en nuestro sentir una profunda evaluación.

Insistiremos en los temas de fijación, revisión o reajuste, procedimientos y todo lo referente al dolo tanto para su obtención, como para la sustracción del pago de la obligación alimentaria. De igual forma, también se hará un análisis de la normativa como instrumento del juez para darle sentido a su aplicación, así como de las sentencias que contienen la información más enriquecedora sobre el tema, para lo cual se analizarán las sentencias más representativas de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

En la elaboración de este trabajo, la jurisprudencia y los casos prácticos fueron considerados como un insumo de la mayor importancia.

En efecto, este estudio nació de un gran número de casos prácticos que hemos encontrado, en los cuales, debido a las falencias en los procedimientos y aplicación de las normas, así como a las prácticas, que pueden ser consideradas como generalizadas, de quienes pretenden evadir sus obligaciones, se está forjando una problemática que también se evidencia en este trabajo, como es la ineficacia real de la garantía de

asistencia alimentaria en Colombia y con ello también la ineficacia de la garantía de los derechos constitucionales de los niños y de las niñas en nuestro país.

El análisis del breve panorama legal antes relacionado y la problemática práctica de su aplicación, motivaron la realización de este trabajo y, por lo mismo, nos han obligado a estructurar una propuesta que eventualmente pueda ser materializada a través de una iniciativa legislativa y sometida al estudio del Congreso de la República, en la cual hacemos resaltar en un primer aspecto el papel del juez en la aplicación de las normas sobre estas materias, para lo cual se analizará la responsabilidad de los jueces en la materialización del derecho alimentario a favor de los menores, de acuerdo con sus facultades legales y de acuerdo con los medios de que dispone para el cumplimiento de tal fin.

A su turno, este trabajo de grado también pretende abrir la discusión sobre las obligaciones y el rol del operador jurídico y sobre la necesidad de ampliar sus funciones dentro del proceso para dar mayor eficacia a los derechos que se encuentran en juego en estos casos. Así mismo, consideramos importante llamar la atención en el tema relacionado con los procedimientos en cuanto a *fijación y revisión* de la cuota alimentaria cuando las condiciones económicas de quien tiene la obligación de proporcionar los alimentos cambian.

Mención especial merece el asunto relacionado con la participación de terceras personas en la defraudación de los intereses y derechos de los niños y las niñas, donde nos propusimos estudiar -en la práctica-, cómo se desarrolla este fenómeno, cuáles son los vacíos legislativos existentes y cuáles podrían ser las consecuencias penales y/o civiles que eventualmente podrían atribuírseles a quienes se presten para realizar actuaciones fraudulentas que pongan en peligro los derechos alimentarios de nuestros niños y niñas.

Examinaremos luego la falta de conexión de las normas civiles y penales en este tema que, si bien es cierto pertenecen a dos ramas del derecho distintas, obligan a que la regulación sea integral y equivalente para de esta manera dar mayores herramientas jurídicas a la hora de proteger y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas. Por lo tanto, en este acápite se hará un estudio de la forma como se deben articular la legislación penal y la civil, en los temas relacionados con la responsabilidad de los obligados al cumplimiento de

la obligación de brindar alimentos, incluidos como ya se anotó antes, *los colaboradores de mala fe*.

Téngase presente que el derecho, como conjunto ordenado y sistemático de la vida social, es uno solo y por lo tanto no deben existir contradicciones, vacíos o lagunas entre sus ramas, que son apenas partes de un derecho único que, además, tiene un solo fundamento superior que se integra por la Constitución Política y los Tratados Internacionales.

Con este trabajo de grado no se pretende solucionar la problemática actual de la inasistencia alimentaria, pero sí advertirla y alertar a través de un análisis crítico. En todo caso, a manera de propuesta, se propone un proyecto de ley con la finalidad de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y las niñas a sus alimentos, y de esa manera ponerle coto a la permanente violación de sus derechos, que para algunos puede pasar desapercibida, pero para quienes la sufren, constituye un daño que está sin reparar lo que hace que mengüe su fe en la instituciones colombianas y en el Estado Social y Democrático de Derecho del que hacemos parte.

## **1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA**

Etimológicamente hablando, la palabra alimento, en su origen más lejano, proviene del latín *alimonia*, - orum que es el plural de *alimonium*, - ii “alimento”. Pero en estricto sentido, alimento viene del latín *alimentum*, que a su vez se deriva de la expresión “alere”, que significa alimentar. En sentido jurídico, señala Eduardo Couture<sup>1</sup>, la palabra alimentos fue empleada para designar la asignación que se debía a la mujer separada sin culpa del marido.

No existe certeza sobre en qué momento del siglo XV se pasó a la palabra “alimentos” como la conocemos hoy. Lo que sí es claro es que el castellano sustituyó *alimonium* por *alimentum*, -i y así conservó el sentido jurídico, atribuido al concepto plural del latín.

Conceptualmente, en el Diccionario de la Real Academia Española la primera definición que encontramos de alimento es la siguiente: “la

---

<sup>1</sup> COUTURE, Eduardo J. Vocabulario jurídico. Buenos Aires: Desalma, 1991. p 87.

comida y la bebida que el hombre y los animales toman para subsistir”. Ésta, que a pesar de ser la normalmente acogida, difiere de la definición que de alimentos buscamos, aunque contiene unos elementos que aparecen dentro de la definición legal que analizaremos más adelante. A un concepto usual como el que acabamos de ver, debemos agregarle la palabra derecho, puesto que es concepción jurídica de alimentos y el cumplimiento de la obligación de proveer los mismos, lo que interesa al derecho y en particular de lo que se ocupa el presente trabajo.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española<sup>2</sup>, “derecho” significa la: “facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella”.

De lo anterior podemos colegir que, cuando hablamos de derecho de alimentos, nos referimos a la facultad de exigir la comida y bebida que necesitamos para subsistir.

Esta definición, si bien nos acerca un poco más a lo que en realidad queremos llegar, está alejada de la definición que el legislador colombiano le ha dado al concepto de alimentos y al derecho de alimentos.

Procedamos a analizar cómo se desagrega el concepto de alimentos. Con el transcurso del tiempo el concepto de alimentos ha evolucionado convirtiéndose en la reunión de una serie de elementos que se complementan entre sí y que son resultado de un análisis de las necesidades básicas del ser humano para su subsistencia en el mundo actual. Dar educación a los hijos es una necesidad básica para poder vivir dentro de este mundo moderno, donde cada día la sociedad y la ciencia avanzan de una manera vertiginosa. Probablemente, en tiempos antiguos no era obligatorio velar por la buena educación de los hijos y mucho menos se obligaba a los padres a inscribirlos en un programa académico y además de lo anterior, no era prelación estatal ni gubernamental establecer políticas a favor de la educación pública, como sí lo era, por ejemplo, la guerra; tanto así que no era prelación del gobierno imponer obligaciones de los padres para con los hijos o viceversa.

Con el fin de acercarnos al concepto moderno de alimentos podemos afirmar que éstos encierran otros conceptos como habitación, recreación, vestido, salud y educación. Ahora vemos cómo la primera definición que

---

<sup>2</sup> Vigésima segunda edición, 2001. Editorial Espasa.

fue revisada estaba alejada de darnos el conjunto de elementos que el concepto de alimentos.

En cuanto al contenido de la definición legal, podemos partir de la definición del Código Civil Colombiano, texto que a la postre fue recogido y ampliado con la expedición de la Ley 1098 de 2006, que contiene el Código de la Infancia y la Adolescencia. Dicho Código aportó una definición en su Artículo 413 y realiza una distinción o clasificación de los alimentos entre congruos y necesarios, así:

“Los alimentos se dividen en congruos y necesarios. Congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintiún años,<sup>3</sup> la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.” Veamos la similitud del significado de alimentos de la Real Academia Española y el Código Civil cuando se habla de los alimentos necesarios.

En ambos casos se hace referencia simplemente a lo que el cuerpo necesita para mantenerse con vida, que es bien distinto del concepto global de alimentos que podríamos aplicar hoy en día.

Se observa cómo el concepto de alimentos fue definido por nuestra legislación civil clasificándolo en dos tipos de alimentos congruos y necesarios; esa clasificación del Código Civil será de utilidad más adelante para discutir el tema de la tasación de la cuota alimentaria.

En la Ley 1098 de 2006 o “Código de la Infancia y la Adolescencia”,<sup>4</sup> “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de las niñas, los niños y los adolescentes...”.

Así vemos cómo el concepto de “alimentos” en derecho, va más allá de la comida y la bebida necesarias para subsistir, pues eso es tan solo una parte de lo que el concepto general engloba.

---

<sup>3</sup> A partir de la Ley 27 de 1977, la mayoría de edad se adquiere a partir de los 18 años.

<sup>4</sup> El concepto de alimentos se ubica en el artículo 24°.

El profesor Marco Gerardo Monroy Cabra afirma que en el Artículo 413 del Código Civil, a pesar de no ser dejado sin efectos por el 133 del Decreto Ley 2737 de 1989 que contiene el Código del Menor, que a su vez fue derogado por la Ley 1098 de 2006, en el tema de definición de alimentos, específicamente en el Artículo 24º antes citado, fue ampliado el concepto de alimentos en nuestra legislación. Para el doctor Monroy Cabra, el concepto actual de alimentos cambia la calificación del Código Civil en cuanto a los mismos cuando el código los divide en congruos y necesarios<sup>5</sup>.

No se considera que la definición del Código Civil se encuentre sin efectos. La definición de alimentos del Código de la Infancia y la Adolescencia, si bien amplió el conjunto de elementos que agrupa el concepto, nada tiene que ver con tales elementos en la situación particular de cada menor y adolescente que los reclama. Según nuestro ordenamiento, cada situación particular debe ser evaluada por el juez para establecer la cuota de alimentos, lo cual permite afirmar que el concepto de alimentos congruos continúa siendo parte fundamental en la decisión del juez, que por demás mal haría en no tener en cuenta la situación y las costumbres del alimentario a la hora de fijar una cuota en su favor, obviamente teniendo en cuenta la situación económica del alimentante, pues podría terminar por sobreestimar o desestimar una situación de un alimentario, lo cual generaría unas consecuencias desfavorables para el alimentante en unos casos y para el alimentario en otros.

Sobre este asunto el conocido tratadista Manuel Somarriva Undurraga ha afirmado que “la noción de alimentos necesarios es objetiva, en cambio, la de alimentos congruos es subjetiva”<sup>6</sup>.

Desde la óptica de la doctrina respecto del tema sobre quien se encuentra obligado a proveer los alimentos, el doctor Monroy Cabra señala que “El derecho de alimentos es un efecto del parentesco”<sup>7</sup>.

Sobre el particular nos interesa destacar que el Artículo 411 del Código Civil enumera las personas a quienes se deben alimentos. En su numeral

---

<sup>5</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo, , Derecho de familia y de menores, 7ª ed., Bogotá Colombia, Edit. ABC, 2001 pág. 131.

<sup>6</sup> UNDURRAGA Manuel, Derecho de familia, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1963 p. 619

<sup>7</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho de familia y de menores, 7ª ed., Bogotá Colombia, Edit. ABC, 2001, p. 165.

2º señala: “a los descendientes” que es el fundamento sobre que descansa toda esta teoría de los alimentos y de la cuota alimentaria de que nos ocupamos.

De otra parte, el profesor Luis Claro Solar señala que “con la palabra alimentos se designa, en su sentido legal, todo lo que es necesario para la conservación de la vida: la comida, la bebida, el vestido, la habitación, los remedios en caso de enfermedad”<sup>8</sup>.

La definición sobre alimentos de Colin y Capitant es muy similar a la anterior, pues consideran que “con la palabra alimentos se designa todo aquello que es necesario e indispensable para la vida: sustento, habitación, vestido, gastos de enfermedad”<sup>9</sup>.

Por su parte, Manuel Somarriva Undurraga nos da una definición un poco más amplia que las anteriores pues aquellas mantienen una posición bastante ecléctica para de tal manera dar cabida a otros elementos dentro del concepto de alimentos. Así, el tratadista chileno considera que, además de vestidos, sustento diario y habitación, el concepto de alimentos incluye la enseñanza de un oficio cuando el alimentario es menor de edad<sup>10</sup>.

Si comparamos esta última definición con la citada anteriormente del Código de la Infancia y la Adolescencia, es fácil concluir que faltan elementos constitutivos en la definición doctrinaria, como la salud, por ejemplo. Sin embargo, se ha dicho que la doctrina ha sido ecléctica y nominativa, mas no taxativa, dejando abierta la posibilidad de introducir elementos al concepto de alimentos.

Ahora procedamos a abordar el tema de la clasificación de los alimentos. Esto, con el fin de definir las categorías con las cuales se va a trabajar a lo largo del presente estudio. A partir de esta clasificación, podemos llegar al tema particular de nuestro interés tal y como lo es la fijación y reajuste de la cuota alimentaria.

---

<sup>8</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado; De las personas. 2a edición. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1994. Tomo III p. 339.

<sup>9</sup> COLIN, Ambroise y CAPITANT, H. Curso elemental de derecho civil. Madrid: Editorial Reus, 1957. Tomo I. p. 112

<sup>10</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA Manuel, derecho de familia, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1963 p. 614.

Los alimentos se clasifican en legales y voluntarios. Legales, son aquellos que se deben por mandato de la ley, mientras que los voluntarios tienen como origen el acuerdo de las partes o la voluntad unilateral de quien los proporciona.

En cuanto a su extensión, podemos señalar que los alimentos han sido clasificados en congruos y necesarios y, como bien lo señala el tratadista Manuel Somarriva Undurraga<sup>11</sup>, éstas son categorías de los alimentos legales. Como ya dijimos anteriormente, el Artículo 413 del Código Civil colombiano hace esta clasificación. Por su parte, el Artículo 414 del mismo Código establece quiénes son titulares del derecho de alimentos.

Finalmente, los alimentos se clasifican como provisionales o definitivos según la oportunidad en la que se fijen. Los primeros se decretan mientras se lleva a cabo el juicio de alimentos, siempre y cuando se cumpla con los requisitos legales. Los segundos se establecen en sentencia al finalizar el proceso, sentencia que por lo demás, no hace tránsito a cosa juzgada material en relación con la cuantía en que se fijan.

De las tres clasificaciones, consideramos la tercera como la más importante para este trabajo. Pues es a partir de ésta cuando se permite el reajuste de la cuota alimentaria lo cual es fundamental en este estudio. Nótese que en este caso nos encontraremos frente a una sentencia judicial legalmente proferida, que produce efectos para las partes y que eventualmente puede ser revisada con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Sobre este tema de la clasificación, el tratadista Gustavo A. Bossert<sup>12</sup> presenta una clasificación concordante con las aquí explicadas. Para él, existen unas obligaciones alimentarias de fuente legal y que tienen como soporte el vínculo familiar. De igual forma, existen obligaciones alimentarias de fuente legal que no tienen como soporte vínculos de familia. Igualmente existe para Bossert una última categoría conformada por obligaciones alimentarias de fuente convencional o incluso testamentaria.

---

<sup>11</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Op. Cit. p. 615

<sup>12</sup> BOSSERT, Gustavo A. Régimen jurídico de los alimentos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993. p. 2.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Éstos se encuentran en primer lugar, como es natural, en el Derecho Romano, para cuya comprensión es necesario tener en cuenta su tratamiento y su desarrollo histórico, que se divide en tres periodos, tal y como lo señala la profesora Emilssen González de Cancino<sup>13</sup>.

Comenzamos por el período arcaico, que empieza desde la fundación de Roma hasta la Ley Aebutia del año 130 a. C. Luego se tiene el período clásico, el cual se extiende desde la Ley Aebutia hasta el asesinato del jurista Ulpiano. Y, finalmente está el período post-clásico, comprendido entre el año 228 d. C. y la caída de los Imperios de Oriente y Occidente.

Después de hacer un análisis de los textos que abordan el tema dentro de la primera etapa, se podría concluir que no se han encontrado vestigios en el derecho de alimentos en la primera etapa. Lo anterior, teniendo en cuenta los estudios realizados por los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida<sup>14</sup>. Conforme a la estructura de la familia romana, no se concibe imponer tal obligación al filius familias cuando nada propio podía tener y cualquier atribución iba automáticamente al pater familias. Agregan los mencionados autores, que más ilógico sería imponerla al pater, quien tenía sobre sus filii poder de extorsión y muerte.

La potestad paterna se entendía como ese “conjunto de facultades o prerrogativas que componen el poder del pater sobre sus descendientes, poder originariamente absoluto”<sup>15</sup>, que excluía, como es apenas obvio, cualquier posibilidad para los filii de exigir algún derecho a quien detentaba la patria potestas.

En cuanto al hijo, no se le podían exigir alimentos, no porque el pater no tuviera el poder para hacerlo, sino porque el hijo no tenía nada. No se puede olvidar que en su inicio el filius familias, patrimonialmente hablando, obraba como mero instrumento de adquisición en beneficio del pater, pero jamás en beneficio propio. Es entonces lógico que si

---

<sup>13</sup> GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. Manual de Derecho Romano. Santafé de Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1991. p. 64.

<sup>14</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luís y SANCHO REBULLIDA, Francisco. Elementos de derecho civil IV; Derecho de familia. Barcelona: Bosch, 1984, p. 71.

<sup>15</sup> GONZALEZ DE CANCINO, Op. Cit. p. 155.

nada tenía, no podía ser sujeto pasivo de un derecho que implicara la obligación de dar.

Observamos que la primera manifestación del derecho de alimentos aparece en las relaciones de patrono y clientela<sup>16</sup>. El liberto (esclavo liberado) queda en una relación de dependencia respecto del patrono (llamado anteriormente dominus). Esta relación conocida como derecho de patronato, tenía una serie de consecuencias entre las cuales encontramos, partiendo del análisis de Juan Iglesias<sup>17</sup>, la obligación entre el patrono y el liberto de prestarse alimentos en caso de necesidad.

En tiempos de Marco Aurelio y Antonino Pío, etapa imperial coincidente con el periodo clásico, se implanta el deber de prestar alimentos. Aunque esto ocurría de manera restringida y en unos casos particulares, opina al respecto Jors que era probable que “al principio solo existiera este derecho con respecto a los individuos de la casa sometidos a la potestad paterna; más tarde, por lo menos hacia fines del siglo II d. C., se concedió también derecho a alimentos a los descendientes emancipados”<sup>18</sup>.

Debe destacarse que la institución de los alimentos se fue generalizando rápidamente debido a la influencia que sobre las instituciones del derecho romano tuvo el cristianismo.

Ahora bien, la evolución del derecho de alimentos requirió la transformación de la potestad paterna como poder absoluto. Entonces, se hizo preponderante dar a los hijos bienes propios para que pudiera existir la obligación alimentaria.

Esto finalmente ocurrió en la época de Augusto, cuando se permitió que los bienes de los hijos, obtenidos por actividades militares, ingresaran al peculio personal, aunque frente a tales bienes el padre tuviera el derecho de usufructo y la posibilidad de adquirirlos en el caso de deceso de su hijo que no hubiese testado. A esto, Constantino extendió la anterior disposición para los bienes que un hijo obtuviera en el desempeño de alguna función en la administración pública, en la iglesia, por ejercicio

---

<sup>16</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. Op. Cit. p. 71.

<sup>17</sup> IGLESIAS, Juan. Derecho romano; Instituciones de derecho privado. 9ª. Ed, 4ª reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1989. pp.138-143.

<sup>18</sup> JORS, Paul y KUNKEL, W. Derecho Privado Romano. Barcelona: Editorial Labor S.A, 1937. p. 413.

de la abogacía y también harían parte del peculio los bienes adquiridos por el hijo en la sucesión de su madre.

Esta institución del peculio se vio concretada en la legislación justinianea, en la cual se reconocía la propiedad del hijo sobre todos los bienes que adquiriera, frente a los cuales el padre solo tenía el derecho de usufructo. Únicamente los bienes que adquiriera el hijo por costa del padre o por consideración a él no ingresarán en su peculio<sup>19</sup>.

Entre los años 528 a 533 d.C., Justiniano, llevó a cabo la labor compiladora con la cual se buscó dar alcance universal al derecho romano tal como había sido concebido por los clásicos. Pero las discordancias existentes entre los textos antiguos o la imposibilidad de aplicarlos dadas las nuevas circunstancias, obligaron a los compiladores a realizar algunas variaciones con respecto a los clásicos. Esta recopilación justinianea se encuentra compuesta por Código, Digesto, Instituciones y novelas. Es conocida desde la Edad Media como *corpus iuris civilis*.

Con respecto a este trabajo, la compilación justinianea tiene gran significancia, pues en ella, se admite la obligación alimentaria, entre ascendentes y descendentes, entre patronos y libertos y entre cónyuges de manera recíproca.

Así, se puede concluir que es en el derecho justiniano donde se concreta, en lo que al derecho romano se refiere, la evolución que esta parte del trabajo ha tratado de explicar.

En el Título III del Digesto 25, se encuentra la reglamentación de la obligación alimentaria entre descendientes, ascendientes, patronos y libertos.

En el análisis de esta fuente resaltan los siguientes aspectos:

1. El deber de dar alimentos se consagra, de manera recíproca, entre ascendientes paternos o maternos y los descendientes, aunque no estén estos últimos bajo potestad<sup>20</sup>. Incluso el hijo emancipado que es impúber puede ser deudor de alimentos frente a su padre<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> GONZALEZ DE CANCINO, Op. Cit. p. 157.

<sup>20</sup> D 25,3,5,1 y D 52,3,5,2.

<sup>21</sup> D 25,3,5,13.

De igual manera, se admite en el Digesto, como sujetos pasivos de esta obligación, a la madre y al padre con respecto a los hijos ilegítimos, los cuales, a su vez, también se encuentran obligados frente a los primeros<sup>22</sup>.

Finalmente, en cuanto a los sujetos, el Digesto extiende esta obligación al patrono y al liberto, en la cual, como ya se había anotado, se encuentra el primer vestigio de la institución que se estudia. En este punto, el Digesto aclara que el liberto, cuando actúa como sujeto pasivo de la obligación, responde no solo frente al patrono, sino también frente a los descendientes<sup>23</sup> y ascendientes de éste. Tratándose de los últimos, el liberto solo deberá alimentos cuando el patrono y los hijos de este hayan desaparecido<sup>24</sup>.

2. Por otra parte, esta fuente romana deja entrever ciertos requisitos que deben darse para que se configure la obligación alimentaria; el primero de ellos consiste en que el sujeto activo se encuentre necesitado o enfermo<sup>25</sup>. El segundo se refiere a que el sujeto pasivo tenga los medios suficientes para cumplir con la obligación<sup>26</sup>. Si bien es cierto que este último requisito solo se consagra de manera explícita en la relación de patronato, se considera en este estudio que, dada las características de esta obligación, debe entenderse implícito en los demás casos.

3. También se ocupa el derecho justiniano de lo que toca con los alimentos entre ascendientes y descendientes, al referirse a la manera de hacer efectivo este crédito. Se lee en el Digesto: “si alguno de los obligados a dar alimentos rehuye el hacerlo, se determinarán los alimentos en proporción a sus bienes, y si no los entrega, se le compele a cumplir la sentencia mediante toma de prendas y venta de las mismas”<sup>27</sup>.

4. Por último, a partir del Digesto, se deducen algunas explicaciones que los romanos dieron al fundamento de los alimentos, básicamente de los que se deben entre ascendientes y descendientes. Es así como se mencionan en este punto “la justicia y el afecto de la sangre”<sup>28</sup>, así como la “piedad filial”<sup>29</sup>. El tema del fundamento del derecho de alimentos se

<sup>22</sup> D 25,3,5,4 y D 25,3,5,8.

<sup>23</sup> D 25,3,5,20.

<sup>24</sup> D 25,3,5,26.

<sup>25</sup> D25,3,5,2 y D25,3,5,19.

<sup>26</sup> D 25,3,5,10.

<sup>27</sup> D 25,3,5,10.

<sup>28</sup> D 25,3,5,2.

<sup>29</sup> D 25,3,5,15.

estudia en el siguiente capítulo, motivo por el cual acá no se entra a hacer ninguna profundización al respecto.

Posteriormente en España, en cumplimiento del mandato e inspiración de su padre Don Fernando III, Alfonso X, emprendió en 1256 la realización del libro de las leyes, conocido con el nombre de las Siete Partidas. La finalidad de este texto era dotar al país de una legislación uniforme, ordenada y clara. A juicio de los entendidos, con esta obra “España precedió a todas las naciones de Europa en la redacción del Código más acabado que tenemos superior a todos los de la Edad Media...”<sup>30</sup>.

Esta obra tiene como principales fuentes el derecho natural y el de gentes: el derecho canónico, compuesto por el Decreto de Graciano y las decretales; el derecho justiniano, principalmente el Digesto, las Pandectas y el Código; las opiniones de los glosadores tanto del derecho civil como del Canónico; los fueros de Castilla y de León, que en algo recogen el derecho germano y en general, las leyes y costumbres españolas.

La vigencia obligatoria de las Siete Partidas sólo vino a darse casi un siglo después de terminadas, cuando Alfonso XI, en virtud del ordenamiento de Alcalá, ordenó que las partidas constituyeran el derecho supletorio de todos los demás cuerpos legales. Sin embargo, tal como lo sostiene Cabanellas, “por su índole orgánica y por el prestigio que entre los jueces y abogados logró este texto, en realidad fue anteponiéndose a la prelación indicada”<sup>31</sup>.

Por casi más de cuatro siglos, las Siete Partidas ocuparon un papel preponderante en el ordenamiento jurídico español. Como lo señala el mismo autor, hasta la promulgación del Código Civil español de 1889, las Partidas constituían el cuerpo legal más citado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La importancia que a nivel del derecho occidental tuvo esta obra de Alfonso X, así como la multiplicidad de fuentes que en ella confluyen y el largo período durante el cual rigió, son motivos más que suficientes para justificar que este capítulo se centre en su análisis, al momento de indagar por el origen de los alimentos en el derecho español.

---

<sup>30</sup> LEZCANO, Amelia. Partidas de Alfonso el Sabio. En: Enciclopedia jurídica ameba Tomo I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1954. p.544.

<sup>31</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Tomo III. 11 edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1976. p. 234.

La Cuarta Partida se encarga de regular lo referente al tema de la familia. En su Título XIX se establece lo que hoy se conoce como obligación alimentaria. El texto no utiliza el vocablo alimentos. En su lugar acude al concepto de crianza.

La crianza, entendida como uno de los mayores beneficios que un hombre puede hacer a otro<sup>32</sup>, comprende la bebida, el alimento, el calzado, la habitación y todas aquellas otras cosas que fueren necesarias, sin las cuales los hombres no pueden vivir<sup>33</sup>.

Tienen derecho a la crianza, los hijos que nacen al interior del matrimonio, así como los que nacen por fuera de él. Tratándose de los segundos, se establecían, como se aprecia más adelante, ciertas diferencias entre los que son fruto de relaciones manifiestas, públicas, y los que son el resultado de relaciones clandestinas, incestuosas o adúlteras<sup>34</sup>.

Los hijos podían exigir crianza, en primer lugar, de sus padres. Al respecto, las Siete Partidas establecen reglas para determinar sobre cuál de los padres, exactamente recae la obligación.

Acorde con lo anterior, se lee en la Cuarta Partida, Título XIX, Ley III: “Nodrescer et criar deben las madres a sus fijos que fueren menores de tres años, et los padres a los que fueren mayores de esta edad: empero si la madre fuese tan pobre que los non podiese criar, el padre es tenuto de darle lo que hobiere meester para criarlos...”.

Esta regla sufre variación en caso de existir separación. Si esto ocurriese, el culpable de ella asume la crianza, sin importar que el hijo de que se trate sea o no mayor de tres años, correspondiéndole se guarda al otro cónyuge.

Pero también podían los hijos exigir la crianza de sus abuelos, abuelas, bisabuelos y bisabuelas. Esto siempre y cuando se cumpla con dos requisitos: primero, que el padre y la madre no tuviesen los medios para criar a sus hijos y segundo que el ascendiente sea rico<sup>35</sup>.

Ahora bien, si el hijo es fruto de una relación clandestina, incestuosa o adúltera, el padre y los ascendientes de éste no tenían la obligación

---

<sup>32</sup> Cuarta Partida, Título XIX, Ley I.

<sup>33</sup> Cuarta partida, Título XIX, Ley II.

<sup>34</sup> Cuarta Partida, Título XIX, Ley V.

<sup>35</sup> Cuarta Partida, Título XIX, Ley IV.

de proporcionarle crianza. Por el contrario, podía el hijo exigir el cumplimiento de esa obligación a su madre y a los ascendientes de ella. Se explica esta disposición “porque la madre siempre es cierta del fijo que nace della que es suyo, lo que non es el padre de los que nacen de tales mugeres”<sup>36</sup>.

De otra parte, establece este ordenamiento que para otorgar la crianza se debían tener en cuenta dos aspectos. De un lado, la riqueza y el poder de quien la daba y del otro la necesidad de quien la recibe<sup>37</sup>. Aparece entonces la riqueza como requisito general, aspecto que fue insinuado en el derecho justinianeo.

Pero así como los padres y los ascendientes tienen el deber de dar crianza a los hijos, estos tenían la obligación de proveer y ayudar a los primeros cuando así lo requerían<sup>38</sup>

### **3. TRATAMIENTO ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN EL DERECHO EXTRANJERO**

#### **3.1. España**

Actualmente, el concepto de “alimentos” y de “obligaciones alimenticias”, según la ley española, comprende todas las necesidades básicas y elementales del alimentista cuyo estado de necesidad es necesario para la ejecución del derecho. El individuo puede recibir alimentos en tanto no haya alcanzado la mayoría de edad (18 años) o después de ésta si carece de suficiencia económica, formación (académica) o trabajo por causa que no le sea imputable<sup>39</sup>.

Para la obtención de alimentos el demandante puede presentarse ante los tribunales de justicia con carácter general o sin formalidad alguna a la fiscalía de menores o la entidad pública (en caso de ser menor de edad). El interesado formula personalmente su reclamación; si se trata de un menor de edad, ésta la puede hacer el representante legal del menor, el fiscal, la entidad pública de protección de menores o aquel

---

<sup>36</sup> Cuarta Partida, Título XIX Ley V.

<sup>37</sup> Cuarta Partida, Título XIX, Ley II.

<sup>38</sup> Cuarta Partida, Título XIX, Leyes II y IV.

<sup>39</sup> Vid. Comisión Europea, accesible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_spa\\_es.htm#1](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_spa_es.htm#1). recuperado [04/02/2009].

que tenga representación por medio de un poder válido ante cualquier instancia judicial. No es necesaria la intervención de intermediarios en el planteamiento del litigio siempre y cuando la persona interesada o su representante legal entablen la demanda; de no ser así, un procurador se hará presente<sup>40</sup>.

Cuando el tribunal asigna una pensión alimentista, ésta debe ser periódica y de carácter mensual, fijada por mensualidades anticipadas, de pago único y a tanto alzado solo en casos especiales (por acuerdo entre las partes o desconfianza); su monto se fija según las necesidades del alimentista y las necesidades del alimentante y/o los coalimentantes; dicho monto puede modificarse si las condiciones originales del alimentista y/o del alimentante varían<sup>41</sup>.

En caso de incumplimiento del deudor, se utilizan como medios de ejecución, la retención del salario -descontado el mínimo vital que estipule el tribunal, más la retención de devoluciones de impuestos-, el embargo de cuentas bancarias, la detracción de prestaciones de seguridad social, el embargo y venta pública de los bienes e incluso la prisión<sup>42</sup>.

Si el ministerio fiscal ostenta la representación legal de un menor puede ayudarle a cobrar la pensión, vale decir que 1: hasta el momento, en España, no hay entidad alguna que remplace las obligaciones del deudor; y, 2: el demandante, en los casos de inasistencia alimentaria debe dirigirse sólo ante los juzgados competentes<sup>43</sup>.

### **3.2. Francia**

Las nociones de alimentos y de “obligaciones alimenticias” según la ley francesa, se basan en la solidaridad familiar, o sea, la ayuda material prestada a determinados familiares y que es impuesta por ley (padres respecto de sus hijos y viceversa; cónyuges durante el matrimonio e incluso luego de divorcio; cónyuges ascendientes y descendientes directos; yernos y nueras respecto de sus suegros y viceversa). La imposición de ley tiene en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Vid. Comisión Europea, accesible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/)

La obligación de alimentos cobija a los niños menores de edad o mayores (mientras éstos no tengan independencia económica).

La legislación francesa actúa en caso de que el acreedor resida en Francia; acreedor y deudor deben ser franceses, donde el primero desea la aplicación de la ley francesa. La persona interesada en la obtención de alimentos debe acudir al tribunal de primera instancia. Pero también pueden el progenitor o el tutor a cargo de la tutela del acreedor, pedir ayuda en nombre de éste<sup>45</sup>.

El acreedor puede interponer medidas legales frente al tribunal de su lugar de residencia o del lugar de residencia del deudor. De la misma manera y para pedir la ayuda de manutención y educación, el acreedor puede presentar demanda ante un tribunal por medio de una carta de citación, sin necesidad de un abogado. Todos los documentos válidos para la demostración del estado de necesidad son necesarios<sup>46</sup>.

El tipo de ayuda puede consistir en una pensión mensual de alimentos, o, en el caso de divorcio legal, en una suma establecida, en efectivo o en bienes en especie. La pensión también puede percibirse como el pago directo de los gastos del acreedor. El monto de la pensión puede fijarse por mutuo acuerdo entre las partes (o por decisión del juez en caso de no acuerdo), dependiendo de los ingresos del deudor y de las necesidades del acreedor. Dicho monto puede modificarse según las oscilaciones del costo de vida<sup>47</sup>.

En caso de no pago, el acreedor puede hacer ejecución del derecho común, acudiendo a embargos de bienes muebles e inmuebles, salarios y cuentas bancarias. Y en caso de fracaso en el cobro de la pensión, el acreedor puede acudir al organismo encargado de pagar los subsidios familiares o al tribunal de primera instancia<sup>48</sup>.

### **3.3. Holanda**

Los alimentos (necesidades básicas y elementales del alimentista), son una obligación que nace por consanguinidad, afinidad o enlace matrimonial

---

[maintenance\\_claim\\_fra\\_es.htm](#), recuperado [04/02/2009].

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Ibidem.

previo. Esta obligación cubre a los progenitores respecto de sus hijos (hasta los 21 años), a los hijos respecto de sus padres, o al cónyuge respecto de su pareja (divorciados o no divorciados) y depende directamente de las necesidades del acreedor (como en el caso de hijos mayores de 21 años, padres o cónyuges que carecen de recursos económicos). La obligación puede verse representada en una pensión establecida por los tribunales. Así, los menores pueden verse beneficiados de una pensión alimenticia (manutención, costos derivados de educación, formación y ocio) hasta los 18 años, sin importar los ingresos que el menor tenga como propios. Para los “adultos jóvenes” (19, 20 y 21 años), la obligación comprende gastos de manutención y educación. Los hijos mayores de 21 años sólo se benefician en caso de necesidad, o de minusvalía física o psíquica<sup>49</sup>.

El derecho internacional privado holandés, de conformidad con las normas de referencia del Convenio de la Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (trb.. 1974, 86), cubre a acreedores y deudores de nacionalidad neerlandesa con residencia habitual en los países bajos, igualmente fuera de los países bajos si la ley de dicho país no concede pensión alimenticia, o cuando se aplica legislación neerlandesa al divorcio en caso de alimentos entre ex cónyuges<sup>50</sup>.

Si se quiere establecer, cambiar o poner fin a una pensión, es necesario un escrito de solicitud presentado por un abogado que representará al alimentista frente al órgano jurisdiccional. Apellido, nombre, fecha de nacimiento y dirección tanto del alimentista como del deudor son necesarios, así como los motivos por los cuales se quiere establecer, cambiar o poner fin a la pensión. Junto con el escrito de solicitud, en el registro del órgano jurisdiccional, se deben presentar documentos que prueben la información declarada (especialmente de la situación financiera, si se trata de demanda de alimentos). La solicitud es presentada por un abogado, y en caso de menores de edad, por un representante legal (el progenitor por lo general)<sup>51</sup>.

En la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional neerlandés dentro de la Unión Europea, se aplica el reglamento “Bruselas I”, que en el artículo 5, Apartado 2, indica que una persona dentro de un Estado miembro puede demandar a otra residente en otro Estado

<sup>49</sup> Vid. Comisión Europea, [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_net\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_net_es.htm), recuperado [05/02/2009].

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> Ibidem.

miembro. Este reglamento (“Bruselas I”) no se aplica fuera de la Unión Europea<sup>52</sup>.

Si se trata de competencia judicial interna, se establece un órgano jurisdiccional competente en asuntos de alimentos, determinado por el Código de Procedimiento Civil<sup>53</sup>.

En cuanto a la pensión, ésta se establece teniendo en cuenta las necesidades del demandante y los medios económicos del demandado.

Los siguientes ingresos y gastos son importantes en la decisión del órgano jurisdiccional<sup>54</sup>:

- Ingresos salariales
- Ingresos por trabajos accesorios
- Becas de estudio
- Prestaciones sociales
- Pensión de jubilación
- Ingresos de (sub) arrendamiento
- Intereses y otras rentas de activos
- Contribuciones a la economía doméstica de otras personas con las cuales se convive
- Posibilidades existentes de aumentar los ingresos (capacidad de ingresos)
- Declaración de bienes
- Pagos por alquiler
- Reembolsos de hipotecas e intereses así como cargas fijas. La parte de la hipoteca que todavía no se ha pagado debe también recogerse aquí
- Pólizas de seguro
- Gastos de viaje regulares necesarios
- Obligaciones económicas con otras personas
- Costes médicos especiales del acreedor de alimentos o miembros de su familia
- Gastos relacionados con la producción de ingresos
- Toda declaración de deudas.

---

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem.

Existe una indización legal por parte del Ministerio de Justicia en las pensiones obtenidas por sentencia judicial o por mutuo acuerdo, y se da de acuerdo con el ajuste en los salarios, con excepciones que deben ser tratadas directamente entre las partes interesadas<sup>55</sup>.

Los pagos de pensiones a menores de edad se hacen al progenitor o al representante legal. Si se trata de ex cónyuges, este pago se hace directamente al acreedor. Un oficial de justicia hace efectiva la orden de sentencia judicial de pago de pensión en caso de incumplimiento por parte del demandado. En otros casos, es el órgano jurisdiccional el que se encarga (por mediación de un abogado). Igualmente se puede acudir a la oficina nacional de cobro de pago de alimentos LBIO (Landelijk bureau inning onderhoudsbijdragen). La LBIO se encarga del cobro en beneficio de menores de edad, no de ex cónyuges, y sus servicios no son gratuitos<sup>56</sup>.

### 3.4. Italia

La legislación italiana define los alimentos como “la prestación de asistencia material debida por ley a la persona o personas necesitadas económicamente, aunque se encuentren en esa situación por razones a ellas imputables” (Artículos 433 y ss. del Código Civil)<sup>57</sup>.

Dentro de las obligaciones de la solidaridad familiar encontramos el deber de prestar alimentos; sin embargo, el mantenimiento de la familia cada vez tiene un carácter más restringido en relación con el concepto según el cual la persona debe tener en la sociedad la garantía de que se satisfagan todas sus necesidades. Este concepto se llama cohesión social<sup>58</sup>.

¿A quiénes y en qué orden se encuentran obligados a prestar alimentos?

1. El cónyuge cuando no subsiste la obligación de mantenimiento, es decir, el cónyuge separado que ha sido condenado a pagar y el cónyuge divorciado que ha recibido la cantidad fijada en la resolución de divorcio, con los intereses.
2. Los hijos, incluidos los adoptados o en su ausencia los descendientes en línea directa.

---

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Vid. Comisión Europea, accesible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_ita\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_ita_es.htm), recuperado [05/02/2009].

<sup>58</sup> Ibidem.

3. Los progenitores o, en su ausencia, los ascendientes directos; los padres adoptivos.
4. Los yernos y nueras.
5. Los suegros.
6. Hermanos de doble vínculo; medios hermanos.
7. Está obligado a prestar alimentos el familiar más cercano de acuerdo con la anterior lista; si hubiere más de una persona del mismo grado, la obligación se reparte entre ellas de acuerdo con su situación económica<sup>59</sup>.

Otros casos:

8. Los beneficiarios están obligados a mantenerse a sí mismos antes de recibir alimentos de los demás obligados.
9. Cuando no hay otros obligados, el cónyuge responsable de la disolución del matrimonio debe prestar los alimentos al cónyuge que actuó de buena fe.
10. Los progenitores de hijos no reconocidos están obligados a prestarles alimentos cuando esos hijos hayan alcanzado la mayoría de edad y los necesiten<sup>60</sup>.

Requisitos para que se configure la obligación de alimentos:

1. Los beneficiarios deben encontrarse en estado de necesidad y ser incapaces de mantenerse por sí mismos parcial o totalmente.
2. Disponibilidad económica del deudor de alimentos, además del vínculo familiar (o de gratitud, en caso de donaciones) existente entre las dos personas<sup>61</sup>.

En el régimen de alimentos italiano:

1. No se permiten cesiones, renunciaciones, compensaciones, ni recurrir a árbitros.
2. El derecho de alimentos no prescribe.
3. Los pagos de alimentos no se pueden embargar ni pignorar; de la masa de la quiebra se excluye la cantidad necesaria para el mantenimiento del deudor y su familia.

---

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.

4. Ni el deudor ni el acreedor de alimentos pueden transmitir esta obligación a sus sucesores<sup>62</sup>.

El deber que existe entre los cónyuges a mantenerse entre sí, por un lado, y el deber de los progenitores a mantener a sus hijos, por el otro, son el más importante acto de solidaridad en la unidad familiar<sup>63</sup>.

La obligación anteriormente citada y llamada de mantenimiento y a diferencia de los “alimentos”, refleja la relación normal en el seno de la familia; tiene una característica particular como lo es la no presuposición de un estado de necesidad material (es decir, la incapacidad de satisfacer las necesidades básicas para vivir), y el cumplimiento de las obligación no requiere ningún tipo de formalidad con excepción del caso de separación legal<sup>64</sup>.

En el último caso (separación legal):

1. Ambos progenitores están obligados a mantener a los hijos, con independencia de a quien corresponda su custodia.
2. En el caso de separaciones sin parte culpable, aquel de los cónyuges que carezca de ingresos suficientes y se encuentre en peor situación económica puede reclamar el pago de una pensión alimenticia al otro, de forma que pueda mantener el nivel de vida anterior a la separación.
3. El cónyuge culpable de la separación solo podrá recibir una pensión alimenticia si se encuentra en situación de necesidad<sup>65</sup>.

En los casos de divorcio:

1. Ambos progenitores están obligados a mantener a los hijos, de acuerdo con las mismas normas que en el caso de separación;
2. El cónyuge sólo tiene derecho a una pensión alimenticia si no dispone de medios suficientes para mantener el nivel de vida anterior a la separación y si su situación económica es peor que la de su ex cónyuge<sup>66</sup>.

En Italia, la obligación del pago de alimentos a los hijos tiene carácter residual, es decir, los progenitores tienen que seguir manteniendo a los

---

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Ibidem.

hijos comunes cuando son menores de edad y aun cuando han alcanzado la mayoría de edad hasta que adquieran una situación económica que les brinde independencia<sup>67</sup>.

En cuanto al tema de ante quien se dirige el demandante, en Italia, las demandas para la obtención de alimentos sólo se pueden presentar ante los órganos judiciales.

En Italia sólo los órganos judiciales tienen la facultad de imponer la obligación del pago de alimentos. Y a los órganos judiciales italianos se puede acudir por medio de representante que actúe por un poder. Lo anterior para los casos de reclamación en nombre de pariente, de persona cercana o de menor de edad<sup>68</sup>.

El interesado que quiera conocer el órgano jurisdiccional competente para cada caso en particular, debe tener en cuenta la ley en cuanto a la competencia según la cuantía y el territorio. Así: los asuntos de alimentos por encima de 2.582,28 euros corresponden a los tribunales (*tribunale*) y los jueces de paz (*giudice di pace*) tienen competencia en los asuntos por debajo de tal suma<sup>69</sup>.

En los casos de separación o divorcio, la decisión sobre los alimentos corresponde al juez que conoció de los mismos. A pesar de lo anterior, la demanda de modificación del acuerdo que haya sido propuesta por el cónyuge separado o divorciado está sujeta a las normas ordinarias de competencia por cuantía y territorio, que vimos en el primer párrafo<sup>70</sup>.

Cuando se trate de menores, la pensión, se paga al padre que tiene la custodia. En cuanto a los hijos mayores de edad (pero que no tienen independencia económica) el padre que tenga la custodia y continúe ocupándose de ellos tiene el derecho (en paralelo con el derecho diferente del hijo) a recibir los pagos de alimentos del hijo. En todo caso, será el juez quien determine la forma y las modalidades del pago<sup>71</sup>.

Para garantizar que el deudor cumplirá sus obligaciones económicas, los medios que tiene el acreedor para obtener el pago por medio de coerción

---

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Ibidem.

son las medidas cautelares para proteger su crédito y también obtener el pago mediante el embargo de bienes y de sumas debidas por terceros<sup>72</sup>.

El no pagar alimentos constituye un delito por incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar (Artículo 570 del Código Penal). Recurrir a las instancias penales ha demostrado ser efectivo para prevenir que los cónyuges rehuyan a sus responsabilidades<sup>73</sup>.

### 3.5. Reino Unido

Los progenitores pueden pagar alimentos para sus hijos o para cualquier hijo de la familia a la persona que los tenga a su cargo.

Según la legislación inglesa, los progenitores pagan alimentos a los hijos menores de 18 años, bajo el precepto del Anexo 1 del *Children Act* de 1989. Es necesario haber interpuesto la correspondiente demanda. En el caso de los hijos mayores de 18 años, se encuentran en condición de recibir alimentos en tres casos: 1. Para continuar sus estudios 2. Mientras aprenden una profesión u oficio y, 3. En circunstancias especiales<sup>74</sup>.

Los progenitores que no conviven con sus hijos menores de 16 años, o de 19, si están en la escuela u otro centro de enseñanza equivalente, pagan los alimentos a través de un organismo del gobierno que presta ayuda al menor (*Child Support Agency*). Este último fija la pensión mediante un proceso de tipo administrativo y no judicial. El valor de la pensión se abona al progenitor o a quien se encuentre con la custodia del menor<sup>75</sup>.

Vale decir que en Inglaterra, el divorciado puede pagar alimentos a su ex cónyuge y que cualquiera de los cónyuges puede recibir alimentos.

En Inglaterra y bajo los preceptos del Anexo 1 de la Ley del Menor de 1989, no existe un límite de edad para percibir alimentos<sup>76</sup>.

En Inglaterra y Gales se aplica, en los casos de alimentos para los hijos, la ley de ayuda al menor (*Child Support Act*) 1991, que posteriormente

---

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Vid. Comisión Europea, accesible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_eng\\_es.htm#1](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_eng_es.htm#1), recuperado [05/02/2009].

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> Ibidem.

fue modificada por la ley de ayuda al menor, pensiones y seguridad social (*Child Support, Pensions and Social Security Act*) de 2000<sup>77</sup>.

Curiosamente en Inglaterra, para reclamar alimentos para los hijos se permite el uso de unas líneas telefónicas de servicio nacional de ayuda al menor (*Child Support National Helpline*). Las líneas están abiertas de lunes a sábado desde las ocho de la mañana. Además de ser permitida la reclamación por medio del teléfono, es posible también hacerla por medio de un formato impreso. Quien tramite la solicitud debe especificar la información sobre los hijos para quienes solicita alimentos y sobre la existencia de acuerdos que hayan sido contraídos con el otro progenitor en materia de alimentos y en materia de cuidado de los menores. El siguiente paso, es el contacto con la otra parte, que también deberá entregar la información necesaria para que el organismo de ayuda al menor (*Child Support Agency*) actúe y evalúe la situación para de esta manera calcular la cuantía de los alimentos<sup>78</sup>.

El organismo citado (*Child Support Agency*) se encarga entonces de realizar el monto de la pensión de alimentos de los hijos y se encarga de cobrarla y entregarla a quien corresponda. Vale aclarar que esta actuación es realizada por tal agencia sin cobrar ningún precio<sup>79</sup>.

Según la Ley de Inglaterra, se encuentran facultados para solicitar alimentos:

“Los progenitores que no conviven con sus hijos menores de 16 años, o de 19, si están cursando estudios no superiores a tiempo completo (en la escuela u otro centro de enseñanza equivalente) les pagan alimentos a través del organismo de ayuda al menor (*Child Support Agency*)<sup>80</sup>.

A los progenitores con hijos a su cargo que solicitan determinadas prestaciones de la seguridad social por renta (un complemento de ingresos o un subsidio de desempleo basado en los ingresos) se les trata automáticamente como reclamantes de alimentos, salvo que renuncien voluntariamente a ello. Si lo hacen, la prestación que cobran puede reducirse<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> Ibidem.

Si el progenitor que tiene hijos a su cargo no solicita prestaciones y ya hay algún acuerdo en vigor, es posible que el organismo de ayuda al menor (*Child Support Agency*) no pueda aceptar la solicitud. Dichos acuerdos pueden ser determinadas resoluciones judiciales sobre el pago de cantidades periódicas en concepto de alimentos dictadas antes del 3 de marzo de 2003, las dictadas en esa fecha o con posterioridad que tengan menos de un año de antigüedad y los acuerdos por escrito en materia de alimentos anteriores al 5 de abril de 1993<sup>82</sup>.

Los acuerdos alcanzados en materia de alimentos no impiden que los progenitores con hijos a su cargo que cobran prestaciones de seguridad social reciban una pensión alimenticia en beneficio de los hijos. En estos casos, al calcular la cuantía quedan anulados los acuerdos existentes<sup>83</sup>.

En los casos recogidos en el Anexo 1 de la ley del menor de 1989, los alimentos se solicitan al tribunal.”

En Inglaterra, la reclamación de los alimentos puede ser interpuesta por un amigo, un pariente o un abogado, quien realiza tal solicitud en nombre del progenitor o de quien tenga los niños a su cuidado. Esta última o el progenitor debe dar autorización a quien interpone la demanda, exceptuando el caso en que dicha persona ya se encuentre autorizada. También es curioso cómo en Inglaterra y Gales no está permitido presentar una reclamación en nombre de un menor, siendo que tales, los menores, están facultados para solicitar los alimentos por sí mismos<sup>84</sup>.

Quien reclame los alimentos deberá dirigirse a los juzgados de paz (*magistrates' courts*) o a los juzgados de condado (*county courts*).

La tramitación de las demandas de alimentos para los hijos es un proceso administrativo que gestiona el organismo de apoyo al menor (*Child Support Agency*)<sup>85</sup>.

En Inglaterra es facultativo contar con la representación de un abogado para hacer la solicitud de alimentos a un tribunal. Lo anterior, de conformidad con el anexo 1 de la ley del menor de 1989<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> Ibidem.

En Inglaterra se tienen unos criterios más objetivos para realizar el cálculo de la cuantía de los alimentos:

“Cuando los ingresos semanales netos del progenitor no residente superan las 200 libras, la cuantía se calcula como porcentaje de estos ingresos. Por un hijo se aplica el 15 %, por dos el 20 % y por tres o más el 25 %. Si los ingresos semanales netos del progenitor no residente superan las 100 libras pero no alcanzan las 200, se aplica un porcentaje reducido. Si el progenitor no residente tiene unos ingresos inferiores a 100 libras netas semanales o cobra algún subsidio de la seguridad social, se establece una cantidad a tanto alzado de 5 libras.

Si el progenitor no residente tiene hijos a su cargo en su familia actual, se reduce la cantidad de los ingresos semanales netos utilizada para calcular la cuantía de los alimentos.

La cuantía de los alimentos también se puede reducir si el progenitor no residente se hace cargo de los hijos al menos una noche por semana (por ejemplo, 52 noches equivalen a una reducción de una séptima parte, 104 noches a una reducción de dos séptimas partes).

Para calcular la cuantía de los alimentos de los hijos no se tienen en cuenta los ingresos del progenitor que tiene a los hijos a su cargo.”<sup>87</sup>

Los medios coercitivos con que se cuenta en Inglaterra son: un método concreto de pago, el embargo del salario o una pena de prisión o el tribunal puede dictar una resolución que establezca el pago directamente al tribunal.

Cuando el progenitor no paga la obligación consistente en la pensión de alimentos de sus hijos, el organismo de apoyo al menor puede adoptar las medidas que considere necesarias para garantizar el pago de las mismas. Tal organismo de apoyo al menor, tiene a su disposición una serie de herramientas de las que puede echar mano, entre la deducción salarial (que se hace de manera directa) o la ejecución de la sentencia. También puede, en caso de ser necesario solicitar el ingreso a la prisión del deudor o el retiro del permiso de conducir; medida esta última, un poco curiosa a la vista de nuestro derecho<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> Ibidem.

Es de agregar, que si el deudor no paga dentro del plazo dado, el organismo que tantas veces hemos citado, puede imponer una multa de hasta el 25 del valor de la pensión semanal (en Inglaterra la mayoría de los importes son pagados y cobrados de manera semanal, a diferencia de nuestro país donde casi siempre se hace de manera mensual) dicha multa se aplica cada semana que no se efectúe el pago y no se entrega al destinatario (progenitor o persona que tiene bajo su cuidado a los niños) sino que es retenida por el Estado para luego ser reembolsada a la agencia que se encarga de efectuar los pagos administrativos adicionales<sup>89</sup>.

#### **4. EL DERECHO DE ALIMENTOS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN SU TRATAMIENTO**

Las primeras nociones del derecho de alimentos datan del año 1887. Cabe aclarar que los conceptos que sobre el derecho de alimentos incluye el Código Civil Colombiano no fueron adoptados de manera idéntica a los ya existentes en su época en el Código Civil de Andrés Bello. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurrió en otros temas, los cuales fueron adoptados sin diferencias.

Las principales diferencias que se observan entre los textos originales de uno y otro Código son referentes a los beneficiarios.

Así pues, el Artículo 411 del Código Civil colombiano incluye a los hijos adoptivos y padres adoptantes, mientras que el Artículo 321 del Código Civil Chileno no lo hace porque en ese momento la adopción no era reconocida en Chile.

Por su parte, el Artículo 321 incluye tres sujetos que no contempla el texto del Código Colombiano, tal como lo hace notar Don Fernando Vélez<sup>90</sup>. Son ellos: Los hijos legítimos, la madre ilegítima y el ex religioso que por su exclaustración haya sido restituido en los bienes que en virtud de su muerte civil pasaron a otras manos.

Nuestro Código Civil, con respecto al tema que nos ocupa, contiene normas que regulan este asunto, principalmente las del Título XXI,

---

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano Tomo II. 2ª edición. París: Imprenta París-América, 1898. p. 36.

Artículos 411 a 427, de los cuales explicaremos los que consideramos más relevantes en relación con el objeto del presente trabajo de investigación.

El Artículo 413 divide los alimentos en congruos y necesarios. “... Congruos son los que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida...”.

Ahora bien, por su parte, el Artículo 419 del Código Civil nos indica la obligación de tener en cuenta las “facultades del deudor y sus circunstancias domésticas” a la hora de tasar los alimentos.

A su vez, el Artículo 418 del mismo Código –que es una de las normas que dieron motivación a esta tesis-, reza lo siguiente:

“Artículo 418. En caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo.”

Este artículo es de vital importancia para este trabajo de grado pues es precisamente el que sirve de base para la formulación de algunas propuestas normativas que se analizarán al final del mismo como la modificación de un artículo del Código Penal colombiano.

Como vemos, el Código Civil estatuye una sanción para quienes colaboren de manera dolosa con quien solicita los alimentos utilizando como fundamento situaciones o hechos no reales para obtener una cuota alimentaria por encima de la que debería obtener.

Empero, no encontramos ni en el Código Civil ni en el Código Penal colombiano una norma que imponga algún tipo de sanción y/o castigo para aquellos que colaboren de manera dolosa con el deudor de los alimentos para que éste tenga una situación económica y/o doméstica que haga que pague una cuota menor a la que, de no haber creado esa situación, habría pagado o debería pagar. Por ello se deja planteada esta situación, la cual se considera una deficiencia de la legislación en desmedro de los derechos de los acreedores principales de las obligaciones alimentarias, entre ellos los niños y las niñas.

Posterior a las normas internas del derecho colombiano anteriormente citadas, aparece un conjunto de principios, declaraciones y reglas del

derecho internacional que luego tendrán incidencia en la regulación actual de la obligación alimentaria en el derecho colombiano, tales como las siguientes:

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual incluyó en su texto disposiciones que tienen relación con el tema de los alimentos. De manera particular podemos resaltar el Artículo 25º, el cual dispuso:

“Artículo 25º

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, establece como principios, la especial protección y estatus de los menores, de acuerdo con los siguientes textos:

“Principio II

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

(...)

**Principio IV**

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.”

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, hizo lo propio en el reconocimiento de normas

o principios que se relacionan de manera directa con el derecho de alimentos y la protección especial que los Estados deben brindar a los menores, en los siguientes términos:

“Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Artículo 11.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. (...)”

Mediante la Ley 74 de 1968, Colombia incorporó al derecho interno tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año; igualmente, mediante la Ley 16 de 1972, Colombia aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969). Tales instrumentos internacionales proclaman la primacía de los derechos de los niños y su importancia a nivel tanto nacional como internacional.

Por su parte, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, en su Artículo 1° señaló que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

A su vez, el Artículo 3 de la citada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, se repite, incorporada al derecho colombiano por la Ley 12 de 1991, establece:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Por su parte, en 1989 fue expedido en Colombia el Decreto Ley 2737, por medio del cual se adoptó el Código del Menor, el cual reguló, con carácter especial, en el Título Tercero, la situación del menor que carece de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas y en el Capítulo III de dicho Título (Artículos 133 a 159, lo concerniente a alimentos del menor.

Desde el punto de vista de nuestra Constitución, se puede afirmar que el fundamento del derecho de alimentos es el principio de solidaridad social (Artículos 1 y 95, Núm. 2 de la Constitución Política) en el interior de la familia, por ser ésta la institución básica de la sociedad (Artículo 5) 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, en los grados señalados en la ley.

De manera especial, la Constitución Política de 1991 se preocupó por la protección de los derechos de los niños, por lo que elevó a rango constitucional la prohibición de conductas que atenten contra sus derechos fundamentales.

En efecto, según el Artículo 44 de la Constitución Política, 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.

Agrega dicha norma que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Esta disposición consagra que los derechos fundamentales de los niños tienen prevalencia sobre los derechos de las otras personas.

Tal protección constitucional especial es plenamente concordante con el Derecho Internacional y es desarrollo del concepto del interés superior del niño plasmado en el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, antes descrita y en virtud de la cual “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.

A partir de la entrada en vigencia de la carta de derechos contenida en la Constitución Política de 1991, transcurrieron 15 años sin que se aprobaran normas sobre estas materias hasta la aprobación del Código de la Infancia y la Adolescencia contenida en la Ley 1098 del año 2006. Este Código regula de manera específica estas materias y establece las siguientes disposiciones sobre el tema de los alimentos:

**ARTÍCULO 24. DERECHO A LOS ALIMENTOS.** 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. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción, y en general todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.

(...)

**ARTÍCULO 129. ALIMENTOS.** En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del defensor de familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.

La sentencia podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta los satisfaga. En tal caso, si el obligado no cumple la orden dentro de los diez días hábiles siguientes, el juez procederá en la forma indicada en el inciso siguiente.

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. Con dicho fin decretará embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes o derechos de aquél, los cuales se practicarán con sujeción las reglas del proceso ejecutivo.

El embargo se levantará si el obligado paga las cuotas atrasadas y presta caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes.

Cuando se trate de arreglo privado o de conciliación extrajudicial, con la copia de aquél o del acta de la diligencia el interesado podrá adelantar proceso ejecutivo ante el juez de familia para el cobro de las cuotas vencidas y las que en lo sucesivo se causen. Cuando se tenga información de que el obligado a suministrar alimentos ha incurrido en mora de pagar la cuota alimentaria por más de un mes, el juez que conozca o haya conocido del proceso de alimentos o el que adelante el ejecutivo dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad ordenando impedirle la salida del país hasta tanto preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaria y será reportado a las centrales de riesgo.

La cuota alimentaria fijada en providencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado se entenderá reajustada a partir del primero de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios al consumidor, sin perjuicio de que el juez, o las partes de común acuerdo, establezcan otra fórmula de reajuste periódico.

Con todo, cuando haya variado la capacidad económica del alimentante o las necesidades del alimentario, las partes de común acuerdo podrán “modificar la cuota alimentaria, y cualquiera de ellas podrá pedirle al juez su modificación.

En este último caso el interesado deberá aportar con la demanda por lo menos una copia informal de la providencia, del acta de conciliación o del acuerdo privado en que haya sido señalada.

Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también al ofrecimiento de alimentos a niños, niñas o adolescentes.

El incumplimiento de la obligación alimentaria genera responsabilidad penal.

**ARTÍCULO 130. MEDIDAS ESPECIALES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.** Sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes, el juez tomará las siguientes medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria:

1. Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el Juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley. El Incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquél o de éste se extenderá la orden de pago.

2. Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones, pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, o la titularidad sobre bienes o derechos patrimoniales de cualquier otra naturaleza, en cabeza del demandado, el Juez podrá decretar medidas cautelares sobre ellos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los frutos que produzcan. Del embargo y secuestro quedarán excluidos los útiles e implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria.

**ARTÍCULO 131. ACUMULACIÓN DE PROCESOS DE ALIMENTOS.** Si los bienes de la persona obligada o sus ingresos se hallaren embargados por virtud de una acción anterior fundada en alimentos o afectos al cumplimiento de una sentencia de alimentos, el juez, de oficio o a solicitud de parte, al tener conocimiento del hecho en un proceso concurrente, asumirá el conocimiento de los distintos procesos para el sólo efecto de señalar la cuantía de las varias

pensiones alimentarias, tomando en cuenta las condiciones del alimentante y las necesidades de los diferentes alimentarios.

**ARTÍCULO 132. CONTINUIDAD DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.**

Cuando a los padres se imponga la sanción de suspensión o pérdida de la patria potestad, no por ello cesará la obligación alimentaria. Esta obligación termina cuando el niño, la niña o el adolescente es entregado en adopción.

**ARTÍCULO 133. PROHIBICIONES EN RELACIÓN CON LOS ALIMENTOS.**

El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él.

No obstante lo anterior, las pensiones alimentarias atrasadas podrán renunciarse o compensarse y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse o cederse, con autorización judicial, sin perjuicio de la prescripción que compete alegar al deudor.

(...)

**ARTÍCULO 217. DEROGATORIA.** El presente Código deroga el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor a excepción de los Artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes; también deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Finalmente, los artículos 233 a 235 del Código Penal tipifican los delitos de inasistencia alimentaria.

Del anterior catálogo de normas se puede observar cómo ha sido prolijo el tratamiento de la obligación alimentaria. Sin embargo, desde el punto de vista de su aplicación, requiere en nuestro sentir una profunda evaluación y posteriormente una completa modificación especialmente en lo que se refiere a la fijación, revisión o reajuste y procedimientos, lo mismo que a la regulación de los efectos del dolo tanto para su obtención, como para la sustracción del pago de la obligación alimentaria, tanto desde el punto de vista civil como penal.

## **5. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

A partir de la evolución jurisprudencial de las Altas Cortes, se dilucidan cuestionamientos motivados en el deseo de brindar un cubrimiento armónico

de las contingencias sociales que se presentan en la sociedad, siendo una de ellas la Asistencia Alimentaria, en la que la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, es pilar fundamental a la hora de la toma de una decisión por parte del juez.

Desde tiempos remotos ha sido reconocida la responsabilidad que como padres se tiene para con los hijos en aras de velar por su desarrollo y garantizarles la protección a su derecho a una vida digna; es por ello que, en ocasiones, es relevante mencionar algunos de los pronunciamientos por medio de los cuales esclarecemos casos que resultan representativos .

En consecuencia, se iniciará un análisis de los diferentes pronunciamientos en la Corte Constitucional, y la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del tratamiento y evolución de la figura de la asistencia alimentaria.

### **5.1. La asistencia alimentaria**

En la Sentencia C-237/97, la Corte Constitucional aborda por primera vez el tema del derecho de alimentos y señala los siguientes conceptos importantes:

“La obligación alimentaria no difiere de las demás obligaciones civiles. Ella presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho.

(...)

El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia. Los términos de la obligación aparecen regulados en la ley, que contiene normas sobre los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales; el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto, y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad.”<sup>91</sup>

En la Sentencia C-919/01, la Corte Constitucional se ocupó de definir lo que conocemos como alimentos y su ámbito de aplicación:

---

<sup>91</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 1997.

“El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar, de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselos por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.”<sup>92</sup>

En esta misma Sentencia la Corte Constitucional se refirió a la fuente jurídica de la obligación alimentaria al estudiar la exequibilidad del orden de prelación de dicha obligación para los menores de edad, en los siguientes términos:

“...por regla general el derecho de alimentos se deriva del parentesco (...) la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, aunque también puede provenir de una donación entre vivos, tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil. Por esta razón, se ha señalado que ‘dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo a razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria (...)’<sup>93</sup>

En la Sentencia C-305/99, la Corte Constitucional señaló que la obligación de dar alimentos y demás elementos para la subsistencia del menor (o la persona que por ley esté legitimada para solicitarlos), no solo es exigible a las personas residentes en territorio nacional. En esta sentencia encontramos que se estipula la posibilidad de obtener alimentos de una persona que se encuentre en el extranjero. A continuación el texto de la sentencia incluye la convención de obtener alimentos en el extranjero dando certeza a las personas de la existencia de una obligación que es inherente a la postura como padre.

Así pues, la Corte se pronuncia de la siguiente manera:

“(...) dar urgente solución a la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero. Se trata, pues, de un convenio multilateral que pretende facilitar los procedimientos jurídicos que procuran la efectividad de un derecho básico garantizado en los ordenamientos civiles de los Estados, cuando la persona requerida, en razón de su relación familiar o de otra índole que justifica su

<sup>92</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-919 de 2001.

<sup>93</sup> Op. Cit. Sentencia C-237 de 1997.

apoyo económico a la necesitada -según la ley correspondiente-, se encuentra fuera de la jurisdicción estatal que la obliga y que tiene previstos medios coercitivos para la exigibilidad de las prestaciones que debe. El contenido de lo propuesto, al cual el Gobierno de Colombia puede adherir después de esta Sentencia, respeta plenamente los principios y mandatos de la Constitución Política (...)”<sup>94</sup>

La citada Sentencia tiene una concepción humanitaria basada en el criterio superior, según el cual, los instrumentos jurídicos que el Estado suscriba, entre ellos los provenientes del manejo de las relaciones internacionales, deben estar al servicio de la persona y la familia, de su dignidad y de sus derechos esenciales. Y el propósito no podría ser más plausible, pues justificó la Conferencia de las Naciones Unidas en cuyo marco se concibió: dar urgente solución a la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero:

“Se trata, pues, de un convenio multilateral que pretende facilitar los procedimientos jurídicos que procuran la efectividad de un derecho básico garantizado en los ordenamientos civiles de los Estados en Colombia mediante los Artículos 411 a 427 del Código Civil adoptado en 1887-, cuando la persona requerida, en razón de su relación familiar o de otra índole que justifica su apoyo económico a la necesitada según la ley correspondiente, se encuentra fuera de la jurisdicción estatal que la obliga y que tiene previstos medios coercitivos para la exigibilidad de las prestaciones que debe.”<sup>95</sup>

Por su parte, en la Sentencia C-875/03 la Corte Constitucional se ocupa del derecho de alimentos, elaborando una línea jurisprudencial sobre el tratamiento de las Altas Cortes del tema que corresponde a quien se le deben alimentos y cómo procede esta obligación. Así, en esta Sentencia C-875/03 se examina la posición de la Corte Suprema de Justicia:

“En virtud del derecho de alimentos, una persona puede exigirle a otra el suministro de los bienes necesarios para su subsistencia que la misma no puede proveerse por cuenta propia.

En términos de la Corte Suprema de Justicia, “la obligación alimentaria es un deber jurídico impuesto a una persona para asegurar la subsistencia de otra, deber que puede provenir de la ley, de una convención o de testamento”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-305/99.

<sup>95</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-305 de 1999.

<sup>96</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 18 de noviembre de 1994, M.P. Héctor Marín Naranjo.

Continúa la Corte Constitucional, en la sentencia referida, su estudio diciendo que:

“En términos de esta Corporación, los fundamentos constitucionales de la obligación alimentaria son los siguientes:

‘La obligación alimentaria, contemplada de tiempo atrás en el Código Civil, encuentra hoy fundamentos mucho más firmes en el propio texto de la Constitución Política, particularmente en cuanto respecta a los niños (art. 44 C.P.), a las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y al cónyuge o compañero permanente (art. 42 C.P.), y es evidente que el legislador no sólo goza de facultades sino que tiene la responsabilidad de establecer las normas encaminadas a procurar el cumplimiento de los deberes a cargo del alimentante, las acciones y procedimientos para que los afectados actúen contra él y las sanciones aplicables, que pueden ser, como resulta del ordenamiento jurídico vigente, de carácter civil y de orden penal’ (Sentencia C-657 de 1997).

La obligación alimentaria, además, se subordina al principio de proporcionalidad en la medida en que su imposición consulta la capacidad económica del alimentante así como la necesidad concreta del alimentario. En reconocimiento de dicho principio la Corte Constitucional ha sostenido que:

‘... la obligación alimentaria, no es solamente una prestación de carácter económico, sino, especialmente, una manifestación del deber constitucional de solidaridad<sup>97</sup> y de responsabilidad, fundadas, de una parte, en la necesidad del alimentario y en la capacidad del alimentante, y, de otra, en la libre determinación de constituir una familia y de elegir el número de hijos que se desea procrear<sup>98</sup> (Sentencia C-011 de 2002).  
(...)

De otro lado, los alimentos pueden dividirse en voluntarios y legales. Son legales los que se deben por ministerio de la ley mientras que los voluntarios tienen origen en un acuerdo particular o en la voluntad unilateral del alimentante (artículos 411 y 427 C.C.).

---

<sup>97</sup> “(...) No difiere de las demás obligaciones civiles, ella presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada como supuesto capaz de generar consecuencias de derecho. Su especificidad radica en su fundamento y finalidad, pues dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad, que une a los miembros más cercanos de la familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios.” (...) En síntesis cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley le obliga, pues el deber de asistencia del Estado es subsidiario (...).” Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2000-, en igual sentido C-125 de 1996.

<sup>98</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2000.

En el régimen del Código Civil, los alimentos legales tienen otra subdivisión: éstos pueden ser congruos o necesarios. ‘Los congruos habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social’, mientras que los necesarios sólo dan lo indispensable para la subsistencia (art. 413 C.C.).”

## 5.2. Los titulares del derecho de alimentos

Sobre el tema, en la misma Sentencia C- 875 de 2003, la Corte Constitucional señala que:

“ (...)

Ahora bien, las personas frente a las cuales se tiene obligación alimentaria en el régimen colombiano son las enumeradas en el artículo 411 del Código Civil. Dice la norma que se deben alimentos:

Al cónyuge.

A los descendientes.

A los ascendientes.

Modificado. Ley 1ª/76, art. 23. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa.

Modificado. Ley 75/68, art. 31. A los hijos naturales.

Modificado. Ley 75/68, art. 31. A los ascendientes naturales.

A los hijos adoptivos.

A los padres adoptantes.

A los hermanos legítimos.

Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.”

(...)

De acuerdo con la normatividad contenida en el Artículo 414 del Código Civil, los alimentos congruos se debían a las personas designadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 10 del Artículo 411, lo cual implicaba que los individuos reseñados en los numerales restantes, vale decir, los hijos y ascendientes extramatrimoniales, los hijos adoptivos, los padres adoptantes y los hermanos legítimos, sólo tenían derecho a reclamar alimentos necesarios. No obstante, la clasificación mencionada ha perdido vigencia gracias a que la legislación posterior extendió el derecho a los alimentos congruos a otros individuos.

En efecto, la Ley 45 de 1936 (Art.25) concedió el derecho de alimentos congruos a los hijos extramatrimoniales (antes denominados naturales), así como a los ascendientes del mismo orden. Los hijos adoptivos tuvieron derecho a los alimentos congruos a partir de lo dispuesto en la Ley 5ª de 1975. Posteriormente, con la expedición de la Ley 29 de 1982, tanto hijos legítimos como extramatrimoniales y adoptivos adquirieron los mismos

derechos, razón por la cual, a partir de esa fecha, no existe diferencia de trato respecto de la obligación alimentaria.

Otro avance jurídico en la materia se produjo con ocasión de la expedición del Código del Menor. El Decreto 2737 de 1989 –Código del Menor– dispuso en su Artículo 133 que la obligación de suministrar alimentos no sólo incluye los bienes indispensables para la subsistencia del menor, sino aquellos necesarios para su desarrollo integral armónico. De conformidad con el artículo mencionado, los alimentos que se deben a los menores de edad incluyen “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral educación o instrucción del menor”. En estos términos, el artículo introdujo un concepto moderno de obligación alimentaria, más acorde con el principio de dignidad humana y con las necesidades actuales del desarrollo infantil.

En conclusión, de acuerdo con la normativa posterior al Código Civil, puede decirse que aunque la clasificación de alimentos congruos y necesarios no ha sido definitivamente abolida, ésta sí ha perdido vigor respecto de muchas de las personas frente a las cuales se tiene obligación alimentaria. Los hijos menores de edad, por ejemplo, no se sujetan a dicha clasificación, por lo que puede afirmarse que respecto de ellos la clasificación del Artículo 411 no es aplicable.

Frente al ámbito de regulación de la obligación alimentaria, en Sentencia del 27 de noviembre de 1989, la Corte Suprema de Justicia analizó una providencia judicial dictada por un juez de familia que ordenaba pagar alimentos a la hija del demandado, pese a haber llegado aquella a la mayoría de edad. El demandado impugnó la decisión judicial por considerar que al haber alcanzado su hija los 18 años, debía declararse extinguida la obligación alimentaria. En esa ocasión la Corte sostuvo que:

“no por el simple hecho de adquirir el hijo menor, estando en curso el proceso de separación de cuerpos de sus padres, la mayor edad, se le puede privar sin más de la condición de acreedor de los alimentos a que tenía derecho. Derecho éste que, como es apenas obvio, existirá hasta tanto no cesen las circunstancias que estructuran en todo evento la obligación de dar alimentos, cuales son, en esencia, la necesidad de que ellos tienen el alimentario y la capacidad en que esté el demandante de suministrarlos. ... Si, como fluye del expediente, la mentada hija se halla aún adelantando estudios, el sólo hecho de alcanzar la mayor edad no le cercena, *per se*, el derecho que tiene a los alimentos que le impuso el tribunal.”<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia del 27 de noviembre de 1989, M.P. Rafael Romero Sierra.

Sumado a lo anterior, en providencia de mayo de 1991, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia estudió una demanda de alimentos interpuesta contra el padre de un hombre y una mujer, mayores de edad, porque aquél se negaba a cumplir con la obligación alimentaria aduciendo que sus hijos tenían más de 18 años, reiterando su posición en el sentido de que el Artículo 422 del Código Civil también se aplica a los acreedores alimentarios mayores que se encuentran estudiando y que por dicha circunstancia no están en capacidad de desempeñar una actividad laboral.

En una tercera oportunidad, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 9 de julio de 1993, resolvió una tutela interpuesta a favor de una joven que vio truncada su esperanza de reclamar alimentos a su padre porque el juez de familia resolvió levantar el embargo sobre los bienes de éste, con la excusa de haber cumplido la demandante la mayoría de edad. De nuevo adujo la Corte que el cumplimiento de la mayoría de edad no constituye razón suficiente para perder los alimentos, dándose el hecho de que el acreedor alimentario se encuentre adelantando estudios y no tenga la disposición de tiempo para realizar una actividad laboral de la cual pueda derivar su subsistencia:

“En efecto, como viene de verse, la norma aludida [el Artículo 422 del Código Civil] establece que los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, mientras se halle inhabilitado o impedido para subsistir de su trabajo, caso de haber llegado a la mayoría de edad.

“Por otra parte, llegándose a dar la circunstancia que permita al alimentante exonerarse de su obligación de proporcionar alimentos, esta debe ser alegada por el interesado en que así se declare, a través del proceso correspondiente, sin que le sea permitido al juez, sin presentarse ni siquiera la correspondiente demanda ni aun de oficio, entrar a decretar tal exoneración. ... Así entonces, en tales circunstancias resulta inequívoco y manifiestamente ilegal el proveimiento consistente en decir que, por haber llegado a la mayoría de edad el alimentario, la obligación de tal naturaleza que a través del proceso correspondiente venía cumpliéndose, queda extinguida y, por lo tanto, tenga que exonerarse sin más de prestar alimentos a quien se encuentra obligado a ello; hacerlo así, no es más ni menos que arremeter contra la normatividad vigente y actuar el funcionario fundado en su propio parecer personal...”

La misma posición fue reiterada en el año de 1994 cuando la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en la Sentencia del 18 de noviembre de 1994 con Magistrado Ponente Héctor Marín Naranjo:

“Pues bien, ese es precisamente el caso puesto a consideración de la Sala, toda vez que la solicitante de los alimentos debidos por el acá accionante,

acude a la obligación que éste tiene respecto a ella por su condición de hija, sin que su edad tenga repercusión alguna para exigir el cumplimiento de un deber económico que de conformidad con la decisión condenatoria adoptada, encontró exigible el juzgado del conocimiento.

“De otro lado, la preceptiva que dimana del artículo 422 del Código Civil, no deja duda en el sentido de que se deben alimentos necesarios al hijo que estudia, aunque haya alcanzado la mayoría de edad, consecuencia que deviene, además, de lo expresado en la parte inicial de ese mismo artículo, cuando dispone que, ‘Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.’

“Es ese, en efecto, el sentido acogido invariablemente por la Jurisprudencia emanada de esta Corporación, tal como así se desprende de la sentencia que data de 7 de mayo de 1991, la que sobre el punto, determinó: “...Según el alcance que la Jurisprudencia le ha dado al artículo 422 del Código Civil, se deben alimentos necesarios al hijo que estudia, aunque haya alcanzado mayoría de edad... en tanto se encuentren inhabilitados para subsistir de su trabajo, lo que puede obedecer a que estén adelantando estudios.”

Resulta así mismo necesario mencionar la Sentencia C- 798-08 proferida por la Corte Constitucional en la que se reconocen derechos alimentarios para las parejas homosexuales, citando en esta misma expresión las sentencias a las cuales se les dio calidad de unión marital de hecho y las obligaciones que cada uno tendría respecto de la ley. En ese contexto, en la Sentencia C-798/08 se dijo lo siguiente:

“Los integrantes de las parejas del mismo sexo tienen al igual que los integrantes de la pareja de distinto sexo necesidades relativas al sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación, entre otros. Conviene recordar, a pesar de lo obvio del argumento, que la orientación sexual de una persona no incide en las necesidades de subsistencia. Ahora bien, es preciso recordar que las parejas del mismo sexo son una realidad social, legítima y han sido amparadas por la Constitución Política. Adicionalmente, son parejas donde se desarrolla el principio de solidaridad, apoyo y socorro mutuo. En consecuencia, al tener las mismas necesidades y contingencias, deben tener las mismas protecciones por parte del Estado”<sup>100</sup>.

Al hacer un análisis conceptual al respecto, se deduce que se está consumando la protección en materia alimentaria a las parejas homosexuales, pues éstas no se encuentran amparadas expresamente por la ley dentro del concepto

---

<sup>100</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2008.

de familia, lo que ha sido entendido por la Corte Constitucional como un factor de discriminación, y se torna, entonces, en fundamento que lleva a la Corte a considerar que “no es ni necesario ni proporcional para alcanzar el objetivo de protección especial de la familia, el cual, por lo demás, no reviste tampoco el carácter de un objetivo constitucionalmente imperioso, susceptible de justificar la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios del régimen de protección de la obligación alimentaria.”<sup>101</sup>

Por último, en la Sentencia C- 919 de 2001, la Corte Constitucional, recuerda los requisitos que se deben cumplir para poder reclamar los alimentos:

“(…) es necesario que se cumplan estas condiciones:

Que una norma jurídica otorgue el derecho a exigir los alimentos;

Que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita;

Que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para proporcionarlos.

A nivel procesal, es menester demostrar el parentesco o la calidad de acreedor del derecho de alimentos según las normas aplicables; dirigir la demanda contra la persona obligada a dar alimentos y, por último, probar que se carece de bienes de tal forma que no puede asegurarse su subsistencia.”<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> La Corte Constitucional en la aclaración de voto a la Sentencia C798 de 2008, encuentra igualdad de condiciones en parejas heterosexuales y en las homosexuales, definiendo: “El concepto de familia del artículo 42 debe armonizarse con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, y si se presenta choque o colisión entre ellos se debe dar una primacía a los principios fundamentales. De otra parte, la Constitución habla de la familia y no dice que es hombre o mujer, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable. A mi juicio, al concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer.” La Corte Constitucional ha establecido que esta competencia tiene claros límites en los derechos fundamentales, especialmente en los derechos de protección y en los correlativos mínimos de protección a los cuales está constitucionalmente obligado el legislador, en la Sentencia-, en razón de que unas parejas y otras tienen necesidades análogas de protección. Así, la discrecionalidad del legislador encuentra un límite en el deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a las parejas homosexuales, que gozan de igual dignidad que las parejas heterosexuales, y por ende no puede conducir a la falta de reconocimiento y a la consecuente desprotección total de las parejas homosexuales en materia de obligaciones alimentarias.

<sup>102</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 919 de 2001.

### 5.3 El Principio de solidaridad como fundamento constitucional del derecho de alimentos

En la Sentencia C-919 de 2001, se abarca el tema de la obligación alimentaria como un asunto de solidaridad familiar, pero de igual forma, podemos desprender de esta lo siguiente:

“...por regla general el derecho de alimentos se deriva del parentesco (...) la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, aunque también puede provenir de una donación entre vivos, tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil. Por esta razón, se ha señalado que ‘dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo a razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria’<sup>103</sup>.

Al estar integrando el tema de forma especial, cabe señalar de manera somera que esta obligación se encuentra supeditada a unos principios que a lo largo de la lectura jurisprudencial evidenciamos, entre estos: el de proporcionalidad, en la medida en que su imposición consulta la capacidad económica del alimentante así como la necesidad concreta del alimentario. La Corte en esta ocasión ha hecho las siguientes postulaciones:

“La obligación alimentaria no es solamente una prestación de carácter económico, sino, especialmente, una manifestación del deber constitucional de solidaridad(...) No difiere de las demás obligaciones civiles, ella presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada como supuesto capaz de generar consecuencias de derecho. Su especificidad radica en su fundamento y finalidad, pues dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad, que une a los miembros más cercanos de la familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios.”<sup>104</sup>

Además, esa Corporación, en la Sentencia C-875 de 2003, al analizar el concepto y fundamento constitucional del derecho de alimentos sostuvo:

“El derecho de alimentos tiene origen en el deber de solidaridad que existe entre familiares, razón por la cual dicha obligación suele derivarse del parentesco, aunque también pueda serlo, como quedó establecido, del acto jurídico.”

<sup>103</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-919 de 2002.

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencias, C-125 de 1996, C-1064 de 2000 y Sentencia C-011 de 2002.

En el mismo sentido, en la Sentencia C-994 de 2004, la Corte Constitucional señaló:

“El fundamento constitucional del derecho de alimentos es el principio de solidaridad social (Arts. 1º y 95, Num. 2) en el interior de la familia, por ser ésta la institución básica de la sociedad (Art. 5º) o el núcleo fundamental de la misma (Art. 42), por lo cual, por regla general, una de sus condiciones es el parentesco de consanguinidad o civil entre alimentario y alimentante, en los grados señalados en la ley, o la calidad de cónyuge o divorciado sin su culpa”.

#### **5.4. La revisión de la cuota alimentaria**

En la Sentencia T-341/95, la Corte Constitucional se pronunció acerca de la prohibición que el obligado tiene de insolventarse para eludir la obligación de la cuota alimentaria. Si uno de los cónyuges intenta sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que le impone la progenitura responsable, dijo la Corte, el otro miembro de la pareja, el defensor de menores o en última instancia, cualquier persona, puede acudir ante la autoridad competente para que se hagan efectivos los derechos de los niños y se sancione a quien los infringió.

##### **5.4.1 La procedibilidad de la Acción de Tutela frente a la revisión de la cuota alimentaria**

En la Sentencia T-201/03, la Corte Constitucional revisó la tutela interpuesta, por una supuesta violación al debido proceso, con una vía de hecho del Ad- Quem solicitando la revisión de la cuota alimentaria. En dicho proceso se demostró que éste voluntariamente había cancelado con anterioridad unas cuotas alimentarias debidas, considerando que no es de recibo que se fundamente en este derecho, pues:

“El pago voluntario de unas cuotas alimentarias realizadas por el titular prevalente unos días antes de proferido el fallo de segunda instancia, no son suficientes para considerar que los jueces accionados incurrieron en una vía de hecho. Ello, toda vez que fallaron protegiendo los intereses del menor, como quiera que al no haberse demostrado un compromiso serio del progenitor, es obligación del accionante como ascendiente, el brindarle los alimentos que requiere. Evidentemente, como fue previsto por el juez de segunda instancia, su obligación puede ser revocada por un juez si el responsable del sostenimiento del menor aparece, asumiendo las responsabilidades que se derivan. Luego de analizado el expediente y las motivaciones que fundamentaron los fallos de los jueces, esta Sala de Revisión considera que la interpretación y aplicación de las normas aplicables al proceso de alimentos

se ajustaron al ordenamiento jurídico, y en consecuencia, no se vulneró el derecho fundamental al debido proceso.”<sup>105</sup>

Por su parte, en la Sentencia T-349/05, se aclara expresamente la improcedencia de la Acción de Tutela para lo concerniente al derecho de alimentos por existir un medio de defensa judicial ordinario:

“(…) la acción de tutela es improcedente en tanto, para obtener la modificación del valor de la cuota alimentaria, la peticionaria puede presentar otra demanda ya que la sentencia que resuelve sobre alimentos no hace tránsito a cosa juzgada material sino formal,  
(…)

De acuerdo con el artículo 86 superior, esta Corporación ha manifestado que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales que sólo procede cuando el peticionario no cuenta con otros medios de defensa judicial o cuando, existiendo otros mecanismos, éstos no son idóneos ni eficaces para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, todo lo cual debe ser evaluado por el juez atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso.”<sup>106</sup>

Lo anterior conlleva a analizar la idoneidad y eficacia como principios del Derecho Procesal.

La Corte en algunas ocasiones ha asegurado que las valoraciones de aumento o reducción de la cuota alimentaria dependen simplemente de los medios de defensa a los cuales ordinariamente se acude, pues con certeza se manifiesta que estos tendrán protección equivalente como si fuera la acción de tutela a la que se estuviera acudiendo pues se conocen los derechos de los menores como fundamentales y se respetan por cualquier vía que se invoque su protección. Además, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual, a través del cual no se pueden revivir instancias u oportunidades procesales de defensa. Así mismo, se hace indispensable exponer que, al estar impetrándose una acción como la tutela, se estaría afirmando que es un asunto irremediable, que no admite revisión judicial posterior; siendo esto falso, pues en cualquier tiempo se tendrá viabilidad para presentar acción de revisión de cuota alimentaria.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-201 de 2003.

<sup>106</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-349/05.

<sup>107</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1275/08.

La acción de tutela se encuentra reglamentada en el Decreto 2591 de 1991, el cual a su vez fue reglamentado por los Decretos 306 de 1992 y 1382 de 2000, en los cuales se especifica que ésta se interpone para la protección de los derechos fundamentales siempre y cuando los referidos se encuentren en peligro eminente y/o daños próximos.

En la sentencia que se cita a continuación, se abarca un tema muy importante que ha sido catalogado como el pilar fundamental de la instauración de la acción de tutela: el perjuicio irremediable, al respecto la Corte Constitucional ha establecido que:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”<sup>108</sup>

Si la Corte Constitucional determina como improcedente una acción de tutela que se instaura con el objeto de una revisión de la cuota alimentaria, por existir otros mecanismos de defensa judicial, es preciso recordar que se trata de un derecho en el cual se admite, en cualquier momento la revisión de la decisión judicial por tratarse de una decisión que hace tránsito a cosa juzgada formal, razón por la que no se configura una situación irremediable que demande la intervención del juez de tutela. En concordancia con lo expuesto, esta Corporación precisa que respecto del derecho objeto de estudio no se configuran los requisitos de inminencia y gravedad que harían impostergable la toma de medidas de protección en cabeza del juez constitucional para evitar la consumación de un daño jurídico irreparable.

En la Sentencia T-1051/03, la Corte Constitucional hace referencia a la procedencia de la acción de tutela en cuanto se reconoce el interés superior del menor, creando el ámbito de protección al *interés superior*

---

<sup>108</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2005.

*del menor.* En este caso, la corte Constitucional ha emanado una declarativa de procedibilidad, tomando como necesario e inminente el derecho fundamental del pago de la obligación alimentaria con respecto a un menor, en procura de amparar el mínimo vital del menor cuya mesada es necesaria para suministrarle condiciones básicas de subsistencia.

A raíz de lo anteriormente citado cabe mencionar, que a diferencia de la Sentencia de Tutela T- 349/05, el pago oportuno de la cuota alimentaria respecto de un menor es una obligación constituyente de impostergabilidad para la persona obligada; es por esto que se encuentra vulnerado un derecho fundamental y así mismo el menor se podría hallar en un estado de peligro inminente y gravedad.

La Corte ha hecho énfasis en este fundamento en pronunciamientos como:

“Cuando el cese en el pago de las respectivas mesadas se prolonga indefinidamente, es diáfano que el mínimo vital del menor se ve seriamente comprometido, siendo necesario concurrir a su protección inmediata mediante la acción de tutela, ordenando el pago perentorio de lo adeudado a fin de que el menor vea cubiertas las necesidades básicas que le permitan desarrollarse dignamente.<sup>109</sup>

Así mismo la Corte ha dicho que es procedente la acción de tutela cuando se deba hacer cumplir el embargo del salario del obligado a suministrar los alimentos para efectuarse el descuento y así proceder al pago de la cuota alimentaria:

“El caso cuyo estudio ocupa a la Sala el incumplimiento de la orden de embargo, compromete no sólo el deber general de solidaridad social sino la obligación del Municipio de Ciénaga de asistir y proteger a la menor, cuyos derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la educación prevalecen sobre los de los demás acreedores de la entidad territorial, de modo que ésta depositará a órdenes del Juzgado el 50% del total de los valores que adeuda al señor, hasta el monto señalado en la orden de embargo, sin perjuicio de la atención de otras órdenes de embargo de igual entidad<sup>110</sup>.

En la Sentencia T-098/95, la Corte Constitucional reitera su posición sobre la no procedibilidad de la acción de Tutela, pronunciándose en el siguiente sentido:

<sup>109</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1051 de 2003.

<sup>110</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 2005..

“No cabe la acción de tutela para obtener que quien debe alimentos cumpla con su obligación, pues la Constitución ha excluido el amparo cuando existen otros medios de defensa judicial. En el asunto materia de revisión del material probatorio se desprende con entera claridad que la sindicación de incumplimiento de los deberes del padre es actualmente infundada y existen otros medios de defensa judicial, que inclusive han sido utilizados y han dado lugar a procesos en curso, a la vez que no ha podido establecerse la existencia de un perjuicio irremediable que amerite la concesión de la tutela transitoria.

(...) Las atribuciones del juez de tutela no encierran la posibilidad de que éste invada la órbita autónoma del juez de conocimiento cuando sobre los mismos puntos objeto de debate ya hay procesos en curso.”<sup>111</sup>

### **5.5. La competencia del juez ordinario para conocer de la Acción de Revisión de cuota alimentaria**

Ahora, resulta muy importante referirnos a la jurisdicción y la competencia de los jueces, es decir a quienes son los funcionarios judiciales a los que se les ha dado la facultad para resolver este tipo de conflictos, pues jurisprudencialmente se han suscitado en repetidas ocasiones, conflictos de competencia que han sido objeto de análisis por la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con esto, esta corporación se ha pronunciado de la siguiente manera:

En sentencia de la Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, el 24 de febrero de 2000, señaló:

“La determinación de la competencia para conocer del presente proceso de alimentos (reducción de cuota) por el factor meramente territorial, no se hará frente a lo que plantean con exclusividad los despachos judiciales involucrados en el mismo, sino que se realizará teniendo en cuenta que la competencia funcional para tramitar esta clase de litigios, radica en el Juzgado Promiscuo de Familia.”<sup>112</sup>

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del día 19 de mayo de 1999, con ponencia del Magistrado Pedro Lafón Pianetta, hizo referencia al conflicto de competencia que se suscita cuando está en curso un proceso de alimentos, siendo esta temática fundamental en los lineamientos seguidos

---

<sup>111</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1995.

<sup>112</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria, sentencia del 24 de febrero de 2000, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

a lo largo del análisis hecho, pues es fundamental conocer el juez que se ocupa de dicho trámite tan importante en la sociedad:

“Siendo la competencia uno de los componentes de la garantía del debido proceso, elevado a presupuesto procesal, se hace indispensable que para su determinación se tenga en cuenta respecto de cada proceso en particular los factores de competencia fijados en la ley con relación al territorio, la naturaleza del proceso, la cuantía y su atribución funcional, porque corresponde al Juez tenerlo en cuenta para asumir el conocimiento debido del proceso correspondiente, sin que le sea dable eludirla cuando le corresponde, ni atribuírsela cuando no se le es atribuida”.

En la sentencia de la cual fue ponente el Magistrado Nicolás Bechara Simancas proferida por la Corte Suprema de Justicia el día 16 de diciembre de 1997<sup>113</sup>, se analiza el tema de la competencia de la siguiente manera:

El Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) en el Artículo 139, estableció un fuero especial de competencia para el conocimiento de los procesos relativos a la imposición alimentaria o de revisión de los ya asignados, cuando estos sean deprecados en interés de un menor, fuero que atiende al domicilio que tenga el menor en el momento de la presentación de la demanda, sin que la disposición prevea alteración de dicha competencia cuando se trate del reajuste de la cuota alimentaria que previamente se hubiese impuesto, o la reducción de la misma.<sup>114</sup>

Así mismo es atinente incluir:

“...Los representantes legales del menor, la persona que lo tenga bajo su cuidado y el Defensor de Familia podrán demandar ante el Juez de Familia o, en su defecto, ante el Juez Municipal del lugar de residencia del menor, la fijación o revisión de alimentos, que se tramitará por el procedimiento que regulan los artículos siguientes. El Juez, de oficio, podrá también abrir el proceso.”<sup>115</sup>

De lo anterior se infiere que la persona que tenga prevalencia en el cuidado del menor, podrá y tendrá derecho ante el Juez de Familia para fijación o revisión de los alimentos.

---

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 1997, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

Para complementar el tema, es necesario tener en cuenta lo siguiente, según lo expuesto por la misma Sala:

“Antes de la vigencia de la disposición transcrita, las pretensiones de revisión o extinción de la cuota alimentaria prefijada se tramitaban de manera incidental y a continuación del proceso de imposición alimentaria; actualmente se deciden a través de un nuevo proceso que, como tal, queda sometido a las reglas generales sobre competencia, lo que permite colegir fácilmente que debe demandarse en el domicilio que en este momento tenga el menor para quien se solicitan, sin importar que éste sea distinto del que hubiere tenido en el primer proceso, ya que tal aspecto es irrelevante atendida la autonomía e independencia de cada uno de esos procesos.

(...)

El reajuste de la cuota alimentaria a favor de la menor puede plantearse hoy en una nueva demanda, al tenor de lo establecido en el artículo 139 del decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), artículo que independiza el proceso inicial de alimentos de la demanda para la revisión de los fijados, no solo porque deja de lado el trámite simplemente incidental previsto en el artículo 24 de la ley 1 de 1976, sino también porque no dispone, ni lo dispone ningún otro artículo de dicho código, que la modificación tenga que ser hecha por el mismo Juez, razón por la cual el conocimiento de este segundo proceso podría, obviamente, corresponder a otro Juez, si la menor ha variado de residencia, sin que ello implique menoscabo al principio de la perpetuo jurisdictionis (autos de abril 6 de 1992 y enero 28 de 1993, entre otros).<sup>116</sup>

Así mismo, es importante enfatizar que a la luz de nuestro conocimiento es primordial conocer la generalidad planteada, pues es preciso concretar conocimientos acerca de la competencia, ya que al ser tratado como un pilar de la conducta alimentaria, y un asunto trascendental para el amparo del derecho fundamental al menor, no se podrán cometer equivocaciones ni mucho menos incurrir en omisión. Por ello es necesario tener en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 10 de febrero de 2000, con ponencia del Magistrado Jorge Santos Ballesteros:

---

<sup>116</sup> Continúa La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en Sentencia del 10 de febrero de 2000, con ponencia del Magistrado Jorge Santos Ballesteros: “una vez admitida la demanda no le es posible al juez a su arbitrio renegar de la competencia que por el factor territorial asumió, pues queda sometido por tal aspecto a la actividad de las partes, comoquiera que un nuevo pronunciamiento sobre ese tema sólo le será factible en el evento de que el interesado cuestione el punto mediante la excepción previa correspondiente, o, si su proposición no fuese admisible, mediante el recurso de reposición; de donde, se reitera, si la parte demandada no actúa en dicho sentido, vedado le es ya al juez desprenderse del asunto aduciendo dicha razón, por lo que, al no ser controvertida la falta de competencia diferente de la funcional en el término y oportunidad legales, saneada como queda esta nulidad, seguirá el juez al frente del proceso”.

“De manera general puede decirse que la oportunidad con que cuenta el juez para pronunciarse sobre su competencia para conocer de un determinado negocio es al iniciarse el proceso, cuando dicho funcionario, con base en los elementos fácticos aportados por el actor en la demanda, define tal cuestión, pues si la respuesta fuere negativa habrá de rechazarla remitiendo las diligencias al Despacho correspondiente, pero en caso contrario, al admitirla, queda allí radicada, en principio, la competencia.”<sup>117</sup>

## **5.6. El delito de inasistencia alimentaria**

El Decreto 1699 de 1964, que reguló las conductas antisociales, en su Artículo 27 dispuso que:

“El que sin causa justificada, deje sin asistencia económica o moral a personas a quienes esté obligado a prestarla, incurrirá en arresto”.

El Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, aumentó la pena del delito de inasistencia alimentaria, dispuso que cuando el sujeto sea menor de edad la investigación se iniciará de oficio y autorizó el desistimiento por una sola vez.

Ahora, de acuerdo con lo que ha sido determinado por nuestra Constitución Política como derechos y como lo es la asistencia alimentaria, el delito tipificado por el ordenamiento penal se conoce como inasistencia alimentaria, consecuencia de ello el abandono moral y demás conductas que provoquen la merma de la dignidad de vida de un menor.

En efecto, en el Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000 se tipifica el delito de inasistencia alimentaria en los siguientes términos:

“Artículo 233. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años.”

---

<sup>117</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 657 de 1997.

Con la vigencia de la Ley 600 de 2000, por regla general, era improcedente el desistimiento de la acción penal frente al delito de inasistencia alimentaria cuando la víctima fuera menor de edad, también lo es que tal hipótesis presenta una excepción, como es la prevista en el artículo 271 del Decreto 2737 de 1989, norma que textualmente consagra:

“Cuando el sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria sea un menor, la investigación se iniciará de oficio y será desistible por una sola vez”.

La claridad de la norma es evidente, en la medida en que la misma permite colegir que el delito de inasistencia alimentaria es desistible por una sola vez, y, en consecuencia, se constituye, bajo esta exigencia, en causal de extinción de la acción penal.

Este desistimiento por una sola vez, hoy en día todavía se encuentra vigente, pues se trata de una norma especial que no ha sido derogada.

Así, la Ley 599 de 2000 aumentó la pena y la multa para el delito de inasistencia alimentaria. La conducta siguió siendo sustancialmente la misma. Según la normativa anteriormente citada, cuando el sujeto pasivo de la inasistencia sea menor de edad la investigación se inicia de oficio, pero si el sujeto pasivo es mayor de edad, la investigación solo puede adelantarse previa querrela de parte.

Por lo tanto se concluye que hay delito de inasistencia alimentaria de sujeto pasivo menor de edad y delito de inasistencia alimentaria de sujeto pasivo mayor de edad, siendo la conducta del sujeto activo idéntica en ambos eventos.

En diferentes ocasiones, han sido emitidos pronunciamientos acerca de la inasistencia alimentaria, y dado el impacto social de la figura, nos permitimos citar algunas de estas providencias.

En la Sentencia C-657 de 1997, se señala cómo se deberá proceder cuando una persona está en mora con sus obligaciones alimentarias. De acuerdo con esta sentencia es muy importante que la veeduría legal esté en constante búsqueda de aquellos que han tratado de evadir su calidad de padres y conozca su verdadera función tanto económica como moral. De aquí lo siguiente:

“(…) en el evento en que el DAS certifique que la persona tiene obligaciones alimentarias pendientes, el nominador o el empleador, en su caso, procederán

a desvincular del empleo o cargo al funcionario o empleado en el término de diez (10) días, so pena de sufrir ellos las sanciones de la Ley.

(...)

No es una facultad discrecional, ni una autorización para desvincular al empleado sino un mandato del legislador cuyo incumplimiento acarrea sanciones. Lo que se sanciona no es el incumplimiento del juramento prestado, ni el hecho de haber encontrado la autoridad pública hechos que contradigan la declaración del trabajador, pues la certificación no emana de los jueces, quienes serían los únicos llamados a expedirla respecto de los procesos de los cuales conocen, sino de un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público. Tampoco versa la certificación ni, por tanto, el correspondiente castigo, sobre el hecho de que judicialmente se hubiera definido que hay obligaciones alimentarias incumplidas por el empleado, lo cual sólo podría constar en fallo ejecutoriado. El artículo demandado confiere a la certificación del DAS un efecto inmediato y no susceptible de verificación, rectificación ni actualización alguna, con notorio desconocimiento del derecho al habeas data, reconocido en la Constitución”<sup>118</sup>.

En la Sentencia C-1064/00, igualmente se hace mención acerca de la actuación del DAS cuando un padre o madre de familia evade sus obligaciones en cuanto a la cuota alimentaria, y se dan las siguientes precisiones:

“Como bien lo afirmó el interviniente por el DAS y el mismo Procurador General de la Nación, se trata de una medida cautelar ejercitada en la persona del demandado dentro del juicio de alimentos. Su utilización guarda absoluta consonancia con las instituciones de su tipo, claramente utilizables dentro de los procesos declarativos o cognoscitivos, como sucede con el mismo.

(...) con la medida se pretende que quien mediante prueba sumaria aparezca como responsable de la obligación de dar alimentos y con la suficiente capacidad económica, no pueda sustraerse del pago de los mismos ordenados a su cargo provisionalmente, mientras se tramita el correspondiente proceso de alimentos y desde la admisión de la demanda, cuando el propósito sea ausentarse del país. Es más, esa medida sólo opera en cuanto el demandado no preste garantía económica suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación, en forma previa a su desplazamiento físico.

(...) el derecho amenazado y cuya protección se pretende asegurar con la medida, está constituido por la subsistencia económica del beneficiario (menor), reflejada en distintos aspectos de su desarrollo integral y armónico, como su salud, habitación, alimentación, educación, vestido, recreación, etc”<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2000.

<sup>119</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2000.

## 5.7. Reflexiones sobre la jurisprudencia

Para concluir este acápite, es necesario indicar que la cuota alimentaria y su tratamiento se encuentran consagrados en el derecho humano a la alimentación:

“Deberán adoptarse medidas más inmediatas y urgentes para garantizar ‘el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre’ y la malnutrición”<sup>120</sup>

En cuanto a la acción de tutela vale la pena recordar, que ésta será procedente en el momento de vulneración del derecho fundamental al debido proceso, o al acceso a la administración de justicia, pues en repetidas ocasiones quien instaura este tipo de acciones, es la parte demandada en procesos de asignación, reducción o fijación de cuota alimentaria.

Es importante aclarar que al proferirse un monto como cuota alimentaria, en cualquier momento se podrá pedir revisión en cuanto a la jurisdicción civil ordinaria; en cuanto a la jurisdicción penal, el delito de inasistencia alimentaria tendrá el mismo trato, pues éstos no hacen tránsito a cosa juzgada.

Es preciso decir igualmente que en los procesos de inasistencia alimentaria sí es posible la aplicación de la prescripción de la acción penal. En los delitos de inasistencia alimentaria, cuando el autor ha comenzado a cumplir la obligación o ésta se ha extinguido, la prescripción definitiva se cuenta desde la fecha del último acto de incumplimiento. Si el autor persiste en la ejecución periódica del incumplimiento, la prescripción se aplica respecto de cada uno de los hechos que constituyen la unidad jurídica punible. En este caso la prescripción parcial se reconoce en la sentencia de condena que deba dictarse.

## 6. SITUACIÓN ACTUAL. LA PROBLEMÁTICA

Dentro del catálogo de normas antes relacionadas desde su origen hasta su desarrollo jurisprudencial, queremos centrar nuestra atención en esta etapa del trabajo sobre un asunto que para los ojos de muchos ha sido regulado ampliamente, pero que, sin embargo, desde el punto de vista de

<sup>120</sup> Comité DESC, Observación General (OG) No. 12, El derecho a una alimentación adecuada, párr. 1.

la efectividad de su aplicación, en nuestro sentir requiere aún una profunda y seria evaluación.

Queremos hacer énfasis en un tema que preocupa si se tiene en cuenta la problemática actual, pues se trata del papel que desarrolla el juez en el proceso de aplicación de las normas sobre esta materia.

Si bien se reconoce que la labor del juez es en esencia la de interpretar la norma frente a unos hechos o pruebas, también creemos que es prudente evaluar la responsabilidad de los jueces en la materialización del derecho alimentario a favor de los menores, de acuerdo con sus facultades legales y según los medios de que dispone para el cumplimiento de tal fin.

En el transcurso de nuestra investigación, encontramos casi de manera generalizada a un juez un tanto estático, es decir muy poco activo en la búsqueda o en reconocer la información que en muchos de los casos tiene a mano; no desconocemos que el papel del juez debe enfocarse en la aplicación e interpretación de las normas vigentes con base en los supuestos fácticos que las partes le proporcionan, pero si enfrentamos este principio a la realidad de nuestra sociedad, se hace necesario comenzar a reflexionar sobre algunas fórmulas para matizar esta función.

En la realidad de nuestra sociedad no podemos dejar de lado las barreras que se imponen en estos procesos respecto de los niveles de analfabetismo y pobreza de las clases más necesitadas de nuestro país, que normalmente no tienen acceso al conocimiento de una defensa técnica mínima.

Por ejemplo, una madre debe demostrar que el padre de su hijo o hija devenga un salario y aportarle esta prueba el juez. Conocimos de un gran número de procesos de alimentos que se encuentran inactivos debido a que la madre no ha aportado esta prueba.

Si se observan con detenimiento las condiciones económicas de la madre, en muchos casos se puede identificar una dificultad para disponer de los mínimos medios para movilizarse con el objeto de conseguir estas pruebas que en principio deberían obtenerse fácilmente. Encontramos algunos casos en que la madre afronta la dificultad de no poder abandonar su trabajo para realizar estas gestiones.

Considerando los derechos y los sujetos que hacen parte en un proceso de esta naturaleza, creemos que el juez en su condición de tal, sí puede y debe legítimamente adoptar una posición más dinámica en búsqueda de

la protección de los derechos de los menores. Por mencionar un ejemplo, el juez como autoridad judicial puede motu proprio, recurrir mediante un oficio a las bases de información del sistema de seguridad social para verificar si el padre está siendo reportado como cotizante, empleado o independiente en el sistema de salud y/o riesgos profesionales, lo mismo que como beneficiario de todo pago o abono en cuenta a través del sistema financiero.

Como se ve, esta situación, que parece tan sencilla, podría cambiar el rumbo de cientos de procesos de alimentos y mejoraría eventualmente las condiciones de vida de un gran número de menores que hoy día han sido abandonados por sus padres.

Como se dijo, consideramos que la legislación actual vigente que se ocupa del trabajo y responsabilidad del juez en materia de procesos de inasistencia alimentaria debe ser ampliada en función de garantizar unas prestaciones a favor de un sector importantísimo de nuestra población, como lo son la niñez y la adolescencia. Nos referimos a que el juez, por mandato legal, no debería contentarse con imponer una cuota alimentaria basándose en la situación económica del alimentante, sino, además, investigar a fondo tal situación a fin de darles más garantías a los menores involucrados.

En tal virtud, este trabajo de grado también propone abrir la discusión sobre las obligaciones y el rol del aplicador de la norma, y sobre la necesidad de ampliar sus funciones dentro del proceso para dar mayor eficacia a los derechos que se encuentran en juego en estos casos.

En el capítulo de propuestas se encontrará un proyecto de reforma legal, cuyo objetivo primordial será ampliar las facultades y deberes de quienes tienen a su cargo la aplicación de las normas sobre inasistencia alimentaria.

Continuando con los temas que concentraron nuestro estudio práctico debemos mencionar los procedimientos en cuanto a la *fijación y revisión* de la cuota alimentaria cuando las condiciones económicas de quien tiene la obligación de proporcionar los alimentos cambian.

En la práctica nos encontramos con un número importante de quejas, reclamos e inconformidad de parte de las madres y padres alrededor de las maniobras que realizan algunas personas para no revelar el monto real de sus ingresos, en perjuicio de los menores. En lo que tiene que ver con la fijación de la cuota con base en ingresos soportados en documentos

adulterados, se han logrado avances debido a la tipificación de otras conductas delictivas y ¿por qué no reconocerlo? a partir de la creación de la inasistencia como delito de carácter penal.

Consideramos conveniente modificar o adicionar la legislación penal actual e incluir una causal específica de agravación de la pena cuando el delito cometido, cualquiera que sea, tenga como finalidad eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria a cargo de un menor.

Respecto de la revisión de las cuotas de alimentos ya fijadas por los jueces, en las cuales se tomaron en cuenta situaciones económicas que con el transcurrir del tiempo cambiaron, debemos reconocer que nos encontramos frente a un tema de naturaleza eminentemente probatoria, situación ésta que en principio no debería revestir mayores dificultades; sin embargo, en la práctica este asunto presenta cierta complejidad en la medida en que muchos de los obligados a cumplir con esta obligación se valen de argucias para no revelar los cambios en su situación económica.

Sobre el particular encontramos vacíos de carácter legal especialmente respecto de la participación de terceros que se prestan para realizar variedad de actos fraudulentos e inclusive de testaferrato con el fin de ocultar o ayudar a ocultar rentas y bienes para impedir la tasación justa de una cuota alimentaria. Para estos casos y con el fin de desestimular y así mismo castigar estas conductas, proponemos una modificación de la legislación vigente que permita vincular al tercero que participa de estas conductas dolosas en perjuicio del derecho de un menor a recibir la cuota alimentaria justa. La forma de vincularlo, sería la de hacerlo responsable solidariamente de las obligaciones alimentarias del menor en perjuicio del cual haya actuado, con el fin de desestimular la participación de otras personas en estas conductas y castigar ejemplarmente a quienes participen en estos actos.

## **7. PROPUESTAS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS NIÑOS Y UNA SANCIÓN MÁS EFICAZ PARA EL INFRACTOR**

### **7.1. Ampliación del papel del juez en el proceso de inasistencia alimentaria**

De manera concreta y como resultado de la realización del presente trabajo de investigación, queremos plantear la necesidad de ampliar el papel del aplicador de la norma (juez), en los procesos de inasistencia alimentaria.

Este planteamiento lo realizamos debido a la importancia que para la sociedad representan la protección de los derechos de los menores, mucho más si se trata de garantizar sus condiciones mínimas de subsistencia.

Nuestra propuesta no pretende invertir la carga de la prueba que por definición en nuestro ordenamiento legal corresponde a las partes. Lo que se propone es reconocer las limitaciones existentes en nuestra sociedad y abrir espacios para que los jueces puedan cumplir sus funciones integralmente, actuando de manera más dinámica en la búsqueda de la verdad probatoria sobre la cual tendrán que interpretar las normas y, en consecuencia, tomar su decisión.

En este sentido se plantea reformar o, mejor, adicionar, el artículo 419 de Código Civil, abriendo la oportunidad para que el juez, por iniciativa propia, tenga la facultad y la obligación expresa de realizar todos los actos que considere prudentes, sean necesarios y que estén a su alcance para verificar la solvencia económica de quien se encuentre obligado a prestar la obligación alimenticia a un menor.

Algunos podrían argumentar que esta iniciativa sería redundante puesto que hoy día el juez dentro de sus facultades puede válidamente realizar estos actos, pero nosotros insistimos en la necesidad de establecerlo como una obligación para el aplicador de la norma en los casos en que por alguna circunstancia las partes no se encuentren en capacidad de aportar tales pruebas.

Según lo anterior, el proyecto de ley propuesto sería del siguiente tenor:

**PROYECTO DE LEY NÚMERO \_\_\_\_ DE 2009 SENADO**

*“ Por medio de la cual se modifica el Artículo 419 del Código Civil ”*

**El Congreso de la República de Colombia**

**DECRETA:**

**Artículo 1º. Objeto.** *El objeto de la presente ley es extender la actuación de los jueces en los procesos de inasistencia alimentaria en búsqueda de la protección de los menores.*

*Artículo 2º. El Artículo 419 del Código Civil, Ley 57 de 1887, quedará así:*

#### TASACIÓN DE ALIMENTOS

**ARTÍCULO 419.** *En la tasación de los alimentos y en el reajuste de los mismos, el juez deberá tomar siempre en consideración las facultades económicas del deudor y sus circunstancias domésticas.*

*Para tal efecto, el juez recurrirá mediante escrito en caso de ser necesario a las bases de datos de información oficiales y privadas con el fin de determinar de manera veraz y efectiva el monto de los ingresos del deudor.*

**Parágrafo.** *Para los efectos del presente artículo serán consideradas como bases de datos toda la información contenida en los sistemas de seguridad social, salud, pensiones, Cámaras de Comercio, bancos y demás entidades financieras, Unidad de Análisis Financiero, DIAN o cualquier otra fuente que el juez considere debe consultar con el fin de determinar de manera veraz y efectiva el monto de los ingresos del deudor.*

**Artículo 3º.** *La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.*

(...)

### **7.2. Responsabilidad solidaria extendida a los terceros que participen en actos en perjuicio del cumplimiento de la obligación alimentaria debida a un menor**

En relación con este tema, el cual se presenta de manera recurrente en la práctica en los procesos de inasistencia alimentaria en nuestro país, queremos plantear para estudio del Congreso de la República una norma que pretende desestimular la participación de terceros en actos que posibiliten que alguien pueda sustraerse a la prestación de la obligación alimentaria mediante la realización de actos que faciliten fraudulentamente la ocultación, disminución o afectación de sus rentas, bienes o patrimonio en perjuicio de un menor.

La propuesta es concreta: a quien participe o preste su nombre para la realización de los actos antes descritos se lo hará solidariamente responsable de la obligación de prestar alimentos al menor afectado con estas conductas fraudulentas.

**PROYECTO DE LEY NÚMERO \_\_\_\_ DE 2009 SENADO**

*“Por medio de la cual se adiciona un artículo a la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia”*

**El Congreso de la República de Colombia**

**DECRETA:**

***Artículo 1º. Objeto.** El objeto de la presente ley es extender la responsabilidad a los terceros que participen en actos fraudulentos en perjuicio del cumplimiento de la obligación alimentaria que se debe prestar a un menor.*

***Artículo 2º. Adiciónese un artículo a la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia:***

***ARTÍCULO NUEVO.** Quien participe en actos dolosos con el propósito de ayudar a otro a sustraerse a la prestación de la obligación alimentaria mediante la realización de actos que faciliten la ocultación, disminución o afectación de sus rentas, bienes o patrimonio en perjuicio de un menor, será solidariamente responsable a la restitución de los mismos y a la indemnización de los perjuicios causados con su conducta.*

***Artículo 3º.** La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.*

(...)

### **7.3. Modificación del tipo penal de inasistencia alimentaria**

Durante la realización del trabajo de campo de la presente investigación nos encontramos con una inconformidad muy amplia en relación con la posibilidad de generar revisiones de las cuotas alimenticias ya fijadas inicialmente. Esta situación en la práctica se presenta casi de manera generalizada y tiene que ver con el hecho de que a quien el juez le ha fijado una cuota alimentaria en un proceso de esta naturaleza, se encuentra advertido de los hechos o circunstancias económicas en que fue fijada; por tal motivo, en caso de que estas circunstancias económicas cambien o mejoren, no es posible generar pruebas susceptibles de ser aportadas ante el juez para un recálculo de la cuota.

Lo anterior genera en la práctica un cumplimiento deficiente de las obligaciones alimentarias y un mínimo de posibilidades o de expectativas para que los menores puedan recibir o mejorar sus cuotas de sostenimiento diario, cuando la situación económica mejora para quien debe prestarlas.

Según lo anterior, hemos considerado de suma importancia repensar el tipo penal consagrado en la Ley 599 de 2000, con el fin de que no sólo se cumpla con la obligación alimentaria, sino también se contemplen los casos en que se cumple de manera deficiente para que se les apliquen a quienes correspondan las consecuencias punitivas pertinentes.

En consecuencia proponemos la siguiente modificación del Artículo 233 del Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000, de la siguiente forma:

**PROYECTO DE LEY NÚMERO \_\_\_\_ DE 2009 SENADO**

*“Por medio de la cual se adiciona un inciso al artículo 233° de la ley 599 de 2000 o código penal”*

***El Congreso de la República de Colombia***

DECRETA:

***Artículo 1º. Objeto.*** *El objeto de la presente ley es modificar el tipo penal de inasistencia alimentaria tipificando con los mismos efectos las conductas orientadas a cumplir de manera parcial la obligación alimentaria que se debe prestar a un menor:*

***Artículo 2º.*** *El Artículo 233 del Código Penal quedará así:*

**CAPÍTULO IV**

**DE LOS DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA**

**ARTÍCULO 233. INASISTENCIA ALIMENTARIA.** *El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.*

*En la misma pena prevista en el inciso anterior incurrirá quien fraudulentamente oculte, disminuya o grave sus rentas, bienes o patrimonio con el fin de evitar que le sea reajustada la cuota alimentaria inicialmente fijada por el juez, cuando su acreedor sea un menor.*

**Artículo 3º.** *La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.*

(...)

## II. CONCLUSIONES GENERALES

A manera de conclusiones debemos reconocer que en la legislación colombiana expedida en los últimos diez (10) años se han logrado avances en la protección del derecho alimentario de los menores, con respecto a la situación que se vivía con anterioridad a este período.

Debemos destacar que llevar al ámbito penal el incumplimiento de la obligación alimentaria ha sido un acierto y una necesidad. Sin embargo, la nueva legislación aprobada nos ha llevado a nuevas y particulares dificultades en su aplicación. De ahí surgen los nuevos retos para el aplicador de la norma, y nace entonces la necesidad de ampliar sus roles para mantener una visión integral de la problemática social en este campo.

La legislación vigente sobre la materia aporta grandes soluciones a la problemática, pero creemos en la necesidad de generar discusiones sobre algunos aspectos que son susceptibles de ser mejorados. Estos espacios son valiosos debido al efecto que generan en la sociedad.

Discusiones públicas y habituales sobre estos asuntos que evitarían que se siga generando la cultura del no cumplimiento de las obligaciones alimentarias o lo que es más grave, que se utilicen los vacíos legislativos y la congestión judicial para auspiciar de manera generalizada el cumplimiento a medias de las obligaciones, como por ejemplo, que se impida a toda costa la revisión de una cuota inicialmente fijada.

En lo que tiene que ver con los ajustes propuestos en materia penal, consideramos de vital importancia reabrir la discusión con miras a que se modifiquen algunos elementos que hoy no garantizan cumplida justicia.

Desde el punto de vista del derecho comparado, vemos cómo otras legislaciones son mucho más estrictas en el tratamiento de estas obligaciones, no queriendo decir con esta afirmación que el ordenamiento vigente hoy día en Colombia no lo sea. En nuestro sentir, hace falta avanzar en este campo, pero reconocemos que una de las grandes deficiencias de nuestro sistema es el tema de la aplicación de justicia, la congestión judicial es evidente, el número de procesos a evacuar también lo es, lamentablemente los medios y recursos de nuestros jueces también son menores respecto de los requerimientos de nuestra sociedad en estas materias.

Es conveniente desde el punto de vista del establecimiento, entiéndase Gobierno Nacional, Congreso de la República y Rama Judicial, enviar un mensaje claro a la sociedad sobre la prioridad y la importancia de los derechos de los menores, también sobre la preocupación y actividad constante en la búsqueda de nuevos y mejores mecanismos para proteger los derechos de los menores.

### **III. BIBLIOGRAFÍA**

BARCOS, Graciela ins. Alimentos entre parientes. En: URIARTE, Jorge A. Enciclopedia de derecho de familia. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1991.

BOSSET, Gustavo A. Régimen jurídico de los alimentos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Tomo III. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1976.

CAON RAMIREZ, Pedro Alejo. Derecho Civil; Familia. Santa fe de Bogotá: Editorial presencia Ltda., 1995.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado; De las personas. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1994.

COLIN, Ambroise y CAPITANT, H. Curso elemental de derecho civil. Madrid: Editorial Reus, 1957.

COUTURE, Eduardo J. Vocabulario jurídico. Buenos Aires: Desalma, 1991.

DORS, A, et al. El digesto de Justiniano. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1972.

DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana. Santa fe de Bogotá: Temis, 1993.

E. DE FERRUFINO, Ligia. La familia ante la ley. Bogotá: Universidad Nacional, 1982.

ENNECCERUS, Ludwing. Tratado de derecho civil; Derecho de familia. Barcelona: Librería Bosch, 1953. Volumen IX.

FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. El derecho de familia en la legislación comparada. México: unión tipográfica Hispanoamérica, 1947.

FOSAR BENLLOCH, Enrique. Estudios de derecho de familia. Barcelona: Librería Bosch, 1981.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. El derecho familiar de alimentos. Santa fe de Bogotá: Librería Editorial El Foro de la justicia Ltda., 1995.

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de familia. Santa fe de Bogotá: Temis, 1992.

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. Manual de Derecho Romano. Santa fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.

HINESTROSAREY, Roberto. Derecho de familia; Lecturas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987.

LEHMANN, Heinrich. Derecho de familia. Vol. IV. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. 7 ed. Santa fe de Bogotá: Librería Jurídica Wilches, 2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 21 edición. Madrid: Espasa Calpe, 1992.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de familia. 2 ed. Santiago: Editorial Nascimento, 1963.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil; Derecho de familia. 13 ed. Bogotá: Temis, 1994.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de familia. 5 ed. Bogotá: Temis, 1990.

HAUSER, Jean. HUET-WEILLER, Daniele, Traité de droit civil, 2e Edición 1993, No 889.

## **JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

### **Sentencias de Constitucionalidad**

Sentencia C-125 de 1996  
Sentencia C-237 de 1997  
Sentencia C- 657 de 1997  
Sentencia C-305 de 1999  
Sentencia C-1064 de 2000  
Sentencia C-919 de 2001  
Sentencia C- 919 de 2001  
Sentencia C-011 de 2002

## **Sentencias de Tutela**

Sentencia T-201 de 2003  
Sentencia T-1051 de 2003  
Sentencia T-098 de 1995  
Sentencia T-349 de 2005  
Sentencia T-620 de 2005  
Sentencia T-1275 de 2008

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia del 27 de noviembre de 1989, M.P. Dr. Rafael Romero Sierra.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Sentencia del 18 de noviembre de 1994. M.P. Héctor Marín Naranjo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de 1997, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 10 de febrero de 2000, M.P. Jorge Santos Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria, Sentencia del 24 de febrero de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Principales páginas de Internet consultadas para este trabajo:

Comisión Europea, accesible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_spa\\_es.htm#1](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_spa_es.htm#1), recuperado [04/02/2009].

Comisión Europea, accesible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_fra\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_fra_es.htm), recuperado [04/02/2009].

Comisión Europea, [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_net\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_net_es.htm), recuperado [05/02/2009].

Comisión Europea, accesible en [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_ita\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_ita_es.htm), recuperado [05/02/2009].

Comisión Europea, accesible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance\\_claim/maintenance\\_claim\\_eng\\_es.htm#1](http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_eng_es.htm#1), recuperado [05/02/2009].



**CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO**  
**NORMAS DE PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS**

1. Cuadernos de Derecho Público publica artículos de las áreas de Derecho, Ciencia Política y Ciencias Sociales en general.
2. Se deberá remitir el artículo, en medio magnético, al correo electrónico del director de los Cuadernos [camilo.guzman@usa.edu.co](mailto:camilo.guzman@usa.edu.co)
3. Los artículos deben presentarse en el programa Microsoft Word® (versiones 97 en adelante), letra Palatino Linotype de 12 puntos, tamaño carta, interlineado doble, márgenes de 3 cm, a cada lado. La paginación del manuscrito estará ubicada en el extremo derecho del encabezado de cada una de las páginas.
4. Los artículos descritos en el anterior numeral no podrán exceder las 50 páginas. El Comité Editorial podrá aceptar otro tipo de artículos como notas, comunicaciones, ponencias, resúmenes de contribuciones, reseñas bibliográficas, críticas o comentarios jurisprudenciales, los cuales no deberán superar las 25 páginas.
5. Por tratarse de una publicación con arbitraje, el Comité Editorial designará evaluadores para el artículo y decidirá, con fundamento en el concepto de los evaluadores y en criterios de rigor científico, sobre su publicación. El Comité tiene la facultad para: aceptar el artículo, solicitar modificaciones o rechazarlo para su publicación.
6. El Comité Editorial otorga prelación a la publicación de artículos que se caractericen por consistir en resultados de investigación con un fuerte referente teórico; ser producto de reflexiones teóricas; o constituir revisiones críticas sobre el estado de la cuestión objeto de estudio.
7. Por tratarse de una publicación de carácter internacional, se aceptan artículos en otros idiomas.
8. Los artículos deben ir acompañados de un documento remitario en el que se incluya un resumen en el idioma original, en inglés y en español (acompañado del título en el idioma respectivo); se indique la naturaleza del documento (si es un producto de investigación, una reflexión, o una revisión de un tema), el objetivo general del documento (lo que pretende el documento), la(s) metodología(s) de investigación utilizada(s) y la principal conclusión o evidencia del documento con una extensión máxima de 200 palabras; se deben incluir, así mismo, las palabras clave que describan su contenido, preferiblemente en número de 4 a 6, en los idiomas mencionados.
9. El título del artículo deberá ir seguido del nombre del autor.
10. Las referencias bibliográficas y de otro orden se consignarán en pie de página, y su enumeración será continua a lo largo de todo el artículo (no debe ser por capítulos).
11. En la parte final del artículo se incluirán la bibliografía y demás fuentes utilizadas, en orden alfabético por autor o, en su defecto, por título.

12. Se recomienda a los autores consultar y referenciar en sus artículos los Cuadernos de Derecho Público, el Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, la Revista Civilizar, los Cuadernos de Derecho Penal, los artículos digitales de la Escuela, y la Revista Crónica Universitaria, disponibles en la biblioteca de la Universidad Sergio Arboleda y en los siguientes links:

[http://www.usa.edu.co/estudios\\_constitucionales/index.htm](http://www.usa.edu.co/estudios_constitucionales/index.htm)

[http://www.usa.edu.co/civilizar/revista\\_electronica.htm](http://www.usa.edu.co/civilizar/revista_electronica.htm)

[http://www.usa.edu.co/derecho\\_penal/Cuadernos%20Penal.pdf](http://www.usa.edu.co/derecho_penal/Cuadernos%20Penal.pdf)

<http://www.usa.edu.co/derecho/articulos.htm>

13. Para los Cuadernos de Derecho Público el envío de un artículo indica que el(los) autor(es) certifica(n) y acepta(n): (1) que éste no ha sido publicado, ni aceptado para publicación en otra revista; (2) que no se ha reportado la publicación de una versión previa como working paper (o 'literatura gris') o en un sitio web, y que en caso de ser aceptada su publicación, lo retirarán de los sitios web y que allí solo dejarán el título, el resumen, las palabras clave y el hipervínculo a la Revista.
14. Al enviar los artículos para su evaluación, el(los) autor(es) acepta(n) igualmente que transferirá(n) los derechos de autor a los Cuadernos de Derecho Público, para su publicación en versión impresa y electrónica.
15. Respecto de las reseñas de la sección bibliográfica, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:
- 15.1 El texto objeto de reseña debe caracterizarse por su novedad, carácter científico, importancia, crítica y aporte al Derecho. Estos elementos, sin ser excluyentes de otros, deben ser tenidos en cuenta por el autor para realizar la reseña en esta publicación.
- 15.2 Las reseñas de textos se realizarán bajo la modalidad de ensayo-reseña, con el fin de realizar un aporte a los lectores que quieran acercarse a un determinado texto.
- 15.3 El ensayo-reseña se referirá al libro escogido. El autor de la reseña deberá no solamente presentar una mención de los capítulos de los que se compone el texto, sino también aportar a los lectores un marco referencial para abordarlo.
- 15.4 El ensayo-reseña debe mostrar las líneas de fuerza o hipótesis centrales del texto reseñado, con el fin de poder hacer la recomendación que se considere pertinente al lector.
16. Los autores cuyos artículos se publiquen recibirán tres (3) ejemplares de la revista en que resulte publicado su trabajo.